

TENDÊNCIAS CONTEMPORÂNEAS DA APLICAÇÃO DO DIREITO

J.M. OTHON SIDOU

A) A interpretação

1 — Ciência em permanente construção, tal como todos os suportes da Sociologia, interpretar o direito é ajudar a erigir, no cotidiano, o edifício de ordem jurídica.

Interpretar o preceito jurídico não é apenas aclarar-lhe o sentido, explicar ou exprimir o seu intento. É mais; é revelar o direito, apontar a solução que nele está apenas implícita à espera de oportunidade para surtir efeito; e isto equivale a um esforço construtivo.

O intérprete do direito não é, pois, o mero investigador do preceito, mas, sobretudo, é construtor do direito que nele se contém e que ali está disposto para atender ao fim social a que se destina.

2 — É para o efeito de integrar os dois sentidos, interpretativo e construtivo, que se fez mister empregar, em vez de interpretação, palavra incompleta, o vocábulo *hermenêutica* (do grego *ermeneumós*, pelo latim *hermeneuma*, que, tal como seu correlativo em idioma alemão, *Auslegung*, significa também construir).

Então, a hermenêutica é ciência que tem por objeto estabelecer princípios e regras tendentes a tornar possível o conhecimento do verdadeiro conteúdo de fenômenos sob observação, enquanto a interpretação é arte que consiste na tomada de tais princípios e regras com vista ao tratamento de tais fenômenos. A hermenêutica, como ciência auxiliar, prepõe-se, oferecendo a teoria; a interpretação, como técnica, ou perícia em utilizar os meios para atingir um resultado, pospõe-se, em caminho da aplicação.

A interpretação e a aplicação constituem termos equípolentes. Só se interpreta no intuito de aplicar, agora ou mais tarde, e só se logra interpretar

e aplicar tendo por lastro um conhecimento calcado em princípios e regras genéricas propiciadas pela hermenêutica, donde reversivamente ser essa, como ciência, independente da arte de interpretação e aplicação.

3 — No universo do direito, a interpretação, ou exegese, é a operação intelectual que tem por meta a sistematização dos processos aplicáveis para se chegar ao conteúdo e alcance das normas jurídicas. Portanto, é uma exposição metódica de preceitos tomados da filosofia e da lógica aplicada, por meio dos quais se pode descobrir o pensamento que nelas se contém, consoante o ensinamento de Falk, na *Encyclopédie juridique*.

Uma vez que a interpretação é uma operação intelectual que tem por fim conhecer o sentido de um preceito, no ensinamento de Savigny, ela é tarefa que exige o máximo de força intelectual, a partir de que, parafraseando Portalis, no *Discurso preliminar* sobre o Código Napoleão, o intérprete, tanto quanto o legislador, não deve perder de vista que as leis são elaboradas para os homens e não os homens para as leis; que essas devem ser adaptadas ao caráter, aos hábitos, às situações do povo para o qual elas se destinam.

Com o mais apurado senso, previne Carlos Maximiliano, que, para ser um bom hermenêuta, há mister conhecer bem o sistema jurídico vigente, pois o exegeta de normas isoladas será um bom leguleio. Ademais, não é possível isolar a ciência jurídica do complexo de conhecimentos que formam a cultura humana; quem diz que só sabe Direito não sabe direito.

4 — Tanto é errôneo dizer que se interpreta um texto solto de uma lei como também uma lei singularmente observada; porque, sendo uma a interpretação, esta só deve obediência à ordem jurídica, e para assimilá-la, o *iter* interpretativo não raro precisa transpor o texto em exame para tomar subsídio, não somente a outras leis do sistema, como também a outras fontes oferecidas pelos princípios e processos hermenêuticos.

O legislador, em sua tarefa elaboradora, seja de um Código ou de uma lei singela e unipreceptual, não se deixa amuralhar no objetivo a que o preceito ostensivamente se dirige. A partir de que a lei não se faz sem motivação, porque o direito, de que ela é mera serva, não nasce *ex nihilo*, o legislador assimila os hábitos do universo social interessado; ausculta suas peculiaridades e anseios; perquire os antecedentes legislativos, inclusive dos povos afins; interroga das possibilidades de cumprimento; pesa e sopesa sanções, adequando-as aos casos semelhantes; aconselha-se no campo das ciências auxiliares; e, sobretudo, atém-se aos limites impostos pela ordem jurídica, o que assegura à lei um prolongamento harmônico do sistema em que ela se engasta.

O intérprete, faceando o preceito, percorre caminho inverso, ou seja, procede a um trabalho de decodização.

Na consecução desse mister, os meios interpretativos manifestam-se em tudo quanto diga respeito às relações interindividuais, porém em decorrência de ser a lei o elemento formal essencial da produção do direito, é a ela, em mais vasta escala, que se dirigem a *hermenêutica*, como ciência auxiliar, a *interpretação*, como arte operativa, e a *aplicação*, como consequência objetiva.

No vestíbulo de sua tarefa exegética, o intérprete, como um cirurgião, procede à *diagnose do fato*, ou levantamento dos acontecimentos que aguardam curativo legal, e em seqüência efetua a *diagnose do direito*, ou indagação do preceito que se ajuste à espécie. Munido desses recursos, empreende a crítica formal, quanto à eficácia da lei em sentido intrínseco, e a *crítica substancial*, quanto à sua eficiência em sentido extrínseco. Aqui, examina se ela é, à justa, aquela cujos subsídios se busca; ali, observa sua validade, nos aspectos de constitucionalidade e temporalidade.

5 — Daí resulta a imperiosa necessidade de ater-se, o intérprete, sem desprezo de um só, aos cinco métodos interpretativos que constituem o arcabouço da hermenêutica, a saber:

— o *método gramatical* — dado que a letra é o ponto de partida de toda interpretação. Não se deixará, porém, o intérprete confiar apenas na linguagem, por mais claro, certo e conciso que o texto se apresente.

— o *método lógico* — porque, mesmo combinados todos os dispositivos formadores de uma lei, e nisto se exaure o elemento gramatical, a exegese ainda estará incompleta se não for subsidiada pelo bom senso e coerência. O texto pode exprimir uma diretriz, mas é a lógica, ditada pela harmonia do comando jurídico da espécie, que aconselha o dar-lhe um sentido ora ampliado, ora estrito. Tem-se, então, que a interpretação válida do elemento lógico biparte-se, ora para considerar a inteligência do texto legislativo dentro de sua unidade de pensamento (*lógica interna*), ora para observar os fatores que provocaram a razão do comando jurídico ditada pela circunstancialidade do direito como obra humana (*lógica externa*, ou, com mais precisão, *lógica do razoável*, como propõe Recaséns-Siches).

— o *método sistemático* — visto como, suficientemente comprovado que em todas as ciências, exatas e não exatas, seus princípios guardam íntima conexão, é nesse método que se concentra a interpretação na unidade do sistema jurídico.

— o *método histórico* — pela prestância que tem no esclarecimento da *occasio legis* para revelar o “porquê” da lei, endereçada naturalmente ao bem público. Note-se que só no arrimo a este método, e somente nele, pode ser perquirido, tanto quanto os preparativos da lei, os antecedentes legislativos, e,

meramente como elemento subsidiário, o “pensamento do legislador”, em seus pronunciamentos de tribuna e justificações oferecidas — a supérflua *mens legislatoris*.

— finalmente, o *método teleológico*, ou sociológico, malsinado pelos últimos e felizmente escassos sebastianistas da Escola da exegese — visto como, se a *occasio legis* aponta o “porquê” da lei e desvela as circunstâncias que a impuseram, o fator teleológico busca o “para quê” da lei, isto é, o fim a que ela se destina, a “esperança” que teoriza toda lei nova, em perseguição ao bem social. Este método constitui a mais moderna conquista do direito, o mais eloquente dos métodos interpretativos, de que a ciência jurídica, a partir do meio do século XIX, é devedora, em fulminação de velhos conceitos dogmáticos, aos corifeus das Escolas da Livre Indagação do Direito.

6 — Não se reduz a esses métodos a arte de interpretar. Embora elementos básicos, devem eles ser entendidos como a abertura de caminhos largos que, em proveito da economia interpretativa, o observador palmilha depois de haver empreendido a diagnose do fato concreto em face da lei.

Regras outras de proceder impõem-se, visto como, vencida a tomada de posição, o intérprete se acha diante de constatações distintas e excludentes, a saber:

a) as palavras exprimem, na medida exata, o espírito da lei; e não restará haver especulação jurídica mais profunda;

b) as palavras revelam mais do que se induz do espírito da lei; e a interpretação impõe-se como *estrita*;

c) as palavras, ao oposto, expressam menos do que se infere do espírito da lei; e a interpretação deverá ser *ampla*;

d) a fonte não se acomoda a qualquer dessas interpretações, seja porque tem sentido danoso ou injusto, seja por ser inoportuna em face do caso concreto, interferindo com interesses que são de presumir superiores; e a interpretação diz-se *corretiva*;

e) do mesmo modo, sem se acomodar às interpretações ampla ou estrita, e conquanto não danosa nem injusta, a fonte apresenta uma contradição inconciliável, donde qualquer regra resultar inútil; e a interpretação diz-se *abrogativa*;

f) o fato histórico, ou caso concreto, não encontra tratamento específico na lei; em razão do que há o arrimo à *analogia*, ou o ponto de semelhança entre casos não idênticos, e, em malogro dessa, o auxílio do *costume*, o antecedente natural, histórico e atual de toda lei, o direito cuja existência foi revelado pelo tempo, como produto do consenso espontâneo.

Circunstância há, entretanto, em que falece o concurso da analogia e do costume e o caso não encontra amparo no direito positivo, por omissão. Vem então à cena a *integração de lacuna*, por meio dos “princípios gerais de direito”, locução empregada a partir do Código Civil italiano de 1865, para ladear a ojeriza da época à expressão “direito natural”, e que se pode conceituar como orientações abstratas de grandeza supralegal e que são chamadas em derradeiro a suprir o direito positivo quando, em face dos casos concretos, não haja preceito preordenado.

7 — Outros elementos acorrem propiciados por nossa ciência auxiliar, assim os enunciados, os axiomas e os argumentos jurídicos, em todo caso todos esses de importância menor do que os métodos e as regras expostos, elementos básicos da arte interpretativa.

É supinamente errôneo dizer que a lei clara prescinde de interpretação. No domínio do conhecimento humano, tudo se interpreta e tudo é suscetível de ser interpretado. Mesmo o silêncio é interpretável, dado que o silêncio foi sempre instituto jurídico construtor de relações, com efeitos certos. Previne o novo Código Civil, no art. 111, inovando, que o silêncio importa anuência, quando não for necessária a declaração de vontade expressa; e, no art. 147, repetindo o de 1916, que constitui omissão dolosa o silêncio intencional. E se no moderno direito penal o silêncio do acusado não importa confissão, no direito processual penal poderá constituir elemento para a formação do convencimento do juiz (CPP, art. 198).

8 — Tendo em conta a precariedade da comunicação do pensamento, devido à inconstância da palavra escrita, as leis positivas, conquanto consolidem princípios e estabeleçam preceitos em linguagem buscadamente clara, não descem a minúcias e, quando o fizessem, não poderiam, por motivo de sua própria abstração, prever soluções para todos os fatos históricos delas dependentes.

Ademais o conceito de clareza é relativo. O que é claro para uns pode ser obscuro para outros, porque intérprete não é somente o letrado, mas qualquer pessoa, do sabedor do direito ao mais modesto interessado em cumprir o preceito, seja como servidor público ou privado, seja como povo. Ao intérprete, especificamente o jurista, não deve impressionar que a lei seja clara; porque a parte mais frutuosa de seu trabalho é a que examina, não as leis obscuras ou ambíguas, porém as leis traiçoeiramente claras ou inequívocas.

Na cúspide de todo templo jurídico — escolas ou tribunais — deveria ser inscrito o pensamento de Kelsen, segundo quem o conteúdo da lei é inteiramente vago dentro de sua esquematização lógica, e sem a interpretação do hermeneuta a lei morre no tempo.

B) A aplicação

9 — Se a hermenêutica é a ciência auxiliar que preordena os critérios utilizáveis na interpretação das normas jurídicas, e a interpretação é a arte que, objetivamente, vivifica aqueles critérios, a aplicação é o complemento que materializa o ciclo interpretativo, em busca da solução aconselhada pela ordem jurídica.

As regras sistematizadas, determinantes do sentido e alcance das manifestações do direito, provêm da hermenêutica. A adequação do fato histórico, ou caso concreto, a essas regras, no sentido de extrair-se o efeito jurídico, é tarefa do intérprete, a qual, entretanto, exige algo mais, para que a interpretação se harmonize com o direito, como conquista da sociedade. É esse *plus* que se denomina aplicação do direito.

A norma positiva — repetindo — é incapaz, por sua generalidade, de prevenir todas as hipóteses a que se propõe, em decorrência de que, na frase de Platão, a escrita é morta e não transmite o pensamento além da significação descolorida e imperfeita dos sinais. Não o é menos imprecisa a regra, ou preceito técnico, por ser igualmente disposta para o gênero, sem descer às minúcias que, no tegumento social se manifestarem.

Aplicados os conceitos à medicina curativa, a hermenêutica será o método global cientificamente disposto para tratamento das enfermidades; a interpretação será o diagnóstico de dado mal e a prescrição da terapia idônea à cura daquele mal; e por sua vez, a aplicação, o regime prescritivo em face das condições orgânicas do paciente no intuito de atingir a meta, ou intuito finalista da medicina, que é fazer sarar o doente. Atacar a doença apenas por sua nomenclatura, sem avaliar o quadro mórbido do paciente individualizado, ou sem atenção às contra-indicações do remédio genericamente indicado, não conduz à cura, porém ao comprometimento da saúde. Do mesmo modo, tratar o caso positivo sem atender às peculiaridades como se apresenta não conduz ao intuito teleológico do direito, e facilmente resvala no *summum ius summa iniuria*, ou fazer injustiça em nome da Justiça.

10 — A diferença entre a aplicação e a interpretação do direito está em que esta é o resultado concreto da diagnose do fato e do direito, em determinação das conseqüências, ou do efeito jurídico; e a aplicação é o complemento evidenciador de que a norma positiva só poderá atuar pela valoração das circunstâncias. Interpreta-se até onde é possível chegar com o subsídio de elementos concretos e de caráter genérico, eis que as leis são feitas com este sentido de generalidade.

A partir de quando cessar o comando desses elementos determinados, em forma de regras preestabelecidas, a tarefa em prolongamento passa a ser

do aplicador, que tem, ou deve ter, um poder de apreciação de natureza circunstancial e para se revestir desse poder se arrima em princípios que não são regras específicas, mas que integram a ordem jurídica, princípios esses de que repontam como de maior grandeza a *equidade* e o *bem comum*.

De sua própria, clássica e mais razoável definição, no elegante dizer de Celso pelos lábios de Ulpiano — *ius est ars boni et aequi* — intui-se que o direito é um sistema essencialmente equitativo.

A noção de *bem comum*, orientada para o campo coletivo, tem origem na filosofia grega, e já antes de Aristóteles interessava à discussão dos sofistas. Particularizando a feitura da lei, ensinava Platão que o objetivo essencial do legislador é achar o ponto que mais importa para a felicidade de seus concidadãos.

A idéia aparece mais purificada na *Política*, de Aristóteles, quanto a que a sociedade deve ao indivíduo, seu integrante, a felicidade e o bem-estar.

Um milênio e meio depois, o Santo de Aquino, com a *Summa Theologica*, retomou os lineamentos dessa teoria e ofereceu outra classificação, adaptada ao pensamento cristão: justiça geral, dirigida ao bem comum, e justiça particular, subpartida em comutativa e distributiva. Foi, pois, com o Doutor Angélico que surgiu a expressão “bem comum”, *bonum commune*, a qual, a partir daí, passou a ser o fulcro teleológico do direito.

Neste último sentido, a justiça geral — dirigida ao bem comum — toma o nome de *justiça social*.

11 — Determina o art. 5º da nossa Lei de Introdução, de 1942, inovando a Introdução do Código Civil de 1916, que, “na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”. Com a reforma da Lei de Introdução, em 1942, o sistema brasileiro afastou-se completamente da escola tradicional de exegese e reduziu consideravelmente o prestígio antes desfrutado pela norma, em proveito da livre indagação do direito.

Vale afirmar que, por precedência metodológica simplista, a palavra “aplicação” constante do texto é continente, abrange e ultrapassa a interpretação; e a palavra “juiz” aí está disposta como o intérprete que tem capacidade de decisão, agente público ou privado.

O resultado surge naturalmente: na interpretação e aplicação do direito, no sistema brasileiro, 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 a justiça social, ou seja, as exigências do bem comum.

Tenha-se em muita conta que a justiça social, ou o bem comum, não é regra subsidiária, não se limita a reger apenas na omissão da lei, porém em todos os casos de aplicação do direito.

C) A liberdade na aplicação da lei

12 — A unidade do direito, formada por princípios axiomáticos, impunha como condição para manter-se uniforme, pelo menos no entendimento dos juriconsultos 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.

Dir-se-ia a prevalência da máxima de Bacon — *optima lex est quae minimum relinquit arbitrio iudicis*, ou aquela que deixa o mínimo de arbítrio ao juiz.

Os legisladores de todos os Códigos, em todos os tempos, pretenderam e pretendem ser onipresentes, ou oniprevidentes, e com facilidade resvalam para o casuísmo.

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.

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

13 — A jactância da completude do direito num Código deu lugar, em França, ao alento da Escola da Exegese, assim denominada porque se orientava exclusivamente no apego minucioso ao 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 ao seu.

Com suporte em fundamentos tão epidérmicos embora tão bem estruturados na separação de poderes, e que predominaram durante quase todo o

século XIX, 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*.

Ainda que tal busca resultasse inviável, ou frustra, restava o apelo ao legislador, o 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 César divino e exclusivista, depois ao monarca semidivino preocupado com a dilatação e integração política, e agora ao Estado concentracionista. Tal como no já 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 haveria 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.

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, trocadijha 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”.

14 — 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 consequência do que a sociedade não podia criar o costume e o juiz se convertia num autômato 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.

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 XIX, devido às concepções evolutivas da Escola histórica.

Só então sentiu-se o intérprete autorizado 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.

15 — 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 conseqüência 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. Justa é a expressão de Ferrari (*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.

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 vetor 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 defeituosa no exato momento em que passa a ser aplicada.

16 — A eclosão das modernas correntes do pensamento fez nascer a Escola da Livre Indagação do Direito. Sua doutrina fez-se notar a partir do meio século XIX, desde quando Dernburg, Kohler e Büllow começaram a vindicar para o juiz uma atividade menos dependente da lei, assim atribuindo-lhe a função atualizadora do preceito.

Coube a François Géný, no final do século XIX, brandir a lança mais acerada contra a interpretação tradicional. 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. Remedemos seus defeitos, não por ab-rogação, mas pela interpretação.”

Naquele mesmo final do século XIX, Joseph Kohler pregava que as leis se devem interpretar 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.

17 — Se assim pode ser conceituada, 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 Géný, não mais apenas contestadora, porém orientada na investigação científica do direito.

18 — 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 incomodáveis aos ideais de justiça.

Panfletário por excelência, a clarinada de Kantorowicz para o seu “movimento” alistou seguidores do porte de Radbruch, Fuchs e Schmitt.

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 conseqüên-

cias advindas de sua aplicação. Pode-se achá-la tão quimérica quanto se acha a cogitação carneluttiana sobre um Estado puro, isto é, o advento de um Estado sem direito (Carnelutti, *Arte del derecho*, ps. 13 e seguintes). Pode ser utópico, como utopia é considerado o mundialismo jurídico.

O que se não pode, sem comprometer a evolução científica, é votar desvalor à teoria de Kantorowicz. O que há a concluir é sobre que a tese do mestre helvético contém afirmações inobjektáveis, não se exauriu no nascedouro, como “movimento”, e hoje, quase um século transcorrido, 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.

19 — 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* (p. 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.

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*.

20 — 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*.

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.

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 seja, 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.

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 em face de 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.

NOTAS

AHRENS, Henri. *Cours de droit naturel et de philosophie du droit*. 7ª. Brockhaus. Leipzig 1875.

----- *Encyclopédie Juridique*. Traduzido do alemão por A. Chauffard. Ernest Torin. Paris, 1880.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Abril Cultural. (Coleção “Os Pensadores”). São Paulo, 1973.

AURBY et RAU. *Cours de droit civil français*. 5ª ed., Marchal et Billard. Paris, 1897.

BAUDRY-LACANTINERIE, G.. *Précis de droit civil*. 10ª ed. Recueil-Sirey. Paris, 1908.

BEVILAQUA, CLÓVIS, *Estudos jurídicos, filosofia e crítica*. Francisco Alves. Rio de Janeiro, 1976.

CARNELUTTI, Francesco. *Arte del derecho (Seis meditaciones)*. Edicione Jurídicas Europa-America. Buenos Aires, 1948.

DEL VECCHIO, Giorgio. *Los principios generales del derecho*. 2ª ed., Trad. de Morales e Diego. Bosch. Barcelona, 1948.

FALCK, N. *Cours d'introduction générale de l'étude du droit, ou "Encyclopédie Juridique"*. 4ª ed., Trad. do alemão por C. A. Pellat. G. Thorel. Paris, 1941.

GÉNY, François. *Méthode d'interprétation 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. Buenos Aires, 1949.

- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 5ª ed., Freitas Bastos. Rio de Janeiro, 1951.
- PICARD, Edmond. *Le droit pur*. Veuve Ferdinand Larcier. Bruxelas, 1899.
- PLANIOL, Marcel. *Traité élémentaire de droit civil*. 5ª ed., F. Pichon. Paris, 1908.
- RADBRUCH, Gustavo. *Filosofia del Derecho*. 3ª ed., Rev. Der. Privado. Madrid, 1952.
- RECASÉNS-SICHES, Luís. *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*. 2ª ed., Porrúa. México, 1973.
- SALEILLES, Raymond, *Introduction à l'étude du droit civil allemand*. Paris. 1904.
- SARAIVA, José Hermano. "*Fontes do direito*". In: *Jurídica* nº 125. Inst. de Açúcar e do Alcool. Rio de Janeiro, 1974.
- SAVIGNY, F. C. von. *Sistema de derecho romano actual*. 2ª ed., Trad. de Mesia y Poley. Gongora. Madri, s/d.
- SILVEIRA, Alípio. *Hermenêutica no direito brasileiro*. Rev. dos Tribunais. São Paulo, 1968.
- SOLER, Sebastian. *La interpretación de la ley*. Ariel. Buenos Aires, 1962.
- STAMLER, R. *La génesis del derecho*. Trad. do alemão por W. Calpe. Madrid, 1925.