

Atualidades

INTERPRETAÇÃO DO DIREITO COMERCIAL

JORGE LOBO

“Começaremos pela hermenêutica jurídica, cujo estudo deve preceder ao de todo direito positivo (...)” (Barão de Ramalho).

I – Hermenêutica: A – Conceito; B – As Escolas Hermenêuticas; C – Escola Hermenêutica Dogmática: a) Escola da Exegese; b) A “Analytical School”; c) A jurisprudência conceitual; d) Escola italiana; D – Escola Hermenêutica Sociológica: a) Jurisprudência teleológica; b) Jurisprudência dos interesses; c) Escola de Livre Pesquisa Científica; d) Escola de Direito Livre; e) Escola de Jurisprudência Sociológica; E – Escola Hermenêutica Realista: a) Realismo psicológico; b) Realismo linguístico; c) Realismo culturalista; F – As Escolas Hermenêuticas e o Direito Comercial. II – Interpretação do Direito: A – Interpretação quanto à origem e aos meios; B – Interpretação literal; C – Interpretação lógica: a) Interpretação sistemática; b) Interpretação histórica; c) Interpretação teleológica; d) Efeitos da interpretação; e) As lacunas da lei. III – Interpretação do Direito Comercial.

I – Hermenêutica jurídica

A – Conceito

Não se chegou ainda a um conceito unívoco de hermenêutica jurídica. Uns autores consideram-na sinônimo de interpretação das leis; outros, distinguem-nas.

Carlos Maximiliano, na *Introdução ao seu magnífico Hermenêutica e Aplicação do Direito*, doutrina: “a Hermenêutica Jurídica tem por objeto o estudo e a sistematização dos processos aplicáveis do direito, para determinar o sentido e o alcance das expressões de direito” (*Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 6ª ed., Freitas Bastos, 1957, p. 13).

Todavia, logo a seguir, ao cuidar da noção de interpretação, afirma, categórico:

“Interpretar é determinar o sentido e o alcance das expressões de direito” (loc. cit.), valendo-se, portanto, das mesmas palavras com as quais definiu hermenêutica.

Mais adiante, observa: “Do exposto ressalta o erro dos que pretendem substituir uma palavra pela outra; almejam ao invés de Hermenêutica, Interpretação”, aduzindo, com ênfase: “Esta é a aplicação daquela; a primeira descobre e fixa os princípios que regem a segunda. A Hermenêutica é a teoria científica da arte de interpretar” (ob. cit., p. 14), para, afinal, advertir: “Ao invés de abandonar um vocábulo clássico e preciso, é preferível esclarecer-lhe a significação, variável com a marcha evolutiva do Direito. Todos os termos técnicos suportam as acepções decorrentes do pro-

gresso da ciência a que se acham ligados” (ob. cit., p. 15), chegando, finalmente, à conclusão de que “a palavra Hermenêutica resume o sentido das três outras conjugadas – Teoria da Interpretação” (loc. cit.).

Antes de Carlos Maximiliano, o Barão de Ramalho e Paula Baptista já se haviam valido do vocábulo hermenêutica para títulos de suas obras *Cinco Lições de Hermenêutica Jurídica* e *Compêndio de Hermenêutica Jurídica*, respectivamente.

Em época mais recente, adotaram as idéias de Maximiliano, entre outros, Serpa Lopes (*Curso de Direito Civil*, v. I, 6ª ed., Freitas Bastos, 1988, p. 115); R. Limongi França, que declara: “A interpretação, portanto, consiste em aplicar as regras, que a hermenêutica perquire e ordena para o bom entendimento dos textos legais” (*Elementos de Hermenêutica e Aplicação do Direito*, Saraiva, 1984, pp. 21-22); Maria da Conceição Ferreira de Magalhães, que assegura: “Hermenêutica Jurídica é a disciplina científica da arte ou técnica de interpretar o direito. Interpretar, por sua vez, significa explicar, explanar, aclarar o sentido ou representar, reproduzir, exprimir o pensamento” (*A Hermenêutica Jurídica*, Forense, 1989, p. 1).

A maioria, entretanto, não faz distinção entre interpretação e hermenêutica, muitos nem sequer utilizam a palavra hermenêutica, quer nos títulos de seus livros, artigos e estudos, quer durante a exposição do tema, preferindo sempre empregar o termo interpretação, havendo, outrossim, quem denomine a obra de “Hermenêutica Jurídica”, sem contudo, no texto, valer-se dessa expressão, como ocorreu com Alípio Silveira (*Hermenêutica no Direito Brasileiro*, ED. RT, 1968).

Com efeito, Miguel Reale (*Lições Preliminares de Direito*, 10ª ed., Saraiva, 1983, p. 273), Eduardo Espinola (*Sistema de Direito Civil Brasileiro*, 4ª ed., Ed. Conquista, p. 175), W. Barros Monteiro (*Curso de Direito Civil*, Parte Geral, 25ª ed., Saraiva,

1985, p. 34), Alípio Silveira (ob. cit., v. I, pp. 3 e ss.), Francesco Ferrara (*Interpretação e Aplicação das Leis*, Coimbra, Arménio Amado Ed., 1987) e Manoel A. Domingues de Andrade (*Ensaio sobre a Teoria da Interpretação das Leis*, Coimbra, Arménio Amado Ed., 1987), falam, exclusivamente, em interpretação das leis, não fazendo uso do vocábulo hermenêutica.

Mais correta é a lição de L. Fernando Coelho, segundo o qual a hermenêutica, sob o ponto de vista epistemológico, é a “parte da Ciência do Direito, cujo objeto é o estudo e a sistematização dos processos lógicos de interpretação, integração e aplicação do direito” (*Lógica Jurídica e Interpretação das Leis*, 2ª ed., Forense, 1981, p. 178).

B – As Escolas Hermenêuticas

As escolas hermenêuticas devem ser classificadas de acordo com o predomínio da “atitude racionalista ou empirista em face do fenômeno jurídico” (L. Fernando Coelho, ob. cit., p. 192).

Se o intérprete adota uma “atitude racionalista”, pois julga que o direito contém princípios gerais e abstratos, que devem ser aplicados às situações concretas da vida do homem em sociedade, a sua função esgota-se na identificação daqueles princípios e na sua aplicação, não obstante as constantes mudanças sociais; todavia, se adota uma “atitude empirista”, porque vê no direito o modo de perseguir-se certos fins, sempre intimamente relacionados com os dados da realidade fática, a sua função é “adaptá-los e, de certa forma, subordiná-los àqueles dados da experiência histórica” (L. Fernando Coelho, loc. cit.).

Destarte, se prepondera a “atitude racionalista”, estamos diante de uma “escola hermenêutica dogmática”; se prevalece a “atitude empirista”, diante do que L. Fernando Coelho denomina de “escola hermenêutica zetética”.

Esclarece, ainda, Coelho: “A orientação dogmática decorre da concepção tradicional de que o direito está, todo ele, contido nas leis; assim a função do intérprete passa a ser unicamente a de adequar o fato à lei, mediante o processo lógico da subsunção, o qual tem o método racional-dedutivo por basilar” (loc. cit.).

Depois, acentua: “A orientação zetética agrupa as escolas de interpretação jurídica que reagiram aos exageros do dogmatismo exegético, conceitualista e analítico e o tentaram superar, mediante uma atitude de oposição a todo apriorismo jurídico e procurando interpretar o direito de acordo com os fins por ele visados” (ob. cit., p. 195).

Mas, ainda consoante L. Fernando Coelho, tanto a “escola hermenêutica dogmática”, porque “coloca o Direito e a Jurisprudência a serviço, não da paz, da ordem, da segurança, da liberdade, da justiça, dos valores, enfim, mas das pessoas que se beneficiam da ordem social que deve ser mantida e cujos interesses convém que permaneça inalterada” (ob. cit., p. 198), quanto à “escola hermenêutica zetética”, porque, “embora subordine declaradamente o princípio dogmático às considerações político-sociais, acaba por reduzir-se a um dogmatismo encoberto” (ob. cit., p. 199), devem ser “questionadas pela teoria crítica do direito, que pretende introduzir uma terceira orientação, que denomina crítica, mas que pretende ser transformadora em seus resultados operacionais relativos à ordem jurídica e social” (ob. cit., p. 198), chegando à conclusão de que “as escolas tradicionais de hermenêutica jurídica servem na realidade para legitimar a ordem real, qualquer que ela seja” (ob. cit., p. 199), o que o leva a propor a “tese de que a interpretação jurídica deve ser sempre metadogmática, porque dimanada de uma noção crítica e prospectiva do direito e voltada para um princípio basilar, o princípio construtivo ou de transformação que oponho ao princípio da ordem e da segurança” (ob. cit., p. 200).

O pensamento de L. Fernando Coelho está inserido em uma corrente chamada “teoria crítica do direito”, que em França tem como um de seus prosélitos Michel Miaille.

Para Miaille, a Universidade não tem ministrado, a contento, a disciplina “Introdução à Ciência do Direito”, pois ela não cria, nem provoca, no estudante, a vontade de exercer juízos críticos, de “fazer aparecer o invisível”, o que só se consegue se, além de valer-se do pensamento abstrato, o estudioso lançar mão do pensamento dialético. O pensamento dialético parte da indubitosa constatação de que o mundo é complexo e está em permanente luta e transformação, “quer ela seja consciente, ou inconsciente”. Comparando o pensamento dialético com o pensamento positivista, Miaille acentua que o pensamento dialético se baseia na existência, assaz contraditória e em contínua mudança, do homem em sociedade, encarando o fenômeno não apenas no momento atual, mas como foi, é e provavelmente será no futuro, daí porque, afirma, “a realidade é coisa diversa e muito mais do que está codificado”, não se podendo reduzir o real a apenas uma de suas faces, enquanto o pensamento positivista limita-se a descrever o que é visível, como as coisas se apresentam em determinado momento histórico (*Introdução Crítica ao Direito*, 2ª ed., trad. portuguesa, Lisboa, 1989, pp. 21 e ss.).

Ensina, outrossim, Miaille que o pensamento crítico, por abarcar o passado, o presente e o futuro, portanto a totalidade dos fatos, tem uma profunda ligação com a realidade prática, com a sociedade, com o homem “animal social”, pois o mundo jurídico não pode ser verdadeiramente conhecido e compreendido senão em relação a tudo o que permitiu a sua existência e o seu futuro possível. O estudo do direito, se realizado dentro desse padrão, tira-o do isolamento a que vem, com insistência por mestres de todos os tempos, sendo confiado, projetando-o no mundo concreto, no

mundo real, onde ele, finalmente, encontra o seu lugar e a sua razão de ser, passando, então, a ficar ligado a todos os demais fenômenos sociais e a fazer parte da mesma história.

A propósito das escolas hermenêuticas, Miguel Reale esclarece que, no plano histórico, três movimentos conduziram às atuais concepções trivalentes ou tridimensionais do direito: (a) o normativismo jurídico: o direito é um sistema de comandos ou de regras; (b) o eticismo jurídico: o direito é um sistema de valores morais; (c) o empirismo jurídico: o direito não é apenas norma, mas, por igual, o fato, que o direito visa disciplinar (ob. cit., pp. 409-410).

Carlos Maximiliano, a sua vez, diz que são dois os sistemas de hermenêutica e aplicação do direito: o escolástico ou dogmático e o histórico-evolutivo ou, apenas, evolutivo (ob. cit., pp. 67 a 42).

Franzen de Lima, sob a epígrafe “métodos de interpretação”, oferece a seguinte classificação dos vários sistemas: “(a) método lógico ou dogmático; (b) histórico; (c) teleológico; (d) sociológico; (e) livre indagação científica ou direito livre ou livre pesquisa do direito” (*Da Interpretação Jurídica*, 2ª ed., Forense, 1955, p. 10).

Caio Mário da Silva Pereira explica que há uma “hermenêutica tradicional” (ob. e v. cit., p. 141) e uma “interpretação científica” (idem, p. 143), recordando que, no Direito romano primitivo, o intérprete se limitava aos elementos literais do texto, reflexo da concepção formalista da época, somente vindo a empenhar-se numa interpretação lógica em fase adiantada da civilização romana, quando o homem passou a expressar-se através de conceitos abstratos e gerais, asseverando “que a interpretação é algo mais do que o conhecimento literal da linguagem da lei, para envolver também a perquirição da sua força e da sua vontade” (idem, p. 142).

Na Idade Média houve um retrocesso, volvendo-se à interpretação meramente li-

teral, em virtude da perfeição técnica do direito romano recepcionado, quando surgiu a glosa, “espécie de comentário marginal ou interlinear sob a vinculação dominadora da expressão lingüística” (idem, p. 142).

O Direito moderno, lembra Caio Mário, conheceu um movimento semelhante com a Escola da Exegese de Toullier, Duverger, Duranton, Troplong, Demolombe, Malleville, Demante, Colmet de Santerre, Laurant, Huc, entre outros, a qual, dominada pela excelência do Código de Napoleão, pregava que a “hermenêutica deve consistir na explicação da lei escrita, subordinando toda a técnica interpretativa à regra de que não pode haver direito fora da lei. Interpretar é indagar a vontade do legislador. A lei é fonte exclusiva do direito e na sua palavra está expressa a soberania legislativa. O juiz não aplica o direito, aplica a lei, e, como esta é concretizada na forma escrita, seu entendimento mora na sua expressão vocabular” (idem, p. 143).

De minha parte, adoto a classificação de L. Fernando Coelho, apenas suprimindo a palavra “zetética”, embora aceitando a subdivisão em escolas sociológica e realista, de modo que a seguir tratarei (1ª) da escola hermenêutica dogmática, (2ª) da escola hermenêutica sociológica e (3ª) da escola hermenêutica realista.

C – Escola Hermenêutica Dogmática

Como doutrinou Miguel Reale, “no período anterior à Revolução Francesa, o Direito era dividido ou fragmentado em sistemas particulares”, quer do ponto de vista de classes (clero, nobreza, povo), quer do ponto de vista territorial (um para cada região, estado), o que obrigava o intérprete a recorrer a normas do Direito natural, do Direito Romano, do Direito Canônico e à opinião comum dos doutores.

Promulgado em 1804 o Código Civil francês, a “tarefa fundamental passou a in-

interpretar seus textos de maneira autêntica, em confrontá-los entre si, tirando deles os resultados fundamentais graças a um fino labor de sistematização” (Miguel Reale, ob. cit., p. 414), pois não se admitia que o Direito positivo tivesse lacunas, sendo todos os problemas jurídicos resolvidos pela interpretação extensiva dos textos, graças à analogia e aos princípios gerais do direito.

a) Escola da Exegese

“A tese fundamental da Escola da Exegese é a de que o Direito por excelência é revelado pelas leis, sendo o Direito um sistema de conceitos bem articulados e definidos e coerentes, não apresentando senão lacunas aparentes” (Miguel Reale, ob. cit., pp. 415-417), daí porque o jurista deve partir do Direito positivo, analisando-o cuidadosa e metodicamente, no tríptico plano gramatical, lógico e sistemático.

Os opositores da Escola da Exegese, também conhecida por escola clássica, subjetiva ou psicológica, criticam-na porque ela faz da lei a única fonte do direito e põe a vontade do legislador como objetivo da interpretação, acabando por conduzir ao fetichismo da lei, ao culto da lei, confundindo-se o Direito com a fórmula legal.

Devido à excelência do Código Napoleônico, a Escola da Exegese conquistou a Alemanha (Jurisprudência dos Conceitos) e a Inglaterra (Jurisprudência Analítica), na esteira do postulado liberal individualista de não se deixar margem ao arbítrio do juiz, pois a lei era dogma jurídico e o método interpretativo por isso mesmo se denominou dogmático, já que o direito era uma criação da razão humana, que ao legislador apenas incumbia revelar, devendo o intérprete limitar-se, valendo-se da lógica matemática, ao uso do processo lógico-dedutivo.

b) A “Analytical School”

Na Inglaterra, surgiu movimento semelhante, denominado Escola de Jurisprudên-

cia Analítica, procurando compreender o direito segundo esquemas lógico-formais, como sistemas de vínculos normativos decorrentes de precedentes jurisprudenciais.

c) A jurisprudência conceitual

Na Alemanha, os pandectistas, que desenvolveram o movimento chamado Jurisprudência Conceitual, orientavam-se como franceses e ingleses, pois, para eles, o direito também era um corpo de regras uniformes, e a lei, a fonte verdadeira e autêntica do direito.

d) Escola italiana

Partindo das idéias da Escola da Exegese e dos pandectistas, formou-se na Itália uma plêiade de grandes juristas com o propósito de “compor em unidade harmônica o abstrato e o concreto, o valor certo e estrutural das normas de Direito com o seu conteúdo histórico-social” (Miguel Reale, ob. cit., p. 420).

Para a Escola Italiana, era necessário unir, ou pelo menos relacionar, o teórico com o prático, as especulações com suas aplicações concretas, como anotou Scialoja: “O teórico não pode conseguir clareza em nossas matérias se não e enquanto se proponha a tese da aplicação prática. Diga ele a si mesmo: Tudo o que estou em vias de formular, que conseqüências produzirá no campo das relações jurídicas? produzirá alguma? e se produz, quais serão essas conseqüências”, e, outrossim, Vivante: “É uma deslealdade científica, é um defeito de probidade falar de um instituto para fixar-lhe a disciplina jurídica, sem o conhecer a fundo na sua realidade” (*apud*, Miguel Reale, ob. cit., p. 420).

D – Escola Hermenêutica Sociológica

A insuficiência dos postulados da Escola da Exegese impôs se buscasse a *ratio legis*, para, numa sociedade em transforma-

ção, atender aos anseios sociais, evitando, dessarte, uma ruptura entre a lei e o fato, vindo Ihering a sustentar que “o fim é o criador de todo o direito”, devendo o intérprete identificar o fim, o escopo, a razão, a finalidade da lei, até mesmo sendo-lhe lícito atualizá-la, pois o texto evolui e o que se deve buscar é o que pretende a lei e não o que pretendeu o legislador, prevalecendo o caráter valorativo, ético e político-social da interpretação.

Devido a essa nova concepção, que teve como precursores a Escola Histórica de Savigny, quanto a “uma visão mais concreta e social do Direito” (cf. Miguel Reale, ob. cit., p. 422) e Ihering, Heck e Gèny, quanto à idéia de finalidade (cf. L. Fernando Coelho, ob. cit., p. 241), passou-se, então, a admitir que se deveria buscar a intenção presumida do legislador, “abandonando-se assim a colocação puramente lógico-analítica do processo, para recorrer a um elemento empírico, metanormativo ou metalegal, mas não buscar a intenção que o legislador teria quando elaborou a lei, mas sim a que ele teria se estivesse vivendo no tempo da aplicação da lei, acomodando a lei ao fato, através de um enriquecimento do seu conteúdo” (Miguel Reale, ob. cit., p. 427).

Podemos considerar como integrantes da “Escola Hermenêutica Sociológica”.

a) *Jurisprudência teleológica*

A jurisprudência teleológica, preconizada por Ihering, que sustenta a “concepção do direito como ciência de fins, em oposição à causalidade”, “onde os dados sociais, históricos e sociológicos passam a constituir não já o elemento a mais de inteligência da *mens legis* e da *mens legislatoris*, mas o campo favorável à criação do novo direito mediante a interpretação” (L. Fernando Coelho, ob. cit., p. 241).

b) *Jurisprudência dos interesses*

A jurisprudência dos interesses, de Heck, Soll e Rumeline, que se “preocupa-

va sobretudo com o processo decisório e procurava descrever o que realmente acontece quando o juiz decide”, devendo o juiz “submeter-se à lei, e não aos seus ideais da justiça, mas, diante de um fato concreto que a lei regula mal, a sua função construtiva” (L. Fernando Coelho, ob. cit., pp. 245-246).

c) *Escola de Livre Pesquisa Científica*

A Escola de Livre Pesquisa Científica, de Gèny, que difunde a idéia de que, na solução dos problemas, o trabalho científico do intérprete consiste em extrair dos dados “da realidade social o direito, sempre levando em conta o interesse dos particulares” com o fim de descobrir o “direito no mundo dos fatos” (L. Fernando Coelho, ob. cit., pp. 213-214).

d) *Escola de Direito Livre*

A Escola de Direito Livre, de Ehlich e Zitelmann, que “opõe o direito vivo às proposições abstratas da lei”, pois o “direito estatal está sempre em atraso em relação às exigências da vida e do direito dinâmico e concreto que se estabelece dentro das associações” (L. Fernando Coelho, ob. cit., p. 257), devendo o juiz afastar-se da norma se ela não conduzir à verdadeira justiça.

e) *Escola de Jurisprudência Sociológica*

A Escola de Jurisprudência Sociológica, de Oliver Holmes, Roscoe Pound, Benjamin Cardoso e Luiz Brandeis, que prega “a necessidade da correta compreensão das realidades sociais em permanente fluxo histórico, como atividade preliminar à interpretação das normas jurídicas expressas nos costumes, nas leis e nos precedentes”, afirmando ainda que a “lógica dedutiva é imprestável para elaboração de sentenças justas, porque se funda em princípios gerais que têm algo de imutável e rígido”, e que “os princípios gerais precisam

ser instrumentos de soluções justas verdadeiramente”, exigindo do juiz notável “senso de equilíbrio”, “pois o direito deve ter estabilidade e, não obstante, não pode permanecer inalterável. Por isso toda meditação em torno do direito tem tratado de conciliar as necessidades contraditórias da estabilidade e transformação”, fazendo com que a “ordem jurídica seja flexível e ao mesmo tempo estável”, submetendo-a “continuamente à revisão e adaptação”, porquanto “os princípios que buscamos não de ser tanto de evolução quanto de estabilidade” (L. Fernando Coelho, ob. cit., pp. 259 a 270).

E – Escola Hermenêutica Realista

Para os adeptos da Escola Hermenêutica Realista, o direito é aquele que se apresenta no universo fenomênico, que decorre da vida do homem no mundo real, e não dos princípios, da legislação, das noções metafísicas de fins e valores, devendo-se sempre subordinar tais princípios à realidade fática, pois o direito é fruto natural dos fatos sociais e históricos.

A doutrina costuma dividir o movimento realista em três escolas: a do *realismo psicológico*, a do *realismo lingüístico* e a do *realismo culturalista*.

a) Realismo psicológico

O *realismo psicológico* tem duas vertentes: a do *psicologismo jurídico*, que sustenta que a jurisprudência deve minimizar os elementos normativos e axiológicos da experiência jurídica, reduzindo-a ao fato, e substituir a norma geral pela vontade do juiz, sem, todavia, perder de vista o sentido profundamente ético de toda juridicidade, pois o que é decisivo no julgamento do juiz é a sua intuição e o seu sentimento, sem o que a aplicação do direito não responderá às necessidades que o direito tem sido chamado a suprir, e ao do *realismo jurídico* nos EUA, que prega que o direito real é somente aquele declarado pelo juiz

ao decidir o caso concreto, defendendo, outrossim, a idéia de que juiz, no processo de elaboração da sentença e da decisão, não se vale, conscientemente, do uso das regras da lógica formal, que tem início com a formulação das premissas até chegar à conclusão, mas, sim, do processo psicológico da busca das premissas após haver chegado, durante o estudo do caso submetido a seu julgamento, a determinada conclusão. Para esta Escola, o direito é mais um conjunto de decisões do que de normas, pois só com a prolação da sentença ao caso concreto se tem como definitivamente certa a norma capaz de dirimir esta ou aquela controvérsia ou de aplicar-se a esta ou aquela situação fática. Antes da sentença transitada em julgado, dizem os prosélitos dessa corrente de pensamento, só há conjecturas sobre um provável direito, sobre a regra definidora da relação jurídica, da controvérsia ou do litígio.

b) Realismo lingüístico

O *realismo lingüístico* faz da linguagem o meio de realizar-se o direito, procurando pôr fim ao dualismo entre as escolas que, de um lado, reputam o direito apenas e tão-somente um conjunto de fatos sociais, e, de outro, a que considera como um sistema ideal de normas.

c) Realismo culturalista

O *realismo culturalista* tem na teoria tridimensional um dos seus segmentos, para a qual o direito é fato, valor e norma, numa permanente e fecunda interação.

F – As Escolas Hermenêuticas e o Direito Comercial

Das diversas escolas, aquela que mais atende aos reclamos e às exigências impostas pelas contínuas e ininterruptas mudanças no campo do Direito Comercial é a *sociological jurisprudence*.

Não há mister grande esforço de observação e análise para perceber-se que a elaboração de normas de conduta nos dias atuais, seja de conduta individual (através de normas contratuais bilaterais), seja de conduta coletiva (através de normas contratuais plurilaterais – contratos de sociedades, p. ex., – e de normas legais, editadas pelo legislador), não é um privilégio dos representantes do povo no parlamento, pois, tanto as partes de um contrato sinalagmático, como os membros de uma sociedade mercantil, podem regular, como melhor lhes aprouver, as suas relações no mundo jurídico, criando, *ipso facto*, “direito”. Por igual, o jurista, quando, num trabalho hermenêutico, interpreta uma norma individual ou coletiva de conduta, e o juiz quando, no exercício de seu *munus*, decide uma controvérsia submetida a seu esclarecido julgamento, criam “direito”. Destarte, todos são, em verdade, “constructores do direito”, artífices de uma realidade histórica material e racional, sob a influência de inúmeros fatores físicos e psíquicos, o que faz recordar François Gèny, fundador da *libre recherche scientifique*, e a sua célebre distinção entre o *donné* e o *construit*: aquele, a “realidade concreta”; este, a “realidade racional”, produto da elaboração de conceitos abstratos e gerais.

A Escola Sociológica de Jurisprudência surgiu sob os efeitos da *debacle* da Bolsa de Nova York e da grande depressão dos anos trinta dos EU e propôs-se ser uma prática e eficiente alternativa ao teórico dogmatismo analítico tradicional.

A Escola, partindo da observação segundo a qual a realidade é cambiante e do princípio ético de que é indispensável sempre agir-se com acurado sendo de equilíbrio, luta por “inserir o direito no mundo das ações concretas, tendendo à efetiva realidade das coisas e da gente que as realiza, conduzindo o direito para fora do exclusivamente formal, conceitual e analítico” (Luiz Fernando Coelho, *Teoria Crítica do*

Direito, 2ª ed., Porto Alegre, Ed. Sérgio Antonio Fabris, 1991, p. 113).

Assim, creio, deverá ser pensado o Direito Comercial, como realidade concreta assaz cambiante, extremamente impregnada do ideal ético de equilíbrio, pois, se a composição jurisdicional dos conflitos de interesses pelo Poder Judiciário é uma tarefa que não tem fim, porque o homem, eterno insatisfeito com o que conseguiu e o que possui, sempre estará em busca do que ainda não tem e pretende alcançar e em conflito com seus semelhantes, que se esforçam por atingir igual objetivo, a criação de novos mecanismos de realização dos anseios humanos é, outrossim, infundável, o que pressupõe e exige o surgimento de novas normas jurídicas que os regulem.

II – Interpretação do Direito

“Interpretar é buscar o fundamento (por quê) e a finalidade (para quê) da lei” (Rocco).

“Interpretar é explicar, esclarecer, dar o significado do vocábulo, mostrar o sentido verdadeiro de uma expressão (C. Maximiliano, ob. cit., p. 23), daí porque incumbe ao intérprete “examinar o texto em si, o seu sentido, o significado de cada vocábulo”. Faz depois obra de conjunto; compara-o com outros dispositivos da mesma lei, e com os de leis diversas, do país ou de fora. Inquire qual o fim da inclusão da regra no texto, e examina este tendo em vista o objetivo da lei toda e do Direito em geral. Determina por esse processo o alcance da norma jurídica, e, assim, realiza, de modo completo, a obra moderna do hermenêuta” (C. Maximiliano, ob. cit., p. 24).

A – Interpretação quanto à origem e aos meios

A interpretação, quanto à origem, pode ser autêntica, judicial e doutrinal; quanto aos meios, elementos, métodos ou proces-

sos, há discussões, a maioria falando em interpretação gramatical, lógica, sistemática e histórica; alguns acrescentando a interpretação teleológica e suprimindo a interpretação histórica. De minha parte, sigo a orientação de José de Oliveira Ascensão, conforme exposta na obra *Direito*, 1ª ed., Lisboa, pp. 311 e ss.

B – Interpretação literal

“O ponto de partida de toda interpretação é o texto da lei; aliás, não só o ponto de partida, mas, por igual, o limite da busca do espírito” (Ascensão, ob. cit., p. 311), daí deve o jurista, através do elemento literal ou gramatical, proceder à análise filológica do texto, da sua linguagem, do significado dos termos. Pode, entretanto, o elemento literal não exprimir o pensamento do legislador em termos adequados, quer porque usou palavras ambíguas, quer porque o espírito e a letra podem não coincidir, impondo-se então o sacrifício da letra.

C – Interpretação lógica

A par do elemento literal ou gramatical, é mister recorrer ao elemento lógico, para apreender o espírito ou o sentido da lei, pois a tarefa da interpretação é una, cabendo ressaltar que, em verdade, o processo de interpretação faz com que ambos os elementos sejam utilizados a um só tempo num processo mental natural de, ao mesmo tempo em que se examina o significado da palavra do texto, ir o cérebro humano fazendo ilações na busca do espírito da lei, pois o homem, ao ler o texto da lei, já o está interligando com outros e ao mesmo tempo valorando-o, quer seguindo uma orientação subjetivista (*mens legislatoris*, o sentido da lei será o sentido do legislador), quer objetivista (*mens legis*, o sentido da lei não está condicionado ao pensamento e à palavra do legislador), sendo certo que a interpretação deve ser sempre evolutiva, pois deve-se buscar o sentido

atual da lei, porquanto, como diz Clóvis, “o que interessa é determinar o fundamento e a finalidade da lei, o porquê e para quê”.

O elemento lógico se subdivide em (1) sistemático, (2) histórico e (3) teleológico.

a) Interpretação sistemática

Como a interpretação deve ter em conta a “Unidade do Sistema Jurídico”, já que toda norma se integra numa ordem da qual a regra é apenas um modo de expressão dessa ordem global, é preciso estabelecer as necessárias relação entre as várias disposições, através do elemento sistemático, que se desdobra em relações: de subordinação (relacionamento do preceito isolado com os princípios gerais do sistema jurídico); de conexão (o preceito deve ser interpretado em função do contexto, jamais isoladamente, pois cada trecho é desenvolvimento de um plano lógico, cada artigo só é compreensível se o situarmos perante os que o antecedem ou o sucedem) e de analogia (buscam-se semelhanças entre os preceitos. Não confundir com a analogia, que supre as lacunas das fontes do direito).

b) Interpretação histórica

Através do elemento histórico, tem-se em conta os dados históricos que explicam a lei, que podem ser: (1) precedentes normativos históricos (regras que vigoravam no passado) e comparativos (regras estrangeiras que vigoravam em época da formação da lei e tiveram influência sobre ele); (2) trabalhos preparatórios (segundo a orientação objetivista não têm grande importância); (3) *occasio legis*: circunstâncias sociais que rodearam o aparecimento da lei.

c) Interpretação teleológica

Através do elemento teleológico busca-se a justificação social da lei, a finalidade

de perseguida pela norma, o “para quê” da lei.

d) Efeitos da interpretação

Da conjugação desses elementos, resulta a *ratio legis*, o sentido, o espírito, a razão da lei; se, por acaso, o resultado da interpretação conduzir à conclusão de que a lei tem um sentido nocivo, contrário aos interesses que se pretendem superiores, faz-se, então, uma interpretação corretiva, sem, contudo, jamais afastar-se o intérprete do texto da lei.

Fala-se, ainda, em interpretação declaratória (o sentido da lei cabe dentro da sua letra), extensiva (a letra disse menos, é necessário ampliar-lhe o sentido) e restritiva (a lei disse mais, é necessário restringir-lhe o sentido).

e) As lacunas da lei

Ao final de todo esse processo hermenêutico, pode ocorrer que o ordenamento jurídico não contenha nenhuma previsão, no que se denomina de lacuna da lei, que é suprida pela (1) analogia (dá-se tratamento igual aos casos semelhantes) legal ou “*legis*” (utilização de disposições normativas semelhantes) ou jurídica ou “*iuris*” (segundo princípios gerais normativos); (2) princípios gerais do direito (são aqueles que decorrem das necessidades sociais, para uns; princípios de ordem positiva, para outros). A nossa Lei de Introdução manda, constatada a lacuna, aplicar a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito, devendo o juiz atender aos fins sociais da lei e às exigências do bem comum (arts. 4º e 5º).

III – Interpretação do Direito Comercial

É consabido que o Direito Comercial é fragmentário, lacunoso e insuficiente, praticamente em todos os países do mundo, formado que é por um complexo de leis

vetustas, surgidas em distantes épocas para atender aos reclamos, aos anseios e às necessidades de uma sociedade sob todos os pontos de vista diferente – e quão diferente – da nossa.

Por isso, a primeira questão consiste em procurar saber se a doutrina geral da interpretação das leis pode ser empregada na exegese dos textos das leis comerciais, quer dispostas no Código Comercial, quer em leis extravagantes.

A teoria da interpretação das leis é uma só, não variando quer em função da disciplina – Direito Civil, Direito Comercial, Direito Constitucional, Direito Administrativo etc. –, quer em função do ramo do Direito – Direito Público ou Direito Privado.

Embora uma só e única, é certo que a interpretação do Direito Comercial, como, aliás, a interpretação do Direito Constitucional e das demais disciplinas, apresenta particularidades devido à natureza das relações decorrentes do intenso tráfego mercantil do mundo moderno e, também, pela insuficiência do ordenamento jurídico, que as mais das vezes, não acompanhou as mudanças radicais e vertiginosas que a sociedade experimentou a partir da década de 50.

Destarte, na análise das convenções e tratados internacionais sobre matéria comercial, das leis, regulamentos, resoluções, circulares e portarias comerciais, dos atos constitutivos das sociedades de pessoas e dos estatutos das sociedades de capitais, da manifestação de vontade dos comerciantes, enfim, na interpretação do Direito Comercial hodierno, é absolutamente indispensável que o estudioso se aprofunde no exame de sua gênese, no estudo dos fatos econômicos que lhe deram origem, pois, por certo, na maioria das vezes, sobretudo quando se tratar de um novo instituto jurídico (como, no Brasil, o *franchising*, o cartão de crédito etc.) o intérprete ver-se-á compelido a um enorme esforço de criação, já que a lei escrita não prevê, claramente, solução

para o problema, dele exigindo, portanto, grande tirocínio e capacidade de resposta a uma situação não contemplada pelo legislador.

A primeira reação do jurista, regra geral, é socorrer-se de consagrados institutos, lutando para adaptá-los ao caso concreto. Se, por vezes, embora não muitas, é valioso o recurso a antigos paradigmas, como, v.g., no caso do *leasing*, valer-se das normas sobre o arrendamento mercantil, na maioria dos casos o intérprete deveria empenhar-se num trabalho de construção jurídica, partindo dos fatos tais como são e a ele se apresentam, com vistas a suprir as lacunas do direito positivo.

Casos há, outrossim, e também não são poucos, em que a lei antiga não regula, de forma satisfatória, o fenômeno, obrigando o jurista a um esforço de adaptação, de maneira que o dispositivo, elaborado em

época passada para atender a uma realidade diferente, possa aplicar-se a uma situação nova, certamente não prevista pelo legislador.

Portanto, em resumo, podemos enunciar as seguintes hipóteses: (a) o Direito Comercial possui norma disciplinadora da hipótese: basta interpretá-la consoante a teoria da interpretação das leis, inclusive, se for o caso, corrigindo, restringindo ou estendendo os seus efeitos; (b) a norma antiga não é perfeitamente adequada para a solução do litígio, porque a situação de fato se modificou com o tempo: é mister um esforço de adaptação do texto legal; (c) o direito positivo não possui norma expressa: o jurista, criando o direito, com base no conhecimento dos dados técnicos e econômicos que possui, suprirá a lacuna, alcançando-se assim à condição de autêntico hermenêuta.