

Tercio Sampaio Ferraz Junior



Introdução ao Estudo do Direito

Técnica, Decisão, Dominação

3ª Edição

SÃO PAULO
EDITORA ATLAS S.A. – 2001

© 1987 by EDITORA ATLAS S.A.

1. ed. 1988; 2. ed. 1994; 3. ed. 2001

ISBN 85-224-2759-3

Foto da capa: Agência Keystone

Composição: Lino-Jato Editoração Gráfica

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Ferraz Junior, Tercio Sampaio,

Introdução ao estudo de direito : técnica, decisão, dominação / Tercio Sampaio Ferraz Junior. - 3. ed. - São Paulo : Atlas, 2001.

Bibliografia.

ISBN 85-224-2759-3

1. Direito 2. Direito - Estudo e ensino I. Título.

93-3637

CDU-340.11

Índice para catálogo sistemático:

1. Direito : Introdução 340.11

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS - É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio. A violação dos direitos de autor (Lei nº 9.610/98) é crime estabelecido pelo artigo 184 do Código Penal.

Depósito legal na Biblioteca Nacional conforme Decreto nº 1.825, de 20 de dezembro de 1907.

Cód.: 0505 50 067

Impresso no Brasil/Printed in Brazil

5.2 MÉTODOS E TIPOS DOGMÁTICOS DE INTERPRETAÇÃO

A doutrina hermenêutica, por ser um discurso do poder de violência simbólica, não se constrói como uma teoria descritiva (zetética) que explica como é o sentido do direito, mas como uma teoria dogmática que expressa como deve-ser (dever-ser ideal) ele interpretado. Os conceitos, as premissas, os princípios postulam concepções cripto-normativas (cripto = oculto) e formulam-se como orientações sobre os objetivos e os propósitos da interpretação. Dessas orientações deduzem-se, então, regras hermenêuticas.

Conforme mostramos, com base nas três díades de organização dos símbolos (alto/baixo, dentro/fora, claro/escuro) e as respectivas relações de poder (autoridade, liderança, reputação), constituem-se três critérios básicos, em razão dos quais é possível propor, didaticamente, um quadro esquemático dos métodos de interpretação. Esses três critérios são a correção ou coerência, o consenso e a justiça. A coerência ou a busca do sentido correto exige um sistema hierárquico de normas e conteúdos normativos. O consenso ou a busca do sentido funcional exige respaldo social. A justiça ou a busca do sentido justo exige que se atinjam os objetivos axiológicos do direito. Em função deles, podemos falar em métodos lógico-sistemático, sociológico e histórico e teleológico-axiológico.

Como, além disso, o poder de violência simbólica se exerce por paráfrases que acrescem a força normativa das relações de autoridade, liderança e reputação conforme decodificações consoante um código forte ou um código fraco, é possível, didaticamente, distinguir tipos básicos de interpretação: a especificadora, a restritiva e a extensiva.

No conjunto, métodos e tipos constituem a língua hermenêutica em sua estrutura. Vejamos por partes cada um deles.

5.2.1 Métodos hermenêuticos

Os chamados métodos de interpretação são, na verdade, regras técnicas que visam à obtenção de um resultado. Com elas procuram-se orientações para os problemas de decidibilidade dos conflitos. Esses problemas são de ordem sintática, semântica e pragmática. Embora não possamos circunscrevê-los rigorosamente no Direito, vamos tomá-los esquematicamente para a exposição.

5.2.1.1 INTERPRETAÇÃO GRAMATICAL, LÓGICA E SISTEMÁTICA

Os problemas sintáticos referem-se a questões de conexão das palavras nas sentenças: questões léxicas; à conexão de uma expressão com outras

expressões
ças num

A
dos méto

Q
interpreta
vras e o
correto si
conecta s
língua na
rem ness
des. Se a
país estr
prônimo
exemplo:
produto,
não flexi
dade ref

É
essas dú
gramatic
gras de c
contrato,
ção dos c
duta dos
que, na
obriga o
na análise
blema, n
partida c
zir uma
ciência c
uso das

Q
interpreta
repetido
viço da i
nexão de
para a ol
tibilidad
mesmo c
seqüenci

expressões dentro de um contexto: questões lógicas; e à conexão das sentenças num todo orgânico: questões sistemáticas.

A orientação para enfrentar os problemas sintáticos constitui o objeto dos *métodos sistemáticos*.

Quando se enfrenta uma questão léxica, a doutrina costuma falar em *interpretação gramatical*. Parte-se do pressuposto de que a ordem das palavras e o modo como elas estão conectadas são importantes para obter-se o correto significado da norma. Assim, dúvidas podem surgir, quando a norma conecta substantivos e adjetivos ou usa pronomes relativos. Ao valer-se da língua natural, o legislador está sujeito a equivocidades que, por não existirem nessas línguas regras de rigor (como na ciência), produzem perplexidades. Se a norma prescreve: "a investigação de um delito *que* ocorreu num país estrangeiro não deve levar-se em consideração pelo juiz brasileiro", o pronome *que* não deixa claro se se reporta a *investigação* ou a *delito*. Outro exemplo: "o exame da mercadoria, quando *indispensável* para a confecção do produto, deverá ocorrer à vista do fornecedor"; como o adjetivo *indispensável* não flexiona, pode-se ficar na dúvida sobre se a condição da indispensabilidade refere-se a *exame* ou a *mercadoria*.

É óbvio que as exigências gramaticais da língua, por si, não resolvem essas dúvidas. A análise das conexões léxicas, por uma interpretação dita gramatical, não se reduz, pois, a meras regras da concordância, mas exige regras de decidibilidade. Por exemplo, se a norma em tela é cláusula de um contrato, aparecem regras como a que recomenda que se veja antes a intenção dos contraentes e não a letra da prescrição, que se observe a própria conduta dos contraentes, ou seja, o modo como estavam executando o pactuado, que, na dúvida, interprete-se em favor de quem *se* obriga e não de quem obriga o outro etc. No fundo, pois, a chamada interpretação gramatical tem na análise léxica apenas um instrumento para mostrar e demonstrar o problema, não para resolvê-lo. A letra da norma, assim, é apenas o ponto de partida da atividade hermenêutica. Como interpretar juridicamente é produzir uma paráfrase, a interpretação gramatical obriga o jurista a tomar consciência da letra da lei e estar atento às equivocidades proporcionadas pelo uso das línguas naturais e suas imperfeitas regras de conexão léxica.

Quando enfrentamos problemas lógicos, a doutrina costuma falar em *interpretação lógica*. O que se disse para a interpretação gramatical pode ser repetido nesse caso. Trata-se de um instrumento técnico, inicialmente a serviço da identificação de inconsistências. Parte-se do pressuposto de que a conexão de uma expressão normativa com as demais do contexto é importante para a obtenção do significado correto. Não obstante as exigências de compatibilidade lógica, ocorrem, no entanto, inconsistências quando, às vezes, num mesmo diploma legal, usa-se o mesmo termo em normas distintas com conseqüências diferentes. Fere-se o princípio lógico da identidade. Assim, por

ência
xplica
ressa
nissas,
e for-
preta-

io dos
ões de
ásicos,
emáti-
u coe-
to exi-
nsenso
isca do
m fun-
: histó-

r pará-
lerança
n códi-
etação:

tica em

as técni-
orienta-
mas são
circuns-
ate para

ÁTICA

las pala-
m outras

exemplo, a Constituição Federal de 1988, em seu art. 155, § 3º, determina que, à exceção dos impostos tratados no inciso II do *caput* do artigo e no art. 153, I e II, nenhum outro *tributo* poderia incidir sobre operações de energia elétrica, serviços de telecomunicações, derivados de petróleo, combustíveis e minerais do país. Em outros artigos (por exemplo, 146, III, *a*, 150, I), o termo *tributo* é usado num sentido amplo, de gênero, que abarca várias espécies, inclusive as contribuições sociais. O Supremo Tribunal Federal, contudo, entendeu que as contribuições sociais não estavam subsumidas à expressão *nenhum outro tributo* do mencionado art. 155, § 3º.

Ora, o princípio lógico da identidade ($A = A$) permite ao jurista mostrar a questão, mas não resolvê-la. As regras da interpretação lógica, recomendações para criar as condições de decidibilidade, são assim fórmulas *quase-lógicas* como “o legislador nunca é redundante”, “se duas expressões estão usadas em sentidos diversos, é porque uma deve disciplinar a generalidade, outra abre uma exceção”, ou “deve-se ater aos diferentes contextos em que a expressão ocorre e classificá-los conforme a sua especificidade” etc. Se tentássemos um quadro esquemático, poderíamos dizer que as incompatibilidades lógicas são evitadas conforme três procedimentos retóricos: a atitude *formal*, a atitude *prática* e a atitude *diplomática*. A primeira procura as condições de decidibilidade pelo estabelecimento de recomendações gerais *prévias* à ocorrência de conflitos, como o são o princípio da prevalência do especial sobre o geral, o princípio de que a lei não tem expressões supérfluas, o princípio de que, se o legislador não distingue, não cabe ao intérprete distinguir etc. A atitude prática corresponde a recomendações que emergem das situações conflitivas, por sua consideração material, como o procedimento das classificações e reclassificações, definições e redefinições que ora separam os termos na forma de oposições simétricas (ou é um conteúdo de direito público ou é de direito privado) ou de conjugação (caso em que os conteúdos são aproximados na forma de gêneros e espécies ou espécies de um gênero superior) etc. A atitude diplomática, por fim, exige certa inventividade do intérprete, como é a proposta de ficções: se a verificação de uma condição foi impedida, contra a boa-fé, por aquele a quem prejudica, deve-se tê-la por verificada; se, nos mesmos termos, foi provocada por aquele a quem aproveitada, deve-se tê-la por não verificada.

Por fim, quando se enfrentam as questões de compatibilidade num todo estrutural, falemos em *interpretação sistemática (stricto sensu)*. A pressuposição hermenêutica é a da unidade do sistema jurídico do ordenamento. Há aqui um paralelo entre a teoria das fontes e a teoria da interpretação. Correspondentemente à organização hierárquica das fontes, emergem recomendações sobre a subordinação e a conexão das normas do ordenamento num todo que culmina (e principia) pela primeira norma-origem do sistema, a Constituição. Para a identificação dessa relação, são nucleares as noções

discutidas
primeira e
qualquer p
pios gerais
nunca dev
go: penal,
leia só un
geral, por
restrições
intérprete
drão de e
Assim, dia
saber se a
discrimina
(por exem
nalísticas
ções auto
cepçiona
nacionalic
cionalidad
tecnológic
posto, sul
exemplo,
tringir a a

5.2.1.2

O
dem sinté
do restrit
individua
güidade e
nificados
conjunto
pressão. /
constitui

Pe
conforme
sua gêne
busca do
norma m

§ 3º, determina artigo e no art. ções de energia combustíveis e (, 150, I), o ter- ca várias espé-ederal, contudo, las à expressão

ao jurista mos- ão lógica, reco- assim fórmulas luas expressões inar a generali- s contextos em icidade” etc. Se s incompatibili- rios: a atitude ocure as condi- s gerais prévias icia do especial érfluas, o prin- orete distinguir gem das situa- cedimento das ora separam os e direito públi- conteúdos são n gênero supe- idade do inté- ndição foi im- re-se tê-la por quem aprovei-

ibilidade num (su). A pressu- ordenamento. interpretação. mergem reco- ordenamento m do sistema, res as noções

discutidas de validade, vigência, eficácia e vigor ou força (ver item 4.3.2). A primeira e mais importante recomendação, nesse caso, é de que, em tese, qualquer preceito isolado deve ser interpretado em harmonia com os princípios gerais do sistema, para que se preserve a coerência do todo. Portanto, nunca devemos isolar o preceito nem em seu contexto (a lei em tela, o código: penal, civil etc.) e muito menos em sua concatenação imediata (nunca leia só um artigo, leia também os parágrafos e os demais artigos). De modo geral, por exemplo, a questão de saber se uma lei pode, sem limitações, criar restrições à atividade comercial e industrial de empresas estrangeiras, leva o intérprete a buscar, no todo (sistemático) do ordenamento, uma noção padrão de empresa nacional e seu fundamento nas normas constitucionais. Assim, diante de uma lei que de fato estabelecesse tais restrições, é preciso saber se a Constituição, ao estabelecer a igualdade de todos perante a lei e discriminar, ela própria, alguns casos em que o princípio se vê excepcionado (por exemplo, a propriedade e administração de empresas de TV, rádio e jornalísticas é vedada a estrangeiros), cria algum princípio geral sobre as exceções autorizadas. Portanto, se se puder dizer que, quando a constituição excepciona a regra geral da igualdade, elege como qualidades da empresa a nacionalidade de proprietários e dirigentes, a nacionalidade do capital, a nacionalidade dos trabalhadores, a nacionalidade da orientação intelectual e tecnológica, a interpretação sistemática dirá que nenhuma lei (por pressuposto, subordinada à constituição) poderá criar uma *nova* qualidade (por exemplo, a nacionalidade da matéria-prima utilizada na produção) para restringir a atividade de empresas estrangeiras.

5.2.1.2 INTERPRETAÇÃO HISTÓRICA, SOCIOLÓGICA E EVOLUTIVA

Os problemas que tentamos didaticamente circunscrever como de ordem sintática mostram, aqui e ali, questões de ordem semântica. Num sentido restrito, os problemas semânticos referem-se ao significado das palavras individuais ou de sentenças prescritivas. Aqui aparecem as questões de ambigüidade e vaguidade já mencionadas. A hermenêutica pressupõe que tais significados são função da conexão fática ou existencial em consideração ao conjunto vital – cultural, político e econômico – que condiciona o uso da expressão. A atividade de expô-los e conectá-los com as expressões normativas constitui objeto dos métodos sociológicos e históricos.

Podemos distinguir entre a interpretação sociológica e a histórica conforme se leve em consideração a estrutura momentânea da situação ou sua gênese no tempo. Na prática, porém, é difícil sustentar a distinção. A busca do sentido efetivo na circunstância atual ou no momento de criação da norma mostra que ambos se interpenetram. Daí, às vezes, a idéia de uma in-

interpretação histórico-evolutiva. É preciso ver as condições específicas do tempo em que a norma incide, mas não podemos desconhecer as condições em que ocorreu sua gênese.

Para o levantamento das condições históricas, recomenda-se ao intérprete o recurso aos *precedentes normativos*, isto é, de normas que vigoraram no passado e que antecederam à nova disciplina para, por comparação, entender os motivos condicionantes de sua gênese. Assim, se as normas anteriores permitiam o uso de moedas estrangeiras como índice para aferir a inflação e corrigir o valor monetário das obrigações e, no ensejo da nova lei, elas foram expressamente excluídas, isso pode ser uma orientação importante para entender se, ao surgir, a nova lei eliminou absolutamente a moeda estrangeira como padrão ou se haveria casos em que ela teria ainda de subsistir. Essa investigação leva o intérprete também a buscar – quando existem –, nos chamados *trabalhos preparatórios* (discussões parlamentares, emendas preteridas etc.), elementos auxiliares do sentido histórico da norma. Tudo isso há de lhe fornecer a chamada *occasio legis*, isto é, o conjunto de circunstâncias que marcaram efetivamente a gênese da norma. Muitas vezes pode-se, por exemplo, chegar à conclusão de que determinada lei atendeu a uma situação de emergência, cujas condições típicas se alteraram e que, portanto, têm de ser restringidas para o entendimento das normas.

Já o levantamento das condições atuais deve levar o intérprete a verificar as funções do comportamento e das instituições sociais no contexto existencial em que ocorrem. Por exemplo, é preciso verificar, quando alguém adquire, para consumo, um refrigerante, se o vasilhame, pelo qual se paga o “depósito”, foi também adquirido ou se houve apenas uma espécie de empréstimo. A questão é saber qual a função econômica daquele “depósito” no contexto do mercado de bebidas. A hermenêutica entende, assim, que as atividades humanas têm uma razão prática de existir, donde seu sentido em termos de relações numa situação dada. O conceito de *função* permite-lhe, então, uma análise classificatória dos fenômenos, uma orientação eurística, visando à descoberta de novas relações, um relacionamento causal entre eles, o que leva a um desvendamento das estruturas sociais e de suas mudanças em termos de processo. O direito atua sobre eles como regulação que permite seu controle.

Com base nesses levantamentos das condições históricas e sociológicas, a interpretação assume duas formas (Ross, 1970:113): (a) pode ser feita de modo que o significado da palavra ou da sentença prescritiva seja mais claramente definido por meio de uma descrição formulada em outros termos – controle da ambigüidade por interpretação conotativa; (b) ou de tal modo que, diante de um conjunto de fatos experimentados e delimitados por sua função, seja possível decidir com um *sim* ou *não*, ou um *talvez*, se o conjunto de fatos constitui ou não uma referência que corresponde à palavra ou à sen-

tença
exemp
tindo
descro
des do
rem a
Se a p
para
quant
circu
ao qu
ne-se

5.2.1

probl
ráfra:
tem
numa
norm
sentid
dos r

morr
tos”
reçu:
torna
Assir
para
ções
cont
É pr
“uni

lógic
isso
norr
O lo
cipli
para
nali

tença – controle da vaguidade por interpretação denotativa. Assim, por exemplo, se a palavra é um símbolo ambíguo, como “mulher *honest*”, admitindo conceitos diferentes, a interpretação histórica e sociológica cuidará de descrever, em conformidade com as condições históricas e atuais, as qualidades do comportamento de uma mulher que, no contexto existencial, configurem a honestidade de comportamento. Define-se o símbolo por sua intensão. Se a palavra é um símbolo vago, como é o “*depósito*”, que tanto pode apontar para o *dinheiro* que se entrega ao comerciante na aquisição do refrigerante, quanto para a *garantia* pela guarda e conservação do vasilhame, é preciso circunscrever os fenômenos por sua “função” e dizer qual deles corresponde ao que a norma qualifica ou não como negócio jurídico de depósito. Define-se o símbolo por sua extensão (ver item 5.1.1).

5.2.1.3 INTERPRETAÇÃO TELEOLÓGICA E AXIOLÓGICA

Temos, por fim, o que podemos didaticamente circunscrever como problemas pragmáticos *stricto sensu*. Na verdade, sendo um conjunto de paráfrases a serviço do poder de violência simbólica, todo ato interpretativo tem primariamente uma qualidade pragmática, isto é, deve ser entendido numa relação de comunicação entre emissores e receptores das mensagens normativas. Não obstante, as relações entre os comunicadores colocam, num sentido estrito, problemas peculiares que a hermenêutica enfrenta por meio dos métodos teleológico e axiológico.

As questões pragmáticas (*stricto sensu*) de interpretação reportam-se mormente à carga emocional dos símbolos. Quem protesta por “seus direitos” pode estar-se referindo ao conceito técnico de *direito subjetivo*, mas é irrecusável que a expressão contenha relações associativas importantes que tornam complexa a mera relação (sintagmática) entre “seus” e “direitos”. Assim, quando a lei pune a “concorrência *desleal*” ou o “*abuso de direito*”, para além da ambigüidade de tais termos, percebe-se a presença de valorações que precisam ser controladas pelo intérprete. É preciso neutralizar os conteúdos, o que não quer dizer eliminar a carga valorativa, mas controlá-la. É preciso generalizar de tal modo esses valores que eles passem a expressar “universais do sistema”.

O pressuposto e, ao mesmo tempo, a regra básica dos métodos teleológicos é de que sempre é possível atribuir um propósito às normas. De fato, isso nem sempre é claro e muitas vezes nos levaria a perplexidades. Existem normas costumeiras para as quais é difícil encontrar propósitos e finalidades. O longo uso com o sentimento da obrigatoriedade instaura uma rede de disciplinas sem que possamos encontrar nelas alguma intenção. Apesar disso, para obter a neutralização da carga emocional, é preciso encontrar essas finalidades ou, ao menos, postulá-las.

No direito brasileiro, a própria Lei de Introdução ao Código Civil, em seu art. 5º, contém uma exigência teleológica: "Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum." As expressões *fins sociais* e *bem comum* são entendidas como sínteses éticas da vida em comunidade. Sua menção pressupõe uma unidade de objetivos do comportamento social do homem. Os "fins sociais" são ditos *do direito*. Postula-se que a ordem jurídica, em sua totalidade, seja sempre um conjunto de preceitos para a realização da sociabilidade humana. Faz-se mister assim encontrar nas leis, nas constituições, nos decretos, em todas as manifestações normativas seu *telos* (fim), que não pode jamais ser anti-social. Já o "bem comum" postula uma exigência que se faz à própria sociabilidade. Isto é, não se trata de um fim do direito, mas da própria vida social (cf. Ferraz Jr., 1978, v. 10).

Ambas as expressões manifestam um esforço de síntese que traduz um esforço de composição. A doutrina costuma distinguir, assim, os *princípios* como fins imanes da ordem jurídica e social e reguladores teleológicos da atividade interpretativa, das chamadas regras gerais. Ambos se caracterizam por sua generalidade, mas a generalidade dos princípios é vista como de maior grau: os princípios valem para séries indefinidas de casos, enquanto as regras valem para séries definidas. Como regras valem, por exemplo, a liberdade contratual no Direito das Obrigações, a oralidade e a imediatidade no Direito Processual. Princípios são, por sua vez, a exigência da boa-fé no trato das relações, o respeito às soluções equitativas, à pessoa e sua dignidade, à igualdade de todos perante a lei etc.

Veja, a título de exemplo, uma típica interpretação teleológica e axiológica, isto é, em que se postulam fins e se valorizam situações.

As questões que envolvem os direitos da criança e do adolescente merecem, na Constituição brasileira, um tratamento destacado. No Capítulo VII do Título VIII (Da Ordem Social), a criança é designada como sujeito de direitos, os quais devem ser garantidos com *absoluta prioridade* pela família, pela sociedade e pelo Estado. As três instituições têm, em face dela, um *dever*, isto é, um ônus, o de assegurar-lhe os direitos que enumera, além de colocá-la a salvo, entre outros constrangimentos, de toda negligência.

Obviamente, o dever da família (a família como sujeito da obrigação de assegurar de modo absolutamente prioritário os direitos da criança) é o dever da comunidade em sua totalidade, em seus diferentes sentidos. E dentro dela, o sentido e o exercício do pátrio poder sofre as correspondentes mutações. Pela Constituição, o pátrio poder, não sendo mais um princípio estrutural da família (*potestas* atribuído ao pater), é, em primeiro lugar, *dever e não direito*.

Dessa orientação não discrepa o Superior Tribunal de Justiça que vem reiterando o princípio segundo o qual o pátrio poder, no dizer da Corte,

é "hoje nime da como "ur aos bens preceden lescente p direitos e se" (REsp

Er do intérp versamen coerente retorna p que o leg dos confl cias. Assiu meneuta, da previsi do bem c do atendi

5.2.2 T

Ve ção, morr gração (e designa o: se, *pars p* sim, contr forme un conotação ção da an parafrástic um modo *extensiva*.

5.2.2.1

Un tido da nc condições

é "hoje melhor conceituado como *pátrio dever*" (REsp 4128-ES, decisão unânime da 4ª T., de 30-10-90). O *pátrio poder*, nesse sentido, é proclamado como "um conjunto de obrigações, a cargo dos pais, no tocante à pessoa e aos bens dos filhos menores", esclarecendo-se, em conseqüência, na linha de precedente, que "a legislação que dispõe sobre a proteção à criança e ao adolescente proclama enfaticamente a especial atenção que se deve dar aos seus direitos e interesses e à hermenêutica valorativa e teleológica de sua exegese" (REsp 158920-SP, decisão unânime da 4ª T., de 23-3-99).

Em suma, a interpretação teleológica e axiológica ativa a participação do intérprete na configuração do sentido. Seu movimento interpretativo, inversamente ao da interpretação sistemática que também postula uma cabal e coerente unidade do sistema, parte das *conseqüências* avaliadas das normas e retorna para o interior do sistema. É como se o intérprete tentasse fazer com que o legislador *fosse capaz de mover suas próprias previsões*, pois as decisões dos conflitos parecem basear-se nas previsões de suas próprias conseqüências. Assim, entende-se que, não importa a norma, ela há de ter, para o hermenauta, *sempre* um objetivo que serve para controlar até as conseqüências da previsão legal (a lei sempre visa aos fins sociais do direito e às exigências do bem comum, ainda que, de fato, possa parecer que eles não estejam sendo atendidos).

5.2.2 Tipos de interpretação

Vejam os tipos de interpretação. Os métodos de interpretação, mormente o teleológico e axiológico, mostram-nos um esforço de integração (e de neutralização) de uma multiplicidade de valores. O *telos*, que designa os propósitos da lei e da norma em geral, refere-se, em última análise, *pars pro toto*, a todas as considerações em tese admissíveis que ficam, assim, controladas. Não obstante, há ainda espaço para decodificações ou conforme um código forte, em que se reforça o rigor da denotação e da conotação dos símbolos, ou conforme um código fraco, em que a manutenção da ambigüidade e da vaguidade pareça mais bem adequada ao reforço parafrástico do poder de violência simbólica. Conforme se decodifique, de um modo ou de outro, temos, então, interpretação *especificadora*, *restritiva* e *extensiva*.

5.2.2.1 INTERPRETAÇÃO ESPECIFICADORA

Uma interpretação especificadora parte do pressuposto de que o sentido da norma cabe na letra de seu enunciado. Tendo em vista a criação de condições para que os conflitos sejam decidíveis com um mínimo de pertur-

bação social (questão da decidibilidade), a hermenêutica vê-se pragmaticamente dominada por um princípio de economia de pensamento. Postula, assim, que para elucidar o conteúdo da norma não é necessário sempre ir até o fim de suas possibilidades significativas, mas até o ponto em que os problemas pareçam razoavelmente decidíveis. Era esse, provavelmente, o propósito de um famoso aforismo jurídico, hoje menos citado, segundo o qual "*in claris cessat interpretatio*". Por tudo o que dissemos até o momento, porém, é óbvio que a possibilidade dessa clareza literal é uma ilusão. Que significa, então, uma interpretação *especificadora*, que se limita a reconhecer que o sentido literal da norma é claro?

Ascensão (1982:336) dá-nos um exemplo elucidativo. Segundo o art. 1.520 do Código Civil brasileiro, determinam-se quais as conseqüências dos danos causados para evitar um perigo, quando esse perigo ocorrer por "*culpa de terceiro*". Ora, a palavra *culpa*, mesmo na técnica jurídica, é ambígua, pois se define ora como negligência, ora como dolo, ora ambos, ora como característica da reprovabilidade pessoal do agente. Todas as conotações são possíveis. Embora, num caso concreto, o aplicador da lei tenha de identificar uma delas, o intérprete dirá que o sentido de *culpa* no texto do art. 1.520, embora abrangente, é claro: não se há de excluir em tese nenhuma das conotações. Outro exemplo ainda de Ascensão (1982): se encontramos num texto normativo a palavra *interpelação*, sabemos que se trata de um símbolo vago, pois pode denotar tanto a intimação feita pelo credor ao devedor para que pague, como a pergunta dirigida ao Governo por um membro de uma Câmara legislativa. No contexto, no entanto, o intérprete dirá que a denotação é clara, pois se trata de uma norma cujo contexto se refere a relações entre credores e devedores e não a comportamento de parlamentares em face do Governo.

O que ocorre, em ambos os casos, é uma paráfrase que reproduz a decodificação fraca ou forte do legislador na mesma linha de orientação, reforçando o sentido com o mesmo vetor. Assim, no exemplo da "*culpa*", por sua ambigüidade, a mensagem está codificada num código fraco que o intérprete decodifica também num código fraco: não exclui nenhuma conotação e admite qualquer uma como possível. Já no exemplo de "*interpelação*", o símbolo é vago mas o contexto em que é usado faz ver que a mensagem está codificada num código que o intérprete decodifica também num código forte: discrimina as extensões e atribui a palavra a uma delas, à exclusão da outra.

Obviamente não é assim que a doutrina se expressa, pois as expressões *código forte* e *código fraco* pertencem a uma análise *zetética* do problema. A teoria *dogmática* apenas dirá que, na interpretação especificadora, a letra da lei está em harmonia com a *mens legis* ou o espírito da lei, cabendo ao intérprete apenas constatar a coincidência.

5.2.2.

da no
térpre
ciocín
objeti
ses, ac
ma qu
lecido
se dig
restrit
tância
deve
bem-e
agasa
ção q
tureza

güida
tante
come
fund
seren
toda

uma
intérj
violê
legisl
lha, c
la qu
codif
infer
forte
gisla
da n
herr
lar. C
semp
men
ou a
tade

5.2.2.2 INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA

Uma interpretação restritiva ocorre toda vez que se limita o sentido da norma, não obstante a amplitude de sua expressão literal. Em geral, o intérprete vale-se de considerações teleológicas e axiológicas para fundar o raciocínio. Supõe, assim, que a mera interpretação especificadora não atinge os objetivos da norma, pois lhe confere uma amplitude que prejudica os interesses, ao invés de protegê-los. Assim, por exemplo, recomenda-se que toda norma que restrinja os direitos e garantias fundamentais reconhecidos e estabelecidos constitucionalmente deva ser interpretada restritivamente. O mesmo se diga para as normas excepcionais: uma exceção deve sofrer interpretação restritiva. No primeiro caso, o *telos* protegido é postulado como de tal importância para a ordem jurídica em sua totalidade que, se limitado por lei, esta deve conter, em seu espírito (*mens legis*), antes o objetivo de assegurar o bem-estar geral sem nunca ferir o direito fundamental que a constituição agasalha. No segundo, argumenta-se que uma exceção é, por si, uma restrição que só deve valer para os casos excepcionais. Ir além é contrariar sua natureza.

A interpretação restritiva pode conter vaguidade denotativa ou ambigüidade conotativa. O primeiro é o caso das normas excepcionais. Não obstante a possibilidade de a *facti species* cobrir outros conteúdos, a doutrina recomenda que a extensão não se faça. O segundo é o caso de direitos fundamentais. Apesar de símbolos como liberdade, vida, saúde, segurança serem ambíguos, cabe ao intérprete tomá-los como conotativamente restritos toda vez que uma norma lhes imponha regras.

A interpretação restritiva corresponde a uma paráfrase que decodifica uma mensagem codificada num código *fraco* por meio de um código *forte*. O intérprete altera, pois, o código, mas com o objetivo de aumentar o poder de violência simbólica em nome do *telos* global do sistema. Supõe, assim, que o legislador racional, por coerência com os valores que o ordenamento agasalha, deseja uma imposição de sentido rigoroso. Destarte, por exemplo, postula que o reconhecimento de direitos fundamentais é estabelecido por normas codificadas por um código fraco e que, portanto, uma lei, hierarquicamente inferior, e que limite tais direitos, só poderia ser codificada por um código forte. Se, de fato, isso nem sempre ocorre, cabe ao intérprete imputar ao legislador essa intenção e, deste modo, decodificar a norma limitadora, exarada num código fraco conforme um código forte. Percebemos, assim, como a hermenêutica é, ela própria, um poder de violência simbólica *que faz a lei falar*. Obviamente, a teoria dogmática não retrata as coisas dessa maneira, pois sempre dirá que a restritividade decorre da teleologia imanente ao ordenamento, sendo uma exigência de valores que constituem a *voluntas legislatoris* ou a *mens legis*. Tudo se faz, pois, em nome da *ratio legis* (na verdade, a vontade do legislador racional).

5.2.2.3 INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA

Temos, por fim, a interpretação extensiva. Trata-se de um modo de interpretação que amplia o sentido da norma para além do contido em sua letra. Isso significa que o intérprete toma a mensagem codificada num código forte e a decodifica conforme um código fraco. Argumenta-se, não obstante, que desse modo estará respeitada a *ratio legis*, pois o legislador (obviamente, o legislador racional) não poderia deixar de prever casos que, aparentemente, por uma interpretação meramente especificadora, não seriam alcançados.

Assim, se a mensagem normativa contém denotações e conotações limitadas, o trabalho do intérprete será o de torná-las vagas e ambíguas (ou *mais vagas e ambíguas* do que são em geral, em face da imprecisão da língua natural de que se vale o legislador).

À primeira vista, pode parecer que a interpretação extensiva é análoga à restritiva. Isso, porém, não é bem assim. A interpretação restritiva, por vezes, se impõe por si como a mais conveniente, como é o caso das normas excepcionais. Com a extensiva isso não sucede, pois aí uma valoração, pelo intérprete, das situações é mais ostensiva e radical. De certo modo, a doutrina percebe que, nesses casos, o intérprete *altera* a norma, contra o pressuposto de que a interpretação deve ser fiel – o mais possível – ao estabelecido na mensagem normativa. Esse reconhecimento cria dificuldades de justificação, e a própria dogmática costuma impor limitações ao uso da interpretação extensiva. O contrário sucede com a restritiva, caso em que a doutrina, às vezes, impõe seu uso. Assim, no caso dos direitos fundamentais e das normas excepcionais, o intérprete *deve* interpretar restritivamente. No entanto, o caso de *facti species* que contêm *tipos cerrados*, por exemplo, as normas penais, o princípio de que não há crime sem lei prévia obriga o intérprete a evitar as interpretações extensivas, procurando cingir-se à mera especificação. Em consequência, para que essa seja admitida nesses casos, o intérprete deve demonstrar que a extensão do sentido está contida no espírito da lei.

O cuidado especial com a interpretação extensiva provoca uma distinção entre esta e a interpretação por analogia. A doutrina afirma que a primeira se limita a incluir no conteúdo da norma um sentido que já estava lá, apenas não havia sido explicitado pelo legislador. Já na segunda, o intérprete toma de uma norma e aplica-a um caso para o qual não havia preceito nenhum, pressupondo uma semelhança entre os casos. Por exemplo, se a norma pune o lenocínio, o intérprete dirá que sob a rubrica deste símbolo está também a exploração de motéis em que se tolera a presença de casais, dos quais não se pergunta se são ou não casados ou se estão lá apenas por motivos libidinosos. A interpretação é *extensiva e admissível* (embora o resultado seja discutível e, na atualidade, não se tenda a fazer aquela extensão, salvo em casos ostensivos). Se, porém, a norma é omissa quanto ao ato de alguém

oferecer :
de lá pas
nocínio, j
do delito
estamos,

A
mática te
analogia
não admi
Código de
anológica
em certas
vezes, se
taxativam
proibidas

Ur
trina. Por
toda vez
logia. Con
decidibilic
por isso,
pois, da c
ral, o seg
critérios p
interpreta
lógicos ou
costuma d
intérprete,
doutrinári

5.3 INJ

A p
da analogi
nêutica. T
ção que se
cunas do c

A q
normativo
de a interp

oferecer seu apartamento a um amigo para que este o utilize com o objetivo de lá passar algumas horas com uma mulher, não se pode imputar-lhe o lenocínio, pois, dir-se-á, não ocorrem neste caso as características tipificadoras do delito (não há exploração de negócio) e, na verdade, se assim fazemos, estamos, por via interpretativa, criando uma norma.

A distinção, porém, não é rigorosa. Assim, em matéria penal, a dogmática tende a dizer que os preceitos incriminadores são insusceptíveis de analogia e de interpretação extensiva; já as normas que estabelecem penas não admitem analogia, porém admitem a interpretação extensiva. Todavia, o Código de Processo Penal (art. 3º) aceita "interpretação extensiva e aplicação analógica". O Código Tributário Nacional (art. 111) exclui ambas as formas em certas modalidades de legislação. Isso leva a doutrina a verificar, muitas vezes, se uma norma que indica os casos de incidência os está relacionando taxativamente ou exemplificadamente. No primeiro modo, diz-se que estão proibidas a extensão e a analogia. No segundo, a extensão é admissível.

Uma orientação uniforme sobre a distinção não se encontra na doutrina. Por isso, há autores que procuram uma solução radical, dizendo que toda vez que ultrapassamos um dos sentidos *literais* possíveis, já temos analogia. Com isso, porém, a liberdade do intérprete reduz-se drasticamente, e a decidibilidade dos conflitos torna-se mais difícil. Uma dose de indefinição, por isso, é, talvez, um dos pressupostos *ocultos* da língua hermenêutica e, pois, da configuração da vontade do legislador racional. Aliás, de modo geral, o segredo do bom êxito da atividade interpretativa está em que não há critérios precisos que indiquem quando se deve usar uma ou outra forma de interpretação ou se o intérprete deve valer-se de métodos sistemáticos, sociológicos ou teleológicos. Não é sem razão, pois, que a doutrina hermenêutica costuma dizer difusamente que a interpretação é um ato de síntese e que o intérprete, para alcançar a *ratio legis*, deve lançar mão de todos os meios doutrinários a seu alcance.

5.3 INTERPRETAÇÃO E INTEGRAÇÃO DO DIREITO

A precedente discussão sobre os limites da interpretação extensiva e da analogia trouxe um aspecto importante para a compreensão da hermenêutica. Trata-se de um problema típico da teoria dogmática da interpretação que se refere à possibilidade de, por via hermenêutica, suprirem-se as lacunas do ordenamento.

A questão já foi tratada quando discutimos a completude do sistema normativo (item 4.3.2.3). Do ângulo hermenêutico, discute-se a legitimidade de a interpretação ir além de *ratio legis*, configurando novas hipóteses nor-

mativas quando se admite a possibilidade de que o ordenamento vigente não as prevê, ou até mesmo de que as prevê, mas de modo julgado insatisfatório. Trata-se de um problema interessante, mormente quando se sabe que a hipótese do legislador racional supõe a *omnicomprensividade* (ver item 5.1.5.2). Não obstante, como veremos, a teoria das lacunas não excepciona aquela suposição.

O problema da integração aparece desde que se postule uma distinção entre atividade legislativa, executiva e judiciária. A adoção do princípio da tripartição dos poderes está no cerne da questão. Pressupõe uma organização política relativamente estável e uma sociedade cujos problemas jurídicos, à época em que a teoria das lacunas é formulada, pareciam restringir-se, em sua maior parte, aos de natureza privada, sendo o conteúdo de seus conflitos questões interindividuais. Não obstante, se de um lado, essas condições permitiram a concepção do direito como norma posta e encarada pelo intérprete como ponto de partida inegável, as necessidades de uma sociedade em mudança, de outro, exigiam o rompimento dessa pretensa atitude acrítica perante o direito posto. A constatação de um possível descompasso entre este e as necessidades sociais trouxe, assim, a questão da lacuna.

Já examinamos o problema desse ângulo. Para a dogmática analítica, trata-se de discutir se é ou não possível, na estrutura do sistema, alguma forma de incompletude. Para a dogmática hermenêutica, admitida, de alguma forma, a incompletude, seja em termos de lacunas autênticas e inautênticas, verdadeiras e falsas, a questão gira em torno dos *modos de integração* e dos *limites que se põem ao intérprete*.

5.3.1 Modos de integração do direito

A questão dos modos de integração diz respeito aos instrumentos técnicos à disposição do intérprete para efetuar o preenchimento ou a colmatação da lacuna. Na verdade, tais instrumentos têm dupla utilidade, pois não só servem para o preenchimento, como também para a constatação da lacuna. A constatação, embora do ângulo analítico, da lacuna, aparentemente, apenas como falha ou omissão no sistema, do ângulo hermenêutico exige um procedimento de revelação que lhe é correlato. São correlatos à medida que o preenchimento da lacuna pressupõe que ela seja antes constada ou relevada, o que curiosamente se dá pelo uso dos mesmos instrumentos, pressupondo-se uma *exigência* de preenchimento (a proibição do *non liquet*). Por exemplo, a analogia não só é usada para preencher ou colmatar um vazio, mas também para mostrar o vazio. Ou seja, a lacuna não aparece, para o hermenêuta, como uma evidência, mas exige demonstração. Tanto que a doutrina reconhece casos de lacunas aparentes. Embora correlatos, preenchimento

e constatação são, porém, independentes, pois pode haver constatação, mas o preenchimento é vedado, pois se diz que ultrapassa os limites permitidos à atividade integradora (lacunas que só o legislador pode "preencher" com a edição da lei necessária: por exemplo, as lacunas no ordenamento penal). Além disso, o preenchimento da lacuna não impede sua constatação em novos e sucessivos casos e circunstâncias, a qual, assim, continua a existir até que o legislador, definitivamente, a venha eliminar (a lacuna da lei preenchida pela sentença judicial no caso concreto não desaparece do sistema legal, devendo ser preenchida em novos casos concretos).

Quando se refere aos meios de integração, a doutrina fala em analogia, costumes, equidade, princípios gerais de direito, indução amplificadora, interpretação extensiva etc. A distinção entre eles nem sempre é precisa, ora chamando-se de analogia, o que para uns é interpretação extensiva e vice-versa, ora reconhecendo-se como equidade, o que para outros é princípio geral de direito. Além disso, não podemos esquecer que os diversos ordenamentos jurídicos nacionais enfrentam a integração de modo diferente, havendo os que expressamente determinam quais os instrumentos, como é o caso do brasileiro, mas havendo também os que são omissos a esse respeito, gerando uma espécie de lacuna de segundo grau por falta de norma sobre o modo de preenchimento, como é o caso do ordenamento alemão.

Para efeitos de organização didática da matéria, costuma-se distinguir entre procedimentos hétero e auto-integradores (Carnelutti, 1936, v. 1:113). Também se diz intra e extra-sistemáticos (Ascensão, 1982:340). Em nenhuma das fórmulas, o critério é preciso. Assim, por detrás da primeira distinção, existe a polêmica em torno da própria existência da lacuna (haverá quem diga que o sistema é sempre completo, a constatação e o preenchimento serão então, necessariamente, procedimentos exteriores ao sistema, segundo Kelsen). Por detrás da segunda, surge o problema da delimitação do sistema e o pressuposto de que o intérprete sempre encontrará *no* sistema, seja por seu *telos* último e decisivo, a razão necessária para justificar o preenchimento. Assim, embora cientes da precariedade de qualquer classificação, vamos distinguir entre *instrumentos quase-lógicos* e *instrumentos institucionais*.

Os primeiros são aqueles que exigem alguma forma de procedimento analítico, como é o caso da analogia, da indução amplificadora e da própria interpretação extensiva. Os segundos buscam apoio na concepção de instituição, como é o caso dos costumes, dos princípios gerais de direito da equidade. Apesar disso, o critério de distinção proposto, confrontado com ordenamentos que determinam expressamente os meios, contém uma ambigüidade, pois sempre podemos dizer que, se o próprio ordenamento os prevê, eles adquirem o estatuto de norma do sistema, e não há que se falar em lacuna nem em preenchimento. Assim, o art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil prescreve: "Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a

gente não
isfatório.
e a hipó-
5.1.5.2).
quela su-

ia distin-
princípio
a organi-
as jurídi-
ringir-se,
seus con-
ndições
do intér-
dade em
rítica pe-
re este e

nalítica,
uma for-
alguma
tênticas,
ão e dos

itos téc-
olmata-
ois não
la lacu-
emente,
rige um
ida que
releava-
supon-
r exem-
io, mas
herme-
outrina
imento

analogia, os costumes e os princípios gerais de direito"; e o art. 8º da Consolidação das Leis do Trabalho manda, na falta de disposições legais ou contratuais, que se recorra "à equidade e outros princípios e normas gerais do direito". A distinção, apesar disso, pode ser mantida, porque não se reporta ao que é e ao que não é norma, mas ao modo de argumentar do jurista no trato dos problemas hermenêuticos. Assim, os instrumentos quase-lógicos (*quase* porque não obedecem estritamente ao rigor da lógica formal, como veremos) têm uma aparência de raciocínio formal, enquanto os instrumentos institucionais manifestam argumentos materiais.

5.3.1.1 INSTRUMENTOS QUASE-LÓGICOS: ANALOGIA, INDUÇÃO AMPLIFICADORA, INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA

Principiemos pelos procedimentos quase-lógicos. Entre eles destaca-se a *analogia*.

Não há acordo nem entre juristas nem entre lógicos sobre uma definição uniforme de analogia. Em geral, fala-se em analogia quando uma norma, estabelecida com e para determinada *facti species*, é aplicável a conduta para a qual não há norma, havendo entre ambos os supostos fáticos uma semelhança. Define-se também como aplicação extensiva (gerando confusão entre analogia e interpretação extensiva) de princípios extraídos de uma lei a casos juridicamente semelhantes, isto é, que são essencialmente iguais nos aspectos importantes e desiguais nos secundários, tendo em vista uma decisão (Ennecerus-Nipperdey, 1960). Fala-se ainda de aplicação de disposições legais positivadas a casos não totalmente conformes e não regulados expressamente, mas que podem ser subsumidos às "idéias fundamentais" daquelas disposições.

O difícil problema lógico na definição de analogia está na determinação do que sejam as *relações essenciais* ou de *semelhança* entre os supostos fáticos. A lógica formal clássica costuma admitir que a analogia é um procedimento conclusivo *mediato*, isto é, conclusão, que pressupõe pelo menos duas premissas, e na qual ocorre uma passagem de um particular para outro particular. Com isso, pretende-se distinguir a analogia da dedução e da indução. Na dedução, a passagem é do geral para o particular e na indução, do particular para o geral. O critério, porém, não é muito exato, pois é possível um procedimento analógico em que ocorre a passagem de um geral para outro geral. Por isso, haverá quem diga que na analogia ocorre, das premissas à conclusão, uma passagem no mesmo nível (do geral para o geral ou do particular para o particular), mas nunca de um nível para outro (Ziehem, 1920). De qualquer modo, a referida passagem é reconhecida como um processo não estritamente analítico (do tipo se $2 + 2 = 4$ e $3 + 1 = 4$, então $2 + 2 = 3 + 1$),

mas qu
que, ali
mal. Da

cínio pe
ta: assi
adminis
mo mo
cialmen
do outr
mino e
grau? P
rem-se
outra (a
semelha
Sua for
mentar,
próprio
do racio
analogia
tivos (n
analogia

(
deva da
deve ser
que as c
diferenç
simultar
A analog

(
da lei e
mento q

E
preceito
rios prec
então, si
dispositi

A
cípios ge
cação de
que a ch
cos: a in

mas que pressupõe um juízo empírico, isto é, a constatação da semelhança que, aliás, exige valoração, o que torna o procedimento de menor rigor formal. Daí a idéia de que é quase-lógico.

Um exemplo pode mostrar-nos as dificuldades. Veja o seguinte raciocínio pelo qual se aplica uma norma a um caso para o qual ela não foi prevista: assim como, pelo art. 640 do Código Civil Brasileiro, o condômino que administra sem oposição de outros se presume mandatário comum, do mesmo modo, no caso de usufruto de que são titulares cônjuges separados judicialmente, presumir-se-á mandatário comum o que administrar sem oposição do outro. A passagem de um enunciado para o outro requer que entre *condômino* e *usufrutuário (cônjuge)* exista alguma semelhança. Contudo, em que grau? Percebemos que entra aí um juízo de valor, pois, na verdade, transferem-se as qualidades de uma estrutura (a *relação* entre condôminos) para outra (a *relação* entre usufrutuários (cônjuges)). Ora, se o consenso sobre a semelhança é alto, dizemos que a analogia é rica. Se é baixo, ela é pobre. Sua força persuasiva depende, assim, da capacidade de o intérprete argumentar, com maior ou menor êxito, que a semelhança tem fundamento no próprio sistema, na ordem jurídica, no seu *telos* etc. Essa relativa imprecisão do raciocínio e sua dependência de juízos empíricos e de valor é que torna a analogia, às vezes, suspeita, de onde sua proibição em certos âmbitos normativos (no Direito Penal, por exemplo, salvo quando favorece o incriminado – *analogia in bonam partem*).

O uso da analogia, no direito, funda-se no princípio geral de que se deva dar tratamento igual a casos semelhantes. Segue daí que a semelhança deve ser demonstrada sob o ponto de vista dos efeitos jurídicos, supondo-se que as coincidências sejam maiores e juridicamente mais significativas que as diferenças. Demonstrada a semelhança entre dois casos, o intérprete percebe, simultaneamente, que um não está regulado e aplica a ele a norma do outro. A analogia permite constatar e preencher a lacuna.

Costuma-se distinguir entre *analogia legis* e *analogia juris* (analogia da lei e analogia do direito). A distinção tem a ver com um segundo procedimento quase-lógico, a *indução amplificadora*.

Em geral, a doutrina entende que a *analogia legis* parte de um único preceito legal e aplica-o a casos semelhantes. Já a *analogia juris* parte de vários preceitos, obtendo, por indução, princípios que lhes são comuns, os quais, então, são aplicados aos casos não direta e expressamente previstos pelos dispositivos legais.

A imprecisão da noção de *analogia juris* decorre da referência a princípios gerais. Há quem diga, então, que não se trata de analogia, mas de aplicação de outro meio de integração, os princípios gerais de direito. Parece-nos que a chamada *analogia juris* é espécie de conjugação de dois métodos lógicos: a indução e a dedução. Com base em casos particulares, obtém-se uma

generalização da qual resultam princípios os quais se aplicam, então, dedutivamente, a outros casos. É essa conjugação que chamamos de *indução amplificadora*.

A indução amplificadora é procedimento mais complexo que a analogia. Exige não apenas um juízo empírico de semelhança e um juízo de valor sobre o caráter mais significativo da coincidência para efeitos jurídicos, mas também que se extraia da comparação e da valoração um princípio geral. Portanto, a distância entre a norma (ou normas) de que se parte e o caso omissis é maior. Por exemplo, constatamos que os estatutos sociais de quatro diferentes sociedades prevêm o princípio da maioria para suas deliberações. No entanto, num contrato que as une para a consecução de uma tarefa comum, não foi prevista essa regra. O contrato é omissis. Por indução amplificadora, construímos, então, o seguinte raciocínio: se os estatutos, isoladamente tomados, prevêm o princípio da maioria, é possível generalizar a regra geral segundo a qual, com base na lealdade negocial, todas as partes certamente admitem aquele princípio mormente quando nenhuma delas o exclui para as deliberações internas. Generalizado o princípio, este é, então, aplicado ao caso omissis. Sentimos que, na indução amplificadora, cresce a liberdade do intérprete. A força persuasiva do procedimento depende de consenso menos evidente do que ocorre na analogia sobre a semelhança.

Por fim, temos a própria interpretação extensiva. Há quem negue ser esta um procedimento integrador. A doutrina, porém, não é pacífica, já por causa do critério que a distingue da analogia. Assim, por exemplo, a literatura alemã, em sua maioria, tende a identificar o sentido textual da lei como um limite à interpretação; a Suíça, ao contrário, admite que a "descoberta" da *ratio legis* ainda é pura interpretação e não integração. Em consequência, para os alemães, o uso da analogia configura caso de integração, mas a interpretação extensiva do texto não o é ainda; para os suíços, se a analogia funda-se na *ratio legis*, não há por que falar-se em lacuna, nem em integração. Contudo, no caso de normas que contenham cláusulas gerais, conceitos valorativos ambíguos, que os alemães vêem como interpretação extensiva, eles falam de integração, pois aí, argumentam, cabe ao juiz uma apreciação soberana, desligada até de qualquer *ratio legis*, propositadamente ou não, indeterminada.

A admissão da interpretação extensiva como meio de integração depende, assim, da possibilidade de se caracterizar sua distinção em face da analogia e da indução amplificadora. Em tese, discriminá-las parece simples. Na interpretação extensiva, partimos de uma norma e a estendemos a casos que estão compreendidos implicitamente em sua letra ou explicitamente em seu espírito. Na analogia e na indução amplificadora, o caso é omissis, tanto na letra, quanto no espírito de qualquer norma do ordenamento. Apesar da simplicidade, como vimos, a distinção traz dificuldades.

D
tram cas
empírico
coincidên
flexibilid
do seu p
ção conf
extensiv
norma.
intérpre
na, em
missível
tanto, d

5.3.1.2

neste c

foi feito
Aqui ná
sim sua
mento
ção pro
vários
cem ta
não há
gração

Lei de
tume
que ta
tação
por ba
go Tri
instru

to, os
cá-los
Desse

De qualquer modo, os três procedimentos até agora referidos mostram casos de decodificação conforme um código fraco. Na analogia, o juízo empírico de semelhança e o juízo de valor sobre a maior importância das coincidências em face das diferenças introduzem na norma um elemento de flexibilidade conotativa e denotativa, que permite ao intérprete o exercício do seu poder de violência simbólica. Na indução amplificadora, a decodificação conforme um código fraco é ainda mais perceptível. Já na interpretação extensiva, a decodificação parece mais presa à codificação que acompanha a norma. Por isso, por razões de controle do poder de violência simbólica do intérprete, esta parece mais aceitável. Daí a tendência mais geral, na doutrina, em excluí-la dos meios de integração e considerá-la, por presunção, admissível em casos em que a analogia (*legis e juris*) é afastada. A questão, portanto, diz respeito aos limites da integração (ver item 5.3.2).

5.3.1.2 INSTRUMENTOS INSTITUCIONAIS: COSTUMES, PRINCÍPIOS GERAIS DE DIREITO, EQÜIDADE

Vejamos, agora, os meios de integração institucionais. Mencionamos, neste caso, os costumes, os princípios gerais de direito e a eqüidade.

Não há necessidade de discorrermos sobre esses conceitos, o que já foi feito quando desenvolvemos a teoria das fontes (itens 4.3.3.2 e 4.3.3.3). Aqui não importa o reconhecimento da qualidade de fonte desses meios, mas sim sua utilização como instrumento integrador. Nesse sentido, o reconhecimento dos costumes como fonte os torna, na omissão da lei, meio de integração *praeter legem*. Obviamente, como meio integrador, o costume ocupa os vazios do ordenamento legal e não do ordenamento global, ao qual pertencem também as normas consuetudinárias. Ou seja, se há norma costumeira, não há lacuna, mas pode haver omissão de norma legal. É o sentido da integração *praeter legem*.

A imposição do costume como meio de integração da lei no art. 4º da Lei de Introdução cria uma subordinação daquele a esta. Em princípio, o costume será *praeter legem*, ou prevalece a lei. Com isso, é possível argumentar que também a analogia e a indução amplificadora (e, certamente, a interpretação extensiva, caso a admitamos como meio de integração), por tomarem por base a lei, precedem, em hierarquia, o costume. Aliás, o art. 108 do Código Tributário Nacional impõe expressamente a utilização hierarquizada dos instrumentos referidos.

Entre esses aparecem, também aceitos por vezes como fonte do direito, os princípios gerais de direito. É difícil enumerá-los e mais ainda classificá-los. A expressão é difusa e costuma ser usada assim, sem especificação. Desse modo, cresce sua força persuasiva.