

# DIREITO, SOCIEDADE E MÉTODO JURÍDICO

**Fernando Noronha**

Doutor pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Professor da Universidade Federal de Santa Catarina e da Escola Superior da Magistratura do mesmo Estado.

Sumário: Apresentação. 1. Conceitos jurídicos e realidade da vida. 1.1. *Omnis definitio in iure civili periculosa est*. 1.2. *Non ut ex regula jus summatur*. 2. Direito e sociedade. 3. Jurisprudências dos conceitos, dos interesses e das valorações. Considerações finais. Referências bibliográficas

## **Apresentação**

Qualquer trabalho de elaboração jurídica assenta sobre determinados pressupostos metodológicos. Neste artigo, procuramos sintetizar algumas idéias que temos como essenciais, sobre a natureza do direito, as funções da ciência jurídica e o papel dos juristas, sejam teóricos ou operadores.

## **1. Conceitos jurídicos e realidade da vida**

### **1.1. *Omnis definitio in iure civili periculosa est***

Os jurisconsultos a quem Justiniano incumbiu da tarefa de elaborar esse monumento jurídico que é o *Corpus juris civilis*, tiveram a preocupação de fechá-lo, “a modo de chave de ouro”, como diz Limongi França, reunindo, no último Título do *Digesto*, 211 regras jurídicas, extraídas das obras de Paulo, Ulpiano, Pompônio, Gaio e outros conceituados juristas. Aí estão “as regras por excelência do Direito Antigo, isto é, de todo o Direito Romano”, que foi “vigorante pelo espaço de 1.400 anos”, como diz também o mesmo Mestre, em obra que especificamente lhes dedi-

cou [1984:37]<sup>1</sup>. Uma dessas *regulae juris antiqui* é precisamente a bem conhecida máxima de Javoleno (D.50.17.202): *omnis definitio in iure civili periculosa est: parum est enim, ut non subverti possit* (“toda definição em direito civil é perigosa: rara é, na verdade, aquela que não possa ser subvertida”).

Infelizmente, o pragmatismo desta lição tem andado algo esquecido. Assim é que é nítida, na generalidade da doutrina e da jurisprudência, a tendência para atribuir valor excessivo a conceitos jurídicos, como se fossem “abre-te sésamos”, expressões mágicas capazes de revelar as soluções jurídicas adequadas para as mais diversas situações da vida real. Aliás, é preciso reconhecer que existem razões para a tendência apontada. Desde os tempos da escola jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII, os juristas têm sido formados no culto pelos conceitos e pelas “definições essenciais”. Como afirma Fábio K. Comparato [1983:273], “a preocupação maior da ciência jurídica tradicional, na análise das ‘naturezas jurídicas’, era a de chegar a definições perfeitas de todos os conceitos. Por isso mesmo, a *pièce de résistance* de todas as monografias acadêmicas consistia, precisamente, na definição dos institutos, em geral reservada para o último capítulo, como resultado de toda a elaboração mental, em forma silogística”.

Hoje tende-se a reconhecer que os conceitos jurídicos (direito adquirido, contrato, pessoa jurídica, etc.) são apenas sínteses de princípios e regras jurídicas, com uma função meramente classificatória daqueles e destas. Os princípios e as regras jurídicas concretas preexistem aos conceitos, não havendo como subsumir nestes, diretamente, como se fossem preceitos normativos, as relações da vida real. Os próprios critérios classificatórios têm na sua base, necessariamente, valorações sobre as qualidades que devem ou não ser tomadas em conta (é nisto que consiste a chamada *abstração isolante*) e, por isso, não pode haver garantias de que uma determinada situação da vida real, apesar de reunir as características selecionadas no conceito, não possa ter outras qualidades, justificativas de um tratamento diferenciado. Como afirma Larenz [1978:88], “a mais moderna doutrina jurídica (...) tem assinalado que é absolutamente impossível captar e incluir por completo numa densa rede de conceitos a inesgotável diversidade das relações da vida, que sempre se acham em transformação”<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> No final deste artigo, são indicadas todas as obras nele referidas. No texto, as referências a essas obras são feitas pela forma [xxxx:x:x], indicando, pela ordem, o ano de publicação, o número do volume e a página. Quando se tratar de obra em um só volume, a forma será [xxxx:x], referindo apenas ano e página. Assim, a obra de de R. Limongi França referida entre colchetes é *Brocados jurídicos: as regras de Justiniano*, na sua 4. ed. (São Paulo, Revista dos Tribunais, 1984). A página que interessa é p. 37.

<sup>2</sup> Embora a citação feita seja de uma obra de Larenz relativa à Parte Geral do Direito Civil, é

Por outro lado, é importante também ter sempre presente que não cabe às leis consagrar doutrinas, mesmo quando o legislador se haja inspirado nalguma delas, para modelar as soluções jurídicas que determine. Se a doutrina explicar convenientemente todas as soluções que se possam extrair do ordenamento jurídico (no seu todo, considerando a lei e os princípios a elas subjacentes, como se verá melhor adiante), o que o intérprete poderá dizer é que a teoria jurídica em causa está certa. Somente isso, e nunca que a doutrina está consagrada na lei. O direito em vigor é composto por comandos, nunca por teorias.

## 1.2. *Non ut ex regula jus summatur*

Iniciamos o item antecedente citando uma *regula juris antiqui*, das compiladas no Título final do *Digesto*. Vamos começar este referindo uma outra, de certo modo complementar da primeira, mas bem mais importante, como os jurisconsultos justinianeus bem compreenderam, quando abriram com ela aquele Título do *Digesto*. Se as *regulae juris antiqui* encerram “o modo de chave de ouro o miraculoso monumento da sabedoria romana”, como diz Limongi França, haveremos de convir que não há de ter sido por acaso que os jurisconsultos puseram à cabeça delas a seguinte máxima, de Paulo (D.50,17,1): *regula est, quae rem, quae est, breviter enarrat. Non ut ex regula jus summatur, sed ex jure, quod est, regula fiat* (“regra é o que descreve brevemente a coisa, como ela é. Não é da regra que se extrai o direito, antes é do direito, como este é, que se faz a regra”).

A segunda parte desta regra quase bimilenar deveria figurar no intróito dos compêndios jurídicos atuais, porque encerra uma lição preciosa, negligenciada no século XIX e na primeira metade do século XX, em que dominou o chamado *positivismo jurídico*, com uma dogmática essencialmente formalista, caracterizada pela técnica de construção do direito a partir de postulados, conceitos e pirâmides de conceitos.

Através de tal dogmática o positivismo chegou, sem dúvida, a magníficas teorias gerais, de que são exemplos as do direito subjetivo, do negócio jurídico e da

---

preciso enfatizar que a obra fundamental deste Mestre eminente, sobre a construção jurídica, ou, usando uma expressão dele mesmo, a “formação dos conceitos e o sistema da ciência jurídica”, é a *Metodologia da ciência do direito*, com duas edições traduzidas na língua portuguesa e em relação às quais se pode dizer serem dois livros diferentes. A 1ª ed. traduzida é de 1978, sendo tradução da 2ª ed. alemã (de 1969). A 2ª ed. portuguesa é de 1989 e corresponde à 5ª ed. alemã (de 1985), fortemente influenciada pela moderna hermenêutica. As duas traduções foram publicadas em Lisboa, pela Fundação Calouste Gulbenkian. Nelas, o último capítulo (102 páginas na primeira, 66 na segunda) é dedicado à formação dos conceitos e ao sistema da ciência jurídica.

pessoa jurídica, mas, em contrapartida, o jurista foi encerrado numa torre de marfim, ficando isolado da realidade circundante. O positivismo trabalhou o direito como um universo fechado; Windscheid, de quem se afirma ser o jurista alemão mais citado até hoje, dizia claramente que “considerações de caráter ético, político ou econômico não são assunto dos juristas, enquanto tais”<sup>3</sup>. Quando se tratava de aplicar esse direito formalista às situações da vida real que não coubessem nas hipóteses expressamente previstas nas leis, usava-se o *método da inversão*, assim denominado porque consistia numa inversão do caminho usado na construção dos conceitos: agora partia-se destes, para simplesmente subsumir-se neles o caso concreto, através de pura operação silogística, independentemente da consideração de valores ético-sócio-culturais, ou de finalidades das leis. Por exemplo, se uma sociedade comercial é classificada na categoria jurídica de “pessoa”, por que razão não se haveria de reconhecer-lhe o direito à liberdade, à própria existência, à reputação (quicá à família, pelo menos quanto aos grupos econômicos...), por que não se haveria de dizer que ela é civilmente responsável quando “agir” intencionalmente ou com culpa, ainda que porventura se acrescente que esta só possa ser *in eligendo* ou *in vigilando*? Será justificado, em todos estes casos, o recurso a categorias que parecem haver sido concebidas para as verdadeiras “pessoas”, as de carne e osso?

A sabedoria do direito romano, expressa na máxima de Paulo, não consentiria em tais absurdos. *Non ex regula jus summatur*, não é da regra que promana o direito, *sed ex jure, quod est, regula fiat*, antes é a partir do direito, tal qual é, que se elabora a regra. Isto significa que nunca será da construção jurídica que se vai extrair a solução concreta, antes é aquela que terá de se conformar com as soluções concretas, encontradas através da ponderação dos interesses e dos valores em jogo. Não é das definições, dos conceitos jurídicos ou das teorias que brota o direito, pelo contrário, é a partir do direito concreto, tal como é vivido, aplicado aos casos da vida real, que devem ser construídas aquelas teorias, conceitos, etc.

Se conceitos jurídicos são somente construções através das quais se visa

---

<sup>3</sup> A citação é colhida em Franz Wieacker, autor da importantíssima obra *História do direito privado moderno* [1980:492]. Bem mais perto de nós, Kelsen, o grande Kelsen, de cujas proposições fundamentais se pode discordar, mas cuja obra é de ser sempre admirada, insiste no mesmo ponto de vista de Windscheid. Aliás Kelsen representa, com a sua “teoria jurídica pura” (“isto é”, segundo as suas próprias palavras, “purificada de toda ideologia política e de todos os elementos de ciência natural”), a exacerbação do positivismo. Dizia ele [1984:106] que “embora as normas jurídicas, como prescrições de dever-ser, constituam valores, a tarefa da ciência jurídica não é de forma alguma uma valoração ou apreciação do seu objeto, mas uma descrição do mesmo alheia a valores (*wertfreie*). O jurista científico não se identifica com qualquer valor, nem mesmo com o valor jurídico por ele descrito”.

expressar de modo sintético conjuntos de normas e princípios jurídicos, se é preciso ter cuidado quando se trabalha com eles, que métodos devem adotar os juristas, sejam estes teóricos ou operadores práticos?

É o que passamos a examinar nos próximos itens, onde também veremos melhor que o direito, no seu todo, visa realizar finalidades que estão fora dele.

## 2. Direito e sociedade

A *teoria moderna dos sistemas sociais* mostra com clareza que direito, política e economia são três sistemas estreitamente associados, inserindo-se todos no sistema da sociedade global.

Qualquer sistema é constituído por um conjunto de elementos, ligados por um conjunto de relações, de forma que uma modificação em um desses elementos provoca modificações em outro, ou em outros. Há sistemas físicos (mecânicos), biológicos (orgânicos) e sociais, ou socioculturais. Os que nos interessam são os *socioculturais*, ou *sociais*; um sistema destes é, segundo o ilustre cientista político francês Maurice Duverger [1983:260], “um conjunto estruturado e coordenado de interações sociais que se comportam como uma entidade”.

A principal característica diferenciadora dos sistemas socio-culturais é o fato de não manterem uma estrutura específica, e, diversamente, criarem, elaborarem ou mudarem a estrutura, como pré-requisito para permanecerem viáveis como sistemas operantes, como diz Buckley [1971:20]. É a estes sistemas que, dentro da moderna teoria dos sistemas sociais, se chama de *sistemas abertos*, como veremos melhor daqui a pouco.

Todo sistema social tem uma *estrutura* (ou *organização*) própria e *funções* específicas. Examinado estruturalmente, ele apresenta-se como composto por elementos, ligados por canais de relacionamento, modos ou processos de interação mútua. Encarado funcionalmente ele é visto em movimento, considerando-se os processos que se desenrolam no seu seio, e as finalidades que através de tais processos se perseguem.

Se nos colocarmos na perspectiva da moderna teoria geral dos sistemas e se considerarmos as funções desempenhadas pelo sistema da sociedade global, poderemos distinguir pelo menos as quatro grandes funções incluídas na concepção funcionalista desenvolvida por Talcott Parsons, mesmo que esta seja suscetível de diversas críticas<sup>4</sup>. Segundo Parsons<sup>5</sup>, para que qualquer sistema social possa sub-

---

<sup>4</sup> A concepção parsoniana é conhecida por “funcionalismo estrutural” (em inglês *structural functionalism*), ou simplesmente “funcionalismo”, e não é, deve advertir-se, isenta de críticas.

sistir, nele devem estar presentes as funções de manutenção de padrões de cultura, de adaptação ao meio ambiente, de prossecução de metas ou objetivos coletivos e, finalmente, de integração dos membros. Na sociedade global e no esquema parsoniano, a manutenção de padrões dirá respeito ao subsistema (ou sistema) cultural societário (que nos últimos escritos de Parsons é chamado de “sistema fiduciário”), a adaptação considerará o subsistema (ou sistema) econômico, a prossecução de metas interessará ao subsistema (ou sistema) político e a de integração, onde está incluído o direito, caberá no subsistema (ou sistema) integrativo.

Pode-se falar indiferentemente em subsistema ou em sistema, porque o ambiente ou meio de um sistema será sempre um outro sistema, mais amplo, que o engloba. Portanto, aquilo que visto de um ângulo nos aparece como um sistema, será, se visto de outro ângulo, apenas um subsistema.

A manutenção de padrões (função do sistema fiduciário) diz respeito à preservação ao longo do tempo das características culturais essenciais do sistema (valores religiosos, morais, estéticos, científicos...). A função de adaptação visa as relações do sistema com o seu meio externo, com o fim de obter os recursos de que ele precisa, para sua subsistência e para seu ajustamento às mudanças ocorridas no meio; o sistema correspondente é designado de econômico, por a função dizer respeito essencialmente à economia. A prossecução de metas, consistindo na definição de objetivos coletivos e na mobilização dos recursos necessários para sua realiza-

---

Pressupondo, como diz Duverger [1983:252-5], que todo sistema ou toda organização social “tende a uma cooperação harmoniosa de todos os elementos que a compõem”, como se não existissem os “conflitos persistentes”, que “os marxistas e tantos outros” consideram “elemento essencial de qualquer sociedade”, o funcionalismo está imbuído de um conservadorismo que não corresponde à realidade. Razão tem ainda Duverger quando pondera o seguinte:

“Que os sistemas sociais tendam para a integração, para o equilíbrio, para a harmonia, é possível e em certos casos provável. Mas que esta integração permaneça parcial, este equilíbrio frágil, esta harmonia superficial, é também possível e igualmente provável. Privilegiar este aspecto em detrimento do segundo, é construir um modelo inadequado do sistema social. Compreendem-se as palavras de Roger Bastide: ‘O funcionalismo explica bem porque as coisas subsistem, mas não explica porque mudam’. (...) Se qualquer análise das coletividades, dos grupos, e dos sistemas supõe que simultaneamente nos coloquemos sob o ponto de vista organizacional e sob o ponto de vista funcional, parece que a abordagem deve partir das organizações para chegar às funções, e não proceder de forma inversa, como hoje se faz. Não porque as primeiras sejam mais importantes que as segundas no processo social: mas porque são mais fáceis de delimitar objetivamente oferecendo, assim, mais resistência à manipulação ideológica”.

A respeito das correções que é necessário introduzir na concepção parsoniana, adiante veja-se também a nota n. 6.

<sup>5</sup> De Parsons, vejam-se em especial *El sistema social* [1982] e *Social systems and the evolution of action theory* [1977].

ção, cabe às entidades governativas (que integram o sistema político). Finalmente a função de integração, dizendo respeito às relações entre os elementos componentes do sistema, “consiste em manter as diferentes atividades realizadas no seu seio compatíveis entre si e em manter as expectativas e motivações das pessoas compatíveis com os papéis que têm de desempenhar”, como definido por Karl Deutsch [1978:15]; esta função cabe ao sistema que Parsons chama de “comunidade societária”, que é, diz, *the core structure of a society*, sendo constituída, como ele também afirma [1966:182], pela “estrutura coletiva na qual os membros estão unidos ou, de alguma maneira, associados”<sup>6</sup>.

Ora, se a sociedade constitui um sistema econômico-político-cultural e se este tem uma determinada organização integrativa, o lugar do direito, que é um dos complexos disciplinadores da sociedade, está dentro dessa função de integração societária.

Esta concepção sistêmica ressalta bem a necessidade de ter sempre presente a estreita associação entre direito, política e economia, que aliás salta à vista se atentarmos no fato de as normas jurídicas serem formuladas em resposta aos problemas econômicos, sociais e políticos da sociedade. É por essa razão que a ordem jurídica reflete sempre os compromissos políticos, as contradições econômicas, os contrastes e as harmonias sociais, as convicções morais e religiosas, e até as ideologias dominantes: o direito espelha a sociedade em que se insere.

Considerando o lugar e a função do direito dentro da sociedade, em linguagem sistêmica poder-se-á dizer, primeiro, que ele é um subsistema do sistema

---

<sup>6</sup> Karl Deutsch, que adota a formulação sistêmica parsoniana mas recusando o equilíbrio como inerente aos sistemas sociais, acrescenta duas novas funções às quatro descritas por Parsons. Diz Deutsch [1978:14-9] que enquanto qualquer sistema estável precisa da manutenção de padrões para sobreviver, pelo menos dentro de um ambiente inalterado, aqueles capazes de sobreviver em ambientes variados ou em mudança, precisam ter bem desenvolvida a função de adaptação. Somente sistemas com alguma complexidade têm metas externas e, portanto, a tarefa de alcançá-las; estes são também os que podem ter necessidade dos processos de integração mais elaborados. Porém, para sistemas ainda mais desenvolvidos, acrescenta Deutsch, são importantes duas outras funções, que chama de criação de metas e de autotransformação. A criação de metas (*goal setting*) é diversa da prossecução de metas (*goal attainment*) e consiste na flexibilidade do sistema para estabelecer os seus próprios objetivos, possibilitando mudanças na prossecução de um elenco mais amplo de metas existentes, ou a criação de novos objetivos, antes nunca por ele cogitados. A autotransformação, “em certo sentido a mais elevada das funções básicas de um sistema social”, consiste na reaplicação, por iniciativa do próprio sistema, de parte importante de seus recursos em novo padrão estrutural para o sistema, com nova escala de metas e padrões de comportamento: “qualquer organização ou nação que tenha esta função, juntamente com a flexibilidade de um padrão de manutenção suficiente para preservar também um grau significativo de continuidade e identidade, está mais apta para sobreviver e se desenvolver”.

societário global e, segundo, que é um dos sistemas de controle da comunidade societária. Vejamos melhor estas duas afirmações.

O direito é subsistema do sistema societário global. Como sistema sociocultural, ele articula-se com o sistema da sociedade global onde se insere, sendo por ele influenciado e influenciando-o, numa relação de interdependência recíproca, embora assimétrica. Interdependência, porque os acontecimentos registrados numa das esferas produzirão efeitos também na outra; interdependência mútua, porque cada uma das esferas depende da outra; interdependência assimétrica, porque a dependência do direito em relação à sociedade é bem maior do que a desta em relação ao direito.

O direito é um dos sistemas de controle da comunidade societária. Como complexo disciplinador de interações sociais, que é, surge em resposta a determinadas necessidades sociais, com uma finalidade de integração, de apaziguamento social.

Porém, tal integração não é tarefa privativa do direito. Ela é promovida também por todos os processos de socialização, como a educação familiar e escolar, os meios de comunicação (com destaque, atualmente, para a televisão), e ainda as normas de conduta social não jurídicas, como são as morais, religiosas e de trato social. Neste processo, que procura conseguir a adesão das pessoas ao respeito pelos deveres em que se consubstanciam os valores constitutivos da “cultura normativa comum”, como eram chamados por Parsons [1977:168-9]<sup>7</sup>, o direito destaca-se, porque a sua finalidade precípua é assegurar a prevenção e a resolução de conflitos, através da imposição, sempre que necessário, de sanções organizadas, da competência de autoridades constituídas dentro da comunidade societária<sup>8</sup>.

É nestes termos que o direito se destaca dos outros sistemas normativos de controle social, como a moral, a religião e as regras de trato social, que também têm como finalidade a integração, o apaziguamento social, preservando a sociedade de

---

<sup>7</sup> A cultura normativa, segundo Talcott Parsons, seria, assim, “internalizada” nas personalidades dos atores individuais e institucionalizada nas coletividades, passando a controlar a ação, “em parte por autoridade moral”.

<sup>8</sup> O respeitadíssimo Norberto Bobbio, cujo pensamento sempre esteve na primeira linha da evolução das idéias, distingue com precisão os dois processos de integração social, apenas substituindo a referência à “cultura” pela “ideologia”. Escreve ele [1980:269]: “A integração social conta sobretudo com dois instrumentos de controle (que se costumam referir a duas formas mais ou menos institucionalizadas de poder existente em toda sociedade, o poder ideológico e o poder político): a socialização, isto é, a prossecução da adesão a valores estabelecidos e comuns, e a imposição de comportamentos considerados relevantes para a unidade social, com a conseguinte repressão dos desviantes; ambos são, ao fim e ao cabo, o consenso e a força de todas as teorias políticas tradicionais”.

conflitos e tensões que possam ameaçar a estrutura desta. Pode-se dizer que o direito tende a organizar uma sociedade pacífica, sendo tanto mais necessário quanto mais deficientes forem os processos de “internalização” dos valores normativos nas consciências individuais<sup>9</sup>.

Dá-se o nome de *sistemas abertos* aos que, à semelhança do direito, estão envolvidos em permanente processo de interação com o respectivo meio, ou ambiente. Sistemas abertos respondem às alterações ambientais com mudanças na sua estrutura organizacional; quanto maior for a sua capacidade de resposta a estímulos ambientais, mais possibilidades eles terão de permanecer viáveis e de se desenvolver.

Sendo o direito um sistema social aberto, e subsistema da sociedade global, é esta que lhe fornece as metas a prosseguir, que dá os valores pelos quais ele deve orientar-se e que lhe pede que solucione as situações fáticas de conflito, ou potencialmente geradoras de conflitos. Todos estes elementos constituem os *inputs* que alimentam o sistema jurídico.

A estes *inputs* o direito responde com a definição de situações jurídicas, a confirmação de valores sociais, a legitimação das autoridades e do poder político, etc. E como não é só o direito que depende da sociedade, como também ela depende do direito, este constitui ainda poderoso instrumento para provocar ou estimular algumas das mudanças que se considerem desejáveis e que se intente introduzir na sociedade: o direito não é mero instrumento de conservação da sociedade, visa também a sua transformação, tendo por objetivo a realização de determinadas políticas, como diz Eros R. Grau [1988:140, s]. Todos estes procedimentos, que são afinal os produtos do sistema jurídico, constituem aquilo que em linguagem sistêmica se costuma chamar de *outputs*.

Os *outputs* do sistema jurídico, por sua vez, irão repercutir na sociedade, provocando respostas desta. Tais respostas da sociedade constituirão para o sistema jurídico novos *inputs*, que agora se designarão mais apropriadamente de retroações; serão retroações do sistema social sobre o sistema jurídico. Estas últimas constituem o processo chamado de *retroalimentação*, ou *feedback*, o qual

---

<sup>9</sup> Ainda aqui é inigualável a lição de Bobbio [1980:269]: “Pode-se estabelecer a hipótese de que à medida em que se acrescenta a potência dos meios de condicionamento psicológico, dos meios de consenso (não importa que seja manipulado), diminui a necessidade dos meios coercitivos, ou seja, do direito. No limite, uma sociedade sem direito não é somente o reino da liberdade hipotetizado por Marx, mas também aquela em que todos os seus membros estão condicionados pela manipulação ideológica hipotetizada por Orwell. O direito é necessário ali onde, como ocorre nas sociedades históricas, os homens não são nem de todo livres nem de todo conformistas, isto é, numa sociedade onde os homens têm necessidade de normas, e portanto não são livres, e não conseguem observá-las sempre, e portanto não são conformistas”.

pode ser positivo ou negativo: é positivo se uma ação jurídica (decisão judicial, ato administrativo, negócio jurídico privado, etc.) é favoravelmente recebida na sociedade e estimula outras ações similares; é negativo se a ação se revela socialmente inadequada e, por isso, suscita reações, seja por estar em desarmonia com os valores prevaletentes na sociedade (e que compõem o subsistema cultural desta), seja por contrariar interesses poderosos (e que pesam no subsistema político), seja ainda por afetar a produção ou a circulação de recursos (sistema econômico).

*Inputs* provocam *outputs*, estes dão origem a novos *inputs* (*feedback*), num processo sem fim, numa relação de permanente interação.

Dessa relação de permanente interação entre o direito e a sociedade resulta que tanto o sistema social, de que depende o sistema jurídico, como este, que também influi na sociedade, estão necessariamente em permanente transformação.

O direito, portanto, não é um sistema fechado, neutro e a-histórico. Pelo contrário, é instrumento de atuação, na vida social, de interesses humanos, que são definidos (e às vezes camuflados) em outras esferas, não jurídicas. A definição, a relevância atribuída e a regulamentação de tais interesses obedecem a avaliações bem determinadas. Tais juízos de valor devem ser objeto de indagação do jurista, porque, afinal, contribuem para esclarecer as normas que neles se baseiam. Se o sistema jurídico é parte integrante (ou subsistema) do sistema social, os valores fundamentais deste também integram aquele.

Se o direito tem finalidades a realizar e se estas estão fora dele, é evidente que ele só poderá ser entendido na sua plenitude (e interpretado, e bem aplicado aos casos concretos) se o jurista tiver em consideração essas finalidades. Nem a ciência do direito, nem o seu ensino, nem a sua interpretação e aplicação, no labor diário de juizes e advogados, em suma, em nenhuma esfera da atividade dos juristas é possível ignorar que o direito está em estreita interdependência com os demais setores componentes da sociedade.

Todas as normas jurídicas, sejam elas formuladas pela via legislativa, sejam no pela consuetudinária ou pela jurisprudencial<sup>10</sup>, surgem em resposta a determinadas necessidades sociais, e com uma finalidade de integração social, como já referido. Podemos agora acrescentar que quem dita os termos de tal integração é o poder político, já que é a este que cabe a direção da sociedade.

Em vez de dizermos que os termos da integração são definidos pelo poder político, poderíamos falar nos grupos que controlam o subsistema político da sociedade global. Por seu turno, em vez de “necessidades sociais”, talvez fosse preferível afirmar que as normas jurídicas são formuladas em resposta a determinadas pressões sociais. Na verdade, são as forças sociais que condicionam a evolução do

---

<sup>10</sup> Analisamos essa matéria em livro anteriormente publicado [1988:88,s; 161,s].

direito: este reflete em cada época o equilíbrio (umas vezes mais estável, outras bem instável) obtido no jogo entre as aspirações e os poderes associados às diversas forças atuantes, embora nesse jogo estejam sempre presentes, como pano de fundo, determinados valores (ou princípios ético-jurídicos) prevaletentes na sociedade, que são os elementos que dão coesão a esta e aos quais aludiremos mais adiante (item 5).

Só a moderna teoria dos sistemas sociais revela a toda a luz que o direito só pode ser entendido dentro da realidade econômico-político-social em que está inserido.

É preciso sair do “círculo mágico das normas e dos conceitos gerais e abstratos”, como diz Barcellona [1977:38 e 40]: o jurista deve enfrentar “diretamente o problema dos conteúdos materiais da justiça”, deve “renunciar à aparente esterilidade axiológica de suas construções, à indiferença ante os valores, à neutralidade frente aos conflitos”, deve “se submergir na política, na ética, na prática”. O direito, já alertava Dabin [1965:217-8], é político, primeiro pelo quadro em que se move, que na sociedade moderna é o Estado, depois, e sobretudo, pela sua finalidade, que é a mesma do Estado e da política, “a saber, o bem comum dos homens e dos grupos”. O direito, como ainda com mais propriedade diz Léon Raucent, da Universidade de Louvain-la-Neuve [1980:59], é compromisso, “contém o projeto de organização social querido pelo grupo dominante e emendado para ter em conta as reivindicações do outro, na medida exata da utilidade que apresentavam para o grupo dominante”. É raro, pondera ainda, que, na vida social, um grupo possa reduzir completamente o outro à sua mercê, porque “o menos forte dispõe sempre de um certo poder, que consiste, no mínimo, na utilidade que representa efetivamente para o mais forte”. Cita Nietzsche, que escrevia: “existem também direitos entre escravos e senhores, na justa medida em que a posse do escravo é útil para o seu senhor”. De tudo conclui o ilustre jurista belga que “todo direito tem dois rostos, duas faces. De um lado, é a expressão da vontade do grupo que exerce a hegemonia na sociedade global. Do outro lado, constitui o código racional do lícito e do ilícito. De um lado, é luta, barganha, compromisso, negociação; do outro, é ‘justiça’ e ‘interesse geral’” [1980:99]. Na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Eros R. Grau escreve que “é necessário não esquecer que a lei é, na sociedade capitalista, a expressão tão-só do que impõe um determinado grupo social” [1988:33].

O direito faz lembrar Jano, o deus de duas caras, primeiro rei legendário do Lácio, que até hoje empresta o nome à mais elevada colina de Roma, onde se erguia o seu templo. Com as suas duas caras, Jano era dotado da faculdade de enxergar ao mesmo tempo o passado e o futuro. Similarmente, o direito, também com duas caras, é ao mesmo tempo instrumento de dominação e de conciliação social.

A imagem de Jano não é adequada só para o direito. Ela também é símbolo

adequado para o Estado e a política. Entre os autores que primeiro recorreram a ela como símbolo destes, deve ser referido Duverger: “O poder instituído numa sociedade”, dizia ele num dos primeiros livros que dedicou a temas políticos [1964:43], “é sempre e em toda parte ao mesmo tempo o instrumento de dominação de certas classes sobre outras, utilizado pelas primeiras em seu proveito e em prejuízo das segundas, e um meio de assegurar uma certa ordem social, uma certa integração de todos na coletividade, para o bem comum”.

Se a imagem de Jano é tão adequada para exprimir o que acontece no sistema jurídico e no sistema político, é porque, realmente, um e outro estão estreitamente ligados. No entanto, o direito não é propriamente uma parte da política. O sistema político e o jurídico são diferentes, embora interdependentes, embora o jurídico dependa muito mais do político do que este daquele. Isto é assim porque a função de prossecução de metas sociais (que é domínio do sistema político) está em plano ciberneticamente superior à função de integração social.

São todas essas idéias que é possível exprimir melhor se nos colocarmos na perspectiva, bem mais abrangente, da moderna *teoria geral dos sistemas sociais*, cujos traços essenciais ficaram descritos acima<sup>11</sup>.

### 3. Jurisprudências dos conceitos, dos interesses e das valorações

São poucos os juristas atuais, sobretudo entre os chamados “práticos”, que já se libertaram daquele positivismo conceitualista que ficou conhecido por *jurisprudência dos conceitos* (*Begriffsjurisprudenz*) por oposição à corrente surgida no período entre a Primeira e a Segunda Guerra Mundial e que se autodenominou de *jurisprudência dos interesses* (*Interessenjurisprudenz*), a qual, por seu turno, nos nossos dias deu lugar a escolas de cariz valorativo, denominadas de *jurisprudência dos valores*, ou *das valorações* (*Wertungsjurisprudenz*). Jurisprudência, aqui, é usada numa acepção ampla, equiparável à de “ciência do direito”, que é o que ela significa na língua alemã, onde as três expressões foram cunhadas.

O positivismo sustentava que o direito devia ser estudado sem atender a considerações de natureza ética, política ou social, tidas por “extrajurídicas”, enquanto a tendência atual, sobretudo no âmbito das orientações sociológicas, vai no

---

<sup>11</sup> Sobre a teoria geral dos sistemas, também referida no nosso livro **Direito e sistemas sociais**, podem ver-se, dentre as obras vertidas para a língua portuguesa, a **Sociologia da Política**, de Duverger (e na qual têm interesse especial os capítulos IV e V, p. 205-329), **A sociologia e a moderna teoria dos sistemas**, de Walter Buckley, **A teia da vida**, de Fritjof Capra e, por último, o clássico de L. von Bertalanffy, **Teoria geral dos sistemas**.

sentido de examinar as normas à luz das funções que desempenham, dos interesses que tutelam e dos valores que socialmente as justificam<sup>12</sup>.

Como a denominação “jurisprudência dos conceitos” revela, o método jurídico típico do positivismo destacava a importância dos conceitos e com eles construía um sistema lógico-formal em forma de “pirâmide”, cuja base era constituída pelos conceitos jurídicos mais restritos, os quais se subordinariam a outros, colocados em escalões superiores e progressivamente mais amplos, até que, no topo da pirâmide, estariam os conceitos mais abstratos de todos, como os de “direito subjetivo”, “pessoa”, “negócio jurídico”.

De acordo com essa concepção, quando o juiz tivesse de resolver uma hipótese não prevista na lei ou quando tivesse de interpretar algum preceito obscuro, deveria recorrer ao “método da inversão”, aliás já referido em item anterior: o juiz simplesmente inverteria o caminho usado na construção piramidal e, partindo do topo, procuraria encontrar um conceito que encontrasse já sintetizado pela construção jurídica, onde coubesse a hipótese não prevista, ou a norma de sentido obscuro. O ordenamento jurídico, dizia-se, completava-se a si mesmo: era o dogma da “plenitude lógica” deste. Não haveria necessidade de apelar para necessidades sociais, ou valores ético-sócio-culturais, que seriam “considerações extrajurídicas”.

O grande civilista da Universidade de Coimbra que foi Manuel de Andrade, o primeiro de língua portuguesa a abraçar as novas concepções, já resumia bem, em sua tese de doutoramento, datada de 1934, o maior vício da lógica conceitualista, o querer extrair soluções concretas de conceitos meramente classificatórios, como se vê dos seguintes trechos [1978:80,83]:

Ora estes conceitos, uma vez que são elaborados sobre a estrutura dos comandos legais, isto é, sobre a conformação que eles querem imprimir às relações da vida, e não sobre os conflitos de interesses e juízos de valor que lhes servem de substrato ou de causas determinantes, podem oferecer-nos uma *representação concentrada*, uma *imagem sintética* desses comandos; podem por isso ordenar-lhes e simplificar-lhes o conteúdo, permitindo a sua *exposição* bem arrumada e sucinta. Mas nada poderão dizer-nos de seguro quanto aos resultados que se obteriam pela ampliação analógica de tais disposições, diretamente realizada, visto que ela só será legítima, nos termos já sabidos, onde se verifiquem idênticas situações ou conflitos

---

<sup>12</sup> V. o nosso **Direito e sistemas sociais** [1988:15-53]. Projetamos voltar a essas questões sobre a natureza do direito, as funções da ciência jurídica e o papel dos juristas, num outro livro, cujo título provável será **Hermenêutica e criação judicial de direito**.

de interesses e se mostrem por igual justificados, *de lege ferenda*, os mesmos juízos de valor.

(...) Concebida a rigor, a extensão analógica somente pode e deve praticar-se quando não há dúvida que certa solução legal, a ser aceitável, *de jure condendo*, na hipótese (ou hipóteses) para que foi estabelecida, também o será noutra (ou noutras) não encaradas pela lei; quando se averigua, portanto, que para ambas as hipóteses a mesma situação dos interesses e as mesmas considerações da justiça e oportunidade reclamam igual disciplina jurídica.

Trata-se, pois, no fim de contas, de ampliar ou prolongar as estatuições da lei na seqüência natural, na dialética interna dos juízos de valor que as inspiram.

Outro vicioso procedimento lógico que Andrade apontava aos adeptos do conceitualismo, é o que ele chamava de indução precipitada ou incompleta:

Tendo apurado que um ou vários preceitos legais convêm do mesmo modo, no indicado plano valorativo, a outros casos além daqueles a que se referem, induzem daí um princípio mais extenso, que aplicam depois a todas as hipóteses omissas nele incluídas, vendo em tal princípio o fundamento ou pressuposto daquela ou daquelas disposições legais; e isto sem terem o cuidado de examinar, nem antes de induzirem o princípio, nem no momento da sua aplicação, *para todos e cada um desses casos omissos*, e não só para alguns, se ele é tão justificável como nas hipóteses visadas na lei.

As críticas certeiras de Manuel de Andrade inseriam-se dentro da nova escola da *jurisprudência dos interesses*, que ganhava terreno nos anos decorridos entre as duas grandes guerras do século XX.

Realmente, foi a jurisprudência dos interesses que abriu a primeira brecha no método jurídico tradicional. Prenunciada por von Jhering ainda no século XIX e formulada a partir de 1914 por Philipp Heck, mas difundida só muitos anos depois, tem na sua base uma idéia simples: se toda norma jurídica é editada para prevenir ou resolver conflitos entre os homens, é preciso conhecer os interesses que lhe estão subjacentes, para se saber a qual deles a norma dá prevalência. Só a descoberta do interesse tutelado permitirá a correta interpretação na norma obscura ou, se a lei for omissa, o preenchimento da lacuna.

Os adeptos dessa concepção renovadora enfatizavam acertadamente que os conceitos jurídicos nada diziam sobre os interesses, porque estes estavam fora das normas; por isso, se a construção conceitual era essencial do ponto de vista científico, possibilitando a sistematização jurídica, ela nunca abarcaria mais do que

aquilo que já estava contido nas normas com base nas quais era feita. Nunca seria possível extrair soluções práticas de conceitos, porque isso seria inverter a ordem das coisas: os conceitos é que são extraídos das soluções concretas, dadas pelas diversas normas, cada uma destas resultante de uma ponderação específica de interesses conflitantes, que a lei resolve dando relevância a um, ou a outro, ou estabelecendo um sistema de compromisso, ou de equilíbrio entre eles.

Quando a jurisprudência dos interesses insistia no apontar o erro de se extrair soluções práticas de meros conceitos classificatórios, ela retomava a lição contida na máxima de Paulo, referida no item anterior: *Non ut ex regula jus summatur, sed ex jure, quod est, regula fiat*.

Hoje a própria “jurisprudência dos interesses” também já está ultrapassada. Ela ainda era positivista, na medida em que se prendia muito às normas “postas” pelo legislador histórico, procurando descobrir que interesses lhes estavam subjacentes para, a partir da determinação do prevalecente, apurar o sentido delas. Só que a ponderação dos interesses não era suficiente, como aliás os defensores mais esclarecidos da escola (e entre eles estava Manuel de Andrade) já se haviam apercebido: se na norma prevalecia um certo interesse é porque alguém (o legislador, ou o intérprete) tinha procedido a uma valoração dos interesses em causa, que lhe permitira dar preeminência a um deles.

Portanto, atrás dos interesses estão valores, e são estes que devem orientar todo o pensamento jurídico.

Em rigor, *interesses* dizem respeito a problemas de distribuição de bens, de alocação de recursos que sejam escassos e, por isso, de valor econômico. Já *valores* prendem-se a convicções, a crenças, a “verdades básicas”. Assim, a divergência entre duas pessoas que reivindicam a propriedade de determinada coisa é baseada em interesses contrários; já as controvérsias sobre a função social da propriedade têm por pano de fundo divergências quanto a valores, mesmo naqueles casos em que se escondam interesses por detrás da invocação de certos valores<sup>13</sup>.

Exemplo clássico de conflito em que estão em primeiro plano valores é o do aborto, tanto o necessário para salvar a vida da gestante como aquele para pôr termo a gravidez resultante de estupro, ou ainda aquele praticado porque a mulher simplesmente entende que tem o direito de dispor de seu corpo: se o feto for considerado como sendo já um ser humano, o aborto deveria ser tratado como criminoso em qualquer dessas hipóteses.

A consequência fundamental da diferença entre interesses e valores pode

---

<sup>13</sup> Este exemplo mostra bem que um *conflito de interesses* pressupõe que esteja decidida uma questão prévia, relativa a *valores*. No caso, era sobre o valor a atribuir à propriedade privada.

ser ilustrada dizendo-se que um conflito de interesses é sempre suscetível de resolução através de compromisso entre os interessados, ao passo que dificilmente se concebe um compromisso, ou pelo menos um compromisso estável, quando incida sobre valores a divergência (ou a *dissensão*, como então melhor se dirá): o compromisso sobre valores, já afirmou alguém, tem o sabor de uma traição<sup>14</sup>.

É a preocupação com os valores no direito que informa hoje pujantes correntes de pensamento, como a que na Alemanha é conhecida por *jurisprudência dos valores*, ou *das valorações*, e aquela outra, que se poderia chamar do *idealismo anglo-americano*, da qual é principal representante Ronald Dworkin. Característica fundamental de todas essas correntes parece ser a busca de critérios supralegais de valoração, que em alguns autores, como Esser, são de cariz sociológico, enquanto noutros, como o referido Dworkin e ainda os alemães Karl Larenz e Robert Alexy, são mais de natureza ética. Todas destacam a importância dos princípios no direito, o fato de as normas só poderem ser cabalmente apreendidas com recurso aos princípios que as informam<sup>15</sup>.

Dos autores de língua portuguesa, talvez seja o constitucionalista português Gomes Canotilho [1998:1033; 1994:279, s] quem mais se tem destacado na defesa das novas concepções: ele sustenta uma “compreensão principialista do direito” e considera as normas jurídicas como sendo compostas por “regras” e “princípios”. Regras, afirma, “são normas que, verificados determinados pressupostos, exigem, proíbem ou permitem algo em termos definitivos, sem qualquer exceção”; já princípios “são normas que exigem a realização de algo, da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas”. Os princípios, esclarece mais, “não proíbem, permitem ou exigem algo em termos de ‘tudo ou nada’; impõem a otimização de um direito ou de um bem jurídico, tendo em conta a ‘reserva do possível’, fática ou jurídica” [1998:1132]. Sobre as regras e os princípios, veja-se também o trecho seguinte, bem significativo [1998:1036-7]:

Qualquer sistema jurídico carece de *regras* jurídicas: a constituição, por ex., deve fixar a maioria para efeitos de determinação da ca-

---

<sup>14</sup> É o que dizem Lawrence M. Friedmann e Stewart Macaulay [1977:177]: “In such dealings ... a scent of illicit pervades. A value compromise is apt to look like a sellout”.

<sup>15</sup> Quanto a Josef Esser, vejam-se **Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado e Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto**. Quanto a Karl Larenz, veja-se **Metodologia da ciência do direito**. Quanto a Ronald Dworkin, as obras fundamentais e que já se podem considerar clássicas são **Taking rights seriously**, **A matter of principle** e **Law's empire**, London, Fontana Press, 1986. Esta última foi objeto de recente tradução (**Império da lei**). Quanto a Robert Alexy, vejam-se **Teoria de los derechos fundamentales** e **El concepto y validez del derecho**.

pacidade eleitoral activa e passiva, sendo impensável fazer funcionar aqui apenas uma exigência de optimização: um cidadão é ou não é maior aos 18 anos para efeito de direito de sufrágio; um cidadão ‘só pode ter direito à vida’. Contudo, o sistema jurídico precisa de *princípios* (ou os valores que eles exprimem) como os da liberdade, igualdade, dignidade, democracia, Estado de direito; são exigências de optimização abertas a várias concordâncias, ponderações, compromissos e conflitos. Em virtude da sua ‘referência’ a valores ou da sua relevância ou proximidade axiológica (da ‘justiça’, da ‘idéia de direito’, dos ‘fins de uma comunidade’), os princípios têm uma *função normogenética* e uma *função sistémica*: são o fundamento das regras jurídicas e têm uma *idoneidade irradiante* que lhes permite ‘ligar’ todo o sistema constitucional.

Entre nós, são de se destacar Eros R. Grau e Juarez Freitas. Como Canotilho, Eros Grau [1991:92-134] também entende que a trilogia “normas, princípios e valores” deve ser reduzida à dualidade “regras e princípios”, por considerar que os valores estão contidos nos princípios. Juarez Freitas [1995:41,s] permanece fiel à trilogia normas, princípios e valores.

## Considerações finais

Na nossa opinião, se o direito existe em função da sociedade, não é possível ao jurista ignorar os critérios supraleais de valoração, sejam eles valores propriamente ditos, sejam, se assim se preferir, os princípios que exprimem esses valores. Eles são essenciais para qualquer atividade jurídica, seja de mera interpretação das normas existentes, seja de colmatação de suas lacunas, seja mesmo de criação judicial de direito. Tais princípios (ou os valores em que eles se fundamentam) são necessariamente de fundo sociológico: traduzem crenças e valores sociais, sejam de ordem religiosa e moral (como bons costumes e dignidade do ser humano), sejam de ordem sócio-económica (como “bem comum”, “natureza sagrada da propriedade”). Devido a esta sua natureza, é preciso admitir mesmo que eles podem estar influenciados pelas ideologias dominantes; é até inevitável que isso aconteça, porque as ideologias também têm peso social.

Na concepção que temos do direito [1988:65;129], é preciso distinguir entre normas, princípios e valores. O sistema jurídico possui normas positivas, que são informadas por princípios jurídicos, os quais, por seu turno, têm na sua base valores sociais.

As *normas* são prescrições que, perante determinadas situações hipotéti-

cas nelas previstas (e que constituem o pressuposto, suporte fático ou previsão normativa), desencadeiam determinadas conseqüências, também nelas previstas (as quais constituem o que se chama de estatuição legal, dispositivo, efeito ou conseqüência jurídica). Os *princípios* são diretrizes de conteúdo valorativo, que precedem e esclarecem o alcance das normas. Os *valores* são ideais éticos e de política social que fazem parte da cultura de cada sociedade, são neste sentido “verdades básicas”, que se transformam em verdades jurídicas quando são incorporadas pelos princípios jurídicos.

Como os valores, em si mesmos, estão inseridos no subsistema social denominado de fiduciário, como, por isso mesmo, é preciso que sejam incorporados em princípios jurídicos para que tenham relevância no direito, pode-se dizer que este é composto por *normas e princípios*.

Não é possível conceber duas normas divergentes (antinômicas) e que sejam simultaneamente aplicáveis; por isso a norma posterior revoga a anterior, a especial afasta a geral, etc., de acordo com os cânones hermenêuticos que todos conhecem<sup>16</sup>. Já a respeito dos princípios é normal a coexistência de dois ou mais, ainda que antinômicos; o conflito entre eles será resolvido conforme o peso de cada um, que determinará em que medida cada um deles vai influir na concreta norma reguladora do caso.

Como não é possível prever (e estabelecer) normas que rejam todas as hipóteses fáticas que podem acontecer na vida real, o juiz, quando ocorra uma lacuna da lei, tem de formular, recorrendo à analogia, aos costumes e aos princípios gerais (conforme a formulação contida na Lei de Introdução, art. 4º), a norma que lhe pareça mais adequada, em conformidade com o próprio sistema; será nessa norma, por ele construída, que subsumirá o caso decidendo. Existindo lacuna, o juiz não pode deixar de formular a norma com base na qual vai decidir, porque ele não pode fazer justiça de caso concreto, tem de partir de um preceito de natureza geral, salvo nos casos em que lhe seja consentido decidir por equidade (cf. Código de Processo Civil, art. 127)<sup>17</sup>.

---

<sup>16</sup> Uma boa definição de antinomia jurídica é a dada por Norberto Bobbio [1994:88]: “aquela situação que se verifica entre duas normas incompatíveis, pertencentes ao mesmo ordenamento e tendo o mesmo âmbito de validade”. Bobbio distingue quatro âmbitos de validade, temporal, espacial, pessoal e material. Os critérios fundamentais para solução de antinomias são, como bem aponta o mesmo jurista, o cronológico, o hierárquico e a da especialidade, com as três regras de tradição multimilenar: *lex posterior derogat priori* (norma posterior revoga a anterior), *lex superior derogat inferiori* (norma superior revoga a inferior), *lex specialis derogat generali* (norma especial revoga a geral).

<sup>17</sup> Existem, aliás, duas acepções de equidade, que procuramos descrever em livro relativo aos

As normas vigentes geralmente são legisladas, mas existem também aquelas de origem jurisprudencial, e até algumas formuladas por via consuetudinária. O alcance de todas elas varia com o passar do tempo. Mesmo as normas legisladas estão sujeitas a mudanças de significado, operando-se uma simbiose entre aquilo que o legislador quis e as ampliações ou limitações que as necessidades sociais e os valores prevaletentes em cada época recomendam - e que a jurisprudência vai consagrando, no seu incessante labor de “aplicação” do direito, orientado pelos princípios e valores subjacentes. É por este processo que princípios e valores imperceptivelmente vão fazendo evoluir o direito que nos rege.

As forças que modelam o direito parecem poder ser reconduzidas a três categorias, que analisamos no livro já referido [1988:167-89]: as *necessidades sociais* a satisfazer, a adequação à *natureza das coisas* e o respeito pelos princípios ético-jurídicos cristalizados nos *princípios fundamentais de direito*. As necessidades sociais determinam o surgimento da hipótese fática a normar, a natureza das coisas estabelece a ponte entre os fatos e a nova norma, garantindo a exequibilidade desta, e os princípios fundamentais de direito estabelecem segunda ponte, entre os valores que prevalecem na sociedade e a norma a instituir, garantindo a legitimidade desta. Se as necessidades sociais apontam a finalidade a alcançar, a natureza das coisas indicará os meios disponíveis, enquanto os princípios fundamentais de direito esclarecerão o que é legítimo fazer.

Essas forças, ou diretrizes do direito, são válidas para as atividades de criação de direito, quer a legislativa, quer a judicial, e ainda para as tarefas mais comuns, de interpretação das normas jurídicas e de integração das suas lacunas. Aliás

---

princípios fundamentais dos contratos [1994:216-8]. Numa noção restrita, que é, aliás, aquela normalmente cogitada, a equidade aponta a solução tida por melhor para cada caso concreto; nesta acepção, ela fica próxima da justiça distribuída pelo cádi, juiz muçulmano que se diz decidir caso por caso, conforme considere mais justo. Numa outra acepção, a equidade corresponde ao que François Géný [1925:558] afirmava ser “a adaptação da idéia de justiça aos fatos, a consideração das circunstâncias individuais, tendo em conta as idéias gerais, ou modelando-as de conformidade aos elementos concretos”. Parece que era neste segundo sentido que a palavra já era usada por Aristóteles, que dizia ser a equidade a mesma coisa que a justiça, só que melhor [1985:109]. A equidade a que Aristóteles se referia, já parecia ser a busca do tratamento adequado de *casos omissos*, ou seja, daquelas *lacunas* da lei, evidenciadas pela demonstração de que a *ratio legis*, o espírito que informa a norma, não pode incluir, no tratamento que dá, certas hipóteses específicas, como depois ficou sintetizado no brocardo *cessante ratione legis, cessat ejus dispositio*. Considerada nesta acepção, a equidade impede que a regra jurídica, se entendida à letra, conduza a conseqüências injustas, ou iníquas, sendo aqui as duas palavras sinônimas. É neste sentido que se pode dizer, como faz Chaïm Perelman (*Droit, morale et philosophie*, 2. ed., Paris, LGDJ, 1976, p. 31), que a equidade é “muleta da justiça”, a usar quando “a lei parece coxa”.

“interpretação e progressiva criação do direito são uma e a mesma coisa”, como afirma Esser [1961:330], “ainda que naquela se destaque mais o método estabilizador da *explicitatio* de algo implicitamente ordenado, e nesta apareça sobretudo o processo que aberta ou ocultamente pugna para alcançar um fim”. Larenz [1989:443-4] também diz que “a interpretação da lei e o desenvolvimento judicial do direito não devem ver-se como essencialmente diferentes, mas só como distintos graus do mesmo processo de pensamento”.

Não há que ter receio de admitir que a jurisprudência possa efetivamente criar regras de direito, apesar de o fato ser tradicionalmente negado por uma corrente de pensamento que se funda na idéia da separação absoluta dos três Poderes, a qual, aliás, é em larga medida utópica. Se o juiz não pode fazer justiça de caso concreto, se ele tem de partir sempre de um preceito de natureza geral, suscetível de aplicação a novas hipóteses fáticas que apresentem as mesmas características, a criação judicial de direito será indispensável quando o juiz, ao fim de todos os esforços de interpretação e integração de lacunas, verificar que falta no sistema vigente uma norma jurídica que regulamente a situação fática, ou que o sistema vigente oferece uma solução em relação à qual a consciência jurídica geral se sobressalte.

Entre nós, Fábio K. Comparato, logo depois de chamar a atenção para “a indispensável consideração do plano histórico e sociológico em que se desenvolve a vida do direito”, consegue fazer uma síntese perfeita dos objetivos das novas orientações, em apenas dois períodos [1983:84]:

O remédio específico contra o exagero abstracionista da *Begriffsjurisprudenz* consiste, justamente, na permanente correção das definições jurídicas, encaradas como meros conceitos operacionais, em função dos mutáveis conflitos de interesse e da transformação histórica dos valores sociais. A nova ciência jurídica não despreza, evidentemente, os conceitos e as definições, como instrumentos indispensáveis à aplicação do direito, mas considera tais instrumentos sempre perfectíveis e provisórios, em função da constante observação histórica da vida humana em sociedade.

## Referências bibliográficas

- ALEXY, Robert. **El concepto y validez del derecho** (trad.). Barcelona: Gedisa, 1994.
- \_\_\_\_\_. **Teoria de los derechos fundamentales** (trad.). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- ANDRADE, Manuel A. Domingues de. **Ensaio sobre interpretação das leis**. 3. ed. Coimbra: Arménio Amado Ed., 1978.
- ARISTÓTELES. **Ética a Nicômacos**. Brasília: Ed. Univ. de Brasília, 1985.
- BARCELONA, HART & MÜCKENBERGER. **La formación del jurista. Capitalismo monopolístico y cultura jurídica** (trad.). Madrid: Civitas, 1977.
- BERTALANFFY, L. von. **Teoria geral dos sistemas**. Petrópolis: Vozes, 1973.
- BOBBIO, Norberto. **Contribución a la teoría del derecho**. (trad.). Valência: F. Torres ed., 1980
- \_\_\_\_\_. **Teoria do ordenamento jurídico**. 4. ed. Brasília: Ed. Univ. de Brasília, 1994.
- BUCKLEY, Walter. **A Sociologia e a moderna teoria dos sistemas** (trad.). São Paulo: Cultrix/USP, 1971.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.
- \_\_\_\_\_. **Constituição dirigente e vinculação do legislador (contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas)**. Coimbra: Coimbra Edit., 1994 (reimpr. de 1982).
- CAPRA, Fritjof. **A teia da vida**. São Paulo: Ed. Cultrix, 1996.
- COMPARATO, Fábio Konder. **O poder de controle na sociedade anônima**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.
- DABIN, Jean. Droit et Politique, in: **Mélanges offerts a René Savatier**. Paris: Dalloz, 1965.
- DEUTSCH, Karl W. **The analysis of international relations**. 2.ed. Englewood Cliffs, N.J.: Prentice-Hall, 1978.
- DUVERGER, Maurice. **Introduction à la politique**. Paris: Gallimard, 1964.
- \_\_\_\_\_. **Sociologia da política** (trad.). Coimbra: Almedina, 1983.
- DWORKIN, Ronald. **O império da lei** (trad.). São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- \_\_\_\_\_. **A matter of principle**. Cambridge, Mass./London: Harvard Univ. Press, 1985.
- \_\_\_\_\_. **Taking rights seriously (new impression with reply to critics)**. London: Duckworth, 1978.
- ESSER, Josef. **Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto** (trad.). Camerino: Ed. Scientifiche Italiane, 1983.

\_\_\_\_\_. **Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado** (trad.). Barcelona: Bosch, 1961.

FRANÇA, R. Limongi. **Brocados jurídicos: as regras de Justiniano**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. São Paulo: Malheiros, 1995.

FRIEDMANN, Lawrence M. & MACAULAY, Stewart. **Law and the behavioral sciences**. 2. ed. Indianapolis/New York: Bobbs-Merril, 1977.

GÉNY, François. **Método de interpretación y fuentes em derecho privado positivo**. Madrid: Reus, 1925. Neuve: Cabay, 1980.

WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno** (trad.). Lisboa: Fundação Gulbenkian, 1980.