

O raciovitalismo de Luís Recaséns Siches como método de interpretação do Código Civil.

The ratiovitalism of Luis Recasens Siches as a method of interpretation of the Civil Code.

GILBERTO FACHETTI SILVESTRE

Professor da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES); Doutorando em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP); Advogado.

RESUMO: Discute o processo de interpretação e aplicação do Direito e os métodos e formas de realizá-las, apontando o pensamento dos principais autores que trataram do tema e seus posicionamentos. Analisa as influências da razão vital ou histórica de José Ortega y Gasset e como sua filosofia influenciou o jusfilósofo Luís Recaséns Siches a formular um método de interpretação do Direito que reage à lógica tradicional, de essência matemática, do juspositivismo e do normativismo. Tal método se fundamenta na razão vital e na lógica do razoável, reconhecendo que o Direito é um objeto de criação humana, sendo, portanto, circunstanciado por diversos fatores culturais, históricos, sociológicos, políticos, ou seja, vitais, e que deve ser interpretado de acordo com essas circunstâncias, pois é assim que se obtém uma decisão justa, isto é, razoável. O método em questão é o raciovitalismo, que em essência propõe que, entre várias interpretações razoáveis para uma norma jurídica, seja escolhida para ser aplicada aquela que for mais razoável, isto é, aquela que atende aos pressupostos de justiça e bem estar social.

ABSTRACT: This dissertation discusses the process of interpreting and applying the Law and the methods and means that may be used while presenting the different views of the authors who have addressed the issue. It analyzes the influence of Jose Ortega y Gasset's doctrines of "vital reason" and "historical reason" and how his philosophy influenced Luis Recasens-Siches in formulating a method of interpretation of the Law opposing traditional logic – of a mathematical essence – of the legal positivism and normativism. Such method is based on the concepts of "vital reason" and "logic of reasonableness", recognizing that the Law is an object of human creation, and as such it is guided by various cultural, historical, sociological, political factors, i.e., "vital factors", and that it should be interpreted under

these circumstances if one wishes to reach a fair and reasonable decision. The method in question is called "ratio-vitalism", which essentially proposes that, among several reasonable interpretations of a rule, the one that should be applied is that which is most reasonable, i.e., the one that best meets the objectives of justice and social welfare.

PALAVRAS-CHAVES: Razão vital – interpretação do Direito – aplicação do Direito – raciovitalismo – Código Civil.

KEYWORDS: Vital reason – interpretation of the law – application of law – ratiovitalism – Civil Code.

SUMÁRIO: 1. Introdução: a importância da interpretação para o Direito. 2. O raciovitalismo jurídico. 2.1. Lógica racional e interpretação do Direito. 2.2. Críticas à lógica tradicional como método de interpretação do Direito. 2.3. A razão vital de José Ortega y Gasset. 2.4. O raciovitalismo de Luís Recaséns Siches. 3. O raciovitalismo e a interpretação do Código Civil. 4. Conclusão. 5. Referências bibliográficas.

1. Introdução: a importância da interpretação para o Direito.

Nos tempos de Napoleão acreditava-se que a norma poderia ser aplicada sem ser interpretada. É justamente a ideia contrária que será defendida nesse trabalho, afinal, como chegar a uma decisão, ou seja, como realizar uma norma, sem previamente descobrir do que está se tratando, a mensagem que ela contém, ou seja, seu significado? Para chegar a uma decisão, no processo de conhecimento e aplicação do Direito, deve-se primeiro descobrir uma decisão anterior que está contida nessa norma. E para determinar o que está contido nessa norma que será adotada ou utilizada, é necessário, preliminarmente, desvendar o que ela diz, qual o *dever-ser*, a conduta planejada, a regra, o mandato, o que está requerido. Portanto, a decisão de um juiz, por exemplo, ou mesmo uma proposição doutrinária, decorre de um processo complexo, baseado na trilogia *linguagem – interpretação – aplicação*.

A aplicação é sempre uma escolha. Autorizar ou não autorizar. Em nossas vidas, todos os nossos atos são sempre escolha e decisão. Geralmente essas decisões têm fundamento em uma norma. A aplicação do Direito é uma decisão que tem como fundamento, uma norma. Por isso, talvez o Direito seja um sistema de decisões.

Doravante, aplicação, interpretação e linguagem serão associadas num processo único, esclarecendo que o momento de aplicação supõe sempre uma realização, seja de um tipo de norma, seja de outro, e que essa aplicação sempre supõe uma decisão, a partir de uma escolha, que se dá a partir da interpretação, um processo prévio que tem a função de atribuir significado aos enunciados jurídicos.

Com isso, será demonstrado que a realização do Direito não é um processo simples; é um processo simples para aqueles que veem a aplicação silogisticamente, ou um simples silogismo, como no caso da lógica tradicional empregada no Direito. Quem admite a aplicação como um processo de altíssima complexidade, terá que compreender sua complexidade e suas dificuldades; terá que concordar com Dworkin, quando este reforça que a atividade de aplicação que o juiz faz sofre influência de muitos fatores que não são somente jurídicos.¹

Uma vez criada a lei esta se tornava independente do seu criador, e o intérprete deveria somente buscar no Direito positivo a mensagem, sempre tendo como referência a vontade do legislador ou a vontade da lei, mas jamais poderia ir além do Direito positivo. Essa era, na lição de Recaséns Siches, a aplicação da lógica tradicional, físico-matemática, ao Direito, predominante na ciência do direito do século XIX, de método dedutivo puramente silogístico (mera subsunção), assim caracterizado por ele:

“Las escuelas jurídicas prodominantes en el siglo XIX sostenían la tesis de que la función del juez debe consistir en *conocer* las normas jurídicas y en *subsumir* bajo éstas los hechos pertinentes, siguiendo en tal proceso las reglas de una operación lógica. Según aquellas escuelas, el juez tenía que aplicar el Derecho de acuerdo con los principios de la lógica cognoscitiva. En caso de lagunas, el juez debía llenarlas por el procedimiento de interpretar ‘conceptos’. Puesto que se suponía que las normas jurídicas vigentes eran deducciones de un concepto fundamental, se consideraba que un conocimiento a fondo de éste suministraría las nuevas reglas que fuesen necesarias. Este era el método llamado de la ‘construcción’, un método que operaba con fórmulas. Tal método consistía en destilar primeramente un concepto derivándolo de las normas jurídicas existentes, y em deducir después nuevas reglas de ese concepto”.²

¹ Ronald Dworkin, *O império do direito*, São Paulo, Martins Fontes, 1999, p. 492: “O que é o direito? Ofereço, agora, um tipo diferente de resposta. O direito não é esgotado por um catálogo de regras e princípios, cada qual com seu próprio domínio sobre uma diferente esfera de comportamentos. [...]. É uma atitude interpretativa e auto-reflexiva, dirigida à política no mais amplo sentido. É uma atitude contestadora que torna todo cidadão responsável por imaginar quais são os compromissos públicos de sua sociedade com os princípios, e o que tais compromissos exigem em cada nova circunstância. [...]. A atitude do direito é construtiva: sua finalidade, no espírito interpretativo, é colocar o princípio acima da prática para mostrar o melhor caminho para um futuro melhor, mantendo a boa-fé com relação ao passado. É, por último, uma atitude fraterna, uma expressão de como somos unidos pela comunidade apesar de divididos por nossos projetos, interesses e convicções. Isto é, de qualquer forma, o que o direito representa para nós: para as pessoas que queremos ser e para a comunidade que pretendemos ter”.

² Luís Recaséns-Siches, *Tratado general de filosofía del derecho*, 18ª ed., Ciudad del México, Porrúa, 2006, p. 635.

Indagando quanto à existência de uma “nova ciência” do Direito, Nino entende que a dogmática jurídica tradicional – reduzida ao Direito positivo – é cada vez mais questionada e vem sendo objeto de reclamações por uma revisão de seus pressupostos e métodos. Conclui que:

“Cada vez resulta más evidente la tensión que sufre la dogmática jurídica entre, por un lado, los ideales profesados explícitamente por sus cultores de proporcionar una descripción objetiva y axiológicamente neutra del derecho vigente y, por otro lado, la función, que la dogmática cumple en forma latente, de reconstruir el sistema jurídico positivo de modo de eliminar sus indeterminaciones. Es obvio que aquellos ideales son incompatibles con esta función, puesto que la tarea de eliminar las indeterminaciones del sistema exige elegir un solución entre las varias alternativas que el sistema jurídico ofrece; y esto no resulta de la mera descripción de las normas positivas, ni puede realizarse sin tomar partido acerca de la mayor o menor adecuación axiológica de cada una de las posibles alternativas”.³

Esse entendimento do que seja a dogmática resulta como condição para este estudo. Veja que Nino chama a atenção para a necessidade de superar a dogmática clássica que reduz o Direito a um catálogo de regras e a um sistema de normas fechado. Deve-se admitir, assim, que a compreensão do Direito vai além do positivado, isto é, está além da mera letra da lei: o Direito não é apenas a lei. Ora, quando se fala em raciovitalismo fala-se, na verdade, de conhecimentos *não legais* que o operador do Direito deve utilizar e aplicar, e aplica.

Um trabalho que pretende apresentar e discutir o papel jurídico deste método interpretativo, baseado em algo externo ao mundo do Direito, deve, obrigatoriamente, assumir uma postura de superação e reconhecer a multidimensionalidade do Direito e as várias influências que este recebe. Esta é, então, uma pesquisa sobre a influência de fatores culturais, históricos, políticos, isso é, fatores circunstanciais da sociedade ao Direito no cotidiano jurídico, especialmente no processo de decisão judicial, no qual o juiz aplicará a norma jurídica.

Colocado esse ponto de vista – de reconstrução da dogmática jurídica tradicional em uma dogmática mais aberta – será possível melhor determinar em que consiste a lógica do razoável e o raciovitalismo.

³ Carlos Santiago Nino, *Introducción al análisis del derecho*, 11ª ed., Barcelona, Ariel, 2003, p. 339. Nas páginas seguintes, disserta sobre o papel do jurista na solução de problemas à luz do Direito, o que servirá de base para os juízes solucionarem os casos práticos: “Puesto que los órganos de decisión jurídica deben, inevitablemente, asumir posiciones valorativas para justificar la aplicación de cierta norma jurídica a un determinado caso y la asignación a esa norma de una determinada interpretación entre varias posibles, es irrazonable pretender que los juristas académicos renuncien a asistirlos en su tarea. Los teóricos del derecho se encuentran, en varios sentidos, en mejores condiciones que los jueces para explorar problemas de fundamentación axiológica de soluciones jurídicas” (pp. 340-341).

A processualística contemporânea, por exemplo, muito discute a atribuição cada vez maior de poderes decisórios aos magistrados e, neste sentido, o raciovitalismo pode contribuir substancialmente para a construção democrática do papel institucional do Judiciário.

Ross entende que o pensamento do juiz não somente refere-se a usar a lei por subsunção dedutiva, senão que também se refere à lei e ao caso por uma *dialética estimativa*. O caso está submetido à lei por subsunção somente depois que a lei tenha sido declarada apta para o caso a partir de uma valoração. Dessa maneira, situa-se a aplicação do Direito como um processo complexo que não pode ser reduzido a um simples silogismo.⁴

Por tais razões, é possível entender o processo de interpretação a partir de um chamado *Círculo Hermenêutico*, no qual há todo um processo axiológico que demonstra a complexidade da aplicação do Direito. Se este fenômeno dependesse de um mero silogismo, então não seria necessário um juiz humano; bastaria uma máquina capaz de subsumir fatos a premissas normativas. É verdade que a aplicação é sim silogismo; mas não só isso. Em todo ato decisório intervém valores, ideias. É por causa desta razão que não se pode considerar a aplicação do Direito como um processo silogístico, simplesmente. É um processo dialético (*dialética estimativa*), cuja principal característica é a interferência de juízos de valor. Quer isso dizer que o contexto não é só normativo; é também valorativo, social, político, finalístico *etc.*

2. O raciovitalismo jurídico.

Luís Recaséns-Siches se insere na corrente de pensamento culturalista com sua teoria vitalista do direito ou raciovitalista, guiado pelas ideias do filósofo espanhol José Ortega y Gasset. Na jusfilosofia de Recaséns Siches, o raciovitalismo surge como uma forma de interpretar o Direito. De acordo com o autor, sem interpretação não há possibilidade de que exista a ordem jurídica. Para o autor existem vários métodos de interpretação e, por outro lado, a necessidade de que somente deve haver um único método de interpretação.⁵ O raciovitalismo como método de interpretação do Direito, que levará a uma decisão justa, é uma reação do autor à lógica tradicional, racional, físico-matemática, difundida como método para interpretação da lei.

2.1. Lógica racional e interpretação do Direito.

⁴ Alf Ross, *Direito e justiça*, Bauru, Edipro, 2000.

⁵ Luís Recaséns-Siches, *Introducción al estudio del derecho*, 14ª ed, Ciudad del México, Porrúa, 2006, pp. 210-262.

A interpretação do Direito baseada em um método lógico-racional pretende descobrir o alcance da lei sem a interferência de elementos que não estejam presentes no texto legal. Ou seja, o sentido da lei é encontrado *sub litteris* ou *ipsi litteris*, no próprio texto legal. Dessa forma, fatores externos não interferem na busca do sentido do Direito, respeitando-se fórmulas da lógica geral que dão significado ao Direito a partir de regras silogísticas e de uma atividade meramente subsuntiva (subsunção do fato na hipótese normativa e verificação da consequência).

Nesse sentido, Kelsen demonstra que a norma jurídica não é um enunciado do *ser*, mas uma prescrição, um juízo hipotético categórico, um *dever ser*, que expressará a conduta humana estabelecida por uma norma.⁶ Sendo assim, é possível representar a visão da norma em Kelsen da seguinte maneira:

“Se *H*, deve ser *C*” ou “ $H \Rightarrow C$ ”, sendo:

H – hipótese normativa, ou seja, o fato humano, a conduta prescrita;

C – consequência jurídica, ou seja, a sanção.

Para Kelsen, porém, o Direito conteria duas formulações para as normas jurídicas, as chamadas *normas primárias* e *normas secundárias*, assim representadas:

NORMA PRIMÁRIA:

“Se *F* é, deve ser *P*” ou “Dado *F*, deve ser *P*”, quer dizer, se ocorrer determinado fato (*F*), deve ser realizada certa prestação (*P*).

NORMA SECUNDÁRIA:

“Se não-*P*, deve ser *S*” ou “Dado não-*P*, deve ser *S*”, o que significa que, se a prestação (*P*) não for cumprida como se determina, então deverá ser aplicada a consequência jurídica prescrita, isto é, a sanção (*S*).

Outro autor que explicará a estrutura do Direito a partir de termos lógicos é Cossio⁷, que influenciado por Kelsen elabora o chamado *juízo hipotético disjuntivo (ou)* que reunirá em uma única proposição (juízo) as normas primária e secundária de Kelsen, o que pode ser assim representado:

⁶ Hans Kelsen, *Teoria pura do direito*, 6ª ed., tradução de João Batista Machado, São Paulo, Martins Fontes, 1998, pp. 40 e ss.

⁷ Carlos Cossio, *La valoración jurídica y la ciencia del derecho*, 2ª ed., Buenos Aires, Arayú, 1954.

| |
|--|
| <p>JUÍZO HIPOTÉTICO DISJUNTIVO</p> <p>“Dado F, deve ser P por T’ em face de T’” (endonorma)</p> <p>OU</p> <p>“Dado não-P, deve ser S pelo J face a E” (perinorma)</p> |
| <p>NORMA COMPLETA</p> |

O que pode ser traduzido como: se ocorrer um determinado fato (F), deve ser prestação (P) pelo sujeito devedor (T’) face ao sujeito que tem a pretensão (T’), ou dada a não prestação (não-P), deve ser aplicada a sanção (S) pelo funcionário (J) face à comunidade (E).

A lógica no Direito pretende possibilitar silogismos corretos e escolha racional e justificada das premissas normativas. A partir disso garantir-se-ia o controle das decisões e a qualificação do Direito como uma ciência.

Esse modelo foi estruturado a partir do século XVIII, com a ascensão do positivismo nas ciências sociais e o processo de codificação vivido na Europa continental. A atividade judicial restringe-se a uma tarefa meramente declaratória da norma que se aplica a certo caso concreto. Cabe ao juiz apenas realizar um silogismo lógico-dedutivo no qual se chegaria à conclusão a partir da subsunção do fato (*premissa menor*) a uma hipótese normativa (*premissa maior*). O resultado consistia na sanção (*consequência*) a ser aplicada aos sujeitos envolvidos no fato. Assim também agiria o jurista. De se observar, então, que o juiz era apenas “aplicador da lei” aos casos concretos. Daí a célebre frase do Barão de Montesquieu: “*le juge est la bouche de la loi*”, quer dizer, “o juiz é a boca da lei”.

Kaufmann faz uma importante caracterização do positivismo legalista que muito bem se relaciona com a atividade processual do juiz no século XIX:

“O ‘positivismo jurídico-científico’, assim baptizado por Franz Wieacker, foi a reacção necessárias à arbitrariedade na jurisprudência suscitada pelo pensamento jusracionalista e à inaudita insegurança jurídica daí decorrente. Tais abusos fizeram-se notar em especial no direito penal. Quando o juiz não conseguia subsumir um caso numa previsão normativa (era esta a *Constitutio Criminalis Carolina* de 1532, abreviadamente designada por ‘Carolina’), decidia de acordo com o seu ‘juízo razoável’ e aplicava uma *pœna extraordinaria*. Acresce que não vigorava o caso julgado. O ilibado (em todo o caso, tratava-se apenas de uma ‘absolvição de instância’) podia, a todo tempo, voltar a ser levado a juízo. Em suma: a lei não valia nada. O século XIX trouxe a *vitória da ideia de lei*, já preparada pela nova concepção de Estado de Jean Bodin. [...] a *validade* de uma lei apenas depender da observação do procedimento legislativo formal, da existência de um autêntico acto de vontade do soberano (*ita ius esto!*), não do conteúdo da lei. A positividade torna-se a ‘natureza’ do direito. [...] Feuerbach exigiu uma rígida vinculação da jurisprudência à lei, ou seja, *nulla poena sine lege* [...]. Também a doutrina da separação de poderes de Montesquieu desempenhou aqui um papel importante. Segundo o afirmado na sua obra *De l’esprit des lois*, ao poder judicial apenas cabe aplicar o direito, não lhe competindo completá-lo nem suprir as suas lacunas criativamente; a jurisprudência não poderia ser mais do que ‘la bouche qui prononce les paroles de la loi’. Feuerbach

expressou-se de forma muito parecida. O juiz, dizia ele, deve estar vinculado às ‘rígidas, nuas letras da lei; a sua actividade não deve ser outra que não a de comparar o caso concreto com essas letras e, sem ter em conta o sentido e o espírito da lei, condenar, quando o som da palavra mandar condenar, ilibar, quando ele ordenar ilibar’”.⁸

Perceba, pelo citado, que o positivismo jurídico se fundamenta em dois dogmas básicos:

1. O juiz não pode criar o direito; e
2. O juiz não pode denegar a justiça (inafastabilidade de atividade jurisdicional).

Esses dois dogmas, de acordo com Kaufmann, pressupõem um terceiro, qual seja: *a ordem jurídico-positiva é um todo fechado e completo*. Desta pressuposição obtém-se outra: *a ausência de lacunas na lei*. Todavia, essa ideia se mostrou insustentável ao longo dos anos, o que ensejou a mudança de paradigma que hoje permite conceber um papel mais ativo ao juiz no processo.⁹

Pois bem. Ocorre que aquela “boca da lei” (e aqui essa expressão se aplica ao juiz e se estende ao jurista) era “inanimada”: a ela não caberia valorações, pois estas foram previamente feitas por quem de direito, o legislador. Ao intérprete caberia apenas aplicar, indiferente a quaisquer circunstâncias, pois o valor já estava contido na premissa maior.

2.2. Críticas à lógica tradicional como método de interpretação do Direito.

Um dos postulados mais importantes do método lógico-dedutivo, ou físico-matemático, é a neutralidade do intérprete. Justamente esse ponto é objeto da crítica de muitos doutrinadores

⁸ Arthur Kaufmann, A problemática da filosofia do direito do longo da história, In A. Kaufmann e W. Hassemer (Orgs.), *Introdução à filosofia do direito e à teoria geral do direito contemporâneas*, Lisboa, Calouste Gulbenkian, 2002, pp. 114-116. Perceba, pelo citado, que o positivismo jurídico se fundamenta em dois dogmas básicos: 1. O juiz não pode criar o direito; e 2. O juiz não pode denegar a justiça (inafastabilidade de atividade jurisdicional). Esses dois dogmas, de acordo com Kaufmann, pressupõem um terceiro, qual seja: a ordem jurídico-positiva é um todo fechado e completo. Desta pressuposição obtém-se outra: *a ausência de lacunas na lei* (p. 121). Todavia, essa ideia se mostrou insustentável ao longo dos anos, o que ensejou a mudança de paradigma que hoje permite conceber um papel mais ativo ao juiz no processo.

⁹ Francisco Rosito, *Direito probatório: as máximas da experiência em juízo*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2007, p. 74, bem caracteriza esse período da história do pensamento jurídico e sua influência sobre o direito processual: “Era um tempo em que predominava a racionalização iluminista, período marcado pela busca da sistematização e simplificação, visando alcançar a almejada segurança jurídica. A pretensão era criar um conjunto normativo, racionalmente deduzido, que contemplasse e disciplinasse todos os fatos possíveis da vida social, encadeados em normas simples, acessíveis a qualquer um do povo. Criou-se, assim, um sistema suficientemente fechado, à semelhança de conjuntos matemáticos. Então, adveio a codificação oitocentista, que deveria ser a expressão integral do Direito. Desse modo, a atividade judicial estava restrita ao puro silogismo, sendo caracterizada pela aplicação mecânica da regra geral posta pela lei ao caso particular em litígio. A norma legal interpretada seria a premissa maior de um silogismo em que os fatos do caso concreto seriam a premissa menor, e com elas obter-se-ia a decisão. O intérprete pouco poderia acrescentar, o que tornava o juiz um instrumento passivo da vontade legislativa. Pressupunha-se que decidir com base na lei era um modo de se ter certeza de que a vontade do povo seria cumprida. Cultuava-se, assim, o texto da lei, cuja interpretação devia estar fundada na intenção do legislador”.

do pós-II Guerra, quando se fala de uma jusfilosofia pós-positivista para o Direito, preocupada com a realização dos valores da sociedade.

English bem expõe os motivos das críticas feitas à lógica tradicional. Seu problema não está no método, mas na maneira como o método é empregado:

“A lógica do jurista é uma lógica material que, com fundamento na lógica formal e dentro dos quadros desta, por um lado, e em combinação com a metodologia jurídica especial, por outro lado, deve mostrar como é que nos assuntos jurídicos se alcançam juízos ‘verdadeiros’, ou ‘justos’ (correctos), ou pelo menos ‘defensáveis’. Uma lógica e metódica do jurista assim entendida não é uma ‘técnica’ que ensine artifícios conceituais com cujo auxílio se possam dominar do modo mais expedito possível as tarefas de pensamento que se deparam ao estudioso do direito. Ela também não é psicologia ou sociologia da heurística jurídica, a qual indaga como se conduzem de facto as pessoas na prática quotidiana ao adquirirem pontos de vista jurídicos. Constitui antes reflexão sobre o processo de conhecimento jurídico especificamente correcto, o que não é coisa de fácil penetração. Ela esforça-se por alcançar (nos limites do que ao conhecimento humano é possível) a meta de descobrir a ‘verdade’ e emitir juízos conclusivamente fundados”.¹⁰

Recaséns Siches expõe de forma resumida as propostas de interpretações das várias correntes doutrinárias e jusfilosóficas que reagiram à aplicação neutra da lógica formal à interpretação do Direito¹¹:

| ESCOLA | INTERPRETAÇÃO DO DIREITO |
|--------------------------------------|--|
| Jheremy Bentham | As leis devem ser interpretadas a partir dos efeitos reais que produzem: leis boas ou justas seriam aquelas que ao ser aplicadas produzem efeitos bons ou justos; enquanto que leis más ou injustas são aquelas que levadas à prática causam efeitos maus e injustos. Consequentemente, o método mais correto para interpretar as leis seria aquele que em cada caso levasse a uma solução mais justa. |
| Rudolf Ihering | O fim é a criação de todo o direito. Não há norma que não deve sua origem a um fim, a um propósito, isto é, a um motivo prático. O direito não é um fim em si mesmo, mas um meio a serviço de um fim, que consiste na existência da sociedade. O critério que serve para julgar o direito é um critério relativo de finalidade. |
| Oliver W. Holmes | A vida real do direito não consiste em lógica, mas em experiência. As necessidades sentidas em casa época, as teorias morais e políticas predominantes, as intuições políticas, assim como as questões que os juízes enfrentam assim como qualquer pessoa, tem interferências muito maiores na determinação das normas para governar os homens que os silogismos lógicos. |
| François Gèny | A lei não é expressão de um princípio lógico, mas manifestação de vontade na qual há um propósito. |
| Hermann Kantorowicz (Gnaeus Flavius) | Se opõe à lógica jurídica da hermenêutica tradicional, pois tal lógica nunca pode indicar o limite do lícito, nem tampouco pode ajudar na busca da solução justa. O importante consiste em utilizar um critério que escolha entre as premissas possíveis somente aquelas que permitem conclusões justas. Eleger a solução mais justa não é um problema de racionalidade, mas sim de vontade. |

¹⁰ Karl English, *Introdução ao pensamento jurídico*, Lisboa, Calouste Gulbenkian, 1965, pp. 07-08.

¹¹ Luís Recaséns-Siches, *Tratado general de filosofía del derecho*, ob. cit., pp. 632-641.

| | |
|---|---|
| Jurisprudência de interesses (Philipp Heck, Max Ruemelin e Paul Oertmann) | O fim último e o sentido essencial de toda legislação consistem em regular de modo adequado as relações inter-humanas. O legislador trata de levar a cabo este propósito, por meio da delimitação das várias esferas de interesses protegidos. Realiza esta delimitação valorando os diferentes interesses opostos, à luz da ideia de bem comum. O juiz deve guiar-se, mas que pelas palavras do legislador, pelas estimativas que inspiraram este. As palavras e os conceitos empregados pelo legislador são apenas meios para levar a serem cumpridos os resultados objetivados por aquelas estimativas. |
| Roscoe Pound (jurisprudência sociológica) | O direito não é pura lógica, mas também um instrumento da vida social para a realização dos fins humanos, no contexto variável da história. O trabalho do jurista teórico, do legislador e do juiz não deve limitar-se a um processo meramente lógico, mas deve conter indispensavelmente um conhecimento sociológico das realidades atuais que sirvam como base para a formulação de normas gerais e individuais inspiradas nos critérios de justiça. O objetivo do direito é a justiça e o bem-estar social. Para tanto, nenhuma norma que em seu resultado prático se afasta dessa finalidade pode justificar sua existência. Não se trata de desligar do juiz seu dever de obediência ao direito positivo. Se trata de que, quando o juiz tenha que dizer até que ponto as normas existentes tem que ser interpretadas extensiva ou restritivamente, deve inspirar-se nas ideias de justiça e bem-estar social, as quais determinarão o método adequado de interpretação, e aclararão a direção e o alcance das normas. |
| John Dewey | A lógica dedutiva deve ser abandonada como instrumento principal e decisivo para chegar a uma sentença judicial, e deve ser substituída por uma lógica diferente, por um tipo de lógica que, ao invés de partir dos antecedentes, tenha em seu centro a consideração das consequências. O propósito desta lógica consistiria em averiguar os efeitos prováveis. |
| Carlos Cossio | Aplicar a lei é pôr um sentido na conduta que se considera. |

Todas essas reações influenciaram Recaséns Siches a elaborar um método que considerasse mais que questões formais para entender o significado do Direito. O autor foi buscar na filosofia do espanhol José Ortega y Gasset as bases para elaboração do seu método: a lógica vital.

2.3. A razão vital de José Ortega y Gasset.

Na obra *El tema de nuestro tiempo*, especialmente, José Ortega y Gasset (1883-1955) desenvolve a ideia de *razão vital*, que vinha construindo em seus trabalhos anteriores. O objetivo de Ortega é a substituição da razão pura pela razão vital. Não que o autor vá contra a razão. Seu objetivo é combater os extremos do racionalismo, que quando submete a vida humana à razão, desconsidera o aquilo que é vital.¹²

Somente a razão vital é capaz de apreender a realidade temporal, porque é uma razão da vida. Diante das inúmeras possibilidades que nos aparecem temos necessariamente que escolher qual caminho seguir. Cabe ao homem pensar, avaliar cada uma das possibilidades e identificar a que mais se aproxima dos seus impulsos vitais. É deste processo de reflexão

¹² Julián Marías, *História da filosofia*, tradução de Claudia Berliner, São Paulo, Martins Fontes, 2004, pp. 493-522.

sobre o que deve ser feito que surge a razão vital. A vida é o próprio órgão de compreensão da realidade.¹³

A filosofia de Ortega é também uma reação ao idealismo, ao positivismo e à fenomenologia. Para ele, essas filosofias construíram fórmulas sobre a verdade que valorizam o tecnicismo e preterem a experiência. O problema é que essas correntes filosóficas destoavam com os acontecimentos históricos do século XX marcados pelas Guerras, pelos regimes totalitários, os massacres étnicos e a massificação e modernização da sociedade. Sob a influência do pragmatismo anglo-americano, que incentivava a realização de um projeto, Ortega admite a possibilidade de aliar concretamente a história e o homem. E esta interseção seria possível se essa categoria fosse a vida.¹⁴

O problema principal é a vida. Para o estudo da vida, Ortega propõe a renovação da razão teórica tradicional, de maneira a volta-la para a vida e seu caráter histórico. A razão é convertida em método de investigação para descobrir a historicidade inalienável da condição humana, desvendando os percursos históricos, descobrindo a tensão interna das sociedades expresso no conflito entre gerações, anuncia o rumo das mudanças que se articula em cada tempo, revela a história como a luta do homem para vencer a morte.¹⁵

O sentido do raciovitalismo é compreender as *circunstâncias* e permitir que haja escolhas do que se quer fazer de forma concreta. A vida não se caracteriza pela irracionalidade, e nem pela racionalidade. Ortega defende um pensamento para viver, e não uma vida para pensar.¹⁶ É essa filosofia que valoriza muito mais a vida do homem que sua capacidade de raciocinar que influenciará Recaséns Siches a buscar um método para interpretar o Direito que considerará mais que premissas e deduções, mas a criação humana, seus valores, sua cultura, sua história e seus objetivos.

2.4. O raciovitalismo de Luís Recaséns Siches.

Luís Recaséns Siches tem um pensamento culturalista e desenvolve uma *teoria vitalista do Direito* – ou raciovitalista –, influenciado pelas ideias de Ortega y Gasset.¹⁷ As várias propostas hermenêuticas citadas anteriormente também influenciaram o pensamento de Recaséns Siches no sentido de ir além da lógica tradicional e, seguindo o pensamento de Ortega y Gasset, aplicar a ideia da razão vital à interpretação do Direito. A lógica utilizada

¹³ Julián Marías, *História da filosofia*, ob. cit., pp. 493-522.

¹⁴ Danilo Santos Dornas, Ortega y Gasset e o raciovitalismo, disponível em <http://idd00qaa.eresmas.net/ortega/sortega/danilo4.htm>, acesso em 20 out. 2013.

¹⁵ Danilo Santos Dornas, Ortega y Gasset e o raciovitalismo, ob. cit.

¹⁶ Julián Marías, *História da filosofia*, ob. cit., pp. 493-522.

¹⁷ Luís Recaséns-Siches, *Introducción al estudio del derecho*, ob. cit., 210-262.

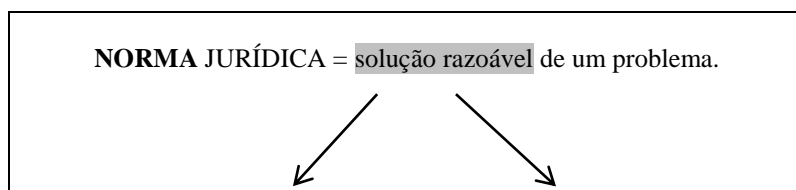
para interpretar o direito é a *lógica do razoável*. Esse é o *raciovitalismo jurídico*, cuja essência é a seguinte, segundo o autor:

“[...] la lógica tradicional o físico-matemática no es adecuada para tratar la vida humana ni sus problemas prácticos, por consiguiente, tampoco para los menesteres jurídicos, entre los cuales figura la interpretación del Derecho. Para todo cuanto pertenezca a nuestra humana existencia – incluyendo la práctica del Derecho – hay que emplear un tipo diferente del logos, que tiene tanta dignidade como la lógica tradicional, si es que no superior a la de ésta: hay que manejar el logos de lo humano, la lógica de lo razonable, la cual es razón, tan razón como la lógica de lo racional, pero diferente de ésta. La lógica de lo humano o de lo razonable es una razón impregnada de puntos de vista estimativos, de criterios de valoración, de pautas axiológicas, que, además, lleva a sus espaldas como aleccionamiento las ensañanzas recibidas de la experiencia, de la experiencia propia y de la experiencia del prójimo a través de la historia”.¹⁸

Para Recaséns, a vida humana é dinâmica e não se encontra concluída. Assim como a cultura, a vida é possuidora de mutabilidade. Partindo dessa perspectiva, inclui o Direito nos objetos culturais, por ser criado pelo homem para realizar valores, sendo assim uma parte da vida humana. Como consequência da mutabilidade da realidade social, há uma dificuldade de materializar aqueles valores. Por isso, a Ciência do Direito deve normatizar cada momento da vida coletiva, ligado às circunstâncias e dentro da perspectiva por elas formada.¹⁹

A teoria vitalista de Recaséns Siches separou o Direito do reino da natureza física (positivismo jurídico), da natureza psicológica (realismo jurídico) e do reino dos valores (jusnaturalismo), para situá-lo na sua dimensão humana, como projeção histórica e inacabada da vida humana em sociedade.

O Direito é uma realidade que se manifesta na forma de *norma*, se origina da pressão dos *atos* sociais e se orienta por *valores*. Nesse sentido, ao interpretar o Direito, essas questões devem ser consideradas. Desse modo, a lógica do razoável, inspirada na razão vital, busca compreender o sentido dos fatos. Para isso será necessário acolher pontos de vista axiológicos:



¹⁸ Luís Recaséns-Siches, *Tratado general de filosofía del derecho*, ob. cit., p. 642.

¹⁹ Maria Helena Diniz, *Compêndio de introdução à ciência do direito*, 20ª ed., São Paulo, Saraiva, 2009, pp. 92-97.

Compreender o sentido dos **fatos** Acolher pontos de vista **axiológicos**



Condicionada pela realidade concreta

A norma jurídica é, então, a solução razoável a determinado problema. Ela é o meio para concretizar valores desejados pelo legislador, como, por exemplo, justiça, bem-estar social, liberdade, igualdade, dignidade. Se uma norma aplicada a um caso específico ou concreto não realizar os valores almejados pelo legislador, então não deverá ser aplicada àquele fato:

“[...] los artículos de la ley o del reglamento pretenden constituir *pautas para la acción*, pautas, desde luego inspiradas en valores, que yo, por mi parte, considero ideales. Pero los artículos de la ley o del reglamento no son expresión pura de esos valores ideales; constituyen una *obra del hombre, en un determinado momento de la historia, en una certa circunstancia social, obra con la cual se pretende producir prácticamente en la existencia colectiva unos ciertos efectos*”.²⁰

A lógica usada na solução do conflito não é racional, mas razoável. A solução razoável é a solução mais justa e conveniente.

É possível perceber, também, que no raciovitalismo de Recaséns Siches há um tridimensionalismo implícito: a aplicação da norma jurídica depende da compreensão dos fatos, a partir de pontos de vista valorativos. Não à toa, posteriormente Luís Recaséns Siches de filia à teoria tridimensional de Miguel Reale.²¹

²⁰ Luís Recaséns-Siches, *Tratado general de filosofía del derecho*, ob. cit., p. 643.

²¹ Miguel Reale, *O Direito como experiência* (introdução à epistemologia jurídica), São Paulo, Saraiva, 1968, especialmente pp. 01-20. Para Reale, quando uma lei cultural envolve uma tomada de posição perante a realidade, implicando o reconhecimento da obrigatoriedade de um comportamento, tem-se propriamente o que se denomina regra ou norma. Para ele, o simples fato de existirem várias acepções da palavra Direito já devia ter suscitado uma pergunta, que, todavia, só recentemente veio a ser formulada, isto é: esses significados fundamentais que, através do tempo, têm sido atribuídos a uma mesma palavra, já não revelam que há aspectos ou elementos complementares na experiência jurídica? Uma análise, em profundidade, dos diversos sentidos da palavra Direito, veio demonstrar que eles correspondem a três aspectos básicos, discerníveis em todo e qualquer momento da vida jurídica: um aspecto normativo (o Direito como ordenamento e sua respectiva ciência); um aspecto fático (o Direito como fato, ou em sua efetividade social e histórica) e um aspecto axiológico (o Direito como valor de justiça). O problema da tridimensionalidade do Direito foi objeto de estudos sistemáticos, até culminar numa teoria, à qual Reale deu uma feição nova, sobretudo pela demonstração de que: 1) Onde quer que haja um fenômeno jurídico, há, sempre, e, necessariamente, um fato subjacente (fato econômico, geográfico, demográfico, de ordem técnica *etc*); um valor, que confere determinada significação a esse fato, inclinando ou determinando a ação dos homens no sentido de atingir ou preservar certa finalidade ou objetivo; e, finalmente, uma regra ou norma, que representa a relação ou medida e integra um daqueles elementos ao outro, fato ou valor; 2) Tais elementos ou fatores (fato, norma e valor) não existem separados um dos outros, mas coexistem numa unidade concreta; e 3) Mais ainda, esses elementos ou fatores não só se exigem, reciprocamente, mas atuam como elos de um processo de tal modo que a vida do

No raciovitalismo, a interpretação da norma, voltada a solucionar um problema da vida, aplica a regra e os fins do legislador, condicionada aos aspectos fáticos e valorativos de uma época. Assim se obtém aquela que será a interpretação mais justa. O justo é o mais adequado para resolver um problema da vida. Tal método se fundamenta na razão vital e na lógica do razoável, reconhecendo que o Direito é um objeto de criação humana, sendo, portanto, circunstanciado por diversos fatores culturais, históricos, sociológicos, políticos, ou seja, vitais, e que deve ser interpretado de acordo com essas circunstâncias, pois é assim que se obtém uma decisão justa, isto é, razoável. O método em questão é o raciovitalismo, que em essência propõe que, entre várias interpretações razoáveis para uma norma jurídica, seja escolhida para ser aplicada aquela que for mais razoável, isto é, aquela que atende aos pressupostos de justiça e bem estar social.

O Direito, segundo Enneccerus, é parte da cultura de um povo e a lei deve ser interpretada ajustando-se ao máximo às exigências da vida em sociedade e ao desenvolvimento cultural de uma comunidade. Aqui, portanto, não há restrições à utilização do conhecimento cultural, que, na verdade, até se impõe como necessário, para encontrar devidamente a *ratio juris* e interpretar, complementar e aplicar o Direito de forma a atender ao bem comum, à sua função social e à necessidade de promover justiça (art. 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro).

A lógica do razoável parte de juízos de valor que integram o patrimônio cultural de uma determinada comunidade e são acessíveis ao homem médio. Para a ciência jurídica, tem um significado metodológico, voltado para a análise e valoração de casos concretos, mas, principalmente, para a interpretação e integração do Direito positivo. Essa lógica decorre do chamado conhecimento filosófico inerente em certo contexto social. Compreende o senso de equidade, aplicado às relações sociais e ao Direito para interpretar a lei, integrar lacunas ou valorar as provas. Como explica Espinosa Rodriguez, os princípios de equidade levam ao aspecto mais transcendental e fundamental da ciência do Direito, a *justiça*.²²

A lógica do razoável parte de uma *moral positiva*: um conjunto de valores comungados pelos membros da sociedade que, não obstante sua heterogeneidade e multidimensionalidade, possuem (ou devem possuir) valores comuns que direcionam as

Direito resulta da interação dinâmica e dialética dos três elementos que a integram. Desse modo, fatos, valores e normas se implicam e se exigem reciprocamente, o que se reflete também no momento em que o operador do Direito interpreta uma norma do Direito para dar-lhe aplicação. Desde a sua origem, isto é, desde o aparecimento da norma jurídica, até o momento final de sua aplicação, o Direito se caracteriza por sua estrutura tridimensional. Em suma, segundo Reale a compreensão integral do Direito somente pode ser atingida graças à correlação unitária e dinâmica das três dimensões da experiência jurídica, que se confunde com a história do homem.

²² Tulio Enrique Espinosa Rodriguez, *La valoración de la prueba en el proceso*, Bogotá, Temis, 1967, p. 25.

relações entre os sujeitos e se tornam referencial não só de conduta, mas também de um programa político para aquela comunidade, direcionando ações e seu destino.²³

No seu “*Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*” (*Da vocação de nosso século para a legislação e a ciência do direito*), Savigny, um dos fundadores da Escola Histórica, defende o desenvolvimento do Direito a partir do povo (*Vol*). O povo, anterior e superior ao Estado, segrega uma espécie de consciência popular, o *espírito do povo* (*Volksgeist*). É do espírito do povo que surge o Direito, instintiva e inconscientemente.²⁴ A lógica do razoável parte daquilo que a sociedade espera do Direito, ou aquilo que a sociedade espera que o Direito imponha a ela: proteção, respeito, paz, correição *etc.* Permite a adequação/conexão do Direito ao *espírito do povo*. Veja, então, que representa a conexão do Direito à consciência social, de maneira a orientar ao juiz, ao jurista, ao legislador, enfim, a todos os operadores do Direito, a como constituí-lo e interpretá-lo de maneira a atender à sua finalidade social.

Nesse sentido aparece o ideal de equidade a ser perseguido pelo operador do Direito, especialmente seu aplicador. Não se fala aqui da equidade como critério de integração do Direito, mas sim como o comando prudencial que orienta o juiz na aplicação da norma e na realização da justiça no caso concreto.

Como destaca Amaral, “a sedes *materiae* da equidade está no problema da realização integral da justiça, pelo que justiça e equidade são inseparáveis. Ora, a justiça é uma virtude que consiste em dar a cada um o que é seu. Representa basicamente uma preocupação com a igualdade e com a proporcionalidade. A primeira implica uma correta aplicação do direito, de modo a evitar-se o arbítrio. A segunda significa tratar de modo igual os iguais e de modo desigual os desiguais, na proporção de sua desigualdade e de acordo com o seu mérito. Equivalência e proporção”.²⁵ Nesta hipótese, a equidade é o referencial axiológico que leva à correta aplicação do Direito, e, por isso, estará sempre presente na atividade jurisdicional, independentemente de autorização legislativa.²⁶ Explica Amaral quais são as funções da equidade no processo de aplicação do Direito:

²³ Sobre a moral positiva, ver Gregorio Peces-Barba, Eusebio Fernández y Rafael de Asís, *Curso de teoría del derecho*, 2ª ed., Madrid, Marcial Pons, 2000, pp. 61-90.

²⁴ Friedrich Carl von Savigny, *La vocazione del nostro secolo per la legislazione e la giurisprudenza*, Bologna, Forni, 1968, pp. 30 e ss.

²⁵ Francisco Amaral, A equidade no código civil brasileiro, In Arruda Alvim *et all.*, *Aspectos controvertidos do novo Código Civil: escritos em homenagem ao Ministro José Carlos Moreira Alves*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003, p. 199.

²⁶ Nessa perspectiva, veja a parte destacada no seguinte acórdão do Superior Tribunal de Justiça: “Direito civil. Família. Recurso especial. Ação de investigação de paternidade e maternidade. Vínculo biológico. Vínculo sócio-afetivo. Peculiaridades. – A ‘adoção à brasileira’, inserida no contexto de filiação sócio-afetiva, caracteriza-se pelo reconhecimento voluntário da maternidade/paternidade, na qual, fugindo das exigências

“O recurso à equidade como critério intermediador no processo de realização do Direito pode deixar clara a inadequação da norma jurídica devido a, por exemplo, um processo de mudanças sociais, exigindo uma reflexão sobre o Direito e sua aplicação, donde dizer-se, também, ser a equidade a consciência do Direito. Vislumbram-se assim, desde já, duas funções para a equidade: 1) proporcionar um critério para a interpretação jurídica, concedendo ao intérprete maior autonomia, e 2) constituir-se, como consciência do Direito, em impulso para as respectivas mudanças, buscando o Direito, o novo Direito, como solução justa para casos concretos”.²⁷

A equidade está presente em todo processo de aplicação do Direito, pois ela representa a adequação da lei às necessidades sociais. A noção de equidade decorre do conhecimento filosófico de um povo, que determina seu conteúdo. Aí se encontra seu vínculo conceptual e prático com a razão vital.

3. O raciovitalismo e a interpretação do Código Civil.

Com a mudança de paradigma ocorrida da saída do Estado Liberal para o Estado Social, a jurisdição ganha um papel mais atuante na aplicação do Direito, a ponto de Picardi destacar que nosso tempo está vocacionado à jurisprudencialização.²⁸ Apontando fatores que conduziram a essa situação de dependência cada vez maior do juiz, escreve Picardi:

legais pertinentes ao procedimento de adoção, o casal (ou apenas um dos cônjuges/companheiros) simplesmente registra a criança como sua filha, sem as cautelas judiciais impostas pelo Estado, necessárias à proteção especial que deve recair sobre os interesses do menor. – [...] – Dessa forma, conquanto tenha a investigante sido acolhida em lar ‘adotivo’ e usufruído de uma relação sócio-afetiva, nada lhe retira o direito, em havendo sua insurgência ao tomar conhecimento de sua real história, de ter acesso à sua verdade biológica que lhe foi usurpada, desde o nascimento até a idade madura. Presente o dissenso, portanto, prevalecerá o direito ao reconhecimento do vínculo biológico. – *Nas questões em que presente a dissociação entre os vínculos familiares biológico e sócio-afetivo, nas quais seja o Poder Judiciário chamado a se posicionar, deve o julgador, ao decidir, atentar de forma acurada para as peculiaridades do processo, cujos desdobramentos devem pautar as decisões.* Recurso especial provido”. (STJ, REsp. 833.712/RS, 3ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 17.05.2007, DJ 04.06.2007, p. 347).

²⁷ Francisco Amaral, A equidade no código civil brasileiro, ob. cit., p. 199. Mais adiante, assevera a distinção: “O Código de Processo Civil, por sua vez, dispõe, no art. 127, que o juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei. Insere-se esse dispositivo no Livro I, Título IV, Capítulo IV, referente aos poderes, deveres e responsabilidade do juiz na condução do processo e no julgamento da lide, compondo o conflito de interesses e realizando a Justiça. Dessa disposição processual resulta evidente, de imediato, que, no Direito brasileiro, só se admitiria o juízo ou decisão por equidade nos casos permitidos em lei. É de explicitar-se, porém, que o juízo de equidade não se contrapõe ao juízo legal, ambos pertencem ao mesmo sistema de tutela jurisdicional, sendo o juízo de equidade apenas um derivativo do juízo legal” (pp. 206-207).

²⁸ Nicola Picardi, La vocazione del nostro tempo per la giurisdizione, In *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, Giuffrè, 2004, pp. 41-71. Escreve que: “oggi si avverte uno stato d’animo tendente a rivalutare il momento giurisprudenziale del diritto. È convinzione diffusa che il compito di adeguare il diritto alla realtà storico-sociale spetti anche al giu dice e non è mancato chi, sia pure sotto diverse sfumature, abbia considerato la sua opera come fonte, concorrente e strumentale, di produzione giuridica. La giurisdizione assume, peraltro, il ruolo di fonte sussidiaria e flessibile; si è parlato, in proposito di ‘source délicateuse’ o di ‘diritto mite’. Si tratta di una linea di tendenza che – in forme più o meno accentuate – appare comune alla civiltà giuridica occidentale” (p. 42).

“È noto che, con il passaggio dallo Stato liberale classico allo Stato sociale di diritto, i compiti del legislatore, e degli apparati amministrativi, si sono moltiplicati. Ma l’ampliamento di questi apparati ha determinato, al di là e contro le intenzioni, un incremento dei poteri del giudice. Il fenomeno risulta accelerato, soprattutto, dalla patologia di una legislazione oscillante tra l’inflazione in alcuni settori e l’inattività in altri. La caratteristica della c.d. inflazione legislativa non consiste solo nella moltiplicazione delle leggi, ma anche nella svalutazione della legge. Innanzitutto, moltiplicazione delle disposizioni legislative, non solo e non tanto quantitativa, ma soprattutto qualitativa. Penso, da un lato, alla pluralità dei centri di produzione normativa, sia nazionali (Stato, Regioni, altri livelli di autonomia, autorità indipendenti di regolazione, autonomia privata) che sovranazionali (in specie, Unione europea); dall’altro, al fenomeno per cui spesso la fonte secondaria prende il sopravvento sulla fonte primaria e la disciplina organizzativa di interi apparati pubblici viene demandata allo strumento più flessibile del regolamento. La pluralità delle normative finisce, poi, per provocare un calo di effettività: esse sono, nello stesso tempo, meno conosciute e meno applicate”.²⁹

A inflação legislativa que se verifica, especialmente sob o aspecto da desvalorização qualitativa das leis, implica num fortalecimento do papel do juiz, que atua para solucionar os casos concretos e dar efetividade ao Direito. A magistratura ganha um relevante papel complementar na criação do Direito.³⁰ O juiz é chamado a aplicar e desenvolver o Direito no caso concreto. Por isso, todo processo de aplicação feito pelo magistrado é também um processo de realização das normas jurídicas. Assim, cada vez mais ganha importância o desenvolvimento judicial do Direito: o juiz desenvolve o Direito e seus valores toda vez que exerce a jurisdição, e o questionamento que fica é como o raciovitalismo pode contribuir nesse processo. A resposta é simples: os conceitos culturais, sociais e valorativos que o juiz traz consigo enquanto ser humano incidem diretamente sobre toda a valoração que caracteriza a interpretação jurídica. Esses fatores tomam parte da valoração prévia à aplicação da norma, orientada por outra atividade, a *interpretação*: toda aplicação supõe, obrigatoriamente, uma interpretação. A importância dessa atividade para a aplicação diz respeito ao que ela proporciona: o entendimento, a compreensão, a explicação, a descrição e a valoração do Direito.

O Direito é mais que a *mens legislatoris*, ou apenas o que está no texto da norma (*mens legis*). Um enunciado pode adquirir diferentes significados, dependendo da função social que tem a executar, da pessoa que o emite, da autoridade que o aplica, do contexto social e do momento histórico em que se pretende sua aplicação. Para Engisch, o Direito é parte de uma cultura global e deve ser interpretado de acordo com as exigências da vida em

²⁹ Nicola Picardi, La vocazione del nostro tempo per la giurisdizione, ob. cit., pp. 44-45.

³⁰ Sobre a análise histórica do crescimento do papel do juiz de acordo com os modelos de Estado conhecidos desde a Revolução Francesa François Ost, Jupiter, Hercules y Hermes: tres modelos de juez, In *Doxa – Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº. 14, Alicante, Cerventes, 1993, pp. 169-194.

sociedade e desenvolvimento cultural.³¹ Nesse contexto, é possível perceber que as máximas de experiência indicam a mentalidade social e aquilo que a sociedade é e deseja, bem como para onde essa comunidade deseja ir. Por isso que se insiste tanto que as máximas de experiência são um indicativo da socialidade que as normas de Direito devem cumprir.

Um exemplo que demonstra como o raciovitalismo pode contribuir para a solução de questões em matéria cível a partir de um conceito que apresenta um ideal axiológico comum a todos: *mãe (ou pai) é quem cria, não quem dá à luz*. Essa regra axiológica tem repercussões jurídicas, hodiernamente, como na chamada paternidade sócio-afetiva, e tem aplicação recorrente junto aos tribunais brasileiros, como se depreende do seguinte acórdão do Superior Tribunal de Justiça:

RECONHECIMENTO DE FILIAÇÃO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE. INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO SANGÜÍNEA ENTRE AS PARTES. IRRELEVÂNCIA DIANTE DO VÍNCULO SÓCIO-AFETIVO. – [...]. O reconhecimento de paternidade é válido se reflete a existência duradoura do vínculo sócio-afetivo entre pais e filhos. A ausência de vínculo biológico é fato que por si só não revela a falsidade da declaração de vontade consubstanciada no ato do reconhecimento. A relação sócio-afetiva é fato que não pode ser, e não é, desconhecido pelo Direito. Inexistência de nulidade do assento lançado em registro civil. – O STJ vem dando prioridade ao critério biológico para o reconhecimento da filiação naquelas circunstâncias em que há dissenso familiar, onde a relação sócio-afetiva desapareceu ou nunca existiu. Não se pode impor os deveres de cuidado, de carinho e de sustento a alguém que, não sendo o pai biológico, também não deseja ser pai sócio-afetivo. A *contrario sensu*, se o afeto persiste de forma que pais e filhos constroem uma relação de mútuo auxílio, respeito e amparo, é acertado desconsiderar o vínculo meramente sanguíneo, para reconhecer a existência de filiação jurídica. Recurso conhecido e provido.³²

³¹ Karl Engisch, *Introdução ao pensamento jurídico*, 3ª ed., Lisboa, Calouste Gulbenkian, 1997, pp. 111-112.

³² STJ, REsp. n.º 878.941/DF, 3ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 21.08.2007, DJ 17.09.2007, p. 267. Outra interessante decisão do STJ, que expressa bem o valor contido na máxima, é a do HC n.º 43.604/DF, 1ª Seção, Rel. Min. Luiz Fux, j. em 10.08.2005, DJ de 29.08.2005, p. 139: “HABEAS CORPUS. EXPULSÃO. FILHO NASCIDO E REGISTRADO APÓS O FATO CRIMINOSO. LEI N.º 6.815/80, ART. 75, § 1.º. DEPENDÊNCIA SÓCIO-AFETIVA. FATOR IMPEDITIVO. 1. O ordenamento constitucional, de natureza pós-positivista e principiológica, tutela a família, a infância e a adolescência, tudo sob o pálio da dignidade da pessoa humana, fundamento jus-político da República. 2. Deveras, entevendo a importância dos laços sócio-afetivos incorporou a família estável, fruto de união espontânea. 3. Destarte, inegável que a família hoje está assentada na paternidade sócio-afetiva por isso que, absolutamente indiferente para a manutenção do filho junto ao pai alienígena, a eventual dependência econômica; posto se sobrepor a dependência moral-afetiva. 4. Deveras, é assente na Corte que: ‘A vedação a que se expulse estrangeiro que tem filho brasileiro atende, não apenas o imperativo de manter a convivência entre pai e filho, mas um outro de maior relevo, qual seja, do de manter o pai ao alcance da cobrança de alimentos. Retirar o pai do território brasileiro é dificultar extremamente eventual cobrança de alimentos, pelo filho.’ (HC 22446/RJ, 1ª Seção, Min. Humberto Gomes de Barros, DJ de 31.03.2003). 5. Nesse sentido, a leitura principiológica da Súmula n.º 01 do E. STF e da Lei n.º 6.815/80, exsurgente em ambiente ideologicamente diverso daquele que norteou a Carta Magna de 1988. 6. Deveras, a Corte, a partir do HC 38.946/DF, julgado em 11.05.2005, publicado em 27.06.2005, exteriorizou: ‘Quando do julgamento do HC n.º 31449/DF, o eminente Ministro Teori Albino Zavascki, inaugurou uma interpretação mais ampliada ao tema em face da legislação superveniente (Constituição Federal e ECA), concluindo pela proibição do afastamento de estrangeiro, não apenas quanto à questão de ordem material e econômica, mas sobretudo ante a prevalência do interesse da criança em dispor da assistência afetiva e moral, assim dispondo: ‘A norma transcrita foi introduzida pela Lei 6.964, de 09/12/81 e deve ser interpretada em

Na decisão acima está claro que o STJ aplicou uma regra axiológica, um valor inerente à sociedade, pelo qual deve se sobrepor o afeto ao critério biológico na determinação da paternidade.

Outro exemplo é a indenização por danos morais, em que as regras da vida terão importante papel na determinação do valor a ser pago. Veja como decidiu o Superior Tribunal de Justiça no acórdão abaixo, considerando a ausência de critérios legais para a fixação do valor do *quantum debeatur* da indenização por dano moral:

RESPONSABILIDADE CIVIL. TRANSPORTE AÉREO. ATRASO EM VÔO INTERNACIONAL. AGÊNCIA DE TURISMO. FRETAMENTO. RESPONSABILIDADE DA EMPRESA AFRETADORA. DANO MORAL. CABIMENTO. QUANTUM. RAZOABILIDADE EM FACE DAS CIRCUNSTÂNCIAS ESPECIAIS DO CASO CONCRETO. PRECEDENTES. RECURSO PARCIALMENTE ACOLHIDO. [...] III – A indenização deve ser fixada em termos razoáveis, não se justificando que a reparação enseje enriquecimento indevido, com manifestos abusos e exageros, devendo o arbitramento operar-se com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao porte financeiro das partes, orientando-se o julgador pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, valendo-se de sua experiência e bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso.³³

A razão vital tem um papel importante na determinação do conteúdo das normas vagas no caso concreto. O sistema do Código Civil de 2002 empregou como técnica legislativa diversas cláusulas gerais, princípios gerais e conceitos legais indeterminados. A ideia do Código liga-se à intenção de durabilidade da codificação: objetiva-se prolongar a aplicação dos institutos jurídicos a partir da possibilidade dada ao juiz de adequá-los ao desenvolvimento social e à dinâmica da vida. As normas vagas – ou conceitos em branco –

consonância com a legislação superveniente, especialmente com a CF/88, a Lei 8.069 (ECA), de 13.07.90, bem como, as convenções internacionais recepcionadas por nosso ordenamento jurídico. A partir dessas inovações legislativas, a infância e a juventude passaram a contar com proteção integral, que as insere como prioridade absoluta, garantindo, entre outros, o direito à identidade, à convivência familiar e comunitária, à assistência pelos pais'. Ainda que existência de filho brasileiro havido posteriormente ao ato delituoso e ao decreto expulsório, como no caso em exame, em face da nova interpretação mais avançada acerca do tema, importa em reconhecer a preservação da tutela do interesse da criança, tudo em consonância com o que dispõe o ECA e a Constituição Federal. Restringir-se à limitação temporal do § 1º do art. 75 do Estatuto do Estrangeiro é fazer tabula rasa do ordenamento jurídico vigente em que se pauta pela preservação do interesse não apenas econômico, mas, sobretudo, afetivo da criança.' 7. Outrossim, na ponderação dos interesses em tensão, há sempre de prevalecer a hodierna doutrina do *best interest of the child*. 8. *In casu*, há provas nos autos de que o impetrante é pai de filha brasileira, fruto de união estável com mulher de mesma nacionalidade, por isso que o imputado já cumpriu a pena imposta pelo delito motivador do pleito de expulsão. 9. Ordem concedida para determinar a extinção do processo de expulsão, bem como para determinar a imediata soltura do paciente".

³³ STJ, REsp. nº. 305.566/DF, 4ª T., Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. em 22.05.2001, DJ 13.08.2001, p. 167

obrigam o magistrado a concorrer para a formulação da norma.³⁴ Ocorre, assim, uma mudança de paradigma: da aplicação – através do qual se manifestava o Código Civil de 1916 –, para a construção jurisprudencial – que informa o Código de 2002. Ou, como prefere Amaral, a passagem do *normativismo* ao *jurisprudencialismo*:

“No que diz respeito à interpretação jurídica, o novo Código, seguindo o princípio da concretude, surge como elemento catalisador de radical mudança, passando do paradigma da aplicação, próprio do normativismo-positivista sempre cultivado, para uma outra perspectiva, a do paradigma jurisprudencialista, cujas principais coordenadas são o caso, como *prius* problemático, e os princípios jurídicos como *prius* fundamentante, a caracterizar o pensamento jurídico como razão prática e como pensamento judicativo-decisório, tudo isso a convocar os juristas, advogados e magistrados, para a tarefa, hercúlea sem dúvida, como requer Dworkin, mas irrecusável para um direito civil que se quer vivente”.³⁵

Dessa forma, o Código Civil aparece como um sistema aberto; uma ordem axiológica ou teleológica de princípios gerais. Como dito anteriormente, aplicar o Direito é realizá-lo, e para tanto a simples subsunção não é suficiente, pois a decisão deve ser construída a partir do processo de interpretação e valoração dos fatos, da norma, enfim, das circunstâncias. E o juiz exerce papel importante quanto aos poderes que derivam das cláusulas gerais, porque cabe a ele concretizar aquilo que está em abstrato nas normas abertas, preenchendo-as com valores. E é aí que a experiência cultural pode exercer um importante papel na apreciação desses conceitos vagos: as regras da vida indicam qual é esse sentido ético e social que a interpretação deve ter.

4. Conclusão.

O raciovitalismo, como método de interpretação do Direito, propõe que as noções extralegais e extrajudiciais de uma sociedade, fruto de sua cultura e colhidas de seus conhecimentos sociais e científicos ou práticos, dos mais aperfeiçoados aos mais rudimentares, sejam utilizados racional e razoavelmente no processo que pretende dar sentido às normas jurídicas.

Essas circunstâncias não representam a íntima convicção dos operadores do Direito, mas fatores que surgem da vivência (experiência) coletiva e são apreensíveis pelo homem médio

³⁴ Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery, Parte Geral, In *Código civil anotado e legislação extravagante*, 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003, pp. 139-144. Veja, também, Rodrigo Reis Mazzei, Notas iniciais à leitura do novo Código Civil, In Arruda Alvim e Teresa Alvim (Coords.), *Comentários ao código civil brasileiro – parte geral*, vol. I, Rio de Janeiro, Forense, 2005, pp. IX-CXV.

³⁵ Francisco Amaral, O Código Civil brasileiro e o problema metodológico de sua realização. Do paradigma da aplicação ao paradigma judicativo-decisório, In *Revista Brasileira de Direito Comparado*, n.º. 28, Rio de Janeiro, Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, 1º sem. 2005, p. 79.

(*bonus pater familiae*), adquirindo autoridade exatamente porque trazem consigo essa imagem do consenso geral. São, em resumo, fatos, evidências e valores que fazem parte da cultura de uma determinada sociedade e que podem – e, por vezes, devem – ser aplicados pelo juiz para que seja dada a solução ao caso concreto mais apropriada e próxima da razoabilidade, da verdade e da justiça.

Como destacou Stein, “O processo não pode em nenhum momento ir além da sabedoria de seu tempo e de seu povo”.³⁶ O objetivo final do processo – a decisão judicial – deve ser marcado não apenas pela legalidade, mas também pela aceitação e pela legitimidade popular, o que se verifica a partir da experiência política, jurídica, moral, cultural e científica de uma determinada comunidade, indicada pelas máximas de experiência (comum, técnica e axiológica). Afinal, como ensina Savigny, “O Direito é um produto de forças interiores, que operam em silêncio e está profundamente enraizado no passado da nação, e as suas verdadeiras fontes são a crença popular, os costumes e a consciência do povo”.³⁷

5. Referências bibliográficas.

AMARAL, Francisco. A equidade no código civil brasileiro. In: ARRUDA ALVIM; CÉSAR, Joaquim Portes de Cerqueira; e ROSAS, Roberto. *Aspectos controvertidos do novo Código Civil: escritos em homenagem ao Ministro José Carlos Moreira Alves*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, pp. 197-208.

_____. O Código Civil brasileiro e o problema metodológico de sua realização. Do paradigma da aplicação ao paradigma judicativo-decisório. In: *Revista Brasileira de Direito Comparado*. Nº. 28. Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, 1º sem. 2005, pp. 51-80.

COSSIO, Carlos. *La valoración jurídica y la ciencia del derecho*. 2.ed. Buenos Aires: Arayú, 1954.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DORNAS, Danilo Santos, Ortega y Gasset e o raciovitalismo, disponível em <http://idd00qaa.eresmas.net/ortega/sortega/danilo4.htm>, acesso em 20 out. 2013.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

³⁶ Friedrich Stein, *El conocimiento privado del juez*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1990, p. 32.

³⁷ Friedrich Karl von Savigny, *La vocazione del nostro secolo per la legislazione e la giurisprudenza*, Bologna, Forni, 1968, pp. 30 e ss.

- ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 3ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997.
- KAUFMANN, Arthur. A problemática da filosofia do direito do longo da história. In: KAUFMANN, A. e HASSEMER, W. (Orgs.). *Introdução à filosofia do direito e à teoria geral do direito contemporâneas*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002.
- MARÍAS, Julián. *História da filosofia*. Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- MAZZEI, Rodrigo Reis. Notas iniciais à leitura do novo Código Civil. In: ARRUDA ALVIM e ALVIM, Teresa (Coords.). *Comentários ao código civil brasileiro – parte geral*. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- NERY JR., Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- NINO, Carlos Santiago. *Introducción al análisis del derecho*. 4ª ed. Barcelona: Ariel, 1991.
- OST, François. Jupiter, Hercules y Hermes: tres modelos de juez. In: *Doxa – Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº. 14. Alicante: Cerventes, 1993, pp. 169-194.
- PECES-BARBA, Gregorio; FERNÁNDEZ, Eusebio, ASÍS, Rafael de. *Curso de teoría del derecho*. 2ª ed. Madrid: Marcial Pons, 2000.
- REALE, Miguel. *O direito como experiência: introdução à epistemologia jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1968.
- RECASÉNS-SICHES, Luís. *Tratado general de filosofía del derecho*. 18ª ed. Ciudad del México: Porrúa, 2006.
- _____. *Introducción al estudio del derecho*. 14ª ed. Ciudad del México: Porrúa, 2006.
- RODRIGUEZ, Tulio Enrique Espinosa. *La valoración de la prueba en el proceso*. Bogotá: Temis, 1967.
- ROSS, Alf. *Direito e justiça*. Bauru: Edipro, 2000.
- SAVIGNY, Friedrich Carl von. *La vocazione del nostro secolo per la legislazione e la giurisprudenza*. Bologna: Forni, 1968.
- STEIN, Friedrich. *El conocimiento privado del juez*. 2ª ed. Tradução de Andrés de la Oliva Santos. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1990.