

Direito e hermenêutica multidimensionais

DILVANIR JOSÉ DA COSTA

SUMÁRIO

1. Plano de exposição. 2. O conceito de Direito. 2.1. O Direito como norma. 2.2. O Direito como fato social. 2.3. O Direito como valor. 2.4. A concepção dialética do Direito. 2.5. O Direito concretizado nos fatos. 3. A interpretação do Direito. O método tradicional (a escola da exegese). O culto ao texto legal. 3.1. As escolas científicas. Os métodos histórico, teleológico e sociológico. 3.2. A livre interpretação e o direito livre. O nihilismo legal. 3.3. A conciliação dos métodos. A restauração dos valores ideais do Direito. O método histórico-evolutivo ou da jurisprudência progressiva. 3.4. A interpretação flexível ou dialética. 3.5. A interpretação abrangente ou casuística. 4. Conclusão.

1. Plano de exposição

O método correto e completo de interpretação jurídica decorre de um pressuposto necessário: a exata concepção do fenômeno jurídico, que se manifesta por meio da lei e de outras formas de expressão (o costume, os princípios gerais de direito, a doutrina, a jurisprudência, o direito comparado e os próprios fatos jurídicos). Por isso a nossa exposição compreende duas partes: I - o conceito de Direito; II - a interpretação do Direito.

2. O conceito de Direito

2.1. O Direito como norma

Existem duas ordens de normas no universo: as leis naturais, que regem os fenômenos da natureza ou do ser, de cumprimento necessário e uniforme; e as normas éticas, entre as quais se incluem as jurídicas ou de coação es-

Dilvanir José da Costa é Professor de Direito Civil nos Cursos de Graduação e Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UFMG, Doutor em Direito Civil e Advogado.

tatal, que regem os homens como seres racionais e livres no convívio social. O cumprimento destas, embora imposto e exigível pela consciência ética e até sancionado pela sociedade e pelo Estado, é passível de desobediência, em razão da liberdade de atuação inerente ao ser livre, inteligente e responsável.

Duas grandes correntes de opinião destacaram no Direito o aspecto normativo como caráter fundamental: os primeiros codificadores do Direito, a exemplo do Direito Romano e do Código Civil francês; e a conhecida Teoria Pura do Direito, de Hans Kelsen.

O Imperador Justiniano até proibiu, de forma ameaçadora, qualquer comentário interpretativo ao *Corpus Juris Civilis*, enquanto que os franceses condenaram, a princípio, a idéia da existência de direito civil além ou fora do *Código Napoleão* (1804), que encerraria a plenitude do direito civil. Foi a consagração do fetichismo legal. Já os romanos valorizaram tanto a Lei das XII Tábuas (450 a.C.) que passaram a recitar o seu texto nas escolas como poesia obrigatória – *carmen necessarium*. Tudo isso em nome da segurança dos direitos dos cidadãos contra o arbítrio e a prepotência.

Sob outro enfoque, o jurista Hans Kelsen, autor da Teoria Pura do Direito, defendeu o caráter normativo fundamental do Direito. Diante da ampliação do conceito de Direito pelas doutrinas sociológicas, filosóficas e teológicas, Kelsen reagiu em defesa do caráter normativo puro e neutro do Direito, que seria um *dever-ser* abstrato, à semelhança de uma figura geométrica, isento de conteúdos fáticos, valorativos e ideológicos, e ao mesmo tempo aberto a quaisquer conteúdos admitidos eventualmente em seu esquema obrigatório pela autoridade competente.

2.2. O Direito como fato social

Para as escolas científicas, as normas ou fontes formais do Direito não passam de simples canais, condutos ou instrumentos de manifestação técnica das fontes substanciais ou autênticas das regras, que assim brotam realmente dos fatos sociais, econômicos, políticos, culturais etc., sob a inspiração e direções dos valores sedimentados pela experiência jurídica.

A primeira escola a ampliar e revolucionar o conceito do Direito foi a histórica, liderada pelo jurista alemão Friedrich Karl von Savigny. Para ele, o Direito vai muito além dos textos legais esquemáticos e resumidos. Não é pro-

duto racional e arbitrário do legislador. É fenômeno histórico e espontâneo, gerado na consciência popular, tal como a linguagem. Sendo produto dos fatos históricos em contínua mudança e expansão, o Direito não deve ser imobilizado num Código.

Outro grande jurista alemão, Rudolf von Ihering, fundou a escola teleológica. Conceituou o Direito como fenômeno necessário e não espontâneo, ou seja, como técnica imprescindível de convivência. A utilidade e a felicidade social (e não a vontade ou o arbítrio do legislador) devem ser o fim ou a teleologia do Direito. Este é semelhante ao pensamento, que tantas vezes não se expressa bem nas palavras. Assim também um Código pode não refletir fielmente o Direito, que é mais amplo e abrangente e por isso não pode ser aprisionado nos textos legais.

Para a escola sociológica, os fatos sociais confinam e convivem com os fatos jurídicos, que os envolvem e regulam, com influências recíprocas. Ela defendeu a suavização e a flexibilização da lei para se amoldar à realidade social. Em sua expressão máxima, foi também fruto do gênio germânico.

Na torrente sociológica, destacou-se a Escola do Direito Livre, que defendeu o nihilismo legislativo, em oposição ao culto ao texto legal e à tese de que o Código contém a plenitude do Direito, proclamados pela Escola da Exegese. Para os partidários do Direito Livre, o Direito provém dos próprios fatos: *ipsis rebus dictantibus*.

Sociólogos notáveis, do renome de Emile Durkheim e Henry Lévy Bruhl, chegaram a negar qualquer origem racional, ideal ou psicológica do Direito, que seria fruto de um longo processo de decantação dos fenômenos sociais.

2.3. O Direito como valor

Desde Sócrates se reconhece a existência dos valores do bem, do belo e do justo. Nas Institutas do Imperador Justiniano, os romanos definiram o Direito Natural como o que a natureza ensinou a todos os animais, donde a união do macho com a fêmea, a procriação e educação dos filhos.

Na Idade Média, prevaleceu a concepção teológica do Direito Natural, procedente do sobrenatural, sob a influência do cristianismo.

Nos séculos XVII e XVIII, sob a influência da Escola do Direito Natural e das Gentes e da

doutrina do Direito Racional, do filósofo alemão Emmanuel Kant, operou-se a racionalização do Direito Natural, com independência em relação à religião e autonomia em face do Direito Positivo.

Segundo Eduardo Espínola, o conceito moderno de Direito Natural consiste em admitir, acima e independentemente do Direito Positivo, um Direito que decorre da própria natureza do homem e de suas supremas exigências. Essa concepção foi combatida pelas escolas histórica, sociológica, positivista e realista, sob vários matizes. Mas tem sido restaurada neste século por grandes juristas-filósofos e humanistas, segundo os quais a essência jurídica obrigatória não está na norma nem nos fatos regulados, mas sim nos valores sociais e humanos carentes de proteção, contidos nesses fatos mas procedentes da razão e do sentimento humano – *omne jus hominum causa*.

2.4. A concepção dialética do Direito

Francesco Carnelutti, jus-filósofo e processualista italiano, atribuiu ao princípio do contraditório, na pesquisa da verdade pelos lógicos, a mesma função esclarecedora do microscópio para os biólogos e do telescópio para os astrônomos. O debate das questões, o choque das idéias e a exasperação da dúvida conduzem à verdade. A luta pelo direito e as reivindicações acabam por criá-lo, como professava Ihering, assim como Descartes adotou a dúvida sistemática como método de pesquisa da verdade, e Hegel defendeu a síntese dos contrários e a superação das divergências e contradições como lei do progresso, da evolução e da perfeição. Segundo a imagem sugestiva de François Perroux, as instituições e as leis atuais são o resultado de armistícios nas lutas sociais; são a consequência de conflitos passados, que preparam futuras disputas; assinalam pausas enquanto se definem novos adversários e se preparam novas lutas.

Essa a contribuição para a visão dinâmica, polêmica e relativista do Direito, ampliando o círculo da sua multidimensionalidade.

2.5. O Direito concretizado nos fatos

As imagens projetadas nas telas dos cinemas são apenas sombras ou reflexos de uma realidade retratada nos filmes. Assim também as leis ou normas abstratas refletem a realidade dos fatos jurídicos que ocorrem no ambien-

te social, envolvendo pessoas e bens ou interesses jurídicos de toda ordem. A realidade jurídica autêntica está nos fatos concretos e nas condutas da vida social e não nas leis abstratas que os resumem, sistematizam e refletem em comandos sumários. Esta a mais recente concepção do Direito – o Direito concreto, procedente de autores alemães (Karl Engisch. *L' idée de concrétion dans le droit*, Pamplona, Esp., 1968) e também presente na Teoria Ecológica do argentino Carlos Cossio.

3. A interpretação do direito. O método tradicional (a escola da exegese). O culto ao texto legal

O método lógico ou tradicional, fruto da exaltação legal, surgiu na França, preparado pela Revolução e iniciado com a codificação do direito civil. Sua filosofia e seu fundamento psicológico consistiam na preocupação com a defesa e garantia dos direitos e liberdades individuais, somente assegurados e perpetuados por meio de sua fixação em dispositivos legais escritos, sistematizados e codificados. Como tais, completas, perfeitas e contendo todo o Direito, prevendo todas as hipóteses disciplináveis, as leis escritas seriam intocáveis e inalteráveis por seu aplicador ou intérprete, que simplesmente as aplicaria de forma estrita, sem tirar nem acrescentar.

Nascido sob a inspiração do movimento codificador, o método tradicional só poderia ter uma rota e um destino: seguir a trajetória do grande Código Civil dos tempos modernos – o monumental *Código Napoleão*, que tantos progressos trouxe à ciência do direito no século passado.

Segundo Eduardo Espínola:

“O método jurídico tradicional, clássico ou lógico tem toda sua atenção voltada para a lei. É fruto da preocupação de limitar todo arbítrio da interpretação, movimentando-se baseado na concepção de que o legislador é o criador do direito. No seu conceito, o direito se identifica com a lei. Parte da idéia de que a lei escrita deve satisfazer a todas as exigências da vida jurídica, bastando ao intérprete examinar-lhe diretamente o conteúdo para, com os meios fornecidos pela lógica, tirar as consequências todas que dela derivam, sem ultrapassar os limites que lhe animaram a formação.” (“Trata-

do de direito civil brasileiro.” Rio: Freitas Bastos, 1939, v. III, p. 289)

Essa preocupação com a interpretação da lei já fora manifestada pelo Imperador Justiniano, relativamente ao primeiro grande código civil da humanidade – o *Corpus Juris Civilis* (Século VI). Com efeito,

“No terceiro prefácio ao Digesto, o Imperador Justiniano determinou que quem ousasse tecer comentários interpretativos à sua compilação incorreria em crime de falso e as suas obras seriam seqüestradas e destruídas: Justiniano, *De confirmatione digestorum*, in *Corpus Juris Civilis*, § 21, in fine: *Itaque quisquis ausus fuerit ad hanc nostram legum compositionem commentarium aliquot adjicere ... is sciat, quod et ipsi falsi reo legibus futuro, et quod composuerit, eripicitur, et modis omnibus corrumpetur.*” (R. Limongi França. *Hermenêutica Jurídica*. SP: Saraiva, 3a ed. 1994, p. 22).

Esse método falhou por ter se baseado numa visão parcial do Direito: como norma abstrata apenas. Mas teve dois grandes méritos: o de consagrar e garantir os direitos dos cidadãos por meio de preceitos escritos, e o de sistematizar e racionalizar o Direito. Um código contém a síntese e o sistema de uma ciência jurídica, além de regular relações e disciplinar direitos e obrigações.

3.1. As escolas científicas. Os métodos histórico, teleológico e sociológico

Por meio dos métodos histórico, teleológico e sociológico, principalmente, as escolas científicas promoveram uma revolução no conceito de direito e, portanto, na sua interpretação. As leis não contêm todo o Direito. A sua plenitude extrapola os códigos, mediante um sistema orgânico. O Direito envolve os fatos sociais, econômicos, morais, religiosos, políticos, culturais etc., com influências recíprocas. A visão sociológica alertou para os riscos de um desequilíbrio nas estruturas da vida em sociedade. O poder político ou militar, a ruína econômica e o fanatismo religioso podem comprometer a estrutura jurídica e esta pode não corresponder aos anseios sociais.

E assim as escolas científicas dilargaram os horizontes do Direito e da interpretação, transformando esta em ciência, técnica e arte ou hermenêutica jurídica. Foi a grande contribuição que trouxeram.

3.2. A livre interpretação e o direito livre. O nihilismo legal

Mas o método sociológico levado ao extremo conduziu a dois exageros: a) na conceituação do Direito, transformou os valores jurídicos em criação espontânea e artificial da consciência coletiva; b) na interpretação e aplicação da lei, defendeu a plena liberdade de o intérprete recolher o direito dos próprios fatos, em primeira mão – *ipsis rebus dictantibus*, ainda que ab-rogando ou contrariando a lei escrita.

3.3. A conciliação dos métodos. A restauração dos valores ideais do direito. O método histórico-evolutivo ou da jurisprudência progressiva

O século XIX assistiu ao apogeu e à decadência do método exegético da lei escrita como expressão da plenitude do Direito, bem como ao triunfo do método sociológico ou do predomínio dos fatos sociais na composição do fenômeno jurídico.

O século XX foi a vez do renascimento ou restauração dos valores humanos ideais, racionais e subjetivos, como componente ético do Direito, tão presente na consciência dos homens como o céu estrelado sobre as suas cabeças, na imagem famosa do grande filósofo de Königsberg. Em consequência, sobreveio o método histórico-evolutivo de interpretação, conciliando todas as tendências. Ficou célebre a síntese de Raimond Saleilles no prefácio da obra de François Geny (*Méthode d'interprétation...*, 1899), para definir o conteúdo do novo método: *o intérprete deve ir além da lei, mas através da lei* – “au-dellà de la loi, mais par la loi.”

Além dos suportes sociológicos, deve o intérprete agregar os valores fins da lei: a Justiça, o bem comum, a utilidade social. Mas sempre por meio da lei, baliza de segurança, buscando a sua intenção atualizada.

3.4. A interpretação dialética ou relativista

A visão dialética, polêmica ou dinâmica do Direito nos faz perceber o seu mobilismo ou vir a ser, pendendo para o relativismo presente em todas as coisas, a exemplo da idade das pessoas. Nada é absoluto na realidade social. Não há dois fatos rigorosamente idênticos. Daí a flexibilidade e a maleabilidade da interpretação.

3.5. A interpretação abrangente casuística

A lei abstrata é uma regra extraída da realidade por raciocínio indutivo. Provém da ob-

servação dos fatos pelo legislador.

Por um lado, a lei é mais extensa ou ampla do que cada fato específico que regula. Mas, por outra parte, é menos compreensiva do que a infinita variedade dos fatos reguláveis. Isso é que faz a grandeza e a fraqueza da lei, segundo Karl Engisch.

Para os partidários do direito concreto, a regra autêntica de direito é a que se realiza no fato concreto, como obra final do aplicador. Pelo que cabe a esta grande margem de arbítrio para ampliar e adaptar a lei aos fatos específicos, regulados de forma ampla ou genérica pelo legislador.

4. Conclusão

Sendo o Direito norma, fato e valor; sendo fenômeno concreto e norma abstrata; sendo em parte absoluto e relativo, é dotado de flexibilidade para se adaptar às circunstâncias de tempo e lugar, mas contém uma estrutura de compressão calcada na natureza uniforme do ser humano, sensível à dor e ao amor e carente de cooperação e solidariedade. Eis aí os parâmetros da hermenêutica.

Bibliografia

- ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Ensaio sobre a teoria da interpretação das leis*. Coimbra : A. Amado, 1978.
- ASCOLI, Max. *La interpretación de las leyes*. Buenos Aires : Lasada, 1947.
- BATISTA, Paula. *Compêndio de hermenêutica jurídica*. São Paulo : Saraiva, 1984.
- BETTI, Emilio. *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*. Milano : A. Giuffrè, 1949.
- BONNECASE, Julien. *La escuela de la exegesis en derecho civil*. México : Jose M. Cajica, 1944.
- BOSON, Gérson de Britto Mello. *Filosofia do Direito : interpretação antropológica*. Belo Horizonte : Del Rey, 1993.
- CAMPOS, Carlos. *Hermenêutica tradicional e Direito científico*. Belo Horizonte : Imprensa Oficial, 1970.
- CARNELUTTI, Francesco. *Arte del Derecho*. Buenos Aires : Europa-America, 1948.
- . *Arte do Direito*. Salvador : Progresso, 1957. Trad. de Pinto de Aguiar.
- COELHO, L. Fernando. *Lógica jurídica e interpretação das leis*. Rio de Janeiro : Forense, 1979.

- COSSIO, Carlos. *La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad*. Buenos Aires : Abeledo-Perrot, 1964.
- DEL VECCHIO, Giorgio. *Filosofia del derecho*. Barcelona : Bosch, 1953.
- DURKHEIM, Emile. *Les formes élémentaires de la vie religieuse*. Paris, 1912.
- ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 1977.
- . *L'idée de concrétion dans le droit*. Pamplona, 1968. Comentário de I. André-Vincent sob o título L'abstrait et le concret dans l'interprétation, em Archives de Philosophie du Droit. Paris, 1972. v. 17, p. 135.
- ESPÍNOLA, Eduardo. *Tratado de Direito Civil brasileiro*. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1939. v. 1/4.
- . *Interpretação da norma jurídica (verbete)*. *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro : Borsoi, v. 29, p. 137.
- FERRARA, Francesco. *Interpretação e aplicação das leis*. Coimbra : A. Amado, 1978.
- IORE, Pascuale. *Interpretación de las leyes*. Madrid : Reus, 1927.
- FRANÇA, R. Limongi. *Hermenêutica jurídica*. São Paulo : Saraiva, 1994.
- GARCIA MAYNEZ, Eduardo. *Introducción al estudio del Derecho*. México : Porrúa, 1975.
- GÉNY, François. *Methodé d'interprétation et sources en droit privé positif*. Paris, 1919.
- GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução à ciência do Direito*. Rio de Janeiro : Forense, 1956.
- HERKENHOFF, João Baptista. *Como aplicar o Direito*. 3. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1994.
- HESSEN, Johannes. *Filosofia dos valores*. Tradução de L. Cabral de Moncada. Coimbra : A. Amado, 1980.
- IHERING, Rudolf von. *A luta pelo Direito*. Rio de Janeiro : Ed. Rio, 1978.
- . *L'esprit du droit romain*. Traduction de Meulenaere, 3. ed.
- . *A finalidade do Direito*. Tradução de José A. F. Correa. Rio de Janeiro : Ed. Rio, 1979.
- INSTITUTAS do Imperador Justiniano. Tradução revista por Clóvis N. Oliveira. São Paulo : Ed. Brasil.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. Coimbra : A. Amado, 1974.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do Direito*. Tradução de João de Souza Brito e José Antonio Veloso. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 1969.

- LAZZARO, Giorgio. *L'interpretazione sistematica della legge*. Torino : Giappichelli, 1965.
- LÉVY BRUHL, Henry. *La moral, la science et les mœurs*. Paris, 1903.
- . *Sociologia do Direito*. Tradução de Teruka Minamissawa. São Paulo : Difusão Européia do Livro, 1964.
- LIMA, Mário Franzen de. *Da interpretação jurídica*. Rio de Janeiro : Forense, 1955.
- LYRA FILHO, Roberto. *O que é o Direito*. São Paulo : Brasiliense, 1982.
- MACHADO, Edgar de Godói da Mata. *Elementos de teoria geral do Direito*. Belo Horizonte : Vega.
- MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. *A ciência do Direito : conceito, objeto, método*. Rio de Janeiro : Forense, 1982.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1965.
- MIRANDA, Pontes de. *Sistema de ciência positiva do Direito*. Rio de Janeiro : Borsoi, 1972. v. 2.
- NIÑO, José Antonio. *La interpretación de las leyes*. México : Porrúa, 1971.
- NONATO, Orozimbo. Aspectos do modernismo jurídico. *Pandectas Brasileiras*, v. 8, 1. parte, p. 176.
- OLIVECRONA, Karl. *El Derecho como hecho*. Buenos Aires : Depalma, 1959.
- PAGE, Henri de. *Traité élémentaire de droit civil belge*. Bruxelles : É. Bruylant, 1962. v. 1.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro : Forense, 1980. v. 1.
- PLACHY, Adolfo. *La teoria della interpretazione*. Milano : Giuffrè, 1974.
- REALE, Miguel. *O Direito como experiência*. São Paulo : Saraiva, 1968.
- . *Fundamentos do Direito*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1972.
- . *Teoria tridimensional do Direito*. São Paulo : Saraiva, 1979.
- RECASÉNS SICHES, Luis. *Nueva filosofía de interpretación del Derecho*. México : Porrúa, 1973.
- RIPERT, Georges. *Les forces créatrices du droit*. Paris : Librairie Général, 1955.
- ROUBIER, Paul. *Teoría general del Derecho*. Puebla : José Cajica, [s/d.].
- SANTIAGO NIÑO, Carlos. *La ciencia del Derecho y la interpretación jurídica*. Buenos Aires : Astrea, 1975.
- SAVIGNY, Friedrich Karl von. *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del Derecho*. Buenos Aires : Heliasta, 1977.
- SILVEIRA, Alípio. *Hermenêutica no Direito brasileiro*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1968. 2 v.
- TELLES JR., Goffredo. *A criação do direito*. São Paulo, 1953. 2 v.
- VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. Tradução Tércio Sampaio Ferraz Jr., Brasília : Imprensa Nacional, 1979.
- WARAT, Luiz Alberto. *Mitos e teorias na interpretação da lei*. Porto Alegre : Síntese, 1979.