

# SOBRE UM DIREITO "EMANCIPADO"

Prof. Dr. Orlando Ferreira de Melo\*

Dentre as doutrinas da interpretação do direito, tomou vulto, nas últimas décadas, a teoria do "decisionismo livre", também conhecida como "livre interpretação do direito" ou "direito alternativo".

Trata-se de um conjunto doutrinário que tem fervorosos defensores e aguerridos oponentes, todos apoiados em sólidas argumentações persuasivas.

Criou-se um quadro de luta aberta, pois o decisionismo livre está carregado de matizes ideológicas. Tem a áurea da contestação, da revolta, no estilo secular dos "pequenos contra os grandes" sendo, por isso, repudiado pelas correntes conservadoras.

Entretanto, quando se alçam os olhos para fora e acima do campo de batalha, longe dos ataques e defesas, e os voltamos para o passado, constatamos, na doutrina do decisionismo livre, ou que outro nome lhe dêem, a consequência natural da evolução do direito, desde os antigos romanos às politizadas conjecturas de hoje.

Tal afirmação pode parecer ousada ou inconsequente aos adeptos dos princípios de "lei e ordem" ou de segurança jurídica a qualquer preço. Mas nosso escopo é bem definido: não escrevemos como um proselitista, mas como um observador independente.

Se repassarmos a gênese da metodologia do direito, deparamo-nos, na velha Roma, com a prática, pelos juristas, "de uma sociologia normativada e valorativa"<sup>1</sup>. Os primeiros juristas romanos, talvez influenciados pelas doutrinas de Aristóteles, analisavam a sociedade, seus atos, procurando perceber o justo e o injusto nas ações humanas. Foram assim, aos poucos, com base nesses estudos comportamentais, estabelecendo padrões éticos, transformando-os em princípios regedores e regras de comportamento. Muitos desses princípios, que chegaram até nós sob a forma de brocados ou parênteses jurídicos, servem ainda de bússola para orientar a tarefa interpretativa.

Foi assim, à luz da normalidade e de testados padrões sociológicos, a que se agregou um complexo de imagens, ficções e pré-conceitos, é que se firmou o que hoje chamamos de "senso comum dos juristas"<sup>2</sup>.

Com o passar do tempo, esses padrões, que nada mais eram que interpretação de costumes, da observação dos indivíduos em suas interligações, das vontades coletivas, enfim, da própria vida em si, esses padrões, dizíamos, foram se cristalizando em normas e empacotados em múltiplos diplomas legislativos, dos quais tivemos um padrão universal nos Códigos de Napoleão<sup>3</sup>.

\* Doutor em Direito pela UFSC; Professor do Curso de Mestrado em Ciência Jurídica da UNIVALI.

A partir desses Códigos, verdadeiras catedrais de sabedoria jurídica, reafirmou-se a interpretação da lei na técnica puramente gramatical, sinonímica, técnica já adotada pelos glosadores medievais em seu labor sobre os textos de Ulpiano e que consistia, basicamente, em trocar o sentido de um vocábulo por outro equivalente. Admitia-se que as palavras da lei tinham sentido unívoco que o intérprete descobriria e sistematizaria.

Mas os caminhos da sabedoria e da ciência são inexoráveis. No século XVIII, surgem estudos e conclusões sobre sistemas políticos, destacando-se os trabalhos de Thomas Morus e Montesquieu, este considerado como o primeiro sociólogo. Mas foi com Augusto Comte, no século XIX, que nasce a sociologia, assim por ele batizada. É o início do deslocamento do interesse concentrado na lei para o homem.

A lei é feita para servir o homem e não para escravizá-lo com preconceituosas regras, a favor de um pretense bem estar social. A sociologia, principalmente se entendida como psicologia social e etnografia, apresenta uma nova versão do homem, do seu inter-relacionamento, da sua cultura, “mores” e “folkways”.

Os estudos, nesse campo, avançam com Spencer, Oppenheimer, Max Weber e muitos outros, estudos que desaguariam inevitavelmente num sociologismo jurídico, ao sabor de várias correntes ou métodos, como o histórico, o evolucionista, o biológico e o estatístico. Estrutura-se uma sociologia do direito, com os estudos de Ehrlich, em Viena, que escreveu no prefácio de sua obra: “O centro de gravidade do desenvolvimento do direito, na nossa como em todas as épocas, não reside nem na legislação nem na ciência jurídica ou jurisprudência, MAS NA SUA PRÓPRIA SOCIEDADE”<sup>4</sup>.

Entretanto, o mais específico estava latente, ou

seja, a ciência do comportamento humano intrinsecamente considerada: desvinculando-se da filosofia surge a psicologia de inspiração científica, desdobrada numa pluralidade de sistemas e escolas, ressaltando-se o funcionalismo, o behaviorismo, a psicologia das formas e a psicologia topológica<sup>5</sup>.

Destacam-se os estudos que tentaram mostrar um quadro inteligível do funcionamento da mente, como a teoria de Freud, ao dissecar topograficamente o aparelho psíquico, mostrando o funcionamento sincronizado do que denominou ego, superego e id<sup>6</sup>.

Neste quadro científico de estudo aprofundado dos mistérios do psiquismo e da conduta humana, prosperaram doutrinas de interpretação jurídica, privilegiando a análise dos fatos e colocando em segundo plano, a leitura da norma na sua estrutura lexiológica.

De um ato extremamente lógico, racional, silogístico e frio, a interpretação evoluiu para um racionalismo emocional, em alguns casos extremados, como a vertente política do “direito alternativo”.

Nesta fase evolutiva, para Adickes, “o direito positivo é limite à comunicação do juiz, mas para além desta barreira ele pode formar direito livremente”; Kohler estuda a teoria da interpretação “pondo à luz a força criadora da jurisprudência”; Geny quer “que o juiz produza o direito, fazendo-se guiar pela observação da natureza das coisas, dos princípios da justiça, da sociologia e da filosofia”; Kantorowiks proclama que “o juiz deve decidir a seu arbítrio”; Ehrlich reconhece ao juiz “o poder de, mediante descoberta livre, adaptar o direito às necessidades de sua época.”<sup>7</sup>.

Como se constata, muitas idéias prosperaram na evolução do sociologismo jurídico ou dele

derivados, algumas com certas precauções recomendando que, apesar das asas soltas para um longo vôo, haveria sempre um substrato normativo a ser considerado, outras não estabelecendo limites para a interpretação voluntarista, atingindo o decisionismo livre.

Uma das escolas de rompimento das amarras normativistas é a proposta por Carlos Cossio, jurista argentino, denominada “egologismo”. A essência desta escola reside na ênfase que dá ao estudo e interpretação dos fatos, da própria vida para, a eles, aplicar o texto legal. Afirma Cossio: “O jurista não interpretaria a lei, senão a

conduta através da lei. As normas não devem ser analisadas com vista à sua referência dogmática, mas apontando ao objeto que estes mencionam - a conduta em interferência intersubjetiva.”<sup>8,9</sup>.

Nesse contexto dialético, as doutrinas interpretativas do direito chegaram até nós. O campo de estudo é vasto, teoricamente inexaurível. Muito há, ainda, que pesquisar e debater e é nesta direção que estimulamos nossos mestrandos, como forma de atingir um saber autêntico e vivificante.

## Referências Bibliográficas

- 1 - CUNHA, Paulo Ferreira da. Princípios de direito. Porto: Rés, s. d. p. 555 p.
- 2 - Expressão cunhada por Luis Alberto WARAT. “Conceito operacional que serve para mencionar a dimensão ideológica das verdades jurídicas. Nas atividades cotidianas os juristas encontram-se influenciados por uma constelação de representações, imagens, pré-conceitos, crenças, ficções, hábitos de censura enunciativa, metáforas, estereótipos e normas éticas que governam e disciplinam anonimamente seus atos de decisão e enunciação, visões, fetiches, lembranças e idéias dispersas”.
- Introdução geral do direito. vol 1. Interpretação da lei: Temas para uma formulação, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1995. 232 p.
- 3 - CARBONNIER, Jean. Sociologia jurídica. Coimbra, Almedina, 1978. 462 p.
- 4 - \_\_\_\_\_. op cit. p. 126.
- 5 - KLINENBERG, Oho e Colaboradores. Psicologia moderna. São Paulo: Agir, 1953. 461 p.  
SKINNER, B. F. Ciência e comportamento humano. Brasília: Fundação Brasileira para o Progresso da Ciência, 1970. 252 p.  
DURKHEIM, Emile. Lições de sociologia. São Paulo: T. A. Queiroz Editor, 1983. 206 p.
- 6 - FREUD, Sigmund. Esboço de psicanálise. Coleção “Os Pensadores”, São Paulo: Victor Civita, 1974. v.39, 307p.
- 7 - WARAT, Luis Alberto. Introdução geral do direito. Interpretação da lei. Temas para uma reformulação, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1995. 232 p.
- 8 - \_\_\_\_\_. op. cit. p. 85.
- 9 - COSSIO, Carlos. La valoración jurídica y la ciencia del derecho. Buenos Aires: Ediciones Ararú, 1954. 155 p.

# DEPOIMENTOS

