

Normas Jurídicas — Aplicação

JOÃO BOSCO LEOPOLDINO DA FONSECA

SUMARIO: 1. Fontes do Direito — 2. Fontes do Direito: A Lei — 3. Norma Jurídica: Sua Estrutura — 4. Interpretação: Conceito — 5. Interpretação das Normas de Direito Público — 6. As Lacunas e a Interpretação.

1. FONTES DO DIREITO

O Direito, analisado do ponto de vista de suas origens, pode ser visto sob três ângulos. Estuda-o a ciência do Direito analiticamente, visto então como uma relação hipotética entre conflito e decisões. Assim, a Ciência do Direito nos aparece como um sistema de *regras* para solução de conflitos e tomada de decisões. O Direito é visto sob este ângulo como essencialmente *formal*.

Outro pode ainda ser o ângulo de visão do Direito, quando estão analisamos a decidibilidade “do ângulo da sua relevância significativa. Trata-se de uma relação entre a hipótese de conflito e a hipótese de decisão, tendo em vista o seu *sentido*”. É o que Tércio Sampaio Ferraz Júnior chama de modelo hermenêutico de visão do direito.¹

Sob um terceiro prisma, podemos ver o direito como um modelo *empírico*, aparecendo-nos então a “decidibilidade como busca das *condições* de possibilidade de uma decisão hipotética para um conflito hipotético”. Vê-se conseqüentemente o “pen-

1. FERRAZ, Júnior, Tércio Sampaio. “A Ciência do Direito”. São Paulo, Ed. Atlas, 1977, p. 70.

samento jurídico como um sistema explicativo do comportamento humano enquanto controlado por normas".²

Ora, estes três aspectos ou modelos visualizados pelo Prof. Tércio Sampaio Ferraz Júnior, coincidem com o modelo tridimensional do Prof. Reale, para quem "Fato, valor e norma estão sempre presentes e correlacionados em qualquer expressão da vida jurídica". Segundo ele, "a correlação entre aqueles três elementos é de natureza funcional e dialética, dada a "implicação-polaridade" existente entre *fato* e *valor*, de cuja tensão resulta o momento *normativo*, como solução superadora e integrante nos limites circunstanciais de lugar e tempo (concreção histórica do processo jurídico, numa dialética de implicação e complementariedade)".³

O Direito tem sua fonte na implicação desses três elementos.

Embora colocado noutra perspectiva, outro não é o pensamento de Gény, quando declara que a atividade do jurista, por ele mesmo entendido no mais elevado sentido da palavra, como aquele que ausculta o Direito e o explicita, "oscila entre dois pólos distintos, que proponho denominar de *dado* e de *construído*". Na pesquisa do *dado* o jurista realiza atividade essencialmente *hermenêutica*, que pode ser entendida no sentido heideggeriano de "movimento de *volta ao fundamento* que, de uma questão epistemológica concernente às condições de possibilidade das "ciências do espírito", leva à estrutura ontológica do compreender".⁴

Nesta pesquisa do *dado* verificamos simultaneamente uma atividade de caráter axiológico, como procura do *sentido* desse mesmo *dado* e como tentativa de captar a solução mais adequada a determinada *ordem* social, vigente num determinado momento, para a tomada de uma posição de caráter jurídico.

2. FERRAZ, Júnior, Tércio Sampaio, op. cit., 47-48.

3. REALE, Miguel. «Teoria Tridimensional do Direito». São Paulo, Saraiva, 1968, p. 73-74, «Filosofia do Direito», São Paulo, Saraiva, 1975, p. 437-448.

4. RICOEUR, Paul. "Interpretação e Ideologias". Rio de Janeiro, F. Alves, 1977, p. 132.

Vemos assim o trabalho que “partindo dos dados naturais adquiridos, tenderá a atualizá-los, transformá-los ou torná-los maleáveis, de modo a modelá-los sobre as necessidades da ordem jurídica, a que se destinam. E o resultado do esforço, assim realizado, proveniente do artifício, exercendo-se sobre a natureza por procedimentos próprios, hauridos nas potencialidades pessoais do homem, pode, ao que parece, ser qualificado como o *construído*, pois, por meio de um trabalho completamente subjetivo, tende a erigir a regra bruta em preceito capaz de inserir-se na vida e de animá-la, com vista aos fins supremos do direito”.⁵

No *dado* se concentram os elementos fáticos, histórico-evolutivos, científicos e axiológicos da elaboração do Direito. Entende Gény os dados *reais*, ou *naturais*, como “aqueles que consistem em condições de fato, em que se acha colocada a humanidade”. Sobre os dados *reais* se superpõe o *dado histórico*, caracterizado por um conjunto de forças concorrentes que atuam sobre os dados fáticos, imprimindo-lhes um caráter de obrigação social surdamente surgida da reiteração dos mesmos, atos e fatos no decorrer da história de um povo, contendo assim, “completamente formadas, regras desde logo suficientes, para dirigir as vontades dos homens e constituindo, a partir da vivência, o direito postulado pela vida”. Em seguida a esses dois dados, deverá intervir um terceiro de valor preponderante, o *dado racional*, “que conterà a direção capital, para assegurar, tanto quanto seja possível, a elaboração científica do direito objetivo”. Finalmente, formando cúpula a todos esses dados, temos um *dado ideal*, “que parece concentrar todas as aspirações humanas, em vista do progresso incessante do direito positivo. De fato, para além do regulamento jurídico, imposto pelas realidades da vida ou pelas exigências da razão já de alguma forma organizadas pela história, apresenta-se um conjunto de considerações, de ordem física, psicológica, moral, religiosa, econômica, política, que, sem deter-

5. GÉNY, François. “Science et Technique en Droit Privé Positif”. Paris, Sirey, 1913, p. 96-98.

minar, de maneira necessitante, novos preceitos de conduta social, projetam, de algum modo, sua inclinação, ou, pelo menos, sugerem a direção a seguir".⁶

Notemos, ainda, que tais *momentos* não se encontram separados e de modo rigorosamente sucessivo na elaboração da *regra de direito*. Podemos até afirmar, lembrando a imagem adotada por Recaséns Siches, ao falar do processo jurisdicional, que estes momentos são como que o verso e anverso de uma mesma operação. O fato é visto não como fato simplesmente, mas como fato humano, valorado segundo determinados princípios aceitos comumente, e aceito como conduta normada, ou pelo menos transformável em norma, como resultado de um reiterar-se de atos aceitos pela sociedade como obrigatórios.

2. FONTES DO DIREITO: A LEI

Von Jhering nos ensina que "direito é o conjunto de normas coativas válidas num Estado, e esta definição a meu ver atingiu perfeitamente o essencial. Os dois fatores que ela inclui são o da norma e o da realização através da coação... O conteúdo da norma é um pensamento, uma proposição (proposição jurídica), mas uma proposição de natureza prática, isto é, uma orientação para a ação humana; a norma é, portanto, uma regra, conforme à qual nos devemos guiar".⁷

Identifica ele o Direito com o conjunto de normas válidas num Estado. O Direito é, portanto, o direito positivo. Enfatiza-se assim o que Recaséns Siches chama de princípio de conexão de todas as normas jurídicas de um ordenamento positivo, e que é precisamente a vontade do Estado. Esta é a "razão de validade jurídica de todas as normas de um sistema

6. GÉNY, François. Op. cit., p. 371-387.

7. VON JHERING, Rudolf. «Der Zweck in Recht», 1916, p. 256., citado por Ferraz Júnior, Tércio Sampaio. "A Ciência do Direito", São Paulo, Atlas, 1977, p. 50.

de Direito positivo”. Sempre, portanto, e necessariamente, a fonte ou razão de ser da norma positiva é a vontade estatal”.⁸

A indagação das fontes do direito positivo, do ponto de vista lógico-formal, se reduz, portanto, a pesquisar sobre “como aparecem as normas que integram o ordenamento jurídico”.⁹

Múltiplas são as facetas segundo as quais poderíamos estudar as normas do direito. Poderíamos vê-las sob o ângulo do sistema a que pertencem, do âmbito espacial de validade, do âmbito temporal de validade, do âmbito material de validade, do âmbito pessoal de validade, da hierarquia existente entre as normas legais, das sanções estabelecidas para assegurar o seu cumprimento, da sua qualidade, de suas relações de complementação, de suas relações com a vontade dos particulares, e ainda do ponto de vista de sua fonte.¹⁰

Já vimos que a norma surge de um trabalho de pesquisa fática, de valoração e de estabelecimento conseqüente de regras de conduta. Até aí vimos as possíveis fontes da norma.

Agora, abstraindo-nos dos pressupostos de ordem social, política ou filosófica da norma jurídica, vamos encarar esta mesma *norma* como fonte dos direitos que ela contempla. Do ponto de vista do direito positivo, só é Direito o que a norma posta pelo Estado estabelece como tal.

Devemos de início analisar a *lei*, como fonte do Direito, quer de um ponto de vista formal, quer sob um ângulo de sua materialidade ou de seu conteúdo.

Ao referir-se a essa distinção em fontes formais e materiais, observa o Prof. Edgar da Mata Machado que essa “discriminação mal oculta dois conceitos filosóficos dos mais profundos e difíceis, os de matéria e forma”.¹¹

8. SICHES, Luíz Recaséns. “Tratado General de Filosofia del Derecho”, México, Porrúa, 1970, p. 282-284.

9. BECU, C. Moucher-R. Zorraquín “Introducción al Derecho”. Buenos Aires, Perrot, 1970, p. 171.

10. GARCÍA Maynez, G. “Introducción al Estudio del Derecho”. México, Porrúa, 1971, p. 78-96.

11. MATA MACHADO, E. G. “Elementos de Teoria Geral do Direito”. Belo Horizonte, Ed. Vega, p. 215.

Para evitar a interferência filosófica desses conceitos. Paul Roubier distingue as regras de direito em formais e não-formais, levando-se em conta a autoridade que as impõe ao grupo social. Não há interesse, segundo ele, em opor o *conteúdo* da norma à *forma* de que se reveste essa mesma norma. Para ele, as *formais* são as produzidas por órgãos legislativos ou jurisprudenciais; as *não-formais* são as elaboradas pelo costume ou pela doutrina.

Coincide mais ou menos com esta posição a de John Chipman Gray, citado por Edgar Bodenheimer, que distingue no direito elementos *legais* e *extra-legais*. No seu modo de ver, “as fontes formais seriam aquelas de que dispomos no texto formalizado e articulado, corporificado num documento legislativo autorizado... As fontes não-formais seriam os materiais e as manifestações, juridicamente relevantes, que não se apresentam sob uma forma autorizada nem ao menos se formulam articuladamente e corporificam num documento legislativo (padrões de justiça, princípios de razão e considerações sobre a natureza das coisas, equidade individual, normas de ação política, convicções morais, tendências sociais e direito costumeiro”¹²

O aspecto material, se por um lado interessa prevalentemente à filosofia e à sociologia, por se referir aos “fatores e circunstâncias que provocam o aparecimento e determinam o conteúdo das normas jurídicas”, não pode deixar, por outro lado, de interessar ao direito, pois que a norma se impõe à obediência como um todo, ou seja, quer por ter sido emanada de um órgão competente para elaborá-la, quer ainda por haver uma adequação entre o seu conteúdo e a realidade social a que se destina.

A norma deve integrar-se ao ordenamento social e ao ordenamento jurídico, quer pela sua substância, quer pela sua forma.

12. BODENHEIMER, Edgar. “Ciência do Direito, Filosofia e Metodologia Jurídicas”. Rio de Janeiro, Forense, 1966, p. 303.

A conjunção do fenômeno fático com o fenômeno jurídico é analisada por Kelsen, sob o ponto de vista da positividade, ensinando-nos que “a situação fática do costume transforma-se numa vontade coletiva cujo sentido subjetivo é um dever-ser. Porém, o sentido subjetivo dos atos constitutivos do costume apenas pode ser interpretado como norma objetivamente válida se o costume é assumido como fato produtor de normas por uma norma superior. Visto o fato do costume ser constituído por atos de conduta humana, também as normas produzidas pelo costume são estabelecidas por atos de conduta humana e, portanto, normas *postas*, isto é, normas *positivas*, tal como as normas que são o sentido subjetivo de atos legislativos. Através do costume tanto podem ser produzidas normas morais como normas jurídicas. As normas jurídicas são normas produzidas pelo costume se a Constituição da comunidade assume o costume — um costume qualificado — como fato criador de Direito”.¹³

Quanto à sua estrutura, as normas legais se apresentam como juízos hipotéticos. Para Kelsen, “a proposição jurídica não é um imperativo: é um juízo, a afirmação sobre um objeto dado ao conhecimento... A proposição jurídica permanece descrição objetiva — não se torna prescrição. Ela apenas afirma, tal como a lei natural, a ligação de dois fatos, uma conexão funcional”.¹⁴ Não observado o pressuposto fixado pela norma, deverá ocorrer uma consequência também normativamente fixada. Assim se exprime o princípio da imputação.

3. NORMA JURÍDICA: SUA ESTRUTURA

Partindo de um princípio, aceito como postulado do modelo analítico da Ciência Jurídica, Tércio Sampaio Ferraz Júnior dá ênfase especial à *validade* e à *estrutura* da norma jurídica. Segundo ele “todo e qualquer comportamento humano pode ser visto como cumprimento ou descumprimento de normas

13. KELSEN, Hans. “Teoria Pura do Direito”. Coimbra, Arménio Amado, 1974, p. 28.

14. KELSEN, Hans. Op. cit., 124.

jurídicas, caso contrário ele é tido como juridicamente irrelevante".¹⁵ Surge assim o conceito da norma como *regra*.

A norma poderá ser analisada quanto à sua validade, quanto à sua estrutura condicional e quanto ao seu entrelaçamento sistemático.

Com relação à validade, pode a norma ser vista do prisma de sua VALIDADE FÁTICA, VALIDADE CONSTITUCIONAL e VALIDADE IDEAL.

Sob o aspecto de validade fática, analisa-se a correspondência efetiva entre a hipótese de incidência configurada pela norma e a efetividade do fato imponible por ela contemplado, ou ainda a ocorrência da sanção. Visualiza-se uma correspondência entre o *conteúdo* da norma e uma *realidade social* que o concretiza.

Quanto à validade constitucional, focaliza-se na norma primordialmente a sua correspondência *formal* às prescrições constitucionais, quer quanto à forma de criação da lei, quer quanto à discriminação constitucional do campo material a ser abrangido pela norma.

Vista sob o enfoque da validade ideal, a norma nos põe o problema de sua correspondência a uma teoria jurídica, aceita como doutrina e imposta como dogmática, pois que "como os problemas se caracterizam como ausência de uma solução, abertura para diversas alternativas possíveis, a ciência jurídica se nos depara como um espectro de teorias, às vezes até mesmo incompatíveis, que guardam sua unidade no ponto problemático de sua partida. Como essas teorias têm uma função social e uma natureza tecnológica, elas não constituem meras explicações dos fenômenos, mas se tornam, na prática, *doutrina*, isto é, elas ensinam e dizem como deve ser feito. O agrupamento de doutrinas em corpos mais ou menos homogêneos é que transforma, por fim, a Ciência do Direito em Dogmática Jurídica", ocorrendo assim "certo *fechamento* no critério de combinação dos modelos".¹⁶

15. FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Op. cit. p. 57.

16. FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Op. cit., p. 108.

Uma norma é *vigente* quando é válida do ponto de vista constitucional, e é *eficaz* quando tem validade do ponto de vista *fático*.

Além do problema da validade da norma jurídica, outro se nos antepõe, qual seja o de sua *estrutura*. Parte Tércio Sampaio Ferraz Júnior do reconhecimento de que “as normas jurídicas não têm, senão por exceção, a forma de um juízo imperativo (faça isto, não faça aquilo), mas de um juízo hipotético — caso isto ocorra, deverá ocorrer aquilo, se houver crime, segue a pena. Outros, como Cossio, falam num juízo disjuntivo: dada certa conduta deve ser a prestação ou dada a conduta contrária deve ser a sanção. Convém lembrar, contudo, que, do ponto de vista lógico-formal *implicação* (se... então) e *disjunção* (ou... ou) são conectivos redutíveis um ao outro, sendo, na verdade, a mesma coisa dizer que “se o comportamento C ocorre, então segue a sanção S” e “ou o comportamento C não ocorre ou segue-se a sanção S” (numa linguagem simbólica $(C \text{ S}) = (\text{não } C \text{ ou } S)$).¹⁷

Reconhece o autor que as proposições jurídicas são construídas pela integração de três elementos essenciais, quais sejam os operadores lógicos (é proibido que, é obrigatório que, é permitido que), o conteúdo, que são as ações, vistas como interferência humana no curso da natureza, e as condições, que são os pressupostos externos sobre os quais se exerce a ação humana.

Identificados esses três elementos integrantes da norma jurídica, passa o autor a “descrever logicamente a estrutura de uma norma como composta de 1º) um operador normativo; 2º) uma descrição de ação que é o seu argumento; e 3º) uma descrição da condição da ação. O operador determina o *caráter normativo*: norma obrigatória ou proibitiva ou permissiva; a descrição da ação constitui o *conteúdo* da norma; e a condição da ação e a sua condição de aplicação”.¹⁸

17. FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Op. cit., p. 60.

18. FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio, p. 61.

4. INTERPRETAÇÃO: CONCEITO

Admite Tércio Sampaio Ferraz Júnior a existência de um *postulado* da ciência jurídica segundo o qual não há norma sem interpretação, ou seja, toda norma é, pelo simples fato de ser posta, passível de interpretação.¹⁹

Assinala este autor no pensamento de Savigny duas fases na conceituação da interpretação jurídica, uma anterior a 1814 e outra posterior. Na primeira fase indagava o *sentido* da ordem normativa. Interessava-lhe saber o que a lei *diz*. A questão técnica consistia então em inquirir o sentido que a lei possuía no texto, daí a interpretação *gramatical*, a *lógica*, a *sistemática* e a *histórica*. Na segunda fase, indaga da existência de um critério último para a interpretação autêntica da lei.

Podemos nos defrontar com estas duas posições no seu Sistema do Direito Romano Atual.

Ao definir a interpretação, conceitua-a como uma operação intelectual que “tem por objeto o reconhecimento da lei em sua verdade; em outros termos: a lei, submetida ao critério de nossa inteligência, deve aparecer-nos como verdadeira. Esta operação é indispensável para toda aplicação da lei à vida real, e precisamente neste caráter de necessidade constante se funda sua legitimidade. A interpretação não está restrita, como crêem muitos, ao caso accidental de obscuridade da lei...”²⁰

Enquanto se veja a lei “em sua verdade”, temos a interpretação sob um prisma objetivo, segundo qual a norma tem um sentido próprio, uma verdade sua, independentemente do sentido que lhe quis imprimir o legislador.

Mas sob um outro prisma, que não se fixa na verdade imanente na lei ou na adequação entre esta e o fato, pode-se contemplar a lei como o reflexo de um pensamento que fixa

19. FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Op. cit., p. 68.

20. SAVIGNY, M.F.C. “Sistema del Derecho Romano Actual”. Madrid, Ed. de Góngora, 2ª edic., p. 184.

uma relação de direito. Para indagar-se então do sentido da lei, “é necessário que seu espírito seja percebido inteiramente e em toda a sua pureza por aqueles a quem se refere, os quais devem colocar-se no ponto de vista do legislador, reproduzir artificialmente suas operações e recompor a lei em sua inteligência. Tal é o procedimento da interpretação que pode, por isso, definir-se desta maneira: a reconstrução do pensamento contido na lei”.²¹

Temos por este lado a tendência subjetivista, segundo a qual a interpretação é vista como uma pesquisa do pensamento do legislador.

A este respeito é importante assinalar o aparecimento da Emenda Regimental nº 7 ao Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, aprovada em 23 de agosto de 1978. Segundo esta Emenda, reconhecida a necessidade de interpretação prévia (art. 4º), “o relator solicitará informações à autoridade da qual tiver emanado o ato, bem como ao Congresso Nacional ou à Assembléia Legislativa, se for o caso” (art. 5º). Dispõe ainda o parágrafo único deste artigo que “as informações, prestadas no prazo de trinta dias, serão acompanhadas, em se tratando de lei, de cópia de *todas as peças do processo legislativo*” (sublinhamos).

Focaliza-se desta forma a importância de conhecer-se o pensamento do legislador, ou os motivos que levaram à aprovação da lei, para efetivar-se a sua interpretação.

Pode-se apontar, segundo Tércio Sampaio Ferraz Júnior, uma tensão entre o ponto de partida da interpretação e a atuação do intérprete.

Há um aspecto *dogmático*, segundo o qual interpretar é compreender o sentido posto na norma, ou seja, há um ato intelectual que procura captar o sentido fixado na norma pela vontade do legislador. E, para captar esse sentido, o intérprete tem *liberdade* na escolha das múltiplas vias que o levam à apreensão daquele objetivo.

21. SAVIGNY M.F.C. de. Op. cit., p. 187.

A interpretação apresenta assim um caráter deontológico e normativo, pois “não apenas estamos obrigados a interpretar (não há norma sem sentido nem sentido sem interpretação), como também *deve* haver uma interpretação e um sentido que preponderem e ponham um fim (prático) à cadeia das múltiplas possibilidades interpretativas. O critério para entender se este fim prático é a própria questão que anima a ciência jurídica: o problema da decidibilidade, isto é, criar-se condições para uma decisão possível”.²²

Em campo paralelo a este, em que prepondera a preocupação pela *decidibilidade*, ou seja, por aquilo que se deve fazer, coloca-se Recaséns Siches com a posição do *logos* do razoável.

O cerne do problema da interpretação não se encontra na determinação dos métodos de que se deve servir (e então falaríamos em método literal ou gramatical, histórico, sistemático, analógico, etc.). Segundo Recaséns Siches, tais técnicas são usadas para tentar justificar, sob a aparência de cientificidade, uma solução já aceita preliminarmente. Assim, quando o jurista encontrava uma solução por ele tida como justa para um determinado problema, ensaiava subsequente-mente o uso de uma ou outra técnica que melhor se adequasse como elo de ligação entre o problema e a possível solução. Tal posição deve ser reconsiderada, pois “o exercício do *logos do razoável* ou *do humano*, aplicado à interpretação jurídica, supera aquela pluralidade de métodos. Perante qualquer caso, fácil ou difícil, tem-se que proceder razoavelmente, levando em conta a realidade e sentido dos fatos, as valorações em que se inspira a ordem jurídica positiva, ou as complementações que o juiz produza em harmonia com essa ordem jurídica, e, conjugando um com outro, e o outro com o um, chegar à solução satisfatória”.²³

Não interessa ao juiz, sob o prisma da lógica aristotélica, tratar com as realidades tais quais elas são, no reino do conhecimento pura, mas tão-somente *decidir o que se deve*

22. FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Op. cit., p. 73.

23. SICHES, Luís Recaséns. Op. cit., p. 661.

fazer, interessando-lhe mais os problemas estimativos do dever-ser do que os entitativos do ser.

A interpretação estaria assim colocada essencialmente não como uma função intelectual, mas se resolveria principal e prevalentemente “em um elemento voluntarístico e, se quisermos, também irracional representado pelo *comportamento* efetivo e incontrastado *secundum ius* dos sujeitos que compõem o corpo social”.²⁴

Contrapõem-se assim um fato sociológico e um fato jurídico, não uma contraposição reciprocamente excludente, mas integrativa. Um determinado comportamento, fato sociológico, é visto pela interpretação e aplicação do direito vigente como expressão da vontade da *maioria* sobre o *dever-ser* das relações. Desta forma a interpretação, vista como *fato social de aplicação do direito*, ou seja como expressão da vontade da *maioria* do corpo social, assume uma função *normativa*.

Nota-se, contudo, que o fato social, tomado isoladamente, não apresenta interesse jurídico, pois que dele não se pode extrair nenhuma proposição de dever-ser, não sendo portanto gerador de qualquer efeito normativo, mas não se pode deixar de aceitar que “o complexo dos comportamentos e das declarações interpretativas realizadas pelo corpo social sejam produtivas *no seu conjunto* de *efeitos normativos*”.²⁵

Verifica-se, assim, da parte de Galloni o intuito de, aceitando a distinção entre interpretação intelectual e voluntarística, tentar impedir o entendimento da possibilidade de separação entre ambas, pois que “a interpretação não é ou não se exaure somente em um fato intelectual, como o é a pesquisa e a explicação do sentido da lei, mas se exprime sobretudo num ato de vontade ou de escolha, numa máxima de ações, a tal ponto que se torne difícil qualquer distinção entre interpretação e aplicação da norma”.²⁶

24. GALLONI, Giovanni. “La Interpretazione della Legge”. Milano, Giuffrè, 1955, p. 98.

25. GALLONI, Giovanni. Op. cit., p. 100.

26. GALLONI, Giovanni. Op. cit., p. 77.

Para este autor, a interpretação em *sentido impróprio* é científica, cognoscitiva, descritiva e construtiva do sistema das normas jurídicas no âmbito do ordenamento, ao passo que a *interpretação em sentido próprio* é produtiva de um comando concreto. Mas tal distinção não deve levar à supremacia de uma sobre a outra. Não se pode, especialmente, em nome de um imediatismo na aplicação da norma, eliminar o problema do conhecimento da norma e de todo o ordenamento jurídico em que está ela inserida. Daí a importância do Direito como conceito, pois “o direito não define: o direito é. Como existe o corpo e o sistema social com uma dada organização, assim existe aquela projeção *formal* do sistema em que se resolve o ordenamento jurídico. O direito entendido como *forma* enquanto é, ou enquanto se desenvolve, não pode constituir-se em objeto de conhecimento e de valoração racional se não for reduzido a *conceitos*. É princípio geral do *conhecimento* que o fenômeno não possa chegar à esfera racional ou intelectual senão como um *conceito*. Também o fenômeno jurídico, portanto, se não quiser permanecer uma pura realidade existente fora do intelecto, mas quiser tornar-se objeto de compreensão, deve ser racionalizado em um universal. Este processo, que permite a passagem do fenômeno jurídico à sua compreensão racional através do conceito do fenômeno mesmo, é — propriamente — a dogmática jurídica ou a interpretação dogmática abstrata (interpretação em sentido impróprio) do direito”.²⁷

Na análise da interpretação é importante o confronto entre os conceitos de *tipicidade* e de *ratio legis*.

A tipicidade dos comportamentos é correspectiva do ordenamento jurídico, ou seja, só será típico o que o ordenamento jurídico contemplar como tal. Os comportamentos atípicos, realizados de acordo com o interesse exclusivo do indivíduo, são juridicamente irrelevantes, pois que não são contemplados pelo ordenamento jurídico.

27. GALLONI, Giovanni. Op. cit., p. 80.

Ora, para que possa dizer-se típico, é necessário que o comportamento, entre os diversos que seriam *possíveis*, corresponda “a um *modelo* ou a um *dever-ser* de conduta exigido pela organização ou pelo ordenamento da sociedade. Não é, portanto, nem o comportamento *médio*, nem o comportamento *mais freqüente*, mas é aquele que — embora dentro dos limites do possível — é exigido para realizar os escopos práticos queridos pelo ordenamento”.²⁸

Os elementos que definem o conceito de *tipicidade* se identificam através de três critérios: em primeiro lugar o critério de *normalidade* de acontecimentos (*id quod plerumque accidit*), o de *obrigatoriedade da conduta* diligência do *bonus pater familias*) e de *confiança* sobre a conduta pessoal (*intuitus personae*).²⁹

A *ratio legis* consistirá, portanto, na conjugação desses três elementos da tipicidade legal. O intérprete terá sua atividade ou vinculada à identificação da *ratio* fixada na norma a ser aplicada, ou, a lei o autoriza, liberada para a pesquisa de um critério de *normalidade* que sirva para a possibilidade de decisão do caso em exame.

Pelo que “a pesquisa da *Ratio* não está ligada de maneira particular a um dos vários meios ou métodos da interpretação, como a assim chamada interpretação lógica, mas é o resultado a que tende em geral a interpretação qualquer que seja o meio ou o instrumento utilizado pela atividade cognoscitiva da norma. Assim como não se pode falar de uma interpretação literal distinta de uma interpretação lógica ou histórica ou sistemática ou evolutiva etc., torna-se igualmente errônea, para os fins da interpretação, a distinção ou mesmo a contraposição entre a letra e a *Ratio* da norma, como se pudessem existir duas interpretações da mesma norma e ao intérprete competisse a escolha por uma ou por outra delas”.³⁰

28. GALLONI, Giovanni. Op. cit., p. 150.

29. GALLONI, Giovanni. Op. cit., p. 178.

30. GALLONI, Giovanni. Op. cit., p. 138.

5. INTERPRETAÇÃO DAS NORMAS DE DIREITO PÚBLICO

Parafraseando a Alfredo Augusto Becker, podemos dizer que as leis pertencentes ao domínio do Direito Público são regras jurídicas com estrutura lógica e atuação dinâmica *idênticas* às das demais regras jurídicas e, portanto, interpretam-se como qualquer outra lei, admitem todos os métodos de interpretação jurídica e não existe qualquer peculiar princípio de interpretação das leis tributárias.³¹

Para o Prof. Oliveira Baracho, em artigo publicado na Revista de Informação Legislativa, a hermenêutica constitucional, embora não possa abandonar os princípios de interpretação legal tecidos pela Teoria Geral do Direito, *tem princípios próprios*, derivados do Direito Constitucional.³²

Tais princípios próprios derivam justamente da natureza específica das normas constitucionais, pois se deve levar em conta justamente a característica basilar desse tipo de normas, que constituem regras de conduta de caráter supremo.

A Constituição é, sob o ponto de vista da teoria formalista, a norma suprema, da qual deflui a validade de todas as outras normas existentes no ordenamento jurídico. Segundo a visão dinâmica do Direito, na conceituação Kelseniana, "uma norma somente é válida porque e na medida em que foi produzida por uma determinada maneira, isto é, pela maneira determinada por uma outra norma, esta outra norma representa o fundamento imediato de validade daquela. A relação entre a norma que regula a produção de uma outra e a norma assim regularmente produzida pode ser figurada pela imagem espacial da supra-infra-ordenação. A norma que regula a produção é a norma superior, a norma produzida segun-

31. BECKER, Alfredo Augusto. "Teoria Geral do Direito Tributário". São Paulo, Saraiva, 1972, p. 100. Ver também VANONI, EZIO. "Natureza e Interpretación de las Leyes Tributárias". Madrid, Inst. Est. Fiscales, 1973, p. 217.

32. BARACHO, José Alfredo de Oliveira. "Hermenêutica Constitucional", in Revista de Informação Legislativa, ano 14 nº 53, p. 116-117.

do as determinações daquele é a norma inferior. A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas... A norma fundamental — hipotética, nestes termos — é, portanto, o fundamento de validade último que constitui a unidade desta interconexão criadora.³³

A teoria institucional do Direito se coloca num outro ângulo de visão, mas a conclusão, do ponto de vista hermenêutico-constitucional, coincide com a da doutrina lógico-formal de Kelsen.

Para essa teoria “toda instituição — enquanto é um ente que tem uma própria estrutura e organização e, portanto, uma ordem mais ou menos estável e permanente que reduz à unidade os indivíduos, assim como os demais elementos que a compõem, adquirindo perante eles uma vida própria e formando um corpo — constitui uma “ordenação jurídica”. Com efeito, a própria existência destes entes, corpos sociais ou instituições, por si mesma já determina a posição, a função e uma determinada linha de comportamento para os mesmos entes.

“Por outras palavras, toda instituição é uma ordenação jurídica e toda ordenação jurídica é uma instituição, uma vez que, onde não haja esta, podem existir relações sociais, mas não relações que, como as jurídicas, sejam formal, objetiva e estavelmente ordenadas.

“Cada norma ou mesmo o complexo das normas jurídicas não são mais do que manifestações particulares de uma dada ordenação, que, nas instituições mais simples ou menos evoluídas, podem permanecer latentes...³⁴

Ora, destas duas posições, podemos tirar a conclusão de que a Constituição é a norma suprema que rege todas as demais, que é o seu pressuposto de validade formal e material,

33. KELSEN, Hans. Op. cit., p. 309-310.

34. ROMANO, Santi. “Princípios de Direito Constitucional Geral”. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1977, p. 72.

mas é também, ao mesmo tempo, vista por um outro ângulo, a estrutura orgânica de toda a ordenação jurídica, o núcleo que invade com sua ramificação ativa e produtora todos os setores do ordenamento jurídico.

Esta condição peculiar do ordenamento jurídico constitucional lhe confere uma posição *sui generis* em matéria de hermenêutica, pois o intérprete das normas constitucionais deve levar em conta esta sua natureza específica ao interpretá-las.

Dentro desta visão panorâmica, apresenta o Prof. Oliveira Baracho as regras de hermenêutica constitucional preconizadas por Linares Quintana:

“a) Na interpretação constitucional deve sempre prevalecer o conteúdo teleológico da Constituição que é instrumento de governo, além de ser instrumento de restrição de poderes de amparo à liberdade individual;

b) A finalidade suprema e última da norma constitucional é a proteção e a garantia da liberdade e dignidade do homem;

c) A interpretação da lei fundamental deve orientar-se, sempre, para esta meta suprema;

d) Em caso de aparente conflito entre a liberdade e o interesse do governo, aquela deve prevalecer sempre sobre este último, pois a ação estatal, manifestada através de normas constitucionais, não pode ser incompatível com a liberdade.

e) O fim último do Estado é exercer o mandato dentro de seus limites”.³⁵

Para Hector Fix Zamudio, citado pelo Prof. Oliveira Baracho, há categorias de interpretação constitucional:

a) interpretação legislativa;

b) interpretação administrativa;

c) interpretação judicial e

d) interpretação doutrinária.

35. BARACHO, José Alfredo de Oliveira. “Hermenêutica Constitucional” *in* Revista de Informação Legislativa, Brasília, Senado Federal, ano 14, nº 53, p. 121.

Basta-nos aqui assinalar estas categorias como um roteiro para futuros estudos, pois não temos a intenção de dissertar sobre elas neste ensaio.

6. AS LACUNAS E A INTERPRETAÇÃO

Terminaremos este nosso trabalho tecendo algumas considerações sobre o problema das “lacunas”.

Entende-se por lacuna a ausência de correspondência entre uma situação fática e a tipificação desta mesma situação através de uma disposição de lei. Se o aplicador da lei, no terreno administrativo ou judicial, não encontra no domínio da ordem jurídica positiva uma disposição de lei que decida um conflito intercomportamental, verifica-se a existência do que justamente se chama *lacuna*. Deverá então, arrimando-se em métodos analógicos, em princípios gerais do direito, e em critérios axiológicos, buscar a identificação da norma jurídica que solucione o conflito surgido.

Estas considerações nos levam ao conceito de *plenitude hermética* do ordenamento jurídico, segundo Recaséns Siches. Giovanni Galloni fala em “Completezza Dell’Ordinamento Giuridico”, coincidindo conceitualmente com Recaséns Siches.

“Para Galloni, somente poderá entender-se a plenitude do ordenamento jurídico se não se identificar o complexo das normas com o ordenamento jurídico. O direito nasce por um processo de tipificação, pelo estabelecimento de um *modelo* que reflete a realidade como ela é apreendida pelo jurista, no sentido do seu dever-ser. Assim sendo, “as normas jurídicas apresentam lacunas na medida em que não refletem o processo de tipificação que se foi elaborando na sociedade em forma espontânea. A interpretação integra estas lacunas, que são lacunas das leis escritas e não do ordenamento. Longe de tirar elementos de uma realidade extrajurídica (como poderiam ser as exigências sociais, políticas, econômicas, etc.) a interpretação não faz outra coisa senão refletir uma realidade jurídica existente para além das leis escritas”.³⁶

36. GALLONI, Giovanni. Op. cit., p. 75.

Conseqüentemente, distingue Galloni a *estrutura social*, sempre imperfeita, mas evoluindo continuamente, modificando-se sempre, progredindo, mas nem sempre se aperfeiçoando, e, por outro lado, a *estrutura jurídica*

“come *forma*, inquanto esprime adeguatamente e continuamente appunto la tipizzazione o il dover essere tipico di quel contenuto sociale, è, in sè, *Perfeita e completa*. Le lacune non possono riguardare l'ordinamento come istituzione, ma il complesso delle leggi scritte prima della loro integrazione con le norme non scritte risultanti dall'ordinamento”.³⁷

Recaséns Siches reconhece a existência de uma *relação de delegação* entre as normas mais gerais, as menos gerais e as particulares. Esta relação ser *taxativa*, quando a norma, mais geral, por exemplo a constituição, estabelece os contornos a que deve cingir-se a norma concreta e individualizada, pode ser *supletiva*, quando a lei concede às partes que intervêm numa relação jurídica autonomia para que elas mesmas determinem por sua própria vontade a norma que há de reger a relação criada pelo negócio em questão, e pode ainda haver *delegação* às partes, aos juizes e aos funcionários administrativos, quando a lei lhes delega poderes para que fixem a norma que estimem mais justa e adequada, concedendo força de norma jurídica àquilo que disponham as partes ou ao que o juiz determine.³⁸

O nosso ordenamento jurídico contempla a possibilidade de ausência de disposições legais tipificadoras de determinada situação fática. Assim é que a Lei de Introdução ao Código Civil estabelece no seu art. 4º: “Quando a *lei for omissa*, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

O Código Tributário Nacional (Lei 5.172, de 25 de outubro de 1966) no capítulo IV do Título I do Livro II, destinado

37. GALLONI, Giovanni. Op. cit., p. 76.

38. SICHES, Luís Recaséns. Op. cit., p. 321-322.

à interpretação e *integração* da Legislação Tributária, encontramos disposto pelo art. 108 que “na *ausência de disposição expressa*, a autoridade competente para aplicar a legislação tributária utilizará sucessivamente, na ordem indicada.

I — a analogia;

II — os princípios gerais de direito tributário;

III — os princípios gerais de direito público;

IV — a equidade.

O Direito do Trabalho contempla também a possibilidade da existência de lacunas da lei, dispondo a Consolidação das Leis do Trabalho, no seu art. 8º, que “as autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na *falta de disposições legais* ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho...”

Determina ainda o Código de Processo Civil, no seu art. 126, que “o juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando *lacuna* ou *obscuridade da lei*. No julgamento da lide caber-lhe-a aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito”.

É este “um princípio essencial a todo ordenamento jurídico, segundo Recaséns Siches, é uma necessidade absoluta de toda ordem jurídica, é um princípio essencial que condiciona a possibilidade de todo Direito positivo. A este princípio denominamos *Plenitude hermética da ordem jurídica vigente*”.³⁹

Ora, os conceitos até aqui expostos trazem a exame a distinção existente entre *interpretação* e *integração*, esta última denominada também de *construção*.⁴⁰

A filosofia clássica do direito natural, à qual confessa aderir Michel Villey, não desconhece a existência da interpre-

39. SICHES, Luís Recaséns. Op. cit., p. 323.

40. BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Op. cit., p. 114. VILLEY, Michel. “L’Interprétation dans le Droit”. Archives de Philosophie du Droit». Tome XVII, Prefácio, pp. 4-7.

tação dos *textos* considerados separadamente, pois que existe um direito positivo. Além destes, as leis políticas ou morais também exercem pressão sobre o ato do juiz. E a falha dos positivistas consistiu, segundo o próprio Villey, em se limitar ao reconhecimento do direito encontrado na estrutura social, o que resultou num quadro muito pobre da tarefa do intérprete-jurista.⁴¹

Trata-se, entretanto, muitas vezes de procurar uma norma para determinadas situações, e o intérprete, nessas ocasiões, “não está vinculado na maioria dos casos nem por uma indicação absolutamente decisiva dos fatos (cuja caracterização implica também um julgamento de valor), nem por uma dedução imperativa a partir dos conceitos e das proposições legais. Mas deve procurar uma solução que satisfaça às exigências da situação e ao sistema de idéias que encarnam as regras legais; e para fazê-lo ele adaptará eventualmente este sistema, modificando dados por via de derrogações, ou dele extraíndo a generalidade relativa dos princípios em causa. Se uma semelhante tarefa implica seguramente escolhas, serão finalmente as idéias que vão julgar, e elas não são maleáveis à vontade, não mais do que a exigência dos fatos.”⁴²

E então pergunta Batiffol se esta tarefa está afeta à interpretação e se deve ser denominada por este nome.

Ora, evidentemente que não, pois que é necessário “distinguir entre as soluções efetivamente tiradas de um texto, e aquelas que são construídas a partir de outros elementos, mesmo que tomem base em disposições determinadas... Somente as primeiras merecem o nome de interpretação, se se quiser atribuir aos termos um único sentido”. Tal distinção não é fácil de se estabelecer na prática, embora teoricamente estejam nitidamente delimitados os contornos conceituais. Para melhor definição conceitual das duas posições, ensina Batiffol

41. VILLEY, Michel. Op. cit., p. 7.

42. BATTIFFOL, Henri. “Questions de l'Interprétation Juridique”. in Archives de Philosophie du Droit. Tome XVII, pp. 20-21.

que “se poderia evocar de novo que a palavra “*sentido*” designa ao mesmo tempo a significação de alguma coisa e a direção a seguir. Numa primeira fase o sentido de um texto é o que ele significa, isto é, o pensamento de seu autor, entendido aliás em sua complexidade mais ou menos consciente, numa segunda fase o texto indica um caminho a seguir: ele deu uma solução para as situações visualizadas sob um determinado ângulo; o “intérprete” seguirá a direção indicada para construir mais ou menos independentemente da prescrição inicial”.⁴³

Esta posição coincide com a que aceita o Prof. Oliveira Baracho, para quem a interpretação se limita ao texto escrito, enquanto que “a construção envolve a indução de conclusões relativas a assuntos que não estão incluídos na expressão clara”.⁴⁴

INTRODUÇÃO

Há pouco mais de três décadas, era objeto de preocupação constante dos internacionalistas da época a restauração do direito internacional em que visava a ser reconhecida a capacidade processual dos indivíduos e grupos sociais no plano internacional.¹ Para isto contribuíram de modo decisivo as

43. BATTIFFOL, Henri. Op. cit., p. 24-25.

44. BLACK. “Judicial and Statutory Definitions of Words and Phrases”, vol. IV, verb. Interpretation, citado por BARACHO, J. A. Oliveira. Op. cit., p. 114.