

Hermenêutica e Dogma

Eulâmpio Rodrigues Filho

Graduado pela UFU

Professor titulado de Direito Processual

Membro da Sociedade Brasileira de Estudos Clássicos

Doutor em Direito

Visando a atender aos apelos impostos pelas novas necessidades da **época**, exurgentes da constante mutação dos costumes, nos dois últimos séculos tem havido grande **preocupação** de parte dos **povos civilizados** em estabelecer o direito vigente pela sua *codificação*.

Por ocasião da elaboração do Código Civil alemão, o Prof. **ANTON FRIEDRICH JUSTUS THIBAUT**, favorável à obra, dava ênfase ao Direito então vigente em seu país, que enfrentava situação de longe parecida com o Direito brasileiro atual, para justificar a codificação afirma que:

«... todo nuestro Derecho autóctono es un amontonamiento informe de preceitos abigarrados y contradictorios, que anulam unos a otros, que parecen destinados a separar a los alemanes entre si y a hacer imposible que jueces y abogados conozcan a fondo el Derecho». (Cfr. **JACQUES STERN**, «in» **THIBAUT Y SAVIGNY**, *La Codificación*, Madrid, Aguillar, 1970, págs. XXIII e seg.).

A experiência tem revelado que os Códigos são organizados segundo uma **ordem intrínseca**, que facilita a compreensão; e suas **disposições**, face ao **conteúdo**, revelam desprezo à duração do tempo, oferecendo a impressão de **tratarem-se** de normas eternas, e não, permanentes.

Eternas, não porque imaginam que vigorarão para sempre, mas isso seria impossível, **porque tais normas não sofrem os efeitos da vontade humana instantânea** para serem alteradas, **porque as mudanças** que advirão serão impulsionadas paralelamente pelo direito **natural**, capazes de fazer prevalecer uma **paz duradoura** na convivência humana.

Os primeiros **Códigos** foram o de **UR NAMMU**, e **HAMURABI**, conforme se vê de escritos antigos encontrados.

Todavia, os exemplos históricos mais famosos foram o Código Criminal da **Toscana**, de 1786, o Código da Prússia, de 1794, da Áustria, de 1811; e da França o famoso *Code Civil* de 1804.

Os sábios têm entendido que os Códigos não devem basear-se na **simples compilação das leis positivas**, mas na observação do «justo» contido nas coisas.

As soluções devem ser tiradas do **princípio da utilidade**, universalmente consagrado após do movimento da **codificação** moderna sugerida por **JEREMY BENTHAM**.

Sistemático sim, deve ser o Código para o estabelecimento de uma **direção**, e *completo*, para ganhar a estatura da obra que representa.

O Código há de ser, conforme explicita **ANTÔNIO MANUEL HESPANHA** (*Cultura Jurídica Européia: Síntese de um milênio*, Mira-Sintra, 2003, Publicações Europa - América, 3ª ed.) um conjunto compactado, simples, harmônico e **sistemático** de preceitos normativos, **a favorecer** o conhecimento da lei pelos cidadãos e, por isso potencia o controle destes sobre o Direito.

Por outro lado diz o mestre que o Código constitui um «monumento jurídico» **que aspira** à permanência, à incarnação da estabilidade da razão jurídica, à **corporização** dos consensos profundos.

Há, em verdade, afirmamos, uma **convicção** de que a lei é a expressão da **vontade geral** dos cidadãos.

A propósito, contudo, o Prof. **HESPANHA** fala sobre a realidade que efetivamente **imperava em alguns lugares**, pondo à calva, que a **aceitação** da lei como produto da vontade do povo pressupunha a **transparência democrática do Estado**, ou seja, que a lei fosse de fato, a expressão, **tanto quanto possível direta**, da vontade dos cidadãos.

Entretanto, o caráter restrito da base social das democracias representativas, a **partidocracia**, a manipulação da vida política pelos governantes, a erupção da mediação dos **burocratas**, destruíram esses pressupostos.

O Dr. **ENRIQUE DE GANDÍA**, «in» *El espíritu del nuevo Derecho Aleman*, preliminar à obra de **F. DE SAVIGNY**, *De la Vocación de Nuestro Siglo para la Legislación e la Ciência del Derecho*, trad. do alemão, de **ADOLFO G. POSADA**, Buenos Aires, Editorial Atalaya, s/d, pág. 35, lembra:

«No es cierto que todos los regímenes políticos respondan a necesidades del pueblo. Hay regímenes que se imponen por la violencia, por la propaganda, por el estímulo de las bajas pasiones e intereses criminales. Lo hemos visto y lo hemos palpado y nadie podrá alegar, honradamente, el contrario. El razonamiento de las masas es siempre escaso; sienten, en cambio, las emociones. Por ello los demagogos impresionan al pueblo con argumentos falsos que logran, con rapidez, adhesiones totales, apoios inconscientes de futuras e seguras tiranias.»

«Enquanto a doutrina estiola, **a inovação** legislativa faz-se de jato, a golpes legislativos. Este mesmo fato, **depositando** o direito na vontade sempre mutável dos legisladores, convida a soluções dependentes das **maiorias parlamentares**, nem sempre muito amadurecidas e freqüentemente inspiradas por uma **arrogância legislativa** pouco atenta aos limites da regulação social por meio da lei. A lei banaliza-se e torna-se efêmera. **O poder político substitui-se à autoridade científica como fundamento e legitimação do Direito.** Este fica dependente das **maiorias parlamentares**, tornando-se perigosamente vizinho da política. Tudo isto dá origem a uma perda de prestígio do Direito, quando não a uma **desconfiança** em relação a ele, induzidas ambas pelo desprestígio da política e **desconfiança** que ela progressivamente suscita.» (expressões antológicas de **ANTONIO MANUEL HESPANHA**, cit., págs. 269-270, adotada por **JOSÉ RENATO GAZIERO CELLA**, «in» *Positivismo Jurídico no Século XIX*, <http://www.compedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3358.pqf>).

Além das grandes dúvidas que tais aspectos possam suscitar, **examinemos rapidamente** o que nos reserva a atividade relacionada com o tratamento do Novo Código Civil pelos **operadores do Direito** – advogados, juízes, promotores, etc. – em meio ao caos jurídico em que se vive no Brasil.

O Prof. **MIGUEL REALI**, um dos supervisores do Projeto do Código Civil de 2002, com a simpleza do cientista, proclama o seguinte, ao fazer-Ihe referência:

«o princípio da **operabilidade** leva, também, a redigir certas normas jurídicas, que são normas abertas, e não normas cerradas, para que a atividade social mesma, na sua evolução, venha a alterar-Ihe o conteúdo através daquilo que denomino **'estrutura hermenêutica'**. Por que no meu modo de entender, a estrutura hermenêutica é um complemento natural da estrutura **normativa**. E é por isso que a doutrina é fundamental, porque ela é aquele modelo **dogmático**, aquele modelo teórico que diz o que os demais modelos jurídicos significam.»

Pois bem, o Prof. **REALI**, que por muito tempo iluminou as arcadas da Universidade de S. Paulo, acredita que **«a estrutura hermenêutica é o complemento natural da estrutura normativa.»**

E o faz ao explicar o «princípio da **operabilidade**», a incidir, evidentemente, na atividade do advogado, que ordinariamente deve empregar todo o **arsenal** de instrumentos intelectuais visando a **revelar** o seu raciocínio à luz da regra jurídica.

Não teria se lembrado, todavia, o douto supervisor do projeto, de que estamos, no Brasil, **sob o império** de um código de processo civil que reflete, sobretudo com reformas sofridas, **obra intelectual** das mais inopiosas a esta altura dos tempos, sobretudo pela carência de cientificidade, que impede estudos comparados.

Soma-se a isto, a sua aplicação na **prática**, que vem seguindo o critério do «pau na máquina», com atenção ao uso indiscriminado do **princípio da celeridade**, de um modo que mais parece com princípio da **injustiça acelerada**, na linguagem de **SOVERAL MARTINS**.

Código esse, o CPC, feito ao tempo da chamada ditadura militar, e reformado por partes ao tempo do **desenvolvimento** da **nova república**, que fez surgir **textos legais** amiúde constrangedores, e determinantes de aplicação de penas para impor restrição e **desencorajar** a busca da prestação jurisdicional principalmente.

Sempre esposamos a idéia de que o processo deveria ser a artéria cultural por onde fluiriam as garantias fundamentais asseguradas aos cidadãos.

O CPC brasileiro, no lugar de ser o **instrumento** da aplicação das garantias individuais, assegurando a liberdade do cidadão **que busca justiça**, como outras leis soltas produzidas no planalto regula sua aplicação através da **fixação arbitrária e indiscriminada** de penas pecuniárias, de molde a restringir impiedosamente o caminho dessa peregrinação.

E existe em tramitação, projeto de um novo Código de Processo Civil, que é a mais autêntica consolidação de tudo quanto se criou em favor de

um comando arbitrário através do judiciário nos últimos tempos por meio das *reformas* «supra» indicadas. Exemplo disso a «sucumbência recursal», conforme modelo da Rússia desmontada.

Cientificamente, **o processo judicial** há de ser um instrumento em que desenvolva-se, de maneira irrecusável o **diálogo**, onde as opiniões várias, dos operadores do Direito, ainda que em ambiência de sofreguidão sejam dadas como perturbadoras, hão de ser **confrontadas**, para justa solução do conflito.

Por isto é que se diz que o processo há de ser **uma obra** coletiva, e não, individual.

LUCA DE PEÑA, no século XIV já dizia, anunciando novas épocas do pensamento jurídico, que «**O direito, na verdade, não pode prosperar se não houver algum jurisconsulto que o torne melhor pela sua interpretação.**»

TIBÉRIO DE CIANI, citado por **MORTARI**, lembrava que: «**Sem BARTOLO e certos outros intérpretes seus, o nosso Direito não existiria.**»

Mas, a despeito da evolução do **pensamento** jurídico já a essa época, o nosso Código de Processo Civil tal como se apresenta, foi fincar suas raízes no **voluntarismo** encontrado exatamente na **gênese do Direito da idade média**, absurdamente arbitrário.

A atitude do voluntarismo, lembra **ANTÓNIO MANUEL HESPANHA**, não é, de modo algum, **pensar o direito** mas, em vez disso, *obedecer servilmente a lei*.

De fato, para o voluntarismo, o direito é produto de uma vontade – **a vontade divina, a do legislador ou do príncipe** –, cujo conteúdo é, em princípio, **arbitrário**.

Daí que o jurista, e sobretudo o advogado no patrocínio da causa, apenas estejam tendo **uma forma** de descobrir o que é justo:

Interpretando da forma mais humilde possível, a vontade da entidade que quis o Direito.

O direito torna-se, segundo o CPC, à luz da doutrina supra, **um dado** indisponível a que o intérprete tem apenas que **reverenciar e obedecer**. É tal como um «ovo de serpente»!

O CPC, ao fixar a **responsabilidade processual**, determinando, sem qualquer critério, a não ser o **critério do pecado**, aplicação de penas à parte dada, **também sem qualquer critério**, como criadora de empecilhos ao andamento do processo, além de **contraditória** com relação ao art. 262, que determina o IMPULSO OFICIAL aos atos depois da **petição de ingresso**, criou margem a arbitrariedade tamanha, que na prática, face à idiossincrasia do cidadão latino, como lembra **JOSSERAND**, que não pode ver uma **chance** de sobrepor-se aos patrícios quando a lei lhe oferece um instrumento para fustigá-los, **o perdedor da demanda**, além de ter reconhecida a sua responsabilidade *objetiva* – normal –, que o leva **aos efeitos** da sucumbência, vê-se a braços, amiúde, com o reconhecimento de **responsabilidade subjetiva**, e condenado gratuitamente a pagamento de multa arbitrariamente aplicável. Conforme se deduz do *Contrato Social*, de **ROUSSEAU**, semelhante procedimento estimula o uso do **instinto**, no lugar do **sentimento de Justiça**.

Não obstante esse quadro, penas pecuniárias vêm sendo **aplicadas** no Brasil, na maioria das vezes por mero capricho ou «entusiásmo».

Positivamente que, enquanto a porta do arbítrio e da coação processual estiver assim tão **escancarada**, enquanto não houver sensibilidade bastante para se perceber a **existência** do princípio universal de **que a má-fé não se presume**, continuaremos advogando no Brasil sob o império do constrangimento, **havendo** pouca chance para que prospere o ideal de **MIGUEL REALI**.

