TENDÊNCIAS CONTEMPORÂNEAS DA APLICAÇÃO DO DIREITO

J.M. OTHON SIDOU

Membro Titular da Academia

1. A tentativa de reduzir o direito à unidade formal constituiu, sempre, a aspiração de príncipes e juristas. Sabe-se que, no quarto século de aplicação do primeiro *ius scriptum* — as XII Tábuas — Júlio Cesar e Otávio Augusto tentaram consolidar o direito de seu tempo, desiderato só cabalmente alcançado na sexta centúria da era cristã, com Justiniano. Mais tarde, este continuou sendo o objetivo primário das nações tornadas autônomas e a seguir erigidas em Estados, com o advento da Idade Moderna.

A unidade do direito, formada por princípios axiomáticos, impunha como condição para manter-se uniforme, pelo menos no entendimento dos juristas do passado, que só o legislador fosse o intérprete da lei. Interpretar incumbe àquele a quem compete fazer a lei — eis o retinente dogma romano da época de Constantino, que desafiou quase dois milênios. Por esta forma se objetivava preservar a legalidade, impedindo que o juiz, pela interpretação, substituísse o legislador.

Observa-se daí que a ojeriza aos comentários interpretativos das leis não feneceu com a inópia proibição de Justiniano, tomada ao editar o *Digesto*, acautelando-o por meio da constituição *Tanta*. E, malgrado o direito medieval haja sido o direito da glosa e dos comentários, aquela aversão recresceu no lance das codificações dos Estados nacionais. Antes delas, já as *Siete Partidas* vedavam a interpretação das regras peremptórias; as *Ordenações Filipinas*, de 1603, já ditavam no proêmio do Livro III, Título 66, que — “todo julgador... verá e examinará com boa diligência todo o processo... e assim dê sentença definitiva, segundo o que achar alegado e provado de uma parte e da outra, *ainda que a consciência dite outra coisa* e ele saiba a verdade ser em contrário do que no feito for prova-

do; e depois delas, os regimes prussiano e austríaco (século XVIII) impediam aos juízes de decidir em face dos casos duvidosos.

Dir-se-ia a prevalência da máxima de BACON — *optima lex est quae minimum relinquit arbitrio iudicis*, ou a pretensão quimérica de tudo prever e tudo regular.

Os legisladores de todos os códigos, em todos os tempos, pretenderam e pretendem ser onipresentes, ou oniprevidentes, e com facilidade derivam para o casuismo. Ora, a distinção entre direitos casuísticos e direitos abstratos é sempre relativa. No fundo, todo preceito jurídico é necessariamente casuístico — proclama STAMLER — desde que todo ele contém um suporte determinado que haverá de dar base a um efeito jurídico determinado. Mas, adverte STAMLER, “o legislador não pode prescindir tampouco de qualquer das duas possibilidades, devendo utilizar uma e outra segundo a oportunidade. Em alguns casos será recomendável ater-se aos suportes concretos da prática, enquanto em outras ocasiões serão mais convenientes os preceitos abstratos”.

É a inafastabilidade desses preceitos que impõe maior liberdade interpretativa ao juiz, a partir de que “a lei é mais sábia do que o legislador”, como teoriza SALEILLES, e raras vezes o respectivo autor seria o seu melhor intérprete, completa o nosso CARLOS MAXIMILIANO.

É uma ilusão, em direito positivo, tudo prever e tudo regulamentar.

Esta foi a ilusão de espíritos de visão acanhada, diria PICARD, referindo-se diretamente ao precitado proibitivo da interpretação do *Digesto* pela constituição *Tanta*, do mesmo modo que Napoleão ao considerar sua famosa codificação como uma fortaleza cercando o direito de casamatas infrangíveis. Ora, em si, tecnicamente falando, a interpretação de uma lei só lhe acarreta maior clareza, conclui o genial autor do *Le droit pur*.

Como quer que seja, a ilusão de espíritos acanhados em que fala PICARD e que alimentou, durante séculos, a mente de escolásticos, dogmáticos, autênticos e exegetas, começaria a ser aluída no próprio século das codificações, o qual sepultou a velha Escola abroquelada no *interpretatio cessat in claris* e no *dura lex sed lex*, e assistiu ao advento das correntes da livre indagação do direito.

2. A jactância da plenitude do direito num código deu lugar, em França, ao alento da Escola da Exegese, assim denominada por

que se orientava exclusivamente na interpretação minuciosa do texto da lei. Entendendo que o Código Napoleão era *locupletissimus*, não apresentando imprecisões nem incidindo em lacunas, instituiu-se, em consequência, o dogma dos textos acima de tudo (DEMOLOMBE) e nada além da lei (AUBRY).

A Escola, entretanto, é antiga; não surgiu com o *Code Civil*, embora por ele sublimada, e quando, arauto seu, BAUDRY-LACANTINERIE ensina em sua obra clássica (*Précis*, p. I/45) que o juiz é instituído para julgar segundo a lei e não para julgar a lei e se a decisão que ele toma é iníqua a culpa é do legislador — não está repetindo senão o que disse MONTESQUIEU, no século precedente.

Com suporte em fundamentos tão epidérmicos embora tão bem estruturados na separação de poderes, e que predominaram durante quase todo o século passado, os exegetas empreenderam a interpretação do direito fitando a lei formalmente grafada e nunca fora de seu conteúdo léxico.

Mas, como nem sempre têm sentido claro e preciso as palavras e frases, eles, os exegetas, buscaram entendê-las investigando a vontade, ou o pensamento, de quem elucubrou e construiu a lei, ou a *mens legislatoris*.

Daí já emerge a mais patente contradição dessa escola de pensamento. Limitada a depreender apenas a vontade do legislador, ou o que o artifice quis dizer naquele preciso preceito, ela admite, e é forçada a admitir em sua sacral reverência ao preceito escrito, o recurso analógico, ou seja, o procedimento lógico de aplicação a casos não iguais porém semelhantes àqueles aos quais ditos preceitos se referem; isto é, o procedimento que traz ao caso não previsto expressamente, o pensamento que o legislador esteve longe de supor e prever.

Ainda assim que tal busca resultasse inviável, ou frustra, restava o apelo ao legislador, ou corpo legislativo, impondo-se ao julgador interromper o curso da demanda, num falso *non liquet* do juiz romano. Era a consulta forçada em busca da solução interpretativa, de antanho ao cesar divino e exclusivista, depois ao monarca semi-divino preocupado com a dilatação e integração política, e agora ao Estado concentracionista. Tal como no decadente Império romano em forma dos *rescripta*, a França aplicou o *renvoi au législateur*, e, para falar em nós, o Brasil imperial conheceu os *avisos*, ou ditames interpretativos autênticos, reconhecidos pela Escola da Exegese.

Ora, com a engrenagem legislativa que temos, complicada e de ação lenta — é de CARLOS MAXIMILIANO, *Hermenêutica*, p. 84, o comentário — não havia justiça na face da Terra, se fosse mister aguardar a reforma ou complemento dos textos, obscuros ou deficientes, para decidir só então os litígios pendentes.

Na própria França, o tempo, melhor conselheiro, desanimou essa via sinuosa na distribuição da justiça, e lei de 1837, abolindo a consulta forçada, ou retorno ao legislador, restabeleceu a autonomia relativa do juiz como intérprete e aplicador do direito.

Mas ainda assim, a exegese, com seu método de interpretação, prosseguiu apenas rendida aos casos de omissão da lei, devendo o juiz adivinhar (*deviner*, palavra empregada por PLANIOL, *Traité*, p. I/89) qual seria a decisão do legislador, se ele fosse chamado a resolver diretamente a matéria em causa. Note-se: não se trata de proceder o juiz como se legislador fosse, porém como se juiz fosse o legislador.

A Escola da Exegese, a grande escola francesa nascida com a revolução das barricadas, foi ela própria uma barricada, como, com espírito, trocadilha o douto JOSÉ HERMANO SARAIVA: “a barricada de um direito que, sentindo vacilar a sua base de justiça, não soube defender-se senão com o fato de ser lei.” Tanto assim parece ser, que, promulgado o Código Civil francês em 1804, os grandes mestres que dele trataram só apareceram a partir de 1830.

3. Se a Escola da Exegese, com sua falsa doutrina da superioridade da interpretação autêntica, tem Justiniano por apóstolo, é também por ela responsável, *magna pars*, a concepção do liberalismo inspirado na trilateralidade dos poderes de Estado, de MONTESQUIEU, em razão da qual a atividade pessoal do juiz é mínima, ou exclusivamente mecânica, para evitar a invasão de um em outro poder.

No capítulo em que discorre sobre a necessidade de separação dos três poderes do Estado, quicá o mais comunicante de sua obra genial, MONTESQUIEU escreve: Não há absolutamente liberdade se o poder de julgar não é separado do poder de legislar e de administrar. Se está junto ao legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade das cidadãos será arbitrário, porque o juiz será legislador. Se está junto ao poder executivo, o juiz poderá ter a força de um opressor. Tudo estará perdido se o mesmo homem, ou o mesmo órgão, exercer esses três poderes. E mais adiante: os juízes de um

país não serão mais que a boca que pronuncia as palavras da lei; seres inanimados que não podem moderar nem sua força nem seu rigor. (*Esprit des lois*, liv. XI, cap. 6.)

A concepção de democracia do século XIX, mais ainda em seu albor, não tinha o ideal ético por que se perspectiva hoje, e, alicerçada teoricamente no liberalismo, atribuía à lei, como expressa COELHO DE SOUZA (*Interpretação e Democracia*, p. 238), menos um sentido de disciplina social do que o de uma fórmula definidora de preceitos para as concepções privadas. Em conseqüência — raciocina o mestre paraense — aceitar que o juiz possa formular o preceito aplicado a determinadas situações, como se fora legislador, equivaleria a demolir o princípio tradicional da separação dos poderes políticos.

Seja disto o que for, o certo é que a Escola da Exegese acabou por erigir o Estado como o único autor do direito, em conseqüência do que a sociedade não podia criar o costume e o juiz se convertia num autômata em face dos textos legais.

Hoje, o conceito de democracia não só repele qualquer incompatibilidade teórica com os modernos métodos interpretativos, como também, ao contrário, vê nos métodos caracterizados pela liberdade do intérprete uma reafirmação do princípio de independência dos poderes, a qual, em última análise, procura resguardar os direitos coletivos.

O raciocínio é simples. Se cogitarmos, em falso juízo, que o direito é a lei e não há direito sem lei, concluiremos necessariamente que age *contra* a liberdade — configurada na independência dos poderes do Estado — quem questione que outro poder, não o legislativo pode formular a lei, interpretá-la e desfazê-la. Mas se cogitarmos que o direito extravasa a lei e tem nesta apenas um instrumento ancilar, no supremo ideal do bem comum, então concluiremos, também necessariamente, que age *em favor* da liberdade quem entenda que o poder judiciário, não outro, está disposto para julgar a lei tanto quanto julga os indivíduos. Prevalescesse o raciocínio precedente, não se poderia falar em controle judicial da constitucionalidade das leis, não se poderia cogitar de inaplicação da lei inconstitucional, porque o Estado, por um de seus poderes, seria não apenas o fator da lei, mas também o criador do próprio direito, numa eversão de ordem jurídica que soa como absurdidade chocante.

Nisto, nada há de apuramento do regime democrático, senão de melhor imagem ótica da posição do Judiciário em face dos poderes

Legislativo e Executivo. Em primeiro lugar, o Judiciário é um poder especializado, como não o são os demais poderes, o que lhe assegura uma autonomia própria. Em segundo lugar, é ele o garante dos direitos, conseqüentemente o guardião da ordem jurídica, o que lhe assegura uma inata hegemonia sobre os outros poderes, ainda mesmo nos regimes impregnados de elevada dose autocrática. Para os brasileiros coevos, que suportamos uma “democracia intermitente”, é de todo dispensável qualquer outro argumento em respaldo de que o Poder judiciário exercita uma super-função.

Outro equívoco resulta da afirmativa de que, investido da faculdade de suprir lacunas ou obscuridades da lei, o juiz possa agir como se legislador fosse. Juiz nenhum, pelo menos em respeito aos mais elementares cânones de processualística, pode assumir a função de fazer leis. Fazer lei é tarefa do Legislativo e, por usurpação, do Executivo. O juiz decide controvérsias e sua tarefa se exaure no julgado, que, além de encerrar um caso concreto, tem limite aplicativo às partes da demanda, em virtude do princípio da relatividade da sentença.

Em lugar da fantasmagoria do juiz legislador, consentâneo e sobretudo lógico é entender, com MAXIMILIANO, em trechos soltos de sua obra clássica (op. cit., pp. 82-84), que existe entre o legislador e o juiz a mesma relação que existe entre o dramaturgo e o ator; que o juiz é o intermediário entre a letra morta dos códigos e a vida social; o mediador esclarecido entre o direito individual e o social; em suma, é ele um sociólogo em ação, um moralista em exercício.

4. Pois bem; da Escola da Exegese fez-se partidário um dos primeiros doutrinadores do incipiente direito pátrio, PAULA BAPTISTA, que, em sua por tantos motivos fértil e em vastas passagens atual obra, fez preleções como as contidas nos três tópicos a seguir transcritos:

“Interpretação é a exposição do verdadeiro sentido de uma lei obscura por defeito de sua redação, ou duvidosa em relação aos fatos ocorrentes, ou silenciosa. Por conseguinte, não tem lugar sempre que a lei, em relação aos fatos sujeitos ao seu domínio, é clara e precisa.”

“SAVIGNY (*Trat. de Dir. Rom.*, tom. 1.º) censura os que limitam a interpretação aos casos acidentais de obscuridade nas leis; diz que ela acompanha a aplicação de todas as leis à vida real (seus

discípulos acrescentam, “ainda as mais claras”) e a define *reconstrução do pensamento contido na lei*. Uma tão fascinante doutrina, tão vaga e absoluta, pode fascinar o intérprete, de modo a fazê-lo sair dos limites da interpretação para entrar no domínio da formação do direito. Ou existem motivos para duvidar do sentido de uma lei, ou não existem. No primeiro caso cabe interpretação, pela qual fixamos o verdadeiro sentido da lei, e a extensão de seu pensamento; no segundo, cabe apenas obedecer ao seu preceito legal.”

E para fecho de nota: “Façamos portanto, as necessárias distinções aos casos de obscuridade, acrescentemos aqueles, em que as leis, pela concisão com que são escritas, apresentam lacunas e dúvidas, e desde logo conceberemos facilmente, que fora desta tríplice relação não é possível haver interpretação; mas, sim, cavilação, ou usurpação à autoridade legislativa”.

Melhor justificação não poderia ter o onomástico da escola dos exegetas: dogmático. Aí está bem caracterizado o fetichismo legal, o dogma do *legislator dixit*.

O Mestre da Escola do Recife, glória das letras jurídicas brasileiras em todos os tempos, escreveu o *Compêndio de Hermenêutica Jurídica*, de cujo § 3.º foram extraídos os períodos transcritos, mantidas as palavras grifadas, no ano 55 do passado século, quando já alvoreciam as concepções evolutivas da livre indagação do direito, mas ainda quando a densa maioria dos doutrinadores franceses enfileirava a escola tradicional, nomeadamente MOURLON, LAURENT, HUC, BAUDRY-LACANTINERIE, DEMOLOMBE, quem, coetaneamente ou posteriormente, tanta influência exerceram sobre os juristas pátrios.

Todavia, aqueles tópicos, menos que a época em que foram expressados, refletem apenas o pensamento, assás neste ponto não evoluído, do grande PAULA BAPTISTA, porque, contemporâneo seu, o Conselheiro RIBAS, em São Paulo, ensinava exatamente em oposto, que a lei, mesmo clara, demanda interpretação.

5. A tendência tradicional da Escola exegética, dogmática ou escolástica, que se fez opaca ante o iluminismo conseqüente do Renascimento, só foi convenientemente suplantada no final do século passado, devido às concepções evolutivas da Escola histórica.

Só então, sentiu-se o intérprete autorizado, sem incorrer na usurpação denunciada por PAULA BAPTISTA, a libertar-se da vontade unívoca do legislador para se concentrar no sentido inequívoco da lei.

O novo pensamento atentou para que a lei não é produto de uma só vontade, ou vontade de alguém, porém é o resultado do *querer social*; tal como o costume, ela é produto da coletividade e não de um só homem ou só de um corpo legislativo. Somente aí fez-se luz sobre o ensinamento do jurisconsulto GAIO, no segundo século de nossa era: *lex est quod populus iubet atque constituit*; a lei é o que o povo decide e por outro lado estabelece.

De conformidade com os postulados do evolucionismo histórico e de seu método dedutivo, ou racional, a origem do direito está na consciência do povo, do mesmo modo que a linguagem. Esta não se cria, e, por não ser criada, a tarefa dos gramáticos é de mero apuramento técnico e estético, na feliz comparação de GUSTAVO HUGO, ainda no final do século XVIII. O direito também não se cria *ex nihilo*, sem propósito ou precedente, e a criação que se atribui aos juristas e legisladores não passa de metáfora, porque, em verdade, é uma criação nada além de dar formas, prosseguir na construção, recriar ou reciclar, em suma.

6. A teoria objetiva da livre indagação do direito, contraposta à teoria subjetiva, ou tradicional, não pretendeu nem pretende eliminar os planos do legislador, porém, entendendo que ele agiu em função do querer social, mantém como linda os princípios traçados no texto; o que eliminou foi a eleição da *mens legislatoris* como instrumento interpretativo único, a vontade ou querer do legislador como princípio dogmático. A substituição operada foi o arrimo na *mens legis*, ou a vontade, não da lei que já é a consequência de uma vontade, porém a vontade do todo social. Com tanto, facultou-se tomar do passado apenas os subsídios acidentais, ou complementares, a fim de adaptar a regra ou norma no momento histórico em que ela é chamada a intervir.

Com a promulgação, a lei adquire vida própria, separa-se de todo do legislador e, adquirindo o caráter de entidade, despega-se de seus autores. Donde a justeza da lição de SOLER, em trecho do *Interpretación de la ley*, digno de ser transcrito: “A lei, uma vez sancionada, liberta-se de seu passado e adquire um significado não identificável com todos os pensamentos realmente pensados pelos legisladores ao fazê-la. A idéia central pode expressar-se mediante uma frase de Goethe: ‘uma vez pronunciada uma palavra, esta se junta às demais forças naturais que atuam necessariamente’. Assim ocorre com as leis, com cuja sanção se produz um desprendimento que as

emancipa dos laços psicológicos que as unia ao passado, para penetrar na ordem jurídica dotadas de um dinamismo próprio.”

No mesmo sentido, justa e mais sintética é a expressão de FERRARA (*Trattato*, p. I/26): a lei não é o que o legislador quis, nem o que pretendeu exprimir, e, sim, o que exprime de fato.

Em conseqüência, o juiz, na interpretação sistemática, aplica a lei em sua essência, isto é, afasta-se eventualmente de sua letra embora não de seu conteúdo, e sempre tendo em vista o espírito, ou fim, da lei, consoante a preleção de ALÍPIO SILVEIRA (*Hermenêutica*, p. I/46).

Foi SAVIGNY quem, antecipando-se à implantação de sua Escola histórica, levantou a questão da impossibilidade de se prender o direito às leis escritas, quicá o argumento chave de sua célebre polémica com THIBAUT. Para o imortal SAVIGNY, o direito atual, expressado nos códigos e leis, é um prolongamento do direito antigo, afirmativa facilmente demonstrável se tomarmos para observação a quase totalidade dos institutos jurídicos que hoje figuram modernizados pelas leis em vigor.

Na feitura da lei, o legislador coloca-se em seu tempo, trazendo para a obra trabalhada situações conjunturais do momento. Ele não cria coisa alguma, porque age como um vector dos impulsos sociais. E se não cria, se é mero instrumento, não pode ter vontade, muito menos pode ele gabar-se de legislar para o futuro, dado que precisaria ser insuflado de um dom sobrenatural que o convertesse em vidente das mutações sociais, ainda mesmo nas sociedades mais estáveis. Não por broma costuma-se dizer que toda lei escrita é defetiva no exato momento em que passa a ser aplicada.

7. A eclosão das modernas correntes do pensamento fez nascer a Escola da livre indagação do direito, ou Escola do direito livre, como pejorativamente se pretendeu chamá-la, por adotar um método histórico-evolutivo para a interpretação, destinado a dar dimensão nova à *mens legis*. Sua doutrina fez-se notar a partir do meio século passado, desde quando DERNBURG, KOHLER e BÜLOW começaram a vindicar para o juiz uma atividade menos dependente da lei, assim atribuindo-lhe a função atualizadora do preceito.

Coube a François GÉNY, no final do século XIX, brandir a lança mais acerada contra a interpretação tradicional, ao proclamar, no *Méthode*, p. 261, que a pesquisa da *mens legislatoris* devia ser banida do direito, por não ter o legislador consciência plena da regra es-

tabelecida. Mas, em verdade, esta revolucionária doutrina partiu dos juristas germânicos, e o próprio mestre de Nancy o reconhece (op. cit. p. VIII, da Advertência); foi EHRlich, em trabalho divulgado no "Juristische Blätter" (*Über Lücken im Rechte*; 1888), seguido por outros, notadamente STAMLER, quem assentou os fundamentos do direito certo (*Richtiger Recht*), ou do direito livre (*Freies Recht*), como se vulgarizou, a partir de seus críticos e oponentes.

Com notável premonição, ALBERDI escrevera em 1852: "A verdadeira sanção das leis reside em sua duração. Remediemos seus defeitos, não por ab-rogação, mas pela interpretação."

Se EHRlich votava desprezo à jurisprudência formalista e entendia que, uma vez que do exame do texto não surgisse a solução, começaria para o intérprete a prerrogativa de criar um direito específico, GÉNY também a desprezava, mas subordinava a livre prerrogativa do intérprete à exaustão dos recursos tradicionais de hermenêutica; e não lhe conferia um concurso eletivo, porém um esquema sequencial lógico: texto, analogia, costumes, só depois do que havia a livre prerrogativa.

Ambas as correntes coincidem em que, ante a impossibilidade de alterar a lei positiva com intervalos breves, o intérprete plasma o direito em forma ampla, livre e dútil e o adapta, pela interpretação, às exigências sociais imprevisas, e imprevisas porque decorrentes das incoercíveis variações sucessivas do meio.

8. É consabido pelos juristas que a corrente da livre indagação do direito não constitui uma unidade de pensamento, em razão do que só por metáfora ou apego à classificação se pode singularizá-la como Escola. E assim porque, evoluindo da moderação para o radicalismo, é assinalada por três fases só identificadas na atividade independente do juiz em face da lei.

Nada havia, com efeito, de avançado na doutrinação dos prógonos, a partir de 1840, formalizada na crítica ao dogmatismo e sintetizada no repúdio à doutrina absoluta da lei, e na vindicação, para o juiz, de um labor pessoal e criador, em face da insuficiência dos textos.

Ainda em 1885, em sua obra *Lei e Magistratura*, OSKAR BÜLOW mostrava-se apenas contrário à jurisprudência formalista, indiferente ao exame dos fatores sociais dos fenômenos jurídicos. À mesma época, JOSEPH KOHLER pregava que as leis não se devem interpretar de acordo com o pensamento e a vontade do legislador, e sim

sociologicamente, como produções do grupo social de que o legislador se fez instrumento. A necessidade da interpretação — ensina ele — vem do fato de que, se as palavras revelam o pensamento da lei, este pensamento somente em parte emerge da consciência do legislador. Conseqüentemente, interpretar é escolher, entre as muitas significações que a palavra oferece, a significação justa e conveniente. Daí direito certo.

9. Também a segunda fase da Escola, integrada por ZITTELMAN, MAYER, além do já citado EHRLICH, em cuja obra *Livre determinação do direito e ciência jurídica livre* (1903) pregou a liberdade do juiz na hipótese de falta de lei escrita ou regra costumeira, não se afastou do princípio de que a atividade criadora do intérprete seria propícia apenas para suprir lacunas, ou atividade de integração; e só merece subclassificação, autônoma da primeira fase, devido ao fato da base racional que recebeu de GÉNY, não mais apenas contestadora, porém orientada na investigação científica do direito.

10. A terceira fase adveio do radicalismo da doutrina de HERMANN KANTOROWICZ, divulgada em sua obra de 46 páginas *Der Kampf um die Rechtswissenschaft* ("A luta pela ciência do direito"; 1906, sob o pseudônimo Gnaeus Flavius), e centralizada na atividade do juiz em função da justiça, portanto baseada na lei ou fora da lei. O intérprete deveria desviar-se dos textos toda vez que, inspirado nos dados sociológicos, aqueles parecessem à sua consciência inacomodáveis aos ideais de justiça.

Professor de direito penal e de filosofia jurídica na Universidade de Friburgo, KANTOROWICZ instiga o juiz a buscar o direito certo onde quer que se encontre, dentro ou fora da lei, sem se preocupar com os textos, mas tendo apenas por meta os fatores sociológicos, e para isto abrindo vereda unicamente inspirado nos ditames de sua consciência jurídica, posto como as lacunas da lei não se encontram casualmente, porque nela há tantas lacunas quantas palavras encerrem.

Panfletário por excelência, ele apostrofou o legislador e invejou as legislações. A estas, comparou-as às Sagradas Escrituras em sua indiscutibilidade e àqueles cotejou-os aos teólogos em seu dogmatismo. E, pela agudeza de seu engenho e penetração de raciocínio, proclamando a autonomia do juiz como sentenciador, contra o

absolutismo da lei, a clarinada de KANTOROWICZ para o seu “movimento” alistou seguidores do porte de RADBRUCH, FUCHS e SCHMITT.

O exórdio da *Luta pela ciência do direito* faz-se com palavras sobre as quais ninguém, muito menos o jurista experimentado nos embates da distribuição da justiça, ousa discordar: “Só se fizermos estalar a acanhada corrente das disposições legais; só se a plenitude do direito livre tornar possível dar a cada caso a regulamentação adequada; só onde há *liberdade*, existe justiça. Só se eliminarmos estéreis sutilezas e colocarmos em seu lugar a vontade criadora que engendra novos pensamentos; só onde há *personalidade*, existe também justiça. Só se desviarmos a vista dos livros e a dirigirmos para a vida, calculando as conseqüências e as condições mais afastadas de nossos atos; só onde há *sabedoria*, existe também justiça.”

Pode-se achar ousada, sacrílega mesmo, aos cérebros mais ortodoxos, uma teoria desse naipe para a interpretação da lei. Pode-se achar pretensiosa, perniciosa mesmo, para os espíritos fleumáticos, uma doutrina que dá ao juiz a liberdade ampla de só aplicar a lei quando ela se ajustar expressamente ao caso concreto, inclusive quanto às conseqüências advindas de sua aplicação. Pode-se achá-la tão quimérica quanto se acha utópica a cogitação carnelutiana sobre um Estado puro, isto é o advento de um Estado sem direito. (CARNELUTTI, *Arte del derecho*, pp. 13 et seq.)

O que se não pode, sem comprometer a evolução científica, é conferir à teoria de KANTOROWICZ, por exemplo assimilando-a aos métodos do “bom juiz” Magnaud, da França do fim do último século, inspirada em sentimentos meramente compassivos e que não induzem formar teoria. O que há a concluir é sobre que a tese do Mestre alemão contém afirmações inobjetéveis, não se exauriu no nascedouro, como “movimento”, e hoje, quase oitenta anos transcorridos, constitui um desafio cada vez mais próximo da preocupação dos juristas, no sentido de adaptá-la a um realismo social que se escancara no cotidiano. Sobre o que há a refletir é em torno de que, pelo menos na seara do direito público, do direito penal e do direito obrigacional, a lei se mostra apoucada para positivar o direito e harmonizá-lo com a justiça. As Constituições erigem direitos. Cedo fez-se mister estabelecer garantias para os direitos consagrados. Hoje, do que se cogita é estabelecer garantia para as garantias. O “habeas corpus” e o mandado de segurança, para falar apenas nestes dois institutos nossos, são garantias de direitos, que, todavia,

precisam ser garantidos, o que significa, a lei, por suas palavras apenas, nem sempre se adapta aos casos concretos.

11. Generalizando o método teleológico para também condicioná-lo aos fins sociais do direito; reduzindo às devidas proporções o método interpretativo gramatical; e deixando clara a necessidade de assegurar ao juiz certo poder discricionário, a Escola da livre indagação do direito propiciou o entendimento claro segundo o qual a interpretação pode variar com o tempo, e deve efetivamente mudar em função de cada época, conciliando a tradição com a realidade da vida, conforme expressa CARLOS MAXIMILIANO em passagens soltas do *Hermenêutica* (pp. 114 et *passim*).

De toda conveniência, porém, é cuidar que a livre indagação do direito, uma vez aplicada contra o imobilismo pusilânime, mas arrastada pela interpretação afoita, não se precipite nos mesmos vórtices do dogma da *mens legislatoris*, e assim não tramite da vontade unipessoal do legislador para a vontade arbitrária do juiz.

O denominador comum da interpretação do direito deve assentar na *mens legis*, que se não pode despartir da letra da lei combinada à sua intenção. Só assim estaremos banindo as concepções do Estado como fonte exclusiva do direito, a negar valor ao ordenamento da sociedade, sem cairmos na concepção oposta, do juiz como fonte exclusiva do direito, nem sempre resguardando o ordenamento da sociedade.

Estes, todavia, são receios que ficam mais por conta dos doutrinadores ainda apegados às velhas concepções, quiçá mesmo aos derradeiros baluartes da ultrapassada Escola da exegese; porque em verdade dizem com os pormenores, sem em nada atingirem o núcleo da idéia, que deve ser preservada por todo jurista: DEFENDER O DIREITO, EMBORA CONTRA A LEI.

12. Se, irresignadamente, a interpretação da lei só pode obter bons resultados pelo concurso da livre indagação do direito, seus principais instrumentos aplicativos estão na *equidade* e no *bem comum*.

A equidade não é fonte do direito, mas se impõe a todo o sistema jurídico; é, assim, supra-preceitual, e por assim ser, se unicamente prevalece no curso da interpretação por autorizativo legal, prevalece preponderantemente na fase de aplicação do direito, inde-

pendentemente de autorização legal. Soaria hoje como absurdidade que se pudesse dizer de uma sentença — justa, porém sem equidade.

A equidade não é regra nem se subordina a regras ou princípios, e por isto mesmo não pode oferecer concurso em caráter genérico, reservando-se apenas atuar em face das circunstâncias, o que a lei jamais poderá prever em sua abstração.

Deste modo, a equidade transcende o direito, uma vez que este assenta em princípios isonômicos apenas. O direito vê o todo, não o particular. A justiça vê o todo, e também as circunstâncias particulares. A equidade vê apenas as circunstâncias particulares.

O Código Canônico oferece, neste aspecto, a mais afortunada conceituação, ao dispor no can. 20, que, na omissão da lei e na impossibilidade de tratamento analógico, prevalecem “os princípios gerais de direito aplicados com equidade”. Buscam-se, e está meridianamente claro, os princípios gerais de direito como elemento interpretativo-integrante, com o concurso da equidade, como elemento aplicativo.

A equidade, preleciona o Prof. MACHADO PAUPERIO, à pág. 67 do *Introdução*, é a justiça em termos concretos, a justiça do caso particular, levadas em conta as peculiaridades que possa apresentar; e explica: a equidade, longe de ser geral, é justiça individualizada, com caráter predominante de humanidade, que os princípios gerais, quer de justiça, quer de direito, não conhecem. E distingue-se da própria justiça porque, enquanto esta corresponde à aspiração do legislador, aquela corresponde à aspiração do julgador.

13. O bem comum, ou seu sinônimo *justiça social*, indispensável ao homem coletivizado e à coletividade organizada, é o conjunto de circunstâncias qualitativa e quantitativamente dispostas a assegurar-lhes paz e liberdade. Na sociedade organizada, o homem é beneficente e reciprocamente beneficiário do bem comum. Daí vem que a aplicação do direito há de ser inspirada no bem comum, qualquer que seja o método empregado nos processos de interpretação.

O homem e seu aperfeiçoamento — assenta AHRENS, no *Curso de filosofia*, p. I/3 — são o fim ao qual devem tender todas as instituições, que, por conseguinte, devem achar sua regra e sua medida no fim harmônico da vida humana.

Com a reforma operada com a Lei de Introdução ao Código Civil, em 1942, o sistema jurídico brasileiro afastou-se completamente da escola tradicional de exegese e reduziu consideravelmente o prestígio antes desfrutado pela lei, em proveito da interpretação no caminho do direito livre.

À regra anterior, de 1916, segundo a qual o juiz, quando a lei for omissa, “decidirá o caso de acordo com a analogia (os costumes), e os princípios gerais de direito”, o legislador de 1942, mantendo-a, antepôs entretanto que, “na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum” (L.I. ao CC, artigos 4.º e 5.º).

O resultado surge naturalmente: na interpretação e aplicação do direito, no sistema pátrio, ter-se-á como fonte a lei, adequada à espécie; em sua falta, a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito; e como fito, *qualquer que seja o caso*, a justiça social, ou sejam, as exigências do bem comum.

Por ser impossível interpretar o preceito positivo sem perder de vista o concurso das exigências do bem comum, ou da justiça social, este elemento extrínseco ao caso concreto é preponderante, é “diretriz de cúpula”, antepõe-se e sobrepõe-se ao próprio preceito positivo.

O preceito brasileiro, como raciocina PAULO NADER (*Introdução*, p. 351), consagrou entre nós os métodos teleológico e histórico-evolutivo da interpretação do direito. Sob seu comandamento, o intérprete passa a ser um agente eficaz no progresso das instituições jurídicas e na aplicação dos princípios da moderna democracia social, que é a finalidade última a que tende o nosso direito, sob a filosofia dos fins sociais e do bem comum.

Em pequenino e opulento estudo — *Justiça, segurança e desenvolvimento*, apresentado na Academia Brasileira de Letras Jurídicas em 1982 — o mestre MACHADO PAUPÉRIO é lapidar no arremate: “Sem justiça social, o direito é uma contrafação e perde o seu cerne mais profundo. Só quando este existe têm razão as demais regras de moral social. Quando aquele falta, estas só aproveitam aos ricos e poderosos.”

14. Elejamos esta como a tendência mais impressiva do direito contemporâneo e que, no sistema pátrio, já é regra positiva, aliás,

não encontrada em qualquer outra legislação. Insuflemos no juiz a consciência de que ele só se acurva ao imperativo da justiça social face a qualquer lei a que seja chamado a aplicar. Só assim subtrairemos a aplicação do direito a toda espécie de crise que a entorpeça ou ensombreie. Só assim, num *vade retro* generalizado, faremos refluir o autoritarismo condescendido pela lei em proveito de uma democracia plena afiançada pelo Estado de direito. Só assim poderemos falar, com autoridade, em ordem jurídica, ou o verdadeiro sistema de equilíbrio entre o direito e o poder.

BIBLIOGRAFIA

- AHRENS, Henri. *Cours de droit naturel ou de philosophie ou droit*. 7.^a ed. Brockhaus, ed. Leipzig, 1875. BAUDRY-LADANTINERIE, G. *Précis de droit civil*. 10.^a ed. Recueil Sirey, ed. Paris, 1908. CARNELUTTI, Francesco. *Arte del derecho (Seis meditaciones)*. Ediciones Juridicas Europa-América. Buenos Aires, 1948. COELHO DE SOUZA, Daniel. *Interpretação e democracia*. Tese. Belém, 1946. GÉNY, François. *Méthode d'interpretation et sources de droit positif*. Paris, 1914. KANTOROWICZ, Hermann. *La lucha por la ciencia del derecho*. Primeira edição em castelhano; tradução direta por Werner GOLDSCHMIDT, in "La ciencia del derecho". Losada, ed. Buenos Aires, 1949. MACHADO PAUPERIO, Arthur. *Introdução ao estudo do direito*. 5.^a ed. Forense, ed. Rio de Janeiro, 1981. (*Id.*) *Justiça, segurança e desenvolvimento*. Separata da Rev. de Inf. Legislativa, Senado Federal, n. 74. Brasília, 1982. MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 5.^a ed. Rio de Janeiro, 1951. MONTESQUIEU, Ch. L. de Secondat, barão de. *De l'esprit des lois*. Nouvelle edition. Garnier Frères, ed. Paris, 1922. NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. Forense, ed. 2.^a Rio de Janeiro, 1982. PAULA BAPTISTA, Francisco de. *Compêndio de hermenêutica jurídica*. 3.^a ed. Liv. Acadêmica. Pernambuco, 1872. PICARD, Edmond. *Le droit pur*. Pág. 197. Veuve Ferdinand Larcier, ed. Bruxelles, 1899. PLANIOL, Marcel. *Traité de droit civil*. 2.^a ed. F. Pichon, ed. Paris, 1901. SARAIVA, José Hermano. *Fontes do direito, in "Jurídica"*, n. 125, pág. 102. Rio de Janeiro, 1974. RIBAS, Antonio Joaquim, Cons. *Curso de direito civil brasileiro*. 2.^a ed. São Paulo, 1880. SILVEIRA, Alípio. *Hermenêutica no direito brasileiro*. Rev. dos Tribunais, ed. São Paulo, 1868. STAMLER, R. *La génesis del derecho*. Trad. do alemão por W. Roces, Calpe, ed. Paris, 1925. SOLER, Sebastian. *La interpretación de la ley*. Ariel, ed. Buenos Aires, 1962.