

## CONFERÊNCIAS E DISCURSOS

### A Teoria da Interpretação Segundo Tullio Ascarelli\*

*Miguel Reale*

Catedrático de Filosofia do Direito na  
Universidade de São Paulo.

Sejam as minhas primeiras palavras de agradecimento às generosas referências feitas pelo prezado colega FILOMENO COSTA à minha pessoa, pois todos sabem que elas refletem apenas a amizade que há tanto tempo nos une.

Duas razões, meus senhores, explicam e justificam a inclusão, neste Seminário, do tema relativo à teoria da interpretação no pensamento de TULLIO ASCARELLI. Em primeiro lugar porque, não obstante uma sua longínqua monografia quase juvenil de 1925 sobre as lacunas do ordenamento jurídico, foi propriamente no Brasil que ele assentou e desenvolveu as suas idéias basilares sobre a Hermenêutica jurídica em dois estudos de grande alcance. Um desses trabalhos, intitulado *A Idéia do Código no Direito Privado e a Função da Interpretação*, foi por ele incluído em seu livro *Problemas das Sociedades Anônimas e o Direito comparado*, publicado em São Paulo, bem como em seus clássicos *Saggi Giuridici*, na Itália; o outro ensaio, que constitui, por assim dizer, o desenvolvimento do anterior, é uma conferência proferida, em 1946, na Escola de Sociologia e Política de nossa Capital.

Esses dois estudos foram a semente do desenvolvimento dado pelo mestre italiano à matéria, devendo notar-se que ele não lhes introduziu alterações substanciais, no tocante aos pontos básicos firmados nos dois escritos paulistas.

A segunda razão, que legitima a escolha do tema, é a importância que o problema hermenêutico assume no pensamento geral do grande mestre peninsular. Para determinados

---

Conferência proferida na Sala da Congregação dos Professores da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, a 31 de outubro de 1979, às 21 horas, em memória de Tullio Ascarelli, no 20.º aniversário de seu falecimento, reproduzida segundo gravação, revista pelo Autor.

jurisconsultos a teoria à interpretação pode constituir tema ou tese complementar, marginal ou acessória. No caso de TULLIO ASCARELLI, ao contrário, a interpretação faz parte integrante e essencial de seu pensamento. Se se tirar a hermenêutica da obra de ASCARELLI, ela ficará profundamente mutilada. O seu amor por esse problema é proclamado em múltiplos escritos, sendo a todo instante apontado como um de seus assuntos prediletos. Apesar do grande amor dedicado à teoria da interpretação, e o valor das contribuições que nos legou, tal como procurarei lembrar em largos traços, ASCARELLI não nos escreveu um tratado sistemático da matéria, preferindo focalizá-la em diversos estudos, que, no entanto, guardam entre si unidade substancial. Pensei mesmo, certa época (e talvez esta lembrança valha aqui como uma proposta aos organizadores do presente certame), em organizar a Antologia hermenêutica de TULLIO ASCARELLI, precedido de um estudo destinado a salientar as inovações fecundas que o tratadista de Direito Comercial trouxe não apenas para a Teoria Geral, mas também para a Filosofia do Direito.

Estou de pleno acordo com FRANCISCO MESSINEO quando, na coletânea em homenagem a ASCARELLI, declarou que este mestre reunia em si as qualidades do jurista, do sociólogo, do político e do filósofo do direito.

Esse aspecto polivalente da sua personalidade vai refletir-se na polivalência de sua compreensão do fenômeno jurídico. Penso que, para uma análise mais aprofundada do assunto, é indispensável fixar alguns pontos preliminares. Antes de mais nada é de grande importância não esquecer a formação filosófica de TULLIO ASCARELLI que é discípulo de BENEDETTO CROCE. CROCE foi um filósofo que, como todos sabem, desencadeou um grande movimento, o do neoidealismo objetivo hegeliano, com característica e feição próprias, exercendo influência considerável sobre os juristas italianos de sua época. É ASCARELLI um deles. Qual a influência direta e mais permanente de CROCE no pensamento de ASCARELLI? É a compreensão histórica, ou, por melhor dizer, *historicista* do Direito, à cuja luz este se apresenta como um “ordenamento” concreto em constante mutação, isto é, não como simples conglomerado sistemático e logicamente coerente de normas ou proposições normativas, mas antes como realidade social viva, em pleno desenvolvimento. Não se compreenderá a teoria da interpretação de ASCARELLI sem correlacioná-la com a sua concepção da experiência jurídica como uma experiência histórica que possui a sua própria lógica imanente, a sua

própria dialética. É sob o influxo desta visão historicista que ASCARELLI se antecipa de certa forma ao seu tempo, tratando do problema da interpretação à luz de dois conceitos que são polares e básicos em seu pensamento: o conceito de *estrutura* e o de *função*.

Quando NORBERTO BOBBIO dá a um de seus livros o título de *Struttura e funzione del Diritto*, e nela inclui um estudo sobre o *itinerário de Ascarelli*, tenho a impressão de que o ponto de partida ou elemento inspirador dessa obra foram os estudos de seu compatriota e amigo. Os conceitos de estrutura e função são, com efeito, fundamentais para gizar, mesmo de maneira sumária, o assunto que me foi confiado no presente Simpósio.

Outra contribuição, de origem croceana, refere-se ao lato conceito de *economia*. ASCARELLI, como comercialista que era, e dos maiores que a Itália já produziu, não podia deixar de estabelecer conexão íntima e constante entre a problemática jurídica e a econômica. Mas ele jamais se deixou levar pela idéia de que existe um nexó de causalidade entre o mundo econômico e o jurídico, e jamais viu o econômico de forma estreita. No fundo, a palavra "economia" abrangia toda a esfera dos interesses vitais ou dos empenhos práticos, tal como era delineada por BENEDETTO CROCE em uma de suas obras principais que é *Filosofia della pratica*. CROCE jamais subordinou o direito à economia em sentido estrito, porquanto via nesta toda e qualquer manifestação da vida prática visando a um fim existencial. Nesse sentido é que se encontra íntima interdependência entre as normas jurídicas e a experiência prático-econômica, na obra de ASCARELLI.

O segundo fator doutrinário que atua no pensamento do jurista italiano, completando a sua vocação filosófica, é a sua formação sociológica atualizada, sobretudo de fonte norte-americana, o que o colocou em contato com a experiência do Direito dos Estados Unidos da América.

A terceira fonte inspiradora de sua doutrina deriva do estudo contínuo do "Common Law", sobretudo através da obra de três jusfilósofos do direito americano, que são WENDELL HOLMES, ROSCOE POUND e BENJAMIN CARDOSO. Sem referência a estes três mestres bem pouco se compreende do pensamento concreto de ASCARELLI, o qual viu, no confronto entre o Direito romanístico e o Direito de formação anglo-americana, uma força motivadora de novas perspectivas.

Fixados esses pressupostos de ordem geral, já estamos em condições de compreender as razões pelas quais ASCARELLI

repudia o entendimento tradicional da interpretação como uma atividade puramente intelectualística, preferindo situá-la no contexto de uma experiência global, ao mesmo tempo filosófica, sociológica e econômica. Poder-se-ia afirmar que a sua colocação do problema era de natureza histórico-cultural, o que não é exagero afirmar-se, tão freqüente é a sua aceitação das teses de GUSTAV RADBRUCH.

Nessa ampla visão da matéria, cabe salientar que lhe pareceu, repito, de grande importância o confronto entre as duas experiências fundamentais do Direito no Ocidente, a anglo-americana, ou do “Common Law”, e a filiada à tradição do Direito Romano, ou “Civil Law”. Apontava ele, com acuidade, uma nota distintiva essencial entre esses dois “mundos jurídicos”, sublinhando que no primeiro prevalece mais um *enfoque processualístico*, enquanto que no segundo as questões são mais situadas em termos de *direito material*.

O “Common Law”, em suma, leva a uma interpretação dinâmica ou “operacional” do Direito, porque nele prevalece o momento da aplicação da norma, implicando a fundamentação das novas decisões em função de um precedente jurisprudencial, em contraste com a abstração normativa legal que domina o sistema romanístico, onde normas escritas preordenam a atividade dos advogados e dos juizes.

A segunda observação de ASCARELLI é que no “Common Law” predomina o *método indutivo* com carga maior de experimentação ou de experiencialidade, enquanto que no Direito de origem romanística (o continental-europeu e o sul americano) o que prevalece é o *método dedutivo*, caindo mesmo até na dedução estrita do silogismo.

A terceira diferença que ASCARELLI aponta entre os dois citados ordenamentos, com reflexos imediatos na problemática hermenêutica, consiste na maior ou menor incidência de formalismo. O “Common Law” parece-lhe menos formalista do que o Direito continental europeu, no qual floresceram a “Escola da Exegese” e a dos Pandectistas, no século XIX, tanto assim que, mesmo depois do superamento dessas Escolas, ainda se conserva o “logicismo” no cerne ou na medula da Ciência Jurídica ordenada em torno do Código Civil de Napoleão.

Estamos vendo, pois, como a concepção de ASCARELLI está condicionada por determinados parâmetros, sem os quais não atingimos a essência do seu pensamento. Ora, isto nos leva a uma conclusão preliminar básica: ele jamais se contentou com

qualquer posição do Direito, dando amplo desenvolvimento a certas idéias mestras que haviam norteado o Direito Comercial italiano, sob a égide de seu mestre CESARE VIVANTE.

Na história do Direito Comercial Italiano, e permitam que o filósofo do Direito meta um pouco a colher de pau neste campo, jamais prevaleceu o formalismo que, ainda hoje, chega a comprometer a obra de certos cultores do Direito Civil, por demais presos ao seu Código. Ao contrário, dadas as deficiências e lacunas da legislação comercial, VIVANTE e seus companheiros eram levados a uma visão mais concreta do Direito, apelando ao que denominavam “la natura delle cose”. Sentia-se, em suma, a necessidade de recorrer a princípios mais abertos, àquilo que POLACCO denomina “le finestre del diritto”, tal como é lembrado por ASCARELLI nos seus escritos.

Além de VIVANTE, dois outros autores italianos influíram profundamente no espírito de ASCARELLI, BONFANTE e CHIOVENDA, ambos mostrando que o ordenamento jurídico não é estático, estando sujeito a contínuas transformações, o que faz com que as mesmas normas jurídicas, com o correr do tempo, passem a adquirir nova significação, bem diversa da visada originariamente pelo legislador.

Pois bem, sob o influxo de todas essas correntes de pensamento, ASCARELLI assumiu uma posição decisivamente antiformalista, da qual ia resultar a colocação do problema hermenêutico no centro de suas indagações.

No ensaio sobre o itinerário do pensamento de TULLIO ASCARELLI, NORBERTO BOBBIO, que é neo-positivista, mas que usa a tridimensionalidade como instrumento heurístico ou como chave de compreensão do Direito, declara que ASCARELLI é, ao mesmo tempo, contra e a favor de três posições jurídicas. Quais são essas “posições”, a respeito das quais se verifica o fato curioso de aceitar ele uma parte e rejeitar a outra das respectivas teses, a fim de chegar a uma conclusão diversa e concreta?

Antes de analisar esse ponto seja-me permitido abrir um parêntese. É que na primeira fase de seus estudos, ASCARELLI admitia como que uma espécie de *duas verdades* governando a experiência do Direito: o ordenamento jurídico, dizia ele, do ponto de vista filosófico, não pode deixar de ser considerado aberto, porque a vida a todo instante inova; mas, do ponto de vista lógico-dogmático, o ordenamento jurídico deve ser pressuposto, necessariamente, sem lacunas, salvo a ressalva feita por DONATO DONATI de que “o que não é proibido pressupõe-se permitido e lícito”

Ora, toda obra posterior de ASCARELLI, a partir dos dois estudos elaborados no Brasil, desenrolou-se no sentido de superar essa dupla verdade, para integrá-las em unidade, graças a uma nova compreensão do processo interpretativo. Para chegar a essa compreensão unitária ou integrante da hermenêutica, ASCARELLI procedeu, efetivamente, à crítica das teorias vigentes em sua época, procurando determinar quais eram os seus pontos negativos ou positivos.

Em primeiro lugar, havia o “conceptualismo”, ou seja, a posição da chamada “Jurisprudência conceitual”, que, tudo somado, reduz o Direito ao seu elemento lógico-normativo, segundo uma tese que, embora revista e alargada, passara da Escola da Exegese para a nova corrente do Neo-positivismo ou da Filosofia Analítica. Parecia a Ascarelli que essa posição era insustentável (e essa crítica, de certo modo envolvia o próprio Bobbio) porquanto convertia a norma jurídica num simples enunciado lógico-formal estático, perdendo de vista o seu mutável conteúdo histórico, mas era, de outro lado, válida na medida em que dava ênfase ao aspecto *formal* do Direito, sem o qual não se poderia preservar a exigência basilar de certeza e segurança, inerente à vida do Direito. Veremos com essa preocupação pelo “princípio de certeza” vai repercutir na conceituação final do processo interpretativo.

A segunda corrente, que ASCARELLI analisa, aceitando-a e rejeitando-a em parte, é o do *realismo sociológico*. Inegavelmente o jurista não pode deixar de ter olhos para a realidade fática, mas ele não pode ficar preso ao elemento empírico, pois deve ultrapassá-lo e transcendê-lo na medida em que o encapsula e o domina através da prescrição normativa. Como se vê, o empírico é necessário, mas é insuficiente.

A terceira corrente, que merece a análise e a crítica de ASCARELLI, é o *irracionalismo* ou *intuicionismo jurídico*. Não há dúvida, pondera ele, que o Direito não pode deixar de realizar justiça e esta não raro conflita com aquilo que se contém nas meras estruturas normativas, nem pode ser satisfeita graças a meros raciocínios lógicos, indiferentes às contrastantes expressões da vida humana. O jurista, em suma, não pode deixar de “sentir” ou “intuir” certos valores que condicionam a existência social, emprestando nova luz ao sentido das regras de direito. Mas se assim é, deve-se também reconhecer que a consagração do “intuicionismo” nos arrastaria a soluções perigosas, abrindo campo a “soluções subjetivas”, com o risco inerente ao abuso e desvio do poder de interpretar as regras. Deve-se, pois, pro-

curar salvar o “intuitivo” sem se comprometer o imperativo do “racional”.

Após essa tríplice análise, ASCARELLI tinha o caminho livre a uma compreensão concreta e dinâmica da interpretação.

O *movimento de concreção jurídica*, ao qual de certa maneira pertence a minha obra (e é sem vaidade que o digo, um dos primeiros trabalhos sobre o assunto foi redigido por mim sob o título de *Concreção de Fato, Valor e Norma no Direito Romano Clássico*) congrega um grande número de juristas da Alemanha, Itália, Espanha, Estados Unidos da América, etc., cujo denominador comum é a compreensão do Direito em termos de experiência. Podemos afirmar que TULLIO ASCARELLI foi um dos precursores desse movimento, ao lado de HOLMES ou POUND.

A “teoria da concreção jurídica” caracteriza-se pelo fato de não se aceitar nenhuma explicação do fenômeno jurídico apenas e tão-somente sob um de seus aspectos, procurando-se, ao contrário, integrá-los a todos numa unidade sócio-dinâmica, ao mesmo tempo, de natureza lógico-normativa. Como conciliar essas duas exigências? Como compor o estrutural com o funcional? Esta é a grande temática da Filosofia jurídica de nosso tempo, problema esse que ASCARELLI propôs já na década dos 40, e constitui tema dos mais vivos entre os juristas de hoje.

O ato interpretativo, segundo ASCARELLI, não se reduz a mera inferência lógica a partir de regras de direito, tomadas como premissas, mas ao contrário, representa uma valoração a partir de paradigmas normativos. Vou repetir porque me parece muito importante. O ato interpretativo não é uma simples inferência lógica a partir de premissas, mas é uma série de valorações a partir de paradigmas. Como se vê, ASCARELLI estava convencido, e este é um dos seus grandes méritos, que não pode haver interpretação que não envolva uma preferência valorativa, segundo parâmetros normativos, os quais delimitam a função criadora do intérprete, mas não a suprimem.

Interpretar é valorar, ou seja, optar entre valores compatíveis com a estrutura normativa. Todo intérprete, por mais isento e neutro que queira ser, jamais poderá libertar-se, primeiro, de seu coeficiente pessoal axiológico e, em segundo lugar, do coeficiente social de preferências inerente à sociedade a que ele pertence, ou ao “tempo histórico” que está vivendo.

O advogado, o teórico ou o juiz são, antes de mais nada, homens inseridos num contexto de valorações e de preferências.

Antes do jurista, há, em suma, a *consciência*, que é, ao mesmo tempo, uma realidade psíquica, com motivações econômicas, morais e religiosas, as quais não podem deixar de condicionar o ato interpretativo.

A propósito do problema religioso ASCARELLI mostra que não se trata de apreciar esta ou aquela forma de religião, mas de analisar as convicções que se aninham no espírito do exegeta, atuando sobre seu modo de receber e compreender as regras de direito, visto como a natureza axiológica da interpretação não é algo de acessório, mas é da essência mesma do processo hermenêutico.

Essa tese é hoje quase que corrente, mas não o era quando ASCARELLI a enunciou. Trata-se de entendimento que foi depois enriquecido, sobretudo graças à obra monumental de outro grande jurista italiano, EMILIO BETTI, a tal ponto que ela chegou a suscitar, com HANS GADAMER, uma poderosa corrente filosófica de nossos dias, fundada no caráter hermenêutico do pensamento como tal.

Ora, a função primordial da interpretação, segundo ASCARELLI, consiste em realizar uma tarefa extremamente difícil, que é a de conciliar o “corpus juris”, o complexo de normas promulgadas, — o qual por sua natureza é estática e conservantista, — com uma realidade subjacente, onde novos fatos a todo instante emergem, em contínua e conflitante transformação. Lembra ele, a propósito, a frase de BENJAMIN CARDOSO de que o direito deve ser estável mas não pode ser estático. Como é então que as estruturas jurídicas devem-se adaptar à realidade social mutável? Essa obra de mediação é realizada pelo hermenêuta. A interpretação, portanto, não é um acréscimo à experiência jurídica, mas sim momento essencial e necessário da experiência jurídica mesma.

Sem a interpretação não se realiza o Direito. Isto nos leva a uma série de questões, centradas sobre o problema nuclear da relação entre o *enunciado normativo* e a sua *real eficácia*, através da *mediação do ato hermenêutico*. Basta colocar a matéria nesses termos, para verificar-se que ela implica uma nova compreensão do que seja “norma jurídica”, que não pode ser confundida com uma simples proposição lógica, apesar de ser irrenunciável e necessária a “logicidade” dos elementos que a constituem, e não poder o intérprete criar Direito “como se fora legislador”, consoante declara o Código de Processo suíço, em famoso dispositivo que ASCARELLI condena.



Segundo o mestre italiano, a norma jurídica, seja legal, jurisprudencial ou costumeira, é algo de plástico e de adaptável às circunstâncias. Destarte, ela inclui em si a sua interpretação. Indo um pouco além de ASCARELLI, mas de certa maneira na linha de seu pensamento, chego a fazer esta afirmação: *a norma jurídica é a sua interpretação*. A regra de direito, consoante já o advertia BONFANTE, pode ser formalmente a mesma e significar, no entanto, coisas diversas ao longo do tempo, quer pela interferência de outras normas que venham alterar o significado das já vigentes, quer pela mudança dos critérios de apreciação social prevalecentes em determinada época, quer ainda em virtude de fatores imprevistos.

Para chegar a uma “interpretação concreta”, ASCARELLI adota a tese desenvolvida por um grande mestre da Teoria do Estado, HERMANN HELLER, segundo o qual a interpretação não se põe no fim, como resultado do ordenamento, mas sim no começo do ordenamento, o que quer dizer que ela condiciona o sistema normativo. Por outras palavras, o ordenamento jurídico só se torna pleno graças à mediação hermenêutica, ou, mais propriamente, graças ao trabalho criador do intérprete. Sem interpretação o ordenamento jurídico não é pleno. Tal constatação leva ASCARELLI a apresentar o problema da lacuna do direito de forma um pouco diferente da até então seguida.

Para ASCARELLI, a existência de lacunas não constitui um fenômeno excepcional, nem é o sinal de deficiência na previsão do legislador. No seu modo de ver, a lacuna é inerente a todo e qualquer ordenamento, porquanto nunca será possível superar o conflito que, de uma forma ou de outra, se põe entre o “corpus juris”, por sua natureza estático, e o mundo instável e dinâmico dos interesses disciplinados: entre um e outro resta sempre um claro inevitável, uma área sócio-econômica destituída de disciplina normativa, quer originariamente, quer por motivos supervenientes.

Ora, no entender de ASCARELLI, o preenchimento das lacunas, inevitáveis em qualquer sistema jurídico, não exige técnicas interpretativas especiais, mas apenas o alargamento ou potenciamento dos meios e técnicas vigentes, tomando-os em seu amplo espectro, isto é, fazendo maior emprego dos modelos analógicos ou dos princípios gerais de direito. Para ele, em suma, a lacuna não nos põe senão perante “um exemplo macroscópico da função criadora do intérprete”. Mesmo quando o texto legal é expresso, a interpretação exige a participação do hermeneuta: essa função criadora torna-se apenas mais

vigorosa no caso especial das lacunas, que não devem, pois, ser tratadas como algo de surpreendente.

Notem que estamos perante algo de novo na colocação do problema da lacuna, o qual não pode de maneira nenhuma ser resolvido segundo os pressupostos de uma Tópica ou de uma Filosofia puramente analítica. O que me seduz, na obra de ASCARELLI é o sentido historicista e concreto do Direito, e a sua aversão ou ojeriza, digamos assim, a toda e qualquer solução de tipo puramente formalista e abstrata, desvinculada do complexo de fatores operantes na experiência jurídica.

Pois bem, se o intérprete sempre cria algo, haja ou não lacunas, o ato interpretativo pode ser considerado meramente declaratório? Na tradição da Escola da Exegese e dos pandectistas, interpretar era tornar explícito o sentido já implícito na lei. ASCARELLI entende que tal asserção não procede, por ser impossível interpretar uma regra jurídica fora de determinada estrutura ou tipologia histórico-social, a qual não pode ser senão aquela na qual se encontra no momento o intérprete, quaisquer que possam ter sido as intenções do legislador.

Sob a influência de CROCE, concorda ASCARELLI que toda regra é a “volição de uma classe de comportamentos futuros”, não podendo, pois, deixar de possuir certo *caráter decisório*, mas sem perda total da *declaratoriedade* que lhe é inerente, inclusive para atender a razões de certeza e segurança. Consoante suas próprias palavras, “uma interpretação nunca é, em rigor, apenas declaratória, mas implica uma reconstrução da norma interpretada, o desenvolvimento e a adaptação dela”, donde se conclui que, no ato interpretativo devem se compor, harmonicamente, *criatividade* (por parte do hermeneuta) e a *declaratoriedade* da norma (como elemento essencial à certeza jurídica).

Repele, pois, ASCARELLI, com firmeza, todas as teorias que reduzem o trabalho do intérprete à análise da “vontade” da lei, ou conforme pretendem os neopositivistas, “a linguagem do legislador.” A norma jurídica é antes um ente histórico, cujo sentido depende das mutações sociais operadas entre o instante da emanção da “regula juris” e o da sua interpretação, precedendo e condicionando a sua adequada aplicação pelo homem comum, pelo jurista, pelo administrador, ou pelo juiz, visto como todos interpretam o direito, mesmo sem se darem conta de fazê-lo. Daí a conhecida imagem do nosso jurisconsulto de que a interpretação não está para a lei numa relação do reflexo para o espelho, mas sim na relação que liga a semente à planta :

interpretar, em suma, não consiste em “refletir” uma imagem, mas sim em inferir velhos ou novos significados a partir da semente da norma jurídica.

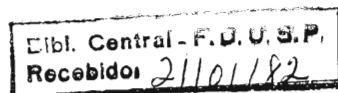
Se é impossível passar do fato para o valor (e é por isto que ASCARELLI condena qualquer solução puramente sociológica) não é menos verdade que, quando se trata de aplicar a um caso concreto uma norma jurídica, em si mesma abstrata, ela deve passar do abstrato para o concreto. Essa passagem, segundo ainda o ensinamento de CROCE, implica um *ato decisório*, e, por conseguinte, de participação criadora do sujeito cognoscente, implicando uma opção entre vários caminhos compatíveis com o mandamento normativo, só raramente inflexivelmente unilinear.

É, nesse ponto, que se situa a correlação feita por ASCARELLI entre a *estrutura* do Direito e a sua *função* sublinhando ele o papel que a *tipicidade* desempenha em todo o mundo jurídico, e não apenas na esfera do Direito Penal.

Não se pense que ASCARELLI, por ter acentuado o aspecto criador da interpretação, seja um adepto do Direito Livre, ou seja, da Livre Interpretação do Direito, mesmo *contra legem*. Longe disso. Ao contrário do que, às vezes, se afirma, apesar de ter dado grande realce ao elemento “decisório”, jamais ASCARELLI aceitou a “discricionariedade” do intérprete, nem concebeu o ato hermenêutico como fruto de mera decisão. Em reiteradas passagens de seus estudos ele reconhece, é certo, que a interpretação “não é apenas declaratória”, ou que “a *declaratoriedade* não exprime, de modo completo, a natureza efetiva, ou a função histórica da interpretação”; mas tem logo o cuidado de ressaltar que “isso não importa em negar à teoria da *declaratoriedade* valor básico que seria perigoso esquecer”. Dir-se-ia que, no seu modo de ver, a *declaratoriedade* deve ser vista sob nova luz, uma vez que ela não implica a simples explicitação de uma proposição normativa (abstração feita da mutabilidade de seu conteúdo) nem tampouco exige que a “continuidade do Direito” seja concebida somente em função de simples nexos de natureza lógico-formal.

A compreensão que ASCARELLI tem do “caráter declaratório” da interpretação está, por sinal, em harmonia com o seu conceito concreto e histórico de ordenamento, ao qual corresponde uma exigência de *certeza* que não é sinônimo de “imutabilidade formal”

A certeza que ele reclama, e que cabe ao intérprete preservar, a fim de não se descambar para a insegurança do Direito



Livre, é a certeza que se constitui ao longo da experiência jurídica, no contexto das situações valorativas dominantes, lembrando ele, a propósito, a afirmação de PIERO CALAMANDREI, de que o juiz atua como mediador de uma “consciência comum”. O juiz, no seu entender, acha-se vinculado a um critério de *continuidade*, que tem como referência e, ao mesmo tempo como tábua de aferição e de controle, a “*communis opinio*” prevalente na sociedade na época em que a regra jurídica é aplicada.

Como se vê, não se trata de preservar uma certeza normativa formal e estática, mas sim uma certeza normativa tal como, sem solução de continuidade, vai sendo configurada ao longo da experiência, extraindo-se da norma todas as suas virtualidades, assim como a planta é o desenvolvimento das potencialidades da semente.

Nota-se logo que estamos perante uma compreensão historicista da certeza jurídica, que se processa sempre em sintonia com a estrutura das regras e sua função, ponto em que se observa a convergência de duas influências relevantes, a do historicismo italiano de CROCE e a do pragmatismo angloamericano, onde a “*regula juris*” se situa no encadeiamento experiencial dos “precedentes”, obedecendo à evolução dos usos e costumes consagrados pela jurisprudência.

É a razão pela qual o conceito de continuidade tem, na obra de ASCARELLI, um *sentido dialético*, de tal modo que a interpretação assinala o superamento ou a conciliação entre o momento “abstrato” da norma e as particularidades dos casos ocorrentes.

Cabe, a esta altura, ponderar que essa visão concreta e dinâmica do processo hermenêutico implica uma “compreensão tipológica” da realidade social, de tal modo que também o processo hermenêutico se desenvolve segundo esquemas e tipos. Esse ponto, relativo à “natureza tipológica” da teoria da interpretação ascarelliana não me parece tenha sido posta no devido relevo pelos juristas italianos que têm estudado o seu pensamento.

Tão essencial é a exigência de *tipicidade* para ASCARELLI que ele chega a afirmar que até mesmo o “caso concreto” jamais deixa de corresponder ou constituir “um caso típico”, ou, segundo seu dizer, “o princípio aplicado em um caso concreto é, ele também, um princípio *típico*, pois que cada caso não pode ser juridicamente considerado a não ser esquemática e abstratamente como caso típico”. No fundo, o que não é tipificável é irrelevante para o mundo jurídico, pois, se

se reconhece a juridicidade de dado caso, impossível será recusá-lo a quantos casos se revistam das mesmas características ou critérios tipológicos. Donde a afirmação vigorosa de que “fraco jurista é aquele incapaz de distinguir os elementos típicos do caso e de descobrir a norma geral”.

Tal afirmação, que poderia parecer exagerada, torna-se plausível se pensarmos que, se o Direito existe, é porque as atividades sociais se desenvolvem segundo determinados esquemas de comportamento suscetíveis de previsão, devendo sobrevir conseqüências iguais ou análogas toda vez que se verificarem atos qualificáveis devido ao seu enquadramento em estruturas iguais ou análogas. A “Teoria dos Modelos Jurídicos” contemporânea, tal como, modéstia à parte, penso ter contribuído para instaurar no âmbito da Ciência Jurídica, veio confirmar que a experiência do Direito se desenrola segundo modelos ou estruturas normativas, sendo umas de natureza prescritiva, e outras de caráter doutrinário ou dogmático. Os “casos concretos”, portanto, direta ou indiretamente, subsumem-se a “classes de conduta previamente previstas”, ou enquadráveis em esquemas análogos, graças à contribuição mediadora e criadora do intérprete. É o que saliento em pequeno estudo sobre “hermenêutica estrutural” em meu recente livro *Estudos de Filosofia e Ciência do Direito*.

Mas, voltando à exposição do pensamento de ASCARELLI, não lhe parece que, para a integração e a justa aplicação do Direito, bastem os métodos de inferência lógica usualmente seguidos. Não propõe, a rigor, novos métodos, além dos já conquistados em termos de interpretação histórico-evolutiva, mas sim que o emprego de todos os processos vigentes seja feito unitariamente, levando-se em conta os fatores todos que atuam na espécie, conforme ele ilustra com exemplos tirados da legislação e da jurisprudência.

Nesse sentido, a correlação “estrutura-função” mostra-se fecunda, para mostrar como é que a mesma estrutura pode desempenhar, com o decorrer do tempo, funções diversas; bem como estruturas diversas podem desenvolver função igual. Cumpre, por conseguinte, ao intérprete não se deixar levar pelas aparências formais, procurando colher o Direito vivo na correlação concreta vigente, apreciando, concomitantemente, as estruturas normativas e as suas funções reais, mesmo porque, no seu afã de converter o “abstrato” em “concreto”, o jurista é obrigado a renovar, continuamente, as suas “formulações” ou “tipificações”, que, apesar de serem sempre abstratas, devem ser cada vez mais precisas. Consoante

palavras do próprio ASCARELLI, as “tipificações são sempre superadas, mas sempre necessárias”, por serem “inilimináveis da experiência jurídica”.

Para uma tarefa dessa natureza é de suma importância ter sempre presentes os “princípios gerais”, sobretudo à luz do “Direito Comparado”, cujo estudo ASCARELLI considera essencial a todo estudioso da Ciência Jurídica, e uma fonte inesgotável de inspiração no concernente à teoria da interpretação.

De outro lado, reconhecendo-se a insuficiência dos processos puramente formais, torna-se indispensável recorrer a outros esquemas, de conteúdo ético, tais como os correspondentes às idéias de boa fé, bom pai de família, proibidade contratual, ordem pública, etc.

Trata-se, como se vê, do emprego de “standards”, ou, como se prefere hoje dizer, de “modelos abertos”, que, aparentemente, só possuem um valor programático, mas que, na realidade, ao mesmo tempo, orientam e balizam a atividade do hermenauta, permitindo-lhe chegar-se melhor às exigências que deram origem às prescrições normativas. São as “janelas do Direito”, a que já fiz referência, e que o jurista não pode, nem deve dispensar, não assistindo razão, por exemplo, a PONTES DE MIRANDA quando, fiel ao seu naturalismo radical, considera um “retrocesso científico” o recurso à *equidade* para a solução de conflitos no plano jurídico, e isto numa época em que os cientistas da natureza são os primeiros a reconhecer as deficiências das leis por eles enunciadas, considerando-as, sempre, provisórias e “refutáveis” .

Bem distante de qualquer explicação empiricista unilateral, TULLIO ASCARELLI prefere ver a realidade jurídica em toda a sua complexa diversidade, conferindo igual complexidade ao processo interpretativo, que não pode deixar de atender a exigências fatuais e valorativas para atingir o sentido real das normas jurídicas. Donde o caráter iniliminável das “soluções por equidade”. Estas, a seu ver, constituem a afirmação, em um caso particular, de novas valorações de caráter geral, de tal modo que “a equidade, mais do que justiça do caso concreto, se apresenta como a afirmação, em um caso concreto, de um novo princípio, que é, por sua vez, *típico* e tende, por sua vez, a transformar-se em genérico”. Essa segunda compreensão da equidade corresponde ao sentido “técnico-sistemático”, posto em realce por ESSER e que não discrepa da teoria clássica de ARISTÓTELES, para quem a equidade era tanto “a *justiça* do caso concreto” como “o

*direito do caso concreto*”, como lembro em ensaio inserto em meus *Estudos de Filosofia e Ciência do Direito*. É importante, porém, assinalar que o conceito de tipicidade é tão essencial ao pensamento de ASCARELLI que ele se vale dessa categoria lógica para reconhecer o papel integrativo da equidade como instituidora de uma norma de validade genérica.

Situado o problema hermenêutico desse modo, na globalidade e concretidade do processo histórico-social, podem ser observados vários fenômenos que escapam à interpretação tradicional, tais como:

- a) a mudança do significado de uma regra de direito em virtude de mudança operada em sua qualificação, como acontece quando um preceito legal deixa de ser considerado “dispositivo” ou “supletivo” para adquirir valor cogente de ordem pública;
- b) a mudança na escala hierárquica de uma norma, que pode passar de subordinada a subordinante, ou vice-versa, ou, então, receber novo sentido como resultado da emergência ou o desaparecimento de outras regras correlatas ou complementares;
- c) a migração de “modelos jurídicos” de um campo ou outro do Direito, alterando os parâmetros interpretativos.

Esses são apenas três exemplos dentre as alterações que ASCARELLI aponta na estrutura da realidade jurídica, com reflexos necessários imediatos na tela hermenêutica, em virtude da já apontada correlação existente entre estrutura e função.

Ora, perante uma realidade tão completa e multifária, como é a do Direito, parece a ASCARELLI ingênua e perigosa a opção por uma ou algumas das técnicas de sua compreensão, devendo antes ficar aberto o campo a todas as formas interpretativas, em sintonia com a natureza de cada hipótese corrente.

No trabalho hermenêutico, esclarece ele, como o demonstram os romanos, não devem faltar sequer processos oriundos da imaginação criadora, tais como as “ficções” que legitimam soluções analógicas para atender a mais perfeita adequação do “corpus juris” à experiência social concreta, sobretudo nas épocas de intensa mutabilidade social. De conformidade com essa linha de pensamento, nos últimos anos de sua vida, ASCARELLI recebeu, com entusiasmo, o advento de

teorias que, como as de RECASENS SICHES e CHAIM PERELMANN, substituíam, em muitos casos, a “interpretação segundo a razão” pela “interpretação segundo o razoável”, tornando mais plástica e viva a aplicação das regras de direito. Pelos mesmos motivos, pareciam-lhe que as novas contribuições resultantes das Teorias da Argumentação e da Comunicação vinham reforçar as técnicas interpretativas, libertando os operadores do Direito de uma passiva subordinação aos textos legais, o que havia sido o objetivo constante de sua atividade de jurisconsulto.

Podemos, por conseguinte, concluir reiterando a tese de que a interpretação está no centro do pensamento jurídico de ASCARELLI, que soube compreender que são múltiplos e, às vezes obscuros, os caminhos que conduzem à justiça, de tal modo que, assim como HEGEL mostra a “astúcia da razão” governando certos acontecimentos históricos, ele se refere, também, “à astúcia da interpretação”, necessária para que o justo concretamente se realize, em certas circunstâncias, quando seria hedionda a aplicação estrita da lei.

É com esse espírito que ele enaltece, repito, o valor de equidade que, além de representar a justiça do caso concreto, é um fator de integração do ordenamento jurídico, pondo o Direito a serviço dos valores humanos, como era de se esperar de um jurista que, senhor das técnicas e dos critérios mais rigorosos da Ciência Jurídica, sabia que os esquemas formais desta só subsistem graças ao sentido humanístico que os deve inspirar, desde a sua origem até a sua final aplicação.