

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
PUC-SP

Mayssa Maria Assmar Fernandes Correia Maia

Hermenêutica, Pragmatismo e Aplicação do Direito

Mestrado em Direito

São Paulo
2016

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
PUC-SP

Mayssa Maria Assmar Fernandes Correia Maia

Hermenêutica, Pragmatismo e Aplicação do Direito

Mestrado em Direito

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de mestre em Filosofia do Direito, sob orientação da Professora Doutora Clarice von Oertzen de Araújo.

São Paulo
2016

Banca Examinadora

Para Rodrigo,
com quem começo a dividir a vida.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, em primeiro lugar, à minha querida Professora Clarice von Oertzen de Araújo, pela exímia orientação e pelos valiosíssimos ensinamentos, mas, acima de tudo, por ter me acolhido desde o início e por me acolher sempre. O carinho e a admiração serão eternos.

Agradeço aos Professores Ritinha Alzira Mendes da Costa Stevenson, Regina Vera Villas Boas e Tácio Lacerda Gama, que, na ocasião de minha qualificação, através de valiosa conversa, deram sugestões e instigaram reflexões, todas elas prontamente incorporadas neste estudo.

Agradeço ao Professor Fernando Gomes Favacho, meu conterrâneo, por ter aceitado vir de tão longe contribuir neste importante momento de minha caminhada acadêmica. Agradeço também à Professora Aurora Tomazini de Carvalho, pela pronta disponibilidade em participar desta empreitada.

Agradeço aos Professores Claudio de Cicco, Marcio Pugliesi, Luiz Alberto David Araújo, Eduardo Arruda Alvim e Rogério Donnini, pelos ensinamentos ao longo do mestrado e por terem contribuído magistralmente para o meu amadurecimento científico.

Agradeço aos amigos Rui e Rafael, por toda a ajuda com a parte burocrática e, principalmente, por terem feito tudo parecer mais simples.

Agradeço ao meu chefe Dr. Roberto Harudi Shimura, pela amizade e compreensão constante com os meus compromissos acadêmicos.

Agradeço, ainda, ao meu Rodrigo, que, com seu amor e companheirismo incondicionais, sempre me faz crescer.

Agradeço, especialmente, ao meu inigualável pai, Edilberto, por acreditar em mim sempre e por ser meu maior incentivador e principal torcedor do meu sucesso, não medindo esforços para proporcionar meu acesso à cultura, à educação e ao aperfeiçoamento intelectual.

Agradeço, por fim e acima de tudo, à minha grande professora, à minha grande amiga e à minha grande mãe, Felícia, essa pequenina mulher a quem devo o aprendizado de que o verdadeiro amor é incondicional e transpõe sempre qualquer barreira.

“Juízes, não sois máquinas! Homens é o que sois!”

(Charles Chaplin, em *O Último Discurso*)

“Mais vale um juiz bom e prudente que uma lei boa. Com um juiz mau e injusto, uma lei boa de nada serve, porque ele a verga e a torna injusta a seu modo.”

(Código Geral da Suécia, 1734)

“Eu não recearia muito as más leis se elas fossem aplicadas por bons juízes. Não há texto de lei que não deixe campo à interpretação. A lei é morta. O magistrado vivo. É uma grande vantagem que ele tem sobre ela.”

(Anatole France)

“Compreender uma obra-prima é, em suma, criá-la em si mesmo, de novo.”

(Anatole France, em *O Jardim de Epicuro*)

Hermenêutica, Pragmatismo e Aplicação do Direito

Mayssa Maria Assmar Fernandes Correia Maia

RESUMO: O presente estudo tem por escopo defender a teoria de que a interpretação e a aplicação do Direito devem proceder-se sob o manto das perspectivas axiológica e sociológico-política. Busca-se demonstrar que a aplicação do Direito envolve aspectos éticos e políticos que o saber jurídico sozinho não é capaz de enfrentar. Diante disso, o juiz exerce um papel de suma importância na busca da justiça, fim maior do Direito. Assim, tem-se como sedimento a ideia de que o juiz é, antes e acima de tudo, ente criador do Direito, exercendo irrefutável função social. Deve, portanto, sempre trilhar caminhos voltados à harmonização da roupagem da lei com o bem comum e com os valores de seu tempo, imbuído do espírito do art. 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Trata-se de tendência que aponta no sentido de uma interpretação dos preceitos normativos pelo julgador à luz da ética, tendo o homem julgado e as aspirações sociais como centro inspirador da Hermenêutica. Defende-se, por fim, que essa visão humanística do Direito é viabilizada através do Pragmatismo, movimento filosófico de origem norte-americana que defende a ascensão do conhecimento científico à realidade e que, ao ser importado para o Direito, acaba por instituir uma nova proposta metodológica para a compreensão do problema jurídico.

PALAVRAS-CHAVE: Direito. Justiça. Hermenêutica. Interpretação. Aplicação. Perspectiva axiológica. Perspectiva sociológico-política. Pragmatismo.

Hermeneutics, Pragmatism and Law Application

Mayssa Maria Assmar Fernandes Correia Maia

ABSTRACT: The aim of this study is to defend the theory that the Law interpretation and application must take place in accordance to axiological and social-political perspectives. It tries to show that the Law application involves ethical and political aspects that the knowledge of the rules itself is not able to face. Because of this, the judge has a very important role in achieving justice, the greatest aim of the Law. Then, it reinforces the idea that the judge is above all responsible for the creation of the Law, which gives him a relevant social role. He has to look for ways to harmonize the law and the social values, according to the Law to Introduce the Rules to Brazilian Law System (art.5th). It is a tendency that leads to the interpretation of the rules by the judge according to the ethics, having the man and the social wishes as the inspirations for Hermeneutics. At last, it defends that the humanistic view of the Law is possible through Pragmatism, a philosophical movement that comes from North America, which supports the rise of scientific knowledge to reality, and when applied to the legal area, creates a new methodological proposal in order to understand the Law problem.

KEY WORDS: Law. Justice. Hermeneutics. Interpretation. Application. Axiological perspective. Social-political perspective. Pragmatism.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
Capítulo 1 HERMENÊUTICA JURÍDICA E INTERPRETAÇÃO DO DIREITO	18
1.1 Hermenêutica: conceito e aspectos gerais	18
1.2 Hermenêutica, Interpretação, Aplicação e Integração do Direito: sinônimos?	21
1.3 A constante necessidade da Interpretação Jurídica: insidiosidade do Princípio <i>In claris cessat interpretatio</i>	26
1.4 Critério Hermenêutico: <i>Voluntas Legis X Voluntas Legislatoris</i>	30
1.4.1 Teoria Subjetiva	31
1.4.2 Teoria Objetiva	32
1.4.3 Prevalência da Objetiva sobre a Subjetiva	35
1.5 O art. 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro	36
Capítulo 2 ESPÉCIES DE INTERPRETAÇÃO	41
2.1 Quanto à sua origem	41
2.1.1 Interpretação Autêntica ou Legal	41
2.1.2 Interpretação Judicial ou Usual	43
2.1.3 Interpretação Administrativa	44
2.1.4 Interpretação Doutrinária ou Científica	44
2.2 Quanto à sua natureza (Métodos ou Elementos de Interpretação)	45
2.2.1 Método Literal, Gramatical ou Filológico	46
2.2.2 Método Lógico ou Racional	47
2.2.3 Método Sistemático ou Orgânico	49
2.2.4 Método Histórico ou Histórico-Evolutivo	50
2.2.5 Método Teleológico	51
2.2.6 Método Sociológico	52
2.3 Quanto aos seus efeitos	53
2.3.1 Interpretação Declarativa	54
2.3.2 Interpretação Extensiva	55
2.3.3 Interpretação Restritiva	56
2.3.4 Interpretação Modificativa	57
2.3.5 Interpretação Corretiva	57
2.3.6 Interpretação Ab-Rogante	58

Capítulo 3 ESCOLAS HERMENÊUTICAS	60
3.1 Conceito e divisão	60
3.2 Escolas de estrito legalismo ou dogmatismo	61
3.2.1 Escola da Exegese	61
3.2.2 Escola dos Pandectistas	63
3.2.3 Escola Analítica de Jurisprudência	64
3.3 Escolas de reação ao estrito legalismo ou dogmatismo	65
3.3.1 Escola Histórico-Evolutiva	65
3.3.2 Escola Teleológica	68
3.4 Escolas que se abrem a uma interpretação mais livre	69
3.4.1 Escola da Livre Pesquisa Científica	69
3.4.2 Escola do Direito Livre	72
3.4.3 Escola da Jurisprudência de Interesses	74
3.4.4 Escola Ecológica	76
3.4.5 Escola Vitalista do Direito	79
3.4.6 Escola Sociológica Americana	85
3.4.7 Escola Realista Americana	90
3.5 Movimento do Direito Alternativo	92
Capítulo 4 PERSPECTIVAS AXIOLÓGICA E SOCIOLÓGICO-POLÍTICA NA APLICAÇÃO DO DIREITO	96
4.1 A aplicação do Direito sob as perspectivas em questão	96
4.2 A aplicação do Direito numa perspectiva axiológica	98
4.2.1 O inevitável conteúdo axiológico do Direito	98
4.2.2 Em prol da perspectiva axiológica do Direito	103
4.2.3 Objeções à aplicação do Direito sob o prisma axiológico e sua recusa	108
4.2.4 Condições Metodológicas, Ideológicas, Éticas e Estruturais para a aplicação axiológica do Direito	110
4.3 A aplicação do Direito numa perspectiva sociológico-política	113
4.3.1 O Direito como fato social: a importância da Sociologia Jurídica	113
4.3.2 A mútua dependência entre o Direito e a Sociedade	117
4.3.2.1 A influência da Sociedade no Direito	120
4.3.2.2 A influência do Direito na Sociedade	125
4.3.3 A perspectiva sociológico-política como âmago da aplicação do Direito....	127
4.3.4 Argumentos contrários à concepção da aplicação sociológico-política do Direito e refutação desses argumentos	131

Capítulo 5 PRAGMATISMO E APLICAÇÃO DO DIREITO	136
5.1 Os métodos tradicionais e a busca de um novo modelo	136
5.2 O modelo jurídico-pragmático	139
5.3 O Pragmatismo como norteador de novas perspectivas de aplicação do Direito ...	148
CONCLUSÃO	152
REFERÊNCIAS	158

INTRODUÇÃO

Durante bastante tempo, uma compreensão formalista do Direito julgou ser possível reduzir a aplicação da lei à estrutura de um silogismo, no qual a norma legal seria a premissa maior; a adequação do fato aos requisitos do dispositivo de lei, a premissa menor; e a sentença, a conclusão do silogismo, inferida a partir da conjugação das duas premissas. Os juristas acreditavam que o Direito escrito contivesse uma solução rigorosa e específica para cada caso particular que reclamasse uma decisão dos tribunais. Assim, a função judicial reduzia-se a uma atividade mecânica, autômata, na qual a sentença dependia do mero encaixe dos fatos na hipótese legal cabível.

Dessa forma, os julgamentos não eram mais do que o texto preciso da norma legal, sendo nulo o poder de verdadeiramente julgar dos juízes, que não passavam de meros porta-vozes da lei, pronunciando inanimadamente suas palavras.

Ao aplicador do Direito não era dado suprir as cotidianas deficiências da lei, mas tão somente realizar a vontade infalível do legislador. Os juízes deviam ater-se a conceitualizar a realidade, e não a individualizar a norma. Escravo da lei: esta era a visão que se tinha do juiz.

A partir da segunda metade do século XIX, entretanto, esse estilo logicista, excessivamente preocupado com a forma, começou a ser criticado e combatido, em grande parte, devido ao surgimento de uma corrente filosófica denominada Pragmatismo, que, importada para o modelo jurídico, desaguou no que conhecemos como Pragmatismo Jurídico, que é o objeto central da nossa pesquisa.

Hoje, é bem verdade, arrefeceu bastante a concepção formalista do ofício do juiz. Contudo, ainda é expressivo o número de juízes em nossos tribunais que parecem crer ser esta mesmo a sua função; essa ideia de cunho vigorosamente positivista de que o juiz deve ser um ente desideologizado ainda é a ensinada em algumas de nossas universidades; a simples operacionalidade silogístico-dedutiva em que fica resumido o trabalho do magistrado ainda é tida como a medida mais eficaz na satisfação de nossa necessidade de segurança jurídica; para muitos, a “condenação” do intérprete e aplicador do Direito ao caminho estreito da lógica formal ainda parece ser a única possibilidade possível.

E é justamente isso que tanto nos preocupa: esse modo alienado de conceber a aplicação do Direito, que só minimiza as virtualidades da atuação do Judiciário,

apequenando a função judicial, desvirtualizando o raciocínio jurídico, esvaziando o processo hermenêutico e tolhendo o poder decisório dos membros dos tribunais, do que decorrem sérias consequências, principalmente de ordem social; dentre elas, e figurando como uma das mais graves, a crescente descrença no Poder Judiciário.

Ora, entendemos que a atividade julgadora é um processo bem mais complexo, implicando uma série de atos de caráter lógico, sim, mas também axiológico e fático que se correlacionam na busca da solução mais justa para o caso concreto. Afinal, a dinâmica da vida humana é tão rica de matizes que a faz extravasar os limites da construção legal.

O Direito tem sido, e há de ser cada vez mais, experiência. Em sua aplicação, deve o magistrado ser informado pela capacidade de valorização dos fatos em questão e das normas potencialmente aplicáveis, cujo sentido deve ser captado em conexão íntima com a intrínseca variabilidade do contexto histórico-cultural para que foram concebidas e cuja evolução precisam acompanhar. Ao juiz não compete apenas a interpretação das leis positivas ou de fórmulas advindas de codificações; compete-lhe muito mais, a adequação dos fatos sociais e dos interesses materiais aos princípios de valoração jurídica predominantes, sempre sob o influxo dos dramas humanos, sempre colocando o homem em primeiro plano, por ser ele o elemento central de uma ordenação justa.

Tecer uma ponte entre a generalidade da norma e a particularidade do caso concreto: esta é a tarefa do juiz, colocando-o na posição de figura principal do universo jurídico, e dele demandando juízos estimativos e, principalmente, criatividade.

(...) o ato de subordinação ou subsunção do fato à norma não é um ato reflexo e passivo, mas antes um ato de participação criadora do juiz, com a sua sensibilidade e tato, sua intuição e prudência, operando a norma como substrato condicionador de suas indagações teóricas e técnicas.¹

De fato, inconcebível é o mister de juiz sem o exercício de um certo poder criativo, pois a norma geral nunca é, e nem tem como ser, Direito já diretamente aplicável. O Direito dotado de força executiva, o Direito concreto, o verdadeiro Direito, é o contido nas decisões judiciais, essas que certos estudiosos chegam a afirmar serem a fonte primeira do Direito. Nesse sentido, assevera Luís Recaséns Siches:

¹ REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. 27. ed., ajustada ao novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 302.

“Aliás, o direito propriamente dito surge sempre, caso por caso, apenas no instante de ser proferida cada decisão judicial; e fora daí não há direito propriamente dito”.²

Ampliando o pensamento contido na norma legal à medida das necessidades da vida prática e das peculiaridades de cada caso concreto, o juiz consegue realizar a importante missão de fazer o Ordenamento Jurídico se manifestar e, mais importante ainda, colabora decisivamente na construção do Direito.

Com tais colocações, o que buscamos em nossa pesquisa é afastar o tal modelo positivista que absolutiza o respeito à lei, limitando a atuação do juiz aos parâmetros da lógica aristotélica e, com isso, obscurecendo a consideração dos reais interesses em confronto no processo.

Não se pode admitir já no avançado século XXI, ser o juiz uma simples “máquina aplicadora de leis”. Deve ser conferida à tarefa do intérprete e aplicador do Direito a enorme relevância a que faz jus. O jurista alemão Philipp Heck já adotava esse mesmo posicionamento, ao assumir que:

O juiz não é simples aparelho de subsunção em que por um lado se metam a hipótese de fato e a norma jurídica e saia pelo outro lado a sentença, sem qualquer valoração pessoal. É também, pelo contrário, o criador das normas a aplicar, auxiliar, portanto, do legislador, embora subordinado.³

Partilhando do mesmo entendimento, Antonio Bento Betioli afirma:

O aplicador da lei não assume aquela conduta de “ente inanimado” concebida por Montesquieu, ou a condição de um operador de máquinas automáticas, em que se põem os fatos no orifício de entrada, puxa-se uma alavanca e retira-se a decisão pré-formulada.⁴

Na mesma direção, aponta Antonio Carlos Wolkmer, para quem:

A função jurisdicional transcende a modesta e subserviente atividade de aceder aos caprichos e à vontade do legislador, pois, como poder criador, o Juiz não se constitui em um simples técnico que mecanicamente aplica o Direito em face dos litígios reais, mas, buscando solucionar os conflitos de interesses entre sujeitos de Direito, o magistrado aparece como uma verdadeira força de expressão social que se define pelo exercício de uma

² SICHES, Luís Recaséns. *Tratado General de Filosofía del Derecho*. 9. ed. México: Porrúa, 1986, p. 313 (tradução nossa).

³ HECK, Philipp. *Interpretação das leis e Jurisprudência dos Interesses*. Trad. José Osório. São Paulo: Saraiva, 1948, p. 24.

⁴ BETIOLI, Antonio Bento. *Introdução ao Direito: lições de Propedêutica Jurídica*. São Paulo: Hermes Editora e Informação, 1989, p. 232.

função autônoma e irreduzível em relação às outras esferas de competência do Estado.⁵

Diante das citações que fizemos questão de mencionar e que entendemos necessárias para a introdução do tema, buscamos demonstrar que, entre o juiz criador e reflexivo, nos limites do Ordenamento Jurídico em sentido amplo, e o “juiz-robô”, a primeira opção deve se tornar realidade imperante em nossos tribunais, pois quanto mais a Jurisprudência conseguir adaptar o Direito vigente às circunstâncias mutáveis da vida e às necessidades particulares de cada um, tanto mais serão satisfeitos os anseios sociais e a justiça será feita.

Em suma, o que defendemos é que o ofício de juiz envolve arte, criação, vida, o que em nada se confunde com a servidão à expressão literal da lei. Ou, nas palavras do jurista brasileiro João Baptista Herkenhoff, quando perguntado por um jornalista se a função do juiz exigiria uma vocação específica, palavras essas que nos tocaram profundamente, sendo o verdadeiro fato propulsor do presente trabalho:

(...) vejo a função de juiz como uma função que tem um misto de ciência e de arte. Um juiz não é um simples aplicador da lei, um simples elaborador de silogismos, (...). Vejo o ofício de juiz como um ofício de arte, como um ofício humano. Vejo o juiz como alguém que tenha de atender ao desafio humano. Vejo o juiz como alguém que tenha de atender ao desafio de descer às pessoas julgadas e, muito longe de elaborar silogismos, como alguém que enfrente o enigma da realidade humana, porque, a meu ver, só este tipo de Justiça pode servir ao homem. A Justiça silogística trai o ser humano e constitui uma força de perturbação social. Vejo o juiz como alguém que tenha que contribuir para o crescimento das pessoas.... É um ofício pedagógico. Vejo a Justiça como um instrumento de equilíbrio social, não como um instrumento de exacerbação das já tão dramáticas diferenças sociais, não como instrumento de reforço do *status quo*. Vejo a possibilidade de o juiz desempenhar um papel progressista, de alguém que possa estar à frente da lei, de alguém que possa não se ilhar no sistema legal, mas compreender que o sistema legal faz parte de um sistema mais amplo, de um sistema sócio-econômico e, dentro desse sistema, a lei não é uma ilha. Então eu respondo afirmativamente: vejo a função de Juiz como uma função de arte, como uma função profundamente humanizadora.⁶

Essa é, portanto, a proposta de nossa pesquisa.

Para alcançar com pleno êxito o objetivo acima proposto, esta dissertação encontra-se dividida em cinco capítulos, além desta introdução e de uma conclusão. Com vistas a uma melhor apuração de nossos apontamentos, mostra-se necessário

⁵ WOLKMER, Antonio Carlos. *Ideologia, Estado e Direito*. São Paulo: RT, 1989, p. 146-147.

⁶ HERKENHOFF, João Baptista. *Direito e Utopia*. São Paulo: Acadêmica, 1993, p. 43-44.

que adentremos inicialmente em certos tópicos capitais da Teoria Geral da Hermenêutica, o que é feito nos três primeiros capítulos do trabalho.

Assim, no primeiro capítulo, tomamos a análise do que seja a Hermenêutica Jurídica, seu conceito e classificação, seus critérios, sua função e sua essencialidade para a Ciência Jurídica, como ponto de partida para o estudo da aplicação do Direito sob as perspectivas axiológica e sociológico-política, à luz dos ideais pragmáticos. Analisamos também de forma amíúde o artigo 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro que, ao estipular como diretrizes para a interpretação e aplicação do Direito os fins sociais e o bem comum, promove o rompimento do sistema jurídico brasileiro com a Exegese Tradicional, conferindo ao magistrado importante papel na revelação do Direito

Em seguida, já no segundo capítulo, buscamos nos debruçar sobre a interpretação jurídica especificamente, fazendo um estudo pormenorizado sobre as espécies de interpretação de acordo com a sua origem, seus métodos e seus efeitos.

O terceiro capítulo destina-se a fazer um apanhado sobre as escolas hermenêuticas constituídas ao longo da História, dividindo-as em escolas de estrito legalismo ou dogmatismo, que defendem aprioristicamente o positivismo jurídico; escolas de reação ao estrito legalismo ou dogmatismo, que, ao se oporem à literalidade interpretativa, proporcionam, mesmo que ainda de forma tímida, novos horizontes à ciência do Direito, e; escolas que se abrem a uma interpretação mais livre, as quais, apesar da variedade de ideais, guardam a semelhança de se traduzirem em trabalhos filosófico-hermenêuticos que buscam uma interpretação do Direito mais axiológica, menos lógica, mais próxima das realidades da vida social, sendo estas últimas, portanto, de vital importância para a nossa pesquisa.

O segundo momento deste estudo foca na aplicação do Direito sob as perspectivas axiológica e sociológico-política, quando, no quarto capítulo, sustentamos que a interpretação e a aplicação dos preceitos normativos pelo julgador devem ser feitas à luz da ética, da cultura, do meio social em que vive, da sua visão de mundo, dos valores de seu povo e das peculiaridades do homem julgado, exercendo, nesses moldes, função renovadora e progressista, à frente da lei. Buscamos sedimentar a ideia de que a interpretação e aplicação do Direito envolvem aspectos que o saber jurídico sozinho não é capaz de enfrentar, de modo que o juiz pode e deve buscar arrimo em fatores exógenos à lei.

Por fim, no quinto e último capítulo da dissertação, adentramos no estudo do Pragmatismo Jurídico, averiguando, primeiramente, sua origem e principais características. Em seguida, demonstramos que a lógica retirada da experiência apregoada pelos estudiosos pragmáticos – a chamada lógica pragmática ou instrumental –, dá ensejo a uma hermenêutica dialógica, segundo a qual a aplicação do Direito deve ser feita através do cotejo entre as possíveis hipóteses de solução de um caso específico e as respectivas consequências de ordem prática que podem ensejar no contexto social, o que vai conformar a pauta axiológica e sociológico-política que defendemos deva ser adotada pelos juízes. Fica patente, nesse momento, a premente necessidade de uma abordagem pragmática do Direito.

No que tange à metodologia adotada⁷, trata-se de um estudo eminentemente qualitativo, importando ressaltar que as técnicas de coleta de dados utilizadas foram essencialmente as pesquisas bibliográfica e documental, dado o forte caráter teórico-argumentativo da problemática central do trabalho. Fizemos uso, portanto, do clássico tripé que sustenta a grande maioria das pesquisas jurídicas: a legislação, a doutrina – maior sustentáculo deste trabalho – e a jurisprudência.

Quanto à forma de abordagem, na primeira parte da pesquisa, nos valem da pesquisa epistemológica, por suas características teórica e filosófica mais marcantes. Referido eixo teórico-metodológico foi de extrema eficácia no momento em que nos ativemos ao estudo dos conceitos de hermenêutica, interpretação, aplicação e integração do direito, das escolas e dos critérios hermenêuticos e das espécies de interpretação.

Em um segundo momento, a pesquisa instrumental – caracterizada pela preocupação com a prática – e a pesquisa sociojurídica – orientada pela relação da ordem jurídica com a ordem social, considerando-as como variáveis dependentes ou interdependentes – foram de grande valia e se combinaram entre si, uma vez que, analisando o sistema jurídico atual, buscamos demonstrar a necessidade de interação do Direito com outros campos do saber.

Sem a pretensão de esgotar a temática, esperamos que a presente pesquisa contribua a seu modo para despertar discussões acerca da relevância da Hermenêutica e do Pragmatismo no importante ofício de intérprete e aplicador do Direito exercido pelos magistrados.

⁷ Cf. MONTEIRO, Geraldo Tadeu M.; SAVEDRA, Mônica Maria G. *Metodologia da pesquisa jurídica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

Capítulo 1 HERMENÊUTICA JURÍDICA E INTERPRETAÇÃO DO DIREITO

1.1 HERMENÊUTICA: CONCEITO E ASPECTOS GERAIS

As leis são formuladas em termos gerais e abstratos, sem se dirigir a casuísmos, tampouco abarcar minúcias. Por tal motivo, a tarefa primeira de seu executor traduz-se na pesquisa da relação entre o texto legal abstrato e o caso concreto da vida real, entre a norma jurídica e o fato social, ao que chamamos Aplicação do Direito, ou fenômeno jurídico da Subsunção. Para obter êxito nessa empreitada, o aplicador da lei deve desenvolver um trabalho de descoberta e fixação do verdadeiro sentido da norma positivada, bem como de seu respectivo alcance. Tem-se, aí, a Interpretação Jurídica; esta, como a generalidade das artes, possui a sua técnica, ou os meios pré-estabelecidos para chegar aos fins almejados, a que, finalmente, denominamos Hermenêutica Jurídica.

De origem grega, *Hermeneúein*, a palavra Hermenêutica remonta à Antiguidade, aludindo a Hermes, deus da Mitologia grega, a quem era atribuído o dom de interpretar a vontade divina.¹

Tendo sido utilizado tal vocábulo pela primeiríssima vez por Aristóteles, em seu *Organon*, a Hermenêutica passou a receber maior atenção quando, ainda no século XVI, se intensificou o interesse pelas Sagradas Escrituras e sua interpretação. Neste sentido, aponta a definição encontrada no dicionário *Glossary of Semiotics*:

Hermeneutic, hermeneutics: this term (derived from the name of Hermes, the Greek god who served as herald and messenger for other gods) is often used in wide sense to mean the art or theory of interpretation, though its original meaning was the interpretation of sacred scripture.²

Aponta nessa mesma direção o *Dicionário de Ciências Humanas*, quando assim define o termo Hermenêutica: “Originalmente, a hermenêutica designa a arte de interpretar textos sagrados para descobrir seus significados ocultos”³. No *Dictionnaire de Sociologie*, por sua vez, tem-se: “*Herméneutique*: interprétation des textes religieux”⁴.

¹ NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do Direito*. 11. ed. rev. atual., Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 303.

² COLAPIETRO, Vincent Michael. *Glossary of Semiotics*. New York: Paragon House, 1993, p. 109.

³ DORTIER, Jean-François. *Dicionário de Ciências Humanas*. Trad. Aline Saddi Chaves et al. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 268.

⁴ FERRÉOL, Gilles et al. *Dictionnaire de Sociologie*. 12. ed. rev. aum. Paris: Armand Colin, 1991, p. 108.

Firma-se como disciplina de cunho filosófico no ano de 1756, a partir de uma obra escrita por Georg Friedrich Maier, na qual este defende a extrema importância da Hermenêutica no campo da especulação.⁵

“A Hermenêutica Jurídica tem por objeto o estudo e a sistematização dos processos aplicáveis para determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito”.⁶ Assim a conceitua o doutrinador Carlos Maximiliano em sua clássica obra *Hermenêutica e aplicação do Direito*.

Não menos acertada é a definição encontrada no *Webster Third New International Dictionary*, onde encontramos a ciência hermeneuta como “o estudo dos princípios metodológicos de interpretação e de explicação”.⁷

No mesmo sentido, apontam Paula Baptista, para quem: “Hermenêutica jurídica é o sistema de regras para a interpretação das leis”⁸, e Paulo Dourado Gusmão, que define a Hermenêutica como “a parte da ciência do direito que trata da interpretação e aplicação do direito”.⁹ Vale, ainda, citar a louvável colocação de Franco Montoro, que entende a Hermenêutica, em sentido técnico, como “a teoria científica da interpretação”.¹⁰

Em nível de doutrina alienígena, temos Félix Berriat-Saint-Prix e M. P. Fabreguettes, ambos franceses, que assim se manifestaram: “Hermenêutica é a teoria da interpretação das leis”.¹¹

A função da ciência hermênutica pode, então, ser traduzida como o oferecimento de meios para solucionar, na prática, as dificuldades todas relativas à interpretação e à aplicação do Direito objetivo; é, assim, um guia ao aplicador do Direito positivado, auxiliando-o na descoberta e determinação do sentido e da extensão de um dado preceito legal.

E mais: a tarefa da Hermenêutica jurídica não se adstringe à apresentação de princípios científicos que disciplinam a interpretação das normas jurídicas, ou seja, a apuração de seu sentido e alcance, mas abarca também a determinação dos

⁵ HERKENHOFF, João Baptista. *Como aplicar o Direito*. 7. ed. rev. amp. atual., Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 05.

⁶ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. 9. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 01.

⁷ GARCIA, Juvêncio Gomes. *Função criadora do juiz*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996, p. 30.

⁸ PAULA BAPTISTA, Francisco de. *Compêndio de Hermenêutica Jurídica*. In: TOMASETTI JR., Alcides (coord.). *Hermenêutica Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 03.

⁹ GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao estudo do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 253.

¹⁰ FRANCO MONTORO, André. *Introdução à ciência do Direito*. 25. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 370.

¹¹ *Apud* MAXIMILIANO, Carlos, *op. cit.*, p. 04.

princípios referentes à aplicação ou adaptação de seus preceitos às situações de fato que se lhes subordinam, crescendo-se, ainda, a estas funções, a de sistematizar os meios pelos quais se preenchem as lacunas existentes no Sistema legal, como se verá mais adiante.¹²

Diz o Compêndio de Paula Baptista: “A sua [da Hermenêutica jurídica] importância e autoridade é imensa, e deriva do interesse público, que exige que as leis tenham aplicação fiel ao pensamento do legislador¹³”.¹⁴ Considera-se a Hermenêutica como de interesse público pelo fato de que as leis somente se fazem mediante a utilidade pública; ora, se é do interesse público que emana a lei, necessário se torna que ela tenha uma execução linear, uniforme, o que não é possível sem regras comuns que sujeitem aqueles que se acham encarregados de executá-la.

De inestimável valia os dizeres de Carlos Maximiliano, nesse sentido:

Não basta conhecer as regras aplicáveis para determinar o sentido e o alcance dos textos. Parece necessário reuni-las e, num todo harmônico, oferecê-las ao estudo, em um encadeamento lógico.

(...)

Descobertos os métodos de interpretação, examinados em separado, um por um; nada resultaria de orgânico, de construtor, se os não enfeixássemos em um todo lógico, em um complexo harmônico. À análise suceda a síntese. Intervenha a Hermenêutica, a fim de proceder à sistematização dos processos aplicáveis para determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito.¹⁵

Conclui-se, pois, que o estudo da Hermenêutica é essencial e deve preceder ao de todo Direito positivo, pois como todo Direito precisa ser bem entendido para, então, ser corretamente aplicado, mister se faz aquele primeiro estudo pelo jurisconsulto, consistente em conhecer perfeitamente as regras segundo as quais deve atuar, para que possa compreender o conteúdo normativo, e genuinamente aplicá-lo.

¹² Vide item 1.3.

¹³ Quanto a essa fidelidade ao pensamento do legislador quando da interpretação das leis pelo jurisconsulto, discutiremos mais adiante sua pertinência face à dicotomia *Voluntas Legis X Voluntas Legislatoris* (Vide item 1.5).

¹⁴ PAULA BAPTISTA, Francisco de, *op. cit.*, p. 03.

¹⁵ MAXIMILIANO, Carlos, *op. cit.*, p. 05.

1.2 HERMENÊUTICA, INTERPRETAÇÃO, APLICAÇÃO E INTEGRAÇÃO DO DIREITO: SINÔNIMOS?

Num sentido amplo, até se poderia conceber a ideia de que Hermenêutica e Interpretação são sinônimos. De fato, é mesmo bastante usual a utilização de ambos os vocábulos nesses moldes. Contudo, no campo da técnica jurídica, os mesmos não se confundem: a Hermenêutica é muito mais abrangente, englobando a Interpretação, a Integração e, para muitos, até a própria Aplicação do Direito, esta que é a finalidade última de toda Interpretação e Integração. Ou seja, a Hermenêutica jurídica vem a ser a teoria científica das artes de interpretar, integrar e aplicar o Direito.

Assim, mostra-se necessário para uma melhor apuração de nossos apontamentos, além de extremamente interessante, que façamos a diferenciação entre estes termos-chave integrantes do processo hermenêutico.

Paulo Nader, reportando-se à François Géný, afirma que:

Todo conhecimento humano (...) desdobra-se em dois aspectos: os princípios e as aplicações. Os princípios provêm da ciência e as aplicações, da arte. No mundo do Direito, hermenêutica e interpretação constituem um dos muitos exemplos de relacionamento entre princípios e aplicações. Enquanto a hermenêutica é teórica e visa a estabelecer princípios, critérios, métodos, orientação geral, a interpretação é de cunho prático, aplicando os ensinamentos da hermenêutica. Não se confundem, pois, os dois conceitos apesar de ser muito freqüente o emprego indiscriminado de um e de outro. A interpretação aproveita os subsídios da hermenêutica. Esta (...) descobre e fixa os princípios que regem a interpretação.¹⁶

Portanto, percebe-se que há uma distinção fundamental entre tais vocábulos, uma vez que a Hermenêutica tem por objetivo fornecer os meios científicos para que a Interpretação possa ter lugar, ou, em outros termos, a Hermenêutica estabelece os critérios, princípios e métodos que viabilizam o ato interpretativo. Enquanto a Hermenêutica é científica, a Interpretação é prática. Pode-se, ainda, afirmar que a Hermenêutica é de cunho genérico e supramaterial, posto que sua finalidade-mor é ordenar e orientar a interpretação propriamente dita, esta, sim, prática por excelência, e delimitada ao campo de ação de uma determinada norma. Rubens Limongi França ensina: “A interpretação, (...), consiste em aplicar as regras, que a hermenêutica perquire e ordena, para o bom entendimento dos textos legais”.¹⁷

¹⁶ NADER, Paulo, *op. cit.*, p. 303.

¹⁷ FRANÇA, Rubens Limongi. *Hermenêutica Jurídica*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 21-22.

Mas o que vem a ser exatamente a interpretação?

Para o jurista italiano Nicola Coviello, interpretação “é a investigação e explicação do sentido da lei”¹⁸; “é indagar a vontade atual da norma e determinar seu campo de incidência”¹⁹, ensina João Baptista Herkenhoff; ou, segundo Luís Eduardo Nieto Arteta, em sua obra *La interpretación de las Normas Jurídicas*, “interpretar é apreender ou compreender os sentidos implícitos das normas jurídicas”.²⁰ Cite-se, ainda, o dizer de Clóvis Beviláqua, para quem “interpretar a lei é revelar o pensamento que anima as suas palavras”.²¹ Bem adverte o doutrinador Washington de Barros Monteiro: “Interpretar uma lei (...) é determinar-lhe com exatidão seu verdadeiro sentido, descobrindo os vários elementos significativos que entram em sua compreensão e reconhecendo todos os casos a que se estende sua aplicação”.²²

Há, pois, doutrinariamente, um consenso sobre a definição do que seja a Interpretação do Direito, traduzida como a fixação do verdadeiro sentido e do alcance da norma jurídica. Temos, assim, três elementos integrando o conceito de interpretação²³:

- a) Revelação do sentido: Não basta apenas conhecer o significado das palavras utilizadas pela lei; necessário se afigura descobrir a finalidade da norma jurídica que se está a interpretar. Nesse sentido, de grande valia o posicionamento de Carlos Maximiliano, ao fazer uso dos ensinamentos de Ludwig Enneccerus:

Interpretar uma expressão de Direito não é simplesmente tornar claro o respectivo dizer, abstratamente falando; é, sobretudo, revelar o sentido apropriado para a vida real, e conducente a uma decisão reta.²⁴

O mesmo doutrinador e jurista ratifica esse seu entendimento em outra passagem de sua obra *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, ao trilhar a tarefa do intérprete: “Não lhe compete apenas procurar atrás das palavras os pensamentos possíveis, mas também entre os pensamentos possíveis

¹⁸ *Apud* FRANCO MONTORO, André, *op. cit.*, p. 369.

¹⁹ HERKENHOFF, João Baptista, *op. cit.*, p. 09.

²⁰ ARTETA, Luís Eduardo Nieto. *La interpretación de las Normas Jurídicas*. Bogotá: Ediciones Tiempo Presente, 1976, p. 72 (tradução nossa).

²¹ BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria Geral do Direito Civil*. 7. ed. São Paulo: Francisco Alves, 1955, p. 37.

²² MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil: parte geral*. 18. ed. rev. atual., São Paulo: Saraiva, 1979, p. 34-35.

²³ FRANCO MONTORO, André, *op. cit.*, p. 370-371.

²⁴ MAXIMILIANO, Carlos, *op. cit.*, p. 10.

o único apropriado, correto, jurídico”.²⁵ Portanto, ao se proceder com a interpretação do Direito, é sempre necessário ir além da superfície das palavras, pois, somente dessa forma, é possível se conhecer a força e o poder que delas dimanam.

- b) Fixação do alcance: Fixar o alcance de um preceito normativo significa delimitar o seu campo de incidência, demarcar seus limites de atuação, estipular sobre que fatos sociais e em que circunstâncias uma certa norma jurídica tem aplicação.
- c) Norma jurídica: A referência à expressão norma jurídica dá-se em sentido genérico, amplo, uma vez que não são apenas as leis ou normas jurídicas legais as únicas que precisam ser interpretadas; carecem de interpretação, além das leis (embora sejam essas o objeto principal da interpretação e, portanto, do presente estudo), os tratados, os acordos, as convenções, os decretos, as portarias, as medidas provisórias, os contratos, os testamentos, as sentenças, os despachos, as portarias e, até mesmo, os usos e costumes. Nesse diapasão, norma jurídica abrange, na conjuntura interpretativa, desde as normas constitucionais até as normas contratuais ou testamentárias, de caráter individual.

Portanto, quem fala em interpretação, fala num enfoque prático, imediato e concreto da norma jurídica, geralmente em cotejo com determinada situação de fato, sempre tendo em vista a adequada compreensão do seu conteúdo e dos seus efeitos.²⁶

A interpretação, frise-se, é tarefa prévia e indispensável à aplicação do Direito. Se o Direito existe, obviamente que existe para ser aplicado; todavia, impossível fazê-lo sem antes proceder a sua interpretação. Aponta nessa direção Christiano José de Andrade:

(...) a interpretação jurídica é uma interpretação prática. Nesse sentido a operação consiste em interpretar textos e situações a ele referidas, tendo em vista uma finalidade prática. Mas o intérprete do direito não sai do universo dogmático; somente o aplicador entra no mundo real; por isso a interpretação é pressuposto da aplicação.²⁷

²⁵ *Ibidem*, p. 16.

²⁶ COELHO, Luiz Fernando. *Lógica Jurídica e Interpretação*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 177-178.

²⁷ ANDRADE, Christiano José de. *Hermenêutica Jurídica no Brasil*. São Paulo: RT, 1991, p. 11.

Quanto à aplicação da ciência jurídica, o jurista francês Claude du Pasquier informa que essa atividade consiste em “transferir para um caso particular e concreto a decisão que se encontra na regra abstrata”.²⁸

A aplicação do Direito consiste no enquadrar um caso concreto em a norma jurídica adequada. Submete às prescrições da lei uma relação da vida real; procura e indica o dispositivo adaptável a um fato determinado. Por outras palavras: tem por objeto descobrir o modo e os meios de amparar juridicamente um interesse humano.²⁹

É o que assevera Carlos Maximiliano, imbuído das ideias apregoadas pelo professor alemão da Universidade de Berne, Max Gmür.

A esta aplicação da norma jurídica ao caso *sub judice* dá-se o nome de Subsunção, que, ao contrário do que erroneamente se possa pensar, não prescinde da hermenêutica, mas, em verdade, a pressupõe. Na forma do retromencionado, para subsumir é preciso interpretar; interpretando, o juízo judicante faz uso dos princípios e regras firmados pela ciência hermenêutica.

E não se há de confundir as duas disciplinas, pois, enquanto a hermenêutica tem um só objeto, qual seja a lei, a aplicação tem dupla matéria: o direito objetivo e o fato concreto. A hermenêutica pode, então, ser tida como um meio para atingir a aplicação, um momento da atividade desenvolvida pelo aplicador do direito.³⁰

Segundo o já mencionado Christiano José de Andrade:

A norma consegue sua última determinação de conteúdo somente no processo de sua aplicação. (...). Aplicação é um elemento tão integrante do processo hermenêutico como o compreender ou o interpretar.³¹

Por todo o exposto, afirma-se que a aplicação transforma a norma geral em norma individual, sob a forma de sentença ou decisão administrativa.

Mas, o que fazer quando para um dado fato da vida real não há norma legal adequada, apropriada, viável a solucionar o conflito de interesses instaurado entre os jurisdicionados?

²⁸ *Apud* GARCIA, Juvêncio Gomes, *op. cit.*, p. 34.

²⁹ MAXIMILIANO, Carlos, *op. cit.*, p. 06.

³⁰ *Ibidem*, p. 08.

³¹ ANDRADE, Christiano José de. *O problema dos métodos da Interpretação Jurídica*. São Paulo: RT, 1992, p. 15.

Desde que todas as modernas legislações proíbem o *non liquet*³², não pode o magistrado, diante de uma lacuna da lei, eximir-se de sentenciar, solicitando às partes que aguardem futura manifestação do legislador, quando este, então, atentar para os novos interesses privados e sociais que estariam a reclamar proteção legal. É o que se vislumbra da redação do art. 126 do Código de Processo Civil (Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973), que dispõe a respeito:

Art. 126 - O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito.

Assim é que, hoje, quando a lei for omissa, o juiz decidirá de acordo com os seguintes recursos: a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito, como, aliás, também preceitua o art. 4^a da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942).

Pode, ainda, valer-se o magistrado, nos casos de ausência de lei, do subsídio da equidade, a qual, apesar de não se encontrar expressamente prevista nos artigos de lei ora mencionados, é admitida em nosso Ordenamento de forma excepcional, nos específicos casos previstos em lei, conforme estatui o art. 127 do Código de Processo Civil. Dentre esses casos, podem ser citados os art. 413 (diminuição equitativa da sanção na cláusula penal), 479 (modificação equitativa das condições do contrato para evitar a resolução contratual por onerosidade excessiva), 738 (redução equitativa da indenização devida à pessoa transportada quando a vítima tiver concorrido para a ocorrência do dano), 928 (fixação equitativa da indenização pela qual responde o incapaz em relação aos danos que causar, quando as pessoas por ele responsáveis não tiveram obrigação ou condição de fazê-lo), 944, parágrafo único (redução equitativa da indenização em caso de excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano), e, 953, parágrafo único (fixação equitativa do valor da indenização por injúria, difamação ou calúnia, quando o ofendido não puder provar prejuízo material), todos do Código Civil (Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002).

Ainda sobre o recurso da equidade, vale frisar que, em que pese somente seja admitido nos casos permitidos em lei, “(...) o juízo de equidade não se contrapõe ao

³² Época houve em que vigorou o entendimento de que, na falta de disposição legal ajustada ao caso, o juiz devia abster-se de julgar; nestes casos em que verificasse não dispor de elementos suficientes para decidir, *non liquet* era a fórmula a ser empregada pelo magistrado. FRANCO MONTORO, André, *op. cit.*, p. 380.

juízo legal, ambos pertencem ao mesmo sistema de tutela jurisdicional, sendo o juízo de equidade apenas um derivativo do juízo legal³³, de modo que há quem defenda que, sempre que o juiz se deparar com uma cláusula geral, poderia fazer uso da equidade, por ser ela um critério histórico de igualdade e proporcionalidade.³⁴

Pois bem. Ao processo de preenchimento das lacunas existentes na lei é intitulado Integração do Direito. Sobre ele, é importante pontuar que, apesar da correlação que mantém com a Interpretação das normas jurídicas, desta em muito difere, não havendo de se falar em miscigenação entre tais processos. Interpreta-se uma norma e integra-se o espaço vazio desta ou do ordenamento jurídico. “Em síntese, podemos dizer que há interpretação, em sentido estrito, quando existe uma norma prevendo o caso; recorre-se à integração quando não existe essa norma explícita”.³⁵

Uma vez estabelecida a distinção entre esses vocábulos que tão íntima ligação guardam entre si no desenrolar do processo hermenêutico, devemos atentar para o fato de que, tradicionalmente, é arrolado como tema específico da Hermenêutica jurídica, o da interpretação, seus processos e sua técnica. É, pois, desse assunto que vamos nos ocupar substancialmente no presente trabalho.

1.3 A CONSTANTE NECESSIDADE DA INTERPRETAÇÃO JURÍDICA: INSIDIOSIDADE DO PRINCÍPIO *IN CLARIS CESSAT INTERPRETATIO*

Apesar de muito se falar acerca da incidência das técnicas interpretativas sobre normas defeituosas, ambíguas e obscuras, tem a interpretação jurídica lugar cativo em qualquer procedimento aplicativo da lei. Naturalmente, é óbvio que quando o texto é claro, a interpretação é mais fácil e surge espontaneamente, ao passo que nos casos de obscuridade, a interpretação é mais complexa e, por isso mesmo, sua necessidade se evidencia, mas daí a dispensar a exegese nas hipóteses de clarividência da lei há um enorme abismo.

Toda fonte normativa consiste numa matéria e procura transmitir um sentido ou conteúdo, ou seja, tem um espírito, espírito esse cuja extração está inevitavelmente associada à permanente tarefa intelectual, por mais simples que possa ser. Sendo

³³ AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A equidade no Código Civil Brasileiro. *Revista CEJ*. Brasília, n. 25, abr.-jun.2004, p. 21.

³⁴ *Ibidem*, p. 22.

³⁵ FRANCO MONTORO, André, *op. cit.*, p. 380.

assim, lógico se afigura que a interpretação é sempre necessária, e não lateral ao preceito legal, pois somente através dos trabalhos exegéticos conseguimos retirar do texto o real sentido que encerram seus termos. Ou, nas palavras de Daniel Coelho de Souza, ao referir-se a outro importante doutrinador: “Interpretação e legislação, diz sabiamente Max Ascoli, são dois tempos essenciais de um ritmo cíclico: elevação da realidade à norma, retorno da norma sobre a realidade”.³⁶

Contudo, tempo houve, é verdade, em que se tentou impedir o ato exegético pelos profissionais manipuladores do Direito. Os legisladores, em diversas ocasiões, ensaiaram proibições a comentários e interpretações de suas próprias leis, ordenando a mera aplicação das disposições legais ao “pé da letra”, ou como bem pontua Juvêncio Gomes Garcia: “pretendendo sua imediata tradução de palavras em fatos”.³⁷

Maior expressão desse movimento restritivo da interpretação jurídica é o famoso dogma axiomático *In claris cessat interpretatio* (“Nas evidências cessa a interpretação”), entendido como *Quando verba sunt clara, non admittitur mentis interpretatio* (“Em sendo claras as palavras, não se admite a interpretação da mente”).³⁸

Surgida ainda na Idade Média, enquanto reação ao desvirtuamento da ciência hermenêutica provocado pelo avanço da Escolástica (esta que, ao introduzir um confuso acervo de distinções e subdistinções, ao substituir os textos legais pelos pareceres dos doutores, e ao dar às glosas um valor superior ao das leis, acabou por retirar do Direito toda a sua certeza e segurança), a máxima em questão, ressalte-se, apesar de sua veste latina, não tem origem romana. Pelo contrário: os romanos, com a astuta e profunda visão em matéria jurídica que possuíam, já reconheciam, com bastante propriedade, a imanente indispensabilidade dos trabalhos exegéticos, não se limitando a exegese, em Roma, aos textos obscuros nem aos lacunosos apenas, mas incidindo sobre todo e qualquer texto legislativo, ainda que, a um primeiro ver, isento de qualquer complexidade ou defeito³⁹. Ulpiano chegou mesmo a afirmar:

³⁶ COELHO DE SOUZA, Daniel. *Introdução à ciência do Direito*. 4. ed. rev. aum., São Paulo: Saraiva, 1983, p. 386.

³⁷ GARCIA, Juvêncio Gomes, *op. cit.*, p. 51.

³⁸ PAULA BAPTISTA, Francisco de, *op. cit.*, p. 04 e 62.

³⁹ Na contramão desse ideal exegético de Roma, encontra-se o episódio em que o imperador romano Justiniano proibiu terminantemente a interpretação de seu *Corpus Juris Civilis*, ao determinar que: “Quem quer que seja que tenha a ousadia de aditar algum comentário a esta nossa coleção de leis... seja cientificado de que não só pelas leis seja considerado réu futuro de crime falso, como também de que o que tenha escrito se apreenda e de todos os modos se destrua”. *Apud* BETIOLI, Antonio Bento. *Introdução ao Direito: lições de Propedêutica Jurídica*. São Paulo: Hermes Editora e Informação, 1989, p. 210-211.

“*Quamvis sit manifestissimum edictum praetoris, attamen non est negligenda interpretatio eius*” (“Embora claríssimo o edito do pretor, contudo não se deve descurar da sua interpretação”).⁴⁰

Sob a égide do princípio *In claris non fit interpretatio*, afastou-se a função interpretativa do aplicador do Direito, não a admitindo senão no caso de leis obscuras, defeituosas, posto que, segundo o brocardo outrora dominador absoluto dos pretórios, “disposições claras não comportam interpretação – Lei clara não carece de interpretação – Em sendo claro o texto, não se admite a pesquisa da vontade”.⁴¹

Esposaram esta tese juristas de tomo, a exemplo, Hufeland, para quem: “é um mal que a lei precise de interpretação. As leis não devem estar sujeitas às chicanas jurídicas”.⁴² Assim também se posicionou Napoleão Bonaparte, ao constatar que o Código Civil Francês estava sendo interpretado pelos juristas, quando, então, exclamou: “O meu código está perdido”.⁴³

Entre os doutrinadores portugueses, Borges Carneiro e Liz Teixeira enveredaram pela defesa do aforismo conservador. Ao primeiro escritor, atribui-se a autoria da frase: “Se a lei é claríssima, cessa o ofício do intérprete, e são ociosas quaisquer explicações”⁴⁴; o segundo, bastante enfático, asseverou que: “Desde que a lei fala claramente, nada mais resta que obedecer-lhe e cumpri-la (...). Envolve absurdo explicar o que está por si explicado, e procurar conhecer o que está conhecido (...)”.⁴⁵

O jurista brasileiro Francisco de Paula Baptista comungou do entendimento em tela ao assegurar que a interpretação não tem lugar sempre que a lei for clara e precisa. Para ele:

Ou existem motivos para duvidar do sentido de uma lei, ou não existem. No primeiro caso, cabe interpretação, pela qual fixamos o verdadeiro sentido da lei, e a extensão do seu pensamento; no segundo, cabe apenas obedecer ao seu preceito literal.⁴⁶

⁴⁰ *Apud* BETIOLI, Antonio Bento, *op. cit.*, p. 211.

⁴¹ MAXIMILIANO, Carlos, *op. cit.*, p. 33.

⁴² *Apud* NADER, Paulo, *op. cit.*, p. 308.

⁴³ *Idem*.

⁴⁴ CARNEIRO, Manuel Borges. *Direito Civil de Portugal*. Lisboa: Typ. Maria da Madre de Deus, 1858, vol. 1, p. 46, nota b.

⁴⁵ TEIXEIRA, Antonio Ribeiro de Liz. *Curso de Direito Civil portuguez*. Coimbra: Casa de J. Augusto Orcel, 1856, vol. 1, p. 32-33.

⁴⁶ PAULA BAPTISTA, Francisco de, *op. cit.*, p. 04, nota 01.

O Código da Baviera de 1812 pode ser considerado manifestação extrema da errônea concepção da desnecessidade de interpretação, vez que chegou ao absurdo de proibir expressamente a interpretação das normas contidas em seu bojo.⁴⁷

Todavia, na segunda metade do século XIX, o princípio em estudo, reinante até então, começou a perder suas forças. A primeira crítica das muitas que a máxima, posteriormente, viria a sofrer, partiu de Savigny, jurista alemão que, segundo Paula Baptista, condenou vigorosamente a limitação da interpretação aos eventuais casos de obscuridade nos textos legais, afirmando, em contrapartida, que a exegese é inerente à aplicação das leis à vida real, sendo *conditio sine qua non* para a aplicação justa da norma, por mais clara que esta possa ser.⁴⁸

O fato é que, hoje, nos moldes do já mencionado ao início desta nossa discussão, predomina o entendimento de que toda norma jurídica carece de interpretação. Prescindir do trabalho do intérprete não passa de um mito, pois nenhuma lei é capaz de enumerar todos os casos aos quais deve referir-se, cabendo ao hermeneuta proceder a adaptação da lei rígida e abstrata aos fatos, muitas vezes imprevisíveis, que surgem no cotidiano da vida em sociedade.

Ademais, a absoluta necessidade da interpretação exegética pauta-se, a nosso ver, em três outras razões:

- 1) O conceito de clareza é muito relativo e dotado de subjetivismos, o que quer dizer que, o que parece claro a alguém pode ser totalmente obscuro a outrem. Por outro lado, a própria conclusão de clareza da lei já implica num trabalho de interpretação;
- 2) Um certa palavra pode ser evidente segundo a linguagem hodierna, mas ter uma significação técnica própria à ciência jurídica;
- 3) A mais importante das causas repulsivas do referido brocardo afigura-se na alusão feita pelo art. 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro aos fins sociais e às exigências do bem comum insertos nas leis, devendo a sua aplicação sempre propugnar os mesmos, o que, obviamente, demanda árdua investigação por parte do profissional do Direito, que não a faz senão através de sua imprescindível tarefa interpretativa.

⁴⁷ FRANCO MONTORO, André, *op. cit.*, p. 371, nota 6.

⁴⁸ PAULA BAPTISTA, Francisco de, *op. cit.*, p. 04, nota 01.

Sábio foi Savigny ao afirmar:

Sem dúvida, quando a frase não é precisa, lúcida, escoreita, aumenta a necessidade de exegese, e aí brilha em todo o seu fulgor o talento do hermeneuta; porém a parte mais nobre e mais fecunda de sua arte de investigar é a que examina as leis não defeituosas (não obscuras, nem ambíguas), estuda as normas em conjunto, na variedade das suas relações e na riqueza dos seus desenvolvimentos. É sobretudo com as regras positivas bem feitas que o intérprete desempenha o seu grande papel de renovador consciente, adaptador das fórmulas vetustas às contingências da hora presente, com apreçar e utilizar todos os valores jurídico-sociais, – verdadeiro sociólogo do Direito.⁴⁹

Conclui-se, portanto, que o desastroso preceito *In claris cessat interpretatio*, tendo surgido como remédio contra os abusos oriundos do pedantismo dos escolásticos retóricos, acabou por resultar no abuso diametralmente oposto; a tentativa de evitar excessos traduzidos em interpretações infieis, não subordinadas a regras nem a parâmetros legais, muito mais baseadas no argumento da autoridade do que no estudo das leis em si, obteve como débil resultado a colisão com a própria natureza da hermenêutica jurídica, posto que a mesma visa determinar não só o sentido das normas, mas também o seu alcance e a sua adaptação ao caso *sub judice*.

1.4 CRITÉRIO HERMENÊUTICO: VOLUNTAS LEGIS X VOLUNTAS LEGISLATORIS

Já sabemos que é na ultrapassagem da abstração à concretude dos fatos que ocorre o processo hermenêutico, sempre obstinado a determinar o sentido e o alcance das leis, possibilitando, finalmente, a aplicação do Direito.

E é justamente na busca do sentido ou espírito da norma que reside uma das mais expressivas questões capitais da Hermenêutica jurídica: o intérprete deve pesquisar a vontade do legislador ou o pensamento da lei?

Nesse domínio, defrontam-se uma orientação subjetivista e outra objetivista, encontrando-se em constante combate desde meados do século XIX até os dias atuais.

Bem verdade que na Antiguidade, quando ainda pairava intacto o pensamento teológico, as leis eram fruto da vontade divina, pelo que se as considerava imutáveis,

⁴⁹ *Apud* MAXIMILIANO, Carlos, *op. cit.*, p. 39.

já que, sendo obra dos deuses, somente poderiam ser alteradas pelos entes superiores que as haviam elaborado, de onde advinha um forte impasse: o imobilismo da lei face à dinâmica dos fatos sociais.

Tal posicionamento há muito foi superado. Contudo, deu lugar à cisão doutrinária nas duas correntes supramencionadas, as quais, embora não se distingam com tanta nitidez, podem ser separadas a título didático, conforme preceituem o reconhecimento ou da vontade do legislador ou da vontade da lei, como critério hermenêutico viabilizador da interpretação autêntica, verdadeira.

1.4.1 TEORIA SUBJETIVA

Anota-se como origem da Teoria Subjetivista, a Escola da Exegese, que floresceu na França, bem como a Jurisprudência dos Conceitos, despontada na Alemanha, como já dito, ainda no século retrasado. Ademais, ao se analisar os critérios utilizados pelos glosadores, nos idos séculos XII e XIII, percebe-se que esses juristas tinham em seu trabalho referência permanente à vontade do legislador.

Tendo como principais adeptos Friedrich Carl von Savigny, Bernhard Windscheid, Ludwig Enneccerus, Philipp Heck e Rudolf Stammmler⁵⁰, dentre outros, a Teoria Subjetiva defende a necessidade incontestável de reconstrução do pensamento do legislador, por acreditar que a ciência jurídica é um saber dogmático, logo, nada mais sendo do que, basicamente, uma compreensão do pensamento do legislador (*mens legislatoris*); portanto, interpretação *ex tunc* (desde então, ou seja, desde o aparecimento da norma mediante a positivação do querer legislativo).

Por entenderem que interpretar é estudar a vontade histórico-psicológica do legislador expressa na norma, os exegetas subjetivistas dão atenção exacerbada aos relatórios, passos da discussão parlamentar, projetos de lei, seus preâmbulos e tudo o mais de onde se possa inferir qual o sentido que o criador da lei desejara atribuir-lhe.

A técnica de revelação da *voluntas legislatoris* busca fortalecimento ao contestar os objetivistas, valendo-se dos seguintes argumentos⁵¹:

⁵⁰ DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à ciência do Direito*. 17. ed., São Paulo: Saraiva, 2005, p. 425.

⁵¹ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 2. ed., São Paulo: Atlas, 1994, p. 267.

- 1) O recurso à técnica histórica de interpretação, aos documentos e às discussões preliminares dos legisladores, por terem importante papel na feitura da norma, é imprescindível, logo se torna impossível ignorar o legislador originário;
- 2) Os fatores objetivos que, por ventura, determinam a vontade da lei também estão sujeitos à interpretação, de onde se conclui que aqueles que propugnam a busca da *mens legis* (vontade da lei) criaram um curioso subjetivismo que coloca a vontade do intérprete da lei em nível superior à vontade do legislador, de modo a tornar aquele mais astuto, não só que o legislador, mas também mais sábio que o próprio dispositivo normativo;
- 3) Se se pretendesse a obtenção da vontade da lei, conforme preceitua a Teoria Objetiva, o Direito perderia, ao ser captado, algumas de suas principais características, segurança e certeza, posto que ficaria a atividade hermenêutica à mercê da opinião do intérprete.

Em suma, pode-se afirmar que aqui a intenção do legislador circunscreve toda a Hermenêutica, subordinando totalmente os aplicadores do Direito Positivo à busca do sentido que o criador da lei pretendeu transmitir quando de sua elaboração.

1.4.2 TEORIA OBJETIVA

Em meio à polêmica que se instaurou na França e na Alemanha, e contrariamente aos ideais subjetivistas, foi aos poucos, despontando um movimento que sustentava que o sentido da lei repousava em fatores objetivos, como os interesses em jogo na sociedade. Foram a Escola Histórica, com a concepção evolutiva do Direito, e a Jurisprudência dos Interesses, movimento de origem alemã, que mais concorreram para a construção da moderna concepção objetivista da interpretação.

Para os que abraçam a teoria em apreço, tão logo a lei é criada através do ato legislativo detido quase que exclusivamente pelo Poder Legiferante, desprende-se de seu autor, ou seja, desliga-se de quem a elaborou, adquirindo existência própria, objetiva e relativamente autônoma. Tem por prosélitos, conforme nos informa Maria Helena Diniz⁵², Gustav Radbruch, Adolph Wach, Karl Binding, Fritz Schreier, Karl

⁵² DINIZ, Maria Helena, *op. cit.*, p. 426.

Larenz, além de outros importantes pensadores e doutrinadores da história jurídica da humanidade.

O conteúdo da lei tem autonomia em si mesmo e nas suas palavras, não estando condicionado àquilo que foi o intento do legislador histórico; esta é a premissa que permeia todo o labor dos partidários da corrente de interpretação de acordo com a *voluntas legis* ou vontade da lei. Nesse sentido, aponta Maria Helena Diniz, ao se reportar a importante pensador contemporâneo: “Olivecrona chega até a afirmar que a norma jurídica é um imperativo independente, pois depois de promulgada não procede de nenhuma pessoa, de modo concreto, e tem vida própria”.⁵³

Entendem os objetivistas que a norma jurídica não é estática como um fato histórico passado qualquer, mas algo vivo e mutável e, por isso mesmo, passível de adaptação. Uma vez nascida, a lei ingressa na ordem jurídica global, nela se harmonizando, se adaptando, se desenvolvendo, se ampliando e se restringindo por sua própria força. Ora, se a lei existe a serviço da sociedade, e se a vida social é cambiante, não sendo a presente idêntica à vida grupal afigurada no passado, a lei tem que evoluir a fim de melhor servir às exigências sociais da realidade atual. Daí ser a interpretação *mens legis* uma compreensão *ex nunc*, isto é, desde agora, levando-se sempre em consideração a situação e o momento atual de sua vigência.

Karl Engisch, em sua obra *Introdução ao pensamento jurídico*, ensinava:

Fidelidade à situação presente, interpretação de acordo com a época actual, tal a tarefa do jurista. A sua mirada não vai dirigida para o passado, mas para o presente e o futuro. Fazer do órgão aplicador do Direito um obediente servo do legislador (...) significaria degradá-lo.⁵⁴

Refutam veementemente a concepção subjetivista, contra-argumentando-a com inúmeros arazoados, sendo os mais expressivos⁵⁵:

- 1) Para os adeptos da Teoria Objetiva, a vontade do legislador é mera ficção, pois este raramente é uma pessoa fisicamente identificável. Principalmente nos regimes democráticos, em que a lei é elaborada por um congresso, no qual participam e votam centenas de parlamentares, é praticamente impossível unificar-se a vontade heterogênea de centenas

⁵³ *Ibidem*, p. 427.

⁵⁴ ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Trad. João Baptista Machado, 3. ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1964, p. 143-144.

⁵⁵ NADER, Paulo, *op. cit.*, p. 312-313.

de congressistas. A lei é obra de numerosos espíritos, cujas ideias se fundem em um conglomerado difícil de decompor. Se há um projeto sujeito à discussão pública, emendas, debates políticos pelas câmaras, alterações, aprovação e, enfim, promulgação pelo Chefe do Estado, como se detectar a vontade do legislador em meio a tantos intervenientes?

- 2) O legislador não cria a lei em seu intelecto, ou seja, ao menos *a priori*, não a elabora de acordo com o seu querer pessoal; na realidade, o que faz é apropriar-se das fórmulas que a organização social sugere, para, então, codificá-las nos textos jurídicos. Carlos Maximiliano define bem esta problemática em seu criativo dizer:

O indivíduo que legisla é mais ator do que autor, traduz apenas o pensar e o sentir alheios, reflexamente, às vezes, usando meios inadequados de expressão quase sempre.⁵⁶

A lei é, assim, resultado do querer social, e não tradução da vontade subjetiva de um só ser a quem foi dada a prerrogativa de legislar.

- 3) O destinatário da norma deve confiar na sua palavra; para tanto, a lei tem que ser aplicada conforme o seu sentido objetivo, devendo o intérprete conceder essa confiança à palavra contida no dispositivo normativo.

Assim, constata-se que, para os sectários da teoria defensora da busca do pensamento da lei, a norma é mais sábia que o seu elaborador, porquanto o sentido nela incorporado, não raramente, pode ser mais rico do que aquilo que os seus criadores pensaram ao realizá-la, podendo, desse modo, abranger hipóteses que o legislador não previu, até mesmo porque é absolutamente impossível que o elaborador de uma norma, em dado momento histórico, consiga prever toda a gama de transformações sociais que se seguirão. Desprendendo-se da vontade de seu autor, e adquirindo vida própria, a lei torna-se potencialmente capaz de reger todos os casos que perante ela se apresentem, ainda que a autoridade competente, ao ditá-la, não tenha chegado a imaginar tais situações, pelo que a norma se mostra, com absoluta certeza, mais precavida que o seu próprio criador.

⁵⁶ MAXIMILIANO, Carlos, *op. cit.*, p. 20.

1.4.3 PREVALÊNCIA DA OBJETIVA SOBRE A SUBJETIVA

Fique certo, desde logo, que nenhuma das duas teorias relativas ao critério hermenêutico da interpretação resolve com plenitude a questão da definição da *voluntas legis* ou da *voluntas legislatoris* como guia a servir o intérprete em seus trabalhos exegéticos.

Todavia, fato é que a orientação subjetivista, outrora mais frequentemente defendida que a sua antagonista, foi, paulatinamente, sendo desalojada pelo objetivismo. Isso porque às pretensões subjetivas opõe-se uma série de críticas das mais distintas naturezas, tal qual já fora anteriormente elencado, chegando-se à conclusão de que o melhor é compreender a lei pela lei, independentemente do possível aspecto volitivo de seu criador.

A cerrada subordinação do exegeta ao pensamento do legislador impede, por questões óbvias, os processos de aperfeiçoamento da ordem jurídica, posto que somente possíveis mediante o permanente trabalho de adaptação dos textos legislativos às exigências sociais hodiernas.

Assim, aderimos à tese objetivista da interpretação, hoje orientação dominante, por ser mais consentânea com as ideias defendidas em nossa pesquisa. Parece-nos mesmo que a lei só vale quando integrada à ordem social. Se é uma fórmula produzida para aí atuar, fica sempre condicionada à repercussão que tiver nessa ordem. Torna-se, portanto, mais providencial verificar o sentido que a fonte adquire em meio à realidade social do que os traços pretendidos pelo legislador-criador. Vislumbra-se, desse modo, a suplantação dos ideais subjetivos pelo objetivismo atualista; e mais: o ato de interpretar não só deve ser objetivo, como também precisa ser atual.

E, ainda, ao contrário do que se possa pensar, a Teoria Objetiva não determina o abandono dos planos do elaborador da lei, o que poderia ocasionar certa anarquia jurídica. Não. A liberdade conferida ao intérprete tem, sim, limites, traduzidos estes nos princípios contidos no próprio texto legal, bem como nos Princípios Gerais do Direito, nos costumes e na analogia.

Mas, como já afirmamos, é esta questão da supremacia de uma teoria em detrimento de outra, um problema sem solução definitiva, dada a sua sensível

fundamentalidade. “Ele exigirá sempre de nós uma nova decisão, em conformidade com nossa época”⁵⁷, afirma Karl Engisch.

O importante é que o processo hermenêutico funcione como sistema aberto, em que nem a vontade do legislador possa coarctá-lo nem o sentido objetivamente extraído do texto legal possa abstrair aquela. É do cotejo da singularidade da situação *sub judice* com os dados legais – as normas em questão e a ordem jurídica a que pertencem – que pode o juiz, antecipando e valorizando os efeitos sociais de sua decisão, retirar a convicção da razoabilidade da escolha metodológica realizada.⁵⁸

Tem-se nas palavras de Plauto Faraco de Azevedo acima transcritas, uma síntese esclarecedora do que se tentou expor na forma dos termos que se seguiram.

1.5 O ART. 5º DA LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO

“Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.⁵⁹ Este é o texto.

É, talvez, demasiado modesto para a grandeza do que abarca. Urge, portanto, uma análise amíúde, detida, do preceito de lei em jogo. Somente assim, poder-se-á, quem sabe, mensurar suas gigantescas proporções.

Oficialmente, foi o art. 5º do Decreto-Lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942, chamado à época de seu surgimento de Lei de Introdução ao Código Civil, que asseverou o rompimento do sistema jurídico brasileiro com a Exegese Tradicional que conforme se verificará em momento posterior de nosso estudo, impedia o intérprete de conciliar a lei com as exigências e particularidades dos casos concretos, reduzindo o juiz a um ente inanimado, desprovido de qualquer função mais relevante no processo de aplicação do Direito. Foi o descontentamento do legislador contemporâneo com tais critérios tradicionais e ortodoxos de hermenêutica que concedeu ao aplicador da ciência jurídica o importante papel de revelador do Direito, constante daquele dispositivo legal, o qual, apesar de, originalmente introito da Legislação Civil apenas, sempre pairou incontestemente sobre o ordenamento jurídico pátrio em sua integralidade; tanto assim é que, desde alteração promovida no ano de 2010,

⁵⁷ ENGISCH, Karl, *op. cit.*, p. 151.

⁵⁸ AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Aplicação do Direito e contexto social*. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 133.

⁵⁹ Art. 5º do Decreto-Lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro).

por meio da Lei n.º 12.376, o Decreto-Lei em questão ganhou nova nomenclatura, Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB.

Atendo-nos, inicialmente, ao texto legal do preceito em si mesmo, importa tecer duas observações, que segundo nosso entendimento, têm caráter bastante esclarecedor para o estudo ora em tela:

- 1) Apesar do art. 5º da LINDB reportar-se expressamente apenas à aplicação da lei, o que, já sabemos, é processo diverso da interpretação, respeita ele quer à aplicação, quer à interpretação da lei. Primeiramente, pelo fato de que a distinção entre interpretação e aplicação somente logrou êxito recentemente. Antes, falava-se de ambas as operações indiscriminadamente, justamente o que se vislumbra no referido dispositivo legal, sem que a doutrina brasileira jamais tenha duvidado de sua destinação legal também ao ato interpretativo. Ademais, é a interpretação condição essencial para a aplicação do Direito, estando mesmo a primeira implícita nesta última, o que significa dizer que para que uma norma seja empregada ao caso *sub judice*, deve, antes de mais nada, ter o seu enunciado analisado, esmiuçado, posto que absolutamente impossível a aplicação de uma lei sem antes proceder à sua interpretação.⁶⁰ Quem aplica a lei, antes, automaticamente, a interpreta, devendo, desde logo, direcionar-se à busca dos fins sociais da lei e das exigências do bem comum.
- 2) Nota-se que o artigo legal em estudo coloca em primeiro plano o juiz, a ele sendo destinada a prescrição legal. Mas, sabemos que a interpretação e a aplicação do Direito não são atos deste exclusivos; o Direito não é Direito só no âmbito judicial; o Direito age incessantemente no dia-a-dia, sendo a sua aplicação, por mais indagante que possa parecer, muito mais cadente no âmbito extrajudicial do que no interior dos órgãos judiciários. Daí concluímos que o dispositivo em tela se traduz em um princípio geral de aplicação do Direito, sendo, conforme nos informa Juvêncio Gomes Garcia, em sua obra intitulada *Função criadora do juiz*, “uma diretriz de cúpula, uma *lex legum*”.⁶¹ Todo intérprete terá, pois, que atender aos elementos traduzidos no preceito que ora analisamos, e não apenas o juiz.

⁶⁰ Nesse sentido, a total impropriedade do princípio *In claris cessat interpretatio*, já tratado no item 1.4.

⁶¹ GARCIA, Juvêncio Gomes, *op. cit.*, p. 110.

O art. 5º da LINDB, tendo sofrido influência de Rudolf von Ihering e François Géný⁶², sufraga os métodos Teleológico e Histórico-Evolutivo, essencialmente pelo fato de pregar a busca do fim inspirador da lei, devendo este fim atender sempre os interesses da coletividade à que a lei se destina, que é cambiante, evolui, progride, com isso, adquirindo a norma vestes atuais, novas significações.

Quanto à sua impositividade, a opinião mais comum é a de que as normas relativas à interpretação, como o é o art. 5º da LINDB, são normas jurídicas obrigatórias, encontrando-se em patamar de igualdade com as demais que regulam diretamente os fatos sociais.

Comunga desse entendimento Carlos Maximiliano, para quem “as regras de hermenêutica incluídas em um código têm a mesma força compulsória que os outros preceitos ali consolidados (...)”.⁶³ Também nós nos filiamos a essa corrente doutrinária, por concordarmos com Alípio Silveira, quando pontua: “Uma regra legal de hermenêutica é, no fundo, uma disposição de ordem pública, relativa à atividade do órgão judicante”.⁶⁴

Contudo, mostra-se interessante fazer o contraponto, mencionando a existência de certos autores, dentre eles Serpa Lopes, para os quais as disposições legais referentes à interpretação têm valor apenas enquanto aconselhamento. Pondera o jurista: “Trata-se de uma regra de interpretação (art. 5º) ditada pela lei. Nada obstante, não passa de um simples critério de orientação, sem impedir ao intérprete a procura de outros meios de interpretação”.⁶⁵

No que tange às diretrizes estipuladas pelo legislador no dispositivo legal em apreço para a interpretação e aplicação do Direito, cumpre analisar o que seja cada uma delas individualmente.

Ao mencionar os *fins sociais a que a lei se destina*, o legislador deixa claro que pretende seja a sua lei interpretada finalisticamente, observando-se sempre os seus fins práticos e sociais.

Washington de Barros Monteiro, ao se reportar à expressão *fins sociais* inserta no dispositivo legal em tela, diz que: “Acreditamos, (...), que fins sociais são

⁶² *Ibidem*, p. 108.

⁶³ MAXIMILIANO, Carlos, *op. cit.*, p. 98.

⁶⁴ SILVEIRA, Alípio. *Hermenêutica no Direito Brasileiro*. São Paulo: RT, 1968, vol. 2, p. 45.

⁶⁵ LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de Direito Civil*. 4. ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1962, vol. 1, p. 145.

resultantes das linhas mestras traçadas pelo ordenamento político e visando ao bem-estar e à prosperidade do indivíduo e da sociedade”.⁶⁶

Para a insigne professora Maria Helena Diniz:

O fim social é o objetivo de uma sociedade, encerrado na somatória de atos que constituirão a razão de sua composição; é, portanto, o bem social, que pode abranger o útil, a necessidade social e o equilíbrio de interesses etc.⁶⁷

Dessa forma, percebe-se que a intenção primeira do legislador ao fazer uso da expressão *finis sociais*, foi a de afastar a possibilidade de a lei atender a aspectos acidentais, fatos isolados, caprichos pessoais, interesses parciais e momentâneos. Deve a lei visar irrestritamente a coletividade, devendo, em caso de conflito entre o interesse individual e o social, este último sempre prevalecer.

Já a noção de bem comum é um tanto mais complexa, metafísica, dependendo a sua definição da conjugação de diversas ciências, como a Filosofia Jurídica, a Filosofia Política e a Filosofia Sociológica.

Em linhas gerais, pode-se compreender o bem comum como o estado de satisfação geral em face da perfeita harmonia entre a paz, a segurança, a justiça, a liberdade, a solidariedade e a utilidade social; exatamente pelo que o juiz primará ao aplicar a lei nas circunstâncias reais do caso concreto.

Com bastante propriedade e certa dose de exatidão, José de Oliveira Ascensão ensina: “Ele [o bem comum] consiste no conjunto de condições sociais necessárias à plena realização das pessoas. O bem comum é assim o bem da comunidade e simultaneamente o bem das pessoas que desta participam”.⁶⁸

Na mesma linha de raciocínio, segue Alípio Silveira: “O bem comum é noção complexa, em cuja composição entram variados elementos, dos quais os precípuos são: a liberdade, a justiça, a ordem, a paz, a solidariedade, a utilidade social, a segurança”.⁶⁹

O jurista Miguel Reale, por seu turno, valendo-se de uma compreensão histórico-social, identifica o bem comum com a justiça, indo ainda mais além, ao afirmar que:

⁶⁶ MONTEIRO, Washington de Barros, *op. cit.*, p. 37.

⁶⁷ DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro interpretada*. 4. ed. atual., São Paulo: Saraiva, 1998, p. 163.

⁶⁸ ASCENSÃO, José de Oliveira. *O Direito: introdução e teoria geral: uma perspectiva luso-brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 1994, p. 328.

⁶⁹ SILVEIRA, Alípio, *op. cit.*, p. 143.

(...) o bem comum só pode ser concebido, concretamente, como um processo incessante de composição de valores e interesses, tendo como base ou fulcro o valor condicionante da liberdade espiritual, a pessoa como fonte constitutiva da experiência ético-jurídica.⁷⁰

Por todo o exposto, Maria Helena Diniz, examinando os estudos de Alípio Silveira, de forma bastante didática, constata que a consagração legislativa dos princípios contidos no art. 5º da LINDB implica em⁷¹:

- 1) Repulsa à interpretação exclusivamente literal e à aplicação mecânica da lei;
- 2) Repúdio ao critério hermenêutico da *mens legislatoris*, devendo a busca da vontade do legislador ser substituída pelo sistema interpretativo conforme a razão e o fim da lei (*intentio legis*);
- 3) Aversão à máxima *In claris cessat interpretatio*, uma vez que toda lei tem que ser entendida consoante os seus fins sociais e as exigências do bem comum, pelo que toda lei deve ser interpretada, não obstante a sua aparente clareza;
- 4) Predominância do caráter teleológico-valorativo da interpretação, beirando mesmo uma segunda criação pelo intérprete, da norma já estatuída pelo Poder Legiferante;
- 5) Visível suavização do liberalismo individualista abstrato e do absolutismo dos direitos individuais.

O art. 5º da LINDB confere, portanto, ao magistrado, importante papel na revelação do Direito. O juiz deixou de assumir atitude passiva diante do Direito e dos fatos, para ser, a partir de então, complemento indispensável do legislador na aplicação do Direito, agente eficaz no progresso das instituições jurídicas, verdadeiro ente criador do Direito, sempre sob a filosofia dos fins sociais e do bem comum.

⁷⁰ REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 20. ed., São Paulo: Saraiva, 2002, p. 272.

⁷¹ DINIZ, Maria Helena, *op. cit.* (*Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro interpretada*), p. 162.

Capítulo 2 **ESPÉCIES DE INTERPRETAÇÃO**

Uma vez superada a discussão acerca do que seja a interpretação dos textos jurídicos, desaguando, conforme nos mostra o capítulo vestibular do presente trabalho, em sua imperiosa necessidade, inerente que é a exegese à aplicação da norma, urge, agora, fazer uma análise acerca das multifárias classificações que a interpretação do Direito positivado comporta. Ater-nos-emos a três critérios principais: origem ou fonte originária, natureza ou método empregado, e efeitos ou resultados da interpretação jurídica.

2.1 QUANTO À SUA ORIGEM

A interpretação das normas jurídicas, apesar de, em nosso trabalho, darmos ênfase à declaração provinda dos magistrados acerca do que vaticina à Lei, não é ato destes exclusivo, podendo ser realizada por outros sujeitos.

Daí que, conforme o tipo de intérprete e a finalidade imediata do ato exegético, a interpretação das normas pode ser:

2.1.1 INTERPRETAÇÃO AUTÊNTICA OU LEGAL

Também denominada de interpretação Pública¹, consiste na interpretação dada pelo próprio poder que fez o ato a que se interpreta, ou, em outras palavras, é o esclarecimento da lei pelo próprio legislador, destinado a determinar melhor o conteúdo daquela.

A interpretação Autêntica ocorre sempre que o legislador, valendo-se de uma nova lei, a que chamamos lei secundária ou lei interpretativa, estatui normativamente a interpretação que deve ser dada a uma lei anteriormente por ele elaborada, esta, por sua vez, denominada lei primária.

Dessa forma, vislumbra-se a exegese ora em análise no ato da Assembleia Constituinte que fornece a interpretação obrigatória da Carta Magna, e no das Câmaras, ao declararem o sentido das leis em geral. Os Regulamentos são, por excelência, tradução da interpretação Legal.

¹ GARCIA, Juvêncio Gomes. *Função criadora do juiz*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996, p. 65.

Há de se atentar, contudo, para o fato de que essas leis interpretativas trazem consigo certos problemas à doutrina, mormente no que concerne ao seu valor jurídico. Já compreendidas como meros conselhos destinados aos juízes, hoje, é pacífico o entendimento de que tais normas de interpretação adquirem força obrigatória, igual à das demais normas, idêntica, inclusive, à qualidade impositiva da lei que buscam esclarecer.

Assim sendo, certos expoentes doutrinários chegam mesmo à afirmação de que a exegese Legal não poderia ser considerada verdadeira interpretação, posto que é forma jurídica autônoma, isto é, lei propriamente dita, tendo força vinculatória pelo simples fato de ser norma, prevalecendo, ainda que defeituosa, injusta, divergente do que seria o real espírito do texto primitivo declarado, até que o Poder Legislativo a revogue.

Outrora a de maior preponderância e, possivelmente, a única forma de interpretação jurídica em certos períodos da história, como nos tempos do imperador Justiniano (Roma), quem, segundo Carlos Maximiliano, não admitia outra forma de exegese, senão a realizada por ele mesmo, proferindo o preceito *Ejus est interpretari legem cujus est condere* (“Interpretar incumbe àquele a quem compete fazer a lei”)², a interpretação Legislativa vem, pouco a pouco, tornando-se cada vez mais rara.

Tal afirmação justifica-se ao se constatar que as Câmaras de Senadores e Deputados são compostas mais de políticos do que de juristas. Ante a essa situação, a política acaba se infiltrando em todos os atos dos parlamentares que, muito esporadicamente, são orientados pelo propósito de Justiça, sendo, a maioria de suas deliberações casuísticas, destinadas, no mais das vezes, a satisfazer seus anseios pessoais, ao invés de buscar a verdade em sua essência. Isto implica na eventual e corrente não observância das regras de hermenêutica e, conseqüentemente, em um trabalho defeituoso e prejudicial à ordem jurídica e social.

Não se pode olvidar, ainda, que as leis interpretativas adstringem, de forma abusiva, a função do verdadeiro hermenêuta, que deve agir livremente e em consonância com a sua inteligência, sempre orientado pela ciência, e não tolhido por ordens irreplicáveis do Legislativo; sem contar com o fato de que, a interpretação ora posta em xeque fere o Princípio da Divisão dos Poderes, de Montesquieu, provocando sério desequilíbrio entre os poderes políticos, uma vez que, conforme é sabido, a

² MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. 9. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 90.

ordem natural determina que ao Congresso cabe elaborar as leis, sendo a sua interpretação da alçada do Judiciário.

Assim, a interpretação Autêntica, em verdade a menos autêntica das interpretações, vem, paulatinamente, dando maior abertura às demais espécies exegéticas, principalmente à imprescindível interpretação Judiciária.

Cumprido ressaltar, por fim, a existência de um outro matiz de interpretação Legislativa, este bastante providencial, traduzindo-se na norma jurídica que, integrando um corpo normativo complexo, interpreta, e, por conseguinte, determina o sentido de outra norma constante do mesmo Código. Ocorre, por exemplo, quando um dispositivo de lei utiliza certa expressão, como *erro essencial*, que abarca plúrimos sentidos, vindo outra norma legal inserida naquele mesmo Diploma explicar o significado exato de tal expressão, impedindo, no exemplo citado, que o magistrado inclua no âmbito legal, de acordo com o seu entendimento de erro essencial, outras situações divergentes das desejadas pela lei.

2.1.2 INTERPRETAÇÃO JUDICIAL OU USUAL

É a interpretação que faz o julgador como prévia condição para a aplicação do Direito. É, pois, a declaração proferida dos órgãos incumbidos de administrar a Justiça, acerca do sentido da norma, quando da prolação de suas decisões.

A exegese Usual acontece quando os Juízes de Direito das instâncias inferiores sentenciam, bem como nas ocasiões em que os Tribunais de instâncias superiores proferem suas decisões na forma de Acórdãos. Encontramos, ainda, o esclarecimento normativo proferido pelo Poder Judiciário nas Súmulas dos Tribunais.

Quanto à sua obrigatoriedade, paira impositivamente sobre as partes atreladas ao caso *sub judice* a que fora aplicada, quando tratar de sentença isolada. Já no caso de formar Jurisprudência, aí, então, a interpretação Judiciária passa a figurar, para todos os casos análogos, como fonte formal de Direito.

Com os mais diversificados questionamentos, será essa espécie de interpretação, o objeto específico de nosso estudo a partir do capítulo seguinte.

2.1.3 INTERPRETAÇÃO ADMINISTRATIVA

Vem a ser a explicação sobre o sentido de certo dispositivo normativo pelos órgãos da Administração Pública, desde o Presidente da República, até as autoridades de menor nível, através de portarias, pareceres, despachos, instruções, ordens e etc. Justifica-se na medida em que o Direito também é aplicado administrativamente, toda aplicação pressupondo prévia interpretação.

Esta forma de interpretação, juntamente com a Judicial ou Usual, também tem caráter público, uma vez que dimana de órgão público, tal qual a exegese Legislativa, já tratada no estudo que ora travamos.

Vale ressaltar que, a exegese oriunda de órgãos da Administração Pública tem valor *interna corporis*, o que significa que pode ser alterada pelos Tribunais, se assim julgarem necessário.

2.1.4 INTERPRETAÇÃO DOUTRINÁRIA OU CIENTÍFICA

Traduz-se na interpretação cuja fonte elaboradora são os doutrinadores e juristas enquanto cientistas da ciência do Direito.

A explicação Doutrinal nasce da livre reflexão, desvinculada que está das urgências da vida prática. É obra dos eruditos estudiosos da ciência jurídica, que analisam os textos legais sob a égide dos princípios filosóficos e científicos do Direito e da realidade social, sendo encontrada nos livros de ciência, nos tratados, em teses e artigos, enfim, em qualquer produção científica fruto da elucubração dos jurisconsultos mais expressivos.

Em dissonância do que ocorria em outras épocas, quando as interpretações científicas receberam o caráter de relativa obrigatoriedade, tem-se que, atualmente, no que tange à sua aplicabilidade, o valor da exegese em apreço depende, essencialmente, da força de convicção do raciocínio que envolve. Ou, nos dizeres de Roberto Piragibe da Fonseca, reportando-se aos ensinamentos do ilustre jurista Carlos Maximiliano: “A primeira [interpretação Autêntica] domina pela autoridade, a segunda [interpretação Doutrinária] pelo convencimento”.³

³ PIRAGIBE DA FONSECA, Roberto. *Introdução ao estudo do Direito*. 5. ed. rev. amp. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1975, p. 138.

Não se pode também negar que tanto maior prestígio terá a interpretação Doutrinária quanto maior o grau de cultura, de preparo e de penetração de seu autor, bem como quanto mais uniforme e duradouro for o conteúdo da declaração.

Exemplo clássico dessa forma de exegese são os livros especializados de Direito que comentam artigo por artigo de um determinado código, consolidação ou lei, dando o sentido do texto em anotação, sempre alicerçados em critérios ou bases científicas.

2.2 QUANTO À SUA NATUREZA (MÉTODOS OU ELEMENTOS DE INTERPRETAÇÃO)

Toda ciência adota um método, que é, justamente, o caminho por ela percorrido para alcançar a verdade que abriga.

O Direito, como ciência que é, também tem os seus métodos. Os juristas, tendo em vista a imperiosa função da ciência jurídica de solucionar acertadamente os conflitos surgidos da vida em sociedade, acabaram por criar uma grande variedade de técnicas interpretativas.

Os processos de interpretação, igualmente denominados de elementos de interpretação, métodos ou modos de interpretação, fases ou momentos da interpretação, ou, ainda, critérios hermenêuticos, são, pois, os recursos, as regras técnicas de que se vale o hermeneuta para proceder à decodificação da mensagem legislativa, alcançando, assim, o sentido das expressões do Direito.

Ao se estudar os métodos de interpretação necessários para a compreensão do alcance das normas jurídicas, há de se entender a atividade interpretativa como um processo único e complexo, isto é, composto de vários momentos ou fases. Isto quer dizer que, os processos a seguir estudados não são autônomos; sozinho, *de per sí*, nenhum dos critérios hermenêuticos é capaz de dizer-nos o que o Direito significa.

Ou seja, as diversas técnicas exegéticas não operam isoladamente, não se excluem; ao contrário, se exigem e se completam reciprocamente. Não são os processos, em princípio, opostos ou antagônicos entre si, mas, conforme Francesco Ferrara, “ajudam-se uns aos outros, combinam-se e controlam-se reciprocamente, e

assim todos contribuem para a averiguação do sentido legislativo”.⁴ Verifica-se, pois, a necessidade de um pluralismo metódico.

Além disso, também é de suma importância ter em mente que não ocorrem os métodos ao intérprete em uma ordem sucessiva e sistemática, e, sim, numa síntese imediata. Daí que, o processo interpretativo não segue uma progressão estática e preestabelecida, não obedece a uma ascensão mecânica; é o hermeneuta, que, sensitivamente, deverá buscar a melhor fórmula interpretativa, isto é, a forma mais adequada de emprego dos critérios hermenêuticos, atentando sempre para os melhores resultados que o processo global interpretativo pode propiciar e à realidade normativa como um todo.

Embora não se possa circunscrevê-los rigorosamente no Direito, tomaremos, agora, esquematicamente, os métodos interpretativos, para explanação.

2.2.1 MÉTODO LITERAL, GRAMATICAL OU FILOLÓGICO

Talvez a mais antiga das técnicas interpretativas, traduz-se em metucioso exame do texto legal fundado em regras de linguística, posto que toma por base o significado literal das palavras.

Esse momento interpretativo determina que o hermeneuta deve examinar um a um os termos da redação normativa, isolada ou sinteticamente, atendo-se ao significado técnico daqueles, atendendo à pontuação, colocação dos vocábulos, origem etimológica e etc.

Pelo método em comento, o exegeta age como verdadeiro gramático, etimólogo ou semântico, de onde se infere que o seu uso supõe certos padrões acadêmicos e culturais.

Todavia, como se sabe, as palavras formam proposições normativas inseridas no ordenamento jurídico, deste dependendo o seu sentido, não da sinonímia buscada nos dicionários.

Assim sendo, mister se fazem certas recomendações quando da utilização do método Filológico⁵:

⁴ FERRARA, Francesco. *Interpretação e aplicação das leis*. 2. ed. Coimbra: Arménio Amado Editor, 1963, p. 131.

⁵ DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à ciência do Direito*. 17. ed., São Paulo: Saraiva, 2005, p. 431.

- a) As palavras empregadas pelo legislador devem ser interpretadas em conexão com as demais que constituem o texto;
- b) As palavras de uma lei podem ter um sentido gramatical e outro jurídico, devendo, sempre, o hermenêuta optar pelo seu sentido jurídico; é o caso, por exemplo, do vocábulo *citação*;
- c) Deve ser levado em conta o ramo jurídico a que pertence a palavra, de vez que há palavras com um sentido em certo ramo do Direito, possuindo significação totalmente distinta em outro, de sorte que o intérprete do texto de lei deve sempre adotar o sentido que aquela palavra tem para o ramo de Direito em aplicação. É o caso do termo *sequestro*, cujo sentido muda em termos absolutos do Direito Civil para o Penal;
- d) Deve, ainda, o jurista-intérprete atentar para o uso da palavra no local em que foi redigida a lei ou matéria em interpretação.

Por mais rudimentar que possa ser, inclusive alvo de ferrenhas críticas e objeto de combate, a apreensão literal do texto legal é sempre necessária, correspondendo ao contato inicial que o exegeta tem com a norma; a letra é sempre o ponto de partida de todo labor hermenêutico, uma vez que a lei, por se utilizar da linguagem verbal, é uma realidade morfológica e sintática, tornando, portanto, inarredável da interpretação a análise léxica do texto.

Contudo, frise-se, somente com a verificação gramatical, nenhuma interpretação fica, ainda, completa. Repudiado é, pois, o entendimento que invoca a exegese exclusivamente gramatical, devendo a pesquisa de caráter eminentemente literal interligar-se com os demais processos ou momentos interpretativos.

Afinal, conforme Eduardo Espínola: “A letra em si é inexpressiva; a palavra, como conjunto de letras ou combinação de sons, só tem sentido pela ideia que exprime, pelo pensamento que encerra, pela emoção que desperta”.⁶

2.2.2 MÉTODO LÓGICO OU RACIONAL

Com o emprego do processo Lógico, o que se pretende é alcançar o sentido da norma, estudando-a através de raciocínios lógicos.

⁶ ESPÍNOLA, Eduardo; ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Repertório enciclopédico do Direito Brasileiro*. vol. 28. Rio de Janeiro: Borsoi, [s.d.], p. 154.

Os criadores desse método entenderam que, por ser a lei estrutura linguística dotada de vontade e raciocínio, a escrita legislativa exige os subsídios da lógica para a sua interpretação.

Assim, busca-se, aqui, compreender a *mens legis* com a aplicação ao preceito em apreço dos princípios universais da Lógica Formal, sem a necessidade de auxílio de nenhum elemento exterior; interpretar logicamente é, pois, analisar a coerência do dispositivo normativo mediante a verificação dos liames lógicos que devem pairar sobre suas regras. Utiliza-se nesta técnica interpretativa o brocardo *Ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio*, o que quer dizer que, onde está o racional, ali está a correta disposição legislativa.

Indubitável é o fato de a exegese, baseando-se em raciocínios dedutivos, indutivos e silogísticos, alcançar elevado padrão de rigor e segurança, visto que abarca duas qualidades preciosas: traduz-se em salvaguarda contra o arbítrio, bem como revela cunho científico.

No entanto, tal sistema, só por si, reveste-se em fator de estagnação do Direito. A exclusividade do processo Racional, pretendendo reduzir tudo à precisão matemática, tornando, assim, a Hermenêutica mera atividade mecânica de aplicação de silogismos, retira da ciência jurídica sua principal característica, a de ser, por excelência, uma ciência social. A logicidade, isoladamente, não leva em conta a evolução dos fatos sociais, não atendendo, portanto, aos objetivos da lei, consistentes em regular a vida, que é mutante, multiforme, complexa, variante.

Assim pontua Flóscolo da Nóbrega: “(...) o processo [Lógico] tem o grave inconveniente de esvaziar a lei de todo o conteúdo humano, de tratá-la em termos de precisão matemática, como se fosse um teorema de geometria”.⁷

Também o franco-alemão Holbach censura a técnica em estudo, pois para ele “toda ciência que se limita aos textos de um livro e despreza as realidades da vida é ferida de esterilidade”.⁸

Em função da crítica supraexposta, é que, modernamente, fala-se, não mais na lógica puramente formal, mas na Lógica do Razoável. Desenvolvida por Recaséns Siches, que condena ferozmente o emprego ao Direito dos métodos da Lógica tradicional, própria das ciências físicas e matemáticas, baseia-se no fato de que, na lei existem razões diversas do racional de tipo formalista-silogista, devendo o

⁷ NÓBREGA, José Flóscolo da. *Introdução ao Direito*. Rio de Janeiro: José Konfino, 1972, p. 206.

⁸ *Apud* NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do Direito*. 11. ed. rev. atual., Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 322.

aplicador da norma raciocinar sobre ela sempre do ponto de vista estimativo, valendo-se de critérios valorativos e circunstanciais⁹, o que receberá maior atenção mais adiante.¹⁰

2.2.3 MÉTODO SISTEMÁTICO OU ORGÂNICO

Entendido por alguns como a interpretação Lógica levada a fundo, este momento hermenêutico é de extrema pertinência e importância. Isto porque dispositivo legal não há na ordem jurídica que seja autônomo, autoaplicável. E, é justamente o que prega a técnica em questão: a exegese mediante a análise do conjunto normativo em toda a sua extensão.

Partindo do pressuposto de que deve haver completa harmonia entre os dispositivos de uma lei, a fim de que haja unicidade no ordenamento jurídico, o sistema Orgânico afirma que uma norma jamais pode ser interpretada isoladamente, posto que somente ganhará real eficácia quando observada dentro do complexo de normas atinentes à determinada matéria. Trata-se, pois, de buscar compatibilidade num todo estrutural.

O hermeneuta tem o dever de examinar a regra na íntegra; e mais: todo o Direito referente ao assunto. Deve, ainda, comparar o dispositivo com outros análogos, além, é claro, de estabelecer relação com os princípios gerais do sistema legal. Somente assim ter-se-á realmente, adaptada a significação de um preceito ao espírito do Ordenamento jurídico a que pertence. Pode, ainda, o intérprete valer-se do recurso do Direito Comparado ao aplicar o método em epígrafe, ou seja, na busca do sentido de uma norma, pode o exegeta confrontá-la com leis congêneres de outros países, mormente daqueles que influíram na formação do Direito que se investiga.

Por combinar demais momentos interpretativos, contendo como subsidiárias, principalmente, as interpretações Lógica e Histórica, afirmam alguns juristas ser este o tipo de interpretação preferido pela doutrina. É o entendimento, por exemplo, de Sílvio de Macedo.¹¹

Não se deve, entretanto, sobrepujar um método exegetico a outro, pois, conforme anteriormente mencionado, todos têm sua parcela de importância,

⁹ SICHES, Luis Recaséns. *Nueva Filosofía de la interpretación del Derecho*. 2. ed. México: Porrúa, 1973, p. 164.

¹⁰ Vide item 3.4.5.

¹¹ MACEDO, Sílvio de. Interpretação Sistemática. In: *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977, vol. 45, p. 531.

completando uns aos outros reciprocamente. Em todo caso, a técnica Sistemática traduz-se em elemento preservador da harmonia e coerência do Sistema legal, possibilitando uma larga compreensão da lei.

Por difusão do preceituado pela interpretação Orgânica, é que não devemos nunca ler a segunda alínea de um artigo sem antes ler a primeira, tampouco ler esta sem depois proceder à leitura daquela. Também não devemos ler um só artigo; para que não cheguemos a resultados falsos, o melhor mesmo é se recorrer também aos artigos vizinhos.

2.2.4 MÉTODO HISTÓRICO OU HISTÓRICO-EVOLUTIVO

Processo hermenêutico com fulcro na convicção de que o Direito é produto histórico, herança cultural, criação da sociedade, o método Histórico busca entender o sentido e o alcance da norma através da análise de seus antecedentes históricos e condições que a precederam.

Podem ser objeto de análise do exegeta tanto os antecedentes imediatos da norma a interpretar, consistindo no histórico do processo legislativo, desde o projeto de lei, sua exposição de motivos, discussão, emendas, aprovação e promulgação, quanto os mediatos ou remotos, aqui se encontrando a análise da *occasio legis*.

A expressão latina ora mencionada, traduzida como “oportunidade da lei”, cinge-se nas ideias e interesses dominantes por ocasião da elaboração da norma, ou seja, no circunstancialismo social que rodeou o aparecimento da lei, nos anseios a que visou satisfazer, enfim, nas necessidades sociais à sua feitura, na política jurídica que aconselhou a lei.

Diz-se que tal método é Evolutivo, pois o que é buscado através de seus parâmetros interpretativos é a vontade atual da lei, e não a sua vontade pretérita. Desse modo, deve o intérprete considerar que a lei tem que ceder ao progresso, entregar-se ao fluxo de desenvolvimento da sociedade e, com isso, ir adquirindo novas significações. “Não significa alterar o espírito da lei, mas transportar o pensamento da época para o presente”¹², ensina Paulo Nader.

A lei, conforme já se falou, é uma realidade histórica situada no tempo. Não deve, pois, ficar adstrita às suas fontes originárias, mas acompanhar as mutações da

¹² NADER, Paulo, *op. cit.*, p. 329.

vida grupal. Nesse contexto, encaixa-se a técnica Histórico-Evolutiva de interpretação, buscando acordar o Princípio da Legalidade com as transformações sociais.

2.2.5 MÉTODO TELEOLÓGICO

Tendo como seu principal precursor Rudolf Von Ihering, o método interpretativo Teleológico busca a finalidade, a *ratio juris* do preceito normativo para, a partir dela, determinar o seu sentido. Tem, pois, como objetivo, em princípio, a descoberta dos valores a que a lei visa servir.

Os defensores deste sistema interpretativo consideram o Direito como uma ciência primariamente normativa ou finalística; por tal motivo mesmo é que a sua interpretação há de ser essencialmente teleológica.

Partindo do pressuposto de que toda prescrição legal provavelmente tem um propósito, e que a este pretenderam corresponder os autores da mesma ao redigi-la, a regra positiva deve ser entendida de modo que satisfaça aquele escopo. O fim inspirou a norma, deve, por isso, também servir para limitar-lhe o conteúdo.

Autores mesmo há que consideram toda interpretação jurídica como sendo teleológica. Comunga deste entendimento Miguel Reale, para quem:

Fim da lei é sempre um valor, cuja preservação ou atualização o legislador teve em vista garantir, armando-o de sanções, assim como também pode ser fim da lei impedir que ocorra um desvalor. Ora, os valores não se explicam segundo nexos de causalidade, mas só podem ser objeto de um processo compreensivo que se realiza através do confronto das partes com o todo e vice-versa, iluminando-se e esclarecendo-se reciprocamente, como é próprio do estudo de qualquer estrutura social.¹³

De fato, o Direito Brasileiro recepcionou amplamente a exegese Teleológica ao determinar, no art. 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, que o juiz, ao aplicar a lei, deverá sempre visar os fins sociais a que ela se destina, assim como o bem comum, dispositivo esse que, por sua especial importância e complexidade tamanha, já foi objeto de exame autônomo em nossa pesquisa.

Mister frisar que, no estudo teleológico, para a determinação do conceito e alcance da lei, devemos ter em mente que, a ideia do fim por ela colimado não é constante, absoluta, eterna, isto é, não é imutável. Para Paulo Nader:

¹³ REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. 27. ed., ajustada ao novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 290.

O fim não é aquele pensado pelo legislador, é o fim que está implícito na mensagem da lei. Como esta deve acompanhar as necessidades sociais, cumpre ao intérprete revelar os novos fins que a lei tem por missão garantir. Esta evolução de finalidade não significa ação discricionária do intérprete. Este, no afã de compatibilizar o texto com as exigências atuais, apenas utiliza o que está implícito nos princípios legais. O intérprete não age *contra legem*, nem subjetivamente. De um lado tem as coordenadas da lei e, de outro, o novo quadro social e o seu trabalho se desenvolve no sentido de harmonizar os velhos princípios aos novos fatos.¹⁴

Não se pode negar que o fim prático vale muito mais do que a Lógica Jurídica, sendo, na grande maioria das vezes, a interpretação Teleológica a mais segura das técnicas exegéticas. Todavia, não se pode tê-la como infalível, tampouco apta a substituir as outras. Conforme já pontuado, a cooperação entre os fatores da hermenêutica moderna deve ser eterna constante no trabalho do bom exegeta.

Concluindo, há que se atentar para algumas regras norteadoras do emprego do momento Teleológico, apontadas por Carlos Maximiliano¹⁵:

- a) As normas conformes no seu fim devem ter idêntica execução, não podendo ser entendidas de modo que venham a produzir decisões diferentes sobre a mesma matéria;
- b) Se o fim advém de um conjunto de leis, cada uma delas deve ser entendida de maneira a corresponder à finalidade resultante do agrupamento;
- c) Deve-se atribuir ao texto normativo um sentido que propicie à lei regular a espécie a favor, e não em prejuízo de quem ela visa oferecer proteção;
- d) Auxiliam a reconhecer o objetivo originário da norma, seus títulos, epígrafes, preâmbulo e exposições de motivos.

2.2.6 MÉTODO SOCIOLÓGICO

À exegese que vai ao encontro do motivo social da lei, fazendo conexão entre os fenômenos jurídicos e os demais fenômenos sociais, dá-se o nome de interpretação Sociológica. Busca tal processo hermenêutico, acima de tudo, adaptar o sentido da lei às realidades e necessidades sociais, atendendo, assim, às consequências econômicas, políticas e sociais da exegese.

¹⁴ NADER, Paulo, *op. cit.*, p. 325.

¹⁵ MAXIMILIANO, Carlos, *op. cit.*, p. 156.

Para João Baptista Herkenhoff, o momento Sociológico “vê o sistema jurídico como subsistema do sistema social, e não como sistema autônomo”.¹⁶

Nessa mesma linha de pensamento, Raymond Saleilles questiona:

As mudanças econômicas e sociais constituem o fundo e a razão de ser de toda a evolução jurídica; e o Direito é feito para traduzir em disposições positivas e imperativas toda a evolução social. Como, pois, recusar interpretá-lo no sentido das concepções sociais que tendem a generalizar-se e a impor-se?

Não queremos o arbítrio do juiz. Não o admitimos por preço nenhum. Pretendemos, entretanto, quando a lei não ordene com uma certeza imperativa, que o magistrado possa marchar com o seu tempo, possa levar em conta os costumes e usos que se criam, idéias que envolvem, necessidades que reclamam uma solução de justiça.¹⁷

Daí podermos afirmar que o bom aplicador do Direito é aquele que, ao interpretar suas normas, apela para os fatores sociais (Sociologia), buscando abrigo, ainda, na Economia, na Ciência Política, na Psicologia Social, na Antropologia e etc. Ou, nas palavras de João Baptista Herkenhoff, ao se reportar aos ensinamentos de Theodor Sternberg:

O jurista não deve ser, ordinariamente, um repetidor escolar de sentenças, ao qual somente em ocasião especial, fosse permitida uma livre criação; ao contrário, por sua profissão deve ser um pensador social e só excepcionalmente deve estar acorrentado à lei.¹⁸

Tem-se, então, que o embasamento da interpretação e aplicação jurídico-sociológica é o Direito como fato social, e não o Direito como valor, tampouco enquanto norma. Como se verá mais à frente, o método Sociológico com nuances políticas é imprescindível na aplicação do Direito, mormente nesses tempos de tão intensas mudanças sociais.

2.3 QUANTO AOS SEUS EFEITOS

No item anterior, analisamos miudamente os elementos a que podemos recorrer para proceder à interpretação. Entramos, agora, num tema diverso – o dos resultados da exegese jurídica.

¹⁶ HERKENHOFF, João Baptista. *Como aplicar o Direito*. 7. ed. rev. amp. atual., Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 27.

¹⁷ SALEILLES, Raymond. Prefácio. In: GÉNY, François. *Méthode d'interprétation et sources en Droit Privé Positif*. 2. ed. Paris: Librairie Générale de Droit & Jurisprudence, 1919, p. XXIII-XXIV (tradução nossa).

¹⁸ HERKENHOFF, João Baptista, *op. cit.*, p. 29.

Uma vez aplicados os diferentes critérios hermenêuticos sobre as expressões jurídicas, a atividade hermenêutica pode concluir por diferentes efeitos, e que são os seguintes: Declarativo, Extensivo, Restritivo, Modificativo, Corretivo e Ab-rogante.

O hermeneuta, engajado em saber se deve atingir um ou outro resultado, ater-se-á ao espírito do texto normativo, à equidade, ao interesse geral, ao paralelo entre a norma interpretanda e outras que versem sobre o mesmo objeto, bem como ao tipo de disposição legal submetida à interpretação, pois existem preceitos que não admitem certos efeitos, como se verá adiante.

Somente dessa forma obedeceremos efetivamente às valorações da lei. E, é justamente esta capacidade de atribuir aos preceitos em questão o seu justo valor que distingue o jurista, colocando-o em posto de extrema nobreza e indispensabilidade.

2.3.1 INTERPRETAÇÃO DECLARATIVA

Também chamada de Demonstrativa, consiste na interpretação da norma cujo texto encontra-se em perfeita sintonia com a *mens legis* ou vontade da lei.

Neste diapasão, cabe ao intérprete tão somente constatar a coincidência entre a letra da lei e o seu espírito, posto que, aqui, o sentido da norma cabe exatamente nos termos de seu enunciado. Sobre essa espécie de interpretação, vaticina Maria Helena Diniz:

Ter-se-á então a interpretação declarativa apenas quando houver correspondência entre a expressão linguístico-legal e a *voluntas legis*, sem que haja necessidade de dar ao comando normativo um alcance ou sentido mais amplo ou mais restrito.¹⁹

Em outras palavras, diz-se Declarativa a interpretação que se limita a declarar o pensamento expresso na lei, não havendo necessidade de expandi-la a casos não previstos expressamente, ou restringi-la, não cabendo sua aplicação a casos inadmissíveis, haja vista ter o legislador dosado as palavras com adequação aos significados que desejava imprimir no dispositivo legal.

Em suma, ocorre quando o sentido literal da expressão linguística da lei cobre aquilo que se constata ser exatamente o que ela pretende exprimir, fazendo com que

¹⁹ DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do Direito*. 8. ed. atual., São Paulo: Saraiva, 1995, p. 395.

o fato jurídico se enquadre perfeitamente no tipo normativo, não demandando do declarante da lei qualquer sorte de adaptação, dilação ou restrição.

É o tipo mais hodierno de interpretação no tocante a seus resultados, partindo-se do pressuposto de que o normal é que o legislador saiba expressar-se adequadamente, congruentemente.

2.3.2 INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA

Ao se alargar o campo de aplicação da lei, temos a interpretação Extensiva.

Neste caso, o intérprete constata que o criador da lei se utilizou com impropriedade dos termos linguísticos, ocasionando, por consequência, a não exatidão do espírito da norma em sua letra. Utiliza-se, aqui, o brocardo jurídico *Minus scripsit quam voluit*, ou seja, diz-se, comumente, que o legislador escreveu menos do que queria dizer.

Traduz-se, pois, na tarefa hermenêutica de alargar o sentido do preceito normativo, fazendo-o abarcar casos que, não estando incluídos de forma explícita na significação de suas palavras, estão, todavia, incutidos na *mens legis*, a qual, conforme se depreende da explanação que ora tecemos, ultrapassa o que resulta estritamente do texto que a prevê.

A interpretação Extensiva visa conferir à norma o mais amplo raio de ação possível indicado por seus termos, admitindo sua abrangência a certos fatos-tipos implicitamente nela previstos, ou melhor, a exegese lata procura transpor os limites da lei até o seu legítimo posto, face à utilização de termos muito restritos, que acabam por conduzi-la ao recuo. A título de exemplificação, temos a interpretação que deve ser feita sobre o dispositivo de lei que utiliza o termo *filho* quando, em verdade, visa referir-se ao gênero descendente.²⁰

Note-se que a exegese abrangente sofre certas restrições, não podendo ser utilizada em se tratando de leis penais e tributárias.

Cumprido, por fim, traçar um paralelo entre interpretação Extensiva e Analogia, de antemão já se concluindo não serem sinônimas.²¹

²⁰ NADER, Paulo, op. cit., p. 314.

²¹ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 2. ed., São Paulo: Atlas, 1994, p. 296-297.

Não se pode negar que a extensão tem, até certo ponto, traços de integração, contudo, difere da Analogia, esta, sim, forma de integração do Direito por excelência, uma vez que, enquanto a primeira parte da admissão de que a norma existe, devendo apenas ter o seu entendimento estendido para que possa ser aplicada a certo caso, na interpretação analógica, o que se tem é a existência certa de uma lacuna na lei, ou seja, a omissão total do ordenamento acerca de uma situação fática específica. No primeiro caso, o exegeta limita-se a incluir na lei um sentido que seu espírito já prevê, mas em relação ao qual as palavras calam; já no segundo, ao intérprete cabe aplicar a um certo caso total desconhecido do sistema legal, uma outra norma, pressupondo semelhança entre o caso que se lhe apresenta e aquele a que a norma empregada se destina. Em poucas e derradeiras palavras: a Analogia é recurso para preenchimento de lacunas; a extensão é processo de interpretação que busca revelar o sentido amplo de uma norma traída pelo texto legal.

2.3.3 INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA

Em oposição à hipótese exegética imediatamente anterior, temos a Restritiva ou Estrita quando a fórmula interpretativa reduz a legal pelo fato desta afirmar mais do que realmente se pretendia dizer através dela (*Plus scripsit quam voluit*). Aqui, pois, o trabalho do exegeta consiste em fazer minguar o campo de aplicação da lei, isto é, ao lançar mão da exegese em epígrafe, o intérprete recusa a incidência do texto legal a certos casos que, pela significação das palavras adotadas no preceito normativo, parecem estar sob a sua égide, mas que, de fato, contrastam, evidentemente, com a sua gênese.

O bom hermeneuta deverá assim interpretar, ao notar que o comando normativo poderá produzir efeitos danosos se aplicado a toda gama de situações que seus elementos linguísticos abarcam, quando, na realidade, na lei não se contém. Assim, sempre que a interpretação Declarativa, por si só, não alcançar os objetivos da norma, por lhe conferir uma amplitude demasiada, resultando no prejuízo dos interesses, ao invés de sua proteção, dever-se-á fazer uso da interpretação Restritiva.

Finalmente, há de se pontuar que será sempre Estrita a interpretação das normas excepcionais, assim como daquelas que restrinjam direitos e garantias fundamentais previstos constitucionalmente. Isso porque, na primeira situação, a exceção é, por si, uma restrição, logo só deve valer para as estritas

excepcionalidades; já no outro caso, o objeto da norma é de tal importância para a ordem jurídica como um todo que ainda a sua restrição deverá observar o bem-estar geral, sem jamais ferir o direito ou garantia primordial que a Lei Maior hospeda.²²

2.3.4 INTERPRETAÇÃO MODIFICATIVA

Rara de se verificar, temos, aqui, a hipótese em que o hermeneuta, ao interpretar a norma, faz com que o seu espírito agasalhe casos ou consequências que não foram previstos pelo legislador.

Essa mudança no sentido originário da norma apoia-se no Processo Sociológico de interpretação; a modificação exegética tem como precípua fim integrar ou restaurar a *voluntas legis*, adaptando-a a realidades sociais emergentes.

É de especial importância frisar que a exegese Modificativa não se confunde com a Extensiva, pois a extensão, como já fora explanado, há de resultar do espírito da lei devidamente apurado, o que significa dizer que a ampliação não é, em verdade, da norma em si, mas tão somente de sua significação aparente. Já a interpretação Modificadora, sim, incide sobre os alicerces da norma, sobre a sua alma, alterando seu núcleo primordial. Na exegese Extensiva, o fato já se encontra no bojo da norma, todavia as palavras utilizadas não o alcançam; na Modificativa, o fato é alheio ao conteúdo normativo, contudo, deveria ter sido conhecido pelo Legislativo quando da elaboração da norma. Na primeira, nada se acrescenta à lei, apenas se dá ao texto legal o seu real significado; na segunda, de fato, a essência da norma é alterada, fazendo-a abarcar casos a que, evidentemente, se aplica o espírito da disposição legal interpretada.

2.3.5 INTERPRETAÇÃO CORRETIVA

Deve ocorrer a correção pelo intérprete sempre que se verificar que o resultado da interpretação da lei desemboca em um sentido nocivo ao bem comum. Aí, diz-se que a *ratio legis* é contrária aos interesses sociais preponderantes.

Sua forma mais aparente traduz-se na hipótese de o legislador ter cometido um engano, ampliando sobremaneira o espírito da lei, culminando com uma aplicação

²² *Ibidem*, p. 295.

legal declarativa desobediente aos parâmetros do bem comum. Entra em ação, então, o hermeneuta, restringindo o âmbito da lei, para evitar que ela seja aplicada a certas hipóteses que, apesar de constarem no seio da norma, não pertencem ao núcleo de casos que a justificam, impedindo, de tal forma, que resultados nefastos sejam produzidos.

Não se trata, ressalte-se, de interpretação Restritiva, pois, analogicamente à diferenciação por nós já traçada entre a interpretação Extensiva e a Modificativa, na restrição, o que presenciamos é apenas uma limitação do sentido da lei, sem qualquer alteração em sua essência. Aqui, todavia, realmente se poda parte do espírito normativo, não submetendo à lei uma certa categoria de casos, apesar de constantes em sua alma, por tal aplicação gerar inconvenientes, assim como resultados infensos ao bem comum; injustiças, pois.

Encontra respaldo a exegese em observação no art. 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, com a sua referência ao bem comum, segundo já nos ativemos no capítulo pretérito desta obra.

Mister fazer menção ao fato de que a interpretação Corretiva não significa afastamento da lei, o que, inclusive, é virilmente combatido por nosso ordenamento, de vez que o absolutismo jurisprudencial é causa de estagnação do Direito, dando ensejo ao despreparo dos juízes e ao beneficiamento do forte em detrimento do fraco. Conforme nos ensina José de Oliveira Ascensão, ao corrigir um dispositivo normativo, temos, antes de tudo, uma manifestação extremada de fidelidade à lei, posto que a finalidade precípua da exegese Corretiva é, justamente, a de busca do sentido último da lei, pois lei não há que não propague Justiça.²³

Hipótese igualmente incomum como a Modificativa, a interpretação com correção pelo hermeneuta deve ser sempre considerada como forma de salvaguarda do Sistema.

2.3.6 INTERPRETAÇÃO AB-ROGANTE

Ab-rogar significa pôr fora de uso, suprimir, anular, derogar.

Verifica-se esse resultado exegético quando a interpretação, por seus efeitos, concluir pela supressão de uma dada norma.

²³ ASCENSÃO, José de Oliveira. *O Direito: introdução e teoria geral: uma perspectiva luso-brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 1994, p. 340.

Via de regra, perfaz-se na ocasião em que duas normas do Ordenamento encontram-se em absoluta e insanável incompatibilidade, devendo o intérprete, embasado pelo Princípio estático-material que preceitua que as normas legais não devem se contradizer, tomar uma delas como inexistente. Há mesmo quem pense que, em casos como este, ambas as leis divergentes devem sofrer ostracismo.

No entanto, baseando-se novamente em José de Oliveira Ascensão, não é requisito da interpretação Ab-rogante a pluralidade de disposições contraditórias. Um único dispositivo é passível de sofrer a exegese Ab-rogatória sempre que de seu texto não se conseguir retirar sentido normativo algum.²⁴

Note-se que não se verifica na hipótese que ora vislumbramos nenhuma correção da lei, como no efeito interpretativo anterior; o que se constata é a existência, desde o início, de uma falta de sentido, devido a uma incongruência no regime ou a uma inconciliação entre vários textos legais não atentada pelo Poder Legiferante.

A Ab-rogação é hipótese das mais extraordinárias em consequência dos Princípios do Aproveitamento das Leis e da Racionalidade da Legislação, segundo os quais o intérprete, partindo do pressuposto de que a lei é acertada, procura de toda forma atribuir-lhe um sentido útil, deixando para última e afastada instância o recurso do desaproveitamento da fonte. Isto não quer dizer, todavia, que ela não ocorra.

²⁴ *Ibidem*, p. 343.

Capítulo 3 ESCOLAS HERMENÊUTICAS

3.1 CONCEITO E DIVISÃO

Desde o surgimento do pensamento jurídico, desde que, pelo menos, há doutrina, fala-se em Hermenêutica *lato sensu*. A interpretação mostrou-se inevitável tão logo se viu cessado o simplório ritualismo da vida primitiva e a fonte doutrinária surgiu na história da humanidade.¹

Entretanto, ao longo da Antiguidade e da Idade Média, os problemas hermenêuticos somente foram mencionados e analisados incidentalmente.

Foi somente após a promulgação dos códigos de Napoleão Bonaparte na França, especialmente com o advento de seu Código Civil, no início do século XIX, que as verdadeiras Escolas Hermenêuticas despontaram no mundo contemporâneo.

Por Escolas Hermenêuticas, entenda-se escolas jurídicas que, incutidas da preocupação com a interpretação do Direito, adotam posicionamentos diversos em face das questões hermenêuticas, criando métodos ou técnicas exegéticas, com vistas sempre à constituição de uma teoria da interpretação jurídica.²

Partindo do maior ou menor aprisionamento do intérprete e aplicador legal, João Baptista Herkenhoff separa as Escolas Hermenêuticas ou de Interpretação em três grupos³:

- a) Escolas de estrito legalismo ou dogmatismo: em suma, defendem estas escolas, aprioristicamente e de forma bastante obstinada, o positivismo jurídico;
- b) Escolas de reação ao estrito legalismo ou dogmatismo: opondo-se à literalidade interpretativa, mesmo que ainda de forma tímida, já abrem novos horizontes à ciência do Direito;
- c) Escolas que se abrem a uma interpretação mais livre: apesar de, aqui, termos uma variedade de ideais, alguns deles bastante utópicos, outros revestidos de visível plausibilidade, traduzem-se esses trabalhos filosófico-

¹ MACHADO NETO, Antônio Luís. *Compêndio de introdução à ciência do Direito*. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 1975, p. 218-219.

² HERKENHOFF, João Baptista. *Como aplicar o Direito*. 7. ed. rev. amp. atual., Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 32-33.

³ *Ibidem*, p. 33-34.

hermenêuticos nos vários matizes da busca de uma interpretação mais axiológica, menos lógica, mais próxima das realidades da vida social.

3.2 ESCOLAS DE ESTRITO LEGALISMO OU DOGMATISMO

3.2.1 ESCOLA DA EXEGESE

“*Les textes avant tout!*”.⁴ Com essa pequena frase de Demolombe, é possível resumir o pensamento exegético, dogmático ou jurídico-tradicional surgido na França no início do século XIX, sob a égide do *Code Napoléon* de 1804, como forma de proteção da classe burguesa recém-chegada ao poder face às arbitrariedades do absolutismo monárquico abolido.

Para os seguidores dessa Escola, a lei era autossuficiente, o que significa dizer que todo o Direito estava previsto nos Códigos, onde se encontrava, ostensiva ou latentemente, solução para todo e qualquer caso que viesse a ocorrer na vida social. Dessa forma, o dever do intérprete era ater-se rigorosamente ao texto legal, sem jamais procurar solução fora ou estranha a ele. Não se falava, pois, em pesquisa do Direito no seio da organização social, política ou econômica. A função de seu aplicador restringia-se ao estudo das disposições legais.

Em suma: os adeptos dessa corrente codicista acreditavam ser o código absoluto, dotado de regras aptas a dirimir qualquer conflito social. Rejeitavam as outras fontes vivas do Direito, devendo as decisões judiciais fundar-se exclusivamente na lei. Tanto assim era que se chegou ao absurdo de sustentar a ideia de que o juiz deveria abster-se de julgar e rechaçar a demanda caso não encontrasse a solução adequada para o caso no texto normativo, o que, entretanto, ressaltavam seus seguidores, era demasiadamente improvável.

Ademais, o principal objetivo da Exegese era revelar a vontade do legislador (*mens legislatoris*), ou seja, daquele que elaborou a lei. A Escola Exegética propugnava que a única interpretação correta era aquela que reproduzia o pensamento e a vontade do autor da lei, a intenção original do legislador, em vista do que se valiam os exegetas tão somente do método Literal de interpretação.

Foi com base nesses ideais que a Escola da Exegese afirmou o silogismo jurídico enquanto expressão de um juízo determinante, cabendo ao magistrado ser,

⁴ Os textos acima de tudo! (tradução nossa). *Ibidem*, p. 35.

nas palavras de Montesquieu: “(...) *la bouche qui prononce les paroles de la loi, des êtres inanimés qui n’en peuvent modérer ni la force ni la rigueur*”.⁵ Assim, sendo um rele porta-voz da lei, deveria o juiz formular um silogismo em que a premissa maior seria fornecida pela norma positiva adequada, a menor pela verificação no caso concreto das condições previstas na regra legal, decorrendo a sentença, logicamente, das conclusões do silogismo.⁶ “O juiz, ante tal aspecto, era apenas um aplicador automático da lei, neutro, um autômato, não criativo”.⁷

Segundo nos informa o doutrinador Daniel Coelho de Souza, entre os defensores do método jurídico-tradicional apregoado pela Escola Exegética sobressaíram-se, principalmente, os franceses Antoine-Marie Demante e Jean Charles Demolombe, e o belga François Laurent.⁸

Aliado ao Dogmatismo Legal e à total subordinação à vontade do legislador, o outro postulado básico do movimento exegético expressava-se no entendimento de que o Estado era o único autor do Direito⁹, na medida em que detinha o monopólio da lei e do código, estes que eram as únicas fontes jurídicas admitidas pelos exegetas.

O declínio dos ideais exegéticos, envoltos em um verdadeiro *fetichismo legal*, expressão muito bem colocada por Franco Montoro¹⁰, teve início com a Revolução Industrial, quando, com o advento de grandes invenções e, notadamente, com a mudança no sistema de produção, a vida social alterou-se profundamente, apresentando novos aspectos e necessidades, culminando em problemas até então jamais pensados pelos legisladores da época, de modo que a atividade criativa da jurisprudência, repudiada por mais tímida que fosse, foi, com o tempo, ganhando maior prestígio.

O fato é que, apesar do importante papel desempenhado pela escola da Exegese no campo hermenêutico ao longo do século XIX, atualmente seus postulados encontram-se superados pelos seguintes argumentos¹¹:

⁵ (...) a boca que pronuncia as palavras da lei, esses seres inanimados que não podem moderar nem a força nem o rigor da lei. (tradução nossa). *Apud* GARCIA, Juvêncio Gomes. *Função criadora do juiz*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996, p. 69.

⁶ Quanto a esse silogismo jurídico pretensamente formulado pelo magistrado, já o analisamos na introdução de nosso trabalho.

⁷ GARCIA, Juvêncio Gomes, *op. cit.*, p. 70.

⁸ COELHO DE SOUZA, Daniel. *Introdução à ciência do Direito*. 4. ed. rev. aum., São Paulo: Saraiva, 1983, p. 391.

⁹ NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do Direito*. 11. ed. rev. atual., Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 327-328.

¹⁰ FRANCO MONTORO, André. *Introdução à ciência do Direito*. 25. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 376.

¹¹ BETIOLI, Antonio Bento. *Introdução ao Direito: lições de Propedêutica Jurídica*. São Paulo: Hermes Editora e Informação, 1989, p. 217.

- a) Impossível perfaz-se a previsão absoluta pelo legislador de todas as eventuais ocorrências da vida em sociedade. Pondera o doutrinador Paulo Nader:

Por maior rigor técnico-científico, o código não pode assimilar todos os fatos sociais. Por maior que seja a previsão do legislador, muitas situações inapelavelmente escapam-lhe à percepção.¹²

- b) Na moderna Hermenêutica, não mais se perquire a vontade do legislador; atualmente, é o espírito da lei que deve ser buscado, lei essa que, tão logo é criada, desprende-se do legislador que lhe deu vida para ganhar luz própria, existência autônoma.
- c) Limitar a produção jurídica ao ente estatal e, por conseguinte, assumir que só a lei é Direito, é recusar a mais lúdima fonte do Direito, que é, justamente, o costume.

Apesar disso, ainda hoje, os ideais da Escola da Exegese ainda hoje se fazem presente nos setores mais reacionários do pensamento jurídico.¹³

3.2.2 ESCOLA DOS PANDECTISTAS

Concomitantemente ao surgimento da Escola da Exegese na França, floresceu na Alemanha também uma manifestação do positivismo jurídico do século XIX, a que se denominou Escola dos Pandectistas.

Para os seus seguidores, o ordenamento jurídico nada mais era do que um sistema totalmente organizado e independente, isento de lacunas, de sorte que todo o caso jurídico pudesse ser resumido num conceito. A função do juiz era, então, à semelhança do que fizeram os exegéticos franceses, reduzida a mero autômato; julgava pelo processo de subsunção, numa sucessão sistemática, totalmente ordenada sob forma estritamente lógica.

O método dessa Escola, cujos adeptos receberam a denominação de Pandectistas por terem se dedicado com afinco ao estudo das *Pandectas*, segunda parte do *Corpus Juris Civilis* de Justiniano, na qual se encontravam as normas romanas de Direito Civil, caracterizava-se pelo abuso de abstrações lógicas.

¹² NADER, Paulo, *op. cit.*, p. 328.

¹³ HERKENHOFF, João Baptista, *op. cit.*, p. 37.

Bernhard Windscheid – maior vulto do movimento –, Friedrich Von Glück, Heinrich Dernburg, dentre outros¹⁴, figuram dentre os principais representantes dessa Escola legalista.

Mister pontuar que um pouco mais flexíveis do que o exacerbado dogmatismo exegético, e talvez por ainda não possuir a Alemanha um Código Civil bem estruturado como o francês, aceitavam os juristas germânicos da Pandectologia uma interpretação do texto legal em atenção aos usos e costumes jurídicos, além do fato de não subordinarem cegamente o Direito ao legislador, pois, obedientes ao preconizado por Windscheid, os adeptos da Escola das *Pandectas* foram os primeiros a ver o problema da interpretação como *intenção possível do legislador*, não ao tempo de elaboração da lei, mas à luz da época em que se processasse o ato interpretativo. Desse modo, sempre que o texto legal abarcasse mais de uma interpretação seria permitido optar por aquela que, com base em fatos posteriores à sua criação, propugnasse por um objetivo diverso do pretendido pelo legislador, o que, decerto, foi um enorme progresso para a época.¹⁵

3.2.3 ESCOLA ANALÍTICA DE JURISPRUDÊNCIA

Movimento de origem inglesa, também consistente em uma extensão do positivismo jurídico ou estrito legalismo hermenêutico, essa Escola considerava como único objeto do Direito as leis positivas, sem dispensar a menor atenção que fosse ao seu conteúdo valorativo ou ético.

Tendo como fundador John Austin, autor da célebre obra *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law*¹⁶, a Escola Analítica de Jurisprudência tinha por fundamento a análise conceitual da realidade, o que implica em dizer que poderia esta, nos moldes dos ideais analíticos, ser toda conhecida através dos conceitos consagrados no texto legal.

E, como já dito, para os analíticos ingleses, o Direito achava-se totalmente separado da Ética¹⁷, cabendo ao jurista apenas estudar as normas positivadas, sem

¹⁴ *Ibidem*, p. 38.

¹⁵ REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. 27. ed. ajustada ao novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 283.

¹⁶ HERKENHOFF, João Baptista, *op. cit.*, p. 39, nota 13.

¹⁷ Referida concepção é diametralmente oposta ao que se busca defender neste trabalho, pois conforme se verá mais adiante, quando do estudo do Pragmatismo Jurídico, o que sustentamos é justamente a ideia de que o Direito não pode ser dissociado dos aspectos éticos, políticos, sociais e econômicos.

que tivesse de fazer um juízo de valor acerca das mesmas, posto que a “justiça” do Direito era trabalho do legislador, e não de seu aplicador.

Consoante Luiz Fernando Coelho, pode-se considerar como grande contribuição dessa Escola, que via os costumes aprovados pelos tribunais como fonte exclusiva do Direito, a tentativa de sistematização e uniformização do Direito consuetudinário inglês.¹⁸

3.3 ESCOLAS DE REAÇÃO AO ESTRITO LEGALISMO OU DOGMATISMO

3.3.1 ESCOLA HISTÓRICO-EVOLUTIVA

“Adaptar-se a velha lei aos tempos novos”.¹⁹ Essa pode ser considerada a tônica do movimento conhecido como Escola Histórico-Evolutiva do Direito.

Também denominado Escola Atualizadora do Direito, fundado na França em fins do século XIX por Raymond Saleilles, o sistema em questão atribuía ao intérprete papel de suma relevância: o de manter o Direito sempre atual, em consonância com as exigências sociais.

Para tanto, o aplicador do Direito não deveria ater-se tão somente à vontade do legislador, até porque para os filósofos adeptos dessa corrente doutrinária, no instante em que a lei é criada, perde a vinculação com o seu autor para passar a ter vida autônoma, própria, independente. Os seguidores do método Histórico-Evolutivo defendiam, pois, a pesquisa *a posteriori* do sentido da lei, ou seja, o intérprete, segundo os ideais sistematizados por Saleilles, deveria observar não só o que o legislador quis ao tempo em que a lei foi elaborada (vontade real do legislador), mas o que ele quererá se vivesse no meio atual (intenção possível do legislador)²⁰, o que, inclusive, já havia sido pensado pelos pandectistas na Alemanha.²¹

Dessa forma, não se abandonam as leis; em verdade, se as adaptam às novas realidades sociais que se sucedem. Nesse sentido, João Baptista Herkenhoff, ao dissertar acerca da Escola em tela, assim se exprime: “Caberia ao juiz conciliar a idéia

¹⁸ COELHO, Luiz Fernando. *Lógica Jurídica e Interpretação das Leis*. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 97-99.

¹⁹ FRANCO MONTORO, André, *op. cit.*, p. 376.

²⁰ BETIOLI, Antonio Bento, *op. cit.*, p. 218.

²¹ *Vide* item 3.2.2.

da regra com a idéia de evolução, conservando a vida da lei através de sua adaptação à realidade e às mudanças sociais”.²²

É a tão propagada Interpretação Atualizadora que se vê abraçada pelos filósofos e pensadores integrante da corrente Histórico-Evolutiva da Hermenêutica. Não sendo perene, isto é, não se revestindo de imutabilidade o significado da lei, o intérprete deve ajustar as palavras dela às situações supervenientes, transportando, assim, o pensamento havido à época da criação do texto legal para o presente. É como afirma Jean Cruet: “A lei, numa palavra, é feita para a sociedade, e não a sociedade para a lei”.²³

Não é de se admitir a estagnação do direito, inevitavelmente resultante do emprego do método exegético, visto que não é possível acorrentar a vida às leis, mas é preciso amoldar estas àquela, fazendo-as acompanhar a sua marcha incessante e adaptar-se às novas exigências (...).²⁴

Acresça-se o fato de que nenhuma lei tem sentido se não é aplicada de acordo com a necessidade social a que pretende atender, e se terá, em resumo, a tese desenvolvida pelo pensamento histórico-evolutivo que ora se analisa.

Essa visão historicista-evolutiva, frise-se, tem sua gênese no grande postulado de que a lei é uma realidade histórica que se situa, por conseguinte, na progressão do tempo. O Direito, por bem dizer, é criado pelo povo, estando sujeito à evolução e sendo estritamente dependente do caráter do povo ao qual é aplicado. Para Saleilles e seus seguidores, o Direito é um produto histórico, ele surge da consciência comum do povo, pois que com este surge e desaparece quando ele perde a sua individualidade. É o povo que cria seu próprio Direito, porque o povo não é massa amorfa, ao contrário:

(...) [o povo] é a unidade no seio da qual se sucedem as gerações, unidade que liga o presente ao passado e ao futuro. É a tradição que vela pela conservação do direito; e a tradição é uma herança que se transmite pela sucessão contínua e insensível das gerações.²⁵

Contudo, apesar do enorme avanço que promoveu no campo hermenêutico, a doutrina da Escola Histórico-Evolutiva não restou alijada de falhas. A mais grave delas, não admitir a interpretação criadora do intérprete, pois que o que propunham

²² HERKENHOFF, João Baptista, *op. cit.*, p. 43.

²³ CRUET, Jean. *A vida do Direito e a inutilidade das leis*. s. t.. Lisboa: Aillaud e Bertrand, 1945, p. 65-66.

²⁴ GARCIA, Juvêncio Gomes, *op. cit.*, p. 77.

²⁵ LIMA, Mário Franzen de. *Da Interpretação Jurídica*. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1955, p. 43.

seus estudiosos era apenas um trabalho interpretativo de atualização, sempre situando-se o intérprete no âmbito da lei, não sendo permitida qualquer forma de interpretação criadora à margem da lei ou a despeito dela. Assim, nesse momento, o intérprete e aplicador do Direito ainda não o cria, apenas revelando novos aspectos de uma lei antiga, arcaica.

Outra deficiência da teoria reside no fato de a elasticidade do texto ter um limite, sendo impossível a adaptação das palavras a novas realidades ultrapassando-se tal limite. Ainda como deslize motivador de críticas à Escola em questão, temos o fato de a mesma não ter apresentado soluções para os casos de lacunas da lei, vez que impraticável perfaz-se atualizar uma lei inexistente.

Apesar das objeções aos ideais dessa Escola, não se pode negar seu importantíssimo papel e grande realce no mundo jurídico, tendo sido o método Histórico-Evolutivo, Progressista, Objetivista Atualista ou Evolutivo apenas, refúgio de inúmeros grandes jusfilósofos, como Marcel Planiol, Georg Jellinek, Nicola Coviello, Francesco Ferrara, Francesco Carnelutti e outros.²⁶

Por fim, não se pode deixar de fazer menção à Escola Histórico-Dogmática do Direito. Movimento anterior ao despontamento da Escola Histórico-Evolutiva, teve como principal vulto Friedrich Carl von Savigny, também sendo seus representantes Georg Friedrich Puchta, Johann Friedrich Göschen, Henry Maine, dentre outros.²⁷

A Escola Histórica Alemã, como também ficou conhecida esta subdivisão da Escola Histórica do Direito, foi a precursora da ideia de que é o povo o criador de seu Direito, não devendo o intérprete legal ater-se à letra fria da lei com a utilização do processo meramente lógico; para os histórico-dogmáticos, também o elemento sistemático deveria ser empregado.

Não obstante, pecavam por ainda pregar a pesquisa da intenção do legislador, o qual viam como representante da consciência coletiva, erro que foi sabiamente debelado pela doutrina Histórico-Evolutiva ao propor a pesquisa da *mens legis* ou pesquisa *a posteriori* do sentido da lei.

²⁶ GARCIA, Juvêncio Gomes, *op. cit.*, p. 78.

²⁷ HERKENHOFF, João Baptista, *op. cit.*, p. 42.

3.3.2 ESCOLA TELEOLÓGICA

Para a Escola que adotou o método Teleológico, nada acontece no mundo sem causa; acreditam seus adeptos que o mundo dos seres animados é regido pela lei da finalidade, e não da causalidade.

Assim, todas as regras nascem porque têm um fim, um objetivo, e a finalidade do Direito é a garantia das condições de vida social pela força coercitiva do Estado.

Rudolf von Ihering, jurisconsulto alemão fundador da Escola Teleológica, embora tendo adotado a Escola Histórica por algum tempo, com ela rompeu, afirmando a necessidade finalística da ordem jurídica. “Os direitos não surgiram como corporificação de uma vontade jurídica abstrata, e sim para assegurar os interesses da vida, satisfazer suas necessidades, realizar seus fins”.²⁸

Inclusive, a essa ideia ele associou a de luta, também inerente ao desenvolvimento do Direito. O Direito é, pois, conquistado e mantido através de luta contínua. Dizia Ihering em sua inacabada, mas vital obra, *A Finalidade do Direito: “Das Ziel des Rechts ist der Friede, das Mittel dazu der Kampf”* (“O fim do Direito é a paz, o meio para atingi-lo, a luta”).²⁹ Continuava ele:

Todas as grandes conquistas que a história do Direito registra, a abolição da escravidão, da servidão pessoal, a liberdade da propriedade territorial, da indústria, das crenças, etc., foram obtidas à custa de lutas ardentes, não raro pelejadas durante séculos. Às vezes, torrentes de sangue, mas sempre direitos aniquilados assinalam o caminho percorrido pelo Direito.³⁰

Logrou êxito Vincenzo Miceli ao corrigir a fórmula de Ihering:

A história não prova que o direito seja um produto imediato da luta; prova, ao contrário, que ele surgiu das conciliações que a consciência jurídica e as necessidades de fato impuseram à luta. A luta é ocasião, não causa do aparecimento do direito. A luta é a condição do fato que se regula, mas não é a regra, nem a produtora direta da regra.³¹

Entretanto, o trabalho de Ihering continua sendo de fundamental importância quando ele critica o método dedutivo-silogístico, quando condena o processo das

²⁸ *Ibidem*, p. 45.

²⁹ *Apud* LIMA, Mário Franzen de, *op. cit.*, p. 45.

³⁰ *Idem*.

³¹ *Apud* MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. 9. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 166.

construções *a priori* e das deduções geométricas e, principalmente, quando ele procura enfatizar que as regras jurídicas e as soluções delas emanadas são determinadas por um fim prático, por uma finalidade social.

Não obstante as críticas, a finalidade se impõe como importante força do Direito. E poderíamos afirmar, como o fez Ihering ao final de sua já citada obra *Der Zweck in Recht (A Finalidade do Direito)*, que o método Teleológico é o mais apropriado ao Direito, uma vez que a missão do Direito é adaptar os meios à concepção dos fins, quer dizer, adaptá-los à realização dos interesses sociais.³²

3.4 ESCOLAS QUE SE ABREM A UMA INTERPRETAÇÃO MAIS LIVRE

3.4.1 ESCOLA DA LIVRE PESQUISA CIENTÍFICA

Talvez François Géný, que foi renomado professor da Faculdade francesa de Nancy, ao idealizar o método da *Libre Récherche Scientifique* (Livre Pesquisa Científica), não tivesse noção da grandiosa repercussão que o movimento alcançaria, não só nos países europeus, como também em toda a América Latina. Talvez, ao escrever e publicar sua famosa obra *Méthode d'Interprétation et Sources en Droit Privé Positif* (Métodos de Interpretação e Fontes em Direito Privado Positivo), no ano de 1899, não soubesse estar dando origem a uma audaciosa corrente que em muito contribuiu para o avanço da Hermenêutica Jurídica.

Mas o fato é que essa Escola, sem sombra de dúvidas, iniciou, e com êxito, o processo de desamarras da lei ao ineditamente atribuir certa porção criadora aos juízes.

O que Géný propôs, em primeiro plano, foi a conciliação de certas posições clássicas da Escola da Exegese com as necessidades do mundo contemporâneo. Acreditava ele que o intérprete deveria sempre pesquisar a vontade primeira do legislador, ou seja, aquela à época em que o preceito normativo fora formulado, mantendo-se a ela fiel, já que para Géný, a lei tem uma só intenção, que é justamente a que deu ensejo ao seu surgimento. Assim, conclui-se que a Escola da Livre Pesquisa do Direito é diametralmente antagônica à Escola Evolutiva de Salleilles, por

³² HERKENHOFF, João Baptista, *op. cit.*, p.45.

não concordar com a tese de descoberta de uma intenção possível do legislador, como se este estivesse vivendo no atual momento de aplicação da lei.

Para os ideais da *Libre Recherche*, isso significava deformar a lei, indo totalmente de encontro com o Princípio da Segurança Jurídica. Não deveria o significado da norma legal sofrer influência do momento histórico em que estivesse sendo interpretada, não se devendo proceder com aditamentos a ela por meio de presunções ou construções lógicas, pois isso implicava, na verdade, em um artificialismo que, inapropriadamente, extraía da lei soluções que nela claramente não se encontravam, isto é, buscava soluções que a norma não previu e nem haveria como tê-lo feito.

Por conseguinte, Gény e seus discípulos instituíram a aplicação da lei em sua pureza originária. Quando, entretanto, essa técnica interpretativa não se mostrasse apta a atender os fatos supervenientes que se apresentavam ao legislador, reconhecer-se-ia, nesse caso, a existência de lacunas na obra legislativa. Daí termos afirmado anteriormente que Gény compactuava apenas com alguns pontos da doutrina exegética de Demolombe, pois, aqui, resta evidente o combate ao “fetichismo da lei” e à concepção de sua plenitude lógica.

François Gény tinha consciência de que a lei é insuficiente para cobrir todos os fatos sociais; para ele, o Direito não estava todo contido na lei, esta que, apesar de traduzir-se na mais importante fonte do Direito, definitivamente não baila sozinha. Outras fontes supletivas do Direito existem, com o auxílio das quais, preconizava Gény, deveria o intérprete buscar suprir as lacunas do Ordenamento jurídico. Dentre elas, o costume, a analogia, a jurisprudência e a doutrina.

Se, ainda essas fontes suplementares fossem insuficientes, incertas ou contraditórias, não oferecendo solução viável ao caso *sub judice*, e face à proibição terminante ao *non liquet*, aí deveria o próprio magistrado, ao invés de insistir em quaisquer procedimentos supostamente lógicos, criar a norma adequada ao caso concreto, como se legislador fosse.

“É então que a teoria de Gény mostra a sua originalidade ao reclamar a necessidade de uma criação científica livre para suprir as lacunas da ordem jurídica”³³, diz Daniel Coelho de Souza. E prossegue:

³³ COELHO DE SOUZA, Daniel, *op. cit.*, p. 393.

Gény a [a investigação] caracterizou com precisão: *livre investigação científica*. Livre, porque realizada fora da ação de uma autoridade positiva; científica, porque apoiada em elementos objetivos revelados cientificamente.³⁴

Quanto a esses critérios objetivos, Piragibe da Fonseca nos informa serem três: o Princípio da Autonomia da Vontade, a Ordem e o Interesse Público, e o Justo Equilíbrio dos Interesses Privados Opostos.³⁵

Dessa forma, após ter-se esgotado os recursos da lei, do costume, da analogia, da tradição e todas as demais fontes formais do Direito, estaria o juiz autorizado a pesquisar o modelo jurídico apropriado através da investigação científica dos fatos sociais, sempre de acordo com a ordem geral desses fatos, jamais de forma arbitrária, de onde se nota que, apesar de livre, a pesquisa levada a efeito deveria ser comedida.

O intérprete não poderia extrair da sua vontade própria as normas reitoras, mas ler o Direito nos fatos da vida e as regras captadas deveriam estar conforme os princípios do sistema jurídico. Nesse momento, a liberdade do intérprete não é igual a do sociólogo; é uma liberdade que tem o seu limite na índole do sistema jurídico.³⁶

Pode-se, afinal, sintetizar o modelo hermenêutico proposto pela Escola da Livre Pesquisa Científica do Direito, ou Escola Científica Francesa, com as palavras de seu próprio difusor:

A lei, não cobrindo todo o campo do Direito, é por vezes incuravelmente muda. Torna-se inútil (...) arrancar-lhe um sentido artificial. Nesses casos, só a livre pesquisa científica pode propiciar os elementos de solução, porque vai buscá-los, não na abstração dos conceitos, mas na noção do *justo objetivo* – vale dizer, na razão e na consciência – e nas realidades sociais. Assim, o sentido da lei deve ser pesquisado nela, mas também fora dela, se preciso for: *Par le Code civil, mais (aussi) au delà du Code civil.*³⁷

Críticas, inevitavelmente, essa teoria ultra-adiantada para a época haveria de sofrer como, de fato, ocorreu, das quais, todavia, poucas prosperaram, como o fato de, a bem da verdade, o sistema criado por Gény prestar-se muito mais à integração do Direito do que à sua interpretação, atividades distintas entre si conforme o paralelo

³⁴ *Ibidem*, p. 394 (destaque dado pelo autor).

³⁵ PIRAGIBE DA FONSECA, Roberto. *Introdução ao estudo do Direito*. 5. ed. rev. amp. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1975, p. 141.

³⁶ NADER, Paulo, *op. cit.*, p. 331.

³⁷ GÉNY, François. *Méthode d'interprétation et sources en Droit Privé Positif*. 2. ed. Paris: Librairie Générale de Droit & Jurisprudence, 1919, p. 230 (tradução nossa).

por nós já traçado³⁸. Ademais, houve quem afirmasse ser perigoso autorizar o juiz a transpassar as barreiras de sua competência de simples aplicador do Direito; nessa direção, Carlos Maximiliano afirma: “Se o [o juiz] fazem também *criador*, embora com restrições severas, ele pouco a pouco as irá solapando e suprimindo (...)”.³⁹

Não obstante, à Escola da Livre Investigação Científica atribui-se o marco inicial de uma função judicial muito mais dinâmica e criativa, propugnando por um Direito mais próximo à realidade porque vinculado às exigências da vida humana em sociedade, o que, inclusive, levou o mesmo Maximiliano a exclamar acerca do método: “Será talvez, entre os povos cultos, a doutrina do futuro...”.⁴⁰ Superada ficava, assim, a imagem do juiz mero intérprete da lei.

3.4.2 ESCOLA DO DIREITO LIVRE

Outro movimento reacionário à tese da plenitude hermética da Ordem jurídica, a Escola do Direito Livre, tendo como maior e mais radical expoente o alemão Hermann Ulrich Kantorowickz que, em 1906, publicou a polêmica obra intitulada *Der Kampf um die Rechtswissenschaft (A Luta pela Ciência do Direito)*⁴¹, concedia ampla liberdade ao intérprete na aplicação do Direito – daí a sua nomenclatura –, podendo ele agir, não só *praeter legem*, como, aliás, já havia idealizado François Géný, mas – e aí reside o exagerado avanço preconizado por essa doutrina – *contra legem*, isto é, em contrariedade aos ditames legais, se assim o juiz entendesse necessário.

(...) o intérprete poderia deixar de lado as leis sempre que estas lhe parecessem injustas. O juiz não deveria guiar-se tanto pelas normas positivas, devendo preocupar-se mais em fazer justiça do que com a legalidade da sua decisão.⁴²

Na prática, Kantorowickz defendia a desmedida deliberação dos juízes no ato de decidir, estando estes autorizados até mesmo a ir contra a lei na busca do que lhes soasse justo. Assim, o texto legal poderia facilmente ser abandonado se considerado incapaz de fornecer uma solução justa para o caso.

³⁸ Vide item 1.2.

³⁹ MAXIMILIANO, Carlos, *op. cit.*, p. 70.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 72.

⁴¹ REALE, Miguel, *op. cit.*, p. 288.

⁴² MAGALHÃES, Rui Ribeiro de. *Introdução ao estudo do Direito*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 140.

Pode-se afirmar, pois, que, pela corrente do Direito Livre, além de julgar os fatos, o juiz acabava por julgar também as próprias leis, sempre em face dos ideais de justiça; “ele possuía o poder de marginalizar leis e criar normas para casos específicos”⁴³, assevera o jurista Paulo Nader. Se a lei fosse justa, seria aplicada; no revés, seria posta de lado, ficando o intérprete livre para criar e aplicar a norma que julgasse estar em consonância com os critérios de justiça, motivo pelo qual também ficou conhecido tal movimento como Escola do Direito Justo.

Propugnando por um Direito estabelecido pela consciência coletiva, afastado de estruturas normativas preestabelecidas e contrário aos métodos tradicionais, exigindo do juiz, quando da interpretação e aplicação do Direito, constituir-se em um autêntico sociólogo, posto que sustentava ser a vida social mais rica do que a norma, Kantorowicz, mente genuinamente libertária, traz à tona com seu Direito Livre, uma espécie de direito natural rejuvenescido⁴⁴, por entender aquele como um direito paralelo ao estatal, e que consistia em sua verdadeira fonte.

Segundo nos informa Roberto Piragibe da Fonseca, ao mencionar Stammmler, encontramos antecedentes históricos do movimento em exame nas sentenças do bom juiz Magnaud, membro do tribunal de Chatêau-Thierry, França, que, antes mesmo do primeiro surto da doutrina do Direito Livre, já se mostrava imbuído de ideias humanitárias avançadas, mostrando em seus julgados enorme preocupação com a faceta solidária do Direito. Não raro exculpava pequenos furtos; amparava os fracos, as mulheres e os menores; atacava os privilégios e os abusos dos poderosos; e protegia os plebeus contra o poder imoral de uma minoria, mesmo que para tanto fosse necessário agir discorde dos textos legais⁴⁵. Daí, Carlos Maximiliano adotar a expressão *Jurisprudência Sentimental* para referir-se ao fenômeno Magnaud, inclusive criticando-o energicamente, pois segundo o doutrinador:

Quando o magistrado se deixa guiar pelo sentimento, a lide degenera em loteria, ninguém sabe como cumprir a lei a coberto de condenações forenses. (...) O papel da judicatura não é guiar-se pelo sentimentalismo; e, sim, manter o equilíbrio dos interesses, e dentre estes distinguir os legítimos dos ilegítimos.⁴⁶

⁴³ NADER, Paulo, *op. cit.*, p. 332.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 333.

⁴⁵ PIRAGIBE DA FONSECA, Roberto, *op. cit.*, p. 142.

⁴⁶ MAXIMILIANO, Carlos, *op. cit.*, p. 83-84.

Nessa mesma direção apontam também as críticas feitas ao pensamento kantorowicziano, das quais é fundamental a que se refere ao fato dos integrantes da Escola pregarem a justiça de forma irrestrita, dentro ou fora da lei, comportando, portanto, a possibilidade de substituição da norma legal, que é representação objetiva da vontade geral, pelo critério individual e subjetivo do juiz. Recair no pleno arbítrio do intérprete significa retroceder no plano de desenvolvimento da ciência jurídica, pois implica no desprezo do valor segurança, este essencial para o correto caminhar do Direito. A censura tem mais ainda razão de ser quando se sabe que o exacerbado subjetivismo e o arbítrio judicial poderiam facilmente conduzir a uma ditadura togada, como bem alerta João Baptista Herkenhoff⁴⁷. “A lei, apesar de suas limitações, é garantia de segurança para todos”⁴⁸, completa Franco Montoro.

Se este [o Direito] dependesse da subjetividade do juiz, a ordem jurídica deixaria de ser um todo definido e perderia a sua unicidade. A segurança jurídica não exige, porém, o imobilismo do Direito, nem a submissão à literalidade da lei. O que não comporta é a incerteza jurídica, a improvisação, caprichos do Judiciário.⁴⁹

Não deixa, entretanto, de merecer aplausos o movimento, que além de Kantorowicz, teve outros ardorosos, porém mais moderados adeptos, como Ernst Zitelmann e Eugen Ehrlich⁵⁰, pelo excelente trabalho desenvolvido em prol da justiça, pelo protesto contra a Jurisprudência dos Conceitos, por ter realçado a ponderação da realidade e dos valores sociais na aplicação do Direito e, acima de tudo, por ter encorajado a ação criativa do juiz e valorizado seu papel na realização do Direito.

Manifestação mais recente do Direito Livre reside na ideia de uso alternativo do Direito, também conhecido como Direito Alternativo, cujas bases e postulados estudar-se-á mais adiante.⁵¹

3.4.3 ESCOLA DA JURISPRUDÊNCIA DE INTERESSES

À semelhança da Escola francesa da Exegese, surgiu na Alemanha, a Jurisprudência dos Conceitos⁵². Para combater aquela primeira, François Gény e sua

⁴⁷ HERKENHOFF, João Baptista, *op. cit.*, p. 58.

⁴⁸ FRANCO MONTORO, André, *op. cit.*, p. 379.

⁴⁹ NADER, Paulo, *op. cit.*, p. 334.

⁵⁰ REALE, Miguel, *op. cit.*, p. 287-288.

⁵¹ *Vide* item 3.5.

⁵² *Vide* item 3.2.1.

Escola Científica do Direito não pouparam esforços⁵³. Como o mais importante movimento opositor à segunda, encabeçado por Philipp Heck, temos a Escola da Jurisprudência de Interesses, surgida no início do século XX.⁵⁴

Também refutando veementemente o dogma da plenitude lógica ou orgânica do Direito Positivo, Heck concebia o Direito com um processo de tutela de interesses. Para ele: “(...) a solução de uma demanda deve ser encarada como a diagonal de um paralelo de forças, cujos lados são os interesses em jogo e em disputa”.⁵⁵

Assim, ao contrário da orientação tradicional que atribuía importância superlativa aos conceitos jurídicos, Heck dá especial destaque aos interesses em jogo ou em conflito nos problemas juridicamente relevantes. Ressalte-se que o interesse de que nos fala a Jurisprudência dos Interesses não é o protegido pelo legislador, mas aquele de relevância para a vida, o que implica em dizer que para essa manifestação hermenêutica, a lei deve ser aplicada em conformidade com as finalidades vitais, e não apenas com as legais.

O objetivo na elaboração e interpretação do Direito é a solução justa, isto é, aquela que melhor se adapte às peculiaridades do caso real. No entender de Heck, a melhor interpretação não é, de modo algum, aquela que se subordina servilmente às palavras da lei, ou a que usa raciocínios artificiais para enquadrar friamente os fatos em conceitos prefixados por um legislador desapegado à realidade fática da sociedade; interpretação correta é aquela preocupada em encontrar uma solução que se traduza em legítima expressão de justiça.

Portanto, a grande contribuição dessa Escola reside em seu princípio básico de substituir a lógica, estática e austera, pela vida, eterna mutante. Com a palavra, o próprio Heck:

O escopo da jurisprudência e, em particular, da decisão judicial dos casos concretos, é a satisfação de necessidades da vida, de desejos e aspirações, tanto de ordem material como ideal, existentes na sociedade. São esses desejos e aspirações que chamamos interesses e a jurisprudência dos interesses caracteriza-se pela preocupação de nunca perder de vista esse escopo nas várias operações a que tem de proceder e na elaboração de conceitos.⁵⁶

⁵³ Vide item 3.4.1.

⁵⁴ PIRAGIBE DA FONSECA, Roberto, *op. cit.*, p. 143.

⁵⁵ MACHADO NETO, Antônio Luís, *op. cit.*, p. 220.

⁵⁶ HECK, Philipp. *Interpretação das leis e Jurisprudência dos Interesses*. Trad. José Osório. São Paulo: Saraiva, 1948, p. 13.

Assim, o magistrado deve ter em mente que seu papel não está adstrito ao simples ato de subsumir os fatos às normas. Compete-lhe ir muito mais além: deve ele desenvolver astutamente os critérios axiológicos nos quais a lei é inspirada, conjugando-os com os interesses em conflito. Somente através de juízos de valor dos fatos que tem diante de si e das diversas possibilidades de solução oferecidas pela Ordem jurídica, é que o juiz poderá satisfazer, na solução das controvérsias, os interesses relevantes para a sociedade.

Além do mais, é concebendo a ideia de que o Direito deve pautar-se no primado da vida, e por ser vastíssima a gama de problemas que os fatos sociais suscitam, que Philipp Heck reconhece o Ordenamento jurídico como um sistema lacunar. Isto implica em afirmar que é absolutamente impossível obter-se a decisão para todo e qualquer caso com base apenas nas normas existentes. Para esses casos de lacuna na lei, Heck sustenta que o próprio juiz formule autonomamente seus juízos através de uma ponderação valorativa dos interesses, sempre engajado em propiciar a realização das finalidades da vida.

3.4.4 ESCOLA EGOLÓGICA

O objeto do Direito não são as normas, mas a conduta em interferência intersubjetiva. Portanto, não é a lei o que se interpreta, mas a conduta humana mediante a lei.⁵⁷

Foi com este pensamento que o jurista argentino Carlos Cossio, outrora professor de Filosofia do Direito das Universidades de La Plata e de Buenos Aires e autor de obras de incalculável valor nessa área, como *La Valoración Jurídica y la Ciencia del Derecho* (1941), *La Teoría Egológica del Derecho y el concepto jurídico de libertad* (1944) e *La Teoría Egológica del Derecho: su problema e sus problemas* (1963), revolucionou a Hermenêutica, haja vista sempre ter vigorado no plano dos estudos hermenêuticos, a ideia de que a interpretação incidia sobre a norma.

Totalmente influenciado pela Fenomenologia, e mais especificamente por sua vertente existencialista, acreditava Cossio que o objeto a ser conhecido pelo jurista não eram as normas, porém a conduta humana focalizada a partir de certo ângulo particular.

⁵⁷ CONDEIXA DA COSTA, Carlos Adalmyr. *O Conceito de Liberdade na Teoria Egológica do Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 43.

Para se entender a Teoria Ecológica do Direito, mister se faz conhecer a classificação dos objetos segundo a filosofia contemporânea, na qual se apoiou Cossio, reconhecendo, então, quatro regiões ônticas, o que significa quatro maneiras de se distinguir os objetos em função de seus caracteres, ou de acordo com o ato gnosiológico correspondente. Assim, temos: os objetos ideais (irreais, alheios ao campo da experiência, neutros ao valor), os objetos naturais (reais, situados dentro do campo da experiência, neutros ao valor), os objetos culturais (têm existência espaciotemporal, estão na experiência e são valiosos positiva ou negativamente), e, finalmente, os objetos metafísicos (apesar de reais, não estão na esfera da experiência, o que, entretanto, não os impede de serem valiosos positiva ou negativamente).

Para nós, importa a classe dos objetos culturais, pois é nesta que se situa o Direito. Em tais objetos, segundo o pensamento cossiano, é possível distinguir um substrato e um sentido por ele sustentado. Levando-se em consideração a natureza do substrato, os objetos culturais poderiam ser mundanos ou mundanais, quando o suporte fático ou substrato fosse material ou físico; e, ecológicos, quando no substrato se vislumbrasse uma conduta humana. O Direito, por conseguinte, é um objeto cultural ecológico, pois seu substrato é sempre uma conduta.⁵⁸

E é entendendo o Direito como conduta, que Carlos Cossio considera que a interpretação a ser feita pelo aplicador do Direito deva incidir sobre aquela, e não sobre a lei ou norma, esta que é tão somente o estilo de pensamento do jurista, com o qual ele se dirige à realidade. “A ciência jurídica é normativa não porque tenha por objeto normas, mas sim porque o jurista pensa através de normas”.⁵⁹ Nesse diapasão, afirmam os argentinos Luis Alberto Warat e Eduardo Ángel Russo:

La escuela ecológica constituye un gran intento de captar lo jurídico, de adentrarse en el derecho fenomenológica y racionalmente y de indagar la constante y fluida interrelación y compenetración existente entre el comportamiento humano y el ordenamiento jurídico vigente. Demuestra que no solo las normas legales tienen significación jurídica, sino también la conducta humana; que al objeto del derecho lo constituyen significaciones jurídicas.⁶⁰

⁵⁸ HERKENHOFF, João Baptista, *op. cit.*, p. 70.

⁵⁹ *Idem.*

⁶⁰ A escola ecológica é uma grande tentativa de capturar o jurídico, de adentrar no Direito fenomenológica e racionalmente e de indagar a constante e fluida inter-relação e compenetrção existente entre o comportamento humano e o ordenamento jurídico vigente. Demonstra que não apenas as normas legais têm significado jurídico, mas também o comportamento humano, que ao objeto do Direito constituem significações jurídicas. (tradução

Quanto à interpretação da conduta, os adeptos da Escola Ecológica, podendo-se aqui citar Luís Eduardo Nieto Arteta, Fernando Garcia Olano, Antônio Luís Machado Neto, dentre vários outros⁶¹, informam não se tratar de uma interpretação livremente valorativa, o que fatalmente desaguaria no terreno da subjetividade do julgador, mas de uma interpretação conceitualmente valorativa. Valorativa, posto que o juiz deve julgar de acordo com a consciência; conceitual, uma vez que deve ele ter conhecimento das fontes do Direito, pois é através delas que a interpretação se torna convicta. Assim, segundo a Teoria Ecológica, o juiz deveria ser não só ciência, mas também um tanto consciência quando da interpretação e aplicação do Direito.

Ademais, Cossio também se dedicou arduamente à criação de um juízo hipotético que, mais amplo, conseguisse suprir as falhas da estrutura proposicional formulada anteriormente por Hans Kelsen, com base em sua Teoria Pura do Direito.

Por proposição jurídica, que, certamente não se confunde com o conceito de norma jurídica, entenda-se um juízo revelador desta última, não prescrevendo nada por si, apenas transcrevendo o sentido da norma jurídica, esta que se traduz em um imperativo geral, abstrato, bilateral, coativo.

Kelsen já havia descoberto que o Direito pertence ao mundo do dever-ser, provando que a norma não é um ser, ou seja, não se resume a um enunciado; é, em verdade, uma prescrição, justamente um dever-ser, conduzindo, portanto, a certo grau de liberdade jamais antes imaginado dentro da lógica do ser.

E foi em nome dessa liberdade que ele formulou seu Juízo Hipotético Condicional – Dada a não prestação, deve ser sanção –, demonstrando, assim, que a liberdade dentro do Direito é plena, pois, além do Princípio da Hermética Plenitude do Direito, o qual propugna que tudo que não está juridicamente proibido, está juridicamente permitido, há, ainda, a faculdade de descumprimento da norma, a que, contudo, deve-se seguir a devida sanção prevista pelo próprio Ordenamento jurídico.

Apesar de Kelsen ter compreendido toda essa problemática da liberdade no Direito, sua representação da estrutura lógica da proposição normativa não logrou êxito no sentido de abrangê-la, o que somente foi conseguido por Cossio.

nossa). WARAT, Luis Alberto; RUSSO, Eduardo Ángel. *Interpretación de la ley*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1987, vol. 1, p. 63.

⁶¹ HERKENHOFF, João Baptista, *op. cit.*, p. 74.

O jurista argentino, acreditando que o esquema kelseniano supervalorizava o ilícito e que a estrutura da proposição não deveria estar centrada na transgressão, visto que a normalidade é o cumprimento da norma, sendo a sua desobediência apenas uma exceção, empenhou-se em criar um novo modelo de proposição jurídica que contivesse tanto o ilícito quanto o lícito, ou seja, que se baseasse concomitante e paritariamente no cumprimento e na transgressão da norma. Assim, tem-se a Lógica Jurídica cossiana: Dado fato deve ser prestação ou dada a não prestação deve ser sanção.

Conhecido como Juízo Hipotético Disjuntivo, a proposição jurídica de Carlos Cossio compõe-se de dois juízos hipotéticos interligados pela conjunção disjuntiva *ou*. O primeiro enunciado, aquele que aduz ao cumprimento da norma, Cossio denominou endonorma; o juízo do descumprimento chamou de perinorma. Enlaçando endonorma (dever-ser da prestação) e perinorma (dever-ser da sanção pela não prestação), Cossio acaba por tornar o juízo hipotético supostamente completo.

Por fim, não se pode deixar de mencionar que:

A visão hermenêutica de Carlos Cossio – é aí estará talvez seu principal mérito – pôs a nu o mergulho do juiz no Direito, realidade humana de que participa e para cuja criação contribui com suas vivências. O Direito é a própria obra do juiz, no seu ofício de ciência e consciência. E o juiz, no julgar, interpreta não a norma, porém a conduta humana, porque as normas jurídicas são apenas conceitos com os quais a conduta é conhecida como conduta.⁶²

A apaixonante teoria cossiana, portanto, sustenta que a criação judicial da sentença é a prova cabal de que o juiz não é um ente estranho ao Direito, estando dentro, e não fora do Ordenamento. O juiz não deve ver o Direito como algo concluído, porém como algo que se está fazendo constantemente, ou melhor, como algo que ele próprio contribui incessantemente para que se faça.

3.4.5 ESCOLA VITALISTA DO DIREITO

Luís Recaséns Siches, pensador espanhol que viveu a maior parte de sua vida no México⁶³, tendo sido discípulo de José Ortega y Gasset e inspirado nos

⁶² *Idem.*

⁶³ *Idem.*

princípios do raciovitalismo por este propugnado⁶⁴, é o criador dessa recente Escola Hermenêutica, sendo o autor da moderna Teoria Vitalista do Direito.

Ao assinar a obra *Nueva Filosofía del Derecho*, Siches condenou de forma bastante tenaz a utilização da lógica puramente formal como método ou elemento de interpretação jurídica. Para ele, a razão físico-matemática é totalmente inoperante na apreensão da realidade da vida humana, afirmando ser a lógica tradicional da Escola da Exegese insuficiente no plano da interpretação jurídica, posto que, indubitavelmente, conduz a resultados práticos, não se pode negar, entretanto – e aqui se tem a nocividade de tal lógica ser aposta ao Direito –, injustos.

O que Recaséns Siches pretende demonstrar é que tal lógica [lógica tradicional] tem um campo de aplicação bastante limitado na esfera jurídica, e que querer transcender esse campo leva inevitavelmente à possibilidade de que sejam proferidas sentenças que, ainda que estejam de acordo com os requisitos da lógica tradicional, são notoriamente injustas.⁶⁵

Visualizando o Direito como fato histórico, consistente em uma forma de vida humana objetivada, defende esse importante jusfilósofo que a norma jurídica seja sempre revivida de modo atual, devendo, sim, experimentar modificações para adequar-se às novas realidades em que e para as quais é revivida. Logo, deve a lei ser interpretada e aplicada sempre de forma circunstancial, ou seja, considerando-se a variação da circunstância histórica desde a criação da norma até o momento em que ela é aplicada. “A norma jurídica surge em um determinado tempo e espaço e deve ser aplicada em outro tempo e espaço. Esses elementos temporais e espaciais são importantíssimos para a conformação da norma com a sua realidade.”⁶⁶

Partindo desses pressupostos, Siches propõe um novo método, por ele denominado de *Logos de lo Humano y de lo Razonable*⁶⁷, o qual enfatiza ser o único apto a interpretar fatos culturais, isto é, fatos carregados de sentido.

Conviene insistir sobre el punto de que debemos desechar de una vez y para siempre el referirnos a una pluralidad de diversos métodos de interpretación.

⁶⁴ FARIAS, Márcia Ferreira Cunha. A norma no pragmatismo jurídico e a lógica do razoável: um paralelo da filosofia jurídica de Oliver Wendell Holmes e de Luis Recaséns Siches. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, ano 40, n. 158, abr.-jun.2003, p. 77.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 91.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 81.

⁶⁷ MACHADO NETO, Antônio Luís, *op. cit.*, p. 221.

Ya expuse que el método de interpretación es uno solo; este solo método es el del logos de lo razonable, o, si se prefiere llamarlo así, el de la equidad.⁶⁸

A lógica do razoável quebra a lógica formal (tradicional), porque reconhece que a norma jurídica é um produto da vida humana, e, especificamente, é vida humana objetivada. (...). (...) tornam-se imprescindíveis métodos adequados que se afeiçoem à natureza do objeto – a vida humana – e que também decorram da razão.

Frente à vida humana há de ser adotada uma atitude finalística, valorativa. (...) uma lógica especial, a lógica do *razonable*. Essa lógica tem por pressuposto experiências humanas, realidades e juízos de valor. Alicerçando-se nesses elementos, aprecia-se e revive-se uma norma jurídica, em cada caso; de maneira que a solução por ela apresentada para um caso determinado não terá a generalidade que a lógica tradicional apregoa, porém estará impregnada de particularidade valorativa, de especificidade.⁶⁹

Segundo nos informa Márcia Ferreira Cunha Farias, em minucioso estudo sobre o tema, para Siches, a lógica material do Direito por ele proposta estaria norteada por sete aspectos que a definiriam, quais sejam⁷⁰:

- 1) Aspecto histórico, segundo o qual sua lógica estaria limitada pela realidade atual do mundo em que opera;

Ilustra esse aspecto com bastante clareza o ensinamento de Miguel Reale, ao tratar de sua teoria tridimensional do Direito – cuja base fundante guarda intrínseca relação com as ideias de Siches, que também enxergava o Direito tridimensionalmente, isto é, como fato, valor e norma –, quando afirma a necessidade de se aplicar a norma situando-a no tempo e no espaço e, com isso, adequando-a às necessidades sociais:

Mas acontece que a norma jurídica está imersa no mundo da vida, ou seja, na nossa vivência cotidiana, no nosso ordinário modo de ver e de apreciar as coisas. Ora, o mundo da vida muda. Então acontece uma coisa que é muito importante e surpreendente: uma norma jurídica, sem sofrer qualquer mudança gráfica, uma norma do Código Civil ou do Código Comercial, sem ter alteração alguma de uma vírgula, passa a significar outra coisa.⁷¹

- 2) Aspecto valorativo, o que implica em dizer que a lógica do razoável tem inegável carga axiológica, ou, nas palavras de Siches:

⁶⁸ Convém insistir no ponto de que devemos descartar de uma vez por todas a pluralidade de métodos de interpretação. Já expliquei que o método de interpretação é um só; esse único método é a lógica do razoável, ou, se preferir chamá-lo assim, lógica da equidade. (tradução nossa). SICHES, Luis Recaséns. *Introducción al estudio del Derecho*. México: Porrúa, 1979, p. 246.

⁶⁹ GALDINO, Dirceu *apud* FARIAS, Márcia Ferreira Cunha, *op. cit.*, p. 78.

⁷⁰ FARIAS, Márcia Ferreira Cunha, *op. cit.*, p. 80.

⁷¹ REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 125.

(...) la lógica de la acción humana o lógica de lo razonable (...) está impregnada de valoraciones, esto es, de criterios estimativos o axiológicos. Adviértase que esa dimensión valoradora es por completo ajena a la lógica formal, o a cualquier teoría de la inferencia. Ese estar impregnada de valoraciones es uno de los rasgos que decisivamente diferencia la lógica de lo razonable frente a la lógica de lo racional.⁷²

- 3) Aspecto concreto, no sentido de que os valores adotados estão sempre vinculados a um caso concreto, isto é, a uma determinada situação humana;
- 4) Aspecto teleológico, traduzido no fato de referida lógica buscar objetivos e finalidades no agir humano;
- 5) Aspecto cultural, já que os objetivos e finalidades estariam condicionados à realidade humana;
- 6) Aspecto proporcional, uma vez que a lógica do razoável deve guiar-se por razões de congruência e adequação, e, por fim;
- 7) Aspecto fático, o que implica em dizer que a lógica proposta por Siches vincula-se aos ensinamentos extraídos da experiência humana e histórica.

“Na aplicação do Direito, não há uniformidade lógica do raciocínio matemático, porém flexibilidade há para o entendimento razoável do preceito”.⁷³ Assim, depreende-se do Logos do Humano e do Razoável, conhecido também como Lógica da Vida, ou Lógica do Razoável, ou, ainda, Lógica da Razão Vital e Histórica⁷⁴, que o juiz, ao interpretar o Direito e aplicá-lo ao caso concreto, não se deve preocupar em alcançar uma decisão matematicamente escoreta, porém razoável, no sentido de justa.

Esse resultado razoável, contudo, em aspecto algum é contrário à Ordem jurídica; pelo contrário, é sempre fiel a ela, de vez que o pretendido pelo Logos do Humano é compreender o que o Ordenamento jurídico quer a respeito de uma determinada situação, buscando sempre dentro de seu âmbito, a solução mais justa possível para o caso *sub judice*. Isso quer dizer que Siches “(...) não defende o abandono do dogma da submissão do juiz ao Direito positivo, considerado por ele como garantia básica de justiça e do pleno funcionamento do ordenamento jurídico”⁷⁵;

⁷² (...) a lógica da ação humana ou lógica do razoável (...) é impregnada de valorações, isto é, de critérios estimativos ou axiológicos. Note que essa dimensão valorativa é completamente alheia à lógica formal, ou a qualquer teoria de inferência. O fato de estar impregnada de valorações é uma das características que diferencia decisivamente a lógica do razoável da lógica racional. (tradução nossa). SICHES, Luis Recaséns, *op. cit.*, p. 258.

⁷³ HERKENHOFF, João Baptista, *op. cit.*, p. 76.

⁷⁴ PIRAGIBE DA FONSECA, Roberto, *op. cit.*, p. 144.

⁷⁵ FARIAS, Márcia Ferreira Cunha, *op. cit.*, p. 83.

defende, isto sim, que “a decisão judicial deve inserir-se nos mandamentos da lei, mas com a temperança do razoável e do atual (...).”⁷⁶

Ou seja, o jusfilósofo em estudo, como ele próprio adverte, não propõe a substituição de critérios legais objetivos pela opinião pessoal ou subjetiva do juiz; o que pretende é apenas uma interpretação razoável – e não arbitrária, o que, inclusive, condena veementemente – da lei para o caso singular, com base nas valorações que inspiraram a Ordem jurídica positiva, nas convicções sociais vigentes no momento, além da ideia e das exigências de justiça adotadas pela sociedade da época. Diz ele:

Cuando experimento que los métodos de la lógica formal tradicional son incapaces de darme la solución correcta de un problema jurídico, o que me llevan a un resultado inadmisibile, frente a esos métodos no opongo un acto de arbitrariedad, un capricho, sino que opongo un razonamiento de un tipo diferente, que es precisamente el que nos pone en contacto con la solución correcta. Ese razonamiento que nos hace encontrar lo que buscamos, la solución correcta, la solución justa, es la razón aplicable al caso; es la razón que nos permite dominar el problema. En cambio, la otra lógica, la físico-matemática, se muestra incapaz de dar la sanción correcta al caso planteado.⁷⁷

El mandato arbitrario es el que simplemente responde a un mero porque sí, porque me da la gana, porque así se me antoja; en suma, el que corresponde a un capricho que no dimana de un criterio general. En cambio, el mandato jurídico es el fundado en normas, criterios o principios objetivos, de una manera regular y que tiene validez para todos los casos análogos que se presenten.⁷⁸

Além disso, a doutrina de Siches traz consigo outro grande esclarecimento aos problemas hermenêuticos ao afirmar a autonomia da função jurisdicional, principiando escapar tal função de qualquer forma de criação legislativa. Conforme Recaséns Siches, quando o legislador se pronuncia acerca de matéria que pertença ao campo da Hermenêutica, essa norma não teria força de mando, revestindo-se de caráter meramente aconselhador.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 92.

⁷⁷ Quando afirmo que os métodos da lógica formal tradicional são incapazes de fornecer a solução correta a um problema jurídico, ou que levam a um resultado inadmissível, frente a esses métodos não oponho um ato de arbitrariedade, um capricho, mas um raciocínio diferente, que é precisamente o que nos coloca em contato com a solução correta. Esse raciocínio que nos leva a encontrar o que buscamos, a solução correta, a solução justa, é a razão aplicada ao caso; é a razão que nos permite dominar o problema. Por outro lado, a outra lógica, a físico-matemática, se mostra incapaz de dar a resposta correta ao caso analisado. (tradução nossa). SICHES, Luis Recaséns. *Nueva filosofía de la interpretación del Derecho*. 2. ed. México: Porrúa, 1973, p. 133.

⁷⁸ O mandato arbitrário é aquele que simplesmente responde a um mero porque sim, porque eu quero, porque assim me parece; em suma, corresponde a um capricho que não deriva de um critério geral. Em vez disso, o mandato jurídico é aquele fundado em normas, critérios ou princípios objetivos, de uma maneira regular e que tem validade para todos os casos análogos que se apresentem. (tradução nossa). SICHES, Luis Recaséns, *op. cit. (Introducción al estudio del Derecho)*, p. 108.

No tocante às críticas que recebeu, todas centradas no fato de que sua teoria poderia derrubar a endeusada segurança jurídica, as rebate o filósofo espanhol, ponderando que tal característica não seria inerente ao Direito: ora, se não há na vida humana, segurança absoluta, seria um total impropério exigí-la do Direito. Segundo ele, “(...) Lo que el Derecho puede ofrecernos es sólo un relativo grado de certeza y seguridad, un mínimo indispensable de certeza y seguridad para la vida social.”⁷⁹

Ademais, sem descartar a necessidade de um certo grau de segurança e ordem, defende que tais valores devem abrir espaço ao valor justiça, garantido pela razoabilidade referente a cada caso concreto.

El Derecho es seguridad; pero, ¿seguridad en qué? Seguridad en aquello que se considera justo y que a la sociedad de una época le importa fundamentalmente garantizar, por estimarlo ineludible para sus fines (...). Lo que el Derecho debe proporcionar es precisamente seguridad en lo justo.⁸⁰

Em derradeiro, interessante se mostra traçar um paralelo entre a Lógica do Razoável defendida por Siches e o Pragmatismo Jurídico, que estudaremos em momento mais avançado desta pesquisa⁸¹, em função dos vários pontos de contato existente entre tais ideologias. O mais expressivo deles, sem sombra de dúvidas, reside na rejeição da lógica formal na fundamentação da decisão judicial e, conseqüentemente, na criação de uma lógica própria para o trato da ciência jurídica: em Siches, a lógica do razoável; no Pragmatismo Jurídico, a lógica abduativa.

A compreensão do Direito como experiência também se faz presente em ambos.

O pensamento de Recaséns Siches situa-se nos quadros de uma ampla compreensão do Direito como experiência que se desenvolve segundo exigências da “razão vital” e da razão histórica, não segundo relações lógico-matemáticas do logos da razão abstrata, mas sim em consonância com o logos concreto do razoável, que encontra nos motivos existenciais a sua fonte constitutiva.⁸²

⁷⁹ O que o Direito pode nos oferecer é apenas um relativo grau de certeza e segurança, um mínimo indispensável de certeza e segurança para a vida social. (tradução nossa). SICHES, Luis Recaséns, *op. cit.* (*Nueva filosofía de la interpretación del Derecho*), p. 15.

⁸⁰ O Direito é segurança; mas, seguranças em quê? Seguranças naquilo que se considera justo e que à sociedade de uma época importa fundamentalmente garantir, por considerar indispensável para seus fins (...). O que o Direito deve proporcionar é precisamente segurança no justo. (tradução nossa). *Idem.*

⁸¹ *Vide* Capítulo 5.

⁸² REALE, Miguel, *op. cit.* (*Teoria tridimensional do Direito*), p. 42.

A colocação de Miguel Reale supracitada, referindo-se ao Logos do Humano e do Razoável pensada pelo filósofo espanhol em análise, aplicar-se-ia com perfeição ao modelo jurídico pragmático, que também reconhece a experiência como intrínseca ao Direito.

Ademais, a ideia de que o juiz, ao julgar, influencia-se por conceitos próprios, embora não possa decidir de forma arbitrária, também é compartilhada por Siches e pelos defensores do Pragmatismo Jurídico. Ao afirmar que “(...) en todas las operaciones para establecer el fin y para encontrar los medios, los hombres se guían (...) por las luces de sus mentes personales”⁸³, Siches reconhece o fator psicológico que os pragmatistas ressaltam ser indissociável do ato de interpretar e aplicar o Direito. Nesse sentido, Ritinha Alzira Stevenson, em artigo científico intitulado *Lógica do Razoável: uma apreciação crítica de sua racionalidade*, vaticina: “Ademais, os valores básicos – dentre os quais releva a justiça – não pertencem ao campo do racional. Ainda que sejam objetivamente válidos, são conhecidos mediante uma intuição intelectual.”⁸⁴ E segue a autora, reportando-se aos ensinamentos de Siches: “Recorda o autor que, etimologicamente, ‘sentença’ deriva de ‘sentir’.”⁸⁵

Finalmente, tem-se que, tanto em Siches quanto no Pragmatismo Jurídico, a solução do caso concreto deve sempre partir da situação-problema, de modo que os juízes devem submeter a norma ao caso concreto, e não o contrário.

3.4.6 ESCOLA SOCIOLOGICA AMERICANA

A Jurisprudência Sociológica (*Sociological Jurisprudence*) foi um movimento intelectual surgido em fins do século XIX, nos Estados Unidos, cujos principais representantes encontram-se nas pessoas dos juízes da Suprema Corte Norte-Americana Benjamin Nathan Cardozo, Oliver Wendell Holmes Jr. e Louis Brandeis,

⁸³ (...) em todas as operações para estabelecer o fim e para encontrar os meios, os homens guiam-se (...) pelas luzes de suas mentes. (tradução nossa). SICHES, Luis Recaséns, *op. cit. (Introducción al estudio del Derecho)*, p. 257.

⁸⁴ STEVENSON, Ritinha Alzira Mendes da Costa. *Lógica do Razoável: uma apreciação crítica de sua racionalidade*. *Revista Sapere Aude*. Ano 1, vol. 6, jan.2013. Disponível em: <http://revistasapereade.org/SharedFiles/Download.aspx?pageid=119&mid=163&fileid=118>. Acesso em: 03 de jan. 2016, p. 11.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 9.

além de Roscoe Pound, decano da Universidade de Harvard e corifeu do movimento.⁸⁶

A Escola em estudo estabeleceu suas bases através do exame de problemas práticos que passaram a surgir no desempenho da atividade judicial de seus criadores, em virtude das grandes mudanças sociais e econômicas que vinham operando à época, demandando novas normas ou novas interpretações das velhas disposições normativas, o que não se teria como conseguir por via do puro raciocínio dedutivo, mas tão somente através de “uma prévia e consciente compreensão das realidades sociais que ante seus olhos se apresentavam.”⁸⁷

Assim, assumindo o Direito como um dos mais importantes instrumentos de civilização e, por tal razão, essencialmente mutável, condicionado às variações da vida social, os juristas sociológicos americanos pretenderam combater o formalismo reinante de forma absoluta até então, apregoando a substituição, no campo jurídico, das concepções puramente racionalistas por procedimentos empíricos e utilitaristas.⁸⁸ “Os conceitos fixos e imutáveis, os padrões eternos de justiça não são apropriados para compreender a realidade do Direito, submetida ao evoluir dos fatos sociais e à relatividade do humano”.⁸⁹

Para tanto, era imprescindível que os juristas procedessem com a interpretação da norma atrelada a uma análise compreensiva da realidade dos tempos atuais e a uma correta ponderação valorativa das realidades sociais produzidas em sua época, ou, nas palavras de Maria Helena Diniz: “(...) o trabalho do jurista teórico, do legislador e do juiz não devia limitar-se a um processo lógico, mas conter um conhecimento sociológico da realidade presente.”⁹⁰ Eis aí a grande contribuição desta Escola para a Hermenêutica Jurídica.

Influenciados decisivamente pelo filósofo pragmático William James, os seguidores da Jurisprudência Sociológica detinham uma visão bastante original e dinâmica do Direito e da Lei, afastando-se do dogmatismo da exegese lógico-dedutiva e do fanático historicismo de Friedrich Carl von Savigny, que governavam

⁸⁶ FRADERA, Vera Maria Jacob de. A jurisprudência sociológica nos Estados Unidos da América do Norte. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre: MP-RS, vol. 1, n. 28, 1992, p. 123-124.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 124.

⁸⁸ HERKENHOFF, João Baptista, *op. cit.*, p. 59.

⁸⁹ *Idem*.

⁹⁰ DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à ciência do Direito*. 8. ed. atual, São Paulo: Saraiva, 1995, p. 64.

tiranicamente o pensamento do século XIX, ao inserir o Direito no mundo das ações concretas, voltado à efetiva realidade social, retirando-o, desta forma, do campo puramente normativo e conceitual a que tradicionalmente se resumia.

Nessa linha de raciocínio, Benjamin Cardozo, sobre cujo trabalho falaremos um pouco mais adiante, defendia a primazia da perspectiva realista sobre a jurídica, enxergando a necessidade de os juristas se alhearem dos tradicionais exercícios conceituais e de se meterem dentro das exigências e realidades da vida. Assim, o elemento político-social poderia e deveria interferir na interpretação da lei, com vistas à satisfação do interesse público e dos superiores interesses da coletividade.

Para ilustrar a questão, Roscoe Pound costumava comparar o trabalho do jurista ao do engenheiro:

(...)visto que sua obra é considerada em atenção à sua adequação aos fins para os quais foi realizada e não à sua correspondência a um projeto. Deve-se medir as normas e as doutrinas e instituições jurídicas pela extensão em que realizam os fins pelos quais existe o direito. Tais fins são desejos e aspirações sociais. Assim sendo, o labor do jurista, do juiz e do legislador deve ser julgado da mesma forma, pensando-se, principalmente, no que é preciso assegurar ou satisfazer, pois a jurisprudência gira em torno de interesses, pretensões e demandas e não de direitos subjetivos e instituições.⁹¹

Assim é que, a Escola Sociológica Americana acabou adotando a teoria da lógica experimental apregoada pelo filósofo e pedagogo norte-americano John Dewey. Segundo referida lógica, ao invés de ater-se aos antecedentes, os juízes deveriam focar seu trabalho na análise das consequências. Maria Helena Diniz, novamente citada, ao se reportar a Dewey e à sua lógica experimental, afirma que:

(...) segundo este autor, a lógica dedutiva deve ser abandonada como instrumento principal e decisivo para chegar à sentença judicial e deve ser substituída por uma lógica que, em lugar de levar em conta os antecedentes, tenha seu centro de gravidade na consideração das consequências. Seria uma lógica de previsão de probabilidades, cujo escopo constituiria averiguar os efeitos prováveis. A lógica do jurista deve prever as consequências que decorrerão da aplicabilidade das normas. Logo, as consequências prováveis é que deverão constituir o cerne da lógica jurídica, ou seja, da interpretação do direito. Eis porque a lógica do jurista é denominada, por Dewey, lógica experimental. A verdadeira interpretação é, em suma, aquela que produziria consequências provavelmente justas em casos concretos.⁹²

⁹¹ *Ibidem*, p. 65-66.

⁹² *Ibidem*, p. 67.

Portanto, para os integrantes da escola em tela, os princípios jurídicos gerais devem ser considerados como hipóteses de trabalho e, nessa condição, precisam ser constantemente verificados sob o critério do exame dos efeitos que produzem ao serem aplicados às situações concretas, ou, em outras palavras, ante a um caso a decidir, o juiz deve formular juízos de valor e escolher a solução dentre as diversas possibilidades que a ordem jurídica oferece.

Concentrando suas meditações e seus escritos no tema da busca da norma justa, adequada às situações sociais de então, Pound formulou um programa para sistematizar sua jurisprudência sociológica, fundado, em síntese, nos seguintes pontos:⁹³

- 1) Pesquisa sobre os efeitos sociais das instituições e doutrinas jurídicas;
- 2) Estudo sociológico das realidades sociais previamente à tarefa legislativa;
- 3) Investigação de meios adequados a tornar os preceitos jurídicos eficazes na realidade;
- 4) Pesquisa da história jurídica sociológica para averiguar o contexto social na qual se produziu determinada norma jurídica, com a finalidade de se constatar se referida norma é digna ou não de sobreviver;
- 5) Estudo do método jurídico, ou seja, dos fatores psicológicos e de outra índole e dos ideais que atuam sobre a função judicial;
- 6) Reconhecimento da imperiosa necessidade de encontrar uma solução justa e razoável para os casos concretos;
- 7) Criação de um Ministério de Justiça com a incumbência de redigir projetos de lei destinados a corrigir os anacronismos existentes no Direito;
- 8) Esforços para tornar de fato mais eficaz a realização dos fins do Direito.

Unindo talento profundo, inquietação filosófica, conhecimento técnico, sentido do humano e visão do futuro, Benjamin Nathan Cardozo também teve papel bastante relevante na edificação da Jurisprudência Sociológica Americana, o que pode ser muito bem verificado em sua principal obra, *The Nature of Judicial Process*, na qual faz uma análise pormenorizada da essência do processo judicial, descrevendo o tipo de atividade que desempenha o magistrado e as fontes de que faz uso para solucionar os litígios.

⁹³ HERKENHOFF, João Baptista, *op. cit.*, p. 61.

Com base em suas próprias experiências judiciais, Cardozo defendia a adoção de quatro métodos no processo mental de elaboração de uma sentença, sendo eles: a) o método da progressão ou da dedução lógica; b) o método de buscar inspiração na linha do desenvolvimento histórico de uma instituição jurídica; c) o método de ater-se aos costumes e convicções sociais vigentes, e; d) o método de inspirar-se em considerações de justiça e de bem-estar social. Este último, contudo, muito mais do que apenas mais um dos métodos empregáveis, seria o critério para decidir qual método utilizar perante determinado caso concreto, já que o fim maior do Direito é a justiça e o bem-estar social.⁹⁴

Ademais, segundo Cardozo, não se podia continuar mantendo uma rígida separação entre a criação do Direito e a sua aplicação, haja vista que, o magistrado, ao proferir suas sentenças, realiza também uma atividade estimativa, valorativa e, portanto, indubitavelmente, criativa. Nas palavras do próprio jurista:

(...) há, pois, um elemento criador, ao lado do elemento descobridor, na atividade judicial. O juiz tem, com frequência, de pesar interesses em conflito e escolher entre duas ou mais alternativas de decisão logicamente admissíveis. Ao efetuar essa escolha, ele sofre necessariamente, a influência de instintos hereditários, de crenças tradicionais, de convicções adquiridas e de concepções de necessidade social. Cabe-lhe pesar todos esses ingredientes, a sua filosofia, a sua lógica, as suas analogias, a sua história, os seus costumes, o seu senso de direito, e tudo o mais, e, acrescentando um pouquinho aqui, tirando um pouquinho ali, determinar, o mais sensatamente possível, o peso que fará pender um dos pratos da balança.⁹⁵

Atribui-se, assim, também a Cardozo o reconhecimento primeiro dos processos subconscientes na atividade decisória do juiz. Segundo o jurista, na conduta judicial, há processos mentais conscientes e processo mentais subconscientes, sendo que os subconscientes, muitas vezes, exercem papel decisivo na tomada da decisão.⁹⁶

Não se pode deixar de mencionar Oliver Wendell Holmes Jr. e seu célebre aforisma “a vida do direito não foi a lógica; foi a experiência”⁹⁷, afirmando mais uma vez o grande legado da Escola Sociológica Americana de que deve o juiz, em seu

⁹⁴ FRADERA, Vera Maria Jacob de, *op. cit.*, p. 129-130.

⁹⁵ *Apud* REGO, George Browne. O pragmatismo como alternativa à legalidade positivista: o método jurídico-pragmático de Benjamin Nathan Cardozo. *Revista DUC In Altum*. Caderno de Direito, vol. 1, n. 1, jul-dez.2009, p. 21.

⁹⁶ HERKENHOFF, João Baptista, *op. cit.*, p. 61.

⁹⁷ HOLMES, Oliver Wendell. *O Direito Comum: as origens do Direito Anglo-americano*. Trad. J. L. Melo. Rio de Janeiro: O Cruzeiro, 1967, p. 29.

ofício, fazer uso da sua experiência, de seus conhecimentos dos fatores sociais, de sua reflexão, enfim, deve buscar em sua visão da vida mesma, subsídios para melhor interpretar a lei e aplicá-la ao caso concreto.

A Escola em estudo exerceu fortíssima influência no Direito dos países anglo-saxões, constituindo verdadeiro marco no Direito Positivo dos Estados de língua inglesa, além de repercutir também na Europa Continental e sobre juristas ibero-americanos.⁹⁸

Pode-se, por fim, afirmar que a Escola da Jurisprudência Sociológica renovou o pensamento jusfilosófico erigido até então, impondo uma concepção mais pragmática do Direito e da função de julgar, e, conseqüentemente, demonstrando que o conhecimento puramente teórico do Direito não basta para que seja realizada a Justiça, sendo as realidades da vida social elementos indissociáveis da interpretação e aplicação da lei.

3.4.7 ESCOLA REALISTA AMERICANA

Continuando o impulso dado pela teoria sociológica do Direito e levando seus postulados ao extremo, despontou, já no século XX, mais precisamente nas décadas de 1920 e 1930, um movimento denominado de Realismo Norte-Americano, tendo como principais nomes Jerome New Frank, Karl Nickerson Llewellyn, John Chipmann Gray, Underhill Moore, dentre outros.⁹⁹

Altamente reativo às teorias formalistas vigorantes no fim do século XIX, que, no entender dos realistas norte-americanos, fizeram com que o Direito se afastasse da realidade, o movimento em estudo busca averiguar o Direito efetivamente real, que seria tão somente aquele criado pelos juízes ao proferir suas sentenças. Os realistas negavam, então, toda e qualquer discussão jurídica em termos puramente abstratos, defendendo o estudo do Direito por meio da análise empírica dos eventos reais.¹⁰⁰

Adotando postura deveras cética em relação às normas jurídicas, os juristas realistas eram bastante incrédulos quanto ao Direito Positivo e à sua capacidade de constranger a atividade decisória judicial, chegando os mais extremados, a exemplo

⁹⁸ FRADERA, Vera Maria Jacob de, *op. cit.*, p. 125.

⁹⁹ HERKENHOFF, João Baptista, *op. cit.*, p. 65.

¹⁰⁰ OSMO, Carla. *O realismo jurídico norte-americano: uma reflexão sobre a vinculação do juiz constitucional ao direito positivo*. 2008. 175 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, p. 15.

de Jerome Frank, a afirmar que o direito preexistente não vincularia o pronunciamento judicial, sendo os magistrados absolutamente livres para proferir suas decisões.

De acordo com esta vertente, leis e precedentes são partes constituintes do direito, mas não vinculam completamente o resultado das decisões judiciais nem funcionam como instrumentos seguros para que se possa antever esse resultado. Ceticismo, aqui, não é a dúvida quanto à obrigatoriedade das normas jurídicas, mas sim questionamento quanto à relevância que essas normas apresentam no processo decisório judicial, ou dúvida quanto ao fato de exercerem, nessa seara, o papel que tradicionalmente lhes é atribuído.¹⁰¹

A personalidade do juiz seria, portanto, fator decisivo na resolução dos conflitos, de modo que, para o Realismo Norte-Americano, o comportamento dos juízes seria o único objeto jurídico que poderia ser cientificamente estudado, por ser o cerne do verdadeiro Direito. Assim, os realistas americanos procedem com uma desmistificadora análise psicológica da função judiciária, com a finalidade de comprovar que fatores irracionais, razões emocionais, é que orientariam os julgamentos. Ao tratar do movimento, Maria Helena Diniz ensina que:

(...) o fator central é a personalidade do magistrado, que sofre influência de vários fatores, como educação geral e jurídica, vínculos familiares ou pessoais, posição econômica e social, experiência política e jurídica, filiação religiosa, temperamento etc. A convicção do magistrado resulta, convém repetir, de uma intuição ou sentimento do justo, dependentes do sistema de referência do juiz, dos seus ideais pessoais, de sua escola axiológica. A personalidade do magistrado é o fato principal na determinação da sentença, daí a insegurança do direito. O direito efetivo depende desses fatores e não de conclusões tiradas das normas jurídicas gerais.¹⁰²

Em outro momento, a mesma autora afirma:

O juiz ao considerar as provas é influenciado, inconscientemente, por uma série de fatores causados pela natureza dos fatos ou pelo feito das pessoas com ele relacionadas, conforme suas tendências pessoais, emoções, simpatias, antipatias, preferências e seu relacionamento com as partes. (...) Somente depois de já haver formado a sua convicção, de haver elaborado sua sentença, ainda que mentalmente, é que o juiz vai buscar os princípios, os considerandos que possam justificar sua opinião, dando a qualificação jurídica do fato.¹⁰³

Portanto, segundo o movimento realista, diante das provas, o juiz forma a sua opinião do que é justo no caso *sub judice*, por meio da intuição ou do sentimento do

¹⁰¹ *Ibidem*, p. 45.

¹⁰² DINIZ, Maria Helena, *op. cit.*, p. 73-74.

¹⁰³ *Ibidem*, p. 72-73.

justo, de maneira que, “a sentença judicial não seguiria o processo lógico (das premissas à conclusão), mas o processo psicológico (da conclusão à procura de premissas convenientes).”¹⁰⁴

Por praticamente converterem a ciência do Direito em uma psicanálise dos juristas¹⁰⁵, os realistas acabam negando a tão almejada segurança jurídica, que, segundo Jerome Frank, seria mera ilusão, fruto de um complexo de infância, segundo o qual as pessoas buscavam, no Direito, de forma inconsciente, a infalibilidade e certeza que, quando criança, atribuíam ao pai.¹⁰⁶ Segundo os ideais do movimento em análise, o Direito somente seria plenamente uniforme e dotado de irrefragável certeza se todos os juízes fossem iguais, com hábitos idênticos e mente estereotipada, o que, de modo algum, seria desejável. Para os realistas, a dimensão de incerteza do Direito seria mesmo necessária, já que constituiria a condição do incremento da justiça e do progresso do Direito.

Em que pese os exageros do movimento, o Realismo Norte-Americano deu grande contribuição para o universo jurídico ao derrubar padrões intocáveis até então, tais como o de uniformidade e generalidade do Direito e o da impessoalidade e neutralidade do juiz. Fornecendo uma visão mais autêntica da vida jurídica, provou que a plasticidade é uma característica vital do Direito e que a sentença é menos a norma e mais o juiz, com toda a sua humanidade.

3.5 MOVIMENTO DO DIREITO ALTERNATIVO

Uma das mais notáveis propostas do pensamento crítico do Direito recente reside no Direito Alternativo. Ressalte-se, destarte, não se tratar de uma escola, sendo mais apropriadamente classificado como um movimento: Movimento do Direito Alternativo, expressão que mais se aproxima do caráter dinâmico, contestador, crítico, questionador que permeia seus ideais. Também não se resume ao campo da Hermenêutica, embora carregue consideráveis e prestigiosas propostas acerca desse setor do pensamento jurídico.

Tendo surgido na Europa, mais precisamente na Itália, nos idos anos 70, sob a inspiração do Direito Livre¹⁰⁷, do Direito Vivo e do Jusnaturalismo, o Direito

¹⁰⁴ HERKENHOFF, João Baptista, *op. cit.*, p. 65.

¹⁰⁵ DINIZ, Maria Helena, *op. cit.*, p. 74.

¹⁰⁶ HERKENHOFF, João Baptista, *op. cit.*, p. 68.

¹⁰⁷ *Vide* item 3.4.2.

Alternativo despontou em nosso país apenas na década de 80, no período da Ditadura Militar Brasileira, quando o Estado de Exceção criado pelo comando do Exército gerou inúmeras injustiças e, conseqüentemente, descontentamentos, principalmente dentro da classe dos juízes de Direito. Foi, então, que no ano de 1986, formou-se no estado do Rio Grande do Sul um grupo de magistrados voltado à corrente alternativista do Direito, adotando posição político-jurídica expressamente em favor dos pobres e oprimidos.¹⁰⁸ No entanto, é na década de 90 que o movimento ganha grande credibilidade e conquista adeptos em toda parte, e não apenas juízes, mas também advogados, promotores de justiça, procuradores, professores e estudantes, causando verdadeiro furor na comunidade jurídica.

Mas o que entender por Direito Alternativo?

Há quem postule tratar-se de um antidireito, da negação da Ordem jurídica, de um direito colateral ao Direito estatal, insurgente, inoficial. Representação perfeita desse entendimento do Direito Alternativo como um padrão de conduta *contra legem* é o parecer de Cláudio Souto acerca do assunto:

O direito alternativo é a norma desviante em face à legalidade estatal, do mesmo modo que esta última lhe é desviante. Não coincide (ou não coincide de todo) o direito alternativo com a legalidade do Estado, pois, de outro modo não lhe seria alternativa. Ou seja, o direito alternativo só é tal pelo desvio, pela não identificação, pela dessemelhança em relação ao conteúdo da legislação estatal.¹⁰⁹

Contudo, concordar com essa falsa imagem do Direito Alternativo é desistir da importante conquista do Estado de Direito verdadeiramente formado após longos anos de luta árdua perquirindo esse objetivo.

A nosso ver, o alternativismo apregoado pelo movimento reside, não em uma opção ao Direito dominante, oficial, mas em uma releitura deste mesmo Direito, em dar novas feições ao Direito estatal, muitas vezes, senão sempre, originado de meros interesses políticos, destinando-se a atender os interesses de uma pequena camada da sociedade que detém dinheiro e poder. Trata-se, portanto, da utilização do próprio ordenamento jurídico vigente “na direção de uma prática judicial emancipadora, voltada aos setores sociais ou às classes menos favorecidas”.¹¹⁰

¹⁰⁸ GARCIA, Juvêncio Gomes, *op. cit.*, p. 103.

¹⁰⁹ SOUTO, Cláudio. Direito Alternativo ou formas alternativas de Direito. *Revista da OAB Seccional de Pernambuco*. Recife: OAB-PE, ano 32, n. 24, 1997, p. 127.

¹¹⁰ WOLKMER, Antonio Carlos. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. São Paulo: Acadêmica, 1991, p. 66.

“O Direito Alternativo, portanto, é a preocupação com o Direito. Infelizmente, entre nós, impõe-se utilizar o pleonasma Direito justo! Como se o Direito pudesse afastar-se da Justiça!”.¹¹¹

“Do desencontro entre a lei e o direito, entre códigos e justiça, nasce o Direito Alternativo, que nada mais é do que a aplicação da lei em função do justo, sob a ótica do interesse social e das exigências do bem comum”.¹¹²

Talvez por isso a nomenclatura mais correta, apesar de, ainda assim, desproporcional ao conteúdo, seja Uso Alternativo do Direito, pelo fato de pretenderem os legítimos sequazes da ideologia, um uso diferenciado do Direito estatal, uma nova interpretação das normas jurídicas de forma mais compatível com a realidade, consistindo, assim, em uma saída para o alcance de uma sociedade menos desigual, mais justa. “O juiz é agente de transformação social. Lei iníqua, impeditiva de realização plena do Estado de Direito Democrático, precisa ser repensada”.¹¹³

O Direito Alternativo é, então, um movimento de negação ao positivismo estéril, à mecanização da aplicação jurídica. Pontua Plauto Faraco de Azevedo:

O “uso alternativo do direito” traduz, a seu modo, a necessidade partilhada por juristas de variadas aspirações e tendências, de mudar o modo de conceber o direito e sua metodologia de solução de questões práticas, visando à superação da perspectiva formal à que se tem circunscrito o positivismo jurídico.¹¹⁴

Engloba uma técnica hermenêutica reflexiva, axiológica, teleológica, contextualizada, humanista, na qual o juiz realmente exerça o papel político que lhe cabe, atrelando sempre o Direito ao primordial valor de justiça, e aplicando aquele em nome dos interesses da comunidade, da realidade social, do dinamismo da vida. Luiz Vicente Cernicchiaro, outrora Ministro do Superior Tribunal de Justiça, afirma enfaticamente:

O juiz é o grande crítico da lei; seu compromisso é com o Direito! Não pode ater-se ao positivismo ortodoxo. O Direito não é simples forma! O magistrado

¹¹¹ CERNICCHIARO, Luiz Vicente. *Direito Alternativo*. Disponível em: <http://campus.fortunecity.com/clemson/493/jus/m07-011.htm>. Acesso em 27 jun. 2014, p. 03.

¹¹² BOMFIM, Benedito Calheiros. *O uso do Direito Alternativo*. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/24983-24985-1-PB.html>. Acesso em 18 ago. 2014, p. 01.

¹¹³ CERNICCHIARO, Luiz Vicente, *op. cit.*, p. 03.

¹¹⁴ AZEVEDO, Plauto Faraco. *Aplicação do Direito e contexto social*. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 163.

tem compromisso com a justiça, no sentido de analisar a lei e constatar se, em lugar de tratar igualmente os homens, mantém a desigualdade de classes. O juiz precisa tomar consciência de que sua sentença deve repousar em visão ontológica.¹¹⁵

Apesar das críticas, traduz-se em um grande avanço no sentido de mudar a ignóbil situação socioeconômica que há muito assola nosso país. É a esperança do fim da miséria populacional, da extinção de um modelo econômico opressor, do alcance da verdadeira democracia, da concretização das liberdades individuais, da libertação das classes oprimidas, da obtenção da impostergável justiça. É como disse Benedito Calheiros Bomfim:

O Direito Alternativo nada tem de radical, de revolucionário. Na realidade, sua destinação é o rejuvenescimento, a revitalização do direito positivo, já envelhecido, engessado, por ter se atrasado em relação aos fatos, se distanciado da realidade.¹¹⁶

Pode parecer demasiado utópico, porém acreditamos ser uma prática possível, conforme se verá no capítulo seguinte. Urge que o Direito seja repensado, relido, recriado, adquirindo, assim, nova substância, calor, vida.

¹¹⁵ CERNICCHIARO, Luiz Vicente, *op. cit.*, p. 02.

¹¹⁶ BOMFIM, Benedito Calheiros, *op. cit.*, p. 01.

Capítulo 4 PERSPECTIVAS AXIOLÓGICA E SOCIOLÓGICO-POLÍTICA NA APLICAÇÃO DO DIREITO

4.1 A APLICAÇÃO DO DIREITO SOB AS PERSPECTIVAS EM QUESTÃO

“As mudanças econômicas e sociais constituem o fundo e a razão de ser de toda a evolução jurídica; e o Direito é feito para traduzir em disposições positivas e imperativas toda a evolução social”.¹

Assim, Saleilles se exprimiu em 1908, enfatizando a necessidade da evolução do Direito ante aos fatos novos que vão surgindo com o desenvolvimento da sociedade humana e às descobertas científicas que determinam novas relações jurídicas. Surgem ideias novas, necessidades até então não sentidas, e tudo isso requer um Direito dinâmico, capaz de evoluir e estender sua tutela a essas novas situações.

O mundo encontra-se em constante mutação, o que reclama renovação, seja ela nos códigos, ou na maneira de entender funções e deveres sociais dos ramos do Direito ou de toda a jurisprudência.

Face a tal quadro de evolução social, pergunta Saleilles: “Como, pois, recusar interpretar o próprio direito no sentido das concepções sociais, que tendem a generalizar-se e a impor-se?”²

Fica patente, dessa forma, a necessidade de uma constante adaptação do Direito escrito às emergentes necessidades sociais e jurídicas. Cabe ao legislador reformar a lei escrita. Todavia, sabe-se que o processo legislativo é lento, podendo ocorrer uma lacuna em certo período de tempo, pois a vida continua e o Direito sobre ela haverá de incidir.

O que fazer, então, nesse tempo em que a lei carece de atualização? Deve o juiz intervir, dar tonalidades novas às normas legais, muitas vezes mumificadas no seio de velhos códigos?

Conforme já informado em momento anterior de nossa pesquisa, com a extinção da fórmula do *non liquet* pelas legislações modernas, não pode o magistrado, no meio de situação conflituosa, omitir-se, solicitando às partes que aguardem futura

¹ SALEILLES, Raymond. Prefácio. In: GÉNY, François. *Méthode d'interprétation et sources en Droit Privé Positif*. 2. ed., Paris: Librairie Générale de Droit & Jurisprudence, 1919, p. XXIII-XXIV (tradução nossa).

² *Idem*.

manifestação legislativa, quando o legislador, então, atentar para os novos interesses que estariam a reclamar guarida legal.

A função do juiz, neste particular, é interpretar a lei de acordo com as necessidades de seu tempo, as quais por vezes esbarram em tópicos em franco desuso, em leis caducas. Deve o magistrado adaptar, da melhor maneira possível, o previsto na lei à situação concreta descortinada diante de si.

A Ciência do Direito sente hoje imperiosa necessidade de largueza e flexibilidade diante da marcha acelerada e da expansão da cultura, e, como a lei é sempre morosa em suas transformações, vem pedir à interpretação, ou melhor, à jurisprudência e à doutrina, um instrumento de adaptação constante do direito à vida real.³

Para tanto, deve o jurista adaptar a lei ao tempo de sua aplicação ao caso, tornando, com isso, a Justiça menos estática, fugindo do dogmatismo, rompendo com a abordagem positivista. Não pode ele mecanicamente aplicar o texto legal, mas deve decidir de acordo com os valores imanentes a si mesmo, com os valores da pessoa julgada e com os que permeiam a sociedade como um todo. Exercerá, nesses moldes, função renovadora e progressista, à frente da lei.

Deve, portanto, o magistrado estar aberto ao mundo. Não pode jamais ser homem⁴ de uma ciência só. Não pode jamais ser jurista apenas. A interpretação e a aplicação do Direito envolvem aspectos que o saber jurídico sozinho não é capaz de enfrentar.

A dinâmica que propomos requer sejam os juízes um pouco sociólogos, políticos, economistas, ambientalistas, teólogos, líderes populares, artistas...⁵ Mas, acima de tudo, requer sejam eles homens, imbuídos da vontade constante de serem corretos, íntegros, justos e, principalmente, humanos, com sua sensibilidade voltada a um "(...) realismo crítico muito mais preocupado com a sociedade, com o homem comum que sofre, ri, chora, emociona-se e cuja primeira opção existencial é ser feliz".⁶

Assumindo, com honestidade, uma pauta axiológica, bem como uma visão sócio-política de compromisso com o povo, não com os privilégios, os magistrados

³ BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria Geral do Direito Civil*. 7. ed., São Paulo: Francisco Alves, 1955, p. 43.

⁴ Entenda-se a palavra homem como ser humano ou pessoa, incluindo-se, pois, os dois gêneros, masculino e feminino, mormente nos dias atuais, em que há forte presença das mulheres nas mais diversas áreas de atuação jurídica.

⁵ Nessa tarefa, o juiz será auxiliado pelos peritos e pelas equipes especializadas, para o necessário conhecimento que embasará suas decisões.

⁶ COELHO, Luiz Fernando. *Lógica Jurídica e Interpretação das Leis*. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. XXI.

servirão às forças do progresso e da renovação, e o Direito perderá sua faceta de instrumento de dominação para ser, efetivamente, fator de mudança.

Se realmente estiver preparado para ser criativo, não precisará o juiz esperar passivamente a modificação das leis para exercer plenamente suas funções, até porque é amplamente sabido que em nosso país não podemos, desafortunadamente, identificar a reforma e a multiplicação das leis ao progresso do Direito.

O Direito pode e deve, pois, ser reinterpretado, recriado.

(...) o Sistema Legal vigente pode ser menos desumano, menos distante do povo, através da arte e da consciência do juiz.

Ou se terá um Direito mais justo, pela atuação do juiz, ou não se terá nada. Em outras palavras: se o juiz falhar na sua missão de humanizar a lei, de descê-la ao homem julgado, de fazer a leitura da lei a partir dos autênticos valores da cultura popular, de explorar as contradições do sistema legal em favor das maiorias deserdadas pela lei, nada restará de útil, socialmente útil, na lei.⁷

Fazer do homem julgado e das aspirações sociais o centro inspirador da Hermenêutica: este é o objetivo principal das perspectivas axiológica e sociológico-política que defendemos seja adotada pelo juiz em seu ofício de aplicar o Direito.

4.2 A APLICAÇÃO DO DIREITO NUMA PERSPECTIVA AXIOLÓGICA

Analisaremos, a partir de agora, detidamente, cada uma das perspectivas propostas, iniciando pela perspectiva axiológica de aplicação do Direito, da qual nos ocuparemos nos itens seguintes.

4.2.1 O INEVITÁVEL CONTEÚDO AXIOLÓGICO DO DIREITO

A palavra axiologia vem do grego *axios*, cujo significado é estimativa, apreciação. A Axiologia, portanto, é a parte da Filosofia que estuda o problema dos valores, pelo que também pode ser chamada de Teoria dos Valores.⁸

O valor, por sua vez, é um ente objetivo, com uma essência própria, que não se exprime nem pelo ser nem pelo existir, mas pelo valer, justamente.

⁷ HERKENHOFF, João Baptista. *Como aplicar o Direito*. 7. ed. rev. amp. atual., Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 135.

⁸ MAGALHÃES, Rui Ribeiro de. *Introdução ao estudo do Direito*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 175.

Conclui-se, pois, facilmente, que a Axiologia Jurídica é a ciência que se ocupa da análise dos valores jurídicos.

O Direito é necessariamente sensível aos valores; é sempre uma tentativa de realização de valores (utilidade, liberdade, ordem, segurança, saúde e etc.) visando à consecução de fins necessários ao homem e à sociedade em geral. Nesse sentido, afirma o eminente jurista Miguel Reale:

Partindo-se da observação básica de que toda regra de Direito visa a um *valor*, reconhece-se que a *pluralidade dos valores* é consubstancial à experiência jurídica. Utilidade, tranqüilidade, saúde, conforto, intimidade e infinitos outros valores fundam as normas jurídicas. Estas normas, por sua vez, pressupõem outros valores como o da *liberdade* (sem o qual não haveria possibilidade de se escolher entre valores, nem a de se atualizar uma valoração *in concreto*) ou os da *igualdade*, da *ordem* e da *segurança*, sem os quais a liberdade redundaria em arbítrio.⁹

Esses valores próprios do Direito são chamados valores jurídicos: fenômenos sociais que merecem consideração da ciência jurídica em razão de sua interferência nas relações intersubjetivas, de onde inferimos que não se pode conceber a ideia de valor jurídico dissociada da ideia de coexistência. Todo valor jurídico é valor de comportamento conjunto, bilateral, justamente por isso, refletindo nas relações estabelecidas entre os membros da sociedade.

Os valores, cuja finalidade é implantar uma ordem justa na vida social, são mesmo considerados fontes materiais do Direito, assim como também o é a realidade social, gerando, dessa maneira, o conteúdo ou matéria do próprio Direito.¹⁰

Sobre a justiça, magistralmente afirmava o jurista italiano Giorgio Del Vecchio: “A Justiça é a pedra angular de todo o edifício jurídico”.¹¹ A justiça realmente é o valor primeiro do Direito, encontrando-se na base de todas as instituições jurídicas indistintamente.

(...) a Justiça não se identifica com qualquer desses valores [todos os demais valores jurídicos], nem mesmo com aqueles que mais dignificam o homem. Ela é antes a condição primeira de todos eles (...). Ela vale para que todos os valores valham.¹²

⁹ REALE, Miguel, *Lições preliminares de Direito*. 27. ed. ajustada ao novo Código Civil, São Paulo: Saraiva, 2002, p. 375.

¹⁰ DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do Direito*. 17. ed., São Paulo: Saraiva, 2005, p. 258-259.

¹¹ *Apud* SIQUEIRA JR., Paulo Hamilton. *Lições de Introdução ao Direito*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998, p. 68.

¹² REALE, Miguel, *op. cit.*, p. 375.

(...) a justiça confere ao direito um significado no sentido de razão de existir. Diz-se, assim, que o direito deve ser justo ou não tem *sentido* a obrigação de respeitá-lo. Ou seja: a perda ou a ausência de sentido de justiça é, por assim dizer, o máximo denominador comum de todas as formas de perturbação existencial, pois o homem ou a sociedade, cujo senso de justiça foi destruído, não resiste mais às circunstâncias e perde, de resto, o sentido do dever-ser do comportamento.¹³

Indiretamente, Tercio Sampaio Ferraz Jr., supracitado, acaba por esmiuçar a Teoria da Justiça, objeto de estudo da Axiologia Jurídica, afirmando a importância capital do valor justiça para o Direito.

A teoria em comento prega que a justiça seria o elemento que nos permitiria estimar o Direito como legítimo ou ilegítimo. A justiça seria o único e verdadeiro fundamento do Direito. Logo, tanto mais legítimo e eficaz seria o Direito quanto mais ele conseguisse se aproximar do sentimento de justiça cultivado no espírito dos homens. E mais: a justiça exigiria que todos os esforços legais fossem dirigidos no sentido de atingir a mais perfeita harmonia na vida social.

“A justiça, que compendia todos os valores jurídicos, é a *ratio juris*, ou seja, a razão de ser ou o fundamento da norma, ante a impossibilidade de se conceber uma norma jurídica desvinculada dos fins que legitimam sua vigência e eficácia”.¹⁴

Para tanto, faz-se mister que o legislador, no momento criativo do Direito, tenha sensibilidade suficiente para captar o senso geral do justo, a chamada justiça coletiva.

(...). Ao legislador especialmente importa conhecer o sentimento coletivo de justiça, para que possa elaborar leis justas, adequadas aos interesses e conveniências sociais. Frequentemente, fala-se em leis injustas, exatamente porque elaboradas ao arrepio dos interesses sociais, sem prévia consulta à opinião pública a respeito da matéria legislada.¹⁵

Com efeito, essa tarefa reservada *a priori* ao Poder legiferante não é nada simples, pois a justiça, elemento basilar de todo o Direito, não se explica, não se define; justiça sente-se. A dificuldade de definição da justiça encontra-se muito bem traduzida nas palavras de Alaôr Caffé Alves, para quem o conceito de justiça pode apenas ser captado como “algo abstrato e universal que somente é possível entender-

¹³ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 2. ed., São Paulo: Atlas, 1994, p. 351.

¹⁴ DINIZ, Maria Helena, *op. cit.*, p. 401.

¹⁵ CAVALIERI FILHO, Sergio *apud* MAGALHÃES, Rui Ribeiro de, *op. cit.*, p. 177.

se como algo comum encarnado em todo e qualquer ato de justiça, por mais diferente que seja”.¹⁶

Muito embora não haja um conceito concreto e absoluto do que seja justiça, são válidas algumas proposições, que podemos encarar como ponto de partida para reflexões.

No lapidar enunciado de Ulpiano, jurisconsulto romano de destaque: *Justitia est constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuere* [Justiça é a vontade constante e perpétua de dar a cada um o que é seu].¹⁷ Ou seja, aqui, a justiça é a condição maior da convivência humana, exigindo uma atitude de respeito para com os outros, dando-lhes aquilo que tenham direito de ter ou de fazer. À justiça compete assegurar efetivamente o devido a cada um. É, pois, um valor ético-social de proporcionalidade, vigente em situações bilaterais normativamente reguladas.

Já Aristóteles enxerga a justiça como virtude, como uma qualidade do autor e de sua obra, do agente e de sua ação.¹⁸

Justiça também é a intenção de compor harmonicamente os demais valores.

Pode ainda ser vista como a proteção aos menos aquinhoados, assegurando-lhes acesso aos objetos que, aglutinados, formam o bem comum, com vistas ao mínimo de dignidade do ser humano.

Chaïm Perelman aproxima à ideia de justiça a de igualdade, afirmando: “*La notion de justice suggère à tous inévitablement l’idée d’une certaine égalité*”.¹⁹ É a justiça que promove a igualdade nas relações humanas; tratar de forma igual os essencialmente iguais e os desiguais desigualmente na proporção de suas desigualdades também é expressão de justiça.

“A justiça é a aplicação correta de uma norma como coisa oposta à arbitrariedade”.²⁰ Esse é o entendimento de Alf Ross.

John Rawls, por seu turno, acredita haver justiça:

¹⁶ ALVES, Alaôr Caffé. *Lógica: pensamento formal e argumentação: elementos para o discurso jurídico*. Bauru: Edipro, 2000, p. 28.

¹⁷ ASCENSÃO, José de Oliveira. *O Direito: introdução e teoria geral: uma perspectiva luso-brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 1994, p. 156 (tradução nossa).

¹⁸ FERRAZ JR. Tercio Sampaio, *op. cit.*, p. 352.

¹⁹ A noção de justiça sugere inevitavelmente a todos a ideia de uma certa igualdade. (tradução nossa). PERELMAN, Chaïm. *Étique et Droit*. Bruxelles: Edition del’Université de Bruxelles, 1990, p. 25-26.

²⁰ ROSS, Alf. *Sobre el Derecho y la Justicia*. Trad. Genaro R. Carrió, 2. ed., Buenos Aires: Eudeba, 1970, p. 274.

(...) se, ao atribuírem os direitos e os deveres não se estabelece nenhuma diferença arbitrária entre os homens e se as regras produzem um equilíbrio significativo entre as pretensões concorrentes para o bem da vida social.²¹

Segundo Miguel Reale, a justiça implica:

(...) constante coordenação racional das relações intersubjetivas, para que cada homem possa realizar livremente seus valores potenciais visando a atingir a plenitude de seu ser pessoal, em sintonia com os da coletividade.²²

Sábias palavras as de Edgar Bodenheimer acerca do tema:

Falando de justiça em termos amplos e gerais, poderíamos dizer que ela se relaciona com a aptidão da ordem estabelecida por um grupo ou de um sistema social para a consecução dos seus objetivos primaciais. O fim da justiça é coordenar as atividades e os esforços diversificados dos membros da comunidade e distribuir direitos, poderes e deveres entre eles, de modo a satisfazer as razoáveis necessidades e aspirações dos indivíduos e, ao mesmo tempo, promover o máximo de esforço produtivo e coesão social.²³

Justiça é igualdade, é proporcionalidade, é equivalência. Justiça é tudo isso e muito mais. É o fim último do Direito, pois, nas palavras de François Génys: “No fundo, o direito não encontra seu conteúdo próprio e específico senão no conceito primário e fundamental de ‘justo’ (...)”.²⁴

Apesar de sua supremacia, a justiça não é o único valor jurídico. Evidenciam-se outros valores; dentre os de maior relevância estão a segurança, a ordem, a legalidade e a paz.²⁵

A segurança jurídica pode ser compreendida como a certeza de que o Estado dispõe de um aparato jurídico capaz de garantir o cumprimento das normas legais e a proteção dos direitos pessoais e patrimoniais de cada um dos indivíduos da sociedade. Sem segurança, a ordem não existe ou é imperfeita, o que inquina a possibilidade de realização total dos fins da sociedade e das pessoas que a compõem.

A coexistência dentro das possibilidades jurídicas de cada um, as relações intersubjetivas em conformidade com os ditames do ordenamento jurídico, o processo

²¹ RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. Trad. Vamirech Chacon. Brasília: UnB, 1981, p. 29.

²² REALE, Miguel, *op. cit.*, p. 377.

²³ BODENHEIMER, Edgar. *Ciência do Direito: Filosofia e Metodologia jurídicas*. Trad. Enéas Marzano. Rio de Janeiro: Forense, 1962, p. 202.

²⁴ *Apud* FRANCO MONTORO, André. *Introdução à ciência do Direito*. 25. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 365.

²⁵ MAGALHÃES, Rui Ribeiro de, *op. cit.*, p. 175.

de prevenção da ocorrência de conflitos no meio social, isso é ordem. É, portanto, a coexistência em heteronomia curvada às exigências da lei.

Quanto à legalidade, esta pode ser traduzida na necessidade de existência de normas objetivas elaboradas por um órgão competente (Poder Legislativo), as quais devem ser expressão legítima e direta dos verdadeiros anseios sociais, de modo a tornar possível a regência da vida da sociedade pelo que aquelas anunciam. A lei é, pois, a face objetiva da segurança jurídica.

Finalmente, tem-se a paz como a reunião de todos os demais valores jurídicos. “Uma sociedade justa, segura, ordeira e legalista, é o que se pode pensar de uma sociedade em paz, em que a convivência de seus membros se dá em clima de solidariedade e cooperação”.²⁶

A paz é, fundamentalmente, o domínio do Direito nas relações entre os homens, pois, de acordo com a colocação de Helmut Coing “(...). O direito e a paz aparecem juntos. O direito traz a paz e a paz é o pressuposto de desenvolvimento do direito. (...)”.²⁷

É como diz Pontes de Miranda: “O direito quer paz dentro e fora dele”.²⁸ A paz, no entanto, apenas será alcançada onde a justiça tiver sido realizada.

4.2.2 EM PROL DA PERSPECTIVA AXIOLÓGICA DO DIREITO

Falar em aplicação axiológica do Direito é admitir a crítica valorativa da norma pelo magistrado. Ou seja, é advogar que o juiz, na solução de um caso concreto submetido a seu julgamento, tenha sempre por parâmetro a justiça, que, lamentavelmente, nem sempre se encontra presente nas normas legais.

Sabemos que a lei não é o Direito; antes o Direito preexiste à lei. Esta é apenas uma das facetas daquele. Afirmaríamos, ainda, que o Direito seria função da justiça e que a justiça seria a causa do Direito.

Realisticamente, pode-se admitir a existência de leis injustas, por desconhecerem ou ignorarem as necessidades sociais ou por traduzirem interesses de setores, classes ou grupos sociais em detrimento do bem comum.

²⁶ *Ibidem*, p. 182.

²⁷ COING, Helmut. *Elementos fundamentais da Filosofia do Direito*. Trad. Elisete Antoniuk. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 134.

²⁸ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. 3. ed., Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, t. X, p. 14.

Quando o magistrado se depara com uma dessas leis, aparece o terrível dilema: aplicar a lei ou fazer justiça?

A questão enseja justamente o que buscamos: um Direito judicial valorativo, definição criada pelo jurista alemão Helmut Coing.²⁹

Há uma norma de Direito positivo especificamente para o caso dado, mas essa norma é em si mesma injusta. Torna-se necessário, então, escolher entre o Direito positivo e a justiça. Nessa escolha tipicamente filosófica, a ética nos leva a ficar com a justiça, por entendermos que a subordinação do juiz é em relação ao Direito, e não à lei.

Comunga desse mesmo entendimento Eliézer Rosa, juiz que entrou para a história da judicatura brasileira como “o bom juiz”, ao afirmar que: “Não é o legal que importa, mas o jurídico. (...) realizar o Direito, apesar da lei”.³⁰

O jurista e filósofo legal alemão Heinrich Triepel, combatente crítico do positivismo jurídico, na mesma linha de raciocínio, assevera: “A lei não é sagrada; só o Direito é sagrado”.³¹

“(…), indubitavelmente, os operadores do direito devem pautar-se pelos princípios da justiça. A Justiça é um princípio informador tanto para o legislador como para o aplicador do Direito”³², assevera Paulo Hamilton Siqueira Jr..

Portanto, quando a lei e a justiça entram em conflito, deve o juiz optar por esta última, por ser ela, conforme já pontuamos anteriormente em nosso trabalho³³, condicionante de todos os valores jurídicos, posto que fundada no valor da pessoa humana, valor-fonte de todos os valores. É a justiça a fonte doadora de sentido às realidades humana e jurídica. Só a justiça permite a conservação e o aperfeiçoamento do convívio social.

O juiz, ao buscar solução para casos submetidos à sua apreciação, não pode ficar acorrentado a dispositivo legal iníquo. Contribui para realçar a pertinência de nosso posicionamento, a perfeita distinção que Piragibe da Fonseca estabelece entre a decisão extralegal e a decisão antijurídica:

Quase todos os juristas admitem, com espírito de sistema, que solução *extralegal* e solução *extrajurídica* sejam uma só e mesma coisa. Entretanto,

²⁹ COING, Helmut, *op. cit.*, p. 252.

³⁰ ROSA, Eliézer. *Dicionário de Processo Civil*. São Paulo: José Bushatsky, 1973, p. 261-262.

³¹ *Apud* HERKENHOFF, João Baptista, *op. cit.*, p. 90.

³² SIQUEIRA JR., Paulo Hamilton, *op. cit.*, p. 70.

³³ *Vide* item 4.2.1.

uma solução extralegal pode ser antijurídica e pode não ser. Será, quando a lei vigente coincide com o *bem comum*, mas não será quando tal coincidência não se verifica.³⁴

O que significa dizer que o juiz não precisa e nem pode ficar à mercê do legislador, quando este, por ventura, se mostrar insensível e injusto. Deve recusar-se a aplicar um dispositivo legal que cause repugnância em sua consciência, bem como deve zelar para que os efeitos negativos de uma lei alheia ao mínimo sentimento geral de justiça não sejam produzidos. Em suma: o magistrado, em seu trabalho, deve adotar como regra de Direito aquela que se mostre de acordo com a justiça, princípio informador de todo o universo jurídico.

Essa postura demandará, necessariamente, dos membros de nossos tribunais a apreciação da lei sob o prisma axiológico. Assim, o juiz terá, antes de qualquer coisa, a atribuição de proceder à valoração da própria lei, não temendo temperar o seu rigor ou mesmo negar-lhe aplicação nos casos em que a injustiça da norma restar clara.

“A função valoradora exerce-a o legislador, mas não exclusivamente. Ao contrário, a função axiológica penetra, permeia e impregna todos os graus de produção do direito”.³⁵

“A aplicação do direito envolve principalmente consideração de caráter axiológico com vistas a ser encontrada a solução mais justa para cada caso particular”.³⁶

La función judicial consiste en una serie de valoraciones y (...) es, por lo tanto, un juicio basado en la axiología, en la filosofía de los valores. El juez, al dictar una sentencia, debe efectuar una serie de valoraciones: valorizar las normas, valorizar las conductas, valorizar los intereses etc.³⁷

No cotejo crítico das normas de Direito Positivo à luz do bem comum e da ideia de justo inculcada no espírito do povo, sofre o juiz influência dos valores em si arraigados e das concepções morais dominantes.

³⁴ PIRAGIBE DA FONSECA, Roberto. *Introdução ao estudo do Direito*. 5. ed. rev. amp. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1975, p. 144-145.

³⁵ GARCIA, Juvêncio Gomes. *Função criadora do juiz*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996, p. 159.

³⁶ PIRAGIBE DA FONSECA, Roberto, *op. cit.*, p. 110.

³⁷ A função judicial consistente em uma série de valorações e (...) é, por isso, um juízo baseado na axiologia, na filosofia dos valores. O juiz, ao prolatar uma sentença, deve efetuar uma série de valorações: valorar as normas, valorar as condutas, valorar os interesses etc. (tradução nossa). CLARO, Carlos Ducci. *Interpretación Jurídica*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1977, p. 60.

Ao julgar, o magistrado é submetido, enquanto ser humano que é, à atuação de inúmeros fatores de ordem emocional, psíquica, circunstancial. Não é neutro ao interpretar o Direito. E nem teria como sê-lo. Conforme afirmação do jurista e filósofo Karl Engisch, que se empenhou na abertura de um caminho entre o formalismo normativista e o irracionalismo decisionista, o juiz não pode deixar de lado:

(...) a coloração pessoal da valoração e da decisão de vontade materiais. Aquele a quem isto choque, podemos aconselhá-lo a meditar ainda no seguinte, como remate: a aplicação do Direito (a jurisprudência) é um pedaço da vida do Direito. Aquilo que é vivo nunca se deixa racionalizar completamente.³⁸

Ressalte-se, todavia, que neutralidade e imparcialidade são coisas bastante distintas, sendo a última, elemento imprescindível em todo o labor do juiz, pois, para que um julgamento seja dito justo, antes de mais nada, é necessário que o exame das pretensões das partes seja o mais isento e desinteressado possível.

Quanto à neutralidade, essa não pode ser exigida do magistrado, pois o dado da experiência jurídica é sempre um conteúdo estimativo, que somente poderá ser compreendido mediante direta atuação axiológica. Logo, a sentença tem inevitavelmente, em qualquer hipótese, cunho valorativo. A decisão judicial é um juízo de valor a partir de inúmeros critérios estimativos.

Portanto, postulamos que nossos juízes, no ato da aplicação do Direito, se deixem atingir por seus valores pessoais (se o juiz for eminentemente democrático, estiver preparado intelectualmente e disposto a distribuir justiça, seus valores pessoais fatalmente estarão curvados à noção de justo) e pelos valores sociais e políticos; que substituam os conceitos meramente formais por conceitos materiais e valorativos; que recusem a aceitação acrítica da legislação; que assumam o caráter ideológico do Direito, e; que resistam vigorosamente às leis injustas.

Somente assim, estará o juiz sendo fiel à sua profissão, ao seu posto de guardião e realizador do Direito, uma vez que:

O objetivo do Direito é fazer justiça, mas não a justiça que reflita a vontade de poucos nem aquela que seja fruto de paixões humanas, mas a justiça perene que tenha como medida a dignidade humana e o bem comum (...).

³⁸ ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Trad. João Baptista Machado, 3. ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1964., p. 206-207.

Atingido esse objetivo, atingida estará a essência, e os demais valores, acidentais que são, harmonizar-se-ão e a paz reinará sob os auspícios da justiça.³⁹

Parece ter sido mesmo um forte apego à justiça e à cordura o grande motivador da brilhante decisão judicial proferida, nos idos anos de 2003, pelo juiz Rafael Gonçalves de Paula, à época titular da 3ª Vara Criminal da Comarca de Palmas, Tocantins, inserida no dia 30 de junho de 2006 no banco de sentenças da Escola Nacional de Magistratura, que considerou de extremo bom senso a decisão de seu associado. Vejamos:

Trata-se de auto de prisão em flagrante de Saul Rodrigues Rocha e Hagamenon Rodrigues da Rocha, que foram detidos em virtude do suposto furto de duas (2) melancias. Instado a se manifestar, o Sr. Promotor de Justiça opinou pela manutenção dos indiciados na prisão.

Para conceder a liberdade dos indiciados, eu poderia invocar inúmeros fundamentos: os ensinamentos de Jesus Cristo, Buda e Ghandi, o Direito Natural, o princípio da Insignificância ou Bagatela, o princípio da Intervenção Mínima, os princípios do chamado Direito Alternativo, o furto famélico, a injustiça da prisão de um lavrador e de um auxiliar de serviços gerais em contraposição à liberdade dos engravatados e dos políticos do mensalão deste governo, que sonegam milhões dos cofres públicos, o risco de se colocar os indiciados na Universidade do Crime (o sistema penitenciário nacional)...

Poderia sustentar que duas melancias não enriquecem nem empobrecem ninguém.

Poderia aproveitar para fazer um discurso contra a situação econômica brasileira, que mantém 95% da população sobrevivendo com o mínimo necessário apesar da promessa deste presidente que muito fala, nada sabe e pouco faz.

Poderia brandir minha ira contra os neo-liberais, o consenso de Washington, a cartilha demagógica da esquerda, a utopia do socialismo, a colonização européia,... Poderia dizer que George Bush joga bilhões de dólares em bombas na cabeça dos iraquianos, enquanto bilhões de seres humanos passam fome pela Terra_ e aí, cadê a Justiça nesse mundo?

Poderia mesmo admitir minha mediocridade por não saber argumentar diante de tamanha obviedade.

Tantas são as possibilidades que ousarei agir em total desprezo às normas técnicas: não vou apontar nenhum desses fundamentos como razão de decidir.

Simplemente mandarei soltar os indiciados.

Quem quiser que escolha o motivo.

Expeçam-se os alvarás. Intimem-se.

(Autos 127/2003 da 3ª Vara Criminal da Comarca de Palmas/TO).⁴⁰

Fugindo do positivismo estéril, a decisão guarda perfeita harmonia com o Direito, estando nele fundamentada, apesar de não estar pautada em nenhum

³⁹ MAGALHÃES, Rui Ribeiro de, *op. cit.*, p. 183.

⁴⁰ BRITO, Ronaldo Figueiredo. Martin Heidegger e duas melancias. *Revista do Curso de Direito da UNIABEU*. Vol. 3, n. 1, jan.-jul.2013. Disponível em: <http://www.uniabeu.edu.br/publica/index.php/rcd/article/view/1245>. Acesso em: 10 de jan. 2016, p. 71-72.

dispositivo legal, pelo que não se há de falar em desobediência à regra do art. 93, IX, da Constituição da República, de que todas as decisões judiciais devem ser devidamente motivadas. Com absoluta certeza, exemplo magistral de aplicação do Direito sob o prisma axiológico que aqui defendemos.

4.2.3 OBJEÇÕES À APLICAÇÃO DO DIREITO SOB O PRISMA AXIOLÓGICO E SUA RECUSA

À vertente axiológica na aplicação do Direito, opõem-se certas críticas negativas, traduzindo-se em uma tentativa de refutar a tão necessária valoração da norma pelo juiz.

Como mais forte – e, ainda assim, débil – argumento contrário à perspectiva axiológica a ser adotada pelo juiz no ato de execução do Direito em face da vida real, tem-se que o magistrado não estaria autorizado, no exercício de sua função jurisdicional, a exceder os limites da norma. Isso implica, *prima facie*, em dizer que o juiz, em seu labor, estaria totalmente subordinado à lei, ou seja, estaria ele obrigado a aplicar o texto frio da norma estatizada sempre e a todo caso que lhe coubesse julgar.

Segundo essas críticas, valorar a norma, portanto, não estaria dentro do rol de incumbências do juiz. Este, enquanto homem, com seus anseios, valorações, emoções, experiências e percepções pessoais, até poderia discordar da justiça da norma, mas enquanto profissional aplicador do Direito, estaria inevitavelmente comprometido a empregar cruamente o dizer legal no caso concreto. Respaldam-se os conservadores e ortodoxos autores que assim pensam no mal inspirado art. 35, I, da Lei Orgânica da Magistratura Nacional (Lei Complementar nº. 35/79), cujo texto segue:

Art. 35 - São deveres do magistrado:

I - Cumprir e fazer cumprir com independência, serenidade e exatidão, as disposições legais e os atos de ofício. (*Grifo nosso*)

II a VIII - *in omissis*.

Dentro dessa concepção, encontramos o italiano Francesco Ferrara, afirmando que:

Decerto o juiz nem sempre pode dar satisfação às necessidades práticas, limitando-se a aplicar a lei; alguma vez se encontrará em momentos trágicos de ter de sentenciar em oposição ao seu sentimento pessoal de justiça e de equidade, e de aplicar leis más. Tal é, porém, o seu dever de ofício.⁴¹

Acreditam, pois, os partidários desse retrógrado posicionamento que as valorações decorrentes da consciência do juiz nos atos de julgar e sentenciar culminariam com irremediável comprometimento da vital e sempre desejada Segurança Jurídica.

Há, ainda, autores que, separando visivelmente em grupos distintos os Sistemas jurídicos em Sistemas de criação judicial e Sistemas de Direito legislado, defendem somente ser possível a criação judicial mediante a crítica valorativa da norma pelos profissionais da Magistratura naqueles países cujo Sistema jurídico integre o primeiro grupo.

Entendemos, porém, que não devem proceder esses argumentos. Juiz nenhum deve decidir em conformidade com a norma se nela não acredita residir a justiça.

Devemos ter em mente que a existência de uma imperiosa ordem metajurídica, exigida pelo bem comum e para o bem comum, atribui aos magistrados a célebre missão de superar o individualismo consagrado na lei, o que somente se concretizará mediante uma análise crítica dos textos legais frente ao bem comum, análise que exigirá sempre valoração, axiologia.

Quando o juiz deixa de aplicar o rigor laboral da lei devido às circunstâncias dos fatos, não está ofendendo a lei, mas cumprindo-a em seu espírito e em sua equidade, e, portanto, na relação justa entre os meios e os fins.⁴²

Roberto Piragibe da Fonseca também se posicionou favoravelmente à apreciação da lei em face de uma pauta axiológica, devendo o juiz buscar sempre aquela decisão que configure o sentimento humano universal de justiça, mesmo que para isso necessário se mostre ir para além da órbita da lei, pois:

Ordem jurídica é *categoria*, mas lei vigente é *acidente*. Assim, momento há, de fato, em que no apelo paradoxal a uma solução extralegal poderia residir a melhor e mais eficiente defesa da ordem jurídica, bem mais precioso, não cabe dúvida, que um legalismo impotente e desmoralizador capaz de conduzir dada sociedade ao pior dos piores, isto é, à anarquia, a uma

⁴¹ FERRARA, Francesco. *Interpretação e Aplicação das Leis*. 2. ed., Coimbra: Arménio Amado Editor, 1963, p. 174.

⁴² ATHAYDE, Tristão de *apud* HERKENHOFF, João Baptista, *op. cit.*, p. 86-87.

desordem não apenas ruidora da lei corrompida, em que tantos pensam, mas denegadora do próprio Direito, em que entretanto poucos parecem pensar.⁴³

Ademais, esse cotejo crítico da lei à luz de uma perspectiva axiológica não se dá de forma aleatória. Em verdade, a aplicação axiológica do Direito é presidida por certas condições ou pressupostos, que devem ser observados a todo instante para que a valoração da lei pelo juiz realmente seja encarada como uma medida socialmente útil. É o que veremos a seguir.

4.2.4 CONDIÇÕES METODOLÓGICAS, IDEOLÓGICAS, ÉTICAS E ESTRUTURAIS PARA A APLICAÇÃO AXIOLÓGICA DO DIREITO

Como já foi visto, a axiologia no terreno da aplicação do Direito é incontestável e muito necessária. O juiz, no uso de suas atribuições jurisdicionais, exerce, com absoluta certeza, um trabalho eminentemente filosófico.

Cabe, agora, analisarmos as condições ou pressupostos que propiciam uma averiguação valorativa pelo magistrado não só dos fenômenos sociais que se colocam a sua frente, mas, acima de tudo, da própria lei. Estas condições, classificadas por João Baptista Herkenhoff em condições de natureza metodológica, ideológica e ética⁴⁴, são o cerne de toda a problemática que encerra a atuação do juiz como julgador não apenas dos fatos da vida, mas também dos dizeres legais.

Quanto às condições metodológicas, importa saber que a aplicação axiológica do Direito não se situa fora do Sistema Legal. Verdadeiro retrocesso seria admitir que o juiz pudesse afastar a aplicação do texto legal, impessoal e geral, para fazer valer a sua vontade particular; ir-se-ia na contramão da evolução, realizada no sentido de se sobrepor a vontade coletiva a de um só. Fazer do juiz uma espécie de legislador não é, definitivamente, o que defendemos.

Na realidade, buscamos propagar que o magistrado, mesmo mergulhado no Sistema jurídico, tem grande parcela de autonomia. Ao adotar um dispositivo normativo, ainda assim, lhe resta um vastíssimo campo de atuação valorativa e criativa.

Em outros termos: mesmo atuando em total conformidade com o Ordenamento Jurídico, ao juiz é destinada uma grande cota de arbítrio, justificada em

⁴³ PIRAGIBE DA FONSECA, Roberto, *op. cit.*, p. 145.

⁴⁴ HERKENHOFF, João Baptista, *op. cit.*, p. 93-95.

função do poder jurisdicional que detém, existindo sempre meios de o magistrado, em seus julgados, priorizar os valores humanos, e agir em nome da justiça.

Isto é possível, uma vez que a norma deve ser entendida apenas como uma linha de referência, como o esqueleto, como o núcleo central do Sistema Legal, nela devendo incidir a interpretação que melhor a molde à hipótese particular.

A legislação estatal é apenas o núcleo estável, a linha de referência do ordenamento jurídico positivo do Estado. A legislação é estática; o ordenamento é dinâmico. A legislação é formal; o ordenamento é a legislação *in acto e in concreto*, a substância da vida social integrada na lei pela interpretação exigida segundo os fins éticos da convivência (...).⁴⁵

Como orientação a essa atuação axiológica do intérprete sobre o Direito, devem os juízes e os juristas em geral adotar uma posição ideológica social progressista (condições ideológicas).

Diante de todo um conjunto legislativo individualista, consagrador de privilégios, arcaico, martirizador das grandes maiorias, a melhor proposição a ser adotada pelo Judiciário é a de agente libertador da opressão do povo.

A afirmação de valores pelo magistrado deve, portanto, dar-se no sentido de atribuir ao Direito uma faceta progressista, ou seja, de fazer do Direito um instrumento de contestação das estruturas legais sufragadas atualmente, de atribuir ao Direito um papel questionador dentro da sociedade.

Assim, o que desejamos é que os juízes, em sua profissão, coloquem o Direito a serviço das grandes maiorias; atuem em favor dos deserdados da lei; busquem o fim da miséria populacional e do modelo econômico opressor que ora paira sobre nossa sociedade, marcada pelos abismos sociais; comprometam-se com as lutas populares; promovam as desamarras da lei injusta e tendenciosa; não cedam aos caprichos das forças políticas.

Enfim, queremos que os juízes, ao aplicar a lei sob um prisma verdadeiramente axiológico, construam um novo Direito: “o verdadeiro Direito que se oponha ao anti-Direito, que é o Direito estabelecido”⁴⁶, a que Herkenhoff batizou de Direito da Libertação⁴⁷.

⁴⁵ REALE, Miguel. *Teoria do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins, 1972, p. 312.

⁴⁶ HERKENHOFF, João Baptista. *Direito e Utopia*. São Paulo: Acadêmica, 1993, p. 34.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 33.

É como disse o jurista e professor francês Jean Cruet em sua obra *A vida do Direito e a inutilidade das leis*: “O juiz, (...), tem sido na realidade a alma do progresso jurídico, o artífice laborioso do direito novo contra as fórmulas caducas do direito tradicional”.⁴⁸

Tornar viva essa onda democratizante e renovadora nas sentenças não é difícil. Basta que nossos juízes se empenhem na:

(...) luta para encontrar brechas, lareiras, no cipoal legislativo, para ver, aqui e ali, artigos e parágrafos, institutos e interpretações que possam beneficiar as multidões marginalizadas e despossuídas.⁴⁹

Ao nos referirmos a condições éticas que devem presidir a aplicação axiológica do Direito, reportamo-nos a certas características da pessoa do magistrado.

O juiz há de ser um homem íntegro, correto, com retidão de caráter e portador de conduta ilibada no meio social em que vive, incorruptível, de boa índole⁵⁰, pois a utilização de uma pauta axiológica funda-se notoriamente na própria pessoa do aplicador do Direito, no conjunto de valores morais nele arraigados, na ideia de mundo que possui.

Desse modo, torna-se imprescindível que a escolha dos magistrados se dê de forma bastante cautelosa, atentando não apenas para o conhecimento puramente científico e técnico dos postulantes à Magistratura, mas cuidando de apurar suas virtudes, sua personalidade, o conteúdo humano, social, cultural, moral e ético que carrega consigo.

Ademais, deve-se exigir um período de estágio probatório antes de conferir aos juízes o leque de garantias reservado à carreira, como já ocorre, bem como criar mecanismos intermitentes de disciplina, inclusive tornando possível o afastamento daqueles magistrados cuja atuação não condiga com o padrão moral exigido desses homens.

Por fim, poderíamos, ainda, falar em condições estruturais viabilizadoras da atuação do juiz dentro de uma perspectiva axiológica.

A Justiça, como se encontra atualmente na maior parte do país, mal instalada, mal equipada, mal organizada, com pilhas e mais pilhas de processos acumulados,

⁴⁸ CRUET, Jean. *A vida do Direito e a inutilidade das leis*. s. t.. Lisboa: Aillaud e Bertrand, 1945, p. 26.

⁴⁹ HERKENHOFF, João Baptista, *op. cit. (Direito e Utopia)*, p. 33.

⁵⁰ Nesse sentido, os arts. 1º, 15, 16, 17, 18 e 19 do Código de Ética da Magistratura Nacional.

acaba por ensejar a rotineira atuação mecânica dos magistrados, que, assoberbados de serviço, emitem despachos e sentenças em série, esquecendo-se completamente de seu papel criativo, de que são eles, enquanto figuras hegemônicas do universo jurídico, que dizem o verdadeiro Direito.

É ele [o juiz], portanto, quem outorga o justo, personificando a justiça animada e vivente; é o mediador que restaura a igualdade e corrige a injustiça, no uso de seu poder criador.⁵¹

Logo, urge modernizar os serviços forenses (a exemplo da implantação do processo digital), inserir o progresso dentro do aparelho judiciário (o que, contudo, deve ser feito com parcimônia no que se refere às moderníssimas tecnologias hoje existentes; tomemos as audiências e oitivas de testemunhas por meio de videoconferência: entendemos que uma tela ou aparelho de TV não pode simplesmente substituir o imprescindível contato físico entre as partes e o juiz), ampliar o quadro de juízes e de pessoal auxiliar, simplificar as formas processuais (o novel Código de Processo Civil, Lei n.º 13.105/2015, recentemente aprovado, anda muito bem nesse quesito, com raríssimas ressalvas, a exemplo do julgamento em bloco, o que, contudo, não será aqui analisado, por fugir do nosso campo de enfoque), tudo isso com vistas a tornar o Judiciário estruturalmente compatível com uma aplicação do Direito através da valoração crítica da lei.

4.3 A APLICAÇÃO DO DIREITO NUMA PERSPECTIVA SOCIOLÓGICO-POLÍTICA

Uma vez analisada a perspectiva axiológica de aplicação do Direito, passaremos agora a defender a necessidade de o juiz se valer também de uma perspectiva sociológico-política para bem realizar o seu ofício.

4.3.1 O DIREITO COMO FATO SOCIAL: A IMPORTÂNCIA DA SOCIOLOGIA JURÍDICA

Das várias acepções conferidas ao Direito, Direito-norma, Direito-faculdade, Direito-justiça, Direito-ciência e Direito-fato social⁵², especial atenção merece esta

⁵¹ GARCIA, Juvêncio Gomes, *op. cit.*, p. 154.

⁵² FRANCO MONTORO, André, *op. cit.*, p. 33-34.

última, principalmente quando se prega uma aplicação do Direito sob o ponto de vista político e social.

Nesse prisma, o Direito é concebido como um setor da vida em sociedade, independentemente de sua identificação como norma, faculdade, ciência ou justiça, ou seja, o Direito é encarado como mais um dos fenômenos sociais, como a religião, a cultura, a economia, dentre vários outros, sem, aqui, nos atermos ao seu aspecto normativo.

E como fato social, em seu relacionamento concreto com os demais aspectos da realidade coletiva, deve o Direito ser estudado sociologicamente. É dentro dessa perspectiva que se situa a Sociologia Jurídica.

Também denominada Sociologia do Direito, o destino desse ramo especial da Sociologia Geral "(...) é estudar o direito como realidade social, ou, melhor talvez, é estabelecer a realidade social do direito".⁵³

Maria Helena Diniz define a Sociologia Jurídica:

(...) é a ciência que, por meio de métodos e técnicas de pesquisa empírica, visa estudar as relações recíprocas existentes entre a realidade social e o direito, (...). Em suma: estuda como se forma e transforma o direito, verificando qual é a sua função no seio da coletividade e como influi na vida social, sem ter a preocupação de elaborar normas e de interpretar as que vigoram numa dada sociedade.⁵⁴

Pode-se, ainda, afirmar que o objeto de estudo da Sociologia do Direito não é a norma jurídica como tal, mas sim a sua eficácia ou efetividade no plano do fato social.

O Sociologismo Jurídico é a corrente que considera o Direito sob o prisma predominante de fato social. O Direito seria um elemento dos fatos sociais, (...). Há uma certa condicionalidade entre o fenômeno jurídico e a realidade histórico-social.⁵⁵

O insigne jurista Miguel Reale, ao discorrer acerca da Sociologia Jurídica, muito apropriadamente, faz uma distinção entre esta, que não é senão a Sociologia mesma, enquanto focada na análise da experiência jurídica, e a Ciência Jurídica. Pontua que à primeira cabe averiguar como os homens se comportam perante as regras estatuídas pelo Direito, ao passo que a Ciência do Direito determina como deve

⁵³ PIRAGIBE DA FONSECA, Roberto, *op. cit.*, p. 39.

⁵⁴ DINIZ, Maria Helena, *op. cit.*, p. 227.

⁵⁵ TAVARES, P.R. *apud* SIQUEIRA JR., Paulo Hamilton, *op. cit.*, p. 40, nota 01.

ser o comportamento da sociedade em cada uma das situações disciplinadas por aquelas regras. Assim sendo, estamos diante de duas realidades diferentes, mas que convergem para um mesmo objeto, que é, justamente, a experiência jurídica.

A Sociologia Jurídica, em resumo, é a *ciência compreensiva* de experiência jurídica, enquanto que a Ciência Jurídica é a *ciência compreensivo-normativa* dessa mesma experiência, visto como ao jurista interessa saber tanto o que o homem *faz* como o que o homem *deve fazer* na sua qualidade de “destinatário das regras de direito”.

(...)

Compreende-se, pois, que a Sociologia Jurídica se desenvolva como *estudo da conduta jurídica, enquanto conduta social*, ao passo que a Ciência do Direito não pode deixar de ser *ciência normativa, com a finalidade prática de aferir e garantir as formas de relacionamento social, sob o prisma de sua licitude ou ilicitude*.⁵⁶

Com efeito, podemos assegurar que esse enfoque sociológico do Direito ou da realidade jurídica não se opõe aos aspectos do Direito focalizado pelo jurista na Dogmática Jurídica ou Ciência do Direito em sentido estrito. Muito pelo contrário: essas duas perspectivas interagem, completando-se mutuamente. Afinal, possuem o mesmo objeto material, o Direito.

Aristóteles foi o primeiro a equacionar o problema jurídico em termos parassociológicos, seguido por Montesquieu. Todavia, a fundação definitiva da Sociologia Jurídica deve-se ao filósofo e sociólogo Émile Durkheim que, de forma absolutamente inédita, ousou afirmar o capital influxo da realidade social no Direito, promovendo, dessa maneira, a união da Sociologia com o Direito.

Dentre os juristas, Hermann Kantorowicz e Eugen Ehrlich podem ser considerados os iniciadores de uma Sociologia voltada para o Direito, como o é Durkheim entre os sociólogos. A Escola do Direito Livre defendida pelos juristas supramencionados, apesar de voltada para a construção de uma teoria hermenêutica, é toda imersa em ideias sociológico-jurídicas.

As Escolas Sociológica Americana e Realista Americana também são consideradas expressões exponenciais da Sociologia Jurídica.

Mais recentemente, podemos citar Nardi Greco, René Aubert, Recaséns Siches e Carlos Cossio como filiados à tendência sociológico-jurídica.⁵⁷

⁵⁶ REALE, Miguel, *op. cit.* (*Lições preliminares de Direito*), p. 329-330.

⁵⁷ MACHADO NETO, Antônio Luís. *Compêndio de introdução à ciência do Direito*. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 1975, p. 73-77.

No Brasil, o estudo da Sociologia Jurídica encontra guarida em Pedro Lessa, Pontes de Miranda, Miguel Reale, Roberto Lyra, dentre outros.⁵⁸

Georges Gurvitch, sociólogo e jurista russo e um dos mais notáveis cultores dessa recente especialidade da Sociologia, é o grande sistematizador da atual estrutura de estudo adotada pela Sociologia Jurídica, levando em consideração as diversas abordagens metódicas de seu objeto. Segundo ele, a Sociologia do Direito divide-se em⁵⁹:

- a) Microsociologia Jurídica ou Sociologia Sistemática do Direito, que estuda os elementos mais simples da realidade jurídica, a saber: as relações e sedimentos jurídicos fundamentais;
- b) Macrossociologia Jurídica Diferencial ou Sociologia Jurídica Diferencial, que é a tipologia jurídica, ocupando-se da análise dos ordenamentos e dos sistemas jurídicos;
- c) Macrossociologia Genética do Direito ou Sociologia Jurídica Genética, que se ocupa das transformações do Direito no meio social, abarcando a atuação da sociedade na formação do Direito e a ação do Direito sobre o meio social.

Em que pese o acurado rigor científico dessa minudente sistematização de Gurvitch, e por possuir o estudo da Sociologia Genética do Direito maior interesse imediato e prático, é nela que concentraremos nossa atenção daqui por diante, o que, entretanto, não nos autoriza a pensar que a Sociologia Jurídica Genética prescinde do auxílio da Micro e da Macrossociologia do Direito, pois são elas que fornecem os elementos necessários para o desenvolvimento válido dos estudos daquele ramo da Sociologia Jurídica.

Finalizamos, sustentando a enorme importância da Sociologia do Direito, não só para a Política Legislativa, como para o próprio Direito enquanto ciência. O Direito é uma ordem da sociedade, logo é preciso conhecer a sociedade para conhecer o Direito. “Mesmo se o jurista não está reconhecidamente interessado no vínculo que liga a doutrina à vida real, apesar disso, o vínculo existe”.⁶⁰ A fórmula legal jamais é algo isolado, perfeito em si, necessitando sempre ser confrontada com uma dada situação social para que tenha o seu sentido plenamente captado.

⁵⁸ FRANCO MONTORO, André, *op. cit.*, p. 516-517.

⁵⁹ SIQUEIRA JR., Paulo Hamilton, *op. cit.*, p. 34-35.

⁶⁰ ROSS, Alf *apud* MIRANDA ROSA, Evaristo. *Sociologia Jurídica*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1950, p. 30.

4.3.2 A MÚTUA DEPENDÊNCIA ENTRE O DIREITO E A SOCIEDADE

“*Ubi jus, ibi societas; ubi societas, ibi jus* – Onde há direito, há sociedade; onde há sociedade, há direito”.⁶¹

Esse velho brocardo jurídico não deixa dúvidas de que Direito e sociedade são realmente entidades congêntas e que se pressupõem.

O homem é um ser naturalmente social. Não pode, portanto, viver isolado. Tem necessidades que somente são satisfeitas mediante a vida em grupo.

O homem é um ser gregário por natureza, é um ser eminentemente social, não só pelo instinto sociável, mas também por força de sua inteligência que lhe demonstra que é melhor viver em sociedade para atingir seus objetivos.⁶²

A sociabilidade é, pois, inata à natureza humana.

Por ser um *zoon politicon* (animal político) – definição formulada ainda na Antiguidade por Aristóteles em sua obra *Política*⁶³ –, é que o homem, desde os mais remotos tempos, cuida de interagir com outros homens, organizando-se em grupos sociais. O primeiro e mais rudimentar deles é a família. O mais complexo e abrangente, com absoluta certeza, a sociedade.

Por sociedade, de forma bastante frugal, entendamos o agrupamento de homens que, por serem dotados de racionalidade, interagem entre si na busca de um objetivo comum, que é o bem-estar social.

Para o filósofo francês Régis Jolivet, sociedade é “a união moral estável, sob uma única autoridade, de várias pessoas, físicas ou morais, que tendem a um fim comum”.⁶⁴

Giorgio Del Vecchio, importante jurista italiano, definiu sociedade como sendo o “complexo de relações pelo qual vários indivíduos convivem e trabalham conjuntamente, de modo a formarem uma nova e superior unidade”⁶⁵, conceito que se destaca por demonstrar a existência de uma extensa trama de relações inerente à ideia de sociedade, a que os sociólogos denominam de interação, e, principalmente,

⁶¹ FERRAZ JR., Tercio Sampaio, *op. cit.*, p. 285.

⁶² DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil*. São Paulo: Saraiva, 1982, v. 1, p. 05.

⁶³ MAGALHÃES, Rui Ribeiro de, *op. cit.*, p. 01.

⁶⁴ JOLIVET, Régis. *Traité de Philosophie*. Paris: Emile Vitte, 1955, v. 1, p. 283 (tradução nossa).

⁶⁵ *Apud* SIQUEIRA JR., Paulo Hamilton, *op. cit.*, p. 21.

por abordar a sociedade como uma nova entidade, com existência autônoma e distinta dos diversos indivíduos que a compõem, tendo fins próprios que transcendem as finalidades pessoais de seus membros, e titular de uma série de direitos e deveres em relação aos sujeitos que a integram.

Convivendo em sociedade, os homens estabelecem entre si relações das mais diferentes naturezas, influenciam os outros, bem como são constantemente influenciados por seus semelhantes.

No entanto, como a sociedade é composta por pessoas das mais variadas classes e etnias, com ideais, objetivos e interesses conflitantes entre si, as relações intersubjetivas descortinam-se como algo excessivamente complexo, produzindo o processo de interação, perturbação nos indivíduos em comunicação recíproca, que pode ser maior ou menor, e que, na maioria das vezes, acaba por traduzir-se em fonte geradora de conflitos.

Diante desses conflitos de interesses ocasionados por conta da heterogeneia social e das manifestações individualistas no seio da sociedade, como remédio apto a extirpá-los, surge o Direito que, além de sua função repressiva, tem, ainda, importante caráter preventivo em relação à ocorrência do antissocial, traduzindo-se, por conseguinte, em importante instrumento voltado à manutenção da ordem.

Apesar de ser uma manifestação natural, portanto jamais será eliminado, o conflito deve ser contido dentro de limites socialmente toleráveis e prontamente solucionados, pois ele representa a coexistência em estado de desassociação, o que é axiologicamente negativo.

(...)

É em meio a essa tormenta social que o Direito germina e se impõe como método racional de solução dos conflitos e recomposição do equilíbrio social. Apesar de todas as suas mazelas, ainda é o remédio social mais eficaz e de menores efeitos colaterais.⁶⁶

Somente as normas de direito podem assegurar as condições de equilíbrio imanentes à própria coexistência dos seres humanos, possibilitando a todos e a cada um o pleno desenvolvimento das suas virtualidades e a consecução e gozo de suas necessidades sociais, ao regular a possibilidade objetiva das ações humanas.⁶⁷

Conclui-se, portanto, que o Direito não tem existência em si próprio. Ele existe na sociedade e em função da sociedade. “O Direito está em função da vida social. A sua finalidade é a de favorecer o amplo relacionamento entre as pessoas e os grupos

⁶⁶ MAGALHÃES, Rui Ribeiro de, *op. cit.*, p. 03.

⁶⁷ DINIZ, Maria Helena, *op. cit.* (*Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil*), p. 06.

sociais, que é uma das bases do progresso da sociedade”⁶⁸, afirma o jurista Paulo Nader. E segue, assegurando que:

A sociedade sem o Direito não resistiria, seria anárquica, teria o seu fim. O Direito é a grande coluna que sustenta a sociedade. Criado pelo homem, para corrigir a sua imperfeição, o Direito representa um grande esforço, para adaptar o mundo exterior às suas necessidades de vida.⁶⁹

Ora, se o Direito existe para funcionar como mecanismo de contenção das condutas e comportamento humanos em sociedade, se se presta a efetuar o controle social, a organizar a vida em grupo e a manter a harmonia geral, tendo sempre o bem comum como fim maior, deve ele ser estabelecido à imagem e semelhança da sociedade, nos moldes de suas peculiaridades, refletindo sempre os fatos sociais, o modo de vida do grupo que ordena, as maneiras de pensar e agir dos indivíduos que integram a sociedade.

Sendo um fenômeno de adaptação social, o Direito não se pode formar alijado dos fatores sociais. Deve, antes, ser dotado e informado por elementos que atestem quais os valores a serem preservados dentro de cada grupo social, de modo que as normas jurídicas se traduzam em manifestação legítima dos sentimentos e interesses do povo a que se destinam.

Está, assim, formado o elo indissociável entre Direito e sociedade.

O Direito é gerado pela sociedade para reger a própria vida social. É, pois, ao mesmo tempo, efeito e causa dos fenômenos sociais.⁷⁰ Em outras palavras: a sociedade, simultaneamente, é fonte criadora e área de ação do Direito. “Se de um lado o Direito recebe grande influxo dos fatos sociais, provoca, igualmente, importantes modificações na sociedade”.⁷¹

Luís Recaséns Siches, ao atentar para as inter-relações existentes entre a sociedade e o Direito, resumiu-as nos seguintes postulados:

- a) El Derecho, que es en determinado momento, constituye el resultado de un complejo de factores sociales.
- b) El Derecho, que desde un punto de vista sociológico es un tipo de hecho social, actúa como una fuerza configurante de las conductas, bien

⁶⁸ NADER, Paulo, *Introdução ao estudo do Direito*. 11. ed. rev. atual., Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 30.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 31.

⁷⁰ Resta clara, aqui, a forte afinidade existente entre a Sociologia Jurídica e o Pragmatismo Jurídico, a ser estudado no capítulo seguinte.

⁷¹ NADER, Paulo, *op. cit.*, p. 33.

moldeándolas, bien interviniendo en ellas como auxiliar o como palanca, o bien preocupando en cualquiera otra manera el sujeto agente.⁷²

Analisaremos, a seguir, em seus pormenores, a interdependência entre a realidade jurídica e a realidade social: o Direito enquanto produto dos processos sociais, assim como os efeitos por ele produzidos no âmbito da sociedade, ou seja, a atuação da sociedade sobre o Direito e a atuação do Direito sobre a sociedade.

4.3.2.1 A INFLUÊNCIA DA SOCIEDADE NO DIREITO

“O fenômeno jurídico é apenas uma face de um fenômeno global, infinitamente mais complexo, que é a realidade social”.⁷³ Colocação do doutrinador André Franco Montoro, ao mencionar Michel Virally, a qual, com bastante propriedade, demonstra que o Direito nasce e se desenvolve no seio da sociedade. E sob diversos aspectos pode-se verificar essa inspiração do Direito nos fenômenos sociais.

Primeiramente, pelo fato de o Direito resultar do poder social. O Direito somente se sedimenta por conta do apoio que recebe de um poder social que taxativamente o impõe e o faz ser cumprido. Reflete Recaséns Siches em seu *Tratado de Sociologia*:

Não há regra jurídica que, apenas em virtude de sua bondade intrínseca, adquira vigência efetiva e seja imposta de um modo inexorável. Uma regra jurídica se converte em norma vigente, quando a apóia e impõe um poder social mais forte.⁷⁴

Explica, ainda, o mesmo autor:

Poder social não é sinônimo de força bruta. Pelo contrário, todo poder social é, na realidade, em última instância, um poder psicológico, de influência sobre as pessoas. (...). O poder social é coisa muito diferente da força física. (...). A raiz do poder social está constituída pelos fatores psicológicos. Todo poder social, normalmente exercido, se fundamenta sobre o reconhecimento que lhe dão os que a ele se submetem... O poder social é poder espiritual, predomínio de um sistema de opiniões, pensamentos, preferências, aspirações e propósitos.⁷⁵

⁷² a) O Direito, num dado momento, constitui o resultado de um complexo de fatores sociais. b) O Direito, que a partir de um ponto de vista sociológico é um tipo de fato social, age como força determinadora das condutas, moldando-as e nelas intervindo como auxiliar ou como uma alavanca, ou influenciando de qualquer outra forma o sujeito agente. (tradução nossa). *Apud* MACHADO NETO, Antônio Luís, *op. cit.*, p. 78.

⁷³ FRANCO MONTORO, André, *op. cit.*, p. 581.

⁷⁴ *Apud* FRANCO MONTORO, André, *op. cit.*, p. 582.

⁷⁵ *Idem.*

O Direito também emana da sociedade quando se constata que ele nada mais é do que o reflexo dos objetivos, das necessidades e, principalmente, dos valores sociais. Ora, que função teriam as normas jurídicas se não buscassem assegurar o respeito àqueles valores que os homens em sociedade cultuam e julgam necessários à convivência social? O Direito só tem razão de ser à medida que se mostra como instrumento promotor de justiça, persecutório da segurança pública, garantidor do interesse social e do bem comum, valorações que estão a influenciar direta e incessantemente a edificação das normas jurídicas e sua aplicação pelo Judiciário.

Ademais, uma extensa série de fatores de cunho social intervém na produção e na transformação do Direito. São os chamados Fatores Sociais do Direito, dentre os quais se destacam principalmente: os fatores econômicos, os fatores morais, os fatores religiosos, os fatores históricos e tradicionais, os fatores científicos e técnicos, os fatores psicológicos, e os fatores geográficos, climáticos e raciais.⁷⁶

Entre as forças modeladoras do direito, o fator econômico é o que exerce uma influência mais decisiva e mais palpável. (...). Não houve uma importante alteração do quadro jurídico de uma dada sociedade que não tivesse tido, em suas raízes, um capital interesse de ordem econômica.⁷⁷

Assim, Machado Neto resume a marcante influência da Economia sobre a sociedade. Há mesmo posições economicistas que consideram a realidade econômica como a anatomia da sociedade e, portanto, do Direito.

Segundo o chamado “materialismo histórico”, o Direito não seria senão uma superestrutura, de caráter ideológico, condicionada pela *infra-estrutura econômica*. É esta que, no dizer de Marx, modela a sociedade, determinando as formas de Arte, de Moral ou de Direito em função da vontade da classe detentora dos meios de produção. Em palavras pobres, quem comanda as forças econômicas, através delas plasma o Estado e o Direito, apresentando suas volições em roupagens ideológicas destinadas a disfarçar a realidade dos fatos.⁷⁸

Mas não pode prosperar esse monismo econômico. A Economia, apesar de preponderante, não pode ser considerada a causa estrutural única do Direito. A

⁷⁶ *Ibidem*, p. 583.

⁷⁷ MACHADO NETO, Antônio Luís, *op. cit.*, p. 104.

⁷⁸ REALE, Miguel, *op. cit. (Lições preliminares de Direito)*, p. 21.

sociedade revela uma contínua correlação de fatores das mais diversas naturezas, todos eles provocando, inegavelmente, consequências no universo jurídico.

Pontes de Miranda coloca que o fato econômico não é o único fato social. Se o Direito é forma, não é forma apenas do fato econômico. Primeiramente, há uma certa reciprocidade entre os fatos religioso, moral, econômico, político etc. Depois, há a possibilidade de preponderar um, em vez dos outros, e, não raro, em vez do fato econômico. Outros conteúdos pode ter a forma jurídica, porque é forma de condições da existência. E nem todas as condições de existência são econômicas.⁷⁹

De qualquer forma, o aspecto econômico tem papel bastante relevante nas fundações do Direito. No campo do Direito Civil, verificamos amplo conteúdo econômico no direito creditício, no direito real, no direito das sucessões e etc. No Direito Penal, a tipificação legal dos crimes contra o patrimônio demonstra a presença do fator econômico nesse ramo do Direito, sem mencionar o Direito Comercial, cujo teor baseia-se fundamentalmente na Economia, bem como o Direito do Trabalho, todo ele pautado no contrato de trabalho ou na relação de emprego, relações sociais de evidente cunho econômico.

Quanto à influência exercida pela moral e pela religião no campo jurídico, essa é tão ampla que somente nos tempos mais modernos houve nítida dissociação entre as normas da religião, da moral e do Direito. A indistinção dos preceitos jurídicos, morais e religiosos encontra-se na própria origem histórica do Direito. Ao se analisar as sociedades primitivas, as antigas culturas orientais e as civilizações grega, romana e medieval, salta aos olhos tal indiferenciação.⁸⁰

Atualmente, apesar da secularização das sociedades contemporâneas, ainda é visível a influência dos fatores religiosos e morais na vida do Direito.

Não obstante a laicização do Estado, não se pode afirmar que a religião tenha deixado de atuar no campo jurídico. Tomemos como exemplo o Sistema Jurídico Brasileiro, que tem uma de suas fontes históricas no Direito Canônico, o que é igualmente vislumbrado na maioria das nações ocidentais modernas.

A pena de morte adotada por alguns contemporâneos Estados de Direito é um vestígio da atuação da religião nas fundações do Direito. A declaração constitucional da liberdade religiosa, os dispositivos penais relativos ao respeito aos

⁷⁹ HERKENHOFF, João Baptista. *Para gostar do Direito*. São Paulo: Acadêmica, 1994, p. 42.

⁸⁰ COELHO DE SOUZA, Daniel. *Introdução à ciência do Direito*. 4. ed. rev. aum., São Paulo: Saraiva, 1983, p. 49-50.

cultos religiosos e a produção de efeitos civis do casamento religioso mediante o preenchimento de certos requisitos também são exemplos de pontos de contato ainda vigentes entre Direito e religião.

Machado Neto suscita alguns rastos da influência religiosa nos Sistemas Jurídicos, quando indaga:

E quem pode garantir pela plena secularização do direito em nosso mundo atual? Quanto não tem ele ainda de sacral?! Não falemos nos juramentos sobre livros sagrados, como a Bíblia, tão em voga entre os anglo-saxões, mas, o ritualístico, a magnificência, as vestes ainda muito litúrgicas de nossos tribunais, não serão ainda resquícios de uma sacralidade talvez indecantável do jurídico?!⁸¹

Igualmente vasta é a influência exercida ainda hoje pela moral. Muito embora divirja do Direito pelo fato de ser interna, autônoma, incoercível, unilateral e espiritual, enquanto este último revela-se externo, heterônomo, coercitivo, bilateral e temporal, a moral tem presença marcante nos ordenamentos jurídicos.

As distinções enunciadas não autorizam estabelecer o divórcio entre as esferas moral e jurídica. Uma tal separação equivaleria à cisão insustentável entre os dois aspectos íntima e necessariamente relacionados da existência humana – a vida pessoal e a vida social. Os preceitos jurídicos não podem ignorar que o cidadão é, antes de tudo, um ser moral, cujos mais altos anseios devem ser respeitados pelo direito. Nessas circunstâncias, a ordem jurídica, como modo de disciplina temporal que é, acha-se, em certa medida, submetida aos supremos princípios de moralidade.⁸²

A título de mera ilustração dessa relação entre a moral e o Direito, tem-se os preceitos do Direito Penal acerca dos delitos contra a moral e os costumes, os do Direito Civil relativos aos deveres dos membros da família, a moralidade exigida nos negócios jurídicos e os preceitos que determinam a ética profissional nas mais diversas atividades.

Entre os elementos que atuam permanentemente na formação do Direito, estão também arrolados os fatores históricos e tradicionais, cuja influência foi amplamente analisada por Friedrich Carl von Savigny e Raymond Saleilles, maiores vultos da Escola Histórica do Direito.⁸³

⁸¹ MACHADO NETO, Antônio Luís, *op. cit.*, p. 89-90.

⁸² PIRAGIBE DA FONSECA, Roberto, *op. cit.*, p. 42-43.

⁸³ *Vide* item 3.3.1.

Essa incontestável importância da História para o Direito pode ser facilmente observada em nosso Ordenamento Jurídico, ao se constatar as profundas modificações sofridas pela legislação brasileira em face de grandes acontecimentos históricos, tais quais a independência do Brasil, a proclamação da República, o golpe de 1964, o movimento popular *Diretas Já!* propugnando por eleições diretas em 1984, dentre muitos outros.

O que falar, então, das transformações jurídicas motivadas pelos avanços da ciência e da tecnologia?

Como resultado da influência exercida pelos fatores científicos e técnicos sobre o Direito, tem-se, por excelência, o Direito do Trabalho, surgido a partir da Revolução Industrial, quando a descoberta da máquina e a criação da fábrica deram ensejo a problemas cada vez mais complexos no mundo do trabalho, requerendo que uma nova Ordem Jurídica fosse implementada com a finalidade de regular as relações de emprego que, pouco a pouco, despontavam na sociedade pós-revolução.

O Biodireito também é resultado do avanço científico e tecnológico vivenciado pelo mundo contemporâneo. Os transplantes de órgãos, as inseminações artificiais e os bancos de sêmen, por exemplo, são inovações que estão continuamente a exigir normas de Direito que as regulem e que assegurem os principais direitos dos indivíduos que com tais práticas inovadoras venham a envolver-se.

Não podemos deixar de fora desta análise os fatores psicológicos, extremamente significativos para a formação do Direito. Para explicar as condutas humanas que produzem o Direito, bem como o comportamento dos que desrespeitam as normas jurídicas em vigor e plenamente acatadas pelo grupo social, mister se faz considerar todo o universo psicológico dos indivíduos: conhecimentos, emoções, vontades, sentimentos e etc.

Como forma de demonstrar essa grande força exercida pelos fatores psicológicos perante o Direito, citemos o Psicologismo Jurídico de Leon Petrazycki, que, com um fundo de razão, mas visível exagero, reduz o Direito a mera tradução dos fenômenos de ordem psíquica: “Se o direito é fundamentalmente o ‘interesse’ protegido pela norma, e o interesse é um fenômeno psicológico, todo edifício jurídico tem sua base na psicologia”.⁸⁴

⁸⁴ FRANCO MONTORO, André, *op. cit.*, p. 584.

Finalmente, atuam sobre a legislação e sobre o Direito em geral os fatores geográficos, climáticos e raciais. Os Códigos de Minas, de Águas e Florestal, as leis sobre enchentes, aluvião, as normas de edificação, de remoção da neve, de calefação e o horário de verão são exemplos fulgentes dessa influência.

4.3.2.2 A INFLUÊNCIA DO DIREITO NA SOCIEDADE

Porque o homem é um ente primordialmente social, ele não pode deixar de fazer parte de um todo, que é a comunidade humana. Contudo, apesar de sua natureza associativa, apesar de sua existência somente ser possível dentro do contexto convivencial, nem sempre se demonstra fácil o processo de adaptação do indivíduo ao seu grupo, processo esse chamado pelos estudiosos da Sociologia de socialização.

Assim, diante dessa realidade, com o fito de coibir comportamentos antissociais, nocivos ao bem-estar geral da comunidade, há de existir uma série de normas reguladoras das ações humanas em sociedade, o que chamamos de controle social.

Normas de cunho moral, educacional e religioso, bem como as derivadas do trato social configuram esse aparato de controle social. Porém, não há dúvidas de que o Direito, nesse sentido, é o instrumento mais qualificado para atuar sobre a conduta dos membros da sociedade, regulando-as e tolhendo-as quando necessário.

O fundamento das normas está na *exigência da natureza humana de viver em sociedade*, dispondo sobre o comportamento de seus membros. As normas são fenômenos necessários para a estruturação ôntica do homem. E como a vida do grupo social está intimamente ligada à disciplina das vidas individuais, elas fundam-se também na *necessidade* de organização na sociedade, exatamente porque não há sociedade sem normas de direito, que têm por objeto uma ação humana, obrigando-a, permitindo-a ou proibindo-a. A sociedade sempre foi regida e se há de reger por um certo número de normas, sem o que não poderia subsistir.⁸⁵

Percebe-se, dessa forma, que a influência do Direito na sociedade, *a priori*, dá-se sob a ótica de que o Direito é o modo mais formal e, acima de tudo, o meio mais poderoso de contenção das relações intersubjetivas, ou seja, o mais eficaz instrumento de controle social. Essa concisa pretensão de efetividade das normas

⁸⁵ DINIZ, Maria Helena, *op. cit.* (*Compêndio de introdução à ciência do Direito*), p. 335.

jurídicas deriva de algumas características que asseguram ao Direito esse *status* sobre os demais instrumentos mantenedores da ordem social.

O primeiro desses caracteres é a estatização; o Estado chamou para si a função de criar, aplicar e garantir o Direito, conferindo-lhe imperatividade e observância obrigatória, e não apenas sugerindo ou aconselhando, como ocorre com a religião, a moral e as regras do trato social, todas instâncias de controle das condutas sociais, contudo, de menor poderio.

A somatória desse primeiro atributo ao poder de coerção típico e exclusivo do Direito revela o porquê de serem as normas jurídicas enorme fator condicionante do comportamento humano. Ao se verificar a adoção de uma sanção, que é uma prejudicial objetivamente aplicada ao transgressor dos preceitos de lei, associada à força estatal, resta patente que o Direito realmente determina o agir dos homens no seio da sociedade.

Outra característica do Direito que demonstra ter importância capital é o seu abstracionismo, verificado à medida que o Direito é formulado com base em situações hipotéticas, o que acaba por fazê-lo abarcar um número bastante significativo de casos da vida real.

Tudo isso confere ao Direito uma natureza heterônoma, o que implica em afirmar que as pessoas a ele se curvam não por querer próprio, mas por conta do querer alheio, que é justamente o que o torna eficaz. A heteronomia do Direito decorre de sua objetividade, do fato de suas normas serem invariavelmente obrigatórias, quer o indivíduo as aceite ou não.

Conclui-se, por conseguinte, que “(...) o direito nada mais é do que uma forma de conservação das estruturas sociais, ou seja, o direito é o mantenedor da ordem social”.⁸⁶ Há mesmo quem o defina como “a autodefesa do sistema social vigente”.⁸⁷

Todavia, à norma jurídica, não se deve olvidar, também é atribuído um papel transformador, como bem coloca Franco Montoro:

Reduzir o direito a uma força conservadora é perpetuar o subdesenvolvimento e o atraso.

O direito tem uma função transformadora do meio social que não pode ser esquecida. É tão grande sua capacidade de conservar as instituições como a de tornar-se o principal agente da mudança social. Não se pode esquecer que o legislador, ao elaborar a lei, o administrador ao executá-la e complementá-la, o juiz ao aplicá-la a casos de dúvida, o advogado e o

⁸⁶ SIQUEIRA JR., Paulo Hamilton, *op. cit.*, p. 41.

⁸⁷ FRANCO MONTORO, André, *op. cit.*, p. 595.

assessor jurídico, ao orientarem empreendimentos, contratos, acordos e outros atos jurídicos, estão, todos, contribuindo para a modificação da realidade social.⁸⁸

A influência do Direito sobre a sociedade, pois, não ocorre somente na direção de manutenção do *status quo*; dá-se também no sentido inverso, surgindo o Direito como valiosíssimo instrumento de promoção das transformações institucionais da sociedade.

4.3.3 A PERSPECTIVA SOCIOLÓGICO-POLÍTICA COMO ÂMAGO DA APLICAÇÃO DO DIREITO

O bom Direito não prescinde de uma perfeita sintonia com o fenômeno social, pois ele deve representar o produto final do meio social, logo, não pode ser socialmente desastroso nem estar em descompasso com a realidade social para qual ele foi criado.⁸⁹

Com essas palavras, Rui Ribeiro de Magalhães demonstra, com singeleza, que a eficácia do Direito está intimamente ligada às necessidades da sociedade.

Uma visão do Direito exclusivamente sob o ângulo dogmático-normativo conduz o jurista ao legalismo puro, afastando-o da realidade, para habitar um mundo de abstrações que, frequentemente, se choca com a Justiça, produzindo sentenças consagradoras de valores dissociados dos valores do grupo a que o procedimento jurídico se destina. Isso porque o legislador tem o monopólio da lei, mas não o do Direito. “Há um Direito latente na alma do povo”⁹⁰ que nem a lei é capaz de revelar.

O povo formula o seu próprio Direito. Tendo consciência do justo e do injusto, carregando consigo uma série de valores e um senso crítico que nem mesmo a pressão ideológica sobre ele ferrenhamente exercida consegue destruir, o povo dá origem a um outro Direito diverso do Direito estatal, o qual podemos denominar Direito Popular, Direito Pré-Estatal ou Direito Paralegal, ou, ainda, Direito Espontâneo, definido por Paulo Hamilton Siqueira Jr. como o “(...) direito não organizado pelo Estado, surgindo de forma natural e dinâmica, como por exemplo, os costumes jurídicos, reações sociais e valores de justiça”.⁹¹

⁸⁸ *Ibidem*, p. 595-596.

⁸⁹ MAGALHÃES, Rui Ribeiro de, *op. cit.*, p. 18.

⁹⁰ HERKENHOFF, João Baptista, *op. cit.* (*Como aplicar o Direito*), p. 104.

⁹¹ SIQUEIRA JR., Paulo Hamilton, *op. cit.*, p. 39, nota 03.

Partindo dessa premissa, muitos autores afirmam existir mesmo uma pluralidade de Ordenamentos, na maioria das vezes, conflitantes entre si.

E, é a existência desse “folclore jurídico capaz de dar às manifestações do Direito algumas dimensões não expressas na lei”⁹², é a divergência entre os princípios impostos pela lei e os observados pela população em geral, é a “antinomia entre o ‘direito dos juristas’ e o ‘direito do povo’”⁹³, o abismo verificado entre a consciência do justo na alma do povo e a noção de justiça consagrada no texto legal, que nos faz clamar urgentemente por uma aplicação político-social do Direito.

Em tempos de constantes transformações políticas e ideológicas, quando países se agregam unindo economias, regimes absolutistas extinguem-se, nações liberam-se, o desemprego, a pobreza, a miséria e a fome espalham-se como uma verdadeira epidemia, a violência invade lares e a evolução tecnológica atinge patamares inimagináveis, somente uma ponderação sociológico-política do Direito é capaz de fazer frente à célere mutação social, ao infindável surgimento de novas necessidades humanas, à especificidade e, acima de tudo, ao ineditismo da vida.

Urge que o Direito seja encarado como um fato social; que os juristas, sobretudo os magistrados, concentrem-se naquilo que o Direito é, não naquilo que, hipoteticamente, deveria ser. É um mister atual que o juiz esteja preparado, jurídica e culturalmente, para interpretar a regra jurídica e aplicá-la em conformidade com os anseios da sociedade moderna.

Para que o jurista tenha uma visão atual do Direito é necessário que seja iniciado nas ciências sociais dentre as quais destacamos a Sociologia, pela importância que tem para o Direito, pois, hoje, não se pode formular, interpretar ou aplicar o Direito sem o conhecimento dessas ciências e, muito menos, construir a ciência jurídica, como autêntica ciência, sem uma visão sociológica.⁹⁴

De fato, a árdua tarefa de ajustar a norma à justiça do caso, o desafio de humanizar e socializar a lei, a necessidade de atender as demandas sociais de justiça, não ouvidas ou mal ouvidas pelo Legislativo, tudo isto somente será alcançado se o magistrado procurar soluções não só no campo do jurídico, mas nos quadros cultural, político, econômico e social, despindo-se do ultrapassado conservadorismo da lei e procurando incessantemente alcançar soluções mais próximas possíveis do que

⁹² HERKENHOFF, João Baptista, *op. cit.* (Como aplicar o Direito), p. 102.

⁹³ *Idem.*

⁹⁴ GUSMÃO, Paulo Dourado de *apud* MAGALHÃES, Rui Ribeiro de, *op. cit.*, p. 18-19.

chamamos Justiça. Afirma Miguel Reale: “É claro que os estudos sociológico-jurídicos são da máxima importância para o legislador e o jurista, pois é indispensável saber como os homens *estão agindo* para se estabelecer como *devem agir* (...)”.⁹⁵

A interpretação da norma jurídica em desconformidade com o bem comum e com a evolução cultural, em detrimento de valores e costumes locais, gera a irrecusável certeza de que injustiças e desigualdades sociais serão provocadas, aumentando ainda mais o descrédito e a insegurança do homem comum em relação ao Judiciário.

A sentença proferida em 2011 pelo então juiz da 1ª Vara de Família e Registro Civil da Comarca do Recife/PE, Clécio Bezerra da Silva, é exemplo irretocável da aplicação sociológico-política do Direito. Acompanhando a evolução social, o juiz de Direito sentenciou um processo de habilitação de casamento, deferindo o pedido de conversão da união estável homoafetiva entre dois homens em casamento civil. Note-se que, à época, ainda não existia a Resolução n.º 175 do Conselho Nacional de Justiça, surgida em 2013, que autoriza o casamento entre pessoas do mesmo sexo, mas apenas o reconhecimento, por parte do Supremo Tribunal Federal, da união estável homoafetiva no ordenamento jurídico brasileiro. O juiz, contudo, de forma pioneira, em absoluta consonância com a evolução dos costumes e ampla liberdade sexual, e percebendo que a sociedade não mais se escandaliza com a união afetiva entre pessoas do mesmo sexo, achou por bem conceder o direito ao instituto do matrimônio ao casal homossexual. Segue o trecho final da sentença:

(...)

Traçado esse panorama, e no cotejo do acervo fático-probatório, verifico a inexistência de qualquer irregularidade formal e/ou fatos obstativos à conversão da união estável homoafetiva em casamento, que ora se persegue.

Conforme fortemente repisado no presente corpo sentencial, a aludida pretensão encontra fundamentação: no Preâmbulo Constitucional; nos Princípios da República (art. 1º, II e III); nos Direitos e Garantias Fundamentais, quais sejam, a igualdade (art. 5º, caput, I), liberdade, intimidade (art. 5º, X) e proibição da discriminação (art. 3º, IV); no artigo 226, §§ 1º, 3º, 4º, 5º e 6º, todos, da Constituição da República; na Decisão do STF na ADI 4277 e na ADPF 132, acolhida como ADI e, por fim, na Resolução do Conselho de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas, destinada a promover a igualdade dos seres humanos, sem distinção de perfil sexual, de 17/06/2011, da qual o Brasil é signatário. Em arremate, reporto-me a um dos maiores poetas de língua portuguesa, Fernando Pessoa:

“O amor é que é essencial

O sexo é só um acidente.

Pode ser igual

Ou diferente.

O homem não é um animal:

⁹⁵ REALE, Miguel, *op. cit.* (*Lições preliminares de Direito*), p. 330.

É uma carne inteligente (...)”

À vista do exposto, presente a possibilidade jurídica do pedido (ADI 4277 e ADPF 132), observada a ausência de impedimento para contrair casamento, a livre manifestação das partes e os requisitos exigidos pelo art. 70 da Lei nº 6.015/73 e, ainda, a sentença que reconheceu a união estável mantida pelos requerentes, DECLARO CONVERTIDA EM CASAMENTO A UNIÃO ESTÁVEL EXISTENTE ENTRE A. M. P. V. E R. M. C. C., pelo regime da comunhão universal de bens, acolhendo-se o inteiro teor do que já fora anteriormente homologado judicialmente, dispensando-se, pois, o pacto antenupcial.

Por conseguinte, determino que, na lavratura da certidão de casamento conste o período da união estável de 10/10/1998 a 01/08/2011, para prevenir litígios futuros, sendo certo que este tempo anterior ao casamento continua valendo como união estável, posto que relevante para a definição dos direitos sucessórios e efeitos da meação.

Determino, por fim, que o presente ato de conversão de união estável em casamento, seja registrado no Livro B – Auxiliar, sem a indicação do nome e assinatura do presidente do ato, anotando-se no respectivo termo que se trata de conversão de união estável em casamento, com especificação do período de convivência da união estável (10 de outubro de 1998 até 01 de agosto de 2011) e a data do casamento (02 de agosto de 2011).

Os cônjuges manterão os nomes de solteiros.

Tratando-se esta sentença de ato judicial que substitui a celebração, a mesma tem efeitos imediatos. Assim, lavre-se o registro de casamento e providencie-se o necessário às averbações nos registros de nascimento dos requerentes.

Observe-se o segredo de justiça quanto aos documentos da presente habilitação.

Intimem-se os requerentes e dê-se ciência ao Ministério Público.

Registre-se.

Após as expedições necessárias, ao arquivo.⁹⁶

Não queremos mais juízes apáticos e passivos. Buscamos profissionais criativos, com “jogo de cintura”, que aceitem o grande desafio que é promover “o reencontro do Direito com o povo – um Direito para o povo – e nunca um Direito que anestesie o povo, (...)”.⁹⁷ Magistrados que evitem adotar doutrinas e teorias jurídicas desligadas de suas condicionantes sociais e políticas, possibilitando a interação do Ordenamento jurídico com os acontecimentos sociais, que sejam o elo entre as necessidades humanas reais e a letra fria e morta da lei. Juristas que tentem descobrir o Direito vivido pelo povo, que enxerguem o Direito não como um departamento isolado, mas como parte integrante da estrutura social. Juristas que sejam, antes de qualquer coisa, homens, e que, com sua sensibilidade, sejam capazes de sentir o apelo desesperado do povo.

⁹⁶ MIGALHAS. *Justiça pernambucana oficializa segundo casamento entre pessoas do mesmo sexo*. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI139654,21048-Justica+pernambucana+oficializa+segundo+casamento+entre+pessoas+do>. Acesso em: 11 de jan. 2016.

⁹⁷ HERKENHOFF, João Baptista, *op. cit.* (*Direito e Utopia*), p. 18.

A perspectiva sociológica, na aplicação do Direito, não é intrusa no mundo do jurista.

A Ciência do Direito deve acolher a visão sociológica do jurídico como legítima.

O tratamento estritamente dogmático do fato jurídico é vício metodológico consagrado pelo Positivismo.

O jurista-sociólogo não é menos jurista, mas, pelo contrário, é o verdadeiro jurista.⁹⁸

Portanto, o que desejamos é exatamente isso: que o jurista exerça também um papel social, que seja verdadeiramente um jurista-sociólogo.

4.3.4 ARGUMENTOS CONTRÁRIOS À CONCEPÇÃO DA APLICAÇÃO SOCIOLÓGICO-POLÍTICA DO DIREITO E REFUTAÇÃO DESSES ARGUMENTOS

Como não poderia deixar de ser, em razão do receio que o novo provoca, críticas logo se avolumaram, buscando obstar a atuação dos juízes como obreiros do progresso, opondo-se radicalmente à aplicação do Direito sob um prisma sociológico-político.

O principal óbice para a aplicação do Direito voltada para o social reside no fato de que com tal posicionamento estar-se-ia germinando no seio do Judiciário a semente do subjetivismo, propalando a suspensão dos valores legais pelos valores pessoais do julgador, o que importaria na ruína de todo um mecanismo de segurança jurídica traduzido na aplicação sem exceções dos textos legais.

De modo algum é isso que pretendemos. O argumento acima, também suscitado como obstáculo à aplicação axiológica do Direito⁹⁹, é facilmente refutado quando se tem em mente que toda e qualquer sentença tem sempre porção subjetiva e política; o que é perfeitamente entendível se considerarmos o Poder Judiciário como um poder dotado de ampla dimensão política.

A Doutrina Clássica, que nasceu na França e espalhou-se por grande parte do mundo ocidental, em muito marcou o Direito Positivo com sua concepção de que o juiz é apenas um mero executor da vontade do legislador, totalmente desprovido de qualquer vontade ou poder político.

No entanto, na vida real isso não acontece, nem pode mesmo acontecer dessa forma, pois não há como dissociar o Poder Judiciário dos outros poderes do

⁹⁸ *Idem.*

⁹⁹ *Vide* item 4.2.3.

Estado sob a alegação de que aquele teria exclusivamente natureza jurídica, enquanto que estes representariam o poder político.

Ora, os tribunais instituídos pelo Estado para solucionar as lides e, assim, distribuir a justiça em seu nome são depositários de autoridade pública; e, mais ainda, ao decidir, o juiz não necessita apenas da lei e da técnica jurídica, mas impescinde igualmente de um juízo político, no qual se incluem a observação da realidade social e o senso de oportunidade de sua decisão. Deve o juiz ter a capacidade de desvendar e entender os interesses em choque, para optar por proteger um deles com pleno conhecimento de causa. Como, então, tal atuação se concretizaria dentro da concepção da absoluta neutralidade do juiz? Não se nos afigura nem um mínimo de verossimilhança em tal aplicação técnico-silogística do Direito. Nesse diapasão, o jurista uruguaio Eduardo Couture afirmou:

Interpretar é, ainda que inconscientemente, tomar partido por uma concepção do Direito, o que significa dizer, por uma concepção do mundo e da vida. (...). Todo intérprete é, embora não o queira, um filósofo e um político da lei.¹⁰⁰

Para tanto, necessário se mostra que o magistrado busque auxílio na Sociologia Jurídica e nas demais ciências afins¹⁰¹, com o objetivo de descobrir a consciência de justiça do povo e verificar a harmonia ou desarmonia entre os valores dos homens e os valores da lei:

A aplicação sociológico-política, (...), não erige o subjetivismo como preceito, porque não determina que o juiz imponha seus valores pessoais na sentença. Pelo contrário, alerta-o sobre a necessidade de procurar traduzir o sentimento de justiça da comunidade, obriga-o a fazer ciência, incentiva sua capacidade de captação da alma do povo, aponta, como repositório de julgamentos, não apenas os livros de doutrina e a catalogação da jurisprudência, mas a vida, o jornal, a crônica do dia, o rosto da rua, o perfil dos barracos, as filas de ônibus, as crianças famintas.¹⁰²

Ademais, o sistema do Duplo Grau de Jurisdição verificado no Direito Processual vigente, permitindo que todo julgado seja revisto pela instância recursal, que é, via de regra, o tribunal hierarquicamente superior ao prolator da decisão recorrida, e o Princípio do Livre Convencimento Motivado consagrado

¹⁰⁰ COUTURE, Eduardo Juan. *Interpretação das leis processuais*. São Paulo: Max Limonad, 1956, p. 23 (Coleção Philadelpho).

¹⁰¹ Posicionamento fortemente defendido pelo Pragmatismo Jurídico, conforme se verá mais adiante.

¹⁰² HERKENHOFF, João Baptista, *op. cit.* (*Como aplicar o Direito*), p. 110.

constitucionalmente no art. 93, IX, da Carta Magna promulgada em 05 de outubro de 1988, determinando que todas as decisões do Poder Judiciário sejam obrigatoriamente fundamentadas, são mecanismos que sempre estarão a prevenir eventual subjetivismo exacerbado no ato de aplicação do Direito, afastando, assim, as arbitrariedades que, infelizmente, por vezes, ainda teimam em fazer-se presentes em nossos tribunais.

Quanto à segurança, não há dúvidas de que uma das maiores funções do Direito é preservá-la. Contudo, o Direito tem papel muito mais nobre: buscar a Justiça, que é valor em muito superior à segurança.

Assim sendo, não se há de conceber que, em nome da segurança, injustiças sejam aclamadas. A segurança não deve e nem pode ser elevada ao posto de valor supremo, preterindo a Justiça, fim maior do Direito.

Além do mais, ao se falar na segurança que a lei garante, está-se tão somente mencionando uma segurança de uns poucos, de vez que o que a lei defende verdadeiramente são os interesses das classes que a fizeram, ou que tiveram papel preponderante na sua feitura. Realidade às vezes camuflada, mas bastante real, é a que demonstra que os detentores do poder econômico e do poder político são muito mais amparados pelo Direito legislado do que os demais membros da sociedade.

Dessa forma, aproximar o Direito da realidade grupal geral pode diminuir a tensão entre o Direito estatal e o Direito social. E pode mais: a aplicação sociológico-política do Direito tem o poder de contribuir para a segurança, não em favor de alguns, mas em favor de todos. “O princípio de certeza do Direito, posto em razão dos valores da ordem e da paz, não pode ser motivo de injustiça, nem é incompatível com a concepção dinâmica da ordem jurídica”.¹⁰³

Outra objeção à concepção de uma aplicação do Direito compromissada com a realidade social reside no fato de que a compatibilização do Direito com os fenômenos sociais seria tarefa do legislador, a promovê-la mediante reformas legislativas, e não do juiz.

Com absoluta certeza, é monopólio do legislador o encargo de elaborar as leis. Do mesmo modo, somente a ele é dado poder para revogá-las. Porém, atitude mais correta não há por parte do juiz, que a sua iniciativa de afastar a aplicação de um dispositivo normativo perante um caso concreto, quando constatar que essa

¹⁰³ REALE, Miguel, *op. cit.* (*Teoria do Direito e do Estado*), p. 313.

aplicação produziria injustiça, feriria a consciência jurídica do povo, desaguaria na descrença geral no Judiciário.

Isso porque a lei fixa apenas a diretriz geral, não descendo até cada situação concreta, das infinitas que constantemente surgem no imprevisível cotidiano da vida. E nem teria como ser diferente: seria absurdo exigir do legislador que previsse uma a uma as relações intersubjetivas que a cada novo dia despontam no meio social. Assim é que, inevitavelmente, a lei sempre estará a reboque das mudanças sociais, sempre um passo atrás da realidade mutante da sociedade.

Outrossim, o processo de reforma legislativa, assim como o de criação das leis, é lento, provocando um desajuste entre o sistema normativo e o quadro social. Não se pode admitir que a morosidade da reforma das leis impeça a flexibilidade que o Direito há de ter para acompanhar a vida social.

Em meio a essa problemática, entra em cena, então, o magistrado, como parte fundamental do processo de adaptação da lei geral e abstrata, e, muitas vezes, atrasada face ao caso concreto, defasada em relação à sociedade sempre muito dinâmica, permitindo que seja obtida a decisão mais adequada, a mais justa.

(...) não é mais possível sustentar a necessidade da disjunção impeditiva da valorização da ordem jurídica pelo jurista. E nem há como vedar a criação limitada e responsável do direito pelo juiz como forma de diminuir essa perigosa distância entre as leis e os fatos sociais.¹⁰⁴

E mais: quem melhor do que o juiz, em especial o de primeira instância, que é testemunha ocular da angústia, da dor, do desespero, do sofrimento do povo – que os processos apenas timidamente refletem –, para humanizar e atualizar a lei? Quem é mais indicado para adaptar a lei às necessidades emergentes da sociedade do que o juiz que sente e vive o fato?

A necessária aplicação sociológico-política do Direito é também criticada por não serem os juízes eleitos pelo povo, diferentemente dos representantes dos Poderes Legislativo e Executivo, o que não conferiria aos integrantes do Judiciário capacidade de traduzir as aspirações populares.

¹⁰⁴ AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Aplicação do Direito e contexto social*. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 152.

Num Estado democrático de Direito como o nosso, em que “todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, (...)”¹⁰⁵, realmente, a um primeiro olhar, considera-se que deveria ser adotado o sistema de eleição de juízes para assegurar que tivessem uma representatividade popular. Entretanto, esse não poderia ser critério único, uma vez que tal cargo reclama qualificação técnico-jurídica, a qual é muito mais bem apurada através de concurso de provas e títulos, como ocorre no Direito Brasileiro nos dias atuais, o que, porém, não impede que sejam os juízes tradutores das aspirações populares.

A necessidade de juízes de elevada qualificação é uma constante se reconhecermos que esses profissionais carregam o ofício de adaptar a lei aos diversos matizes da vida em sociedade.

Juízes despreparados conduzem ao caos judicial e social. A ausência de qualificação do magistrado necessariamente implica na sua impotência diante da administração da Justiça, pois “se o juiz falha, não é a lei que o salvará”.¹⁰⁶

¹⁰⁵ Art.1º, parágrafo único, da Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1988.

¹⁰⁶ HERKENHOFF, João Baptista, *op. cit.* (Como aplicar o Direito), p. 115.

Capítulo 5 PRAGMATISMO E APLICAÇÃO DO DIREITO

5.1 OS MÉTODOS TRADICIONAIS E A BUSCA DE UM NOVO MODELO

Desde sua criação na Antiguidade aos dias atuais, o Direito passou por diversas fases e foi estudado por diferentes modelos teóricos que tentaram explicar o sistema jurídico e aplicá-lo da melhor forma na busca de soluções pacíficas para os conflitos de interesse.

O pensamento jurídico ocidental tem sua tradição na distinção entre direito natural e direito positivo. Na Antiguidade, Aristóteles já fazia essa distinção, usando a ideia de que o direito natural é aquele que existe em função da ordem natural das coisas, tendo a mesma eficácia em toda parte; e o direito positivo ganharia eficácia a partir de sua positivação através de normas nas diferentes comunidades políticas. Essa distinção importaria em dizer que o direito natural seria imutável e universal, enquanto que o positivo seria limitado por tempo e espaço.

Na Idade Média, a grande influência do Direito Romano sedimenta a ideia de que o *jus gentium*, que seria o direito natural, se torna *jus civile* ou *Lex humana* a partir de um processo lógico silogístico.

Já na Idade Moderna, o direito natural passa a ser entendido como um conjunto de princípios conforme a natureza humana e comandados por Deus, sendo assim, por si mesmos, obrigatórios ou lícitos. O direito positivo, por seu turno, derivaria do poder do Estado, este que seria umas das instituições com poder de ditá-lo, ao lado da família e da comunidade internacional.¹

A importância que passaram a ter os ordenamentos positivados levou à crença de que o discurso jurídico teria que ser construído com base na ideia da incidência automática da norma jurídica, infalível que seria na sua função de “dizer” o Direito.

Difundiu-se amplamente, então, a ideia de que aplicar o Direito na busca de decisões judiciais seria um mero exercício de subsunção, sem levar em conta ser ele um processo complexo que tem por base, sim, o texto legal, mas que esse só produz efeito se direcionado às situações específicas do caso concreto.

¹ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Trad. Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 2006, p. 17-21.

Para essa concepção, o direito natural serviria como uma essência do sistema normativo, mas somente seria considerado autêntico no sentido técnico-jurídico, isto é, só ganharia reconhecimento, se positivado no texto legal, de onde se infere o fortíssimo caráter metafísico daquela. Até então, os debates giravam em torno da possibilidade de atingimento de uma verdade absoluta ao se alcançar a essência da coisa, quando, então, o ser humano tomaria conhecimento da realidade.²

A essa altura, vale registrar a importância do giro linguístico para a construção de um marco teórico com a proposição de que o discurso jurídico não se deve guiar por uma essência. Ao promover esse rompimento, cria condições favoráveis para o aparecimento de uma corrente chamada Neopositivismo Lógico, que – ao abandonar o conceito kantiano de racionalidade metafísica, transcendental, para entender a razão como um modo lógico de lidar com a linguagem – pretendia fosse o conhecimento embasado na experimentação e na observação, com isso buscando uma linguagem ideal que pudesse solucionar as questões atinentes a problemas linguísticos.

Os fatos que ocorrem no mundo são retratados pelos fatos sígnicos da linguagem ou projetados no espaço lógico como fatos ou estados de coisa. Nesses termos, a decisão que antes poderia ser justificada internamente por uma razão transcendente, agora é fundamentada por um ato de vontade, como é possível perceber na obra de Hans Kelsen (adepto, diga-se de passagem, do Neopositivismo lógico).³

Percebe-se, portanto que, o Neopositivismo Lógico, desenvolvido pelo expressivo Círculo de Viena – como ficou conhecido um grupo heterogêneo de filósofos e cientistas coordenados por Moritz Schlick, que assumiu corpo e expressividade na cidade de Viena, entre os anos de 1922 e 1936 –, tem sua base fundante no pensamento empírico tradicional associado ao desenvolvimento da lógica moderna. Reduzindo a Epistemologia à Semiótica (teoria geral dos signos), os neopositivistas lógicos defendiam ser a linguagem o instrumento por excelência do saber científico, entendendo a ciência como linguagem rigorosa que verte os dados do mundo. Nesse sentido, aludia Luis Alberto Warat:

² STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 6. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 157.

³ MOURA, Bruno Emanuel Tavares de. A incidência jurídica sob a perspectiva de um discurso jurídico pragmático. In: FALCÃO, Clóvis; NÓBREGA, Flavianne; BASTOS, Ronaldo (org.). *Pragmatismo Jurídico: fundamentos e métodos de uma doutrina interdisciplinar*. Estudos em homenagem ao Prof. George Browne Rego. Recife: UFPE, 2014, p. 120.

Nesta perspectiva, a primeira idéia que devemos reter do Positivismo Lógico é a sua obsessiva preocupação com a linguagem da ciência: a ciência se faz com a linguagem, mas, em última instância, é a própria linguagem. Desta forma, a compreensão coerente e sistemática do mundo é obtida através da linguagem.⁴

Ao adotar essa teoria descritiva da ciência, os neopositivistas refutavam quaisquer questões oriundas da axiologia, eliminando todo momento teleológico do conhecimento, que seria necessariamente desideologizado⁵. Os valores, por serem relativos e provenientes do subjetivismo humano, não poderiam ser objetivamente comprovados, motivo pelo qual não se inseririam no trato científico.

Em outras palavras: ao se valerem dos estudos semióticos – para a Semiótica, há três níveis de análise dos signos: a sintática (relação dos signos com signos), a semântica (relação dos signos com o objeto que representam) e a pragmática (relação dos signos com o emissor e o receptor da mensagem) –, o neopositivistas lógicos concebiam uma linguagem ideal para as ciências empobrecida no plano pragmático, conquanto exigissem riqueza dos demais planos.⁶

Percebe-se, portanto, que, se por um lado, o Neopositivismo Lógico rechaça os dualismos da metafísica clássica até então dominantes⁷ e, conforme já dito, insuficientes enquanto paradigma para o Direito, por outro, ao negligenciar o fator axiológico, acaba também não satisfazendo a contento o posto de modelo teórico apto a explicar o Sistema Jurídico.

Nesse sentido, Jürgen Habermas afirma com bastante propriedade:

Não obstante, mesmo depois da virada linguística, o *mainstream* da filosofia analítica se ateve ao primado da proposição enunciativa e de sua representação. (...) a filosofia analítica deu continuidade à teoria do conhecimento por outros meios. Como sempre, as questões da teoria da comunicação e da ação, da moral e do direito foram consideradas de segunda ordem.⁸

⁴ WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*. 2. ed. aum., 2. versão, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1995, p. 38.

⁵ Posicionamento absolutamente antagônico em relação aos ideais pragmatistas, como se verá a seguir.

⁶ CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário: linguagem e método*. 4. ed., São Paulo: Noeses, 2011, p. 28.

⁷ HELFER, Inácio; STEIN, Leandro Konzen. Kelsen e o trilema de Münchhausen. *Sequência: Revista do Curso de Pós-graduação em Direito da UFSC*. Ano 29, vol. 30, n. 58, jul. 2009. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2009v30n58p47/13607>. Acesso em: 10 de jan. 2016, p. 69.

⁸ HABERMAS, Jürgen. *Verdade e Justificação: ensaios filosóficos*. Trad. Milton Camargo Mota. 2. ed., São Paulo: Loyola, 2009, p. 09-10.

Enfatiza a insuficiência dos ideais neopositivistas para a análise do Direito o dizer de Eduardo García Máynez:

La eliminación del momento teleológico convierte los conceptos que el jurista maneja en categorías puramente formales. El método que emplea, adverso a toda concepción finalista, parte del supuesto de que la teoría jurídica ha de limitarse al examen de la forma de los objetos, con cuyo contenido se ocupan tanto la sociología como las disciplinas histórico-políticas. Aun cuando aquella teoría referida al derecho como un todo, conviene tener conciencia de que su método sólo le permite aprehender una parte o aspecto de esa realidad.⁹

Observa-se, pois, que, de qualquer modo, uma teoria formalista do Direito não se viu apta a apresentar respostas satisfatórias à sociedade no que concerne à aplicação daquele, tampouco a proteger certos direitos de maneira adequada.

Métodos tradicionais saturados: qual a alternativa? Ter consciência de que verdades absolutas não existem e que a verdade é a de cada caso concreto. Ou, em outras palavras: adotar um paradigma que entenda que o Direito não se subsume à racionalidade das leis da lógica e que o discurso jurídico não é, e não pode ser, construído com base apenas na ideia da incidência automática e infalível da norma jurídica.

Entendemos que a solução estaria na adoção de uma hermenêutica, segundo a qual: (...) o processo de significação deixa de ser, simplesmente, um ato de revelação de sentido para uma verdadeira construção deste, de modo a se considerar não só o texto, mas o interlocutor e sua forma de vida.¹⁰

Esta nova hermenêutica, a nosso ver, somente é possível através da adoção de uma postura pragmática.

5.2 O MODELO JURÍDICO-PRAGMÁTICO

O Pragmatismo, indiscutivelmente a maior contribuição norte-americana para a filosofia universal, foi um movimento filosófico surgido entre o final do século XIX e

⁹ A eliminação do momento teleológico torna os conceitos que o jurista utiliza em categorias puramente formais. O método utilizado, avesso a toda concepção finalista, parte do pressuposto de que a teoria do Direito deve limitar-se ao exame da forma dos objetos, com cujo conteúdo se ocupam tanto a sociologia como as disciplinas histórico-políticas. Mesmo que essa teoria se refira ao direito como um todo, deve-se ter consciência de que seu método só permite captar uma parte ou aspecto dessa realidade. (tradução nossa). MÁYNEZ, Eduardo García. *Algunos aspectos de la doctrina kelseniana*: exposición y crítica. México: Porrúa, 1978, p. 29.

¹⁰ MOURA, Bruno Emanuel Tavares de, *op. cit.*, p. 116.

início do século XX, cujas bases foram cunhadas por Charles Sanders Peirce¹¹ e que tomou forma através dos estudos do chamado Clube Metafísico de Boston (o nome era claramente uma ironia¹²), fundado em 1872 e extinto no mesmo ano, que tinha como mais importantes membros, além de Peirce, o futuro juiz da Suprema Corte Oliver Wendell Holmes Jr. e o filósofo e psicólogo William James, considerado o pai da Psicologia Americana Moderna.¹³

Buscando a ascensão do conhecimento científico à realidade, o Pragmatismo tem por princípio a avaliação das ideias e ações a partir de suas consequências, de modo que apenas essas consequências estariam aptas a atribuir-lhes o seu efetivo significado. Traduzindo com maestria essa máxima pragmática, George Browne Rego explica:

Essa relação entre o método científico e o Pragmatismo tem por objetivo determinar o significado dos conceitos numa perspectiva hipotético-experimentalista. Para sistematizar essa formulação pragmática acerca dos significados das nossas concepções intelectuais, Peirce afirma que tais significados devem ser submetidos ao teste da experiência, recomendando que devem ser consideradas todas as consequências práticas que poderiam ser concebíveis acerca do sentido dessa mesma concepção. Portanto, para ele, o somatório de todas essas consequências práticas constituirá a síntese conceitual que se pretende conhecer.¹⁴

“O propósito do Pragmatismo (...) é, isto sim, introduzir uma nova ordem conceitual e metodológica que esteja apta a lidar com práticas hábeis a dar conta de forma mais funcional e realista dos desafios oriundos do mundo da experiência”.¹⁵ Assim, toda investigação filosófica ou científica necessariamente estaria vinculada à experiência do mundo real e suas repercussões práticas.

¹¹ MURPHY, John. *O Pragmatismo: de Peirce a Davidson*. Trad. Jorge Costa. Portugal: Edições Asas, 1993, p. 15.

¹² A repugnância pelos dualismos metafísicos era tamanha entre os estudiosos do grupo que, em certo momento, Peirce chega a afirmar: “Todos os pragmatistas estarão ainda de acordo que o seu método de apurar os significados das palavras e conceitos não é outro senão o método experimental, através do qual todas as ciências bem-sucedidas (entre as quais ninguém, no seu estado normal, incluirá a metafísica), alcançaram os graus de certeza que hoje em dia as caracterizam; (...)”. PEIRCE, Charles Sanders. Um esboço do pragmatismo. In: _____. *Antologia Filosófica*. Trad. Antônio Machuco Rosa. Lisboa: Imprensa Nacional Casa da Moeda, 1998, p. 141 (Coleção Estudos Gerais – Clássicos de Filosofia). (grifo nosso).

¹³ MENAND, Louis. *The Metaphysical Club: a story of ideas in America*. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2001, p. 226, 274.

¹⁴ REGO, George Browne. O pragmatismo de Charles Sanders Peirce: conceitos e distinções. In: *Anuário dos cursos de pós-graduação em Direito*. Recife: Editora Universitária da UFPE, n. 13, 2003, p. 241.

¹⁵ REGO, George Browne; NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt. O pragmatismo e a análise lógica das consequências na decisão do Supremo Tribunal Federal acerca da exigibilidade do exame de ordem. In: _____. (org.). *Princípios e Pretores: Política e Direito sob a ótica dos Pedidos de Suspensão – Pragmatismo e Decisão em Pedidos de Suspensão*. Recife: Editora Universitária da UFPE, 2012, vol. 1, p. 60.

Dessa feita, concebido como um método de elaboração teórica de pensamento, o Pragmatismo sustenta-se na pressuposição de uma lógica retirada da experiência, a lógica pragmática ou instrumental¹⁶, rejeitando, portanto, a tradicional lógica silogística ou aristotélica.

Como principais características do método pragmático, reconhecem a maior parte dos estudiosos do tema, o antifundacionalismo, o consequencialismo e o contextualismo. A primeira consiste na rejeição de asserções absolutas previamente concebidas, estáticas, perpétuas e imutáveis, como alicerce do pensamento e do conhecimento.

Tendo em vista que, os conceitos intelectuais, de acordo com o método pragmático, não são definitivos, mas dinâmicos e abertos, porque extraídos das consequências práticas previsíveis, o seu número é indefinido e sua aferição probabilística, portanto, estando impregnados de falibilidade. Se, é relativa a verdade nessa acepção, os conceitos, por seu turno, estariam permanentemente aptos a um interminável aperfeiçoamento e refinamento dos seus significados.¹⁷

Neste sentido, o antifundacionalismo de Peirce muitas vezes se converte em falibilismo, na medida em que a inesgotabilidade do processo investigatório faz com que cada tentativa de conclusão seja antes uma nova fonte de informação passível de colocar a investigação novamente em marcha, revisando e corrigindo a si mesma permanentemente.¹⁸

A segunda característica, o chamado consequencialismo, manifesta-se na acepção de que a avaliação de ações e proposições deve se dar através da investigação de suas decorrências atuais e de possibilidades contrafactuais, isto é, das consequências atuais e futuras.¹⁹

E a última, o contextualismo, importa em conferir a necessária relevância aos aspectos culturais, que não podem e não devem ser apartados do processo de investigação filosófica ou científica. Isso porque, segundo Peirce, as capacidades de adaptação e transformação são o que definem o âmago da mente, de modo que o

¹⁶ REGO, George Browne. O pragmatismo como alternativa à legalidade positivista: o método jurídico-pragmático de Benjamin Nathan Cardozo. *Revista Dac In Altum*. Caderno de Direito, vol. 1, n. 1, jul-dez.2009, p. 42.

¹⁷ *Ibidem*, p. 45.

¹⁸ PROGREGINSCHI, Thamy. *Pragmatismo: teoria social e política*. São Paulo: Relume Dumará, 2005, p. 38.

¹⁹ FOSCHIANI, Clayton. O legado de William James. *Cognitio-Estudios: Revista Eletrônica de Filosofia*. São Paulo, vol. 7, n. 2, jul-dez.2010. Disponível em: <http://revistas.pucsp.br/index.php/cognitio/article/view/3857/3017>. Acesso em: 30 de out. 2015, p. 238-239.

ambiente sociocultural seria a principal variável explicativa das configurações da personalidade do ser humano.²⁰

Percebem-se esses três traços do Pragmatismo no dizer de Richard Posner, talvez o maior expoente da proposta pragmática no mundo contemporâneo:

Mas o verdadeiro interesse do pragmatista não está na verdade; mas sim nos fundamentos sociais da crença (“atestabilidade garantida”). Essa mudança de direção não torna o pragmatista necessariamente um inimigo da ciência (há um grande desacordo, dentro do pragmatismo, sobre que atitude tomar perante a ciência), mas faz com que a ênfase, ao pensar-se a ciência, desloque-se do descobrimento das leis eternas da natureza para a formulação de teorias movidas pelo desejo dos seres humanos de prever e controlar seu ambiente natural e social.²¹

Introduzindo a abdução como nova modalidade de inferência ou razão discursiva e dando a ela significativa importância, sem, no entanto, descartar as racionalidades dedutiva e indutiva, Peirce centra todo o seu trabalho lógico na ideia de formação criativa de hipóteses. A abdução traduz-se, assim, como um método de compreensão da inferência mental que ocorre no processo de descoberta.

Para Peirce, a inferência abdutiva é:

(...) o ponto de partida de qualquer pesquisa, motivada por uma dúvida real, que torna possível a criatividade no processo científico e projeta as consequências concebíveis do significado de algo para o futuro. A abdução é preparatória, é o primeiro passo da investigação científica; enquanto a indução é o último estágio.

A abdução seria, então, o caminho para a introdução e descoberta de novas ideias, em oposição às formas de inferência por dedução e indução. Enquanto a indução se desenvolve sobre o que já se tem conhecimento, a abdução é livre para dar saltos na imaginação. Desse modo, a própria natureza da abdução é ser um raciocínio criativo, possibilitando a originalidade no processo de investigação científica. As grandes ideias e descobertas na ciência são alcançadas pela abdução, que consiste em estudar os fatos e inventar uma teoria (hipótese) para explicá-los.²²

Portanto, seguindo a lógica abdutiva do método pragmatista, para se encontrar a explicação de um dado problema, deve-se buscar uma hipótese ou conjectura, da qual são inferidas consequências que possam ser testadas

²⁰ PEIRCE, Charles Sanders. Pragmatism: a philosophy of science. Values in a universe of chance. In: *Selected writings of Charles S. Peirce*. Nova York: Doubleday Anchor Books, 1958, p. 91 e ss.

²¹ POSNER, Richard Allen. *Para além do Direito*. Trad. Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 412-413.

²² REGO, George Browne; NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt, *op. cit.*, p. 68-69.

experimentalmente. Trata-se, pois, de verdadeiro trabalho de *guessing*²³, posto envolver forte caráter adivinhatório e, neste sentido, inventivo, porque baseado em suposições e conjecturas.

Considerando o elemento lógico, justamente a inferência, mas dando ênfase ao elemento psicológico do *insight* criativo, a abdução aproximar-se-ia bastante da intuição do artista e da atitude investigativa do cientista que, como bem ensina Marilena Chauí, “antes de iniciarem seus trabalhos, só contam com alguns sinais que indicam pistas a seguir”²⁴.

Descrevendo-a como instinto da razão²⁵, Peirce defende que a abdução pressupõe um certo volume de trabalho prévio do investigador, sofrendo nítida influência dos pensamentos anteriores, já que, no raciocínio pragmatista, o estímulo para adivinhar deriva da provocação que a experiência ocasiona²⁶, isto é, “a sugestão (hipótese), o estalo na cabeça, é despertada pela inquietação (dúvida de Peirce) e depende primeiramente da experiência pessoal”²⁷. É, em suma, uma lógica viva do pensamento.²⁸

Vale salientar, porém, que nenhuma inferência por si mesma é condição suficiente para a construção do conhecimento, devendo as conclusões abduativas ser devidamente testadas, conforme alerta Giovanni Tuzet:

A warning must be taken. According to Peirce's inferential methodology, no inference by itself is a sufficient condition of knowledge: abductive conclusions in particular need to be tested by further inferential steps (a deductive determination of their conceivable factual consequences, an inductive procedure of testing those consequences). So, in particular, the 'fact-finding question' is in the main an abduction but not an abduction only.²⁹

Uma tal orientação filosófica teve repercussão na seara jurídica. De fato, desde a origem do Pragmatismo Filosófico com o Clube Metafísico, já se verificava

²³ TURRISI, Patricia. Peirce's Vera Causa of Guessing. *Cognitio Revista de Filosofia*. São Paulo: PUC-SP/EDUC, vol. 6, n. 2, jul-dez.2005, p. 255-264, *passim*.

²⁴ CHAUÍ, Marilena. *Convite à Filosofia*. São Paulo: Ática, 2000, p. 83.

²⁵ SANTAELLA, Lucia. *O método anticartesiano de C. S. Peirce*. São Paulo: UNESP, 2004, p. 104.

²⁶ PEIRCE, Charles Sanders. Três tipos de raciocínio. In: _____. *Semiótica*. Trad. José Teixeira Coelho Neto. 4. ed., 2 reimpr., São Paulo: Perspectiva, 2015, p. 221.

²⁷ REGO, George Browne; NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt, *op.cit.*, p.75.

²⁸ *Ibidem*, p. 73.

²⁹ Um alerta precisa ser feito. De acordo com a metodologia inferencial de Peirce, nenhuma inferência por si mesma é condição suficiente para o conhecimento: conclusões abduativas precisam ser testadas pelos seguintes passos inferenciais (uma determinação dedutiva de suas possíveis consequências fáticas, um procedimento indutivo de testar essas consequências). Então, em especial, a ‘questão de achar o fato concreto’ é uma abdução, mas não apenas isso. (tradução nossa). TUZET, Giovanni. Legal Abductions. In: BOURCIER, D. *Legal knowledge and information systems*. Jurix 2003: The Sixteenth Annual Conference. Amsterdam: IOS Press, 2003, p. 42.

essa aproximação do Pragmatismo e do Direito nas proposições dos juristas Oliver Wendell Holmes Jr. e Nicholas St. John Green³⁰. Um pouco mais tarde, John Dewey – outro importante nome do Pragmatismo –, em que pese não fosse jurista de formação, também promove essa associação entre os ideais pragmatistas e o universo jurídico em seus ensaios, em especial naquele intitulado *Logical Method and Law*³¹. Sem falar no Realismo Jurídico ou Jurisprudência Sociológica³², preconizado por Benjamin Nathan Cardozo, Oliver Wendell Holmes Jr. – à essa altura já juiz da Suprema Corte Norte-Americana – e Roscoe Pound, e levado a cabo por Jerome Frank, William Douglas, Karl Llewellyn, Max Radin, entre outros³³. A partir da década de 1980, sob a influência de um repaginado Pragmatismo, fruto do trabalho de Richard Rorty, verifica-se o surgimento do que poderíamos chamar de Escola Neopragmatista do Direito, da qual fazem parte Richard Posner, Thomas Grey, Martha Minow, Philip Frickey³⁴ e, quiçá – como aponta Posner – Ronald Dworkin³⁵.

Dando ensejo à formação de um pensamento jurídico voltado para a busca da melhor solução – que, para o pragmatista, será sempre aquela que atenda às necessidades e expectativas humanas e sociais, já que “a causa final do direito é o bem-estar da sociedade”³⁶ –, o Pragmatismo passa, então, a orientar a atividade judicial.

Refutando o imperialismo do sistema lógico-dedutivo que se pretendeu instituir paradigmaticamente como o único e infalível modelo para a solução dos conflitos judiciais, tem-se uma nova proposta metodológica para a compreensão e

³⁰ REGO, George Browne; NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt, *op.cit.*, p. 65, nota 3.

³¹ POSNER, Richard Allen, *op. cit.*, p. 410.

³² *Vide* itens 3.4.6 e 3.4.7.

³³ POSNER, Richard Allen, *op.cit.*, p. 410.

³⁴ REGO, George Browne; NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bittencourt, *op. cit.*, p. 65, nota 3.

³⁵ POSNER, Richard Allen, *op. cit.*, p. 411. Apesar de sua hostilidade escancarada ao Pragmatismo, considerado por ele um ceticismo que em nada contribui para o Direito, Ronald Dworkin frequentemente é rotulado de pragmatista pelos próprios autores dessa corrente. Isso porque, sua teoria de direito como integridade parece constituir-se em uma síntese de duas perspectivas oponentes: retrospectivamente, o convencionalismo, e prospectivamente, o pragmatismo. Apesar de defender a necessidade de consistência com a história, isto é, a necessidade de conformação da atividade judicativa com o passado, com a tradição – o que não se verifica no pragmatismo jurídico, em que apenas as consequências do julgamento importam ao juiz pragmatista, que, portanto, não tem o dever de apelar ao passado, somente o fazendo estrategicamente, se isso importar em atingir o melhor resultado, a melhor decisão a atender as necessidades sociais –, é possível verificar um traço consequencialista na teoria dworkiniana, especialmente ao confrontar o Juiz Hércules (metáfora de Dworkin, para designar o juiz que opera a partir de sua concepção de direito como integridade) com os chamados *hard cases*, quando, então, Dworkin admite que o juiz deva decidir com base nos precedentes judiciais, o que implica em atribuir aos mesmos força gravitacional em face da importância que terão em julgamentos futuros. EISENBERG, José; POGREBINSCHI, Thamy. Pragmatismo, Direito e Política. *Novos Estudos*. CEBRAP, n. 62, mar.2002, p. 113-115.

³⁶ CARDOZO, Benjamin Nathan. *A natureza do processo e a evolução do Direito*. Trad. Lêda Boechat Rodrigues. 3. ed., Porto Alegre: Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, 1978, p. 89 (Coleção AJURIS).

solução do problema jurídico, na qual as normas jurídicas passam a ser vistas como instrumentais, ou seja, como meios adaptados a um fim.

O cotejo entre as possíveis hipóteses de solução de um caso específico e as respectivas consequências de ordem prática que podem ensejar no contexto social é o que deve orientar a aplicação do Direito. Os juízes pragmatistas, portanto, operam através de um método comparativo-consequencialista, explicado por George Browne Rego, ao afirmar que “(...) o juiz (...) deve valer-se, isto sim, das suas inferências pragmáticas produto da análise das circunstâncias de cada caso e seus possíveis efeitos, para chegar a alguma solução para os problemas”³⁷. Nesse sentido, ensina Posner que, à teoria da interpretação deve, portanto, ser dada uma abordagem pragmática “(...) na qual, reconhecendo a natureza problemática da interpretação das leis, os juízes orientem suas decisões pelas consequências destas (...)”³⁸. E é justamente essa antecipação dos possíveis efeitos da decisão que dará ao operador do Direito a vazão para buscar em outras fontes de conhecimento, que não apenas a jurídica, os fundamentos para a sua decisão.

A exegese integradora dos fatos e consequências sociais decorrentes da aplicação do Direito típica do Pragmatismo propõe uma nova forma de pensar o conhecimento jurídico a partir do contexto da descoberta, rompendo com os parâmetros tradicionais da sistemática jurídica convencional, em que apenas o contexto da justificação é considerado – já que, sob a ótica formalista, o que importaria ao Direito seria apenas “dar boas razões justificatórias em defesa das reivindicações e decisões apresentadas”³⁹, ao que o silogismo dedutivo se presta a contento –. Assim, para o Pragmatismo, o processo decisório acontece abduativamente, pois:

(...) quando o juiz entra em contato com o problema é inquietado de modo a gerar um estado de dúvida no sentido pragmatista, ele age antecipando, mesmo que inconsciente, sua sentença (conclusão), a partir de suas consequências concebíveis. Esse estalo na mente, capaz de intuir a conclusão opera pela abdução criativa.⁴⁰

Sobre a questão, Giovanni Tuzet afirma:

³⁷ REGO, George Browne, *op.cit.* (*O pragmatismo de Charles Sanders Peirce: conceitos e distinções*), p. 251.

³⁸ POSNER, Richard Allen, *op. cit.*, p. 423.

³⁹ MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do Direito*. Trad. Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 19.

⁴⁰ REGO, George Browne; NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt, *op. cit.*, p. 71-72.

The outcome of a legal process can be determined by a judicial inferential process stating with a projectual abduction. The judge selects a social value to be realized, seeks for the best means to attain it and then decides the case consequently.⁴¹

Esse caráter abduutivo do Direito salta aos olhos na irretocável comparação que o filósofo e jurista italiano Francesco Carnelutti faz entre essa ciência e a Arte:

A Arte, como o Direito, serve para ordenar o mundo. O Direito como a Arte, estende uma ponte do passo ao futuro. O pintor, quando escrutava o rosto de minha mãe, para pintar o retrato que, mais que qualquer outra obra, me mostrou o segredo da Arte, não fazia mais que adivinhar. E o juiz, quando escruta do rosto do acusado a verdade de sua vida, para saber o que deve a sociedade fazer dele, nada mais faz que adivinhar. A dificuldade e a nobreza, o tormento e o consolo do Direito, como da Arte, não podem ser representados melhor do que com esta palavra!⁴²

Os juízes pragmatistas, portanto, fazem o Direito, e não apenas o declaram. “O juiz é, ele próprio, um criador de direito e, portanto, capaz de dirigi-lo no sentido da maior utilidade social. O processo, em seu apogeu, não é descobrimento, mas criação”⁴³.

Toda decisão jurídica, em última análise, mesmo que aparentemente reproduza, ou não, algo que está na lei é, em certa medida criativa, considerando-se a sua natureza pragmática na qual as expectativas sobre possíveis ocorrências futuras, transcendem as limitações estáticas do corpo normativo.⁴⁴

(...) o ato de subordinação ou subsunção do fato à norma não é um ato reflexo e passivo, mas antes um ato de participação criadora do juiz, com a sua sensibilidade e tato, sua intuição e prudência, operando a norma como substrato condicionador de suas indagações teóricas e técnicas.⁴⁵

Os principais criadores do direito podem ser e, frequentemente são, os juízes (...). Toda vez que interpretam um contrato, uma relação real ou as garantias do processo e da liberdade, emitem, necessariamente, no ordenamento jurídico, partículas de um sistema de filosofia social; com essas

⁴¹ O resultado de uma ação judicial pode ser determinado por um processo judicial inferencial iniciado com uma abdução. O juiz escolhe um valor social para ser realizado, procura o melhor meio de fazê-lo, e conseqüentemente estaria decidindo o caso. (tradução nossa). TUZET, Giovanni. Projectual Abduction. *Logic Journal of the IGPL*. Vol. 14, issue 2, mar.2006. Disponível em: <http://jigpal.oxfordjournals.org/content/14/2/151.abstract>. Acesso em: 10 de jan. 2016, p. 158.

⁴² CARNELUTTI, Francesco. *Arte do Direito*. Trad. Hebe A. M. Caletti Marengo. Campinas: Edicamp, 2003, p. 12-13.

⁴³ CARDOZO, Benjamin Nathan, *op. cit.*, p. 17.

⁴⁴ REGO, George Browne, *op. cit.* (*O pragmatismo de Charles Sanders Peirce: conceitos e distinções*), p. 251.

⁴⁵ REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. 27. ed. ajustada ao novo Código Civil, São Paulo: Saraiva, 2002, p. 302.

interpretações de fundamental importância, emprestam direção a toda atividade de criação do direito.⁴⁶

Desse modo, dando ênfase à ótica comportamental do juiz – que passa a ser o personagem principal do universo jurídico, em detrimento da lei –, o Pragmatismo entende a aplicação do Direito como a atividade de um ser comprometido com a intervenção que faz na realidade social e que, por ser humano, tem suas tendências e aspirações – sem, no entanto, fazê-lo de forma arbitrária, mas, conforme já dito, sempre mediante sua habilidade de olhar para o futuro, ciente das consequências que seu julgamento poderá acarretar –. “(...) há em cada um de nós, uma corrente de tendências. Pode-se tentar enxergar as coisas com o máximo de objetividade. Mesmo assim, jamais poderemos vê-las com outros olhos que não os nossos”⁴⁷, já alertava Benjamin Cardozo. Nessa mesma direção, apontava Jerome Frank, ao afirmar que as propensões individuais e os preconceitos afetam o raciocínio dos juízes, já que eles raciocinam como um homem ordinário.⁴⁸

Sobre a questão, George Browne Rego ensina que:

(...) a fundamentação do problema jurídico, passaria necessariamente pela questão da liberdade e da responsabilidade, ou seja, por aquilo que o jurista pensa e pelas suas atitudes para consigo mesmo, para com os outros, e finalmente, o mundo.⁴⁹

Percebe-se, portanto, que, dentro dos ideais pragmatistas, o princípio da neutralidade do juiz ganha novos e mais acertados contornos, pela via da inserção de fatores psicológicos que irão ampliar o seu horizonte significativo, de modo que a emoção passa a fazer parte da lógica argumentativa apregoada, o que suplanta em muito os estreitos limites do pensamento silogístico-dedutivo.

(...) embora o julgador culmine o seu labor atribuindo uma forma estratificada ao [sic] sua percepção, ou seja, imprimindo ao caso sub-judice uma decisão formal, isso não implica que deva tê-la desvestido do seu profundo significado humano, dos sentimentos, das angústias, das expectativas e todos os tipos de emoções que lhe são inerentes.⁵⁰

⁴⁶ ROOSEVELT, Theodore *apud* CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 5.

⁴⁷ CARDOZO, Benjamin Nathan. *A Natureza do Processo Judicial*. Trad. Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 03-04.

⁴⁸ FRANK, Jerome. Law and modern mind. In: *American Legal Realism*. New York: Oxford University Press, 1993, p. 205.

⁴⁹ REGO, George Browne, *op. cit.* (*O pragmatismo de Charles Sanders Peirce: conceitos e distinções*), p. 253.

⁵⁰ REGO, George Browne; NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt, *op. cit.*, p. 78.

Importante que aqui se esclareça que o Pragmatismo Jurídico não pretende ser uma teoria do Direito. Não se nos afigura como tal e a pesquisa nos aponta para a percepção de que nenhum de seus autores assim o pretendem. Nem Roscoe Pound, nem Oliver Holmes ou mesmo Benjamin Cardozo tiveram essa intenção no início do século XX, mas, sem dúvida, a orientação de tais teóricos do Direito é de que essa corrente do pensamento filosófico jurídico torne-se um método de argumentação a ser adotado pelos operadores do Direito no exercício de suas funções, para que a análise do contexto das normas gerais e as especificidades do caso concreto possam definir com clareza as consequências a que se aspira para a sociedade, e que princípios jurídicos, éticos e morais sejam instrumentos heurísticos no processo de fazer um juízo.

Em conclusão, diz-se que o Pragmatismo não é uma teoria sobre a prática do Direito, mas um modo de se exercer esta prática⁵¹, através de uma hermenêutica dialógica, posto que “(...) um verdadeiro direito só será conquistado de forma mais segura através do questionamento e da discussão”⁵². Assim, seu desenvolvimento teórico enquanto método está em permanente construção, o que não pode acontecer apenas na academia. Mas, só se fará através da atividade cotidiana dos magistrados, paulatinamente impregnados do sentimento de que somente a análise e compreensão da realidade da vida podem conduzir ao fim maior do Direito: a Justiça.

5.3 O PRAGMATISMO COMO NORTEADOR DA APLICAÇÃO DO DIREITO

A vida do direito não foi a lógica; foi a experiência. As necessidades sentidas em cada época, as teorias morais e políticas predominantes, intuições de ordem pública declaradas ou inconscientes, até os preconceitos que os juízes compartilham com os seus semelhantes, tiveram participação bem maior que o silogismo na determinação das normas que deveriam dirigir os homens. O direito incorpora a história do desenvolvimento de uma nação no curso de muitos séculos e não pode ser tratado como se apenas contivesse axiomas

⁵¹ Para George Browne Rego, o Pragmatismo é substancialmente uma atitude, e não uma técnica procedimental de cunho estritamente racional que se limita a enquadrar os fatos em categorias universais e necessárias. REGO, George Browne, *op. cit.* (*O pragmatismo como alternativa à legalidade positivista: o método jurídico-pragmático de Benjamin Nathan Cardozo*), p. 44.

⁵² REGO, George Browne. Pragmatismo e Direitos humanos: uma abordagem interdisciplinar. In: HOMEM, António Pedro Barbas; BRANDÃO, Claudio (org.). *Do Direito Natural aos Direitos Humanos*. Coimbra: Almedina, 2015, p. 260.

e corolários de um livro de matemática. Para saber o que é o direito, temos de saber o que foi e o que tende a ser.⁵³

Diante da lapidar asserção de Oliver Wendell Holmes Jr., resta deveras penoso refutar a ligação umbilical existente entre Direito e experiência.

Contudo, um rápido olhar sobre as nossas práticas judiciais é capaz de demonstrar que a metodologia aplicada ao Direito, infelizmente, ainda se assenta no modelo subsuntivo que remonta à primeira metade do século XIX. “A fidelidade aos propósitos do legislativo tornou-se a marca registrada do formalismo hodierno: os juízes devem ser agentes fiéis, *apesar* da perversidade das leis que interpretam”⁵⁴.

Assim, a ideia que ainda se verifica presente nos tribunais em geral é a de que os fatos levados ao seu conhecimento devem encaixar-se nos moldes dos conceitos jurídicos existentes, vistos como imutáveis. Decisões jurídicas obtidas através de métodos superficiais e afins à dedução ainda são a grande maioria.

Urge, então, tornar o Direito mais pragmático, admitindo-se, assim, uma análise mais rica do fenômeno jurídico, através do concurso da lógica, da filosofia, da sociologia e da psicologia.

Entendendo que o consenso da lógica das ciências da natureza não se pode aplicar adequadamente ao universo jurídico, porquanto o seu objeto seja inexoravelmente controverso, dado os componentes intencionais e valorativos envolvidos, é mister que se enxergue o Direito através de uma abordagem voltada para a realidade social.

O pragmatista (...) considera que os conceitos devem servir às necessidades humanas e, portanto, deseja que sempre se considere a possibilidade de ajustar as categorias do direito, para que se adaptem às práticas das outras comunidades que não a jurídica.⁵⁵

Nesse sentido, a diretriz interpretativa aponta no sentido de que se faça uma filtragem do direito legislado, na qual deverão ser consideradas as implicações sociais e humanas da aplicação do texto normativo ao caso concreto, sempre atentando para os resultados práticos dessa subsunção e, com isso, direcionando-a à obtenção do resultado mais benéfico para a sociedade. Esse balanço de todas as implicações

⁵³ HOLMES, Oliver Wendell. *O Direito Comum: as origens do Direito Anglo-americano*. Trad. J. L. Melo. Rio de Janeiro: O Cruzeiro, 1967, p. 29.

⁵⁴ POSNER, Richard Allen, *op. cit.*, p. 415.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 422.

objetivas e subjetivas atinentes aos fatos deve servir de fonte de análise e sustentação para o julgamento.

A abordagem pragmática do Direito impõe ao seu aplicador que, no curso de seu labor, se pergunte qual a decisão mais correta – a mais sensível, socialmente viável, razoável e eficiente –, para o que consultará o Direito, sem, no entanto, jamais descartar as inúmeras ferramentas que se encontram ao seu alcance, a exemplo da economia, da estatística, da sociologia, da ética e da política. Para o juiz pragmatista, todos os recursos disponíveis, sejam eles teóricos ou empíricos, jurídicos ou extrajurídicos, podem ser utilizados como mote para a tomada da melhor decisão. Assim é que, os aspectos culturais, as crenças políticas e a aceleração histórico-social servirão de importante substrato para a atividade julgadora.

Citando novamente Posner, tem-se que:

Conforme o país se transforma, os juízes (...) devem adaptar as leis a um novo ambiente social e político. Nenhum tipo de tradicionalismo os ensinará como fazer isso. O que precisam fazer é idealizar fins e desenvolver uma percepção de como as transformações sociais afetam os meios apropriados a alcançá-los. Precisam ter a sensibilidade instrumental, essencial ao pragmatismo.⁵⁶

O juiz pragmatista, apoiado na prudência, não pode analisar a norma de forma epidérmica, mas deve buscar sempre descobrir a conexão entre as palavras da lei e os fatores políticos e ideológicos que produzem e determinam suas funções na sociedade, afinal não se pode fazer ciência social ou jurídica sem sentido histórico, experiencial, sem compromisso direto com as condições materiais da sociedade e com os processos nos quais os agentes sociais estão inseridos.

A decisão jurídica desponta, portanto, como um processo complexo que tem como base o texto legal, o qual, contudo, não produz efeitos por si só, mas direciona o julgador e lhe oferece diversas opções dentre as quais pode escolher, sempre apoiado em ingredientes valorativos.

Percebe-se, portanto, que a aplicação do Direito norteadá pelo método pragmático importa invariavelmente na adoção de uma pauta axiológica e sociológico-política.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 425.

Aplicar o Direito sob essas duas perspectivas, conforme visto no capítulo anterior, é uma tentativa obstinada de adaptar e tornar o direito um instrumento de transformação significativa e funcionalmente útil da vida social.

É de se notar, por fim, que o viés pragmático ora analisado, de modo algum, pretende seja a aplicação do Direito reduzida a subjetivismos. Uma aplicação pragmática do Direito, em hipótese alguma, se aparta do conhecimento e da teoria, para ser guiada pelo sentimentalismo. Muito pelo contrário, seu propósito seguramente racional deve ser guiado por critérios metodológicos. Trata-se, em última análise, de um marco teórico que, ao exercitar a abstração, consegue estabelecer conexões com o mundo real.

A valorização exacerbada da abstração e dos princípios eternos é um óbice ao desenvolvimento do paradigma pragmatista. Entretanto, ao se criticar tais posturas, não se pretende abandoná-la por completo. Na verdade, o pragmatismo jurídico que aqui se propõe é uma postura eclética, i.e., '(...) um sistema de compromissos, que procura um *modus vivendi* acima de todas as coisas'.⁵⁷

Assim, “a teoria submete-se à prática e a ação torna-se tão importante quanto à reflexão, sem que isso, propriamente, implique numa desvalorização das idéias e da própria teoria. Ao revés, elas se tornam vivas, palpitantes e funcionais”⁵⁸.

Trata-se, pois, nas palavras de François Géný:

(...) de um processo extremamente complexo e cheio de delicadas nuances, repleto de casuismo e dialética, uma mistura constante de análise e síntese, no qual os processos *a posteriori*, que fornecem soluções adequadas, pressupõem direções *a priori*, propostas pela razão e pela vontade.⁵⁹

Portanto, não se está defendendo que o juiz deixe de aplicar a lei e haja ao seu bel prazer, de forma arbitrária e aleatória. O que se está a afirmar é que, em muitas situações do cotidiano jurídico, é possível deixar o formalismo estéril de lado e agir criativamente, sem que isto implique em qualquer prejuízo à Segurança preconizada como um dos princípios de maior relevo para o Direito.

O ofício do juiz requer, pois, inevitavelmente uma atuação em duas frentes: a da Ciência e a da vida.

⁵⁷ MOURA, Bruno Emanuel Tavares de, *op.cit.*, p. 123.

⁵⁸ REGO, George Browne, *op. cit.* (*O pragmatismo como alternativa à legalidade positivista: o método jurídico-pragmático de Benjamin Nathan Cardozo*), p. 43-44.

⁵⁹ *Apud* CARDOZO, Benjamin Nathan, *op. cit.* (*A natureza do processo e a evolução do Direito*), p. 221.

CONCLUSÃO

A crença na atuação do juiz como instrumento possível de avanço social é, com absoluta certeza, a principal ideia defendida em nossa pesquisa.

Assim, tomamos como ponto de partida o estudo da hermenêutica jurídica, teoria científica da interpretação das leis, cujo objeto consiste justamente no estudo e na sistematização dos processos aplicáveis para determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito, demonstrando a essencialidade de seu estudo previamente à análise de todo o Direito Positivo, pois como o Direito precisa ser bem entendido para ser corretamente aplicado, deve o jurisconsulto conhecer primeiro as regras segundo as quais deve atuar para que possa compreender o conteúdo normativo e, então, aplicá-lo.

Portanto, fornecendo os meios científicos, a hermenêutica dá lugar à interpretação. Contudo, conforme restou devidamente explanado, aquela não se restringe a esta, englobando também o processo de integração e, para muitos, até a própria aplicação do Direito, finalidade última de toda interpretação e integração.

No que tange à interpretação especificamente, sobre a qual destinamos grande parte desta dissertação, essa se nos afigurou como necessária e anterior a todo e qualquer processo de aplicação da lei, mesmo nas hipóteses de absoluta clarividência do texto legal, pois somente através do labor intelectual exegético conseguimos retirar do texto o real sentido que encerram seus termos. Assim, refutando a máxima *In claris cessat interpretatio* (“Nas evidências cessa a interpretação”), demonstramos ser a interpretação inerente à aplicação das leis à vida real, sendo condição indispensável para a aplicação justa da norma. Por mais clara que possa ser, nenhuma lei é capaz de enumerar todos os casos aos quais deve referir-se, cabendo ao juiz proceder a adaptação da lei rígida e abstrata aos fatos, muitas vezes imprevisíveis, que surgem no cotidiano da vida em sociedade.

Ademais, em nossos estudos, verificamos que, na busca do real sentido ou espírito da norma, defrontam-se uma orientação subjetivista e outra objetivista, conforme o que se preceitue seja, respectivamente, o reconhecimento da vontade do legislador ou da vontade da lei, como critério hermenêutico viabilizador da interpretação jurídica. Em que pese nenhuma das duas teorias, devidamente explicadas em nossa pesquisa, resolver com plenitude a questão da definição do critério hermenêutico de interpretação das normas, filiamo-nos à orientação objetivista

da interpretação, por ser mais consentânea com os ideais por nós defendidos, haja vista que a cerrada subordinação do exegeta ao pensamento do legislador impede, por questões óbvias, os processos de aperfeiçoamento da ordem jurídica, somente possíveis mediante o permanente trabalho de adaptação dos textos legislativos às exigências sociais hodiernas.

Em relação aos processos interpretativos existentes e à disposição do juiz e do intérprete da lei em geral, buscamos dividi-los didaticamente de acordo com a sua origem, a sua natureza e os seus efeitos, porém, ao analisá-los, restou claro que devem ser considerados, não isoladamente, mas como momentos do processo global interpretativo, em face do caráter unitário da atividade hermenêutica.

Seguiu-se, então, detalhado estudo das escolas hermenêuticas surgidas ao longo da História, as quais foram divididas em três grupos, tomando como baliza o maior ou menor aprisionamento do intérprete ou aplicador do Direito à lei, merecendo grande destaque as escolas que se abrem a uma interpretação mais livre, por servirem de aporte para o desenvolvimento de nosso objetivo central.

À Escola da Livre Pesquisa Científica creditamos o pioneirismo no processo de desamarras da lei ao ineditamente atribuir certa porção criadora aos juízes. Derrubando o mito da plenitude lógica da lei, demonstrou a supremacia da livre pesquisa científica do Direito sobre o método vigente à época de rebuscar na abstração dos conceitos a resposta para os silêncios da lei.

Acerca da Escola do Direito Livre destacamos o excelente trabalho desenvolvido em prol da justiça, o realce dado à ponderação da realidade e dos valores sociais na aplicação do Direito e, acima de tudo, o encorajamento dado à ação criativa do juiz, valorizando o papel inovador da função judicial.

Sobre a Escola da Jurisprudência de Interesses, podemos extrair como principal contributo para a nossa pesquisa o ensinamento de que a investigação dos interesses em jogo nos problemas juridicamente relevantes, e não a lógica, é que deve orientar a hermenêutica.

A Escola Ecológica propugnada por Carlos Cossio, por sua vez, contribui para nossos estudos na medida em que pôs a descoberto a verdadeira essência da decisão judicial, que opera por um conhecimento por compreensão, pelo qual o juiz e os litigantes compartilham algo em comum e onde está inevitavelmente presente a intuição emocional do julgador. Ademais, desvendou o mecanismo dos julgamentos ao sublinhar que o magistrado, ao aplicar a norma, põe o sentido axiológico, iniciado

na lei, na conduta que interpreta, ao mesmo tempo em que extrai um sentido da referida conduta, de modo que, o objeto da interpretação não é a norma em si, mas a conduta humana.

Da Escola Vitalista do Direito – cujos ideais todos são de solar importância para o amadurecimento do nosso objeto de pesquisa -, destacamos a afirmação de que a função jurisdicional escapa a qualquer criação legislativa, conferindo ao mister de juiz autonomia e responsabilidade até então não imaginadas, bem como a concepção do Direito como fato histórico, devendo a norma jurídica ser sempre revivida de modo atual, aceitando, inclusive, modificações para adequar-se às novas realidades histórico-sociais. Contudo, inegavelmente, a principal contribuição da engenhosa teoria de Luís Recaséns Siches reside na rejeição da lógica formal na fundamentação da decisão judicial, com a conseqüente criação de uma lógica própria para o trato da ciência jurídica, a chamada Lógica do Razoável. Para Siches, o juiz, ao interpretar o Direito e aplicá-lo ao caso concreto, não se deve preocupar em alcançar uma decisão matematicamente escoreta, porém razoável, no sentido de justa.

Por fim, debruçamo-nos sobre as Escolas Sociológica e Realista Americanas, onde o Pragmatismo encontrou terreno fértil para se desenvolver. Da Escola Sociológica pode ser relevado como principal subsídio para o embasamento de nosso estudo a ideia de que o Direito é mais produto da evolução dos fatos sociais do que a materialização de arquétipos eternos, mais experiência que lógica, mais utilitarismo que racionalismo. A Escola Realista, por seu turno, contribuiu ao demonstrar a existência de um verdadeiro abismo entre a concepção teórica de uma justiça impessoal e inflexível e a realidade de uma justiça feita por homens, na qual o juiz, com suas ideias e personalidade, é a figura central do universo jurídico.

Para adentrarmos em nosso objetivo central, isto é, a aplicação do Direito sob as perspectivas axiológica e sociológico-política à luz do Pragmatismo Jurídico, mostrou-se extremamente necessário estudarmos o art. 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, o qual, ao estabelecer como diretrizes para a interpretação e aplicação da Lei os fins sociais e o bem comum, desponta como o grande sustentáculo da ideia por nós apregoada. Ao mencionar os fins sociais a que a lei se destina, o dispositivo legal em tela determina seja a lei interpretada sempre em consonância com seus fins práticos e sociais; já o bem comum aponta no sentido

de que o julgador deve sempre, ao aplicar o Direito, visar ao bem-estar e à prosperidade do indivíduo e da sociedade.

Percebemos, portanto, que o art. 5º da LINDB é, em nosso ordenamento jurídico, o grande responsável por conferir ao magistrado esse importante papel na revelação do Direito no qual assentamos nossa pesquisa. Através do referido dispositivo de lei, o juiz deixa de assumir atitude passiva diante do Direito e dos fatos, para ser complemento indispensável do legislador na aplicação do Direito e agente eficaz no progresso das instituições jurídicas.

De posse de tudo quanto foi exposto, sentimo-nos, então, seguros para expor a função renovadora e progressista que entendemos deva ser adotada pelos juízes, com vistas a romper com a abordagem puramente positivista e, com isso, tornar a Justiça menos estática. Exercem função decisiva neste processo de mudança, as perspectivas axiológica e sociológico-política de aplicação do Direito que propusemos ao longo de nossa pesquisa.

Apregoamos uma visão axiológica que fundamente um juízo crítico da lei, conducente a decisões conformes com a justiça. Ou seja: o que buscamos aqui é um Direito judicial valorativo, através do qual o juiz deve proceder à valoração da própria lei, não temendo temperar o seu rigorismo ou mesmo negar-lhe aplicação nos casos em que a injustiça da norma restar clara.

Através da interpretação e da aplicação do Direito à luz de uma perspectiva sociológico-política, por sua vez, entendemos que o magistrado flexiona a lei ante ao fato social e aplica a norma conforme a noção de “justo” do povo, atendendo, dessa maneira, aos verdadeiros anseios sociais. Entendemos que somente uma ponderação sociológico-política do Direito é capaz de fazer frente à célere mutação social, ao infindável surgimento de novas necessidades humanas, à especificidade e, acima de tudo, ao ineditismo da vida.

Portanto, defendendo que o Direito pode e deve ser reinterpretado, recriado, através das perspectivas axiológica e sociológico-política, acreditamos que o centro inspirador da Hermenêutica judicial deva ser o homem julgado e as aspirações sociais.

Nesse momento, quase que instintivamente, fomos levados ao estudo do Pragmatismo Jurídico, uma vez que nenhuma teoria formalista do Direito é capaz de dar suporte à concepção proposta, de modo que se mostrou necessário buscar um paradigma que entenda que o Direito não se subsume à racionalidade das leis da

lógica e que o discurso jurídico não pode ser construído com base apenas na ideia da incidência automática e infalível da norma jurídica.

Proclamando que toda investigação filosófica e científica necessariamente estaria vinculada à experiência do mundo real e suas repercussões práticas, o Pragmatismo propõe uma nova proposta metodológica para a compreensão e solução do problema jurídico, na qual o cotejo entre as possíveis hipóteses de solução de um caso específico e as respectivas consequências de ordem prática que podem ensejar no contexto social é o que deve orientar a aplicação do Direito.

Concluimos, assim, que abordagem pragmática do Direito impõe ao seu aplicador que, no curso de seu labor, se pergunte qual a decisão mais correta – a mais sensível, socialmente viável, razoável e eficiente –, para o que consultará o Direito, sem, no entanto, jamais descartar as inúmeras ferramentas que se encontram ao seu alcance, a exemplo da economia, da estatística, da sociologia, da ética e da política. Para o juiz pragmatista, todos os recursos disponíveis, sejam eles teóricos ou empíricos, jurídicos ou extrajurídicos, podem ser utilizados como mote para a tomada da melhor decisão. Assim é que, os aspectos culturais, as crenças políticas e a aceleração histórico-social servirão de importante substrato para a atividade julgadora. A aplicação do Direito norteadas pelo método pragmático, portanto, importa invariavelmente na adoção de uma pauta axiológica e sociológico-política.

Ao fim e ao cabo, gostaríamos de registrar que, infelizmente, juízes ainda há em nossos tribunais que não procuram focalizar a lei dentro de nossa época. Apegando-se à letra fria do texto legal, muitas vezes superado, representam o papel de guardião do *status quo*, contribuindo, mesmo que involuntariamente, para o conservadorismo, o imobilismo e os privilégios presentes na sociedade de classes em que vivemos.

E é justamente por esta razão que defendemos que os juízes não se deixem embotar pela deformação do tecnicismo jurídico, mas se esforcem para adotar uma postura mais pragmática, abandonando o mais breve possível a passividade e o automatismo que ainda teimam, por vezes, fazer-se presentes no seio do Judiciário.

Creemos que a lei, extremamente conservadora pela própria tradição da Justiça brasileira, interpretada com sabedoria e sensibilidade, pode harmonizar-se com o bem comum e com os reais valores de justiça.

Creemos que os membros de nossos tribunais possam ser os principais agentes na busca do melhoramento da Justiça, superando o positivismo exacerbado

e a falta de criatividade que impede que a Justiça exerça papel progressista dentro da sociedade brasileira.

Creemos ser possível que nossos juízes e juristas como um todo “compartilhem de uma visão transformadora do mundo e (...) acreditem possam contribuir para aproximar o Direito do povo – um Direito a serviço das maiorias, a serviço das profundas mudanças que o país reclama”.¹

Sabemos, no entanto, que para um Judiciário mais humano, elementos outros, mais profundos, são requeridos. Urge uma mudança substancial na organização econômica, social e política de nosso país. Impossível ao juiz desempenhar satisfatoriamente a missão que ora é incumbida a ele se persistirem as ultrapassadas estruturas adotadas no presente.

Contudo, acreditamos, sim, que o Sistema Legal vigente pode ser menos desumano, menos distante do povo, através da arte e da consciência do juiz. Não se trata do sonho da justiça pura, mas enxergamos que muito mais se poderá fazer para mitigar as injustiças sociais imperantes se a atuação pragmática for uma constante no importante ofício de intérprete e aplicador do Direito exercido pelos magistrados. Fica, aqui, pois, um desafio para os nossos juízes e para os estudiosos do Direito como um todo, o desafio de fazerem do Direito um verdadeiro instrumento de transformação.

¹ HERKENHOFF, João Baptista. *Como aplicar o Direito*. 7. ed. rev. amp. atual., Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 133.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Alaôr Caffé. *Lógica: pensamento formal e argumentação: elementos para o discurso jurídico*. Bauru, Edipro, 2000.

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A equidade no Código Civil Brasileiro. *Revista CEJ*. Brasília, n. 25, p. 16-23, abr.-jun.2004.

ANDRADE, Christiano José de. *Hermenêutica Jurídica no Brasil*. São Paulo: RT, 1991.

_____. *O problema dos métodos da Interpretação Jurídica*. São Paulo: RT, 1992.

ARTETA, Luís Eduardo Nieto. *La interpretación de las Normas Jurídicas*. Bogotá: Ediciones Tiempo Presente, 1976.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *O Direito: introdução e teoria geral: uma perspectiva luso-brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 1994.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Aplicação do Direito e contexto social*. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

BETIOLI, Antonio Bento. *Introdução ao Direito: lições de Propedêutica Jurídica*. São Paulo: Hermes Editora e Informação, 1989.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria Geral do Direito Civil*. 7. ed. São Paulo: Francisco Alves, 1955.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Trad. Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 2006.

BODENHEIMER, Edgar. *Ciência do Direito: filosofia e metodologia jurídicas*. Trad. Enéas Marzano. Rio de Janeiro: Forense, 1962.

BOMFIM, Benedito Calheiros. *O uso do Direito Alternativo*. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/24983-24985-1-PB.html>. Acesso em 18 ago. 2014.

BRITO, Ronaldo Figueiredo. Martin Heidegger e duas melancias. *Revista do Curso de Direito da UNIABEU*. Vol. 3, n. 1, p 70-76, jan.-jul.2013. Disponível em: <http://www.uniabeu.edu.br/publica/index.php/rcd/article/view/1245>. Acesso em: 10 de jan. 2016.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993.

CARDOZO, Benjamin Nathan. *A natureza do processo e a evolução do Direito*. Trad. Lêda Boechat Rodrigues. 3. ed., Porto Alegre: Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, 1978 (Coleção AJURIS).

_____. *A Natureza do Processo Judicial*. Trad. Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

CARNEIRO, Manuel Borges. *Direito Civil de Portugal*. Lisboa: Typ. Maria da Madre de Deus, 1858, vol. 1.

CARNELUTTI, Francesco. *Arte do Direito*. Trad. Hebe A. M. Caletti Marengo. Campinas: Edicamp, 2003.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário: linguagem e método*. 4. ed., São Paulo: Noeses, 2011.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente. *Direito Alternativo*. Disponível em: <http://campus.fortunecity.com/clemson/493/jus/m07-011.htm>. Acesso em 27 jun. 2014.

CHAUÍ, Marilena. *Convite à Filosofia*. São Paulo: Ática, 2000.

CLARO, Carlos Ducci. *Interpretación Jurídica*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1977.

COELHO, Luiz Fernando. *Lógica Jurídica e Interpretação*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

COELHO DE SOUZA, Daniel. *Introdução à ciência do Direito*. 4. ed. rev. aum., São Paulo: Saraiva, 1983.

COING, Helmut. *Elementos fundamentais da Filosofia do Direito*. Trad. Elisete Antoniuk. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

COLAPIETRO, Vincent Michael. *Glossary of Semiotics*. New York: Paragon House, 1993.

CONDEIXA DA COSTA, Carlos Adalmyr. *O Conceito de Liberdade na Teoria Ecológica do Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

COUTURE, Eduardo Juan. *Interpretação das leis processuais*. São Paulo: Max Limonad, 1956 (Coleção Philadelpho).

CRUET, Jean. *A vida do Direito e a inutilidade das leis*. s. t.. Lisboa: Aillaud e Bertrand, 1945.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à ciência do Direito*. 8. ed. atual., São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. *Compêndio de Introdução à ciência do Direito*. 17. ed., São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. *Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil*. São Paulo: Saraiva, 1982, vol. 1.

_____. *Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro interpretada*. 4. ed. atual., São Paulo: Saraiva, 1998.

DORTIER, Jean-François. *Dicionário de Ciências Humanas*. Trad. Aline Saddi Chaves et al. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

EISENBERG, José; POGREBINSCHI, Thamy. Pragmatismo, Direito e Política. *Novos Estudos*. CEBRAP, n. 62, p. 107-121, mar.2002.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Trad. João Baptista Machado, 3. ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1964.

ESPÍNOLA, Eduardo; ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. Repertório enciclopédico do Direito Brasileiro. vol. 28. Rio de Janeiro: Borsoi, [s.d.].

FARIAS, Márcia Ferreira Cunha. A norma no pragmatismo jurídico e a lógica do razoável: um paralelo da filosofia jurídica de Oliver Wendell Holmes e de Luis Recaséns Siches. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, ano 40, n. 158, p. 71-96, abr.-jun.2003.

FERRARA, Francesco. *Interpretação e aplicação das leis*. 2. ed. Coimbra: Arménio Amado Editor, 1963.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 2. ed., São Paulo: Atlas, 1994.

FERRÉOL, Gilles et al. *Dictionnaire de Sociologie*. 12. ed. rev. aum., Paris: Armand Colin, 1991.

FOSCHIANI, Clayton. O legado de William James. *Cognitio-Estudos: Revista Eletrônica de Filosofia*. São Paulo, vol. 7, n. 2, p. 236-241, jul-dez.2010. Disponível em: <http://revistas.pucsp.br/index.php/cognitio/article/view/3857/3017>. Acesso em: 30 de out. 2015.

FRADERA, Vera Maria Jacob de. A jurisprudência sociológica nos Estados Unidos da América do Norte. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre: MP-RS, vol. 1, n. 28, p. 123-133, 1992.

FRANÇA, Rubens Limongi. *Hermenêutica Jurídica*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1988.

FRANCO MONTORO, André. *Introdução à ciência do Direito*. 25. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

FRANK, Jerome. Law and modern mind. In: *American Legal Realism*. New York: Oxford University Press, 1993.

GARCIA, Juvêncio Gomes. *Função criadora do juiz*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

GÉNY, François. *Méthode d'interprétation et sources en Droit Privé Positif*. 2. ed., Paris: Librairie Générale de Droit & Jurisprudence, 1919.

GONZAGA, Alvaro de Azevedo; GONÇALVES, Antonio Baptista (coord.). *(Re)pensando o Direito: estudos em homenagem ao Prof. Cláudio De Cicco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao estudo do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

HABERMAS, Jürgen. *Verdade e Justificação: ensaios filosóficos*. Trad. Milton Camargo Mota. 2. ed., São Paulo: Loyola, 2009.

HECK, Philipp. *Interpretação das leis e Jurisprudência dos Interesses*. Trad. José Osório. São Paulo: Saraiva, 1948.

HELPER, Inácio; STEIN, Leandro Konzen. Kelsen e o trilema de Münchhausen. *Sequência: Revista do Curso de Pós-graduação em Direito da UFSC*. Ano 29, vol. 30, n. 58, p. 47-72, jul. 2009. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2009v30n58p47/13607>. Acesso em: 10 de jan. 2016.

HERKENHOFF, João Baptista. *Como aplicar o Direito*. 7. ed. rev. amp. atual., Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. *Direito e Utopia*. São Paulo: Acadêmica, 1993.

_____. *Para gostar do Direito*. São Paulo: Acadêmica, 1994.

HOLMES, Oliver Wendell. *O Direito Comum: as origens do Direito Anglo-americano*. Trad. J. L. Melo. Rio de Janeiro: O Cruzeiro, 1967.

JOLIVET, Régis. *Traité de Philosophie*. Paris: Emile Vitte, 1955, v. 1.

LIMA, Mário Franzen de. *Da Interpretação Jurídica*. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1955.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de Direito Civil*. 4. ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1962, vol. 1.

MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do Direito*. Trad. Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MACEDO, Sílvio de. *Interpretação Sistemática*. In: *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977, vol. 45.

MACHADO NETO, Antônio Luís. *Compêndio de introdução à ciência do Direito*. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 1975.

MAGALHÃES, Rui Ribeiro de. *Introdução ao estudo do Direito*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. 9. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1984.

MÁYNEZ, Eduardo García. *Algunos aspectos de la doctrina kelseniana*.: exposición y crítica. México: Porruá, 1978.

MEDEIROS, João Bosco. *Redação científica: a prática de fichamentos, resumos, resenhas*. 11. ed., São Paulo: Atlas, 2010.

MENAND, Louis. *The Metaphysical Club: a story of ideas in America*. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2001.

MIGALHAS. *Justiça pernambucana oficializa segundo casamento entre pessoas do mesmo sexo*. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI139654,21048-Justica+pernambucana+oficializa+segundo+casamento+entre+pessoas+do>. Acesso em: 11 de jan. 2016.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. 3. ed., Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, t. X.

MIRANDA ROSA, Evaristo. *Sociologia Jurídica*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1950.

MONTEIRO, Geraldo Tadeu M.; SAVEDRA, Mônica Maria G. *Metodologia da pesquisa jurídica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil: parte geral*. 18. ed. rev. atual., São Paulo: Saraiva, 1979.

MOURA, Bruno Emanuel Tavares de. A incidência jurídica sob a perspectiva de um discurso jurídico pragmático. In: FALCÃO, Clóvis; NÓBREGA, Flavianne; BASTOS, Ronaldo (org.). *Pragmatismo Jurídico: fundamentos e métodos de uma doutrina interdisciplinar*. Estudos em homenagem ao Prof. George Browne Rego. Recife: UFPE, 2014, p. 115-149.

MURPHY, John. *O Pragmatismo: de Peirce a Davidson*. Trad. Jorge Costa. Portugal: Edições Asas, 1993.

NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do Direito*. 11. ed. rev. atual., Rio de Janeiro: Forense, 1995.

NÓBREGA, José Flóscolo da. *Introdução ao Direito*. Rio de Janeiro: José Konfino, 1972.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *A intuição e o Direito: um novo caminho*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

OSMO, Carla. *O realismo jurídico norte-americano: uma reflexão sobre a vinculação do juiz constitucional ao direito positivo*. 2008. 175 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

PAULA BAPTISTA, Francisco de. *Compêndio de Hermenêutica Jurídica*. In: TOMASETTI JR., Alcides (coord.). *Hermenêutica Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1984.

PEIRCE, Charles Sanders. *Pragmaticism: a philosophy of science. Values in a universe of chance*. In: *Selected writings of Charles S. Peirce*. Nova York: Doubleday Anchor Books, 1958.

_____. Três tipos de raciocínio. In: _____. *Semiótica*. Trad. José Teixeira Coelho Neto. 4 ed. 2 reimpr., São Paulo: Perspectiva, 2015.

_____. Um esboço do pragmatismo. In: _____. *Antologia Filosófica*. Trad. Antônio Machuco Rosa. Lisboa: Imprensa Nacional Casa da Moeda, 1998 (Coleção Estudos Gerais – Clássicos de Filosofia).

PERELMAN, Chaïm. *Étique et Droit*. Bruxelles: Edition del'Université de Bruxelles, 1990.

PIRAGIBE DA FONSECA, Roberto. *Introdução ao estudo do Direito*. 5. ed. rev. amp. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1975.

POSNER, Richard Allen. *Para além do Direito*. Trad. Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

PRADO, Lídia Reis de Almeida. *O juiz e a emoção: aspectos da lógica da decisão judicial*. 5. ed., Campinas: Millennium, 2010.

PROGREBINSCHI, Thamy. *Pragmatismo: teoria social e política*. São Paulo: Relume Dumará, 2005.

RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. Trad. Vamirech Chacon. Brasília: UnB, 1981.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 20. ed., São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. *Lições preliminares de Direito*. 27. ed. ajustada ao novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. *O Direito como experiência: introdução à Epistemologia Jurídica*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. *Teoria do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins, 1972.

_____. *Teoria tridimensional do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2000.

REGO, George Browne. O pragmatismo como alternativa à legalidade positivista: o método jurídico-pragmático de Benjamin Nathan Cardozo. *Revista DUC In Altum*. Caderno de Direito, vol. 1, n. 1, p. 21-57, jul-dez.2009.

_____. O pragmatismo de Charles Sanders Peirce: conceitos e distinções. *In: Anuário dos cursos de pós-graduação em Direito*. Recife: Editora Universitária da UFPE, n. 13, p. 237-258, 2003.

_____. Pragmatismo e Direitos humanos: uma abordagem interdisciplinar. *In: HOMEM, António Pedro Barbas; BRANDÃO, Claudio (org.). Do Direito Natural aos Direitos Humanos*. Coimbra: Almedina, 2015, p. 231-262.

REGO, George Browne; NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt. O pragmatismo e a análise lógica das consequências na decisão do Supremo Tribunal Federal acerca da exigibilidade do exame de ordem. *In: _____. (org.). Príncipes e Pretores: Política e Direito sob a ótica dos Pedidos de Suspensão - Pragmatismo e Decisão em Pedidos de Suspensão*. Recife: Editora Universitária da UFPE, 2012, vol. 1, p. 59-85.

ROSA, Eliézer. *Dicionário de Processo Civil*. São Paulo: José Bushatsky, 1973.

ROSS, Alf. *Sobre el Derecho y la Justicia*. Trad. Genaro R. Carrió, 2. ed., Buenos Aires: Eudeba, 1970.

SALEILLES, Raymond. Prefácio. *In: GÉNY, François. Méthode d'interprétation et sources en Droit Privé Positif*. 2. ed. Paris: Librairie Générale de Droit & Jurisprudence, 1919.

SANTAELLA, Lucia. *O método anticartesiano de C. S. Peirce*. São Paulo: UNESP, 2004.

SICHES, Luis Recaséns. *Introducción al estudio del Derecho*. México: Porrúa, 1979.

_____. *Nueva Filosofía de la interpretación del Derecho*. 2. ed. México: Porrúa, 1973.

_____. *Tratado General de Filosofía del Derecho*. 9. ed. México: Porrúa, 1986.

SILVEIRA, Alípio. *Hermenêutica no Direito Brasileiro*. São Paulo: RT, 1968, vol. 2.

SIQUEIRA JR., Paulo Hamilton. *Lições de Introdução ao Direito*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.

SOUTO, Cláudio. Direito Alternativo ou formas alternativas de Direito. *Revista da OAB Seccional de Pernambuco*. Recife: OAB-PE, ano 32, n. 24, p. 125-163, 1997.

STEVENSON, Ritinha Alzira Mendes da Costa. Lógica do Razoável: uma apreciação crítica de sua racionalidade. *Revista Sapere Aude*. Ano 1, vol. 6, p. 01-16, jan.2013. Disponível em: <http://revistasapereaude.org/SharedFiles/Download.aspx?pageid=119&mid=163&fileid=118>. Acesso em: 03 de jan. 2016.

STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 6. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

TEIXEIRA, Antonio Ribeiro de Liz. *Curso de Direito Civil portuguez*. Coimbra: Casa de J. Augusto Orcel, 1856, vol. 1.

TURRISI, Patricia. Peirce's Vera Causa of Guessing. *Cognitio Revista de Filosofia*. São Paulo: PUC-SP/EDUC, vol. 6, n. 2, jul-dez.2005.

TUZET, Giovanni. Legal Abductions. *In*: BOURCIER, D. Legal knowledge and information systems. Jurix 2003: The Sixteenth Annual Conference. Amsterdam: IOS Press, 2003, p. 41-49.

_____. Projectual Abduction. *Logic Journal of the IGPL*. Vol. 14, issue 2, p.151-160, mar. 2006. Disponível em: <http://jigpal.oxfordjournals.org/content/14/2/151.abstract>. Acesso em: 10 de jan. 2016.

WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*. 2. ed. aum., 2. versão, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1995.

WARAT, Luis Alberto; RUSSO, Eduardo Ángel. *Interpretación de la ley*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1987, vol. 1.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Ideologia, Estado e Direito*. São Paulo: RT, 1989.

_____. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. São Paulo: Acadêmica, 1991.