

## RECASENS SICHES E A APLICAÇÃO DO DIREITO A PARTIR DA INTERAÇÃO ENTRE NORMA, FATO E VALOR

Claudio Madureira<sup>1</sup>

---

Fecha de publicación: 01/04/2015

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Direito e sistema a partir da doutrina jurídica concebida pela Escola da Exegese. 3. O raciovitalismo no contexto da crítica ao empirismo exegético. 3.1. Razões teóricas para a superação da doutrina jurídica concebida pela Escola da Exegese. 3.2. Razões históricas para a superação da doutrina jurídica concebida pela Escola da Exegese. 4. A concepção raciovitalista e a aplicação do Direito. 4.1. As normas abstratas positivadas nos textos legais como ponto de partida para a aplicação do Direito. 4.2. A influência dos fatos na aplicação do Direito. 4.3. A influência dos valores na aplicação do Direito. 5. Conclusões. 6. Referências bibliográficas.

### RESUMO:

Este trabalho tem por objetivo a descrição da doutrina jurídica do raciovitalismo, concebida pelo jurista mexicano Luís Recasens Siches a partir dos estudos do filósofo espanhol José Ortega y Gasset. Como a concepção raciovitalista do Direito apresenta-se como uma crítica ao empirismo exegético, parto da acepção de Direito sustentada pela Escola da Exegese, para apresentar, adiante, os elementos teóricos e históricos que justificam a sua superação no plano da Ciência. Fincada essa premissa, procuro detalhar o modo pelo qual se processa a aplicação do Direito sob ótica do raciovitalismo, que tem por base a interação entre *norma, fato e valor*.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito. Teoria Geral do direito. Hermenêutica.

---

<sup>1</sup> Doutor em Direito pela PUC/SP e Mestre em Direito Processual pela UFES. Professor da Escola Superior da Advocacia da OAB/ES, da Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo – ESPGE e do Centro de Formação para a Advocacia Pública da Associação dos Procuradores do Estado do Espírito Santo – APES. Procurador do Estado do Espírito Santo e Advogado. [cpmadureira@pge.es.gov.br](mailto:cpmadureira@pge.es.gov.br)

## 1. INTRODUÇÃO.

Este trabalho tem por objetivo a descrição da doutrina jurídica do raciovitalismo, concebida pelo jurista mexicano Luís Recasens Siches<sup>2</sup> a partir dos estudos do filósofo espanhol José Ortega y Gasset<sup>3-4</sup>.

A concepção raciovitalista do Direito apresenta-se como uma crítica ao empirismo exegético<sup>5</sup>, pelo que, para bem compreendê-la, parto da acepção de Direito sustentada pela Escola da Exegese, para apresentar, na seqüência, as razões que justificam a sua superação, que se fundam em elementos teóricos e históricos. Posto isso, procuro detalhar o modo pelo qual se processa a aplicação do Direito sob ótica do raciovitalismo, que tem por base a interação entre *norma*, *fato* e *valor*, embora em bases distintas daquelas assentadas pelo tridimensionalismo de Miguel Reale<sup>6</sup>.

A discussão proposta é relevante, e certamente merece a atenção da comunidade científica.

## 2. DIREITO E SISTEMA A PARTIR DA DOCTRINA JURÍDICA CONCEBIDA PELA ESCOLA DA EXEGESE.

Maria Helena Diniz leciona que “para a escola da exegese, a totalidade do direito positivo se identifica por completo com a lei escrita”, e que “com isso a ciência jurídica se apegou à tese de que a função específica do jurista era ater-se com rigor absoluto ao texto legal e revelar o seu sentido”<sup>7</sup>. Conforme Diniz, essa teoria surge, na França, com a codificação do direito civil francês, no período que se sucedeu à promulgação do Código de Napoleão, publicado no ano 1804; contexto em que se unificou o direito civil francês, e que é marcado pela compreensão de que os aplicadores deveriam “fazer apenas a exegese do texto legal”<sup>8</sup>.

Mauro Cappelletti recobra que, sob essa acepção, a aplicação do Direito manifesta-se como “atividade puramente cognoscitiva e mecânica”

---

<sup>2</sup> SICHES, Luís Recasens. *Introducción al estudio del derecho*. 16ª ed. México, D.F.: Editorial Porrúa S.A., 2009.

<sup>3</sup> ORTEGA y GASSET, José. *História com um sistema*. Tradução de Juan A. Sobrinho e Elizabeth Hanna Côrtes Costa. Brasília: UnB, 1982.

<sup>4</sup> A propósito, cfr.: DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito: introdução à teoria geral do direito, à filosofia do direito, à sociologia jurídica e à lógica jurídica. Norma jurídica e aplicação do direito*. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 92.

<sup>5</sup> DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*, cit., Capítulo 4.

<sup>6</sup> SICHES, Luís Recasens. *Introducción al estudio del derecho*, p. 40-Nota de rodapé.

<sup>7</sup> DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*, cit., p. 50.

<sup>8</sup> DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*, cit., p. 51.

e que o Juiz apresenta-se “como mera e passiva ‘inanimada boca da lei’”, que, por isso, tem por função tão-somente “declarar o direito de maneira não criativa, apenas com os instrumentos da lógica dedutiva, sem envolver, assim, em tal declaração a sua valoração pessoal”<sup>9</sup>. Destarte, como expressa Diniz, “a função do intérprete e do julgador era uma função mecânica de lógica dedutiva”<sup>10</sup>. Sob essa ótica, a lei é a única fonte das decisões jurídicas, de modo que toda solução jurídica é dada pela conclusão de um silogismo, em que a premissa maior é a lei e a menor o enunciado de um fato concreto; contexto em que apenas caberia ao aplicador subsumir os fatos concretos à determinação abstrata da lei<sup>11</sup>.

Em tal conjuntura, a Ciência Jurídica é qualificada como “mera técnica de interpretação e de auxílio à aplicação silogística da norma”, devendo, portanto, trabalhar exclusivamente com o direito positivo, “qualquer que seja o juízo estimativo que o jurista, como ser humano, possa fazer sobre a ordem jurídica vigente”, como expressa Diniz na seqüência<sup>12</sup>. Destarte, o papel da Ciência, para a Escola da Exegese, é compatível com a acepção de ciência concebida por Hans Kelsen em sua teoria pura do direito<sup>13</sup>.

Kelsen pretendeu<sup>14</sup> purificar a Ciência Jurídica<sup>15</sup>, traçando-lhe um objeto próprio, e procurando encontrar uma metodologia própria para a atividade do jurista. Para Kelsen, o jurista só pode estudar normas editadas por autoridades consideradas competentes por norma superior, segundo o procedimento estabelecido por norma superior. Nesse contexto, o jurista pode analisar fatos e situações, mas apenas quando condicionantes do

---

<sup>9</sup> CAPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: SAFE. 1999. p. 32-33.

<sup>10</sup> DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*, cit., p. 52.

<sup>11</sup> A propósito, cfr.: (DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*, cit., p. 52) e (SICHES, Luís Recasens. *Introducción al estudio del derecho*, cit., p. 195).

<sup>12</sup> DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*, cit., p. 58.

<sup>13</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 7ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

<sup>14</sup> Esse objetivo, todavia, não foi alcançado; a começar porque Kelsen, quando constrói a idéia de norma hipotética fundamental, refere a elementos externos ao ordenamento jurídico (os valores da revolução, a primeira Constituição histórica, etc.). O problema é que, para Kelsen, a norma hipotética fundamental, embora não seja norma posta, mas pressuposta, é fonte de direito, proposição que vai de encontro à idéia subjacente à purificação da ciência pela via da limitação do seu objeto ao estudo de normas postas no ordenamento por autoridade autorizada por normas superiores (DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*, cit., p. 130-131).

<sup>15</sup> Embora não tenha procurado purificar o direito, construindo, assim, uma teoria do direito puro.

conteúdo de normas, ou seja, cumpra-lhe analisar tão-somente fatos e condições de condutas humanas enquanto conteúdo de normas. Sendo assim, em Kelsen, o jurista não pode discorrer sobre o modo como o direito deve ser aplicado. Sob essa ótica, a Ciência Jurídica tem por função apenas a descrição de normas, mediante a formulação de proposições<sup>16</sup>. O resultado dessa atividade descritiva, ou das proposições formuladas pelo jurista nesse contexto, é o sistema jurídico<sup>17-18</sup>.

Mas isso não quer dizer, em absoluto, que Kelsen ignorava o problema da decidibilidade. Com efeito, Kelsen afirma categoricamente, em sua teoria pura do direito, que “[...] somente a falta de compreensão da função normativa da decisão judicial, o preconceito de que o direito apenas consta de normas gerais, a ignorância da norma jurídica individual, obscureceu o fato de que a decisão judicial é tão-só a continuação do processo de criação da norma jurídica e conduziu ao erro de ver nela apenas a função declarativa”<sup>19-20</sup>. No entanto, seu posicionamento, quanto ao particular, é no sentido de que a construção da norma individual não é problema do jurista, mas dos aplicadores do direito; e isso porque, em suas próprias palavras:

“Na distinção entre proposição jurídica e norma jurídica ganha expressão a distinção que existe entre a função do conhecimento jurídico e a função, completamente distinta daquela, da autoridade jurídica, que é representada pelos órgãos da comunidade jurídica. A ciência jurídica tem por missão conhecer - de fora, por assim dizer - o Direito e descrevê-lo com base no seu conhecimento. Os órgãos jurídicos têm - como autoridade jurídica - antes de tudo por missão produzir o Direito para que ele possa então ser conhecido e descrito pela ciência jurídica”<sup>21</sup>.

---

<sup>16</sup> Em suas próprias palavras, a ciência do Direito “[...] somente pode descrever as normas individuais, produzidas pelos tribunais, e as normas gerais, produzidas pelos órgãos legislativos e pelo costume, depois de elas serem vigentes” (KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, cit., p. 99).

<sup>17</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, cit., p. 79-119, passim.

<sup>18</sup> Sobre o assunto, ler também: DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*, p. 116-131, passim.

<sup>19</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, cit., p. 265.

<sup>20</sup> Quanto ao particular, Tércio Sampaio Ferra Jr. adverte que Kelsen, “quando fala das normas derivadas, especialmente das normas individuais, parece introduzir o aspecto pragmático para resolver problemas como o da sentença manifestamente ilegal, mas que, se não impugnada, produz efeitos, devendo ser considerada válida” (FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Teoria da Norma Jurídica: ensaio de pragmática na comunicação normativa*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 98-99).

<sup>21</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, cit., p. 81.

Assim, em síntese, a Ciência Jurídica trabalha, na perspectiva de Kelsen, com um sistema fechado, composto exclusivamente normas editadas com base em autorização concedida por normas superiores, por autoridades autorizadas por normas superiores, segundo o procedimento estabelecido em normas superiores. Daí que, sob esse ponto de vista, apenas cumpriria ao aplicador do Direito proferir sentenças baseadas no texto de leis editadas pelo Poder Legislativo, com base em autorização concedida pela Constituição, ao passo que ao jurista somente tocaria descrever como se processa essa atividade, tendo o cuidado de não adentrar nas soluções empregadas pelo aplicador.

### **3. O RACIOVITALISMO NO CONTEXTO DA CRÍTICA AO EMPIRISMO EXEGÉTICO.**

O raciovitalismo é uma das vertentes da crítica à Escola da Exegese. Também se contrapõem ao empirismo exegético, segundo Maria Helena Diniz, o utilitarismo de Jeremy Benthan<sup>22</sup>, o teleologismo de Rudolf Von Ihering<sup>23</sup>, a experiência prática de Oliver Wendel Holmes<sup>24</sup>, a livre investigação científica de François Geny<sup>25</sup>, a ofensiva sociologista de Eugen Ehrlich<sup>26</sup>, a Escola do Direito livre, capitaneada por Hermann Kantorowicz<sup>27</sup>, a jurisprudência de interesses, desenvolvida na Alemanha por Philipp Keck, Max Rümelin, Soll e Müller-Erzbach, entre outros<sup>28</sup>, a jurisprudência sociológica norte-americana, liderada por Roscoe Pound, Benjamin N. Cardozo e Louis Brandeis<sup>29</sup>, a lógica experimental de John Dewey<sup>30</sup>, a teoria interpretativa de Joaquim Dualde<sup>31</sup>, o realismo jurídico norte-americano, capitaneado por John Chipmann Gray, Karl N. Llewellyn e Jerome Frank, e o escandinavo, da Escola de Upsale, à qual se filiam por

---

<sup>22</sup> DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*, cit., p. 58-59.

<sup>23</sup> DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*, cit., p. 59-60.

<sup>24</sup> DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*, cit., p. 61-62.

<sup>25</sup> DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*, cit., p. 62-66.

<sup>26</sup> DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*, cit., p. 66-67.

<sup>27</sup> DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*, cit., p. 67-68.

<sup>28</sup> DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*, cit., p. 68-69.

<sup>29</sup> DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*, cit., p. 69-73.

<sup>30</sup> DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*, cit., p. 73-74.

<sup>31</sup> DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*, cit., p. 74-75.

Axel Hägertröm, Lundstedt, Karl Olivecrona e Alf Ross<sup>32</sup>, a teoria de Hebert Hart<sup>33</sup> e a teoria geral da interpretação de Emilo Betti<sup>34</sup>.

### **3.1. Razões teóricas para a superação da doutrina jurídica concebida pela Escola da Exegese.**

Recasens Siches adverte, referindo-se à Escola da Exegese, que uma concepção mecânica da função jurisdicional, que enxerga a sentença como silogismo<sup>35</sup>, vem sendo energeticamente repudiada pela quase totalidade do pensamento jurídico contemporâneo<sup>36</sup>. E isso porque já se percebeu, em nosso tempo, que as normas individualizadas na sentença judicial<sup>37</sup> não constituem mera dedução lógica formalista da norma geral, porque trazem algo novo ao conteúdo da norma geral, a começar porque trabalham com qualificações e determinações individuais que não estão, nem poderiam estar, especificadas na norma geral, que, como cediço, encerra comando genérico e abstrato<sup>38-39</sup>.

Tal se dá também porque, como se constata por observação empírica, “as descobertas da ciência moderna, que modificaram até mesmo a noção de liberdade humana, e as conquistas extraordinárias da técnica, determinaram a alteração da vida humana”, de modo que “novos fatores econômicos-sociais fizeram surgir novas condições de vida social”<sup>40</sup>, assim como “novas necessidades, novos meios de transporte, novos usos, novos ideais”, que mostram ser inviável a expectativa “de que se possam elaborar normas jurídicas definitivas, que solucionem sempre todas as questões jurídicas”<sup>41</sup>, conforme nos recobra Maria Helena Diniz. O que se dá é que, nas palavras de Diniz, “a extraordinária exuberância da vida não cabe nos limites de um Código”<sup>42</sup>.

---

<sup>32</sup> DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*, cit., p. 75-88.

<sup>33</sup> DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*, cit., p. 88-91.

<sup>34</sup> DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*, cit., p. 91-92.

<sup>35</sup> Sobre o equívoco de se considerar a sentença como um silogismo, ler também: SICHES, Luís Recasens. *Introducción al estudio del derecho*, cit., p. 198-199.

<sup>36</sup> SICHES, Luís Recasens. *Introducción al estudio del derecho*, cit., p. 195.

<sup>37</sup> Bem como nas resoluções administrativas, nos contratos, etc.

<sup>38</sup> SICHES, Luís Recasens. *Introducción al estudio del derecho*, cit., p. 195-196.

<sup>39</sup> Retomarei esse ponto na seqüência da exposição, quando abordarei o modo como se processa a aplicação do Direito sob a ótica da concepção raciovitalista.

<sup>40</sup> DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*, cit., p. 57.

<sup>41</sup> DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*, cit., p. 57.

<sup>42</sup> DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*, cit., p. 57.

Por isso é que a proposição segundo a qual seria possível ao intérprete uma aplicação mecânica de um direito material pré-existente não sobreviveu para muito além do contexto histórico que emoldurou a sua concepção pelos liberais franceses do século XVIII, assim como o seu desenvolvimento por seus seguidores de primeira hora<sup>43</sup>. E não se sustenta nem mesmo sob a ótica estrita do pensamento positivista<sup>44</sup>.

Noberto Bobbio, em obra dedicada ao estudo do positivismo jurídico, mesmo advertindo que essa corrente teórica considera tarefa da jurisprudência não a criação, mas a interpretação do Direito<sup>45</sup>, assevera que “interpretar significa remontar do signo (*signum*) à coisa significada (*designatum*), isto é, compreender o significado do signo, individualizando a coisa por este indicada”<sup>46</sup>. O que com isso quis dizer o jurista italiano é que “a linguagem humana (falada ou escrita) é um complexo de signos” e, assim, exige interpretação, já que “a relação existente entre o signo e a coisa significada (neste caso, entre a palavra e a idéia) não é uma relação necessária, mas puramente convencional, tanto que a mesma idéia pode ser expressa de modos diversos (o mesmo objeto, aliás, é indicado em cada língua com um som diverso)”<sup>47</sup>. Daí a sua conclusão quanto a haver um certo desajuste entre a *idéia* e a *palavra*, que decorre da circunstância de a *idéia* ser mais rica, mais complexa, mais articulada do que a *palavra* utilizada para exprimi-la<sup>48</sup>.

Semelhante observação, conquanto singela, é melhor aclarada no contexto da *semiótica* (na designação proposta por Charles Sanders

---

<sup>43</sup> Como acentua, com muita propriedade, Daniel Mitidiero, “depois de tudo o que se escreveu no último século no campo da filosofia do direito [...], continuar insistindo na função meramente intelectual do juiz e, portanto, na neutralidade do processo quanto ao direito material, é algo anacrônico, incompatível mesmo com o nosso cotidiano forense” (MITIDIÉRO, Daniel Francisco. *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 73).

<sup>44</sup> A argumentação que se segue tem por base: MADUREIRA, Claudio Penedo. *Direito, processo e justiça: o processo como mediador adequado entre o direito e a justiça* (no prelo). Salvador: Juspodivm, 2014. p. 119-123, passim.

<sup>45</sup> A propósito, confira-se a seguinte passagem da obra do professor italiano: “O positivismo jurídico concebe a atividade da jurisprudência como sendo voltada não para produzir, mas para reproduzir o direito, isto é, para explicitar com meios puramente lógico-rationais o conteúdo de normas jurídicas já dadas. [...] O positivismo jurídico considera tarefa da jurisprudência não a criação, mas a interpretação do direito” (BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Tradução e notas de Márcio Pugliese, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. p. 212).

<sup>46</sup> BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*, cit., p. 212.

<sup>47</sup> BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*, cit., p. 212-213.

<sup>48</sup> BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*, cit., p. 213.

Pierce<sup>49</sup>) ou *semiologia* (tal como denominada por Ferdinand de Saussure<sup>50</sup>), ramo de conhecimento qualificado por Luiz Alberto Warat como teoria geral dos sistemas sýgnicos<sup>51</sup>.

O *signo*, em tal conceituação, é a unidade mínima de comunicação; e é composto por três elementos: o *suporte físico*, o *significado* e o *significante*. Nesse contexto, o *suporte físico* é designado como a expressão material do *signo*, o *significado* como o seu objeto real ou imaginário e o *significante* como a idéia ou conceito que os intérpretes formam acerca do *suporte físico*. Se transpusermos esse *modelo semiótico* para o campo da interpretação e aplicação do Direito, teremos no direito positivo o *suporte físico*, nas pr-compreensões dos intérpretes acerca da real conformação da norma abstrata em tese aplicável ao caso (direito) ou da conduta humana à qual essa norma em tese se aplica (fato) o seu *significado* e na norma jurídica (concreta) incidente sobre o caso, então construída, por meio de exercício hermenutico, a *significação* que os juristas atribuem ao seu *objeto cognoscente*<sup>52</sup>. Destrinchada, nesses termos, a atividade cognitiva exercida pelos intérpretes com vistas à compreensão do direito positivado dos textos legais, assim como à sua ulterior aplicação, temos que o que Noberto Bobbio quis dizer quando referiu à existência de um certo desajuste entre a *idéia (significante)* e a *palavra (suporte físico)* foi que o direito colhido dos textos legais não necessariamente coincidirá com o Direito aplicado ao caso concreto<sup>53</sup>.

Com efeito, se a *significação* remonta à *idéia* (ou conceito) que o intérprete tem do *suporte físico* analisado (no caso, do direito positivo), e se essa percepção (da *significação*) é mutável no ambiente cognitivo do direito positivado nos textos legais, em vista da reconstrução dos conceitos jurídicos pelo intérprete, resultado das suas pr-compreensões acerca da norma jurídica em tese aplicável ou da conduta humana à qual ela se aplica

---

<sup>49</sup> PIERCE, Charles Sanders. *Semiótica*. Tradução de José Teixeira Coelho Neto. São Paulo: Perspectiva, 1990.

<sup>50</sup> SAUSSURE, Ferdinand de. *Escritos de lingüística geral*. Tradução de Carlos Augusto Leuba Salum e Ana Lúcia Franco. São Paulo: Cultrix, 2002.

<sup>51</sup> Como nos relata Warat, “quase simultaneamente, mas de forma independente, na Europa e nos Estados Unidos, Ferdinand de Saussure e Charles Sanders Pierce sugeriram a necessidade de construir uma teoria geral dos sistemas sýgnicos”, sendo que “o primeiro propôs denominá-la semiologia e o segundo, semiótica” (WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*. 2<sup>a</sup> ed. Porto Alegre: SAFE, 1995. p. 11).

<sup>52</sup> Cfr.: CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito tributário*. 9<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 06-07.

<sup>53</sup> Também Recasens Siches manifesta-se nesse sentido. A propósito, cfr.: SICHES, Luís Recasens. *Introducción al estdio del derecho*, cit., p. 26.

(*significado*), não restam dúvidas de que a *norma individual* a ser revelada não necessariamente reproduzirá o que resta prescrito nos textos legais. E isso ocorre, quando menos, porque essa *idéia (significação)* formada pelo jurista acerca do seu objeto de análise (o direito positivo) é claramente influenciada pelas peculiaridades do caso concreto, isto é, porque a atividade do intérprete quando procura no ordenamento jurídico-positivo a *norma abstrata* capaz de regular o caso submetido à sua avaliação não se dissocia da decomposição do problema apresentado e da identificação, nos fatos, de caracteres e notas capazes de efetivar a ligação do fenômeno aos conceitos<sup>54</sup>.

A propósito, Recasens Siches leciona que as pessoas, quando cumprem uma regra de conduta, repetem seus comportamentos anteriores, segundo regime pré-estabelecido, mas não costumam fazê-lo com uma fidelidade total, de cem por cento, de modo a produzir reproduções fotográficas ou gravações em fita magnética<sup>55</sup>. Para Siches, os aplicadores sempre modificam, em maior ou em menor grau, esse produto objetivado (norma), precisamente porque, na sua aplicação, cuidam de revivê-la, suprimindo alguns de seus componentes ou incluindo modificações ou novidades<sup>56-57</sup>. Assim, na prática, o direito aplicado aos casos concretos é reconstruído pelos seus aplicadores<sup>58</sup>, ou revivido, como prefere Recasens Siches<sup>59</sup>.

### **3.2. Razões históricas para a superação da doutrina jurídica concebida pela Escola da Exegese.**

Semelhante proposição é reforçada por um dado histórico, consistente no ocaso do paradigma normativo liberal-burguês, concebido no contexto do movimento revolucionário Francês do século XVIII, e adiante propalado pelos teóricos do positivismo<sup>60</sup>. Esse paradigma teve especial importância

---

<sup>54</sup> Mais adiante demonstrarei que também os valores influenciam a aplicação do Direito, inclusive para efeito de afastar, na casuística, a coincidência entre a norma abstrata colhida do texto legal e a norma concreta aplicada na sentença.

<sup>55</sup> SICHES, Luís Recasens. *Introducción al estudio del derecho*, cit., p. 26.

<sup>56</sup> SICHES, Luís Recasens. *Introducción al estudio del derecho*, cit., p. 26.

<sup>57</sup> Ponto que será retomado, na seqüência deste trabalho, quando abordo a relação do Direito aplicado aos casos concretos com os fatos e com os valores.

<sup>58</sup> Cfr.: MADUREIRA, Claudio Penedo. *Direito, processo e justiça*, cit., p. 124-129, passim.

<sup>59</sup> SICHES, Luís Recasens. *Introducción al estudio del derecho*, cit.

<sup>60</sup> A argumentação que se segue tem por base: MADUREIRA, Claudio Penedo. *Direito, processo e justiça*, cit., p. 124-129, passim.

para a consolidação do Direito enquanto da Ciência<sup>61</sup>, conforme se observa da seguinte passagem da obra de Miguel Reale:

“A Revolução Francesa teve vários reflexos e efeitos que não podemos, aqui, examinar. Dentre as suas conseqüências, devemos, entretanto, destacar uma: foi na época da Revolução Francesa que se advogou a necessidade de um Direito único para a totalidade da Nação. Anteriormente, havia um Direito que resolvia os problemas locais, assim, como havia um Direito de classes, um para a plebe e outro para a nobreza e o clero, com revoltantes desigualdades.

Com a Revolução Francesa, por conseguinte, surge uma realidade histórica de cuja importância muitas vezes nos olvidamos: o *Direito nacional*, um direito único para cada Nação, Direito este *perante o qual todos são iguais*. O princípio da igualdade perante a lei pressupõe um outro: o da existência de um único Direito para todos que habitam num mesmo território.

Com o advento do Código Civil francês e dos que foram elaborados, tomando-o como modelo, passaram os juristas a ter um Direito certo para todos e suscetível de indagação lógica e segura. A Ciência do Direito encontrou, assim, base para poder atingir notável grau de *sistematização*. Não mais o comentário ocasional, para atender a circunstâncias locais, mas um sistema que distribuía a matéria segundo uma ordenação lógica, permitindo a interpretação, a construção e a compreensão unitária das regras vigentes, segundo princípios de caráter geral”<sup>62</sup>.

Refiro-me, nesse ponto, ao período do Estado Liberal, que se estende até a Primeira Guerra Mundial, e que se caracteriza pela separação dos Poderes (em que, teoricamente, o Poder Legislativo assume a precedência e o Poder Judiciário resta, na prática, politicamente neutralizado) e pela ascensão do princípio da legalidade e da subsunção racional-formal (que veda a decisão *contra legem*, fazendo com que os Tribunais se movimentem em um quadro jurídico-político pré-constituído)<sup>63-64</sup>. Ganha corpo, nesse contexto, imposição a que os Juízes se pronunciem como “a boca da lei”, isto é, que tenham atuação restrita à aplicação do direito tal

---

<sup>61</sup> E foi particularmente importante para a consolidação do modelo judicial moderno, como disse Zaneti (ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo Constitucional: O modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 160).

<sup>62</sup> REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 152-153.

<sup>63</sup> Cfr.: ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo Constitucional: O modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro*, cit. p. 160.

<sup>64</sup> Cfr., também: SANTOS, Boaventura de Sousa; MARQUES, Maria Manoel Leitão; e PEDROZO, João. Os tribunais nas sociedades contemporâneas. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, ano 11, nº 30, fev. 1996. p. 32-33.

como descrito nos textos legais<sup>65</sup>, nos moldes sustentados pela Escola da Exegese.

No entanto, semelhante aspiração teórica, concebida a par da necessidade de se atribuir maior segurança jurídica aos negócios da então emergente classe social burguesa, lastreava-se em um liberalismo que foi duramente questionado ao início do Século XX, notadamente a após a propagação do socialismo no Leste Europeu e a consolidação em algumas nações do Velho Continente do que doravante se convencionou chamar Estado Social<sup>66</sup>. Daí que, se a Modernidade é marcada pela preocupação dos teóricos com o problema da justificação da obrigação política e se singulariza pela identificação do Direito (e, por conseguinte, da própria justiça) com o direito positivo, na Era Contemporânea presenciamos uma reformulação do Direito das nações, que passa a ter como *pano de fundo a questão social*<sup>67-68</sup>.

Pelas mãos da *questão social* a definição do conceito de justiça reorientou-se no sentido da sua afirmação como uma *justiça distributiva*. Nesse contexto, o significado e o valor de uma teoria da justiça passaram a se relacionar com a sua capacidade de satisfazer a fins e expectativas sociais<sup>69</sup>, o que induziu a conformação, ao lado de uma visão liberal-

---

<sup>65</sup> Eis, a propósito, a lição de Hermes Zaneti Júnior: “Para os defensores da sentença como ato de inteligência, mera subsunção do fato à lei, o juiz é a boca da lei (doutrina de Montesquieu que repercutiu no Código de Napoleão). A sentença é, assim, fornecida pelo Estado, pelo órgão jurisdicional detentor da ‘imperatividade’, como mero ‘silogismo frio’” (ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo constitucional: relações entre processo e constituição*. In: MITIDIERO, Daniel Francisco e ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Introdução ao estudo do processo civil - Primeiras Linhas de um Paradigma Emergente*. Porto Alegre: SAFE, 2004. p. 44).

<sup>66</sup> Paulo Bonavides acentua que o Estado Social é resultado das necessidades do mundo moderno que impuseram ao Poder Estatal a ampliação de seus fins e o aumento contínuo da esfera de suas responsabilidades (BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 72-73). Para o constitucionalista, o Estado Social, que “não se confunde com o Estado socialista, mas com este coexiste”, pois “o mundo moderno fê-lo uma necessidade, não importa sob que regime político”, é resultado de uma reinterpretação da liberdade e “significa intervencionismo, patronagem, paternalismo” (BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*, cit., p. 202-203).

<sup>67</sup> Cfr.: [ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo Constitucional: O modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro*, cit. p. 161] e [SANTOS, Boaventura de Sousa; MARQUES, Maria Manoel Leitão; e PEDROZO, João. *Os tribunais nas sociedades contemporâneas*, cit., p. 33].

<sup>68</sup> Cfr., também: MAFFETONE, Sebastiano & VECA, Salvatore. *A idéia de Justiça de Platão a Rawls*. Tradução de Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 227.

<sup>69</sup> Essa contraposição entre as acepções de justiça então assentes na mentalidade dos teóricos é retratada nos termos seguintes por Sebastiano Maffetone e Salvatore Veca: “A partir do final do século XVIII e durante todo o século seguinte, o principal interesse dos teóricos da justiça

positivista (que fora inaugurada a partir da Revolução Francesa e que jamais foi abandonada pelos teóricos do Direito), de uma acepção social-utilitarista do direito e da justiça<sup>70</sup>.

O confronto entre essas duas distintas visões de mundo se acentuou ao fim da Segunda Guerra Mundial, ocasião em que se principiou, a par da polarização entre os regimes Capitalista (representado ideologicamente pelo *American Way of Life*) e Socialista (capitaneado pela antiga União das Repúblicas Socialistas Soviéticas), a chamada *Guerra Fria*. Foi, assim, no contexto da contraposição entre os paradigmas liberal-burguês e socialista que se consolidou, a partir do último quadrante do século passado, notadamente em vista do que se convencionou chamar “a crise do Poder Legislativo”<sup>71</sup>, uma nova forma de pensar o Direito, que singulariza as reflexões jurídicas características de nosso tempo.

Situamo-nos, aqui, na passagem do Estado Liberal para o Estado Social (*Welfare State*), que se qualifica, entre outros fatores<sup>72-73</sup>, pela

---

parece deslocar-se do problema da boa ordem política e do propósito das instituições para o âmbito das interações e das relações de conflito e cooperação social. Enquanto para os pensadores clássicos da era moderna a figura central continua sendo aquela da obrigação política, deixando em segundo plano as relações sociais, aqui ocorre mais ou menos o contrário” (MAFFETONE, Sebastiano & VECA, Salvatore. *A idéia de Justiça de Platão a Rawls*, cit., p. 227).

<sup>70</sup> Essa acepção social-utilitarista de justiça é retratada com muita fidelidade por Paulo Nader, quando dispõe que “modernamente a humanidade reconhece a necessidade de implementar a chamada justiça social, que não constitui uma espécie distinta das anteriores, mas se caracteriza pela condição dos beneficiados e pelas necessidades que visa a atender” (NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 130-131). Seguindo essa linha de raciocínio, o jurista advoga a existência de quatro modalidades de justiça: a “justiça distributiva”, relacionada ao dever do Estado de repartir os bens e os encargos entre os membros da sociedade; a “justiça comutativa”, própria das relações privadas, que orienta a entrega a cada um do quinhão que lhe pertence; a “justiça geral”, cuja formulação é atribuída a Tomás de Aquino, de caráter solidário, que prevê a contribuição dos membros da comunidade para que seja alcançado o bem comum; e a “justiça social”, cuja finalidade consiste na proteção dos pobres e desamparados, mediante a adoção de critérios que favoreçam uma repartição mais equilibrada da riqueza (NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*, cit., p. 131-132).

<sup>71</sup> Que resultou, entre outros fatores, da derrocada dos regimes nazi-facistas que se espalharam pela Europa antes e ao longo daquele conflito bélico (que então se legitimavam sob o império do direito positivo) e da profusão de novas aspirações e novos direitos (como decorrência da “questão social”). A propósito, confira-se, por todos: TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 179.

<sup>72</sup> O Estado Providência também se qualifica pelo o colapso da teoria da separação dos poderes (cuja principal consequência é o surgimento de um centralismo no Poder Executivo), pela forte presença de um conteúdo promocional do direito, o que provocou a *juridificação da justiça distributiva* (ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo Constitucional: O modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro*, cit., p. 161).

inflação legislativa decorrente do surgimento e proliferação de novos direitos, em especial direitos coletivos, e que ocasionou, adiante, a descodificação, com gradual perda de coerência (ou de sistematicidade) dos ordenamentos jurídicos<sup>74-75</sup>. A partir de então se desenvolveu uma verdadeira revolução no método de construção política dos textos legislativos, que paulatinamente passaram a ser representados em termos abertos<sup>76</sup>, mediante o emprego de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados<sup>77</sup>.

Essa virada de paradigma é acentuada, com muita propriedade, por Francisco Vieira Lima Neto; na seguinte passagem de sua obra:

---

<sup>73</sup> Cfr., também: SANTOS, Boaventura de Sousa; MARQUES, Maria Manoel Leitão; e PEDROZO, João. Os tribunais nas sociedades contemporâneas, cit., p. 34.

<sup>74</sup> Cfr: [ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo Constitucional: O modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro*, cit., p. 161] e [SANTOS, Boaventura de Sousa; MARQUES, Maria Manoel Leitão; e PEDROZO, João. Os tribunais nas sociedades contemporâneas, cit., p. 34].

<sup>75</sup> Esse momento também é retratado com bastante fidelidade por Luiz Werneck Vianna, Manuel Palácios Cunha Melo e Marcelo Baumann Burgos em trabalho dedicado ao estudo da temática da judicialização da política, do qual extraímos o seguinte excerto doutrinário: “A primazia do executivo em face do Legislativo seria constitutiva da operação do Estado Social, ao tempo em que faz do direito um dos seus principais recursos de comunicação, pondo sob ameaça a repartição democrática entre os Poderes. O Estado Social, ao selecionar o tipo de política pública que vai constar da sua agenda, como também ao dar publicidade às suas decisões, vinculando as expectativas e os comportamentos dos grupos sociais beneficiados, traduz, continuamente, em normas jurídicas as suas decisões políticas. A linguagem e os procedimentos do direito, porque são dominantes nessa forma de Estado, mobilizam o Poder Judiciário para o exercício de um novo papel, única instância institucional especializada em interpretar normas e arbitrar sobre sua legalidade e aplicação, especialmente nos casos sujeitos à controvérsia” (VIANNA, Luiz Werneck; MELO, Manuel Palácios Cunha; e BURGOS, Marcelo Baumann. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 20).

<sup>76</sup> Cfr.: HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia entre facticidade e validade – Volume II*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 174.

<sup>77</sup> A distinção entre cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados é exposta com muita clareza por Rodrigo Reis Mazzei, nos termos seguintes: “[...] a cláusula geral demandará do julgador mais esforço intelectual. Isso porque, em tal espécie legislativa, o magistrado, (1) além de preencher o vácuo que corresponde a uma abstração (indeterminação proposital) no conteúdo da norma, é (2) compelido também a fixar a consequência jurídica correlata e respectiva ao preenchimento anterior. No conceito jurídico indeterminado, o labor é mais reduzido, pois, como simples enunciação abstrata, o julgador, após efetuar o preenchimento valorativo, já estará apto a julgar de acordo com a consequência previamente estipulada em texto legal” (MAZZEI, Rodrigo Reis. Código Civil de 2002 e o Judiciário: Apontamentos na aplicação das Cláusulas Gerais. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie e MAZZEI, Rodrigo Reis [Coord.]. *Reflexos do Novo Código Civil no Direito Processual*. Salvador: Juspodivm, 2006. p. 34).

“Essa atitude encontra ampla repercussão no direito atual, momento de grande insegurança e incerteza, no qual os modelos jurídicos, expressos por meio de dispositivos claros, precisos, de conteúdo previamente determinado cedem lugar aos conceitos jurídicos indeterminados, às cláusulas gerais, aos princípios, figuras dotadas de extrema vagueza semântica, que permitem ao intérprete construir seu significado e lhes dar concretização no caso em análise, decisão que não vale necessariamente para um outro caso semelhante a ser julgado no futuro”<sup>78</sup>.

Tamanha indeterminação do Direito, por sua vez, culmina por repercutir nas relações entre os Poderes, pois, em tal conjuntura, a lei, ou a sua interpretação, passou a exigir “acabamento do Poder Judiciário” que, de seu turno, viu-se “provocado pelas instituições e pela sociedade civil a estabelecer o sentido ou a completar o significado de uma legislação” que então passou a assumir conformação e motivações claramente distintas às da *certeza jurídica*, como lecionam Luiz Werneck Vianna, Manuel Palácios Cunha Melo e Marcelo Baumann Burgos<sup>79</sup>. Daí a conclusão desses Cientistas Políticos quanto a haver o Poder Judiciário sido investido no papel *legislador implícito* pela própria conformação da lei no Estado Social<sup>80</sup>.

Esse modo pelo qual o direito positivo passou a ser construído ao final do século passado é claramente incompatível com a idéia subjacente à existência de um Juiz “boca da lei”, com atividade restrita a uma aplicação mecânica dos textos jurídicos aos casos concretos<sup>81</sup>. E prenuncia a derrogação do paradigma normativo liberal-burguês, que serviu de base à construção da acepção de direito propagada pela Escola da Exegese.

#### **4. A CONCEPÇÃO RACIOVITALISTA E A APLICAÇÃO DO DIREITO.**

Maria Helena Diniz observa que a doutrina jurídica do raciovitalismo, concebida por Luís Recasens Siches, tem por base estudos filosóficos de

---

<sup>78</sup> LIMA NETO, Francisco Vieira. *O Direito de não sofrer discriminação genética: Uma nova expressão dos direitos da personalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 39.

<sup>79</sup> VIANNA, Luiz Werneck; MELO, Manuel Palácios Cunha; e BURGOS, Marcelo Baumann. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*, cit., p. 21.

<sup>80</sup> VIANNA, Luiz Werneck; MELO, Manuel Palácios Cunha; e BURGOS, Marcelo Baumann. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*, cit., p. 21.

<sup>81</sup> Ciente disso, arremata Calmon de Passos que “o equívoco que, nos últimos anos, vem prevalecendo entre nós, consiste, precisamente, em se estar acreditando que o panorama, hoje, é o mesmo tomado como referência pelos teorizadores das décadas de cinquenta e sessenta” (PASSOS, José Joaquim Calmon de. Instrumentalidade do processo e devido processo legal. *Revista de Processo – REPRO*, n. 102, ano 26, abril/junho 2001. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 59).

José Ortega y Gasset<sup>82</sup>. Segundo Edson Ferreira Costa, o raciovitalismo de Ortega y Gasset é uma tentativa filosófica “de superar o vitalismo, assim como, corrigir a miopia intelectual que significa o racionalismo”<sup>83</sup>. É, ainda, “uma forma de juntar o que essas teorias têm de fundamentais para refletir sobre a vida humana”, pois, para Gasset, “não é possível pensar a vida partindo de concepções herméticas que considerem como absoluto o primado da natureza ou da razão”<sup>84</sup>. Daí que, em Ortega y Gasset, o raciovitalismo se apresenta como um “esforço de reencontro da razão com a vida”<sup>85</sup>, como expressa Eduardo Portella.

Conforme Portella, a vida, em Ortega y Gasset, dá energia à razão, enquanto que a razão controla os impulsos supérfluos, excessivos, desnecessários ou inconvenientes<sup>86</sup>. A propósito, Costa leciona, em referência à obra de Gasset, que “somente uma razão que parte da condição histórica do homem é capaz de compreendê-lo, de refletir sobre tudo o que diz respeito ao seu existir”<sup>87</sup>. E tal se dá porque, em suas próprias palavras, “para compreender algo humano, pessoal ou coletivo, é preciso contar uma história”<sup>88</sup>. Para Gasset, “este homem, esta nação, faz tal coisa e é assim porque antes fez tal outra coisa e foi de tal outro modo”, pelo que “a vida só se torna um pouco transparente ante a razão histórica”<sup>89</sup>.

Nisso se funda o distanciamento de Ortega y Gasset da razão pura, pautada na natureza humana e na lógica formal que é própria das ciências da natureza, como a física<sup>90</sup>. Para Gasset, “o homem é o que lhe ocorreu, o

---

<sup>82</sup> DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*, cit., p. 92.

<sup>83</sup> COSTA, Edson Ferreira. A vida como narrativa segundo Ortega y Gasset. *1º Encontro Peri de Filosofia - Caderno de Resumos - Resumos expandidos*. Disponível na internet: <<http://www.nexos.ufsc.br/index.php/peri/article/viewFile/63/13>>; acesso em 07 de setembro de 2011. p. 09.

<sup>84</sup> COSTA, Edson Ferreira. A vida como narrativa segundo Ortega y Gasset, cit., p. 09.

<sup>85</sup> PORTELLA, Eduardo. *Permanência de Ortega y Gasset*. Transcrição de palestra proferida na mesa-redonda “Cinqüentenário do falecimento de Ortega y Gasset”, realizada na Academia Brasileira de Letras em 15 de setembro de 2005. Rio de Janeiro: ABL, 2005. Disponível na internet: <<http://www.academia.org.br/abl/media/RB-46-PROSA1.pdf>>; acesso em 07 de setembro de 2011. p. 103.

<sup>86</sup> PORTELLA, Eduardo. *Permanência de Ortega y Gasset*, cit., p. 103.

<sup>87</sup> COSTA, Edson Ferreira. A vida como narrativa segundo Ortega y Gasset, cit., p. 09.

<sup>88</sup> ORTEGA y GASSET, José. *História como um sistema*, cit., p. 35.

<sup>89</sup> ORTEGA y GASSET, José. *História como um sistema*, cit., p. 35.

<sup>90</sup> Tal se infere da seguinte passagem da sua obra: “Entendemos da física a operação de análise que executa ao reduzir os fatos complexos a um repertório de fatos mais simples. Mas estes fatos elementares e básicos da física são ininteligíveis. E é inevitável que assim seja, posto que

que fez”, e por isso “não tem natureza, tem história”, precisamente “porque não se pode esclarecer o ontem sem o anteontem, e assim sucessivamente”<sup>91</sup>. Em sua opinião, a história é um sistema, “o sistema das experiências humanas, que formam uma cadeia inexorável e única”<sup>92</sup>.

Com isso, Ortega y Gasset substitui o conceito de natureza humana pela idéia de herança histórica<sup>93</sup>, porque entende que o homem não se reduz ao seu biológico<sup>94</sup>, o que lhe permite “viver de acordo com uma série de elementos que são compreendidos enquanto acontecimentos”<sup>95</sup>. Essa particularidade do posicionamento de Gasset é expressada por Edson Costa na seguinte passagem doutrinária:

“É a partir do que foi construído pelas gerações anteriores que cada indivíduo passa a viver, sendo que esse viver, na dimensão pessoal, está em três tempos: passado, presente e futuro. Mesmo sendo herdeiro de uma tradição, a vida é por definição abertura ao porvir. Por mais que a existência humana seja marcada pela tradição, isso não inviabiliza a possibilidade do novo. Cada geração traz sua marca mediante o reconhecimento e simultaneamente a negação dos elementos constitutivos das gerações que a antecederam”<sup>96</sup>.

Essa proposição de Ortega y Gasset radica-se, conforme João Maurício de Carvalho, na constatação de que “o desenvolvimento da ciência não propiciou a solução para os problemas humanos, como

---

se trata de um fato. A razão histórica, em troca, não aceita nada como mero fato, senão que fluidifica todo o fato no *fieri* de que provém: vê como se faz o fato. Não crê esclarecer os fenômenos humanos reduzindo-os a um repertório de instintos e ‘faculdades’ – que seria, em efeito, fatos brutos, como o choque e a atração – senão que mostra o que o homem faz com esses instintos e essas faculdades, e inclusive nos declara como vieram a ser esses ‘fatos’ – os instintos e as faculdades – que não são, claro que está, mais do que idéias – interpretações – que o homem se fabricou em certa conjuntura do seu viver” (ORTEGA y GASSET, José. *História como um sistema*, cit., p. 49-50).

<sup>91</sup> ORTEGA y GASSET, José. *História como um sistema*, cit., p. 43.

<sup>92</sup> ORTEGA y GASSET, José. *História como um sistema*, cit., p. 43.

<sup>93</sup> COSTA, Edson Ferreira. *A vida como narrativa segundo Ortega y Gasset*, cit., p. 08.

<sup>94</sup> A propósito, Diniz observa que, “para Recasens Siches, o homem não é natureza, mas tem natureza biológica, psicológica, e vive na natureza e com a natureza circundante”, e que por isso “encontra-se condicionado por leis físico-naturais, que, todavia, não dão conta de todo o humano” (DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*, cit., p. 92). Tal se dá, conforme Diniz, porque o homem possui algo que não existe no mudo da natureza, que consiste na circunstância de o comportamento humano ser consciente, “dele ter um sentido que não existe nos fenômenos físico-naturais”, sentido esse que só pode ser explicado, vez que “só os fatos humanos podem ser compreendidos” (DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*, cit., p. 92).

<sup>95</sup> COSTA, Edson Ferreira. *A vida como narrativa segundo Ortega y Gasset*, cit., p. 08.

<sup>96</sup> COSTA, Edson Ferreira. *A vida como narrativa segundo Ortega y Gasset*, cit., p. 08.

acreditaram os positivistas”<sup>97-98</sup>, e de que “o modelo de ciências da natureza que vinha do positivismo era inadequado para as ciências humanas que se estruturavam”<sup>99</sup>. A propósito, Costa leciona, referindo-se à obra de Gasset, que “a inadequação da razão pura na compreensão do humano apresenta-se mediante a pretensão de totalidade que ela porta, não dando conta de captar o homem na sua singularidade, nas suas realizações históricas”<sup>100-101</sup>. Daí que, em Ortega y Gasset, “a razão deve pautar-se em uma metodologia que estude a biografia dos indivíduos concretos, as gerações e seus conflitos assim como o programa vital, a vocação e o destino do homem”<sup>102</sup>.

Essa *razão histórica* descrita por Ortega y Gasset “é a razão vital concebida no tempo ou relativamente a conjuntos humanos”<sup>103</sup>, como expressa Hélio Jaguaribe. Conforme Jaguaribe, “esse reciprocamento constitutivo do relacionamento homem-mundo, através da vida, conduz

---

<sup>97</sup> CARVALHO, José Maurício. O Século XX em El Espectador de Ortega y Gasset: a Crise como Desvio Moral. *Argumentos: Revista de Filosofia*, Ano 2, n. 4, 2010. Disponível na internet: <[http://www.filosofia.ufc.br/argumentos/pdfs/edicao\\_4/04.pdf](http://www.filosofia.ufc.br/argumentos/pdfs/edicao_4/04.pdf)>; acesso em 07 de setembro de 2011. p. 13.

<sup>98</sup> Conforme Carvalho, “o conhecimento científico e tecnológico foi utilizado, por exemplo, na produção de armas de destruição em massa, provocando um cenário inimaginável no século anterior”, de modo que “o cientista estava longe de ser um novo sacerdote e a ciência uma nova religião” (CARVALHO, José Maurício. O Século XX em El Espectador de Ortega y Gasset: a Crise como Desvio Moral, cit., p. 13-14).

<sup>99</sup> CARVALHO, José Maurício. O Século XX em El Espectador de Ortega y Gasset: a Crise como Desvio Moral, cit., p. 14.

<sup>100</sup> COSTA, Edson Ferreira. A vida como narrativa segundo Ortega y Gasset, cit., p. 09.

<sup>101</sup> A propósito, Hélio Jaguaribe observa que “o raciovitalismo orteguiano representa um esforço para superar as barreiras do idealismo kantiano sem recair no realismo ingênuo” (JAGUARIBE, Hélio. *Ortega y Gasset: vida e obra*. Conferência proferida na Academia Brasileira de Letras em 15 de setembro de 2005, durante a mesa-redonda “Cinqüentenário do falecimento de Ortega y Gasset”. Rio de Janeiro: ABL, 2005. Disponível na internet: <<http://www.academia.org.br/abl/media/RB-46-PROSA1.pdf>>; acesso em 07 de setembro de 2011. p. 134). Eis, para Jaguaribe, às razões pelas quais o raciovitalismo supera essas concepções teóricas: “O realismo, para Ortega, se apóia no preconceito arbitrário de supor que as coisas constituem a realidade e a esgotam. E que o espírito captura fielmente a essência das coisas. A verdade, entretanto, é que o espírito – como o compreenderam os idealistas – não é um mero espelho neutro e passivo, que se limite a refletir as coisas. Em contrapartida, o idealismo confunde a parte com o todo. Se é certo que o mundo exterior só pode ser captado por uma operação do sujeito cognoscente, que constitui a coisa em objeto do conhecimento, as coisas, por seu lado, não são produzidas pelo sujeito, e este não poderia existir com independência delas. A realidade não é nem o mundo nem o eu, mas sim a coexistência do eu e do mundo, o sujeito afrontando o mundo e o mundo pressionando sua consciência” (JAGUARIBE, Hélio. *Ortega y Gasset: vida e obra*, cit., p. 134).

<sup>102</sup> COSTA, Edson Ferreira. A vida como narrativa segundo Ortega y Gasset, cit., p. 09.

<sup>103</sup> JAGUARIBE, Hélio. *Ortega y Gasset: vida e obra*, cit., p. 137.

Gasset a integrar o sujeito e sua circunstância”<sup>104</sup>, o que deu ensejo à sua célebre frase (“eu sou eu e minha circunstância”), pela qual o filósofo particulariza os problemas de cada homem, bem como a (não tão difundida) continuação dessa assertiva (“se não salvo a ela – circunstância - não salvo a mim”), em que indica que o homem pode mudar a sua vida, transformando a realidade em que vive, e que se não o fizer afunda-se na circunstância e deixa de dar sentido a sua própria existência<sup>105</sup>, como expressa Danilo Santos Dornas. Assim, para Ortega y Gasset, “a vida humana se constitui nas possibilidades efetivadas no exercício da liberdade frente às circunstâncias”, de modo que, “a cada tempo, o homem vai-se inventando e reinventando”<sup>106</sup>, como observa, em arremate, Edson Costa.

Estes são os elementos que Recasens Siches colheu da obra de Ortega y Gasset para construir a doutrina jurídica do raciovitalismo, que será exposta nos tópicos que se seguem. A eles se somam a compreensão se Siches quanto a assumir o Direito estrutura tridimensional, no moldes propostos por Miguel Reale, embora seguindo metodologia distinta, que também será exposta na seqüência.

#### **4.1. As normas abstratas positivadas nos textos legais como ponto de partida para a aplicação do Direito.**

Recasens Siches parte da premissa de que o Direito adota a forma de normas<sup>107</sup>. Daí a observação de Maria Helena Diniz quanto a ser o raciovitalismo fiel ao normativismo<sup>108</sup>, pois a Ciência Jurídica, sob a ótica de sua doutrina, estuda normas<sup>109</sup>, embora sob lógica distinta daquela empregada pelo positivismo jurídico.

Em Siches, a aplicação do Direito tem como ponto de partida o direito positivo que os homens elaboram e os institutos jurídicos que eles

---

<sup>104</sup> JAGUARIBE, Hélio. *Ortega y Gasset: vida e obra*, cit., p. 134.

<sup>105</sup> DORNAS, Danilo Santos. *A filosofia política de Ortega y Gasset*. Disponível na internet: <<http://www.consciencia.org/ortegagassetdanilo.shtml>>; acesso em 07 de setembro de 2011.

<sup>106</sup> COSTA, Edson Ferreira. *A vida como narrativa segundo Ortega y Gasset*, cit., p. 08.

<sup>107</sup> SICHES, Luís Recasens. *Introducción al estudio del derecho*, cit., p. 41.

<sup>108</sup> DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito: introdução à teoria geral do direito, à filosofia do direito, à sociologia jurídica e à lógica jurídica. Norma jurídica e aplicação do direito*. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 97.

<sup>109</sup> Aliás, para Siches, as normas jurídicas são dotadas de características específicas e essenciais que as distinguem de outras normas (religiosas, morais, de trato social, etc.); contexto em que se destaca a circunstância de os preceitos de direito serem dotados de inexorável impositividade, ou de coercibilidade, o que significa que seu cumprimento pode ser imposto pela força, quando isso for necessário (SICHES, Luís Recasens. *Introducción al estudio del derecho*, cit., p. 41).

fabricam<sup>110</sup>, e por isso deve ter em consideração as normas jurídicas. Mas a norma, para Siches, deve ser compreendida como objetivação da vida humana, e analisada sob o ponto de vista da índole e da estrutura da vida humana, e por isso “não pode ser julgada em si mesma como um fim, mas como um meio para a consecução dos valores concretos almejados pelo legislador, que são justiça, bem-estar social, dignidade da pessoa humana, liberdade, igualdade perante o direito, oportunidades iguais de adequação de circunstâncias de eficácia e de bem estar social”<sup>111</sup>, como expressa Diniz. O que com isso se quer dizer é que, se a aplicação de uma norma a determinado fato concreto levar a efeitos contrários aqueles por ela visados, a norma deve ser declarada inaplicável àquele fato<sup>112</sup>.

Disso se verifica que para o raciovitalismo a aplicação do Direito não tem em consideração apenas o direito positivo. Como observa Diniz, em referência ao pensamento de Recasens Siches, “aquele que cumpre a norma ou que executa a sentença revive praticamente o pensamento nela contido, realizando-o efetivamente”, precisamente porque, “a aplicação do direito termina a norma jurídica, por meio do acréscimo que a individualiza e a faz agir”, razão pela qual, “muitas vezes, só se sabe o que é o direito, quando a sentença mostra o que ele representa por meio dos efeitos concretos”<sup>113</sup>. É que, para Siches, a atividade do órgão jurisdicional compreende uma série de funções que não são previamente cumpridas pela norma geral, e que o juiz tem que levar a cabo por sua conta própria, muito embora ao fazê-lo deva seguir as diretrizes que a lei assinala<sup>114</sup>. O que Siches acentua, nessa passagem, é que a norma individualizada na sentença judicial<sup>115</sup> contém ingredientes novos, que não estão na norma geral, e que por isso a função judicial tem necessariamente dimensão criadora, que aporta outros elementos ao processo construtivo do direito<sup>116</sup>. Esses ingredientes são os *atos* e os *valores*.

A propósito, Recasens Siches afirma que o direito apresenta três dimensões: *fato*, *norma* e *valor*. Para Siches, o direito é um *fato*, uma obra humana, estimulada pela consciência de necessidades da vida social, obra essa produzida sob a forma de *normas*, e que tem por função satisfazer

---

<sup>110</sup> SICHES, Luís Recasens. *Introducción al estudio del derecho*, cit., p. 78.

<sup>111</sup> DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*, cit., p. 95.

<sup>112</sup> DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*, cit., p. 95.

<sup>113</sup> DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*, cit., p. 95.

<sup>114</sup> SICHES, Luís Recasens. *Introducción al estudio del derecho*, cit., p. 196.

<sup>115</sup> Assim como nas resoluções administrativas, nos contratos, etc.

<sup>116</sup> SICHES, Luís Recasens. *Introducción al estudio del derecho*, cit., p. 197.

essas necessidades no sentido da realização de *valores* específicos, apresentando-se, assim, como uma realidade tridimensional<sup>117</sup>. Nessa passagem, Siches refere à doutrina de Miguel Reale<sup>118</sup>, mas deixa claro que tomou a liberdade de introduzir alguns ajustes na sua teoria tridimensional do direito<sup>119</sup>.

#### **4.2. A influência dos fatos na aplicação do Direito.**

Recasens Siches observa que há no mundo uma série de objetos que não são coisas e nem fatos produzidos pela natureza, porque são produzidos por homens, ou seja, são resultado da atividade dos homens, e por isso pertencem ao mundo da cultura. Esses objetos, conforme Siches, têm substratos reais, que podem ser corpóreos ou psíquicos. No entanto, a sua essência não corresponde a essas realidades (de substratos corpóreos ou psíquicos), mas reside na circunstância de poderem ter um sentido, uma significação, uma intencionalidade ou um propósito. Esses objetos são vida humana objetivada, porque são revividos, ou repensados, ou reutilizados, ou reatualizados pelos homens, e por isso constituem vida humana revivida, vida humana reatualizada<sup>120</sup>.

Para explicar-se, Siches refere à obra de Cervantes, destacando, a propósito, que o livro “Don Quixote”, no momento em que foi escrito, apresentava-se como uma peripécia da vida individual do autor, um pedaço dele, um segmento de sua própria existência; mas observa que, uma vez escrita, sobretudo depois da morte de Cervantes, essa obra literária permanece como algo que é nosso, como um conjunto de pensamentos cristalizados que podem ser repensados por quem o quiser. Essa obra, então, apresenta-se como um complexo de pensamentos objetivados, fossilizados ou coisificados. Como algo que tem uma estrutura de pensamento, mas que já não é pensamento vivo, a começar porque quem o pensou originariamente já morreu. O que em sua criação foi um processo subjetivo vivo de alguém (no caso, de Cervantes) agora aparece como pensamento convertido em coisa, como um produto objetivado à disposição de todos, de modo que quem o quiser o poderá repensar, como um bem de utilização comum<sup>121</sup>.

---

<sup>117</sup> SICHES, Luís Recasens. *Introducción al estudio del derecho*, cit., p. 40.

<sup>118</sup> REALE, Miguel. *Teoria Tridimensional do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1968.

<sup>119</sup> SICHES, Luís Recasens. *Introducción al estudio del derecho*, cit., p. 40-Nota de rodapé.

<sup>120</sup> SICHES, Luís Recasens. *Introducción al estudio del derecho*, cit., p. 25.

<sup>121</sup> SICHES, Luís Recasens. *Introducción al estudio del derecho*, cit., p. 25-26.

O exemplo proposto nos dá conta de que uma obra humana que com o tempo se converteu objeto da vida humana cristalizada (coisa) pode vir a ser, em alguma medida, reatualizada ou revivida. Essa obra pode voltar a viver pela atuação de outras pessoas contemporâneas ou posteriores ao seu autor, como ocorre, por exemplo, quando essas outras pessoas lêem o livro e pensam novamente os pensamentos que ele contém<sup>122</sup>. É o que ocorre, ainda a título de exemplo, quando desenvolvo este tópico, em que procuro conferir vida ao pensamento objetivado por Recasens Siches em sua obra.

O mesmo se aplica às regras de conduta, vez que as pessoas, quando as cumprem, repetem comportamentos anteriores, seguindo um regime pré-estabelecido, mas, ao fazê-lo, não podem manter fidelidade total à regra de conduta aplicada, de modo a produzir reproduções fotográficas ou gravações em fita magnética do produto objetivado. Na verdade, as pessoas tendem, nesse processo, a modificar, em maior ou em menor grau, o produto objetivado que estão vivendo novamente, seja suprimindo alguns de seus componentes, seja incluindo modificações ou novidades<sup>123</sup>.

Para Siches, é precisamente nesse reino da vida humana objetivada que encontramos o Direito. Quanto ao particular, esse professor mexicano acentua que o Direito, enquanto conjunto de normas pré-constituídas (leis, regulamentos, contratos, sentenças judiciais, etc.), situa-se no universo das objetivações da vida humana, no reino da cultura. E observa que o cumprimento, ou a individualização, do Direito pelos funcionários judiciais e administrativos encerra, sempre, uma reatualização dessas normas em novas condutas reais, condutas que, muitas vezes, incluem novidades, modificações, supressões, incrementos, correções, etc. Nesse processo de reviver e reatualizar as normas jurídicas, que implicam novos matizes, novas modalidades, novas conseqüências, algo que estava predeterminado de modo completo e fixo na norma anterior recebe nova objetivação<sup>124</sup>.

No entanto, deve estar claro que essas as objetivações da vida humana (normas), enquanto cristalizações, são incapazes de se transformar por si próprias, como adverte Recasens Siches<sup>125</sup>. E isso precisamente porque, definitivamente, essas objetivações não são vida autêntica, mas fotografias de vida que se foi<sup>126</sup>. Por isso é que, para Siches, é equivocado qualificar

---

<sup>122</sup> SICHES, Luís Recasens. *Introducción al estudio del derecho*, cit., p. 26.

<sup>123</sup> SICHES, Luís Recasens. *Introducción al estudio del derecho*, cit., p. 26.

<sup>124</sup> SICHES, Luís Recasens. *Introducción al estudio del derecho*, cit., p. 26.

<sup>125</sup> SICHES, Luís Recasens. *Introducción al estudio del derecho*, cit., p. 27.

<sup>126</sup> SICHES, Luís Recasens. *Introducción al estudio del derecho*, cit., p. 27.

esses produtos como realidades substantivas vivas<sup>127</sup>, como se a norma cristalizada nos textos legais exaurisse o processo construtivo do direito, como pretendiam os artífices do empirismo exegetico. O que acontece é que, como dito, essas objetivações da vida humana, que se apresentam como os pensamentos expressados em um livro, como normas determinadas em uma lei, como imagens materializadas em uma escultura ou como esquemas técnicos postos em uma máquina, estão à disposição de outros seres humanos, que ao ler o livro, ao cumprir a lei, ao contemplar uma escultura, ao utilizar a máquina, até certo ponto pensam e reatualizam os pensamentos depositados nesses objetos, vivendo-os outra vez, ou revivendo a vida humana neles objetivada<sup>128</sup>. Para Siches, essa é a zona do mundo onde vive o Direito, que inclui o campo da vida humana objetivada (normas), mas também da sua revisitação, ou revivência, com as modificações promovidas nesse contexto<sup>129</sup>.

Nisso reside a importância dos fatos para a aplicação do Direito. A propósito, Maria Helena Diniz observa, em referência à doutrina jurídica do raciovitalismo, que “se a norma jurídica é um pedaço de vida humana objetivada, não pode ser uma norma abstrata de moral, de ética, desligada dos fatos concretos”, porque se qualifica como “um enunciado para a solução de um problema”<sup>130</sup>. Assim, é inevitável o emprego pelo intérprete/aplicador de uma metódica tópico-problemática<sup>131</sup>, que parte da

---

<sup>127</sup> SICHES, Luís Recasens. *Introducción al estudio del derecho*, cit., p. 27.

<sup>128</sup> SICHES, Luís Recasens. *Introducción al estudio del derecho*, cit., p. 27-28.

<sup>129</sup> SICHES, Luís Recasens. *Introducción al estudio del derecho*, cit., p. 27.

<sup>130</sup> DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*, cit., p. 94.

<sup>131</sup> A propósito, cumpre referir à lição de Theodor Viehweg, que designa a tópica como uma técnica do pensamento orientada para o problema (VIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência. Uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos*. Tradução de Kelly Susane Alflen da Silva. Porto Alegre: SAFE, 2008. p. 33), cujo campo de aplicação é exatamente a interpretação, através da qual se torna possível ao intérprete, sem violar as antigas formas, descobrir novas possibilidades de compreensão (VIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência. Uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos*, cit., p. 43-44). Referências semelhantes podem ser extraídas do seguinte trecho da obra de Canotilho: “O método tópico-problemático, no âmbito do direito constitucional, parte das seguintes premissas: (1) *carácter práctico* da interpretação constitucional, dado que, como toda a interpretação, procura resolver os problemas concretos; (2) *carácter aberto, fragmentário ou indeterminado* da lei constitucional; (3) *preferência pela discussão do problema* em virtude da *open texture* (abertura) das normas constitucionais que não permitam qualquer dedução subsuntiva a partir delas mesmo. [...] A interpretação da constituição reconduzir-se-ia, assim, a um *processo aberto de argumentação* entre os vários participantes (pluralismo de intérpretes) através da qual se tenta adaptar ou adequar a norma constitucional ao caso concreto. Os aplicadores-intérpretes servem-se de vários *topoi* ou ponto de vista, sujeitos à prova das opiniões pró ou contra, a fim de descortinar, dentro das

premissa de que o sentido normativo não reside apenas no texto da norma abstrata, mas também no próprio intérprete, porque o intérprete, quando se reporta ao Direito para aplicá-lo, não o pensa abstratamente, mas relacionando-o ao problema enfrentado<sup>132</sup>.

### 4.3. A influência dos valores na aplicação do Direito.

Outra nota importante do pensamento de Recasens Siches situa-se na qualificação do homem como herdeiro do pensamento predominante em seu tempo, e também como referência para o pensamento das gerações futuras. Para Siches, o homem é sempre herdeiro, pois o homem de hoje, necessariamente, de modo forçoso, é diferente do homem de ontem, porque quando o homem de hoje começa a viver encontra um conjunto de dogmas, de convicções, de crenças, de conhecimentos, de modos de vida, de técnicas, de instrumentos, de artefatos e utensílios, que não existiam quando começou a existência dos homens da geração de seus pais<sup>133</sup>. Assim, esse homem de hoje, que começou a viver num mundo diferente daquele em que se iniciou a vivência de seus pais, modificará por sua conta própria o legado recebido de seus antecessores. Por sua vez, as contribuições que a sua geração presta à interpretação do mundo que receberam quando do início de sua existência farão com o que os homens da nova geração (ou seja, os seus filhos e netos) encontrem outro ponto de partida quando começarem a sua vida<sup>134</sup>.

O que Recasens Siches está a dizer é que todos nós baseamos nossa existência na interpretação construída pela geração anterior, enquanto que nossos sucessores tomarão como ponto de partida a interpretação que lhes deixaremos, que será diferente, em maior ou menor grau, daquela que recebemos inicialmente<sup>135</sup>. A isso Siches denomina historicidade. Em sua

---

várias possibilidades derivadas da polissemia de sentido do texto constitucional, a interpretação mais convincente para o problema. A tónica seria, assim, uma arte de invenção (*inventio*) e, como tal, técnica do pensar problemático. Os vários tópicos teriam como função: (i) servir de *auxiliar* de orientação para o intérprete; (ii) constituir um *guia de discussão* dos problemas; (iii) permitir a decisão do problema *jurídico* em discussão” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 1.211).

<sup>132</sup> Cfr.: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (Org.). *Processo e Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

<sup>133</sup> SICHES, Luís Recasens. *Introducción al estudio del derecho*, cit., p. 37.

<sup>134</sup> SICHES, Luís Recasens. *Introducción al estudio del derecho*, cit., p. 37.

<sup>135</sup> SICHES, Luís Recasens. *Introducción al estudio del derecho*, cit., p. 37.

concepção, o homem é essencialmente histórico, assim como o são os produtos culturais, isto é, todas as obras humanas<sup>136</sup>.

Mas a historicidade, para Siches, é devida à combinação do social com o individual. O homem, porque é social, apóia-se no que recebe como legado cultural dos outros, e por ser individual retifica ou inova no que recebeu, e por isso inventa<sup>137</sup>. Enfim, o homem é capaz de aproveitar o passado, de beneficiar-se das conquistas deixadas por seus predecessores, mas, por outro lado, tem a capacidade de se fazer livre do que foi ontem, de ser diferente, de corrigir ou aumentar a herança cultural recebida<sup>138</sup>.

Conforme Recasens Siches, também o Direito é histórico<sup>139</sup>. É que, para esse professor mexicano, o Direito se apresenta como um conjunto de normas elaboradas pelos homens sob o estímulo de determinadas necessidades sentidas em sua vida social, e com o propósito de satisfazer essas necessidades de sua existência coletiva de acordo com valores específicos (justiça, dignidade da pessoa humana, autonomia e liberdade individuais, bem estar social, segurança, etc.)<sup>140</sup>. A historicidade é que possibilita, então, que as normas jurídicas positivadas, essas objetivações da vida humana, sejam revividas no contexto de sua aplicação aos casos concretos, dada a natural modificação dos valores de geração para geração<sup>141</sup>. Assim, o instrumento de que se vale o aplicador para reviver as normas jurídicas objetivadas num texto legal, por exemplo, ou num contrato, são os valores.

Siches afirma que o Direito trabalha com ideais de valor, que são encontrados na realidade social concreta, que é apreendida pela experiência. Essas informações oferecidas pela experiência histórica são trabalhadas pelo aplicador sob método por ele qualificado como “estimativa jurídica”, que projeta seus juízos de valor para selecioná-las, ordená-las e articulá-las a serviço dos fins que reconhece como valiosos<sup>142</sup>.

Não é tarefa simples identificar a norma aplicável ao problema, já que, muitas vezes, existe mais de uma norma de mesma hierarquia a regular os

---

<sup>136</sup> SICHES, Luís Recasens. *Introducción al estudio del derecho*, cit., p. 38.

<sup>137</sup> SICHES, Luís Recasens. *Introducción al estudio del derecho*, cit., p. 37.

<sup>138</sup> SICHES, Luís Recasens. *Introducción al estudio del derecho*, cit., p. 38.

<sup>139</sup> SICHES, Luís Recasens. *Introducción al estudio del derecho*, cit., p. 38.

<sup>140</sup> SICHES, Luís Recasens. *Introducción al estudio del derecho*, cit., p. 40.

<sup>141</sup> SICHES, Luís Recasens. *Introducción al estudio del derecho*, cit., p. 41.

<sup>142</sup> SICHES, Luís Recasens. *Introducción al estudio del derecho*, cit., p. 78.

mesmos fatos<sup>143</sup>. Na prática, a escolha entre as diversas normas depende dos valores que orientam o aplicador, vez que pode acontecer de o sentido da norma não estar claro no texto legal, ou de o caso concreto não se amoldar perfeitamente às situações previstas pelo legislador<sup>144-145</sup>. Então, uma das funções dos valores na aplicação do Direito é orientar a escolha, pelos aplicadores, das normas aplicadas aos casos concretos.

Mas os valores também podem ser empregados na “correção” do direito positivo. Ao ensejo, Maria Helena Diniz observa, em atenção às premissas do raciovitalismo, que procedendo desse modo “não se está arredando da norma, porque o intérprete e o aplicador devem ser fieis não às suas palavras, mas aos seus fins e ao seu espírito”, devendo, pois, fidelidade não ao texto, mas “aos objetivos e ao sentido da norma”<sup>146</sup>. Quanto ao particular, Recasens Siches observa que o direito positivo que os homens elaboram, assim como os institutos jurídicos que eles fabricam, constituem meio para a realização de propósitos fundados sobre valores. E afirma que, na prática, os homens, orientados por um valor jurídico, buscam atingir uma determinada realidade para satisfazer certas necessidades, e que elegem, a partir desse valor jurídico, determinados meios, como institutos ou normas, que consideram capazes de atingir esse fim. No entanto, Siches reconhece que podem ocorrer fatores imprevistos, quando da aplicação dessas normas ou institutos, que fazem com que tais instrumentos fracassem, ou que funcionem imperfeitamente<sup>147</sup>, o que

---

<sup>143</sup> SICHES, Luís Recasens. *Introducción al estudio del derecho*, cit., p. 197.

<sup>144</sup> SICHES, Luís Recasens. *Introducción al estudio del derecho*, cit., p. 197-198.

<sup>145</sup> A propósito, cfr., ainda, o magistério de Maria Helena Diniz: “Ante uma norma aparentemente aplicável a um caso, o intérprete e aplicador deve antever os resultados da sua aplicação, interpretando o alcance das estimativas explícita ou implicitamente contidas nesta norma, complementando-as com os critérios ministrados pelas convicções coletivas predominantes. Porém, tais convicções não constituem a única fonte de valores complementares, porque, às vezes, o juiz tem que buscar valores desenvolvidos conforme os critérios de estimativa jurídica que ele mesmo considera válidos. Se os efeitos concordarem com os propósitos da norma, ela será aplicável ao caso, mas se contrários ou opostos aos fins pretendidos por ela, deverá ser declarada inaplicável, aplicando-se, então, ao caso outra norma que seja mais conveniente” (DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*, cit., p. 96).

<sup>146</sup> DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*, cit., p. 96.

<sup>147</sup> Ao ensejo, Maria Helena Diniz observa que “devido ao fato de o homem ser dotado de livre-arbítrio, limitado pelo seu mundo circunstancial, há uma relativa incerteza na solução de seus problemas”, e que “tal incerteza decorre também de grande número de causas heterogêneas, como os critérios estimativos ou axiológicos de cada situação social e histórica, que intervêm no comportamento humano” (DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*, cit., p. 93).

aconselha o emprego de outros meios para realizar com maior eficácia a mesma finalidade, como, por exemplo, a modificação do instituto. A propósito, Recasens Siches admite que o julgador, diferentemente do legislador, que dispõe de um âmbito de liberdade relativamente amplo para eleger as finalidades e os propósitos, deve ater-se aos critérios estimativos adotados pelo direito positivo<sup>148</sup>. Mas adverte que o juiz não está adstrito apenas ao texto da lei, devendo observar, também, os valores sob os quais se funda a norma editada<sup>149</sup>, e que por isso deve empregar esses valores na sua decisão sobre os casos concretos<sup>150-151</sup>. Assim, para Siches, a função valoradora não está reservada exclusivamente ao legislador, mas penetra, permeia e impregna todas as fases da produção do Direito<sup>152</sup>, inclusive o momento da sua concretização pelos aplicadores.

Destarte, os valores assumem, na aplicação do Direito, duas funções básicas: orientar a escolha, pelos aplicadores, das normas aplicadas aos casos concretos e auxiliá-los na “correção” do direito positivo.

## 5. CONCLUSÕES.

Essas considerações, pautadas no raciovitalismo de Luís Recasens Siches e José Ortega y Gasset, somadas às particularidades da aplicação do Direito de nosso tempo, denotam a superação da concepção jurídica sustentada pela Escola da Exegese. Em especial porque indicam que, na fase atual de seu desenvolvimento como instrumento de regulação social, o Direito aplicado aos casos concretos não resulta de atos de subsunção mecânica dos textos legais aos fatos depreendidos no mundo fenomênico, precisamente porque não apenas as *normas*, mas também os *atos* e os *valores* influenciam na atividade cognitiva exercida pelos intérpretes/aplicadores, que promovem, na casuística, a atualização, ou reconstrução, dos enunciados prescritivos aprovados pelo Parlamento.

Apresentadas essas conclusões, quero deixar claro não tenho a intenção, e nem a pretensão, de apresentar resposta única e definitiva à resolução do problema de que me ocupo. Apenas desejo, quando apresento

---

<sup>148</sup> SICHES, Luís Recasens. *Introducción al estudio del derecho*, cit., p. 259.

<sup>149</sup> No pormenor, Siches assenta que o juiz, embora deva obediência ao direito positivo, exerce função criadora, que se alimenta de um rico complexo de valorações particulares sobre pontos singulares (SICHES, Luís Recasens. *Introducción al estudio del derecho*, cit., p. 260).

<sup>150</sup> SICHES, Luís Recasens. *Introducción al estudio del derecho*, cit., p. 259.

<sup>151</sup> Enfim, as normas jurídicas, por um lado, devem ser guiadas por valores objetivos, mas, por outro lado, devem responder às necessidades reais que estimularam a sua criação (SICHES, Luís Recasens. *Introducción al estudio del derecho*, cit., p. 289).

<sup>152</sup> SICHES, Luís Recasens. *Introducción al estudio del derecho*, cit., p. 260.

esses meus apontamentos sobre o tema, contribuir em alguma medida para a sua discussão no plano da Ciência.

## 6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Tradução e notas de Márcio Pugliese, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CAPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: SAFE. 1999.

CARVALHO, José Maurício. O Século XX em El Espectador de Ortega y Gasset: a Crise como Desvio Moral. *Argumentos: Revista de Filosofia*, Ano 2, n. 4, 2010. Disponível na internet: <[http://www.filosofia.ufc.br/argumentos/pdfs/edicao\\_4/04.pdf](http://www.filosofia.ufc.br/argumentos/pdfs/edicao_4/04.pdf)>; acesso em 07 de setembro de 2011.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito tributário*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

COSTA, Edson Ferreira. A vida como narrativa segundo Ortega y Gasset. *1º Encontro Peri de Filosofia - Caderno de Resumos - Resumos expandidos*. Disponível na internet: <<http://www.nexos.ufsc.br/index.php/peri/article/viewFile/63/13>>; acesso em 07 de setembro de 2011.

DIDIER JÚNIOR, Fredie e MAZZEI, Rodrigo Reis (Coord.). *Reflexos do Novo Código Civil no Direito Processual*. Salvador: Juspodivm, 2006.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito: introdução à teoria geral do direito, à filosofia do direito, à sociologia jurídica e à lógica jurídica. Norma jurídica e aplicação do direito*. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DORNAS, Danilo Santos. *A filosofia política de Ortega y Gasset*. Disponível na internet: <<http://www.consciencia.org/ortegagassetdanilo.shtml>>; acesso em 07 de setembro de 2011.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Teoria da Norma Jurídica: ensaio de pragmática na comunicação normativa*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia entre facticidade e validade – Volume II*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- JAGUARIBE, Hélio. *Ortega y Gasset: vida e obra*. Conferência proferida na Academia Brasileira de Letras em 15 de setembro de 2005, durante a mesa-redonda “Cinqüentenário do falecimento de Ortega y Gasset”. Rio de Janeiro: ABL, 2005. Disponível na internet: <<http://www.academia.org.br/abl/media/RB-46-PROSA1.pdf>>; acesso em 07 de setembro de 2011.
- LIMA NETO, Francisco Vieira. *O Direito de não sofrer discriminação genética: Uma nova expressão dos direitos da personalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 7ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- MAFFETONE, Sebastiano & VECA, Salvatore. *A idéia de Justiça de Platão a Rawls*. Tradução de Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- MAZZEI, Rodrigo Reis. Código Civil de 2002 e o Judiciário: Apontamentos na aplicação das Cláusulas Gerais. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie e MAZZEI, Rodrigo Reis (Coord.). *Reflexos do Novo Código Civil no Direito Processual*. Salvador: Juspodivm, 2006.
- MITIDIERO, Daniel Francisco. *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- MITIDIERO, Daniel Francisco e ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Introdução ao estudo do processo civil - Primeiras Linhas de um Paradigma Emergente*. Porto Alegre: SAFE, 2004.
- NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (Org.). *Processo e Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (Org.). *Processo e Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- ORTEGA y GASSET, José. *História como um sistema*. Tradução de Juan A. Sobrinho e Elizabeth Hanna Côrtes Costa. Brasília: UnB, 1982.

- PASSOS, José Joaquim Calmon de. Instrumentalidade do processo e devido processo legal. *Revista de Processo – REPRO*, n. 102, ano 26, abril/junho 2001. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- PIERCE, Charles Sanders. *Semiótica*. Tradução de José Teixeira Coelho Neto. São Paulo: Perspectiva, 1990.
- PORTELLA, Eduardo. *Permanência de Ortega y Gasset*. Transcrição de palestra proferida na mesa-redonda “Cinqüentenário do falecimento de Ortega y Gasset”, realizada na Academia Brasileira de Letras em 15 de setembro de 2005. Rio de Janeiro: ABL, 2005. Disponível na internet: <<http://www.academia.org.br/abl/media/RB-46-PROSA1.pdf>>; acesso em 07 de setembro de 2011.
- REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- REALE, Miguel. *Teoria Tridimensional do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1968.
- SANTOS, Boaventura de Sousa; MARQUES, Maria Manoel Leitão; e PEDROZO, João. Os tribunais nas sociedades contemporâneas. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, ano 11, nº 30, fev. 1996.
- SAUSSURE, Ferdinand de. *Escritos de lingüística geral*. Tradução de Carlos Augusto Leuba Salum e Ana Lúcia Franco. São Paulo: Cultrix, 2002.
- SICHES, Luís Recasens. *Introducción al estudio del derecho*. 16ª ed. México, D.F.: Editorial Porrúa S.A., 2009.
- TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- VIANNA, Luiz Werneck; MELO, Manuel Palácios Cunha; e BURGOS, Marcelo Baumann. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.
- VIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência. Uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos*. Tradução de Kelly Susane Alflen da Silva. Porto Alegre: SAFE, 2008.
- WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*. 2ª ed. Porto Alegre: SAFE, 1995.
- ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo Constitucional: O modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. Processo constitucional: relações entre processo e constituição. In: MITIDIERO, Daniel Francisco e ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Introdução ao estudo do processo civil - Primeiras Linhas de um Paradigma Emergente*. Porto Alegre: SAFE, 2004.