

Para uma Hermenêutica Jurídica Estrutural.

Miguel Reale

Catedrático de Direito na Faculdade de Direito da
Universidade de São Paulo — Presidente do Instituto
Brasileiro de Filosofia

I. Condicionamento Histórico-Cultural do Processo Hermenêutico.

Creio que para o mestre sutil de *Neuva Filosofia de la Interpretación del Derecho* nada será mais grato do que retomar-se a análise do sempre novo tema da Hermenêutica Jurídica, cujas soluções acompanham *pari passu* os processos de transformação da sociedade e do Estado. Cada época, em verdade, fixa as normas e os limites de sua exegese do Direito, em função dos valores culturais dominantes, tendo representado grande avanço a compreensão de que a interpretação jurídica não constitui senão uma das formas constantes e fundamentais da Teoria Geral da Interpretação, ao lado da exegese filosófica, artística, histórica, etc.¹

No clima da cultura oitocentista, quando se pensava ter atingido um estágio de equilíbrio social, fundado na espontânea coordenação das liberdades individuais, era natural que se atribuísse ao intérprete a função subordinada de compreender as leis em seus objetivos estritos, visto serem elas concebidas como limites à ação criadora dos indivíduos. Reconheciam-se limites como algo de infelizmente inevitável, razão pela qual as normas legais deviam ter configuração clara e definida, a fim de reduzir ao mínimo as distorções por parte de seus aplicadores.

A “interpretação mecânica” da lei, cuja caracterização L. RECASÉNS SICHES nos traçou com penetrantes observações,² talvez seja passível de menores reservas e críticas se situarmos

1. Sob esse ângulo, a obra de EMILIO BETTI se põe como vanguardeira, sobretudo em seu livro *Teoria Generale dell'Interpretazione*, Milão, 1955.

2. Cfr. RECASÉNS SICHES, *Nueva Filosofia de la Interpretación del Derecho*, México, 1956, p. 150 e segs.

a Escola da Exegese no contexto histórico em que floresceu a Democracia liberal, com a sua clássica concepção do Estado de Direito de molde individualista. Já foi dito que no fundo de toda ideologia liberal lateja um motivo anárquico, no sentido de precavida desconfiança ou “suspiciência” em relação às perigosas interferências do Poder.

Não descamba o liberal para a pregação de uma sociedade sem leis, por estar convencido de que estas são inevitáveis. Mas se não há como fugir delas, que pelo menos sejam no menor número possível, limitando o menos possível as atividades privadas.

Nessa estrutura cultural, as configurações político-jurídicas dispõem-se e articulam-se de maneira que só possa ser tolerada a participação do Estado na vida social quando prévia e precisamente autorizada por lei. Além disso, para que as relações sócio-econômicas fluam e se desenvolvam com o benefício e em benefício do máximo de iniciativa particular livre, mister é que se tenha sempre presente a “intenção” do legislador.

Nada de extraordinário que a *Weltanschauung* individualista tenha culminado na poesia parnasiana, tão certo como são os poetas, aparentemente mais desligados do real e do concreto, aqueles que mais a fundo penetram no sentido essencial de seu tempo. Efetivamente, o Estado liberal de Direito é um Estado parnasiano, no qual se almeja distribuir e harmoniosamente contrabalançar os três Poderes, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, o primeiro elaborando precisas normas gerais, a fim de que o segundo não abuse de suas funções em detrimento das garantias individuais, e o terceiro prudentemente preserve a estas.

Posta a questão nesse contexto, preciso é convir que as Escolas da Exegese e dos Pandectistas corresponderam aos ideais de seu tempo. A atitude que, aos olhos atormentados do juriconsulto ou do politicólogo de nossos dias parece ser passiva perante a lei, era antes a única posição correspondente aos anseios e aspirações da civilização individualista. Foi somente quando esta entrou em crise, em virtude de ter-se revelado insubsistente o pressuposto das liberdades espontaneamente coordenadas, foi só então que o elemento experimental, isto é, o conteúdo substancial das relações vitais veio à tona, partindo os quadros do convencionalismo jurídico. Digo “convencionalismo” jurídico, porquanto, a rigor, a mentalidade liberal conservou-se fundamentalmente *contratualista*: mesmo quando abandonou o contrato como fator *genético* do Estado, manteve-o

como critério *gnoseológico* para compreensão dos liames entre o Estado e os súditos. A essa luz, HANS KELSEN, com a sua doutrina da *norma fundamental*, como pressuposto lógico fundante da validade jurídica, liga-se à inspiração contratualista inicial da Democracia liberal, da qual foi o último grande mestre, bem como ao “contratualismo transcendental” de KANT³.

Mas, voltando à linha central de nosso estudo, é evidente que, se há uma *compreensão negativa* da norma legal, não se pode senão sustentar uma *compreensão negativa* da Hermenêutica Jurídica, recusando-se ao intérprete a faculdade de ampliar o sentido da lei, a não ser com rigorosa obediência aos balizamentos permitidos pelos mecanismos da *exegese extensiva* ou do *processo analógico*.

Cabe, ainda, observar que a destinação da Exegese ao traçado de uma linha de fronteiras, entre a ação do indivíduo e a do Estado, não representou, nos momentos decisivos da história do Século XIX, nada de artificial ou anacrônico. Preciso é reconhecer que a interpretação “fiel” da lei era a que mais convinha ao processo tecnológico e econômico em curso, havendo, além do mais, razoável correspondência entre o que as normas legais enunciavam como “deve ser” e o complexo de relações sociais efetivamente vividas. Por outras palavras, como havia uma correlação substancial entre a estrutura legal e a estrutura sócio-econômica, o atendimento daquela resultava no atendimento desta. A bem ver, há anacronismo quando se fala em “revolta dos fatos contra os Códigos”, fazendo-se retroceder um fato, que apenas se esboçava nas últimas décadas do século, até os momentos iniciais e mais significativos da passada centúria. Não fora assim, não haveria como explicar o longo predomínio que, tanto na Europa como na América, tiveram as teorias consagradoras de uma hermenêutica vinculada aos propósitos do legislador.

Pois bem, as considerações até agora expendidas vêm confirmar e reforçar a tese inicial de que toda Hermenêutica Jurídica é sempre expressão da *estrutura histórico-cultural* na qual ela se insere e se desenvolve, só podendo e devendo ser apreciada no respectivo contexto.

Dar-se-á que essa é uma afirmação óbvia, mas acontece que vem sendo sistematicamente esquecida, tão forte é a nossa tendência a projetar para o passado as “verdades” que nos

3. V. o meu estudo *O Contratualismo — Posição de Rousseau e Kant*, em *Horizontes do Direito e da História*, 2.^a ed., São Paulo, 1977. p. 128 e segs.

condicionam atualmente. Daí também a inclinação de convertermos em categorias lógicas e éticas, de validade universal, certas posições ou asserções que não passam de “categorias históricas”, inseparáveis das coordenadas de seu tempo.

Tomemos, por exemplo, a parêmia “*interpretatio cessat in claris*”, que os hermeneutas oitocentistas em geral acolheram em seus ensinamentos. Se a tomarmos como um enunciado lógico-formal, em si e de per si, isto é, como princípio de hermenêutica, ela significa uma coisa; mas significará outra, bem diversa, se recebida como simples “categoria histórica”, ou seja, em função do sentido que lhe foi dado nas coordenadas daquele tempo.

Tomada como princípio lógico abstrato, foi fácil demonstrar que no referido anexam se esconde um círculo vicioso, pois é evidente que, para saber-se se uma regra jurídica é clara, é necessário previamente interpretá-la. Se algo, com efeito, me parece irretorquível são estas duas asserções complementares: *a essencialidade do ato hermenêutico e a do ato normativo*.

Mas, convenhamos que não podemos atribuir aos juristas sutis do século passado a não percepção de um círculo vicioso tão evidente. Na realidade, quando eles adotavam a diretriz de que “*interpretatio cessat in claris*”, visavam outro objetivo, a saber, que quando na interpretação de uma lei transparece com clareza o seu significado, *cessa o processo hermenêutico*. Por outras palavras, — e não há como não vincular esse modo de ver à teoria das idéias claras e distintas de DESCARTES, — o sentido claro e distinto revelado pela análise de um texto legal representa *limite negativo*, ou o ponto final do procedimento interpretativo, não sendo dado ao hermeneuta procurar um *sentido subentendido ou oculto*, a fim de dobrar a regra jurídica a situações supervenientes.

Ora, enquadrado na “estrutura histórico-cultural”, que condicionava o Estado de Direito de cunho liberal, o apelo a uma antiga “maxima” dos glosadores adquiria uma significação nova, correspondente ao já lembrado zelo de só se admitir a disciplina dos atos humanos mediante leis claras e objetivas, isentas de deformações geradas pela liberdade de seus operadores.

O que, porém, os exegetas oitocentistas não compreenderam foi que “a clareza do Direito” é uma “categoria histórica”, variável segundo a posição do intérprete, em função da superveniência de novos fatos e de novas tábuas de valores.

Eis aí, porém, graças a um exemplo singelo, como é indispensável termos sempre presente a conexão entre “visão do mundo” e processo hermenêutico ⁴.

II. Estrutura e Integração do Processo Hermenêutico.

Ninguém contestará que a crise das teorias interpretativas do Direito, iniciada a cavaleiro dos dois séculos e que se prolonga até hoje, ocorreu e ainda ocorre como aspecto da crise geral do Direito, a qual, por sua vez, é reflexo da crise de estrutura da sociedade contemporânea, estendendo-se desde a religião à economia, das artes aos costumes cotidianos.

Apesar de ainda nos encontrarmos em plena elaboração de novos modelos, talvez já seja possível apontar algumas notas distintivas das formas de compreensão da experiência jurídica de nosso tempo.

A afirmação de que, através da história, é possível discriminar épocas de *tipo analítico* e outras de *tipo sintético*, parece-me até certo ponto válida, pois há, efetivamente, momentos em que os espíritos são levados a dar mais ênfase aos valores do “particular”, prevalecendo o amor pelas minúcias e as notas distintivas singulares, enquanto que, em outras circunstâncias históricas, predomina um sentido de compreensão unitária, ou de integração globalizante. Se não me engano, já Salomão dizia que há tempo de jogar pedras, e outro de juntar pedras. . .

Se essa não é uma verdade universal, capaz de explicar o alternar-se dos “tempos culturais”, seu esquema revela-se útil como “chave de interpretação” das diferenças de atitude espiritual que distinguem o intelectual da época do “individualismo capitalista”, findo com a 1.^a Grande Guerra, e o intelectual de nossos dias, sob o influxo globalizante das ideologias socialistas e a ação uniformizadora dos processos tecnológicos .

É essa visão unitária e sintética, — à qual não falta certa tendência à conciliação, ainda que com prejuízo de certos valores particulares, — que torna incompreensíveis determinados contrastes e polêmicas, que animaram e dividiram o século XIX, a respeito de posições teóricas que hoje nos parecem redutíveis a uma mesma linha doutrinária fundamental.

4. Sobre essa conexão, em geral, v. LUIGI BAGOLINI, *Visioni della Giustizia e Senso Comune*, Bolonha, 1968.

No que se refere, por exemplo, ao assunto deste estudo, soam como discussões estéreis ou descabidas as páginas e páginas escritas sobre a excelência da interpretação lógica em confronto com a gramatical, ou a legitimidade ou não da tese segundo a qual uma lei só pode ser interpretada em função da “intenção do legislador”.

Isso não obstante, foi graças a sucessivos e graduais “contrastes analíticos”, — determinados por supervenientes conjunturas históricas, — que a Ciência Jurídica veio firmando algumas diretrizes que se podem considerar características de nosso tempo.

Em primeiro lugar, é inegável que a Hermenêutica jurídica contemporânea é marcada por um notável *sentido de concreção*, o que corresponde à *compreensão concreta* de toda a experiência do Direito, a começar pelo conceito mesmo de *norma jurídica*. Se esta é cada vez mais estudada em seus elementos lógico-semânticos, com rigor e alcance antes insuspeitados, tal fato não impede, mas antes exige que ela também possa e deva ser compreendida como elemento ou momento da própria realidade jurídico-social. Não se vê, em suma, contradição entre o estudo de uma regra, por exemplo, como “estrutura proposicional de dever ser”, e, ao mesmo tempo, como “aquele momento da experiência jurídica no qual e pelo qual se ordenam exigências fatuais e axiológicas”

Pois bem, se compreendemos a regra jurídica sob vários ângulos convergentes, sem perda, por conseguinte, da visão de sua “estrutura em função de realizabilidade concreta”, a mesma diretriz prevalece na teoria da interpretação, o que é natural, dada a essencial correlação, já lembrada, entre *ato normativo* e *ato hermenêutico*, a tal ponto que se pode afirmar: “*dize-me como conceituas a norma jurídica, e eu direi como a interpretas*”⁵.

Ora, essa opção por uma *Hermenêutica concreta*, caracterizada pelo reconhecimento de que, no mundo cultural, “só se compreende algo em função de seu contexto”, assinala o ponto final de uma série de integrações teóricas, superadoras de contradições ou de antinomias reveladas aparentes.

5. Sobre a correlação entre *ato normativo* e *ato interpretativo*, v. meu livro *O Direito como experiência*, São Paulo, 1968, p. 245 e segs., onde penso ter demonstrado que, à luz de um normativismo concreto, *ato normativo* e *ato interpretativo* são elementos que se co-implicam e se integram, só podendo ser separados por abstração, para atender à exigência da pesquisa analítica.

Quando o clima individualista cedeu lugar a formas mais abertas de compreensão jurídica, a doutrina veio, paulatinamente, evoluindo no sentido de atender mais às conexões do que às diferenças existentes entre os processos hemenêuticos particulares. A visão atômica da linguagem, que se excedia em preciosismos verbais, cedeu lugar à sua compreensão estrutural, estabelecendo-se não apenas uma ponte de passagem entre *Lógica e Linguagem*, mas antes a sua essencial complementaridade. Desse modo, perdeu sentido até mesmo a subordinação da “interpretação gramatical” a uma “interpretação lógica”, de natureza pretensamente superior.

Os elementos que antes se punham como posições justapostas passaram a constituir momentos de um processo unitário, no qual as partes e o todo se complementam e se dialetizam, daí resultando também novo entendimento sobre o que seja “sistema”. A noção de “interpretação sistemática”, que se pretendeu distinguir da “interpretação lógica”, surgiu, de início, como algo de estático, indicando a correlação lógico-formal das regras na unidade de um ordenamento proposicional coerente.

Viu-se, porém, sob o impulso de mutações sociais incessantes, que o “ordenamento” não se reduz a um sistema de proposições normativas interligadas por vínculos de subordinação ou coordenação, mas é isso e mais a realidade social mesma enquanto conteúdo da totalidade dos preceitos. É o que, sob prismas diversos, foi assinalado pelos institucionalistas, desde os de tendência sociológico-filosófica, com MAURICE HAURIUO à frente, até os de formação mais técnico-jurídica, na linha de SANTI ROMANO e GIUSEPPE CAPOGRASSI ⁶.

Aos grandes mestres da Escola da Exegese ou da Histórica não escapara o papel de “sistematicidade” como elemento da experiência jurídica, quer para a *ordenação racional* das disposições legais, por mais que em sua gênese pesassem motivos irracionais, quer para a sua lúcida compreensão. Bastará lembrar a lição preciosa do mais criador dos juristas brasileiros, TEIXEIRA DE FREITAS, advertindo que “*o sistema todo de um código depende muitas vezes de uma só disposição*” ⁷.

Os cultores da hermenêutica oitocentista foram além, reconhecendo que a superveniência de novas regras ou de novos

6. Cfr. MIGUEL REALE, *Fundamentos do Direito*, 2.^a ed., 1972, cap. VI, e *Filosofia do Direito*, São Paulo, 1974, 7.^a edição, V. II, p. 456 e segs.

7. TEIXEIRA DE FREITAS, *Consolidação das Leis Civis*, 3.^a ed., Rio, 1877, p. XXXIII.

valores tem como efeito alterar o significado da lei antiga, não se devendo esquecer que foi um pandectista, WINDSCHEID, o primeiro a falar na “intenção possível do legislador”, não na sua época, mas sim com relação à época em que se situa o intérprete.

A esse respeito deu-se um exagero, de conformidade, aliás, com as opções unilaterais próprias da “mentalidade analítica”: se antes se reclamava a vinculação do exegeta à “intenção do legislador ou da lei”, passou-se a desprezar este critério para só se considerar o enunciado da regra jurídica em função das exigências éticas ou sócio-econômicas *atuais*. Como se sabe, foi esse o ponto de partida para o desenvolvimento da hermenêutica *histórico-evolutiva*, que iria ter em GABRIEL SALEILLES o seu mais lúcido representante.

Compreendido, porém, o ordenamento jurídico como uma totalidade orgânica em perene dinamismo, e reconhecido, sobretudo à luz da filosofia fenomenológica, que todo produto histórico-cultural alberga um motivo e um sentido que consubstanciam uma *intencionalidade*, passou-se a reconhecer o absurdo de uma opção entre dois termos complementares: o propósito inicial da lei e a sua possível adequação a valores e fatos supervenientes.

Destarte, alterada a visão da experiência normativa, que deixou de corresponder a mera “estrutura lógico-formal”, para ser entendida *em termos retrospectivos de fontes e prospectivos de modelos*, isto é, em razão de uma estrutura histórica concreta, o problema hermenêutico passou a ser resolvido, partindo-se do pressuposto de que *toda norma jurídica é*

- a) um *modelo operacional* de uma classe ou tipo de organização, ou de comportamentos possíveis;
- b) que deve ser interpretado no conjunto do ordenamento jurídico;
- c) implicando a apreciação dos fatos e valores que, originariamente, o constituíram;
- d) assim como em função dos fatos e valores supervenientes⁸.

Cumprido ponderar que, à luz dessa compreensão globalizante ou estrutural, procura o jurista atender às mutações e im-

8. Cfr. MIGUEL REALE, *Lições Preliminares de Direito*. São Paulo, 4.^a ed., 1977, p. 289.

previstos da vida social, utilizando-se da elasticidade, inerente a todo modelo jurídico, para a sua adequada atualização, mas, ao mesmo tempo, não abandona os valores essenciais de *segurança* e de *certeza*, postos em risco pela Escola de Direito Livre.

Na realidade, o processo hermenêutico, muito embora adquira maior raio de ação, inclusive pelo reconhecimento da criatividade do intérprete nos casos de lacunas no sistema, tem a balizá-lo a estrutura ou o contexto das normas “in actu”. Por mais que a interpretação possa tirar partido da “elasticidade normativa”, preenchendo os vazios inevitáveis do sistema, deve ela sempre manter compatibilidade lógica e ética com o ordenamento jurídico positivo, excluía a possibilidade, “*verbi gratia*”, de recusar-se eficácia a uma regra de Direito Positivo a pretexto da colisão com ditames de uma “justiça natural” ou de uma “pesquisa sociológica”. Não se pode, em suma, recusar eficácia às estruturas normativas *objetivadas* no processo concreto da história, sob pena de periclitare o valor da *certeza jurídica*, ao sabor de interpretações que refletem, não raro, posições subjetivas variáveis e incertas⁹.

Cabe observar que a compreensão estrutural do processo hermenêutico é, no fundo, corolário de novo conceito de “racional”, seja que se fale em *lógica do razoável*, à maneira de RECASÈNS SICHES, LUIGI BAGOLINI ou CHAIM PERELMAN, quer se considere, consoante me parece mais plausível, que o *razoável* é uma das formas do *racional*, deste só se distinguindo como a espécie se distingue do gênero.

Não se trata de voltar, evidentemente, à *razão histórica absoluta*, predeterminadamente englobante, nos estilos da Filosofia hegeliana, mas sim de admitir que o mundo histórico é uma “*totalidade de sentido*”, cujas objetivações intencionais, ou intencionalidades objetivadas, continuam, porém, sempre na dependência das fontes individuais “outorgadoras de sentido”, as quais continuamente renovam o quadro das criações humanas. Assim sendo, a *razão histórica*, de que falo, é uma *razão problemática*: ao *historicismo lógico-unitário* de HEGEL sobrevem um *historicismo axiológico-plural*, cuja unidade dinâmica é dada pela referência à fonte projetora ou instituidora de valores que é a *pessoa humana*.

9. Sobre a natureza do “processo nomogenético” e sua correlação com a problemática do Poder, v. meus livros citados, sobretudo *Filosofia do Direito*, V. II, p. 482 e segs.; e o *Direito como Experiência*, p. 192 e segs.

Nesse contexto, a tarefa interpretativa deixa de ser um jogo de esquemas e figuras, para tornar-se um empenho fundamentalmente ético.

É a razão pela qual peço venia para rematar estas páginas, assinalando as seguintes diretrizes que, a meu ver, constituem notas distintivas da que denomino *interpretação estrutural*:

- a) A interpretação das normas jurídicas tem sempre caráter *unitário*, devendo as suas diversas formas ser consideradas momentos necessários de uma “unidade de compreensão” (*unidade do processo hermenêutico*).
- b) Toda interpretação jurídica é de natureza axiológica, isto é, pressupõe a valoração objetivada nas proposições normativas (*natureza axiológica do ato interpretativo*).
- c) Toda interpretação jurídica dá-se necessariamente num contexto, isto é, em função da estrutura global do ordenamento (*Natureza integrada do ato interpretativo*).
- d) Nenhuma interpretação jurídica pode extrapolar da estrutura objetiva resultante da significação unitária e congruente dos modelos jurídicos positivos (*Limites objetivos do processo hermenêutico*).
- e) Toda interpretação é condicionada pelas mutações históricas do sistema, implicando tanto a “intencionalidade” originária do legislador, quanto as exigências *fáticas* e *axiológicas* supervenientes, numa compreensão global, ao mesmo tempo *retrospectiva* e *prospectiva* (*Natureza histórico-concreta do ato interpretativo*).
- f) A interpretação jurídica tem como pressuposto a recepção dos modelos jurídicos como “entidades lógicas”, isto é, válidos segundo exigências racionais, ainda que a sua gênese possa revelar a presença de fatores alógenos (*Natureza racional do ato interpretativo*).
- g) A interpretação dos modelos jurídicos não pode obedecer a puros critérios da Lógica formal, nem se reduzir a uma análise lingüística, devendo desenvolver-se segundo exigências da “razão histórica” entendida como razão problemática (*Problematicismo e razoabilidade do processo hermenêutico*).
- h) Sempre que for possível conciliá-lo com as normas superiores do ordenamento, deve preservar-se a exis-

tência do modelo jurídico (*Natureza econômica do processo hermenêutico*).

- i) Entre várias interpretações possíveis, optar por aquela que mais corresponde aos valores éticos da pessoa e da convivência social (*Destinação ética do processo interpretativo*).
- j) Compreensão da interpretação como elemento constitutivo da visão global do mundo e da vida, em cujas coordenadas se situa o “quadro normativo” objeto de exegese (*Globalidade de sentido do processo hermenêutico*).

Estou convencido de que é somente graças a uma compreensão dessa amplitude que nos será possível fundar uma Hermenêutica jurídica positiva, com preservação do princípio da certeza, mas entendida esta dinamicamente na concretude do processo histórico, visando à realização plena dos valores individuais e coletivos. Com a adoção dessas diretrizes é bem possível que se venha a superar a afirmação, até certo ponto equívoca, de WENDELL HOLMES de que “a vida do Direito não tem sido Lógica, mas sim experiência”¹⁰.

Deve-se reconhecer, ao contrário, que a crise da Ciência Jurídica somente poderá ser vencida quando não houver discrepância entre Lógica e experiência, na linha de uma *Lógica do concreto*, indispensável tanto no momento de instauração dos modelos jurídicos como no da sua adequada interpretação.

10. O. WENDELL HOLMES, Jr., *The Common Law*, 47.^a ed., Boston, p. 1.