

05. Norma jurídica e lei. Definição e caracteres da lei. A positivação. O preceito. A hipótese e a estatuição. A finalidade.
06. Direito objetivo. Divisão do direito objetivo. Ramos do direito.
07. Hierarquia das leis. Constitucionalidade e justiça da lei.
08. Realização do Direito. Compreensão e interpretação. Processo hermenêutico. Pré-compreensão e importância dos fatos.
09. Interpretação da lei. Interpretação subjetiva x interpretação objetiva. Interpretação evolutiva.
10. Métodos de interpretação. Relações entre os métodos.
11. Espécies de interpretação (declaratória, restritiva e extensiva) (autêntica e doutrinal). Direito alternativo e equidade.
12. Lacunas da lei. Meios de integração. Analogia. Costumes
- Princípios gerais do direito.

A lei, em sentido amplo, abrange normas jurídicas tecnicamente conhecidas por outras denominações, tais como o decreto e o regulamento.

A distinção entre a lei em sentido estrito e essas normas jurídicas reside na fonte da qual se origina e no fim a que se destinam.

A lei provem do poder legislativo e os decretos e regulamentos do Poder Executivo. A lei tem um fim geral, enquanto os decretos e regulamentos prendem-se à execução dos diplomas legais.

Regulamento: é o conjunto de normas destinadas a facilitar a execução das leis. Não contém e nem devem conter direito novo, mas encerra disposições de caráter geral e permanente. Não é exclusivo do Executivo.

Regimento: é o regulamento pelo qual os Poderes se organizam internamente.

Decreto é o ato do poder executivo, a fim de prover situações previstas na lei para explicitá-la ou lhe dar execução.

Costume: é o uso geral constante e notório, observado na convicção de corresponder a uma necessidade jurídica. Regra de conduta, habitualmente obedecida, sua força coativa credencia-o como fonte formal do Direito. O costume é, em síntese, “um uso juridicamente obrigatório”.

2 requisitos: **objetivo:** a observância uniforme de uma regra pela generalidade dos interessados, durante longo tempo;

subjetivo: convicção geral de que o uso corresponde a uma necessidade jurídica.

Podem se manifestar: *secundum legem*: acha-se expressamente referido na lei; *praeter legem*: serve de complemento à lei, preenchendo as suas lacunas; *contra legem*: forma-se em contraposição à lei.

Jurisprudência: conjunto de decisões dos tribunais sobre as matérias de sua competência ou uma

série de julgados similares sobre a mesma matéria.

Doutrina: é o pensamento dos estudiosos do Direito, reduzido a escrito em tratados, compêndios, manuais, monografias ou comentários à legislação. Não é fonte formal do Direito, mas tem grande autoridade moral.

Princípios gerais de Direito: podem ser definidos como uma fonte formal se cogitados como a cristalização de preceitos normativos do ordenamento legal. São enunciados lógicos, admitidos como condição ou base de validade dos demais conceitos. Tem caráter genérico. Condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico.

Lei: é uma regra geral que, emanando da autoridade competente, é imposta coativamente à obediência de todos. É um preceito jurídico escrito, emanado do poder estatal competente, com caráter de generalidade e de obrigatoriedade.

Classificações: sob a perspectiva da sua força obrigatória:

a) regras cogentes ou de ordem pública: são aquelas que, por atender mais diretamente o interesse geral, não pode ser alterada por convenção dos particulares. Ex.: norma que proíbe o casamento de pessoas já casadas.

b) regras dispositivas: podem ser derogadas por convenção entre as partes. Funcionam no silêncio dos contratantes.

- Não se deve confundir o conceito de *norma jurídica* com aquele de *lei*. Por um lado, de fato, a lei – pelo menos no sentido técnico de determinação que tenha “força de lei” é um “ato” (ou documento) normativo que contém normas jurídicas, e que assim está com estas em relação de continente e conteúdo; por outro lado, ademais das normas que tem “força de lei”, isto é, hierarquicamente superiores – cada ordenamento conhece muitas outras normas jurídicas fruto de outros atos normativos (regulamentos, ordenações, sentenças, contratos, etc.); por outro lado ainda, uma mesma lei pode conter muitíssimas normas (basta pensar no Código Civil), mas uma norma pode ainda resultar somente do “combinado disposto” de mais disposições legislativas, cada uma das quais pode regular ainda um só aspecto de um problema complexo.

DA INTERPRETAÇÃO DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS

I- ESCOLAS DE INTERPRETAÇÃO

- *Escola da Exegese:*

Interpretação gramatical ou literal

Interpretação lógico-sistemática

- Movimento ocorrido no transcurso do século XIX, indicava que na lei positiva, em especial no Código Civil, estavam todas as possibilidades de solução para os eventuais casos da vida social.

- Para Demolombe, a lei era tudo. Tudo está em saber interpretar o Direito.

- Gera a chamada “jurisprudência dos conceitos” ou “jurisprudência conceitual”.

- O primeiro dever do intérprete é analisar o dispositivo legal para captar o seu pleno valor quanto à sua expressão. A lei é uma declaração de vontade do legislador e, portanto, deve ser reproduzida com exatidão e fidelidade. É da gramática o primeiro caminho que o intérprete deve percorrer para dar-nos o sentido rigoroso da norma legal. Essa é a *interpretação gramatical*.

- Após essa perquirição filológica, impõe-se um trabalho lógico, pois nenhum dispositivo está separado dos demais. É preciso, pois, interpretar as leis segundo seus valores linguísticos, mas sempre as situando no conjunto do sistema. Essa é a *interpretação lógico-sistemática*.

- *Escola Histórica de Savigny*

Interpretação histórica. Feita a lei, ela não fica adstrita às suas fontes originárias, mas deve acompanhar os movimentos de evolução social.

- Não basta querer descobrir a intenção do legislador através dos trabalhos preparatórios da legislação. É necessário verificar qual teria sido a intenção do legislador se, ao seu tempo, os fatos para a aplicação da lei fossem os atuais.

- *Escola dos Pandectistas* (Alemanha) – Corresponde, em certo sentido, à Escola da Exegese na França. Contudo, vislumbra a compreensão progressiva da lei e a intenção possível do legislador, não no seu tempo, mas na época em que se situa o intérprete (Windscheid).

O intérprete, de toda forma, está sempre situado no âmbito da lei, não se admitindo interpretação criadora, à margem da lei ou a despeito dela. Isso une as escolas histórico-evolutiva e lógico-sistemática.

- *Escola da Livre Pesquisa do Direito (François Géný)*

Quando a lei interpretada em toda a sua pureza originária não permite uma solução, o juiz deve buscar nos costumes e na analogia os meios de resolver o caso concreto. Não se deve, assim, deformar a lei, mas sempre reproduzir a intenção do legislador no momento da sua decisão (François Géný).

- *Escola do Direito Livre* – o juiz é o legislador no caso concreto (Hermann Kantorowicz - 1906).

Haja ou não lei que faça o regramento do caso, cabe ao juiz julgar segundo os ditames da ciência e da sua consciência, para o que deveria estar suficientemente preparado. O que deve prevalecer, para eles, é o direito justo, quer na falta de previsão legal, quer contra a própria lei.

- *Escola da Jurisprudência dos Interesses*

II- LEI E JUIZ

Papel do intérprete (juiz) na conjugação da aplicação estrita da lei onde seu sentido for unívoco e naqueles onde a lei apresentar-se de modo genérico.

- Interpretação subjetiva e objetiva do contrato.
- Vontade contratual: vontade nova, resultante da soma das vontades individuais. Busca, pelo intérprete, da vontade real das partes.
- Critérios: finalidade econômica; correspondência com a boa-fé; coerência com os “usos sociais”; análise das circunstâncias do caso.

SISTEMA JURÍDICO. DO SISTEMA FECHADO AO SISTEMA ABERTO.

- **KARL LARENZ (METODOLOGIA DA CIÊNCIA DO DIREITO. 2ª ED. FUNDAÇÃO CALOUSTE GUKBENKIAN, 1989).**

Págs. 195 e seguintes:

- Não é possível um sistema jurisprudencial rigorosamente **axiomático**, do tipo da matemática. Um sistema desse gênero exige, em primeiro lugar, um número fechado de conceitos fundamentais ou “axiomas”, logicamente compatíveis entre si, últimos em cada caso, ou seja, não suscetíveis de inferências posteriores.
- O limite seria pensar em um sistema de princípios jurídicos diretivos, relacionados uns com os outros de modo coerente, que lança mão de determinados conceitos e de pontos de vista classificatórios, sem poder exigir para eles qualquer validade geral ou plenitude.

ESSER distingue o *sistema fechado*, que seria representado pela ideia de codificação, e o *sistema aberto*, que se constituiria em última análise também num direito casuístico, pois que este não poderia subsistir a longo prazo sem um nexo de dedução conceitual e valorativo, que tornasse as resoluções particulares racionalmente comprováveis e o seu conjunto um *sistema*. ESSER vê aqui claramente uma lei histórica em ação: em todas as culturas jurídicas, diz, repete-se “um processo circular de descoberta de problemas, formação de princípios e consolidação do sistema”. Os princípios jurídicos e não os conceitos abstratos são assim os fatores genuínos de formação do sistema. São reconhecidos, como vimos, segundo ESSER, sobretudo no caso problemático; são soluções de problemas generalizadas. Hoje, por várias razões, notada a aproximação dos modos de pensamento de *case law* e do Direito codificado encontraria assim a sua explicação no fato de que aquele está atualmente numa fase de

formação e de consolidação de princípios, portanto, na fase inicial de sistematização, e este, em contrapartida, numa fase de desbloqueamento do sistema e de um renovado interesse pelo pensamento problemático.

- KARL ENGISH (INTRODUÇÃO AO PENSAMENTO JURÍDICO. 6ª ED., FUNDAÇÃO CALOUSTE GULBENKIAN, 1983):

- Pág. 206 – Houve um tempo em que tranquilamente se assentou a ideia de que deveria ser possível estabelecer uma clareza e seguranças jurídicas absolutas através de normas rigorosamente elaboradas, e especialmente garantir uma absoluta univocidade a todas as decisões judiciais e a todos os atos administrativos. Esse tempo foi o do Iluminismo.

Causas para o afrouxamento da vinculação legal:

a) os conceitos jurídicos são predominantemente indeterminados, ao menos em parte. Por conceito indeterminado entendemos um conceito cujo conteúdo e extensão são em larga medida incertos;

b) muitos dos conceitos indeterminados são conceitos normativos. Contrapõem-se estes conceitos aos conceitos *descritivos*, quer dizer, àqueles conceitos que designam, descritivamente, objetos reais ou objetos que de certa forma participam da realidade. Como normativo, consideram-se aqueles conceitos que devem ser preenchidos através de atos de valoração.

c) a autonomia da valoração pessoal parece ser a característica específica de uma particular classe de conceitos que igualmente se põem ao serviço do afrouxamento da vinculação legal, a saber, a classe dos conceitos discricionários, a que hoje tantas vezes a doutrina se refere. Tais decisões são livres, ou seja, não podem ser impugnadas enquanto se mantiverem dentro de certos limites jurídicos, os quais afastam o chamado abuso de poder.

Pág. 225 e 226 – De modo algum se pode afirmar *a priori* que a sede do **poder discricionário**, tal como o entendemos, seja exclusivamente a *administração*. Abstraindo de todo da “discricionariedade do legislador” e da “discricionariedade do governo”, é plenamente defensável o ponto de vista de que também existe o poder discricionário judicial. Este possivelmente aparece na determinação das consequências jurídicas do fato punível, ou na fixação da reparação pecuniária do dano mora, ou em certas medidas processuais baseadas na mera conveniência.

Pág. 227- O resultado a que chegamos com referência à tão discutida discricionariedade é, portanto, este: que pelo menos é possível admitir a existência de discricionariedade no seio da nossa ordem jurídica conformada pelo princípio do Estado de Direito. De discricionariedade, note-se, nesse sentido de que, no domínio da administração ou no da jurisdição, a convicção pessoal (particularmente a valoração) de quem quer que seja chamado a decidir, é elemento decisivo para determinar qual das várias alternativas que se oferecem como possíveis dentro do certo “espaço do jogo” será havida como sendo a (pág. 228) melhor e a justa. É problema da hermenêutica jurídica indagar onde e como que latitude tal discricionariedade existe. E no plano terminológico, assim como metodologicamente,

Fernando Campos Scaff

Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – Largo São Francisco

convém reconhecer uma posição particular, em confronto com os “conceitos indeterminados” e com os “conceitos normativos”, a um conceito de discricionariedade assim entendido.

Bibliografia:

BESSONE, DARCY. Do Contrato – Teoria Geral. 3ª edição, Rio de Janeiro, Forense, 1987.

CORREIA, A. FERRER. Erro e Interpretação na Teoria do Negócio Jurídico. Coimbra, Almedina, 1985.

REALE, MIGUEL. Lições Preliminares de Direito. 12ª ed., São Paulo, Saraiva, 1985.