

Apontamentos iniciais sobre a interpretação das leis

Resumo:

O presente artigo pretendia ser pequeno e breve, porém o caudaloso tema da hermenêutica e da interpretação não permitiu, contudo houve um sincero esforço para trilhar um didático passeio ao longo da evolução do Direito e das formas de interpretação e de apreensão da realidade seja do caso concreto, seja do ideal de justiça.

Abstract

This article intended to be small and brief, but the mighty theme of hermeneutics and the interpretation is not allowed, but there was a sincere effort to walk a teaching tour throughout the evolution of law and forms of interpretation and understanding of reality is the case specifically, is the ideal of justice.

Résumé

Cet article destiné à être petite et brève, mais le thème puissant de l'herméneutique et l'interprétation n'est pas autorisé, mais il y avait un effort sincère de marcher une tournée d'enseignement tout au long de l'évolution du droit et des formes d'interprétation et la compréhension de la réalité c'est le cas Plus précisément, c'est l'idéal de justice.

Palavras-Chaves: Interpretação, hermenêutica, positivismo, exegética, métodos interpretativos. Filosofia do Direito. Teoria Geral do Direito.

Mots-clés : Interprétation, l'herméneutique, le positivisme, exégétiques, les méthodes d'interprétation. Philosophie du Droit. Théorie générale du droit.

Keywords: *Interpretation, hermeneutics, positivism, exegetical, interpretive methods. Philosophy of Law. General Theory of Law.*

A interpretação das leis em geral visa focalizar determinada relação jurídica, identificando de forma clara e exata a norma¹ estabelecida pelo legislador e que deve ser aplicada ao caso concreto.

E, esta não se confunde com a hermenêutica jurídica que corresponde à parte do Direito enquanto ciência que tem por objeto o estudo e a sistematização dos processos que devem ser utilizados para que a interpretação se realize.

Também não se confunde com exegese que segundo o Dicionário Básico de Filosofia de autoria de Hilton Japiassú e Danilo Marcondes explica que exegese advém do grego *exegesis*, de *exegeisthai*: explicar, interpretar. Corresponde à interpretação filológica ou doutrinal de textos fundamentais caracterizados por sua incompreensibilidade literal e por sua obscuridade devidas ao fato de terem sido escritos há muito tempo, em outro contexto cultural. Exemplo: a exegese da Bíblia, dos textos das leis etc.

Portanto, a interpretação consiste em aplicar as regras², que a hermenêutica perquire, sistematiza e ordena, para bom entendimento e aproveitamento dos textos legais. Em verdade a interpretação dos textos legais e de normas jurídicas se relaciona diretamente com a eficácia do ordenamento jurídico.

¹ Sugiro a leitura do meu texto "Norma: conteúdo e estrutura" disponível em <http://www.giseleleite.prosaeverso.net/visualizar.php?id=422945>.

² As regras descrevem uma situação jurídica, ou melhor, vinculam fatos hipotéticos específicos, que, preenchidos os pressupostos por estas, descritos, exigem, proíbem ou permitem algo em termos definitivos (direito definitivo), sem qualquer exceção. Por exemplo: "aquele que detiver a coisa em nome alheio, sendo-lhe demandada em nome próprio, deverá nomear a autoria o proprietário ou o possuidor" (art. 62 do CPC);

Conveniente lembrar que tanto a hermenêutica como a interpretação não se restringem aos estreitos termos da lei ou da norma jurídica posto que em razão de sua generalidade³ em sua forma possui naturalmente suas limitações.

Obviamente que a definição do direito não apenas corresponde àquilo que a lei exprime e, que se deve endereçar tanto a hermenêutica como a interpretação, num esforço em alcançar finalmente o que o legislador não conseguiu bem expressar de forma clara e segura. Tal atividade nem sempre foi do intérprete⁴.

Lembremos que no passado remoto, existiam sérias restrições à interpretação, vide o terceiro parágrafo do Digesto, onde Justiniano determinou a proibição de haver comentários interpretativos à sua compilação tipificando o crime de falso condenando tais obras a apreensão e destruição.

Aliás, etimologicamente a interpretação⁵ vem do latim *interpretatio*, do verbo *interpretare* que significa explicar, traduzir, comentar ou esclarecer. Na acepção jurídica corresponde a tradução do sentido ou do pensamento que seja contido em lei, na decisão judicial, no ato ou contrato⁶.

Através da interpretação o que se procura é sondar a intenção ali embutida na norma, ou seja, fixar a inteligência verdadeira do que se interpreta para que assim se possa cumprir fielmente o pensamento ou a intenção do legislador.

³ As regras jurídicas diferenciam-se dos princípios por possuírem maior grau de concretude e serem dedutíveis do próprio texto normativo. Outra diferença existente refere-se à aplicação da norma ao caso concreto: enquanto os princípios somente indicam os fundamentos que deverão guiar a decisão do magistrado, as regras jurídicas vinculam a decisão do julgador de modo que lhe resta pouco espaço para interpretações.

⁴ Acreditava-se que os poetas são intérpretes dos deuses.

⁵ A interpretação é ato de conhecimento ou de vontade?

⁶ Curial observar a crescente publicização do Direito Privado.

Interpretar serve para esclarecer ou explicar por outras palavras, o exato sentido do escrito e, não deve ir além da intenção objetivamente positivada. Portanto, não deve a interpretação pender mais para a anulação do que para a validade⁷.

É o que se deduz do brocardo: “*Interpretatio in dubio, ea sempre servanda est, quae valitatem actus inducat*” (quando houver dúvida, preferencialmente se deve aceitar a interpretação para a validade do ato do que o anular). Isto significa que a interpretação não deve admitir o absurdo, e deve procurar fixar a intenção que se quer traduzir, sem o invalidar. Também se recomenda diante da causa ambígua deve interpretar-se de tal sorte que a coisa fique a salvo para o autor.

Diante de expressões ambíguas, deve-se atender mais particularmente à intenção de quem ater-se mais ao sentido do que às palavras, e observando ainda que qualquer variante nos fatos faz variar também o direito.

Interpretar significa remontar de um signo ao seu significado, parece indicar o modo de perceber, de entender algo apresentado pelo mundo externo.

A interpretação na Idade Média se expressou através de Boécio que comentou o tratado de Aristóteles, e encontra-se também em Tomás de Aquino, prendia-se à gramaticalidade do texto, onde a retórica foi rapidamente substituída pela dialética.

Desta forma, interpretar significa trazer a lume um sentido oculto, o que acentua ainda

⁷ Fixada a validade e a vigência da norma aplicada, não há mais nenhum critério jurídico que possa auxiliar na escolha de uma ou outra das possibilidades decisórias. O problema do saber qual das possibilidades existentes no âmbito duma norma é a justa e o problema que, pela sua natureza, escapa ao conhecimento jurídico, não é um problema de teoria, mas de política do Direito.

mais o humanismo principalmente por algumas obras de pensadores como Marsílio Ficino e Pico della Mirandola, permitindo o maior acesso das pessoas do âmago do texto interpretado.

Portanto, juridicamente a interpretação exprime uma tradução, revelação, determinação contida na intenção do escrito para que afinal se encontre a exata aplicação⁸, originariamente desejada.

Inicialmente se concluiu só devia interpretar o que não está claro, o que justificava plenamente outro brocardo: *interpretatio cessat in claris*. Porém, contemporaneamente a necessidade da interpretação principalmente a jurídica foi ratificada assim sempre deve ocorrer a fim de prestigiar os valores supremos tutelados pela ordem jurídica, especialmente os direitos fundamentais, as garantias constitucionais e, particularmente o respeito à dignidade humana.

Etimologicamente, hermenêutica é palavra que advém do grego *hermeneutikós*. E inicialmente era termo inicialmente teleológico, referindo-se à metodologia própria de interpretação da Bíblia. Mais tarde, a hermenêutica passou a designar todo esforço científico de interpretar um texto difícil.

No século XIX, Dilthey⁹ vinculou o termo “hermenêutico” à sua filosofia da compreensão vital; as formas de cultura, no curso da história e que devem ser

⁸ Segundo Ronald Dworkin, as regras devem ser aplicadas de modo “tudo ou nada”. Ou seja, caso seja reconhecida a validade e aplicabilidade de uma regra ao caso concreto, esta sumariamente exclui a aplicação de outras normas ao mesmo caso. Deste modo, o conflito entre regras jurídicas será solucionado pela identificação de qual regra permanece válida ou não no ordenamento jurídico. (*In* Wikipédia, verbete “regra jurídica”, disponível em http://pt.wikipedia.org/wiki/Regra_jur%C3%ADdica acesso em 18/06/2012).

⁹ O discurso a ser interpretado é o próprio decurso de ações humanas em seu interior e a intenção que guiou o agente. Dilthey caracteriza suas intenções ao afirmar: “A riqueza da nossa experiência permite-nos imaginar, por uma espécie de transposição, uma experiência análoga exterior a nós e compreendê-la...”. Ou seja, é somente através de uma transposição analógica de minhas experiências, que posso compreender as ações alheias.

apreendidas através da experiência íntima do sujeito. E, nesse sentido cada produção espiritual é somente o reflexo de uma cosmovisão, portanto toda filosofia, em particular, é uma “filosofia de vida”¹⁰.

Contemporaneamente entendemos que toda hermenêutica constitui uma reflexão histórica, filosófica, interpretativa ora compreensiva sobre os símbolos ou mitos em geral. Naturalmente a hermenêutica autêntica identifica a evolução de conceitos e da jurisprudência. Atualmente engloba não somente textos escritos, mas toda espécie de manifestação cultural humana.

A hermenêutica é a ciência do deus Hermes (cuja função era tornar inteligível aos homens, a mensagem divina), que era quem tinha o conhecimento sutil, pois permitia as correspondências secretas entre o visível e o invisível, entre o homem e o universo, abrindo acesso à luz que faz do homem um ser novo e original.

Daí advém à concepção de que a interpretação só pode ser feita e decifrada por iniciados. Na hermenêutica jurídica estão inseridos todos os princípios¹¹ e regras que devem ser ciosamente usadas para a interpretação.

A interpretação será classificada de doutrinária quando for baseada na teoria dos juriconsultos que dá sentido instrutivo e expõe o sentido da lei calcado nas razões jurídicas que justificam seu conteúdo.

¹⁰ Se toda compreensão visa à busca de sentido do que se fala ou escreve, e se a hermenêutica para Dilthey, é como para Schleiermacher, a “arte da compreensão”, como achá-lo numa obra não acabada, mas sim aberta e disposta a mudanças repentinas. Como fica o papel do interpretante que jamais poderá ser-lhe dado o todo?

¹¹ Importante, pois é considerar igualmente os princípios jurídicos dentro do âmbito normativo sejam explícitos ou implícitos.

Os hermeneutas ou intérpretes utilizam-se vários elementos¹² para se galgar a interpretação pretendida. Desta forma, pode ser classificada como: gramatical, lógico-científica ou sistemática que se justifiquem através próprios significados dos adjetivos utilizados.

A interpretação será extensiva ou ampla quando se procura determinar a real extensão da aplicação do texto. Será restritiva ou *stricta* quando vier excluir de sua aplicação casos que, aparentemente, incluídos no significado de suas palavras, contrariam seu espírito.

A interpretação declarativa ou gramatical vem apontar simplesmente o sentido da lei. Alerta-se que nem sempre a lei pode ser interpretada extensivamente, é o caso da lei penal que não admite a referida interpretação, máxime quando se tratar de qualificação do crime ou aplicar a pena. Da mesma forma, se cogita da interpretação restritiva.

É verdade que até hoje se debate muito sobre a possibilidade de nítida distinção entre os campos de estudos da Filosofia e da Teoria Geral do Direito¹³, é particularmente na seara da Hermenêutica Jurídica que o *busilis* se aviva, possibilitando várias conclusões que podem contribuir para melhor compreensão das preocupações e funções da Filosofia do Direito.

¹²Uma primeira observação: constata que a interpretação depende da resposta à pergunta: o que é Direito? Apresentam-se três as correntes explicativas: Direito é norma (Kelsen); Direito é conduta (Cossio); Direito é fato (realismo americano e escandinavo).

¹³ Os racionalistas entendem que o conhecimento do direito positivo leva à verdade jurídica. Daí a interpretação poderia ser correta ou errônea conforme houve veracidade ou falsidade do conhecimento do jurista. Os antiracionalistas defendem que a interpretação é ato de vontade, influenciado por vários fatores de ordem psíquica, social, política, religiosa e, etc.

A interpretação¹⁴ inclui a prévia determinação do âmbito ôntico (do ser) em que se situa, interage e envolve e, ainda a estrutura objetiva daquilo que se coloca como matéria de compreensão.

O processo de exegese¹⁵ pressupõe ou implica na análise da estrutura ou da natureza daquilo que se quer interpretar. Assim, o primeiro desafio corresponde a responder: Qual espécie de realidade corresponde à norma jurídica?

Com a missão de atender a tal indagação angustiante tem imbuído os estudiosos da teoria da interpretação sendo muito elucidativa a obra de Emílio Betti, “Teoria Geral da Interpretação”, cujo primeiro volume é dedicado à compreensão dos pressupostos da teoria hermenêutica, pretendeu fixá-la sobre o mesmo terreno fenomenológico da ciência, sem se filiar a qualquer sistema filosófico particular.

É preciso captar a correlação entre objeto-ato interpretativo que é apenas um aspecto particular da correlação “objeto-sujeito”, mas é esquecida como também são esquecidos os pressupostos filosóficos dos argumentos desenvolvidos pela interpretação¹⁶.

Outro *busilis* felizmente já superado pelo neopositivismo¹⁷ é saber se é mesmo possível uma teoria de interpretação jurídica que seja válida para ciência positiva do direito.

¹⁴ A interpretação é a mais antiga atividade do jurista (os primeiros foram chamados de *interpretes*, conforme Cícero, referido por Michel Villey, em seu *Préface aos Archives de Philosophie du Droit*, vol. XVII, 1972), mas nunca houve acerto sobre o seu significado.

¹⁵ Para a Escola da Exegese, a solução jurídica está no texto da lei, cabendo ao juiz o labor quase mecânico de estabelecer o seu significado segundo a linguagem jurídica corrente e aplicá-lo ao caso.

¹⁶ Afinal a interpretação é ato neutro ou ideológico?

¹⁷ Historicamente, o positivismo perdeu terreno após a II Guerra, quando os juristas se aperceberam da inviabilidade ética de ficarem submetidos exclusivamente à ordem jurídica positiva, principalmente depois da experiência do nazismo.

Evidentemente não é possível sustentar uma teoria da interpretação que seja cega ou indiferente à problemática filosófica, relativa aos valores e fins da ideologia que tramam os condicionantes inevitáveis dos ambientes culturais e sociais capazes de propiciar melhor entendimento e comunicabilidade, bem como atender a complementação dinâmica existente entre teoria e prática.

Quer se considere a regra de direito um simples enunciado de relações entre fatos (tese fisicalista) ou mero enunciado de relações linguístico-formais (tese analítica), pois essas posições coincidem na mesma atitude avaliativa, pois o que vem antes da norma jurídica não é matéria da Ciência do Direito (o que reafirma o caráter histórico do Direito), mas sim, de Sociologia Jurídica ou da Política do Direito¹⁸.

Assim, avaliar como boa ou má a regra emanada pelo Poder competente, julgar se oportuna ou não, seria assunto metajurídico muito próprio de ser estudado pela Filosofia do Direito. Desta forma, a problemática interpretativa situa-se na seara empírico-positiva da Teoria Geral do Direito. De maneira que as perquirições éticas e a funcionalidade psicológica social da norma jurídica atendem as exigências da vida prática e da realização do direito.

Desta forma, evidencia-se que o campo da Hermenêutica Jurídica conforme esquadrinha a doutrina é o resultado da supressão de problemas que depois, malgrado os propósitos de estrita positividade de seus autores, acabam por reaparecer no momento da discussão dos diversos processos e vias a serem seguidos pelo intérprete em face da experiência concreta.

O ato de interpretar objetivamente reside na necessidade de ser captado de maneira efetiva e integral, tudo aquilo que as normas jurídicas representam como instrumento de

¹⁸ *Derecho no es norma, sino conducta normada* (Cossio, *La Teoria Ecológica dei Derecho*), sendo a conduta o objeto do estudo da ciência jurídica. Cossio considera que interpretação é esse ato de compreensão da conduta através de certos esquemas conceituais fornecidos por *standards* chamados leis, atingível mediante um método empírico-dialético.

vida, como formas de composição entre complexos conflitos valorativos e fáticos vividos pela sociedade a que se destinam.

O positivismo clássico¹⁹ quase sempre concretiza o paradoxo de contentar-se apenas com uma parte da realidade, em virtude de uma deficiente compreensão do que seja “objetivo” e “positivo” principalmente em face de realidades histórico-culturais, que exige maior objetividade para sua melhor compreensão.

Analisar qual fenômeno representa o ato interpretativo não apenas no sentido positivista²⁰ mas dentro de *processus* genético ou de evolução histórica do Direito é um renovado desafio.

A interpretação do sujeito cognoscente que é incidente sobre as leis, normas, regras e princípios deve atender a objetividade geral. Ouso afirmar que a interpretação é constante e por vezes até inconsciente.

E, o direito tanto quanto os demais produtos da civilização, significa uma das objetividades individuais que se constituem através das funções axiológicas e práticas da consciência. E que tanto o aspecto sociológico como o psicológico vigem fortes efeitos (vide Miguel Reale, *Filosofia do Direito*, 4. ed., págs. 318 e seguintes).

¹⁹Na Teoria Pura, Direito é norma (Se A é, B deve ser) e o conhecimento jurídico dirige-se, precisamente, a estas normas que conferem a certos fatos o caráter de atos jurídicos ou antijurídicos (...) (pois) só as normas de Direito podem constituir o objeto do conhecimento jurídico (Hans Kelsen, *Teoria Pura do Direito*, Saraiva, 1939, p. 11 e12). A interpretação restringe-se à fixação do sentido da norma, tendo por resultado a determinação do espaço representado pela norma e, por consequência, o conhecimento das várias possibilidades que existem dentro dele (*op. cit.*, p. 80).

²⁰Os positivistas (racionalistas), que reduzem a interpretação a um ato de conhecimento, sustentam ser uma atividade neutra e imparcial, pois o juiz se limita à compreensão do significado da norma e ao conhecimento do fato. Corresponde, no campo jurídico, à constituição política do Estado Lliberal, onde estão separados os Poderes do Estado, ficando ao Legislativo a capacidade de inovar dentro do ordenamento, subordinado o Juiz à lei (*le juge c'est la bouche de la loi*).

Tanto as certezas científicas como as objetividades condicionam e se inter-relacionam principalmente no ato interpretativo. Como o direito implica sempre num “dever-ser”, recomenda-se atender a natureza axiológica da realidade social²¹. Ao interpretar a norma deve-se procurar qual valor é mais relevante e igualmente mais prestigiado pela ordem jurídica.

Mas para se prover uma análise fenomenológica do ato interpretativo basta perceber que o objeto da interpretação é necessariamente distinto da pessoa do intérprete, porém essa abstração não veda a presença da subjetividade no plano do conhecimento e, nem as diversas posições teóricas que descrevem a essência e a gênese do conhecimento.

A contraposição sujeito-objeto é um pressuposto do ato interpretativo que não se resolve numa introspecção, num “estar em si”, visto que se dirige sempre a algo logicamente posto como “distinto de si”. Aliás, a atenção ao esquema sujeito-objeto resta em muito superado, pois em verdade, a interpretação é fenômeno que se dá entre sujeito-sujeito, o que confirma a ruptura do paradigma da metafísica clássica²², e inaugura a metafísica moderna que enxerga sentidos (o objeto a interpretar) na mente e o sentido então passam a se dar **na e pela** linguagem (grifo nosso).

Não posso interpretar a mim mesmo, posto que jamais possa ser diverso de mim mesmo: a rigor, não me interpreto no sentido próprio do termo.

²¹ A verdade do Direito situa-se na sociedade e não exatamente no papel. Assim, a Escola do Direito Livre aponta, sobretudo, o fato social como fonte da realidade jurídica. Desta forma o direito positivo não deve apenas ser imposto pelo Estado, mas também ser legitimado por atender a sociedade em suas necessidades e aspirações.

²² O termo "metafísica" origina-se do título dado por Andronico de Rodes, principal organizador da obra de Aristóteles, por volta do ano 50 a.C., a um conjunto de textos aristotélicos — *ta meta ta physikd* — que se seguiam ao tratado da física, significando literalmente "após a física", e passando a significar depois, devido a sua temática, "aquilo que está além da física, que a transcende". Na tradição clássica e escolástica, a metafísica é a parte mais central da filosofia, a ontologia geral, o tratado do ser enquanto ser. A metafísica define-se assim como filosofia primeira, como ponto de partida do sistema filosófico, tratando daquilo que é pressuposto por todas as outras partes do sistema, na medida em que examina os princípios e causas primeiras, e que se constitui como doutrina do ser em geral, e não de suas determinações particulares; inclui ainda a doutrina do Ser Divino ou do Ser Supremo.

Portanto, a interpretação é sempre um momento de intersubjetividade que tenta captar e trazer a mim o ato ou obra de outrem, a criação alheia. É ler o outro com olhos próprios.

A finalidade do ato interpretativo é pois o domínio, o apoderamento de um significado objetivamente válido. Ao interpretar uma música, um poema, uma lei ou uma obra de arte, automaticamente enriqueço-me, pois toda a interpretação representa um acréscimo em meu ser significante, um acréscimo à minha percepção e julgamento.

De outro lado, a validade daquilo que se interpreta não deixa, também de ser objetivada pelo fato o intérprete não pode deixar de se inserir, com a riqueza ou a pobreza de seus recursos pessoais, no âmago do processo para compreensão e reprodução daquilo que foi pensado e criado por outrem.

O primeiro pressuposto do ato interpretativo é a objetividade, assim o intérprete não se restringe a reproduzir o que interpreta, mas de certa forma, contribuiu também para constituí-lo em valores expressivos.

Para a experiência jurídica, consideramos que só se tornou possível o conhecimento científico na medida em que o processo normativo se torna objeto, sendo o ápice do desenvolvimento de uma vontade subjetiva, razão pela qual a ação é considerada pela norma é sempre tomada na sua tipicidade, o que quer dizer, não na sua individualidade e imediatidade (*immediatezza*), mas incluída em um tipo ou classe de ações.

Em verdade, não se interpreta coisas, e sim, atos. Interpreto a intencionalidade em sentido lógico e não o sentido psicológico do termo. As intencionalidades objetivadas constituem, pois, o domínio próprio da interpretação, pelo qual se traduz em ser ato dirigido a algo em razão de alguém e vinculado às estruturas inerentes ao objeto interpretável. Nesse sentido, é pertinente a afirmação de Nietzsche: “fatos não há, só há interpretações”.

O filósofo alemão sugere pôr a prevalência interpretativa no processo de estabelecimento de “verdades”, assim a primeira forma de verificar o que significa hermenêutica pode ser inicialmente entendida como a forma de priorizar a interpretação do mundo sobre a realidade existente no mundo²³.

Ao interpretar o pôr do sol, a emoção que nos assola, o sentimento estético, não resulta da compreensão de um sentido que lhe seja inerente como elemento constitutivo: nasce, pura e simplesmente, da recepção de um dado objetivo que se converte, no plano da consciência, em motivo de beleza e de encantamento.

Portanto, somos nós que compomos axiologicamente a imagem recebida, a mensagem lida e interpretada ou uma cena assistida, e surge *incontinenti* uma diversa forma de objetividade, correspondente a uma “objetivação do sentido”.

É também dessa ordem, a realidade do objetivo e de todos os objetos culturais, cujo conhecimento se resolve numa “compreensão de sentido” conforme observa Karl Engisch: “é só através da interpretação como compreensão que é posto a claro e apreendido o conteúdo material intrínseco das regras jurídicas”. Então ao interpretar passo apreender todo o teor intrínseco da norma jurídica.

Evidentemente a objetividade do ato interpretativo das normas jurídicas não é comparável à objetividade existente nas ciências naturais e físicas.

²³ Portanto, a hermenêutica seria uma ferramenta para possibilitar o consenso, é através dos processos argumentativos que visa buscar formas de mediar diferentes interpretações sobre o mundo.

A liberdade do intérprete fica contingenciada aos limites da estrutura objetivada, até porque vige um dos princípios essenciais à fidelidade ao esquema ou estrutura positiva, portanto o investigador procede com relativa liberdade.

Podemos elencar no estudo do ato interpretativo dois pressupostos: o primeiro que é a exigência de uma objetivação do espírito em formas representativas; e o segundo que é a consequente vinculação do intérprete às estruturas e limites peculiares a cada tipo de objetivação.

E, por fim, para cada tipo de objetivação há processos próprios e adequados à sua compreensão. Concluimos que a interpretação das artes, e a do direito perfazem diferentes hermenêuticas conforme as diferentes manifestações da experiência humana.

Outra condicionalidade da hermenêutica jurídica jaz na típica liberdade ou problematicidade do ato interpretativo na medida em que procura recriar e expressar as intencionalidades objetivadas. O ato interpretativo, afinal é ato de vontade ou de intelecção?

É evidente a insuficiência dos processos lógico-formais na atividade jurisdicional, esclarece que a liberdade do juiz, ao prolatar uma sentença, se revela antes no ato de “pôr as premissas” de seu raciocínio.

Na determinação das premissas o juiz é sempre livre, se se entender por liberdade a exclusão daquela necessidade aproblemática, que é própria do tautologismo silogizante, mas nunca é livre, se por liberdade se entender a mera possibilidade arbitrária de se decidir em um sentido ao invés de outro.

No ato de julgar em seu processo mental²⁴, cuja eficiência depende o valor real da sua jurisdição, mas não é absolutamente necessitado, nem absolutamente livre. Evidentemente que a capacidade de escolha e de decidir varia segundo diferentes referenciais objetivos histórico-sociais²⁵, mas em nenhum destes, é tão vasto como nos domínios do Direito.

O ato de interpretar não exclui as múltiplas vias de acesso ao sentido do objeto a que se dirige e, a variação de sentido embora muito frequentemente ocorra, unanimidade quanto à determinada forma de interpretar.

Cabe distinguir conforme ensina Cesarini Sforza entre ato normativo e norma, visto como “o puro e simples enunciado de uma norma” pressupõe sempre, ou que o comportamento tenha sido querido, ou possa ser querido como típico.

Sendo certo que o ato normativo que consiste sempre num ato de vontade real ou virtual e precede de forma lógica e temporal à fórmula normativa (enunciação da norma)²⁶.

²⁴ Contemporaneamente a hermenêutica constitui uma reflexão filosófica interpretativa ou compreensiva sobre os símbolos e os mitos em geral. O filósofo Paul Ricoeur, por exemplo, fala de duas hermenêuticas: a) a que parte de uma tentativa de transcrição filosófica do freudismo, concebido como um texto resultando da colaboração entre o psicanalista e o psicanalisado: b) a que culmina numa "teoria do conhecimento", oscilando entre a Leitura psicanalítica e uma fenomenologia.

²⁵ A escolha de valores, a sua fixação de hierarquia e, a aceitação dos princípios desta hierarquia decorrentes e sua efetiva concretização através da aplicação são atitudes que caracterizam uma posição ideologicamente comprometida do juiz. Wróblewski assegura ser a ideologia necessária à interpretação, por duas razões: de modo geral, porque toda a atividade humana que serve à realização de fins exige a formulação desses fins como valores; a determinação dos valores forma a ideologia dessa atividade; de modo especial, a ideologia está ligada à interpretação porque se funda em avaliações, determinantes das diretivas interpretativas (*L'Interprétation en Droit: Theorie et Idéologie*, nos Archives, XVII/51).

²⁶ Os positivistas acreditavam que o legislador é o único que inova na ordem jurídica, criando a norma que vai integrar um sistema ordenado, completo e justo. Para sua aplicação, querem um juiz servo da lei, imparcial e sem ideologia. A interpretação é atividade secundária, somente quando a lei não é clara; segue métodos que levam ao conhecimento da vontade da lei ou do legislador, para o que a lógica formal é um bom instrumento.

Miguel Reale²⁷ com razão critica tal concepção tão apegada ao império da vontade do legislador afirmando, por exemplo, que um ato de vontade, ou um ato normativo que se esconde atrás da fórmula normativa, é propriamente, ou melhor, é antes exclusivamente neste que consiste a realidade do direito (que não se exaure em um conjunto de fórmulas como artigos das leis, mas ao contrário, se identifica com a multiplicidade de atos normativos).

A recondução do ato de interpretar às fontes fático-axiológicas permite concluir que não há fato onde não incida em valores. De forma que a imperatividade jurídica não é apenas de caráter voluntarista, mas sim necessariamente axiológico, resultando do processo de objetivação dos valores que se realiza através de manifestações concretas da vontade.

No normativismo concreto, o ato normativo e ato interpretativo são elementos que se co-implicam e se integram não se podendo, senão por abstração e, como linha de orientação da pesquisa, separar a regra e a situ apenas ação regulada.

Procura-se na complexa relação de fatos e valores destinados em princípio a atender as exigências sociais através da interpretação de certeza e de segurança dentro de certo ambiente histórico-cultural, onde está norma e o caso concreto.

Já o intérprete visa compreender a norma, a fim de aplicar em sua plenitude o significado nesta objetivado, tendo presentes os fatos e valores dos quais a mesma promana, assim como os fatos e os valores supervenientes.

²⁷ Hoje, o direito assume as várias perspectivas vistas pelos doutrinadores: é norma quanto às ordenações das relações humanas; é fato dentro de uma relação ordenada; e, é valor por tentar alcançar a concepção de justiça. Isso significa que o seu alcance tridimensional na visão de Miguel Reale.

Padece então a atual hermenêutica jurídica de horror ao transcendental revelando a interpretação ser a mera explicitação de ordem formal. Reconhecido que toda norma jurídica aponta para uma direção desejada por outrem (o legislador) em função de valorações dominantes contidas em certo contexto histórico-social, ou seja, num império de valores onde surgem os condicionantes dos processos interpretativos.

A norma não é mero comando volitivo do Estado, é antes de tudo, prescrição axiológica em razão da enorme importância dos valores que exercem no meio social.

Portanto, a norma jurídica não é puramente volitiva, mas fundamentalmente axiológica²⁸, é uma veste racional de um valor. É um esquema protetivo para a coexistência pacífica em sociedade.

Não importa tanto a explicação da mesma, mas sim, a aplicação. O intérprete não é apenas o destinatário do comando legal, nem quem a fiscaliza sua observância. O intérprete é responsável pela interpretação da norma à realidade que pretende que pretende disciplinar.

Enfim, a necessidade primacial da interpretação das normas é uma consequência também da destinação prática de seus preceitos. A procura da intenção do legislador só traça a busca pelas valorações originárias que condicionaram a primeira objetivação normativa, o que seria um erro por ser apenas mais um elo do longo *processus*, no instante em que a regra jurídica é objeto de interpretação à luz de novos e supervenientes esquemas valorativos e estimativos.

²⁸Valor em sentido original significa coragem e bravura, o caráter do homem, daí significar aquilo que dá algo em caráter positivo. E sua noção filosófica está ligada àquilo que é bom, útil e positivo e também à de prescrição, à de algo que deva ser realizado. Do ponto de vista ética, o valor é fundamento da moral, das normas e regras que prescrevem a conduta correta.

Jamais se poderá deixar de interpretar a norma jurídica que repercute simultaneamente um valor e um objeto de volição. Há definitivamente uma essencialidade do ato interpretativo²⁹.

Toda a interpretação jurídica tem de natureza axiológica assim pressupõe a valoração objetivada na proposição normativa (essencialidade axiológica do ato interpretativo ou imperativo axiológico).

Toda interpretação resta condicionada por um conjunto de situações fáticas, cronológicas e que aclimatam a objetivação da norma.

Toda interpretação tem como pressuposto o caráter necessariamente lógico apesar de possíveis resultados ilógicos (essencialidade lógica do ato interpretativo).

O esforço de objetivação e de racionalização é uma das principais características da experiência histórica do Direito, que sempre evolui na direção do ideal de justiça. E a justiça contemporânea é muito axiológica, sendo objeto de estudo das ciências humanas e sociais.

Realmente da construção conceitual da justiça, o jurista poucas vezes é partícipe, de maneira decisiva da formulação das normas jurídicas nem por isso, deixa de ser altamente responsável por sua exegese e aplicação ao caso concreto.

²⁹ Miguel Reale chama de “essencialidade axiológica do ato interpretativo” o reconhecimento de que todo preceito por ser sempre uma representação de valores e objetos de um ato de vontade e determinação de alguma coisa, não pode deixar de ser interpretado em hipótese nenhuma, se não existir norma que abstenha da interpretação jurídica da natureza axiológica. Assim ao interpretar a valorização proposta na norma, cumpre observar as situações fáticas, começando pelas condições originárias com o fim de entender o caráter lógico da proposta normativa mesmo que se obtenham resultados ilógicos. Curial que seja o intérprete jurista ou juiz ou que tenha compreensão dos valores constitucionais de governabilidade de todo ordenamento jurídico para poder afinal aplica-la com eficácia conforme argumenta Del Vecchio.

Se a lei é injusta, obscura, inadequada à realidade socioeconômica, eis o *locus* adequado que atua a dignidade da jurisprudência principalmente ao destrinchar a *ratio legis*. Ao adaptar o ideal de justiça traçado na norma ao caso concreto em julgamento. Em adaptar a inércia do ditame legislativo à dinâmica do caso em julgamento.

Outro fator importantíssimo para objetivação e racionalização normativa é a análise dos princípios que pressupõe a ser o vetor condutor da unidade lógica de todo ordenamento jurídico.

Bem classificável é a interpretação com relação o agente que pode ser: pública ou privada. A interpretação pública é a prolatada pelos órgãos do Poder Público (quer seja, Legislativo, quer seja Executivo e quer seja do Judiciário), é a chamada interpretação autêntica.

Será privada quando for efetivada por particulares, especialmente pelos técnicos da matéria de que a lei trata, seja em forma de meros comentários, ou em laudos, ou ainda, em obras doutrinárias e didáticas.

A interpretação pública é geralmente tripartida em: autêntica, judicial e administrativa. A interpretação judicial remonta à jurisprudência como forma de expressão de Direito. Pode-se enquadrar como costume judiciário passando a ter efeito vinculativo.

A interpretação administrativa é a realizada pelos órgãos públicos não detentores do poder legislativo e nem do poder judiciário. Ainda se subdivide em regulamentar ou casuística (que orienta no sentido de dirimir as dúvidas especiais, que dissipa controvérsias ou não, e que surge quando da aplicação das normas gerais aos casos concretos).

Há ainda outra espécie de interpretação pública que é a usualmente referida por Savigny como a advinda do direito consuetudinário. É o que chamam de costumes interpretativos (como exemplo, há no Código do Direito Canônico em seu art. 29 que expressamente aponta o costume como ótimo intérprete da lei). Já a interpretação social é um *tertium genus*, que não se enquadra como pública e nem como privada.

Quanto à interpretação privada (também chamada de doutrinária ou doutrinal), refere-se a vinculada ao direito científico como forma de expressão do Direito.

Se no passado, ao tempo de Justiniano era proibida e tipificada como crime de falso posto que só se admitisse a interpretação autêntica, modernamente, no entanto, é considerada de grande prestígio o renome e capacidade de seus prolores, sendo reconhecidamente indispensável.

Também a interpretação contida nos pareceres dos doutros não deixa de indicar relevante significado, sobretudo quando o parecerista for notoriamente coerente, justo, honesto e balizado.

Quanto à natureza da interpretação poderá ser: gramatical, lógica, histórica ou sistemática. A interpretação gramática é aquela calcada no exame do significado e alcance de cada uma das palavras do texto legal.

Representa a mais antiga das espécies de interpretação, e no direito romano³⁰ era a única permitida, conforme bem observou Ihering, a importância das palavras era tamanha que a omissão de uma só delas podia gerar a nulidade no entabulamento do ato jurídico.

³⁰ No direito romano dominou a regra que a interpretação compete apenas a quem elabora a lei. A interpretação dos juriconsultos mesmo quando impostas como o fizeram Augusto, Teodósio e Justiniano eram invariavelmente de cunho doutrinário.

Atualmente, porém, essa interpretação, por si só, mostra-se é insuficiente para conduzir o intérprete ao bom resultado conclusivo, sendo necessário que os elementos por esta fornecidos sejam articulados com os demais, propiciados pelas outras espécies de interpretação.

A interpretação lógica é aquela que se leva mediante a perquirição do sentido das diversas locuções e orações do texto legal, e nessa conexão sempre se baseia os meios fornecidos pela interpretação gramatical.

A interpretação lógica enquadra-se noutro momento da evolução da ciência jurídica a partir do qual se passa a adotar o preceito da doutrina expresso por Celso: “Conhecer as leis não é compreender as suas palavras, mas o seu alcance e a sua força”.

Esse tipo de interpretação é relevante para se descobrir a *mens legislatoris* (e, não a *mens legis*, como afirmam alguns) e, assim decifrar a real vontade do poder público ao prescrever a norma jurídica.

A interpretação histórica é a que indaga sobre as condições do meio social e do momento da elaboração da norma também se preocupa com as causas pretéritas da solução dada pelo legislador. É há ainda a divisão em duas espécies: a remota e a próxima (de acordo com a proximidade da causa analisada da norma).

Tanto uma como outra pretende elucidar a *mens legislatoris*, pesquisando a origem da lei (*origo legis*), observa a *occasio legis* em sua ambiência sociológica, econômica, política e cultural para se atingir finalmente a principal mensagem do legislador.

Para compreender a interpretação histórica próxima basta recorrer às publicações sobre os debates do legislativo em torno dos projetos e que vieram se efetivar como leis.

Aliás, indico o site <http://edemocracia.camara.gov.br> através do qual podemos acompanhar o tramitar dos principais projetos de lei, principalmente os voltados às codificações.

A interpretação pode ser ainda sistemática posto que depois de descoberta também da *mens legislatoris* da norma pode e deve ser pesquisada a conexão com as demais normas do estatuto onde se encontra.

Na interpretação sistemática há dois aspectos: a) o de quando é feita em relação à própria lei a que o dispositivo pertence; b) o de quando se processa com vistas para o sistema geral do direito positivo em vigor.

No primeiro aspecto temos o caráter geral da lei; o livro, capítulo ou parágrafo onde o preceito se encontra; o sentido tecnológico-jurídico utilizado nas palavras do teor normativo.

No segundo aspecto se procura atender à própria índole do direito nacional com relação às matérias semelhantes à da lei interpretada; ao regime político do país, as últimas tendências do costume, da jurisprudência e da doutrina, no que concerne ao tema do preceito.

Recentemente, a Lei 12.056/2011 reformulou a concessão do aviso prévio (permitindo o mínimo de 30 dias e, o teto máximo de 90 dias), lembrando-se sempre que deverá o critério interpretativo ser utilizado em prol do hipossuficiente que nesse caso é o trabalhador.

Também há a classificação da interpretação quanto à extensão podem ser: declarativa, extensiva e restritiva. A declarativa é bem ligada ao enunciado da norma. E, nesse tipo, o intérprete limita-se apenas declarar a *mens legislatoris* com base na letra da lei.

A extensiva ou ampliativa é aquela segundo a qual a fórmula legal é menos ampla do que a *mens legislatoris* deduzida. Também a interpretação extensiva ocorre a partir da *mens legislatoris* dentro dos limites moderados e cientificamente plausíveis e adapta essa intenção do autor da norma às novas exigências da realidade social. Restritiva interpretação é aquela cujo resultado leva a afirmar que o legislador ao exarar a norma, utilizou de expressões aparentemente mais amplas que o seu pensamento.

Quando se analisa a assertiva que a interpretação das leis fiscais deve ser restritiva, posto que em caso de dúvida, a interpretação deve ser favorável ao erário pública.

Um dos meios especiais para interpretação é a equidade. Aliás, o conceito de equidade é do gênero dos chamados conceitos análogos que apresentam vários significados semelhantes e relacionados uns com os outros.

Há cinco acepções de equidade³¹: a) a de princípio similar e anexo ao da justiça; b) a de virtude ou hábito prático informado por esse princípio; c) a de direito de agir de modo conforme a essa virtude; d) a de ato de julgar conforme os ditames do mesmo princípio; e) a de jurisprudência em geral.

Em primeira acepção é de princípio da justiça, o princípio da igualdade, “dar a cada o que é seu”. Por vezes, para o suprimento do princípio da justiça contido na lei é

³¹ É bem íntima a relação entre a interpretação e equidade, principalmente no contexto contemporâneo, notadamente com o Estado Social que investe crescentemente em políticas públicas e na coletivização do processo.

necessário auxílio de outro princípio, àquele semelhante, mas sob outros aspectos mais extensos e mais altos, ou seja, o princípio da equidade.

Nas palavras de Ulpiano: “*ius est ars boni et aequi*”, o que reforça a acepção ditada por Santo Tomás de Aquino que aponta a etimologia da palavra equidade que em grego é *epicikeia*, correspondendo à justiça geral, o que leva o aplicador da lei a não se apegar aos estreitos limites do texto legal.

A segunda acepção de equidade é originada pela metáfora de Aristóteles que diferencia justiça de equidade. A justiça era a rígida régua, ao passo que a outra se assemelharia a uma régua maleável capaz de se adaptar as peculiaridades do caso concreto.

Sem quebrar a régua o julgador ao medir a igualdade dos casos concretos, este se vê forçado a adaptar a lei aos pormenores existentes e não previstos, ou mesmo, imprevisível pela lei, sob pena de cometer crassa injustiça e, então contrariar frontalmente a própria finalidade intrínseca das normas jurídicas.

A virtude da equidade³² significa moderação, e corresponde no direito romano a *benignitas* ou *humanitas*. Na terceira acepção implica no verdadeiro dever do magistrado corresponde ainda a um direito (ou seja, ao direito natural de distribuir justiça equanimemente). A mais autêntica tradução do direito natural é levada por meio do uso da equidade.

Na quarta acepção é ato de julgar, e considera a equidade como forma de expressão do direito. Na quinta acepção, com o significado de jurisprudência que adquire cada vez mais um significado maior.

³² A razoabilidade de certa forma é equidade, e impõe a harmonização da norma geral aos casos concretos individuais. A razoabilidade é instrumento metodológico para demonstrar a incidência da norma e, é condição necessária, porém não suficiente para sua aplicação.

É essa acepção que mais se aproxima da *equity of common Law*, que constitui a forma supletiva do direito comum. Agostinho Alvim divide a equidade em: legal e judicial.

A equidade legal é aquela que está contida no próprio texto da lei cujo mandamento prevê alternativas ou esmiúça a possibilidade de soluções em face de provável casuística. Exemplo dessa espécie é o revogado do art. 326 do Código Civil de 1916 sobre a guarda de filhos menores de desquitados.

O art. 20 da Lei 6.515/1977 aduz que: “Na separação judicial, fundada no *caput* do art. 5º, os filhos menores ficarão com o cônjuge que a ela não houver dado causa”.

A equidade judicial é expressa ou implícita pelo magistrado que recebe a incumbência da lei. Ainda cabe classificar a equidade em civil, natural e cerebrina. Será civil quando se funda exclusivamente em determinação legal.

Será natural quando a equidade se basear no direito natural que possui o juiz de distribuir com equidade a solução da lide. A cerebrina ou falsa equidade é sentimentalista e anticientífica e, sob alguns aspectos revela-se tirânica. Nesta se inclui ainda, a equidade confessional, cujas decisões estão jungidas aos preconceitos de um credo.

Há três modos de fundamentar o exercício da equidade no direito positivo brasileiro: a) nos textos que expressamente referem o termo equidade; b) nos textos que, sem referir essa palavra, direta ou indiretamente que apelam para o “prudente arbítrio” do magistrado; c) nos textos gerais, referentes à interpretação e aplicação da lei.

Podemos destacar os arts. 1.040, IV, art. 1.456 do Código Civil, art. 127 do CPC e, ainda, o art. 8 da CLT. Também nas leis especiais, como a revogada Lei de Luvas Decreto 24.150/1934(art. 16), Decreto-lei 466/1938 (art. 54), e parcialmente, o Decreto 7.404/1945, art. 176.

Com referência indireta é a equidade contida no arbítrio judicial, onde exista apelo a algum *standard*³³ jurídico. São exemplos: art. 424, II do Código Civil, e art. 1.218 do C.C./1916 que corresponde ao atual art. 596 do C.C. de 2002.

Há exemplos de *standard* jurídicos como a noção de “castigar moderadamente” contida no art. 395, I do Código Civil, a ideia de “prestação inútil” do parágrafo único do art. 956 do C.C./1916 que corresponde ao art. 1.638, I do C.C./2002, referente à mora; o critério de que, segundo o art. 1.059 do C.C. de 1916 corresponde ao art. 403 do C.C. de 2002, o lesado “razoavelmente deixou de lucrar”, em matéria de perdas e danos; o padrão previsto no art. 1.192, I do C.C. de 1916, correspondente ao art. 569, I do CC de 2002, por cuja força o locatário deve zelar pela coisa locada “como se fosse sua”, etc.

Nesses exemplos de *standard* há um apelo implícito à equidade do magistrado, a quem cabe julgar do enquadramento ou não do caso, à face dessas diretivas jurídicas.

Encontra ainda a equidade fulcro nos arts. 4º e 5º da LICC e, que hoje é LINB por força da Lei de Introdução às Normas Brasileiras. Bem como, o art. 127 do Código Civil.

Onde consta a obrigatoriedade de julgar mesmo em face de omissão ou defeitos da lei, e, ao mesmo tempo, a faculdade de, dentro de certos limites, adequar a lei às novas exigências, oriundas das transformações sociais das instituições.

³³ O que define o *standard* jurídico como sendo um termo ou uma locução inserida numa regra de direito, em referência a um estado ou uma qualidade de qual a identificação exige uma avaliação ou uma orientação. O *standard* jurídico é noção de conteúdo variável que intencionalmente utilizada pelo legislador para formular a regra de direito. In:Orianne P. *Dictionnaire, encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*

Se as espécies de fundamento legal da equidade, examinada nas alíneas anteriores, estribam a equidade civil, esta última não há dúvida que implica um reconhecimento, levada a efeito pelo próprio legislador, da equidade natural.

A equidade cerebrina, romântica ou sentimentalista não encontra nenhuma base em lei. O próprio art. 1.040, IV do C.C. de 1916 que foi revogado pela Lei 9.307/96, art. 11, II, reproduziu o teor do art. 1.040, IV.

Excepcionalmente há no direito positivo brasileiro, existem preceitos impermeáveis à equidade. É o caso de certos preceitos, ordinariamente de ordem pública, em que ficou patente o caráter inflexível do mandamento, é o caso do art. 183 do C.C. de 1916 correspondentes ao art. 1.521 do C.C. de 2002, que proíbe o casamento entre ascendentes e descendentes.

Pontuemos os requisitos da equidade são:

- a) A despeito da existência de casos de autorização expressa em lei, referente ao uso da equidade, essa autorização não é indispensável, uma vez que pode ser implícita (decorrente do sistema jurídico e do direito natural);
- b) A equidade, entretanto, supõe a inexistência, sobre a matéria de texto claro e inflexível;
- c) A respeito do objeto, haja determinação legal expressa, a equidade tem lugar, se este for defeituoso ou obscuro, ou, simplesmente, demasiadamente geral para abarcar o caso concreto;

- d) Verificada a omissão defeito ou acentuada generalidade da lei, cumpre, entretanto, antes da livre criação da norma equitativa, apelar para as formas complementares de expressão do direito;
- e) A construção da regra de equidade não deve ser sentimental ou arbitrária, mas o fruto de uma elaboração científica, em harmonia com o espírito que rege o sistema jurídico e especialmente com os princípios que informam o instituto objeto da decisão.

O fato de o Direito ser exarado e aplicado pelo Estado (e seus agentes) não significa que seu conteúdo seja sempre elaborado pelos órgãos públicos. O conteúdo das normas também pode ser elaborado pela sociedade, é o caso das normas consuetudinárias, ou pelos particulares, é o caso das normas contratuais, ou ainda, elaboradas por associações, grupos ou agremiações tais como sindicatos, condomínio, associação de moradores, sociedades empresariais e as sociedades civis.

A Ciência Jurídica é aquela que se confronta com a solução dos conflitos no contexto e com fundamentação em um ordenamento jurídico determinado, historicamente constituído, ou seja, dentro do que chamam de jurisprudência.

Reportam-se ao Direito e outras ciências como a História do Direito, a Sociologia Jurídica, a Antropologia Jurídica e a Filosofia do Direito.

Quanto ao método a Ciência Jurídica *in stricto sensu* vale-se diretamente da jurisprudência. A metodologia contemporânea se ressentida da perda das certezas do pensamento jurídico. A existência do método é tão antiga quanto à própria ciência jurídica e tudo indica que tem como base o direito romano.

O primórdio da teoria do método coincide com a iniciação da moderna ciência jurídica teve grande impacto especialmente com o método da codificação. Tal momento fora marcado por duas grandes escolas de jurisprudência e que foram responsáveis pelas vertentes metodológicas que se abrem no século XIX.

Nessa evolução podemos destacar que a escola francesa da Exegese que diverge frontalmente da escola histórica alemã. O grande denominador comum é o século XVIII notabilizado pelo iluminismo, pelo direito natural³⁴ racionalista.

É destaque a escola histórica de Savigny³⁵ que ajudou fundar a oposição às escolas filosóficas de jurisnaturalismo “que partiram da ciência da legislação para a ciência jurídica” ou do Direito reconhecendo-se primeiramente como ciência histórica e, também filosófica.

A escola histórica reconhece a existência do aspecto lógico indo além do aspecto factual registrado pela escola francesa. A área dogmática ou técnica considera o Direito vigente como conjunto de normas ou teses, ou seja, um conjunto de pensamentos normativos que tentam regular determinada realidade social.

Dessa forma, o jurista desenvolve sua atividade de acordo com o objeto da defesa ou acusação e caminha em uma destas duas direções: variável sucessiva, variável simultânea.

³⁴ Não confundir a escola do Direito livre com o direito natural. O Direito natural é um conjunto de valores naturais, inerentes ao homem e imutáveis. Já o Direito Livre é um conjunto de fatores naturais, valorativos e mutáveis, de acordo com a problemática social e o caso concreto.

³⁵ Escola histórica do Direito é empregada para designar uma corrente jurídico-filosófica desenvolvida originariamente na Alemanha durante o início do século XIX. Foi fortemente influenciada pelo romantismo, e partia do pressuposto de que as normas jurídicas seriam o resultado de uma evolução histórica e que a essência destas seria encontrada nos costumes e nas crenças dos grupos sociais. Assim, o Direito, como um produto histórico e uma manifestação cultural, nasceria do “*espírito do povo*” (em alemão: *Volksgeist*). Nas palavras de Friedrich Carl von Savigny o Direito teria suas origens “nas forças silenciosas e não no arbítrio do legislador”. (In Wikipédia, http://pt.wikipedia.org/wiki/Escola_Hist%C3%B3rica_do_Direito, acesso em 07/07/2012).

A escola histórica alemã notabilizou-se por grandiosa obra tanto quanto a escola francesa, criando a ciência jurídica moderna e dotada de clareza tanto no ensino como na pesquisa.

Lembremos que o termo “ciência” não é unívoco, há autores que fortemente duvidam da viabilidade do conhecimento científico do Direito, negando a cientificidade também da jurisprudência. O que nos remete a mais antiga indagação sobre a definição de Direito, se seria uma ciência ou uma mera técnica?

Realmente são poucos autores são os que contestam o caráter científico do Direito e o ponto fulcral em que se apoiam é a grande variação constante que se processa no âmbito do Direito positivo e ainda o caráter heterogêneo que predomina no direito comparado.

Nessa linha, Direito não poderia ser considerado ciência posto que se reduziria apenas a uma técnica como afirmou Neville Chaberslain.

Também Martha Nussbaum contesta ser o Direito uma ciência, revelando ser uma técnica por estar entre as normas em sentido formal e, não como fatos determinados pela vida espiritual da sociedade.

No século XIX a tese negativista ampliou sua argumentação apoiando-se na Escola Histórica do Direito e no positivismo jurídico que não se opunham ao caráter científico do Direito.

O historicismo³⁶ por defender que o Direito é produto exclusivo da história e que seu conteúdo é um “todo variável”, de acordo com as peculiares dos povos, e no positivismo, em razão de desprezar a existência do direito natural para considerar direito apenas o positivo, que não possui caráter universal e nem sempre é necessário.

Outros autores adeptos ao ceticismo científico-jurídico que entendem que o direito é insuscetível de conhecimento de ordem sistemática, posto que seu objeto, o direito modifica-se no tempo e no espaço e essa mutabilidade impede a exata construção científica (é impossível o conhecimento jurídico de ordem sistemática, em face de sua constante mutação, o que impede a exatidão da construção científica).

Outras vozes exóticas como a de Paul Roubier para quem o direito é apenas arte, porque pertence ao construído enquanto que o dado é fornecido pelas ciências particulares.

Em verdade, há três principais concepções de ciência: a racionalista (desde os gregos até final do século XVII) prevê que a ciência é unidade sistemática de axiomas (proposições não demonstráveis cuja aceitação como verdadeira se impõe na formação de uma pretérita sequência lógica), postulados e definições, que determinam a natureza e as propriedades de seu objeto e de demonstrações, que provam as relações de causalidade que regem o objeto investigado.

A concepção racionalista de ciência era hipotético-indutiva (ou seja, definia o objeto e suas leis, e daí deduzia propriedades, efeitos posteriores e previsões). Tal concepção parte dos casos particulares para deduzir a verdade geral.

³⁶ O historicismo nos remete obrigatoriamente à historicização fundamental de todo pensamento humano sobre sua cultura e seus valores. Mas desponta-se um novo historicismo para descrever a visão da verdade absoluta, é um método crítico que se opõe ao formalismo descontextualizado.

Empirista é a concepção de ciência mais voltada para medicina grega de Aristóteles até o final do século XIX. A ciência é uma interpretação dos fatos baseada em observações e experimentos que permitem induções, e que, ao serem completadas, oferecem a definição do objeto, suas propriedades e suas leis de funcionamento.

A teoria científica resulta das observações e experimentos, de modo a verificar e confirmar os conceitos, mas tem função de produzi-los. Eis porque, nesta concepção, sempre houve o cuidado para estabelecer métodos experimentais rigorosos, pois deles dependia a formulação da teoria e a definição de objetividade investigada.

Essa concepção é hipotético-dedutiva (parte de suposições sobre o objeto, realizava observações e experimentos) e, então se chega à definição dos fatos, suas leis, suas propriedades, seus efeitos posteriores e as previsões.

A concepção construtivista (iniciada em nosso século) considera ciência uma construção de modelos explicativos para a realidade e não uma representação da própria realidade. Dessa forma, combina o racionalismo de um lado, e de outro, o empirismo e, ainda, um terceiro que traz a noção de conhecimento aproximativo e corrigível.

Propõe uma superposição de juízos de fato e de valor, não havendo confusão entre política e ciência. Para a maioria dos estudiosos a jurisprudência é ciência posto que contenha todas as notas peculiares do conhecimento científico, e por ser conhecimento sistemático metodicamente obtido e demonstrado, dirigido a um determinado fim.

A ciência exige coerência entre seus princípios orientadores; que os modelos dos objetos sejam construídos com base na observação e na experimentação; e que os resultados obtidos possam não só alterar os modelos construídos, mas também alterar os próprios princípios da teoria, corringindo-a. A ciência se aperfeiçoa pelas múltiplas verdades que governa.

Desta forma, ciência no singular refere-se às diferentes maneiras de realização do ideal de cientificidade segundo os diferentes fatos investigados e os diferentes métodos e tecnologias empregados.

É evidente que toda e qualquer ciência é humana posto que resulte da atividade humana de conhecimento já a expressão “ciências humanas” refere-se àquela que têm o próprio ser humano como principal objeto.

Verificamos que tal objeto de estudo é recente, pois a ideia do homem como objeto científico foi surgida notadamente no século XIX. Aliás, surgiram bem depois que as ciências matemáticas e naturais já estavam construídas que já tinham definido o patamar de cientificidade.

A percepção de que as ciências humanas sejam recentes e que os seres humanos são diferentes das coisas naturais é antiga. Porém a imposição de um método para a investigação humana realizou-se de três formas:

- a) Período do humanismo (iniciou-se no século XV com os ideais renascentistas da dignidade da pessoa humana), como centro do universo, e prossegue nos séculos XVI e XVII como o agente moral, político e técnico-artístico destinado a dominar e controlar a natureza e a sociedade;

No século XVIII surge o conceito de civilização e de aperfeiçoamento das instituições sociais e políticas e o desenvolvimento das artes, das técnicas e dos ofícios.

- b) Período do positivismo: inicia-se no século XIX com Augusto Comte, para quem a humanidade atravessa etapas progressivas, indo da superstição religiosa até a metafísica, e à teologia para chegar finalmente à ciência positiva, ponto final do progresso humano.
- c) Período do historicismo desenvolvido no século XX por Dilthey³⁷, filósofo e historiador alemão do idealismo alemão (Kant, Fichte, Schelling e Hegel) insiste na diferença profunda entre homem e natureza; bem como na diferença entre as ciências humanas e as ciências naturais.

A ruptura epistemológica é expressão criada pelo filósofo Gaston Bachelard para explicar a descontinuidade do conhecimento científico. A quebra das explicações sucessivas e contínuas.

Karl Popper conclamou: “aqueles que acreditam no homem tal como ele é” (complexo, inacabado e indeterminado) e, que por essa razão, não enterraram a esperança de vencer a violência e a ausência de razão, deveriam (...) proporcionar a cada pessoa o direito de organizar por si mesma a sua própria vida, na medida em que isso é compatível com

³⁷ O filósofo alemão Wilhelm Dilthey engajou-se numa via de pensamento (aberta por Schopenhauer e Nietzsche) valorizando a chamada "teoria da visão do mundo" (*Weltanschauung*), em que "viver é apreciar", avaliar, escolher, dar sua "interpretação" ao mundo natural: cada sistema filosófico tem por verdade a psicologia de seu autor, sua "visão do mundo", exprimindo-se numa "maneira de ver" que é "uni modo de ser". Sua obra fundamental é a *Introdução ao estudo das ciências humanas* (1883). Na qual critica a concepção positivista da *explicação (causal e racionalista) e procura compreender a realidade humana, essencialmente social e histórica. A ciência de base, sobre a qual devem repousar as (*Geisteswissenschaften* (ciências do espírito), por oposição às *Naturwissenschaften* (ciências da natureza), é a psicologia enquanto estudo do indivíduo como consciência e como unidade psicofísica. Compreender não é explicar, é conhecer intuitivamente por uma participação vivida. Portanto, temos necessidade de uma psicologia compreensiva descritiva e analítica que reconheça a unidade estrutural da individualidade e seu modo de ser no mundo ("seu estilo", diz Dilthey). O *leitmotiv* de Dilthey: "Explicamos a natureza, mas compreendemos o homem." Em sua outra obra básica, *O mundo do espírito*, Dilthey mostra que as ideias da filosofia baseada nas ciências físicas e naturais não podem satisfazer um pensamento preocupado em entender o valor de nossa vida, em estudar, não sua gênese ou sua história, mas seu fundamento: "A vida não nos é dada imediatamente, ela nos é explicada pela objetivação do pensamento". Ao pretender dar um fundamento às ciências particulares do homem, da sociedade e da história, Dilthey postula a criação de novos métodos e de conceitos psicológicos mais sutis adaptados à vida histórica (...) In JAPIASSU, H. e Danilo Marcondes. *Dicionário Básico de Filosofia*

direitos iguais dos outros. (*In* POPPER, Karl. Racionalismo Crítico na Política, Brasília, UNB, 1994, p.9).

O estruturalismo³⁸ permitiu que as ciências humanas criassem métodos específicos para o estudo de seus objetos, livrando-se as explicações mecânicas de causa e efeito, sem que por isso tivesse de abandonar a ideia de lei científica.

No estruturalismo³⁹, o todo não é a soma ou somatório das partes, nem o conjunto de relações causais entre elementos isoláveis, mas é um princípio ordenador, diferenciador e transformador. Uma estrutura é uma totalidade de sentido. É uma estrutura articulada, dinâmica e interagente.

O marxismo contribuiu para que entendêssemos que os fatos humanos são instituições sociais e históricas produzidas não pelo espírito pela vontade livre dos indivíduos, mas principalmente pelas condições objetivas qual a ação e o pensamento humano devem realizar-se.

Mas, seria o Direito uma técnica?

³⁸ No domínio das ciências sociais, o estruturalismo também dispensa a análise histórica (ou análise diacrônica). No transcurso do seu desenvolvimento, o estruturalismo se opôs a todas as formas de historicismo até então prevalentes nas ciências sociais, principalmente o de origem marxista. O estruturalismo nas ciências sociais se assenta no pressuposto de que em todas as sociedades (sejam elas arcaicas, tradicionais ou modernas) existe um conjunto de instituições (jurídicas, políticas e propriamente sociais) que formam uma unidade, uma "estrutura", um "todo coerente".

³⁹ Os exemplos clássicos do estruturalismo são os escritos de Charles-Louis de Secondat, barão de Montesquieu (1689-1755). E, entre eles, o principal: sua obra "*O Espírito das Leis*", em que são consideradas em seu conjunto as instituições jurídicas, os regimes políticos e a organização social como um sistema singular que forma uma estrutura social. De igual modo, Alexis de Tocqueville (1805-1859), em *O Antigo Regime e a Revolução e em Democracia na América*, trabalha com a perspectiva estrutural nas caracterizações e comparações das sociedades que são objetos centrais de seus estudos.

O termo grego *téchne* já mostra a distinção originária com relação à arte e à ciência. A técnica não é privativa do humano posto que se manifeste em qualquer ser vivo, e responde a uma necessidade de sobrevivência⁴⁰.

Técnica e arte não se diferenciam, etimologicamente, tido repousando no “fazer”, ou mais precisamente, no “saber-fazer”. O termo técnica veio com tempo enriquecem semanticamente. O filósofo alemão Spengler define a técnica como “tática de vida”.

Bacon identificou a técnica com sentido pragmático de realizar o bem-estar. *A priori* seria o objetivo da ciência: culminar na técnica para a realização do conforto humano. E, neste caso, a técnica sempre seria um produto ou um resultado do conhecimento em geral.

Segundo André Franco Montoro⁴¹ os antigos definiam a técnica como *recta ratio factbilium*, em oposição à ciência moral definida como *recta ratio agibilium*.

A ciência técnica e a ciência moral consistem sempre em saber: “saber-fazer” corretamente, no primeiro caso, e um “saber-agir” no segundo. Alguns autores como Garcia Maynez reduzem o campo da técnica jurídica ao da aplicação do direito objetivo aos casos concretos. Porém, este é apenas um setor da técnica jurídica que, em síntese, podem ser assim indicados:

⁴⁰ Sem dúvida, foi o antropólogo francês Claude Lévi-Strauss o expoente mais notório da teoria e da análise estrutural. Seus estudos com enfoque nas sociedades primitivas (também chamadas de sociedades simples ou arcaicas) tiveram grande influência acadêmica.

⁴¹ Também podemos dizer que o direito possui várias realidades, como ensina André Franco Montoro: é ciência (enquanto epistemologia), é justo (enquanto axiologia), é norma (enquanto teoria da norma), é faculdade (enquanto subjetividade), e, por fim, é fato social (enquanto sociologia). (In MONTORO, André Franco. Introdução à Ciência do Direito. 28. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009).

- a) Técnica legislativa referente à elaboração das normas jurídicas incluindo todo processo desde a feitura do projeto de lei, sua redação, discussão, emendas até final aprovação, e por fim, a sanção e publicação;
- b) Técnica de interpretação também chamada de hermenêutica jurídica. Segundo Carlos Maximiliano é “o estudo e a sistematização dos processos aplicáveis para determinar o sentido e determinar o sentido e o alcance das expressões do direito”.
- c) Técnica de aplicação do direito que pressupõe a interpretação, mas não se confunde com esta; aplicar o direito significa enquadrar o caso concreto na regra ou norma jurídica adequada. A aplicação é a operação final da verificação do significado da norma.
- d) Técnica processual que representa um conjunto de meios adequados a conduzir uma ação em juízo.

Antes de decifrarmos o que é a interpretação, é imperioso responder o que é afinal o Direito? E, para tal tarefa, nos apontou Ruy Rosado de Aguiar Júnior que há várias correntes significativas, a saber: Direito é norma (Kelsen); Direito é conduta (Cossio); Direito é fato (realismo norte-americano⁴² e escandinavo).

⁴² Um problema interessantíssimo é muito estudado pelos adeptos da Escola Realista norte-americana. O juiz, ainda no curso do processo, tem uma visão intuitiva e global dos fatos e do direito a ser aplicado, tendo uma intuição obtida de forma emocional, mas não destituída de objetividade, porque baseada nos valores admitidos pelo meio em que vive. Imagina primeiramente, a solução que irá efetivamente dar ao caso, mas só depois de encontrada a solução por esta forma, é que irá procurar dispositivos legais e autoridades doutrinárias ou princípios de direitos para fundamentá-la. Esta forma de raciocínio foi confessada por juizes da envergadura de Bártolo, Hutcheson, Kent, Cardozo e é aceita como correta por Jerome Frank Llewellyn, Dualde, Recaséns Siches, etc. Esta contraria totalmente a doutrina clássica que vê na sentença um silogismo, analogia observada pela primeira vez por Kant.

O conceito de Direito por vezes é um problema metajurídico, situando-se fora da atuação do jurista. Por vezes, pertence à Filosofia do Direito (mais particularmente a epistemologia e a ontologia jurídica).

A expressão “Direito” é polissêmica e designa realidades conexas e relacionadas entre si. É norma ou sistema de normas, é experiência jurídica, é experiência social (tipo de direito vigente em determinado tempo), é qualidade do justo (elemento axiológico).

Apesar de ser intensa a variação do objeto de estudo, a jurisprudência e o direito só tiveram seu caráter científico no século XIX e cujo primado foi a separação a Moral e o Direito.

Aliás, o conceito de Direito de Dante Alighieri in verbis é bem ilustrativo: “O Direito é uma proporção real e pessoal, de homem para homem, que, conservada, conserva a sociedade; corrompida, corrompe-a”.

Pela teoria pura do Direito⁴³ é norma, e o conhecimento jurídico se dirige exatamente para estas normas que conferem a certos fatos o caráter de atos jurídicos ou antijurídicos, pois só as normas podem ser o objeto do conhecimento jurídico é o que afirmou Hans Kelsen.

Importante é fixar o âmbito da validade e da vigência da norma aplicada, e não há mais nenhum critério jurídico que possa auxiliar as possibilidades decisórias. O grande

⁴³ Kelsen, Hans (1881-1973) Filósofo do direito e jurista, nascido em Praga, tornou-se professor em Viena em 1917, radicando-se a partir de 1940 nos Estados Unidos onde lecionou nas Universidades Harvard e da Califórnia. Sua concepção de direito inspira-se na distinção kantiana entre Ser e Dever Ser, tendo sido influenciado pelo “neokantismo” da Escola de Marburgo. Defendeu uma concepção de uma teoria pura do direito como uma pura ciência normativa, que deve ser distinta da consideração da lei positiva. Principais obras: Ciência do direito e direito (1922), Teoria pura do direito (1933).

desafio é descobrir qual dessas possibilidades é a mais justa, porém esse problema se encontra mais na política do Direito (fora do conhecimento jurídico).

O Direito não é norma, e sim conduta normatizada (Cossio), aponta, portanto a conduta como objeto de estudo da ciência jurídica. O reforça o caráter ético do Direito.

O Direito como conduta sofre interferência subjetiva é, portanto cultural, e pode ser positivo ou negativo, podendo ser conhecido através do ato de apreender a realidade existente no mundo através da experiência e do valor. A conduta jurídica não pertence somente ao indivíduo e só é jurídica na medida em que proporciona a outrem. O enfoque na conduta justifica posto que seja sancionável porque se exterioriza, e materializa a intenção.

Define Cossio a interpretação como ato de compreensão da conduta através de certos esquemas conceituais fornecidos pelos *standards* chamados de leis, atingível através do método empírico-dialético⁴⁴.

No entanto, para os realistas, deve a ciência jurídica se ocupar de fatos e não de entes metafísicos, tais como dever jurídico, direito subjetivo e, etc. Criticam os realistas a ideia de que o Direito cria vínculos, pois isto não está no mundo do ser, e não há realidade sensível nessa relação de causalidade. O que existe é o fato somente e a consequência virá a ser ditada pela sentença. E, ambos são fatos reais: o fato e a sentença.

⁴⁴ O Direito, como objeto cultural, está ontologicamente ligado ao valor e exige para o seu conhecimento "um método específico adequado, *empírico-dialético*, que se constitui pelo ato gnosiológico da *compreensão*, através do qual, no *ir e vir* ininterrupto da materialidade do substrato à vivência do seu sentido espiritual procuramos descobrir o *significado* das ações ou das criações humanas."

A crença de que o efeito reconhecido na sentença decorre da existência do Direito é mística, servindo apenas para tranquilizar, atendendo nossos anseios de segurança.

Ao afirmar a relação jurídica entre pessoas, e notadamente, entre sujeitos de direito é uma predição social feita através do juiz, que irá decidir a favor de um ou outro. Portanto, interpretar é conhecer as situações de fatos presentes e criar a norma para o caso concreto. Daí reafirmar-se que o Direito é uma ciência social aplicada⁴⁵.

Mas afinal interpretar é ato da vontade ou ato de conhecimento e inteligência?

A interpretação como ato de conhecimento é vista pelos racionalistas que entendem ser o homem capaz de organizar sua vida com a razão, emitindo leis perfeitas, harmônicas e completas, criando um ordenamento jurídico completo (é o mito da completude da norma) sendo um sistema pronto e acabado e que aos juízes e demais aplicadores do Direito caberia apenas apreender o conteúdo dos conceitos legais e aplica-los aos casos concretos.

O conhecimento do direito positivo acarretaria o descobrimento da verdade jurídica e a interpretação poderia ser correta ou errada, conforme a veracidade ou falsidade do conhecimento do jurista. O juiz há de ser imparcial e neutro, um servo da lei, que nada acrescenta ao fenômeno jurídico, sendo apenas a intermediária para se chegar à solução através da lógica formal.

⁴⁵ As “ciências sociais aplicadas” na nomenclatura do CNPq são vastas quanto escopo e metodologias: direito, administração, economia, arquitetura e urbanismo, demografia, gastronomia, ciência da informação (onde entra a biblioteconomia), museologia, serviço social, comunicação (entre outras o jornalismo e as relações públicas), economia doméstica, programação visual, desenho de produto (*design*), turismo, hotelaria.

Já os antirracionalistas acreditam que a interpretação é ato de vontade, influenciado por diversos fatores de ordem psíquica, social política e, etc. O ato de criação da norma é ato de vontade seja do legislador, seja do aplicador. E, nessa ótica, não poderia se classificar a interpretação em verdadeira ou falsa, mas como justa ou injusta.

Kelsen posiciona-se nessas duas correntes doutrinárias, para dizer que a atuação do jurista enquanto operador de Direito, corresponde apenas ao ato de conhecimento da ordem jurídica para estabelecer o âmbito de execução da norma aplicável,

Havendo uma gradação hierárquica entre a Constituição e a lei ordinária. E, também entre a lei e a sentença. Portanto a interpretação será sempre necessária para o jurista para a criação da norma inferior (ou para sua execução), atividade essa que o constituinte reserva ao legislador ordinário, e este ao Juiz, e o Juiz ao executor.

Como a norma superior é sempre mais ou menos indeterminada, ou porque intencionalmente se quis deixar maior espaço para o criador da norma inferior, ou porque indubitavelmente há sempre uma margem de indeterminação (as palavras não possuem sentidos únicos, ou pode haver aparente contradição entre normas aplicáveis).

Cabe ao jurista na interpretação da lei, estabelecer as diversas possibilidades decisórias. Portanto, não se tem necessariamente uma única decisão, como se esta fosse a única forma justa ou reta, mas várias decisões para cada uma das quais possuem um valor idêntico ao das outras, apesar de apenas uma só destas, vir a ser⁴⁶ direito positivo através da sentença judicial.

⁴⁶ O primeiro filósofo a tratar do devir, do vir-a-ser foi Heráclito que é considerado o mais importante dos pré-socráticos. Foi melancólico e obscuro. Acreditava que o universo muda e se transforma infinitamente a cada instante. Há um eterno dinamismo que o anima. E a única substância do cosmo é um poder espontâneo de mudança e se manifesta pelo movimento. Tudo é movimento: *Panta rei* (que significa tudo flui, e nada permanece o mesmo). E a verdade se encontra no devir, não no ser. Profetizou: “Não nos banhamos duas vezes no mesmo rio”. E a unidade da variedade infinita dos fenômenos é feita pela “tensão oposta dos contrários”, “tudo se faz por contraste”. Enfim, da luta dos contrários é que nasce a harmonia. Tudo que é fixo é ilusão. O princípio unificador do mundo é o *logos*.

Desta forma, é curial reconhecer que também o juiz de Direito cria o direito com relativa liberdade em sua função seja pela vinculação material do legislador, seja pela vinculação aos fatos. Mas, ao produzir a norma individual no processo, fornece um conteúdo concreto no âmbito da norma geral, é uma função da vontade.

A grande crítica à Teoria Pura do Direito é recusar ao jurista a possibilidade de realizar qualquer consideração sobre princípios éticos de bem ou mal, de justo ou injusto, por serem determinações que não procedem do direito positivo.

Assim sendo, o ordenamento positivo seria o único parâmetro e o limite do pensamento jurídico o que reduz a norma ao purismo absurdo, eliminando o caráter metajurídico e subordinando o jurista apenas à lei exarada, tal como aconteceu no período nazista.

Outra questão é saber se afinal a interpretação é ato neutro ou ideológico?

A neutralidade é referente à do juiz, o que já foi refutado por Alexandre Freitas Câmara e de forma veemente, pois é indissociável a carga pessoal, profissional e psicológica do julgador no exercício da atividade jurisdicional.

Mas também não podemos confundir neutralidade com imparcialidade, posto que não possa o julgador apor valorativo pessoal ao decidir a lide. Mas que uma exigência ética, é uma exigência científica.

Os positivistas (racionalistas) reduzem o ato de interpretação a um ato de conhecimento, sustentam ser uma atividade neutra e imparcial, posto que o julgador se restrinja à compreensão do significado da norma e ao conhecimento do fato.

A corrente positivista e racionalista é a que melhor atende à constituição⁴⁷ política do Estado Liberal, onde vige a separação dos poderes do Estado, designando ao legislativo a capacidade de inovar dentro do ordenamento jurídico, subordinando o juiz à lei (*le judge c'est la bouche de la loi*).

Conta Ruy Rosado de Aguiar Júnior aponta que recentemente eminente jurista e magistrado brasileiro repetia a história italiana de que ao juiz interessa o texto, não a testa. É o modelo napoleônico que ao receio de os juízes continuarem decidindo de acordo com os interesses do antigo regime, em desatenção aos anseios da burguesia vencedora, manifestados pelo parlamento na lei.

Esse posicionamento não é só da Escola da Exegese, mas de todas as correntes doutrinárias que sustentam caber ao juiz à descoberta e a revelação do conteúdo da norma, inclusive valorativo (jurisprudência de interesses⁴⁸ e jurisprudência de conceitos⁴⁹) que seriam objetos existentes e conhecíveis por todos os juízes.

Deve-se a um fator mítico triplamente facetado que convém aos legisladores e impõe a sua vontade dentro do Estado, fazer crer aos cidadãos ser esta emanção da justiça e sua aplicação neutra e igual para todos (contestou Martin Fierro: a lei é como a chuva, não

⁴⁷ Sob o ponto de vista filosófico, o novo constitucionalismo ou neoconstitucionalismo é a consequente ascensão dos direitos fundamentais são justificados a partir do desenvolvimento e da superação dos ideais jusnaturalista e juspositivistas.

⁴⁸ É uma subcorrente do positivismo jurídico segundo a qual a norma escrita deve refletir interesses, quando da sua interpretação.

⁴⁹ Foi a primeira subcorrente do positivismo segundo a qual a norma deve refletir conceitos, quando da sua interpretação. Suas principais características são: o formalismo, a sistematização e a busca de justificação da norma mais específica para a norma geral.

cai parelha); o indivíduo tem necessidade de sentir-se seguro quanto às consequências futuras de sua conduta, acreditando que a regra igual, igualmente apreensível por todos, será também aplicada ao seu caso; o julgador tranquiliza seu espírito ao convencer-se de que está apenas fazendo incidir a vontade da lei, para a qual para qual ele não contribuiu senão com sua participação intelectual meramente operativa.

A escolha de valores, sua fixação numa hierarquia, a aceitação dos princípios desta decorrente e sua efetiva concretização através da aplicação são atitudes que caracterizam uma posição ideologicamente comprometida do juiz.

Afirma-se então que a ideologia é necessária à interpretação por duas razões: de modo geral, porque toda atividade humana que serve à realização de fins exige a formulação desses fins como valores: a determinação dos valores forma a ideologia dessa atividade; de modo especial, a ideologia está ligada à interpretação porque se funda em avaliações, determinantes das diretivas interpretativas,

O mesmo jurista observa que os valores podem não convergir, a exemplo do que ocorre com o da estabilidade da lei, ligado à certeza e à segurança, e o da necessidade da satisfação das exigências atuais da vida.

Enquanto que o primeiro se constitui num valor estático e fundamenta a posição de defesa da vontade da lei e do legislador, o segundo é um valor dinâmico e resulta numa visão behaviorista, pois a norma fixada na sentença corresponde à resposta a um estímulo: mudando o estímulo obviamente mudará a resposta.

Chaim Perelman⁵⁰ examina as duas posições e as critica: a primeira faz o juiz substituir-se por um historiador (quanto melhor conhecer o fato histórico⁵¹ enquanto vontade do

⁵⁰ Chaim Perelman (1912-1984) foi filósofo do Direito e viveu grande parte de sua vida na Bélgica. É um dos mais relevantes teóricos da retórica no século XX, e sua principal obra foi o "Tratado da

legislador, melhor será o juiz); a segunda arrisca a substituir a vontade de um pela do outro, criando o juiz a norma que este gostaria que existisse (profundamente utópico).

Outro *busilis* nos assombra: ao interpretar é descobrir utilizamos a lógica formal, teleológica ou a lógica do razoável?

Em geral o resultado da interpretação sempre é apresentado conforme a lógica formal. Porém, a interpretação propriamente dita pode ser feita através dos três tipos de lógica descritos acima.

Kalinowski afirma que toda interpretação jurídica posto que seja raciocínio é lógica, sendo calcada nas regras lógicas (ao contrário, a analogia *maiori, ad minus minor ad maius*, etc).

Os positivistas dogmáticos adeptos da jurisprudência dos conceitos submetem o ato da interpretação à lógica formal com a qual procuram alcançar o conhecimento válido do texto legal.

Alegam que a lógica é jurídica sem deixar de ser formal porque está vinculada a uma região ou domínio de objetos – as normas jurídicas – e se apresenta como uma formalização da linguagem (“juridiquês”) que serve de expressão aos significados que são as normas.

argumentação - a nova retórica” de 1958 que fora escrito em parceria com Lucie Olbrechts-Tyteca, no Brasil. Pesquisaram sobre a lógica dos argumentos não formais, seguiram estudo de Frege sobre matemática para verificar e aplicar suas teorias. Promoveram uma redescoberta ou releitura da retórica greco-latina. A análise de Perelman permitiu acrescentar à sua obra uma visão geral das várias técnicas coletadas no curso de sua pesquisa.

⁵¹ A interpretação como saber histórico foi inserida com o racionalismo seiscentista, sendo um desafio: “entender o discurso tão bem e até melhor do que o próprio autor o entende”.

As regras ordenadoras da razão orientam o trabalho do intérprete para declarar ou aclarar o que no texto se contém com o auxílio dos princípios lógicos (identidade, contradição, terceiro excluído, da razão suficiente) e dos juízos de inferência imediata (oposição e conversão) e mediata (dedução, indução e analogia).

Sua tarefa é aplicar a norma de modo ajustado ao sistema conceitual estabelecido cientificamente com base na lei positiva sistema esse que abarca a explica a totalidade da experiência jurídica.

A lógica jurídica é uma lógica do dever ser, não do ser, que leva ao conhecimento válido dos conceitos contidos dentro da norma e da compatibilidade deles com o ordenamento jurídico global.

A interpretação teleológica supera a lógica formal e dirige sua atenção para o bem jurídico tutelado pela norma, isto é, para o fim que a norma procura alcançar (Bettiol).

A conclusão interpretativa deve ser afeiçoada à preservação desse valor bem jurídico, o que extrapassa o âmbito da lógica formal para introduzir no método jurídico um elemento material. Pode ser incluída aqui ainda, a corrente que se preocupa com os efeitos da decisão fazendo reflexão sobre as consequências.

Recaséns Siches⁵² sustenta que o juiz deve submeter-se à lógica do razoável. Explica as fases pelas quais passa o julgador para chegar à decisão: filtra os fatos, avalia provas,

⁵² Luís Recaséns Siches (1903-) espanhol naturalizado mexicano. Notável jurista, filósofo e sociólogo e deu grande impulso ao pensamento culturalista com a sua teoria vitalista do Direito. Guiado pelas ideias de Ortega Y Gasset considera que a vida humana nada tem de finalizada ou concluída, sendo esta de uma dinâmica incrível, assemelhando-se com a cultura, possuidora de mutabilidade. Siches insere o direito nos objetos culturais, por ser criado pelo homem com fito de realizar valores, considerando-o como parte da vida humana. Devido à mutabilidade da realidade social existe uma dificuldade de materializar esses valores. Por isso, a ciência do direito deve normatizar cada momento da vida coletiva, ligado às circunstâncias e dentro da perspectiva por elas formada. A norma jurídica que não opera real e efetivamente não passa de um pedaço de papel, ela deve reviver sempre que for aplicada. É inerente ao comportamento humano a discussão de problemas de diversos tipos, políticos, sociais e religiosos, onde se busca sempre a solução mais justa e conveniente. Destarte, a solução encontrada é apenas razoável.

confronta a lei, faz aportes às circunstâncias extralegais, pondera as consequências de sua decisão e, depois de passar e repassar por esse complexo de fatores, chega finalmente à sua conclusão por intuição intelectual, momento em que a questão se esclarece e, é fixada uma posição.

O juiz não só aplica a lei, pois nenhuma lei é completa só a sentença o é. Julgando o magistrado tem função criadora, posto que crie a norma *in concreto* e reconstrói o fato ponderando as circunstâncias às quais atribui relevo, escolhe a norma a aplicar e estabelece a extensão.

Nesse trabalho, necessariamente se faz valorações, que não são as suas pessoais, mas as produzidas pelo ordenamento jurídico. Sendo um criador, o juiz está submetido à ordem jurídica, recomendando-se-lhe a renúncia no caso de desconformidade irreconciliável entre a sua consciência e a lei.

Recusa-se peremptoriamente qualquer utilidade da lógica formal para o trabalho do jurista. E, conclui que a lógica formal tradicional nunca poderá dar nenhuma iluminação sobre qual seja os conteúdos das normas jurídicas, nem das normas gerais, nem das normas jurídicas particulares e nem das normas jurídicas individualizadas (sentenças judiciais e resoluções administrativas).

Surge então a lógica do razoável⁵³ dotada das seguintes características: está condicionada pela realidade concreta do mundo onde opera e, está impregnada de valorações, isto é, de critérios estimativos ou axiológicos, o que a distingue decisivamente da lógica racional, pois tais valorações são concretas, isto é, advindas

Ele explica que a lógica empregada para a descoberta dessas soluções não é uma lógica racional alheia a critérios axiológicos, mas a do razoável.

⁵³A lógica do razoável pode ser definida como uma razão impregnada de pontos de vista estimativos, de critérios de valorização, de pautas axiológicas, que além de tudo traz consigo os ensinamentos colhidos da experiência própria e também do próximo através da história.

referidas a determinada situação humana e real; as valorações constituem a base para estabelecimento dos fins: a formulação dos fins não se fundamenta exclusivamente sobre valorações, mas está muito condicionada pelas possibilidades da realidade humana concreta; a lógica do razoável está regida por razões de congruência ou adequação: entre os valores e os fins; entre os fins e meios e a correção ética dos meios; entre fins e meios e a eficácia dos meios; por último, está orientada pelos ensinamentos da experiência da vida humana e da experiência histórica.

Ainda paira outra dúvida, para interpretar utiliza-se da lei, do sistema jurídico como um todo ou quaisquer fatores?

Para os positivistas o principal foco é a lei positiva, o Direito é o objeto de conhecimento jurídico e que deve ser reconstruído pela interpretação. Sendo clara a norma aplicável é desnecessária essa atividade secundária que convém mais a uma gleba de problemas marginais, situada na fronteira dos níveis de compreensão, havendo sempre um núcleo de entendimento não contestado.

Quando chamado a intervir, o intérprete não pode trair o quadro conceitual positivado na lei. Nos Estados socialistas, em especial, na extinta União Soviética e nos países do leste europeu, o juiz resta vinculado à lei que expressa a ideologia reinante, da classe dominante: apenas quando houver distonia entre a vontade do legislador e a vontade da classe sócia no poder, poderá o juiz afastar-se da lei, cabendo à Corte Suprema Federal da URSS dar a interpretação autêntica publicada ao lado do texto legal.

Admitida em maior ou menor grau de subordinação do julgador ao ordenamento jurídico, assim considerado como conjunto de princípios jurídicos que ordenam a vida social há os que sustentam que a interpretação operativa é relacionada a um sistema jurídico devendo a decisão estar contida neste, ainda que eventualmente afastada da norma que se entende aplicável ao caso.

Para que o seu labor, o julgador traz a lume necessariamente fatores extranormativos ou metajurídicos tais como princípios éticos, ideia de equidade e o sentimento de justiça, mas que pressupõem sejam protegidos e realizados pela ordem jurídica.

É impossível, ensina o Professor Plauto Faraco de Azevedo, definir exatamente o Direito⁵⁴, mesmo tão-só o Direito Positivo, a não ser como uma ordem estabelecida com finalidade de servir à justiça (justiça distributiva e aplicação do Direito).

Por fim, os realistas e os da corrente do direito livre⁵⁵ afirmam que o juiz é um criador que sofre a influência de múltiplos e variados fatores incidentes sobre o psiquismo humano no momento da decisão, desde as condições pessoais e internas até as sociais e externas assim de algum modo essas influenciam no processo decisório.

Sendo livre não tem limites normativos, pois esta posição não reconhece valia no direito abstrato nem à razão como participantes da atividade interpretativa. Os mais extremados substituem as leis e regras de interpretação por sentimentos judiciais aí incluindo instintos, emoções, sentidos. Acreditam que a subjetividade prevalece sobre a objetividade do texto que deve ser interpretado.

⁵⁴ Conveniente lembrar que o conceito de direito não se faz sozinho e sem o alcance de outras ciências afins, como ética, religião, ciência política, entre outros. O hermeneuta procura dentro da interdisciplinariedade os mecanismos exatos de funcionamento da sociedade e o seu alcance. Aliás, para Dworkin o Direito é conceito interpretativo. Em resposta à pergunta “o que é o direito?” em sua doutrina, ecoa “o direito é um conceito interpretativo”. O direito como integridade compreende a doutrina e a jurisdição; Faz com que o conteúdo do direito não dependa de convenções especiais ou de cruzadas independentes, mas de interpretações mais refinadas e concretas da mesma prática jurídica que começou a interpretar.

⁵⁵ A Escola do Direito Livre critica: o fetichismo da lei, o dogma da completude da lei, a monopolização jurídica pelo Estado. E, preconiza a necessidade de o juiz ser criativo no desempenho de suas atribuições, preenchendo as lacunas existentes no ordenamento jurídico. Portanto, a escola do Direito Livre é contra o estadismo jurídico.

Traçamos pois em síntese as diversas correntes doutrinárias que definem a interpretação, de um lado estão os realistas radicais e, de outro estão os dogmáticos ou positivistas e, entre estes, existe corrente intermediária com muitas variantes.

Qualquer opção seja por uma ou outra corrente doutrinária tem um jaez intensamente ideológico e desenha um caminho mais favorável à realização dos valores eleitos como importantes. Bobbio narrou que na Itália quando da substituição do regime liberal pela paulatina ditadura fascista houve um surtado apego à legalidade tendo assumido um valor progressista e falsamente liberal.

Todavia, quando se instaurou o Estado totalitário italiano inaugurou-se nova legalidade e ao inicialmente pretendido respeito à lei assumiu fins contrários.

Por essa razão, concluiu Bobbio que o formalismo e antiformalismo não possuem valor ou desvalor em si mesmos considerados, senão pela ideologia à qual servem e que nós aceitamos ou rejeitamos.

O mundo contemporâneo permanece dividido entre duas concepções políticas antagônicas, e cada lado efetivamente tem sua estrutura legal peculiar e bem expressa a filosofia política aceita. De forma que o que convém ao socialista dentro do Estado socialista é diverso o que é aceito pela democracia liberal e vice-versa. Concluimos que a mera mudança de latitude implica forçosamente em mudança ideológica e, *ipso facto*, altera-se o paradigma interpretativo.

Para os realistas, o juiz é criador e sofre influência de fatores diversos de origem orgânica, afetiva e circunstancial como qualquer pessoa, e em função disso age. A lei como dado é um entre tantos, e algumas vezes nem sempre considerado para a atividade jurisdicional.

Só os fatos interessam propriamente ao Direito que se limitam ao mundo da experiência, onde se localizam os humanos e a sentença que sobre estes dispõe. A decisão dada nessas condições não decorre da lei, não cabendo ao jurista antes da sentença, senão formular simples profecias ou predições sobre o que possivelmente será decidido. A sentença é essencialmente um ato de vontade.

A grande contribuição dessa escola foi chamar a atenção para fato muito simples de que o Direito existe no mundo real e concreto, onde ocorrem relações humanas e a sentença, daí percebe-se o nítido contingenciamento do intérprete. Bobbio⁵⁶ ainda apontou para o mito típico do Direito que atende as exigências de segurança e de tratamento isonômico, identificou a sentença como ato de vontade bem como a influência dos elementos metajurídicos.

Aliás, a mudança legislativa a ser adotada acarreta quase sempre a alteração das soluções judiciais, porém não é correto afirmar que a sentença emana só da vontade do julgador, ou do judiciário, quando a razão participa efetivamente para o conhecimento dos fatos, a determinação de valores e fins.

⁵⁶ Norberto Bobbio (1909-2004) foi filósofo político, historiador do pensamento político e senador vitalício italiano. Em 1935 obtém a vaga de docente de Filosofia do Direito na Universidade de Camerino, porém apontavam-lhe dificuldade devido à prisão e pena de advertência que fora condenado no ano anterior. Escreve carta a Benito Mussolini clamando pela remoção da pena. A missiva é pungente e, será setenta anos depois citada como prova de fraqueza e de submissão dos intelectuais aos fascistas. Mas, o jornalista Giorgio Fabre escrevera que: "quem viveu a experiência do Estado de ditadura sabe que é um Estado diferente de todos os outros". (...) A ditadura corrompe o espírito das pessoas. "Constrange à hipocrisia, à mentira e ao servilismo." Seu interesse pela história das idéias leva-o também a lecionar Ciência Política passando ser sua cátedra em Turim. No campo da Filosofia do Direito Norberto Bobbio incorpora-se na corrente dos que identificam no corpo doutrinal três áreas de discussão: uma área ontológica, da Teoria do Direito, que se preocupa com o direito que existe, procurando alcançar uma compreensão consensualizada dos resultados da Ciência Jurídica, da Sociologia Jurídica, da História do Direito e outras abordagens complementares; uma área metodológica que compreende uma Teoria da Ciência do Direito e que recai no estudo da metodologia e dos procedimentos lógicos usados na argumentação jurídica e no trabalho de aplicação do Direito; e, por fim, uma área filosófica materializada numa Teoria da Justiça como análise que determina a valoração ideológica da interpretação e aplicação do Direito, no sentido da valorização crítica do direito positivo.

Justifica-se assim, o vasto leque de alternativas decisórias e para auxiliar no exato momento da decisão. Portanto, é curial não comete o equívoco de substituir o arbítrio do legislador pelo arbítrio do juiz. Pois nem o legislador e nem o julgador são verdadeiramente livres.

Resta reconhecer que o legislador é atrelado ao seu momento histórico, ideológico, aos compromissos partidários e eleitorais, além de estar submetido à fiscalização da sociedade e ao próprio limite que o jogo político naturalmente impõe.

E, o juiz além de forçosamente levar em consideração a lei, ainda deve considerar o *homo medius*⁵⁷, ou seja, a consciência média da sociedade para a qual jurisdiciona e sofre influencia.

Cabe assinalar que mérito tiveram os realistas ao demonstrar que lei não nos fornece a tão propalada segurança e ainda nos arremessa na mais profunda indefinição, submetidos ao voluntarismo dos julgadores.

Os positivistas por acreditarem ser o legislador o único que inova na ordem jurídica, criando a norma que integrará um sistema ordenado, completo e justo. Preveem para a aplicação da lei um juiz servo da lei, ser imparcial e desideologizado, transformando a interpretação em atividade secundária e só presente e necessária quando a lei não for

⁵⁷ *Homo medius* traz a ideia de comportamento-padrão, hipoteticamente entendido, conforme as normas culturais o que a sociedade considera modelo ideal de conduta. Tomando esse parâmetro, é fácil verificar que o homem não será julgado conforme a sua conduta, posto, porém, em confronto com mera hipótese normativa. Assim, consagra-se a responsabilidade objetiva. A moderna teoria da culpabilidade do Direito Penal analisa o homem no contexto de sua grandeza ou fraqueza. Dimensiona o mérito e o demérito. Projeta a individualidade, examina tanto o comportamento como suas circunstâncias. Assim, concluímos que o *homo medius* foi sepultado. O Direito como forma cedeu ao sentido material das normas jurídicas. (In CERNICCHIARO, Luiz Vicente, O velho *homo medius*, Informativo Jurídico da Biblioteca Min.Oscar Saraiva, v.7,n.2,p.76-132, jul/dez.1995, págs.87-89).

suficientemente esclarecida. Seguem métodos que procuram conhecer da vontade da lei ou do legislador para o que a lógica formal é exímio instrumento.

O defeito principal do positivismo é condenar o intérprete a estreiteza da lógica formal que poderá acarretar absurdas decisões e soluções práticas inadequadas.

Pois que se esquecem de que a lei é instrumento de realização do justo, mas é apenas um meio e, não um fim em si mesmo, que não pode ser elevada à categoria de bem maior a preservar.

Esquecem os ferrenhos positivistas que a realidade do caso concreto possui contornos que só são conhecidos mais diretamente pelo juiz e a desconsideração dessas peculiaridades leva a aplicação uniforme da lei, garantindo a segurança no tráfico das relações jurídicas, porém poderá significar exatamente a negação do valor da justiça que pode ser atingida pela flexibilização do princípio normativo.

O que hoje denominam de “crise do positivismo” é a constatação histórica de que esse movimento perdeu espaço e eficácia principalmente por sustentar ordens jurídicas como a do nazismo.

Obviamente o juiz não é servo da lei, não é a boca da lei e nem escravo da vontade legal, mas resta submetido ao ordenamento jurídico vigente que se revela em ser um sistema aberto afeiçoado aos fins e valores importantes para a sociedade, e se baseia no pressuposto indeclinável de que essa *legalis ordo* aspira à justiça.

O primeiro e principal compromisso do julgador é com a justiça, e estando diante de um injusto sistema, que opera uma sujeição inconciliável entre a consciência e a lei, não há como operar o direito numa efetivação antissocial.

Em verdade, o magistrado ao atuar com a ordem jurídica a reavive no caso concreto, inserido no ambiente social onde vive tem o dever de perceber e preservar os valores sociais imanentes dessa comunicação.

Não poderá o juiz fazer prevalecer a sua vontade a esses valores. Também não lhe cabe sobrepor-se aos sentimentos médios da sociedade em geral e da comunidade jurídica em particular que mais o fiscalizam nas suas decisões quanto mais democráticas for o regime.

Há concepções sociais dominantes apreensíveis pelo juiz, e não pode decidir ignorando os padrões, critérios que destas advém em favor de suas convicções pessoais. Portanto, o ato jurisdicional decisório tem que se inserir no contexto social, cujas ideias e valores não lhe é dado ignorar.

Conclui-se então que não está o intérprete relegado ao imobilismo, à inércia e passividade, e o que o juiz procura interpretar a consciência social e dar eficácia a lei, mas assim, procedendo, este amolda e modifica conforme a mesma consciência que é dado a interpretar.

Efetivamente existe um elemento criador bem ao lado do elemento descobridor, na atividade jurisdicional. A sujeição ao ordenamento jurídico como um sistema aberto não é a mera servidão à lei formal. O Direito positivado é apenas uma parte desse conjunto, a sua parcela mais palpável, mas direito natural, o sentimento de justiça, a exigência de equidade, vivenciados e sentidos pela sociedade na qual o juiz habita.

A norma legislada poderá exprimir ideia distanciada desses princípios, e redundar em errônea avaliação dos fins sociais, deixar de lado solicitações e expectativas comuns.

A falha pode ser explicada por erro de apreciação do legislador, por submissão deste às circunstâncias e contingências de aguda compreensão e influência no momento legislativo; ou simplesmente decorrer do *delay* (defasagem) ocorrido no tempo, entre a hipótese para qual foi feita e a superveniente modificação da estrutura das relações sociais.

Cabe ao intérprete fazer a adequação da norma ao sistema onde está embutida. No seu trabalho de aplicação do sistema, o juiz cria na sentença a norma para o caso concreto, é o que se chama de concreção, pela sua razão e por sua vontade.

É ato de razão posto que exija conhecimento de elementos fáticos, valorativos e normativos do caso; é um ato de vontade por implicar a escolha entre diversas alternativas decisórias possíveis.

E, no *decisum*, o juiz leva em consideração, a saber:

- a) a norma individualizada, imediatamente aplicável ao caso concreto;
- b) os princípios gerais do sistema jurídico vigente, principalmente os decorrentes da justiça e da equidade;
- c) sofre, como qualquer pessoa, a influência de fatores múltiplos, de ordem emocional, psíquica e circunstancial;
- d) sente o efeito de suas convicções ideológicas;
- e) e, por derradeiro, reflete sobre as reais consequências que decorrerão de sua decisão.

Para avaliar os dados com os quais trabalha, deve o julgador empregar o método empírico-dialético que consiste em ir diretamente ao fato estudado, apreender o valor

em questão, e confrontá-lo com a norma individualizada prevista no ordenamento jurídico global e com as possíveis consequências.

Tal procedimento se faz mais de uma vez, num ir e vir sempre renovado com nuances que passa pelo mundo do ser, da normatividade e dos valores até o momento em que a decisão é intuída, surgindo o julgamento em esboço.

Na decisão, os seus diversos elementos estão reunidos uns em relação aos outros, formando uma estrutura unitária indissolúvel. Desde a escolha dos fatos que serão tomados como relevantes, passando pelas regras de prova admitidas para o caso (com o que alguns elementos permanecerão e outros desaparecerão) pelo método interpretativo adotado, até os valores admitidos tudo formando um conjunto que somente se explica e se compreende em função da solução escolhida.

Conforme a leitura da norma individualizada aplicável ao caso concreto, essa norma estará relativamente ajustada aos princípios que o julgador decidiu preservar. Se coincidentes, a fundamentação da sentença será singela invocação do direito positivo, que por si só legitima plenamente a decisão.

Havendo divergência, o juiz deverá argumentar para convencer do acerto e da adequação de sua decisão ao sistema jurídico, pois deverá encontrar ali a fundamentação para a decisão que entende a mais justa e, portanto, a única cabível.

Sempre que possível, fica com a lei e trabalha com esta usando dos recursos que a linguagem lhe oferece. É sabido que os termos através dos quais o legislador se expressa contêm conceitos indeterminados, discricionários e cláusulas gerais, assim como referidos na lição de Engisch, também examinados e classificados por Warat.

Assim o juiz pode atribuir à lei, o conteúdo que considera o mais adequado exercendo então atividade eminentemente criadora, As cláusulas gerais são inesgotáveis fontes de que poucos juízes brasileiros fazem uso, para o encontro da decisão justa e adequada, apesar dos ditames do art. 5º da LINB; art. 159 do C.C. e o princípio de igualdade consagrado no art. 5º da CF/1988 e tendem a crescer nas legislações mais modernas.

A natureza do trabalho intelectual que o juiz realiza coloca-o diante de teorias divergentes, de múltiplas opções interpretativas, de diversos conteúdos adaptáveis aos conceitos abertos, enquanto que a natureza decisória de sua atividade lhe impõe a escolha de apenas uma das alternativas, com a eliminação definitiva das demais.

Nesse complexo jogo de eleição e rejeição de correntes doutrinárias, de adjetivação de fatos, condutas e normas, de emprego de alguns termos de forte impacto, mas de precisos contornos (insuficiente, relevante, abuso de direito⁵⁸, ordem pública, boa-fé objetiva, função social e, etc.), o juiz vai reunindo os argumentos para fundamentar a decisão a que já havia chegado por ato de razão e também de vontade, sob a influência de dados jurídicos e metajurídicos, numa interlocução.

O seu objetivo é o justo e o seu limite é o sistema jurídico em que está inserido, dentro do qual deve encontrar a legitimação para sua decisão, ainda que utilizando das janelas abertas do sistema jurídico aberto contém.

A norma concretizada será criada em função desses dois dados, conhecendo da lei positiva com recursos que a ciência interpretativa lhe alcança para cumprir aqueles nobres fins.

⁵⁸ O abuso do direito é uma figura moderna, construída a partir de decisões judiciais francesas proferidas a partir da metade do século XIX, mas apenas que ganharam corpo nas primeiras décadas do século passado. O abuso está inserido no movimento de queda do voluntarismo, ou seja, do predomínio da vontade do titular de um direito como motor absoluto de seu exercício e, por isso, tem servido para evidenciar a funcionalização de uma série de direitos, como a propriedade e os contratos.

Em raras ocasiões, o julgador se deparará com uma lei que não possa ser interpretada e redefinida em conformidade com o valor justiça.

Quando isso ocorrer, duas as alternativas: ou renuncia à função, como recomenda Recaséns Siches, ou contradiz a lei, nas hipóteses em que esta:

1) viola as finalidades da instituição social que regula (Perelman); Os magistrados procurarão subterfúgios, e forçarão, se preciso as interpretações tradicionais, se se trata de salvaguardar o funcionamento habitual de uma instituição ou de se chegar a uma solução judiciária considerada de equidade, mesmo se estes são os incapazes de encontrar uma justificação aceitável em Direito;

2) quando for contra a equidade;

3) quando a solução preconizada acarretar consequências sociais inadmissíveis (aliás, a teoria referente às consequências está sendo reconhecida na Alemanha como objeto da atividade de interpretação dos juízes que deverão considera-las ao menos de tal maneira que consequências negativas delas decorrentes sejam minoradas. (HASSEMER, O Sistema de Direito e a Codificação, a vinculação do juiz à lei, in Revista Direito e Justiça da Faculdade de Direito da PUC/RS, v.9/7, tradução do Professor Peter Ashton).

Os métodos interpretativos são definidos pelo senso comum dos juristas que permite chegar ao conhecimento científico do direito positivo. Evidente conexão ideológica marca cada escola doutrinária da interpretação jurídica.

Assim temos o método exegético, o método da escola histórica, o método dogmático, o método comparativo de Ihering da segunda fase, o método da escola francesa, do positivismo sociológico e da escola do direito livre, o teleológico vinculado à

jurisprudência de interesses, o método egológico e o tópico-retórico, todos estes se relacionam com as escolas correspondentes.

Nesses distintos métodos, seguindo uma possível ordem cronológica, atentando-se para o surgimento histórico de cada método, a partir da promulgação do Código de Napoleão, que bem marca o início da dogmática notabilizada pelo exacerbado culto ao texto legislativo e a identificação do direito com a lei imposta.

Tal concepção ideológica politicamente determinada preside praticamente a todos os métodos, apesar de haver distintas diferenciações teóricas e técnicas. Embora aparentemente os diferentes métodos interpretativos venham contestar a dogmática, em verdade, acabam revitalizá-la, sem possibilidade de sua transformação e sem afetar os principais dogmas fundamentais.

O método gramatical ou literal é típico da fase pós- Código Civil francês, e sua razão de ser baseia-se na crença napoleônica de que a escrita codificada esgotava todo o direito civil. Porém, a previsão do legislador não é unívoca e a necessidade de destrinchar a significação do conteúdo legal se impõe sempre.

Reconheçamos que o método gramatical é, sem dúvida, o mais cauteloso, foi o usado pelos glosadores para a interpretação do Evangelho. A aplicação desse método colaborou com o culto ao Código Civil com seu ideal de perfeição, intangibilidade e racionalidade máxima, o que vinha a identificar-se com a justiça.

Concluía os hermeneutas que a imperfeição não está no texto legal mas no intérprete. A principal veia do sistema gramatical de interpretação era o sentido unívoco das palavras que deveria ser descoberto pelo intérprete.

Em versão mais simples procura estruturar procedimento destinado a determinar o sentido juridicamente legitimável para certos trechos obscuros da lei. Opera por

sinonímia, pela utilização estratégica de sintáticas de substituição tal como faziam os glosadores diante do texto religioso.

Atualmente o uso do método gramatical supõe a remissão dos usos acadêmicos da linguagem contidos nos repertórios, o que caracteriza o recurso a certos padrões culturais. A interpretação literal deriva de Platão⁵⁹ que sustentava que o significado das palavras devia refletir aquelas características essenciais das coisas. Haveria significados verdadeiros na medida em que com as palavras se pudessem expressar corretamente as qualidades essenciais das coisas que se pretendem definir. Daí, o problema principal seja a busca do significado jurídico verdadeiro, por vezes oculto pela natureza intrinsecamente imprecisa da linguagem e pelas deficiências gramaticais com as quais as normas são formuladas.

Recomendam alguns juristas a substituição do sentido vulgar das expressões utilizadas nos textos jurídicos pelo sentido técnico produzido através das chamadas ciências jurídicas. Uma substituição circular já que a linguagem técnica é um sublinguagem natural e pertencente a um grupo específico profissional.

No fundo, apelando-se à linguagem técnica sugere-se a necessidade de referendar como legitimável somente a linguagem proveniente de práticas institucionais específicas. Assegura-se assim o controle institucional dos discursos jurídicos e se mantém o acatamento reverencial à lei escrita: o poder do intérprete.

Então, eram usadas as habituais à sinonímia e à etimologia das palavras sendo completado com critérios lógicos e sintáticos. A conexão literal prende-se a perfeição

⁵⁹ Platão chamou os poetas de *hermenes* — intérpretes — dos deuses. Filósofos interpretaram Homero de forma alegórica. Agostinho interpretou o Velho Testamento como alegoria, usando conceitos neoplatônicos e atribuindo a ascensão da alma ao seu sentido espiritual acima dos sentidos morais e literais do texto. A interpretação alegórica se manteve como padrão durante toda a Idade Média.

do Código Napoleônico. Implicitamente o referido método continua ser aplicado em toda interpretação da lei, constituindo o mito de sua suficiência, é hábil em ocultar o caráter ideológico, por isso, resulta em sua manifesta ineficácia e impotência em resolver os problemas jurídicos que não se situam apenas no plano abstrato e conceitual.

O método exegético surgiu, sob o signo do modelo napoleônico de direito e, configura uma evolução interessante do método gramatical, ainda partindo da premissa da significação unívoca do texto legal, que o intérprete deve revelar, mas podendo desentranhar a intenção do legislador e indagar sua vontade, expressa na lei escrita.

Em síntese, pode-se concluir que o método exegético proporciona um conjunto de critérios ritualizados para que o intérprete possa reconstruir a vontade originária do legislador. Supõe-se assim, que as normas jurídicas são manifestações linguísticas, que veiculam atos volativos do legislador.

Cumprido o método exegético a missão metafísica de decifrar o “espírito do legislador” que na época consagrou a materialização dos valores burgueses. Em nome do espírito do legislador proclama-se a racionalidade e onipotência do poder legislativo. Esse espírito nos sugere uma hiperealidade normativa e, por conseguinte, perfeito e infalível.

No fundo essa tarefa metafísica determina uma estratégia simulada para a afirmação de certos valores sociais. Enquanto o jusnaturalismo que nos brinda com o arremedo de um direito superior ao Estado, a escola exegética destaca o valor do direito positivo, da legalidade entendida, basicamente, com o êxtase do respeito à lei escrita.

Desta forma, a escola exegética responde ao típico modelo da ideologia burguesa, que queira construir um sistema jurídico que lhe proporcionasse segurança em face das arbitrariedades do absolutismo monárquico abolido.

O método exegético introduz o novo na leitura do conflito das práticas sociais sob a paródia da manutenção e reprodução dos valores do direito positivo vigente. O que reforça a dominação burguesa já implantada e, por supor a figura do juiz neutro, mecânico, não criativa. Esse método perdura até hoje e seus antecedentes ultrapassam à Revolução Francesa e se situam na Idade Média, no trabalho dos glosadores e comentaristas que realizaram exegese dos textos romanos de Direito.

Para o método exegético, o ato interpretativo é um ato de conhecimento e não um ato de vontade. Assim é aceito o modelo de direito que rende culto ao formalismo, ao valor da segurança em detrimento da equidade, (entendida como justiça social), serve bem à dogmática clássica, cingindo-se estrita e unicamente à lei escrita, e ao direito positivo.

O método histórico apresenta um leve indício antidogmático, e surgiu na Alemanha antes de sua unificação, sem codificação comum, e regida prioritariamente pelos costumes germânicos e historicamente influenciada pelo direito romano.

Somente a história consegue unir o povo alemão e a esta recorre Savigny ao fundar seu método interpretativo da lei. Não se restringe ao direito codificado, e admite o concurso de costumes como fonte de direito. Reconhece que o direito não está apenas na lei escrita, mas se origina no povo, em sua história, em seus costumes que significam a projeção e encarnação de seu espírito (conforme Puchta⁶⁰).

Um novo ideal surge na ânsia ideológica e política do povo que busca a unificação no plano ideal. Assim o aspecto histórico é fundamental para a interpretação da lei, que não

⁶⁰ Georg Friedrich Puchta (1798-1846) jurista alemão nascido na Baviera e na juventude adquiriu o gosto pelo hegelianismo. Foi professor de Direito Romano, foi membro do Conselho de Estado e da comissão legislativa em 1845. Em seus escritos elucidou a essência dogmática do Direito Romano de forma nunca antes tentada, o que reconhece acarretou o desenvolvimento orgânico da lei entre os romanos.

deriva da razão, nem pode plasmar-se de uma vez por todas em um texto legal, em um código lógico e racionalmente elaborado, apela diretamente para a consciência jurídica popular.

Em verdade, se atentarmos às suas características principais, o método histórico é uma variante do método exegético, só que aplicado e surgido em épocas distintas e em face de diferentes categorias conceituais do direito.

Enquanto que para a escola exegética francesa o direito positivo resta encarcerado na codificação, para a escola histórica alemã, o direito positivo vigente não se apresenta como codificado, mas disperso e vivo nos costumes germânicos e no direito romano que participa ativamente da vida jurídica alemã como se fosse direito vigente.

Assim, para os exegéticos, o direito positivo é produto da razão, sendo obra perfeita, imutável e unívoco, enquanto que para os históricos, o direito positivo é produto da história e sofre as mudanças e transformações que lhe impõe o tempo.

Enquanto os exegéticos recorrem à vontade do legislador para fixar a real significação unívoca da lei, o método histórico apela para a consciência jurídica social, reconhecendo que o Direito é anterior ao Estado. Obviamente não se aplica ao Estado moderno, no qual a exteriorização da lei escrita requer tratamento lógico e científico para ceifar as incertezas e legitimar (e endossar) o significado do processo decisório.

Rapidamente o método histórico rapidamente começa a valorar os aspectos lógicos, dogmáticos e sistemáticos na aplicação e interpretação da lei escrita. Assim, para esse método a interpretação da lei consiste na reconstrução do pensamento contido na lei, e tal efeito corre com a análise gramatical, lógica, histórica e sistemática. Para Savigny a história e a sistematização são as bases principais sobre as quais se lastreia a ciência do direito, e *ipso facto*, a interpretação da lei.

Mantém o método histórico a neutralidade do juiz, que fica submetido à lei, sustentando-se, portanto, a significação unívoca da norma legal (novamente coincidente com o método exegético). Não aceita a vinculação com categorias extra-sistemáticas, nem reconhece valoração axiológica ou ideológica estranha ao ordenamento jurídico vigente. A única exceção feita é à histórica, mas não a seu ingrediente social e libertador.

Labora o método histórico soluções dentro da legalidade do direito positivo, reconhece a interpretação como saída do espírito geral que anima a todos os membros de uma nação; a unidade do direito se revela necessariamente a sua consciência (do povo) e não é produto da causalidade. A busca histórica da escola tem cunho ideológico e percebe enfim que os fenômenos jurídicos são produtos de determinismo causal, os aspectos sociais são explicados metafisicamente como o espírito do povo.

Não se preocupa em compreender os conflitos sociais em determinado momento mas liga-os repressivamente ao passado. Desta forma, o Direito se traduz em ser algo natural que de ser captado pela intuição ideológica. Portanto, não entendem que a lei não é jurisprudencialmente construída, mas compreendida pelo juiz a partir do método histórico, o único adequado para essa finalidade.

Apesar de não colocar em primeiro plano a lei escrita, pelo seu franco interesse pelos costumes (considerados como fonte determinante da organização jurídica da sociedade) vistos como entidade metafísica, eterna e presente em nosso espírito (que é eticamente incorruptível). Assim galga o mais alto patamar o senso comum teórico, portanto, a ideologia disciplina o labor interpretativo.

Apesar de um conhecimento ilusório da história, serviu de trampolim para o conceitualismo jurídico que culminou com a sistematização de Windscheid (que foi o

grande artífice da jurisprudência de conceitos) que deixa grandes marcas visíveis no Código Civil alemão.

Outra variedade do método exegético é o método comparativo que ao invés de recorrer à história, recorre ao direito comparado para ampliar suas bases de sustentação. Evoluído posto que já reconhece que não se tem um único direito positivo estabelecido na lei escrita. Assim não se atém a um único direito positivo. Defende a elaboração e a formulação dos conceitos jurídicos através de outros direitos (históricos e estrangeiros vigentes).

Enfim, o método comparado somente amplia a órbita conceitual da significação jurídica no processo interpretativo da lei escrita, estendendo seus limites por todo o universo do direito comparado, mas não atende aos fluxos de sentido que perpassam pela lei desde os diversos lugares do poder social.

O método científico ou da livre investigação é estreitamente relacionado a François Geny⁶¹. E consiste em resposta que pretende ser equilibrada, em face dos excessos cometidos pelo racionalismo das correntes estreitamente legalistas e conceitualistas. Articula a razão com elementos enraizados na realidade social. E, para obter maior segurança das regras recorre a uma filosofia da natureza do homem que revele enfim o mistério da existência.

⁶¹ Numa época quando se ensinava o Código Civil Francês de 1804 nas escolas de direito civil, Gény escolheu um método de interpretação independente da vontade do legislador, entendendo que tal vontade não prevalecia ao longo dos anos. No seu "Método de Interpretação e Fontes em Direito Privado Positivo: Ensaio Crítico", publicado em 1899, procurou demonstrar que não é necessário procurar na lei mais soluções além das que estão contidas em sua fórmula e que, sobretudo, o costume, a tradição doutrinária e a livre investigação científica forneciam ou criavam o complemento de um direito positivo que não era vinculado artificialmente à lei. Em "Ciência e Técnica em Direito Privado Positivo", publicado entre 1914 e 1924, Gény procura descobrir a exata fonte de onde brotam os princípios e as regras, ou seja, o direito em si, e a atingir pelas vozes combinadas do conhecimento e da ação. Segundo este, a ciência se serve de todos os procedimentos do conhecimento e se aplica ao dado sociologia, economia, linguística, filosofia e teologia figuraram entre as fontes da livre investigação científica.

O direito deve ser entendido como em conexão com a ideia de justiça e das normas imperativas emanadas de Deus. Então, segundo Geny o direito é uma reconstrução racional estabelecida sobre a base de elementos extraídos da realidade natural e social.

O direito natural oferece os princípios diretores para a reconstrução racional do jurídico e para a orientação da conduta social. Admite, pois Geny que os conceitos intervêm no processo da reflexão jurídica como meio intelectual para elaborar formas de descrição das coisas. O intelecto, mediante abstrações, proporcionaria conceitualmente um instrumental linguístico apto para dominar a realidade jurídica, criando entidades independentes e capazes de reger os fatos da vida. É o método da construção jurídica, que oferece hipóteses e teorias capazes de sistematizar completamente o direito.

Desta forma, o direito galga o *status* de ciência social quando admite uma maior pluralidade metodológica no ato da interpretação, sistematizada pela dedução e indução. Reconhece Geny⁶² que o direito está metodologicamente condenado à inferioridade em face das ciências formais e fáticas, motivo pelo qual é necessário reunir todos os meios de reflexão e investigação, capazes de contribuir para superar tais deficiências e preencher as inevitáveis lacunas entre a ordem legal e as novas e espontâneas maneiras que vão produzindo os homens em suas formas de convivências. Ademais, para o autor, a lei não é única fonte do direito, apesar de reconhecê-la como a mais importante, acrescentando que somente se deve recorrer às outras fontes, quando a lei não soluciona expressamente o caso concreto.

⁶² A Escola de livre interpretação foi criada em França de 1899, quando da publicação da obra de François Geny, sob o título "*Méthode d'Interprétation et sources em droit prive positif*". Não pode o intérprete se ver obrigado a conter todos os fatos sociais dentro das limitações pertinentes à vontade do legislador. Não é cômodo, nem lógico, ao processo decisório dos litígios, a rejeitar as fontes que acompanham a relação dos dados construídos pela dinâmica da existência social humana.

Tais outras fontes, são divididas em dois grupos: a) formais (costumes, jurisprudência, doutrina e tradição); b) não formais (provenientes de dados racionais e ideias ditadas pelo direito natural): as regras da razão que derivam da natureza humana assim como o conjunto de aspirações humanas desejadas da natureza humana desejadas para organização social.

Diante das fontes não formais Geny confere ao juiz uma faculdade constitutiva de sentidos, sobre a base de uma investigação livre, que descubra os dados racionais e ideais. A escola histórica não levanta bandeiras de ceticismo frente à lei, mas procura sua adaptabilidade social em tudo aquilo que possa ter de insuficiente.

O apregoado método da livre investigação científica, não apresenta, na realidade, nenhuma alteração profunda na função ideológica das correntes exegéticas e dogmáticas, contra as quais dirige sua crítica e censura. É contrário a ideia de que o Código Civil constitui todo direito positivo, não obstante o qual proclama seu respeito à lei escrita. Somente diante da imperfeição da lei, deverá o intérprete recorrer à livre investigação científica. Seu domínio se reduz à problemática das lacunas, que abre estreita saída, da comunicação entre o direito positivo e as valorações extra-sistemáticas, axiológicas e ideológicas, que Geny deriva do direito natural e sua fé católica.

Não percebe o filósofo que as lacunas detectadas no direito positivo, não se devem, na realidade, à ausência de uma norma legal aplicável, mas pelo contrário à resistência em recorrer a uma disposição normativa que se desaprova axiológica, ideológica ou politicamente, e que a alterabilidade das significações jurídicas permite substituir por uma decisão judicial que simule ser alternativa.

No fundo, o método científico revela-se mais relevante pelos efeitos produzidos que propriamente por seu conteúdo. Mas, não relega o culto à lei escrita, apesar de atacar o mito da perfeição e da racionalidade da lei bem como seu significado unívoco. Somente

percebe a insuficiência do ordenamento jurídico estabelecido pelas lacunas que nele se encontra, e que permite preencher no processo decisório mediante a livre investigação científica por parte do intérprete, mas sem renunciar tampouco a lendária neutralidade do julgador.

Apesar de forte apelo social e moral para complementar o direito positivo em preencher suas possíveis lacunas, volta a revitalizar a dogmática, e constitui um marca na saga evolutiva da metodologia interpretativa (ênfatisa o âmbito conceitual da significação jurídica, apesar de empalidecer o fluxo ideológico do sentido jurídico).

O método sociológico ou a escola do sociologismo jurídico tem seu principal representante em Duguit⁶³ que fora muito influenciado pelo surgimento da sociologia como atividade científica, se ocupando dos elementos sociais e ideológicos da norma jurídica.

Os métodos sociológicos assinalam a absorção pelos juristas dos diversos métodos sociológicos que reproduzem os tipos de investigação baseada na observação, experimentação e comparação de danos.

⁶³ Pierre Marie Nicolas Léon Duguit (1859-1928) foi jurista francês especializado em direito público. Foi responsável por significativamente influenciar a teoria do direito público. Enxergou os seres humanos como animais sociais dotados de senso universal ou de instinto de solidariedade e interdependência. Deste senso advém o reconhecimento de respeito às certas regras de conduta que são essenciais para vida em sociedade. Então as regras jurídicas se impõem naturalmente e igualmente a todos. Em sua visão, o Estado não é um poder soberano, mas apenas uma instituição que cresce da necessidade de organização social humana. Os conceitos como soberania e de direitos subjetivo são substituídos pelos conceitos de serviço público e função social. Postulou que a ciência do Direito deve ser puramente positiva, rejeitando a ideia de direito natural, juízos axiológicos e quaisquer outras concepções metafísicas. Para Duguit, o direito tem seu verdadeiro fundamento num substrato social representado pela solidariedade e interdependência das pessoas. E, portanto, a função do Direito é a realização dessa solidariedade.

Tal método no pensamento jurídico vem a substituir o positivismo normativista por um positivismo sociológico (que privilegia os fatos em relação às normas legais). Contrariamente à escola francesa (que procurou transcender as normas positivas com respostas metafísicas) e invocou os princípios superiores e inquestionáveis da razão, o positivismo sociológico se esforça por penetrar mais no plano da realidade, da qual extrai as normas jurídicas positivas. Seu método igualmente se baseia nas investigações sociológicas de Emile Durkheim e na tipologia jurídica de Weber⁶⁴, afirmando a necessidade de valorizar o conteúdo sociológico das normas.

No dizer de Duguit: o direito é muito menos a obra de um legislador que o produto constante e espontâneo dos fatos. As leis positivadas bem como os Códigos podem subsistir intactos em seus textos incólumes, pouco importa que pela força das coisas, pela pressão dos fatos e das necessidades práticas se forma constantemente instituições

⁶⁴ Maximilian Karl Emil Weber (1864 -1920) foi um intelectual alemão, jurista, economista e considerado um dos fundadores da Sociologia. É considerado um dos fundadores do estudo moderno da sociologia, mas sua influência também pode ser sentida na economia, na filosofia, no direito, na ciência política e na administração. Começou sua carreira acadêmica na Universidade Humboldt, em Berlim e, posteriormente, trabalhou na Universidade de Freiburg, na Universidade de Heidelberg, na Universidade de Viena e na Universidade de Munique. Personagem influente na política alemã da época, foi consultor dos negociadores alemães no Tratado de Versalhes (1919) e da Comissão encarregada de redigir a Constituição de Weimar. Grande parte de seu trabalho como pensador e estudioso foi reservado para o chamado processo de racionalização e desencantamento que provém da sociedade moderna e capitalista. Sua obra mais famosa é o ensaio "A ética protestante e o espírito do capitalismo", com o qual começou suas reflexões sobre a sociologia da religião. Weber argumentou que a religião era uma das razões não-exclusivas do porque as culturas do Ocidente e do Oriente se desenvolveram de formas diversas, e salientou a importância de algumas características específicas do protestantismo ascético, que levou ao nascimento do capitalismo, a burocracia e do estado racional e legal nos países ocidentais. Em outro trabalho importante, "A política como vocação", Weber definiu o Estado como "uma entidade que reivindica o monopólio do uso legítimo da força física", uma definição que se tornou central no estudo da moderna ciência política no Ocidente. Em suas contribuições mais conhecidas são muitas vezes referidas como a "Tese de Weber". Alicerçado na noção kantiana de "*a priori*", Weber também desenvolveu a noção de "tipo ideal". Tal conceito mostra que as categorias da ciência social são uma construção subjetiva do pesquisador, feita a partir de seus interesses. Como tais, estes selecionam na realidade, sempre complexa e caótica, certos elementos que serão aglutinados como um tipo idealmente perfeito. Conceitos não emanam diretamente da realidade (visão hegeliana), nem são formados apenas por abstração de elementos comuns e genéricos (visão aristotélica), pois estes implicam acentuar determinados elementos para que eles possam ser compreendidos. Trata-se de reunir o caos inesgotável da realidade em conceito compreensíveis. Ainda que Weber não tenha defendido uma visão rigorosamente dualista da ciência, o escrito "A objetividade do conhecimento na ciência política e na ciência social" constitui ainda hoje o principal texto para quem defende uma visão não naturalista de ciência, ou seja, que defende a tese de que as ciências humanas são essencialmente diferenciadas das demais ciências de corte empírico-natural.

jurídicas novas. O texto é sempre o mesmo, mas fica sem força e sem vida; ou seja, mediante tênue exegese se lhe dá um sentido e um conteúdo nos quais não havia programado o legislador quando escreveu.

Enxergou então Duguit a significação jurídica do discurso legislativo não é unívoca, e pode ser redefinida (exatamente no sentido contrário ao pensamento dogmático e ao seu culto à lei escrita). O método sociológico veio a ser temperado e devidamente complementado por Hauriou, para quem a sociologia tem caráter de ciência auxiliar do direito, que serve para integrá-lo com o suporte material do jurídico. Hauriou⁶⁵ rebate as concepções metafísicas e a validade de categorias absolutas, inclinando-se pela necessidade de haver controle sobre o jurídico, principalmente no sentido de inquirir os princípios de justiça, o que a investigação sociológica revelou ser incapaz de realizar.

Abre-se às portas embora timidamente à valoração axiológica e ideológica. Cede-se à discussão dos elementos sociais e ideológicos da norma e principalmente aos seus determinantes. O fato social é escolhido e interpretado como unidade completa (fato-coisa) em vez de ser analisado em seu contexto. Assim, o método do positivismo sociológico ao apelar a uma teoria sociológica e empirista sobre a interpretação da lei.

A escola de direito livre foi encabeçada por Erlich e Kantorowicz⁶⁶, e representa uma das mais extremadas tendências de oposição ao positivismo normativista e ao

⁶⁵ Maurice Hauriou desenvolveu quadro evolutivo contendo a teoria da instituição e da fundação. Para o advogado e sociólogo francês a instituição é « uma ideia do trabalho ou de negócios que realiza dura e juridicamente num ambiente social, para realização desta ideia, um poder que lhe dá corpo é organizado, e em segundo lugar, entre os membros do grupo social interessado na realização da ideia, não há manifestação de comunhão conduzida pelos órgãos do poder e regulada por processos. O conceito de instituição afirma-se e torna-se assim o núcleo de qualquer teoria de direito público. O Estado é então definido como « a instituição das instituições », e última análise, é instituição complexa formada e articulada.

⁶⁶ Ernst Kantorowicz (1895-1963) historiador alemão de origens judaicas. Profundamente marcado pelo romantismo especialmente por ser influenciado por Nietzsche tendo se oposto ao neokantismo de Hermann Cohen e de Ernst Cassirer.

formalismo jurídico. Sua concepção afirma a existência de um direito livre (espontâneo e vivo) em oposição ao direito imposto pelo Estado. Escancara a insuficiência do direito legislado, e apela para outros elementos que suprem tais deficiências.

Os intérpretes possuem a nobre missão de eliminar os ingredientes ultrapassados das leis, provocando a maturação a partir da práxis social. Reconhece que a atividade do intérprete é livre e criadora, constituindo a única garantia de realizar o direito individual, conseqüentemente, a liberdade judicial torna-se um elemento indispensável para a produção de sentenças justas.

Admitem os adeptos da escola de direito livre a existência de lacunas no direito mas reconhecem ao mesmo tempo que as lacunas são eliminadas por um juízo de valor no momento interpretativo do texto jurídico. Começa-se então a notar que reedita o mito da vontade da lei, agora já não colocada no legislador mais fetichizada na figura do juiz que passa a desempenhar a mesma função ideológica do legislador.

Faz-se do julgador, e propriamente do juiz em última instância um órgão carismático, um intermediador de uma pretensa e perdurável sacralidade, porquanto se afirma realmente a necessidade de interpretar a vontade psicológica do juiz.

Seria mais admissível, se essa vontade metafísica e substancializadora via magistratura fosse uma referência simbólica ao fato de que o juiz no processo representa e personifica com seu comportamento as vozes ideológicas da sociedade.

Um dos lados positivos é que a escola do direito livre francamente admite a relatividade da significação jurídica da lei e esta não se cristaliza no texto legal, que pode permanecer inalterável ao longo do tempo. Porém sua valoração referencial já não é

fixada pelo emissor do discurso jurídico, mas estabelecida por um receptor e mais precisamente pelo órgão judicial no ato da interpretação da lei.

Os seguidores do uso alternativa do direito apenas reeditaram as metas e entendimentos da Escola do Direito Livre.

Os métodos teleológicos apresentam duas vias relativas de realização: em sentido estrito e a jurisprudência de interesses, cujo principal defensor foi Heck (se opõe principalmente à teoria kelseniana e o segundo a jurisprudência dos preceitos).

O método teleológico, em *stricto sensu*, constitui principalmente uma teoria que se relaciona com o direito público, enquanto a jurisprudência de interesses se remete mais propriamente ao direito privado. Ambos apresentam concepção antinormativista e consideram o problema metodológico central. Ambos possuem em Ihering seu principal precursor.

Esse método defende o conceito de direito voltado para um fim que substitui o de valor. Pretende captar o direito em sua atividade funcional. Portanto a regra jurídica não é causal, mas cumpre a finalidade que justifica seu aparecimento, evolução e existência.

Não se confunde tal método com o finalismo de Welzel tão discutido no direito penal contemporâneo, posto que seja fundamentalmente jusnaturalista e metafísica.

A jurisprudência de interesses analisa o interesse das partes, e exige orientar a problemática jurídica para o nível existencial, subtraindo-a dos excessos da lógica. O termo “interesse” adquire pois para essa escola um *lato sensu*, que transcende ao plano meramente econômico. Também são considerados interesses os diversos ângulos da motivação social do homem: o artístico, o científico, o ético, o religioso e, etc.

A justiça também surge como interesse, e tal método teleológico almeja uma interpretação metafísica das normas, mas não exclui uma reflexão epistemológica sobre as mesmas.

Explicita o seu caráter político, ao confirmar que o valor da decisão judicial, da interpretação deve ser avaliado em função das consequências sociais que procura ou pelos fins que a orientam, ou seja, pelas consequências sociais antecipadamente previstas.

A jurisprudência de interesse de Heck⁶⁷ e a teoria do interesse social de Pound⁶⁸ se levantam contra a jurisprudência de conceitos, que sustenta a ideia de que toda interpretação da lei se reduz a uma operação lógica e autônoma, desvinculada do legislador histórico. A jurisprudência de conceitos é uma das formas mais acabadas de racionalismo, seu modelo é matemático, e seu objetivo é cingir um sistema lógico e

⁶⁷ Philipp Heck, que foi o maior representante desta escola e professor da Universidade de Tübingen ou Tubinga geram a chamada jurisprudência dos interesses, concebendo o direito como um processo de tutela de interesses: as normas como resultantes dos interesses de ordem material, nacional, religiosa ou ética que, em cada comunidade jurídica se contrapõe em uns aos outros e lutam pelo seu reconhecimento, enquanto meras soluções valoradoras de conflitos de interesses. Definiu o Direito como uma prática com função social para obtenção de um fim (a prestação da tutela jurisdicional), protegendo um interesse. Para este, o Direito coordenaria a garantia dos interesses individuais. O juiz, enquanto intérprete da Lei no caso concreto, trataria de compor esses interesses segundo a lei. Assim, o juiz não teria a mera função de subsumir o fato à Lei, mas deveria adequar sua decisão às necessidades práticas da vida, com base nos interesses em pauta.

⁶⁸ As condições do *Welfare State* e a reação às frustrações liberais da época foram adaptadas ao intuito jurídico por Benjamim Cardozo que também introduz os processos subconscientes na atividade decisória do juiz. O direito serve ao processo de construção da realidade social e não deve submeter-se aos princípios lógicos, aos silogismos e às construções técnico-teóricas tradicionais. O juiz deve construir o direito com base na análise científica desenvolvida para o estudo da realidade contemporânea. Deve acompanhar as tendências da sua época, ao promover as investigações necessárias para a sistematização dos dados essenciais à proposição de projetos e leis. O objetivo é tornar a produção de normas tendentes à sobrevivência para a realização dos fins sociais, os quais o Direito é subserviente. Forma-se uma produção legislativo-jurídica para compreender os fatores intra e intersubjetivos. Para tanto, são considerados os elementos conscientes e inconscientes e absorvidas todas as atribuições valorativas e preconceitos, para a efetivação da atividade decisória. O Direito é nutrido pela força da experiência e reflete a realidade mutável.

fechado de conceitos, onde um conceito geral supremo permita desenvolver todos os demais conceitos particulares.

Evidentemente que a jurisprudência de interesses não descarta a conceitualização, que é necessária ao conhecimento jurídico, porém, não a subordina à realidade concreta, aos vitais interesses, aos fatos sociais que constituem as fontes da produção jurídica.

O grande *busilis* é encontrar um padrão, um critério qualificador e legitimador que determine com coerência o interesse social que mereça ser protegido regamente. O problema se resolve na prática, pela imposição do poder político com que conta cada setor, que permite erigir em interesse social seu próprio e particular interesse, muitas vezes disputado com aquele.

A escola do positivismo fático é mais representada pelos realistas norte-americanos e os realistas escandinavos. Destacam-se Felix Cohen⁶⁹ e Alf Ross⁷⁰ e Olivercrona. Configuram as mais extremas oposições ao dogmatismo exegético, ainda que os realistas escandinavos sejam mais moderados.

A realidade significa correspondência com os fatos. Seguem assim as diretrizes do positivismo lógico de Carnap, Tarsky e Wittgenstein, considerados tão somente com

⁶⁹ Felix Salomão Cohen (1907-1953) foi advogado americano e estudioso da filosofia do direito, em particular sobre o sistema jurídico e político indígena. Tornou-se líder do realismo jurídico que represento um movimento que desafiou a ideia formalista que apontava que os princípios legais poderiam ser destilados em abstrato, separado de sua interpretação judicial ou de seu impacto na sociedade. Contribuiu para o debate a sua famosa obra "*Transcendental Nonsense and the Functional Approach*".

⁷⁰ Alf Niels Christian Ross (1899 — 1979) foi um jurista e filósofo dinamarquês, além de professor de Direito Internacional. É conhecido como um dos fundadores do realismo jurídico escandinavo. Em obras, apresentou como uma de suas idéias centrais a de tentar liberar o pensamento dos juristas das idéias místicas e de pressupostos não verificáveis, que não estão embasados na ciência. O nome de Ross está diretamente ligado ao chamado realismo jurídico escandinavo, movimento que está vinculado no positivismo lógico. Boa parte da obra de Ross esteve focada em analisar e criticar a doutrina do jusnaturalismo, e por outro lado, a promover reflexão em torno dos fundamentos epistêmicos e metodológicos da construção teórica de um de seus mais admirados mestres e colegas: Hans Kelsen.

sentido as expressões dos enunciados que fornecem informações sobre os dados do mundo. Todo enunciado que não tem sua referência empírica e só constitui uma menção de uma realidade racional, é denominado “enunciado metafísico”.

O positivismo fático propõe a reconstrução de todos os conceitos jurídicos sobre a base de expressões de correspondência empírica. Somente as sentenças judiciais possuem a correspondência empírica. As normas à margem das referidas decisões não possuem significação alguma. Portanto, ao jurista cabe interessar somente o sentido que os juízes atribuem às normas.

Com forte ligação com o normativismo dogmático, as normas já não dizem tudo, admite que o direito se mova dentro da estrutura da linguagem natural, não podendo, portanto, aplicar aquela correspondência conforme propõe Tasky. Mas os realistas não entenderam corretamente seu mestre e incorrem em uma dessas antinomias que tanto criticaram nas escolas tradicionais de interpretação jurídica.

Por outro lado, Ross situa como principal *busilis* do direito o dualismo entre a realidade e valides que tenta superar. Não nega o aspecto normativo do direito, mas o correlaciona com a eficácia. Assim, validade e eficácia seriam pois, termos em correlação forçada, devendo sempre ênfase à eficácia por que não somente é condição de validade, mas a única via hábil a tornar significativa essa última expressão. A constante alteração da lei não depende tanto da decisão judicial, senão pelo contrário do consenso geral, que modela sua eficácia.

A escola egológica foi fundada na Argentina por Carlos Cossio⁷¹ e utiliza ideias da escola fenomenológica. Sua análise parte da sentença judicial, como fenômeno jurídico

⁷¹ Carlos Cossio (1903-1987) foi militante universitário reformista, advogado, filósofo do Direito e professor argentino. Aceitou a teoria pura de Kelsen, tornando-a relevante em sua própria teoria. Aceitava o direito positivo, porém desacreditava no normativismo mecânico como objeto da ciência jurídica. Distinguiu-se por demonstrar que o Direito deveria ser compreendido e interpretado mediante uma teoria do conhecimento, relativa ao respeito da conduta humana em interferência intersubjetiva.

por excelência. O objeto do direito, não são as normas, mas a conduta em interferência intersubjetiva. O método que se deve usar para a tarefa interpretativa é o empírico-dialético que visa obter não apenas a compreensão da conduta, mas também sua valoração.

Os juristas não interpretam, portanto a lei, mas a conduta através da lei. O intérprete não deve preocupar-se somente pelo sentido genérico das normas, mas também pelos atos de conduta aos quais concretamente apontam as normas. Para Cossio, o ato de interpretação seria, pois, um ato sentido axiologicamente condicionado.

Encontra essa escola nos fenômenos jurídicos, três clássicos elementos: os fatos, a norma e valor que são analisados a partir da sentença judicial, realidade jurídica concreta e positiva e que tanto nutre o método egológico.

O objeto do direito não se limita às normas, mas engloba a conduta intersubjetiva, com o qual se aproxima a escola de positivismo fático e cria a necessidade de uma análise interdisciplinariedade do direito. Opõe-se à teoria kelseniana e à jurisprudência conceitos, e se inclina, pelo contrário, para o método científico e ao sociológico positivista na interpretação e aplicação da lei.

Desta forma, a análise axiológica que a escola egológica aplica ao direito, não faz mais que acentuar seu positivismo, já que sua valoração jurídica é intrasistemática e não transcende para valores metajurídicos.

Tratava de pessoas e seres humanos reais, e não mais dos sujeitos jurídicos ideais típicos do normativismo mecânico. Definia então o direito como conduta humana normatizada. Assim o juiz vê o Direito não como algo conclusivo e já feito, mas sim, como algo que se faz constantemente em seu caráter de vida humana vivente e presente. A Teoria egológica do Direito é uma das mais relevantes no âmbito cultural latino-americano e infundida pela reforma universitária.

O método tópico-retórico é muito ligado ao movimento jusnaturalista surgido na Alemanha na década de cinquenta, fundamentado no trabalho de Theodoro Viehweg⁷² cujos estudos procuram encontrar a modalidade especial técnica que caracteriza o pensamento opinável ou problemático. Este recorre a técnica de pensamentos por problemas nascidos no campo da retórica e distinta da aplicada ao pensamento dedutivo sistemático vigente em outras ciências.

Para a tópica, a realidade jurídica é problemática por esta ligada ao agir humano, que não responde ao esquema causa-efeito, nem ao outro: estímulo-resposta, que não é automático, nem necessário, mas simplesmente possível, provável e imprevisível. A imprevisibilidade da conduta humana é causa da problemática jurídica e a atividade judicial.

A tópica é a retórica moderna, alçada no campo jurídico, seguindo os caminhos da oratória. Por isso, os tópicos aos quais recorre são diretrizes retóricas e não princípios lógicos, lugares comuns revelados pela experiência, aptos para resolver problemas conjunturais. É importante ressaltar que a tópica pertence ao campo da lógica dialética, e produz uma conclusão que tem como premissa opiniões acreditadas ou verossímeis.

Na conclusão, portanto, não se demonstra a verdade da afirmação, porém se cria um efeito de verdade, algo que se pode aceitar como verdadeiro. A tópica não é

⁷² Theodor Viehweg foi o responsável pela recuperação da tópica nos anos 50 do Séc. XX. Seu estudo insere-se naquele outro das racionalidades especificamente jurídicas, em concreto no da racionalidade prático-jurisprudencialista. A tópica é o pensamento dialético de controvérsias práticas, um processo especial de tratamento dos problemas que consiste na mobilização dos *topoi* sugeridos pelas próprias controvérsias para a ponderação dos prós e dos contras das diversas opiniões que se referem a essas controvérsias. Os *topoi* são, nas palavras de Aristóteles, procedimentos padrão que se podem usar a discutir qualquer assunto no âmbito de uma controvérsia. São lugares comuns ou argumentos estandardizados aceitos por todos ou pela maioria ou pelos mais qualificados. A partir desses referentes de sentido que são por todos aceites, estabelece-se uma argumentação com a apresentação das razões que fundamentam uma posição e a contestação das opiniões divergentes. Enquanto que com a retórica clássica se tentava persuadir os interlocutores através da argumentação, a tópica tenta chegar a um consenso. Através da argumentação dialética em que participavam os interessados no problema chegava-se a esse consenso, que seria a solução possibilitada por essa dialética argumentativa, resolvendo-se dessa forma a problemática.

demonstrativa mas persuasiva. Não resolve os problemas, mas fornece os recursos e argumentos para sua elucidação e solução.

Admite a alterabilidade significativa da lei, que origina sua problemática interpretativa e decisória. Opõe-se à axiomática e à dogmática, que não admitem os problemas jurídicos, atendo-se à univocidade “das palavras da lei”, à clareza e inalterabilidade da significação jurídica dos textos legais.

Enfim, os métodos de interpretação podem ser considerados o álibi teórico para emergência das crenças que orientam a aplicação do direito. Assim, criam-se as fórmulas interpretativas que permitem veicular uma representação imaginária sobre o papel do Direito na sociedade e ocultar as relações entre as decisões jurisprudenciais e a problemática dominante e apresentar como verdades derivadas dos fatos, ou das normas, as diretrizes éticas que condicionam o pensamento jurídico e, por fim, legitimar a neutralidade dos juristas e conferir-lhes um estatuto de cientistas.

Portanto, a questão das funções dos métodos interpretativos de outro ângulo, isto é, através de um conjunto de crenças configuradoras de uma ideologia específica para o direito.

Foi através das grandes correntes do pensamento jurídico e dos métodos interpretativos que se conseguiu a articulação de todas estas crenças e, assim fornecer maior garantia contra a arbitrariedade para se vencer a dominação e enfim a violação dos direitos fundamentais que tanto vilipendia a dignidade da pessoa humana.

Referências

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

FONTANA, Eliane. **Hermenêutica clássica versus hermenêutica filosófica: considerações relevantes acerca do processo interpretativo**. Disponível em: [www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/.../ eliane_fontana.pdf](http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/.../eliane_fontana.pdf). Acesso em 02/06/2012.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Petrópolis: Vozes, 1997.

GHEDIN, Evandro. **Hermenêutica e pesquisa em educação: caminhos da investigação interpretativa**. Disponível em: <http://www.sepq.org.br/lisipq/anais/pdf/gt1/10.pdf> Acesso em 02/06/2012.

HABERMAS, Jürgen. **Dialética e Hermenêutica: para crítica da hermenêutica de Gadamer**. Porto Alegre: L&PM, 1987.

HART, Herbert. **O Conceito de Direito**. Tradução A. Ribeiro Mendes. 3.ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo** (volumes I e II). Petrópolis: Vozes 1992.

HOFFMAM, Fernando; CAVALHEIRO, Larissa Nunes; NASCIMENTO, Valéria Ribas. **Dworkin versus Cappelletti: Qual modelo de juiz adequado do Estado Democrático de Direito?**. Disponível: online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/2043 Acesso em 12/06/2012.

JUNIOR, Ruy Rosado de Aguiar. **Interpretação**. Porto Alegre: Revista AJURIS (Associação dos Juízes do RS), v.16, n.45, pp.7-20, mar. 1989.

KANTOROWICZ, Ernst H. **Os Dois Corpos do Rei (Deus entre os homens)** – Tradução: Cid Knipel Moreira. São Paulo: Editora Companhia das Letras, 1998, 552p.

MONTEIRO, Claudia Servilha. **Fundamentos para uma teoria da decisão judicial.** Disponível em: http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/claudia_servilha_monteiro.pdf Acesso em 12/07/2012.

SPAREMBERG, Raquel Fabiana Lopes. **Betti X Gadamer: da hermenêutica objetivista à hermenêutica criativa.** Disponível em: <http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/direito/article/viewArticle/1753> Acesso em 12/07/2012.

STRECK, Lenio Luiz. **O Direito de obter a respostas constitucionalmente adequadas em tempo de crise do Direito: a necessária concretização dos direitos humanos.** Disponível em: www.periódicos.ufpa.br/index.php/hendu/article Acesso em -02/06/2012.

_____. **A interpretação do direito e o dilema acerca de como evitar juristocracias (...).** Observatório da Jurisdição Constitucional, Brasília, IDP, Ano 4, 2010/2011, ISSN 1982-4564.

_____. **Hermenêutica, Constituição e autonomia do Direito.** Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD), janeiro-junho de 2009, p.65-77.

_____. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas.** 4. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

_____. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

STEIN, Ernildo. **Aproximações sobre hermenêutica.** Porto Alegre: EDIPUCRS, 1996.

WARAT, Luís Alberto. **Epistemologia e Ensino do Direito: o sonho acabou.** Vol.II. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

_____. **Introdução Geral ao Direito. Interpretação da lei. Temas para uma reformulação.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994.