
Cadernos Temáticos
Recensão
“METODOLOGIA DA CIÊNCIA
DO DIREITO”
Karl Larenz

Por Eugênio Rosa de Araújo

Juiz Federal da 2ª Região

Palestrante da EMARF

Parte da Revista da EMARF

Tribunal Regional Federal da 2ª Região

Edição de Outubro de 2006



Esta revista não pode ser reproduzida total ou parcialmente sem autorização

Revista da Escola da Magistratura Regional Federal /
Escola da Magistratura Regional Federal, Tribunal Regional
Federal : 2ª Região. Cadernos Temáticos - Recensão
“Metodologia da Ciência do Direito” Karl Larenz

Araújo, Eugênio Rosa de - 2006

Rio de Janeiro: EMARF - TRF 2ª Região / RJ 2006 - Edição
de outubro de 2006, n. 1

Irregular.

ISSN 1518-918X

1. Direito - Periódicos. I. Escola da Magistratura
Regional Federal.

CDD: 340.05

Diretoria da EMARF

Diretor-Geral

Desembargador Federal Benedito Gonçalves

Diretor da Revista

Desembargador Federal André Fontes

Diretor de Estágio

Desembargador Federal Raldênio Bonifácio Costa

Diretor de Relações Públicas

Desembargador Federal Clélio Erthal

Diretor de Pesquisa

Desembargador Federal Sergio Feltrin

EQUIPE DA EMARF

Regina Elizabeth Tavares Marçal - Assessora Executiva

Carlos José dos Santos Delgado

Ediene Santana de Oliveira

Edith Alinda Balderrama Pinto

Fay de Mello Mattos Filho

Jackson de Castro Skury

Leila Andrade de Souza

Maria de Fátima Esteves Bandeira de Mello

Reinaldo Teixeira de Medeiros Júnior

Presidente:

Desembargador Federal FREDERICO GUEIROS

Vice-Presidente:

Desembargador Federal CARREIRA ALVIM

Corregedor-Geral:

Desembargador Federal CASTRO AGUIAR

Membros:

Desembargador Federal PAULO FREITAS BARATA
Desembargadora Federal JULIETA LÍDIA LUNZ
Desembargadora Federal TANIA HEINE
Desembargador Federal ALBERTO NOGUEIRA
Desembargador Federal PAULO ESPIRITO SANTO
Desembargadora Federal MARIA HELENA CISNE
Desembargadora Federal VERA LÚCIA LIMA
Desembargador Federal ROGÉRIO CARVALHO
Desembargador Federal ANTÔNIO CRUZ NETTO
Desembargador Federal RICARDO REGUEIRA
Desembargador Federal FERNANDO MARQUES
Desembargador Federal RALDÊNIO BONIFÁCIO COSTA
Desembargador Federal SERGIO FELTRIN CORRÊA
Desembargador Federal FRANCISCO PIZZOLANTE
Desembargador Federal BENEDITO GONÇALVES
Desembargador Federal IVAN ATHIÉ
Desembargador Federal SÉRGIO SCHWAITZER
Desembargador Federal POUL ERIK DYRLUND
Desembargador Federal ANDRÉ FONTES
Desembargador Federal REIS FRIEDE
Desembargador Federal ABEL GOMES
Desembargador Federal LUIZ ANTÔNIO SOARES
Desembargador Federal MESSOD AZULAY NETO
Desembargadora Federal LILIANE RORIZ

SUMÁRIO

UMA EXPLICAÇÃO NECESSÁRIA	11
PARTE HISTÓRICO-CRÍTICA (CAPÍTULO V)	13
I - A DISCUSSÃO METODOLÓGICA ATUAL	15
1) Da jurisprudência dos interesses à jurisprudência da valoração	15
2) A questão dos critérios de valoração supraleais	19
3) Conteúdo da norma e estrutura da realidade	21
4) A base da solução justa do caso concreto	24
5) Tópica e procedimento argumentativo	29
6) A vinculação à lei e o modelo subsuntivo	33
II - PARTE SISTEMÁTICA	35
1) A jurisprudência como ciência normativa. Linguagem dos enunciados normativos	37
2) A jurisprudência como ciência "compreensiva". Conhecer mediante o interpretar.	41
3) A importância da "pré-compreensão" e a estrutura circular do ato de compreender - o discurso e seu valor semântico	43
4) Interpretação e aplicação das normas como processo dialético	47
5) O pensamento orientado a valores na jurisprudência	48
6) O pensamento convertido a valores no âmbito da aplicação do Direito	50
7) O pensamento orientado a valores no âmbito da dogmática jurídica ..	54
8) Acerca das teses de Niklas Luhmann sobre a dogmática jurídica	56
9) A importância da jurisprudência para a atividade jurídica prática	57
10) O contributo cognoscitivo da jurisprudência	58
11) A metodologia como auto-reflexão hermenêutica da jurisprudência ..	59
III - ESTRUTURA LÓGICA E PARTES INTEGRANTES DA PROPOSIÇÃO JURÍDICA	63
1) A proposição jurídica como proposição dispositiva	64
2) Proposições jurídicas incompletas	66
3) Proposições jurídicas aclaratórias	67
4) Proposições jurídicas restritivas	67
5) Proposições jurídicas remissivas	68
6) Ficções legais como remissões	69
7) A proposição jurídica como elemento de uma regulação	69
8) Confluência (concurso) de várias proposições jurídicas ou regulações	70

9) O esquema lógico da aplicação da lei	73
10) O silogismo de determinação da consequência jurídica (o suporte lógico da interpretação)	73
11) A obtenção da premissa menor: o caráter meramente limitado da subsunção	75
12) A derivação da consequência jurídica por intermédio da conclusão	78
13) A conformação e apreciação jurídica da situação de fato	78
14) A seleção das proposições jurídicas pertinentes 'a conformação da situação de fato	81
15) As apreciações requeridas	82
16) Juízos baseados na percepção	82
17) Juízos baseados na interpretação da conduta humana	83
18) Outros juízos proporcionados pela experiência social	84
19) Juízos de valor	85
20) A irredutível margem de livre apreciação por parte do juiz	87
21) A interpretação das declarações jurídico-negociais. As declarações jurídico-negociais como arranjos de consequências jurídicas	89
22) Sobre a interpretação dos negócios jurídicos	91
23) Sobre a classificação dos contratos obrigacionais em tipos contratuais legais	92
24) A situação de fato verificada	94
25) Sobre a comprovação dos fatos no processo	95
26) A distinção entre questão de fato e questão de direito	96
27) A interpretação das leis. A missão da interpretação. A função da interpretação no processo de aplicação da lei	99
28) O objeto da interpretação: vontade do legislador ou sentido normativo da lei ?	101
29) Os critérios de interpretação. O sentido literal	103
30) O contexto significativo da lei	105
IV - INTENÇÃO REGULADORA, FINS E IDÉIAS NORMATIVAS DO LEGISLADOR HISTÓRICO	107
1) Critérios teleológicos-objetivos	110
2) O preceito da interpretação conforme a Constituição	112
3) A inter-relação dos critérios de interpretação	116
4) Comparação da interpretação da lei com a interpretação dos negócios jurídicos	118
5) A interpretação de fatores conformadores. A aspiração a uma resolução justa do caso	119
6) A alteração da situação normativa	120

- 7) Problemas especiais da interpretação. Interpretação “estrita” e “ampla”; a interpretação de “disposições excepcionais” 121

V - SOBRE A INTERPRETAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO 123

VI - MÉTODOS DE DESENVOLVIMENTO JUDICIAL DO DIREITO ... 125

- 1) O desenvolvimento judicial do direito como continuação da interpretação 125
- 2) A integração das lacunas da lei (desenvolvimento do Direito imanente à lei). Conceito e espécies de lacunas da lei 127
- 3) A integração de lacunas “patentes”, em especial por analogia 131
- 4) A integração de lacunas “ocultas”, em especial por redução teleológica 134
- 5) Outros casos de correção teleologicamente fundamentada do texto legal 135
- 6) Constatação de lacunas e integração de lacunas 135
- 7) A solução de colisões de princípios e normas mediante a “ponderação de bens” 136
- 8) O desenvolvimento do direito de acordo com a natureza das coisas 138
- 9) Desenvolvimento do direito de acordo com um princípio ético-jurídico 140
- 10) A formação do conceito e do sistema na jurisprudência. O sistema “externo” ou conceptual-abstrato. Tarefa e possibilidades de formação jurídica do sistema 142
- 11) O conceito abstrato e o sistema “externo” por seu intermédio articulado . 143
- 12) A “construção jurídica como instrumento de concretização”. 145
- 13) Tipos e séries de tipos. O “tipo” como forma de pensamento em geral 145
- 14) A importância do tipo na ciência do Direito 146
- 15) O sistema “interno”. A importância dos princípios jurídicos para a formação do sistema 148
- 16) O caráter “aberto” e fragmentário do sistema “interno” 150

UMA EXPLICAÇÃO NECESSÁRIA

Esta é uma resenha de parte – Capítulo V da parte histórico-sistemática e toda a parte sistemática – da 3ª. edição da Metodologia da Ciência do Direito, de Karl Larenz, editada em 1997, pela Fundação Calouste Gulbenkian.

Ela veio sendo elaborada durante cinco anos em que seis leituras foram realizadas. Não se destinava à leitura de terceiros – era apenas um guia pessoal para uso no dia-a-dia da judicatura.

Por solicitação de amigos, dentre eles o Desembargador Federal André Fontes, que tiveram acesso a esta resenha, acedi à feitura de algumas cópias, que receberam sugestões que logo foram acolhidas e obscuridades foram devidamente aclaradas.

Durante estes anos em que elaborei a resenha entendi prudente a leitura de algumas obras disponíveis do autor, para melhor conhecer seu pensamento. Assim, não só o seu saboroso Derecho Justo, editado pela Civitas, em 1985, mas ainda o Derecho Civil, Parte General e Derecho de Obligaciones, ambos editados pela Editorial Revista de Derecho Privado, respectivamente editadas em 1978 e 1958, foram objeto da nossa atenção.

Não menos importantes para a compreensão do denso pensamento de Larenz foram o Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito de Claus Wilhelm Canaris, a Introdução ao Pensamento Jurídico de Karl Engisch e a Tópica e Jurisprudência de Theodor Viehweg.

A legislação que utilizei para a elaboração do trabalho foram o Código Civil Alemão traduzido por Souza Diniz em 1960 pela Distribuidora Record Editora, o Código Penal Alemão, traduzido por Lauro de Almeida editado pela Editora da Universidade de São Paulo e a versão (em francês) da Constituição Alemã disponível no site www.planalto.gov.br

Sob o aspecto da metodologia do trabalho científico valide os ensinamentos sobre a técnica da recensão constantes da obra de Delcio Vieira Salomon como fazer uma monografia, págs. 165/178, 6ª. edição, Belo Horizonte, Interlivros, 1979.

A digitação, durante estes anos, decifrando meus manuscritos em coine foi de Andréa H.B.Vianna Araújo e a revisão minuciosa foi realizada com paciência búdica por Maria da Glória Graça Mello Cortes. Bia Madureira, como sempre, firme no timão da 17ª. Vara Federal. A elas meu eterno reconhecimento.

Não fosse o amor pela magistratura, o grande incentivo dos amigos e o apoio de minhas queridas auxiliares, este momento não seria possível.

PARTE HISTÓRICO-CRÍTICA (CAPÍTULO V)

SUMÁRIO

I - A discussão metodológica atual. II - Parte sistemática. III - Estrutura lógica e partes integrantes da proposição jurídica. IV - Intenção reguladora, fins e idéias normativas do legislador histórico. V – Sobre a interpretação da Constituição VI - Métodos de desenvolvimento judicial do direito.

I - A DISCUSSÃO METODOLÓGICA ATUAL

1) DA JURISPRUDÊNCIA DOS INTERESSES À JURISPRUDÊNCIA DA VALORAÇÃO

No início do séc. XX, a “jurisprudência dos interesses” ressentiu-se da aplicação equívoca da expressão “interesse”, ora entendida como fator causal da motivação do legislador, ora como objeto das valorações por ele empreendidas e, ainda, como critério de valoração.

Ponderou-se que seria necessário que o conceito de interesse fosse circunscrito à pretensão das partes numa lide e distingui-lo dos critérios legais de valoração.

Tais critérios seriam decorrência da idéia de justiça inferidos pelo legislador. Dessa forma, as leis são instrumentos de regulação de conflitos de interesses previsíveis e típicos entre particulares ou grupos sociais, de tal modo que um interesse tenha que ceder a outro na medida em que um deles possa prevalecer.

Tal “prevalência” consubstancia uma valoração, posto que o legislador para além de valorar interesse individuais ou de grupos, também leva em conta pontos de vista de valoração, por exemplo: exigências do tráfego e a necessidade de segurança jurídica.

O modo pelo qual valora interesses e necessidades nos respectivos meios de regulação e o modo pelo qual dá preponderância a qualquer um deles se funda e decorre da legislação encontrada e dos participantes do processo legislativo.

As valorações do legislador permitem extrair resultados para a interpretação da lei e para a solução de casos não diretamente regulados, através da analogia à luz de critérios de valoração.

Tal concepção corresponde a uma "jurisprudência de valoração". Em muito casos o Juiz não pode decidir unicamente com base na lei ou nas valorações do legislador.

Em outros casos a lei se utiliza de conceitos indeterminados ou de cláusulas gerais. Aqui apresenta-se ao Juiz, no caso concreto, um quadro geral em que terá de preencher mediante uma valoração adicional.

O mesmo ocorre quando novas questões aparecem e o legislador sobre elas ainda não se posicionou, ou quando desaparecem os pressupostos de que partiu o legislador para efetuar sua valoração, ou ainda, quando normas colidem entre si, sem que seja possível saber a qual atribuiria o legislador prevalência (Código de Ética Médica: falar a verdade ao paciente/ possibilidade de que com a verdade piore o estado de saúde).

O problema se complica quando a mera subsunção se torna insuficiente, sendo necessário um juízo de valor para qualificar a própria situação de fato de determinado modo, de acordo com a previsão legal.

Em inúmeros casos, e não apenas "nos casos de fronteira", entra no lugar da valoração do legislador a valoração pessoal do Juiz, a qual se subtrai a comprovação de acordo com um critério objetivo.

A subsunção requer em muitos casos que a norma à qual a situação de fato deva ser subsumida seja interpretada, i.e., que seja estabelecido o seu sentido preciso e determinante.

A interpretação da lei exige a constatação dos fatos, a constatação do texto e de toda e qualquer circunstância que possa vir a contribuir para a interpretação.

Exige, ainda, a interpretação a observância das regras da lógica. Uma interpretação que não seja conforme às regras da lógica é incorreta.

O que é específico na interpretação, i.e., o apreender o sentido ou o significado de um termo ou de uma proposição no contexto de uma cadeia de regulação, vai além, carecendo de considerações de razoabilidade, vez que as constatações empíricas nem sempre são possíveis.

Não é possível dispensar completamente os ingredientes subjetivos, vez que se trata de ponderações que exigem uma ratificação do intelecto, suscetíveis de controle, posto que exigível, tanto quanto possível, uma objetividade no processo de interpretação, objetividade que se deve buscar e obter de acordo com a lei (“corretamente entendida”).

A ciência jurídica trabalha com modos de pensamento como a analogia, comparação de casos, conformação de tipos e concretização de critérios abertos de valoração, que permitem a passagem a uma jurisprudência de valoração, cuja metodologia clarifica a especificidade destes modos de pensamento e a sua relação com os instrumentos tradicionais de pensamento (elaboração de conceitos, construção jurídica, subsunção).

Tal jurisprudência de valoração exige o reconhecimento de valores ou critérios de valores supraleais ou pré-positivos, que subjazem às normas legais e para cuja interpretação e complementação é legítimo lançar mão, pelo menos sob determinadas condições.

Com este propósito, pode-se invocar os valores positivados nos direitos fundamentais, especialmente nos artigos referentes aos direitos fundamentais, permitindo conceber o Direito como algo que tem que ver com a Justiça, com a conduta socioeticamente correta, desaguando na solução justa dos litígios, i.e., na justiça do caso concreto.

Coloca-se a questão de como seria suscetível de fundamentação a afirmação de que tal decisão seria, no caso, a decisão justa. Deparamo-nos com a questão de se os valores e o que é valioso são, em termos gerais, suscetíveis de reconhecimento em sentido racional.

Um caminho para o juízo justo foi proposto pela "tópica", cuja pretensão de aplicabilidade à jurisprudência foi empreendida por Viehweg.

Na "tópica", procede-se a um discurso vinculado ao caso, com tratamento englobante dos problemas emergentes no caso, com o objetivo de um consenso dos interlocutores ou a "aptidão de consenso" da solução proposta em conclusão. Em tal discurso são considerados relevantes os diversos pontos de vista ("topoi") que se mostrem aptos a servir de argumentos pró ou contra a solução ponderada.

O argumento sobre as conseqüências ("o que é que ocorreria caso fosse adotada esta ou aquela solução") desempenha um papel de particular importância. No entanto, a discussão poderia tornar-se infundável, pois que jamais se sabe se novos pontos de vista ("topoi"), que nunca foram considerados, devem ser levados em conta. O Juiz tem que chegar a uma conclusão, colocando-se a questão de como se deve dar como concluído o diálogo.

Se a solução de questões jurídicas deve ser obtida pela via de um processo argumentativo (não necessariamente a "tópica"), então indaga-se quais são os argumentos admissíveis na discussão jurídica, qual o peso relativo que se lhes atribui, qual o valor "posicional" a que tal ou qual argumento pode pretender. Estas questões procuram ser respondidas pela teoria da argumentação jurídica.

Chegam ao contexto desta teoria as questões da interpretação da lei, dos critérios de valoração supralegais, o alcance dos precedentes, o argumento sobre as conseqüências etc.

A passagem a uma jurisprudência de valoração, a crítica ao modelo de subsunção e, por último, a preponderância da Justiça do caso, bem como do procedimento argumentativo, levaram a uma renovada discussão da possibilidade e utilidade da construção do sistema na ciência do Direito.

As normas jurídicas apresentam-se em determinadas cadeias de regulação. Elas têm de se harmonizar entre si de tal modo que se possa evitar a ocorrência de decisões contraditórias.

A atual discussão que se trava hoje na filosofia do Direito relativa ao conceito de Justiça coloca no centro do debate a produção de enunciados racionalmente informados e suscetíveis de fundamentação sobre valores ou princípios éticos.

2) A QUESTÃO DOS CRITÉRIOS DE VALORAÇÃO SUPRALEGAIS

Se a solução de uma lide exige um juízo de valoração, v.g., “negligência grave”, ou uma ponderação de interesses ou bens, importa saber se existem critérios pelos quais possa o Juiz orientar seu julgamento ou se será inevitavelmente inspirado pelo seu sentimento subjetivo ou pela sua opinião.

Zippelius analisou a questão em vista dos direitos fundamentais, os quais são muitas vezes formulados como conceitos que carecem de preenchimento, cuja aplicação requer um juízo de valor.

A bússola das valorações do Juiz estaria nas concepções dominantes de Justiça, baseadas nos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição, exprimindo a convicção da maioria e garantindo um consenso ao máximo abrangente.

Uma vez que o Juiz aplica o Direito em nome dessa comunidade jurídica, só pode ter em conta a ética nela vigente,

que vive nos membros dessa comunidade, conformando-lhes o comportamento e o critério de julgamento.

A noção de que os valores, enquanto conteúdos de consciência, não são idênticos aos atos em que são vivenciados, que os valores são, assim, partilháveis e suscetíveis de complementação mediante processos de pensamento e comunicáveis mediante analogia de ações suscetíveis de comparação ou outras situações.

Não se trata aqui de atos de valoração, que ocorrem uma vez só, mas de valorações.

Os princípios jurídicos fornecem critérios de valoração porque são diretrizes que operam a mediação entre a idéia de Direito (ou os valores jurídicos de escalão superior) e as regulações de direito positivo.

Quanto mais genéricos (vagos) os princípios, mais fundamentais serão, pois não afloram num determinado conteúdo enunciativo, atuando de modo determinante na legislação e na aplicação do direito. Mesmo quando se deixam em aberto várias possibilidades, excluem outras; são mais que meras fórmulas vazias que determinam o trabalho dos juristas em todos os graus.

Sabe-se que as normas jurídicas perseguem sempre determinados fins e, de entre esses, não apenas os do legislador do momento, mas também fins objetivos da ordem jurídica, os quais são reclamados tão somente pela racionalidade intrínseca da ordem jurídica. Entre esses fins existe necessariamente uma hierarquização que não depende da discricionariedade do legislador.

O pensamento teleológico é pensamento a partir de fins; é simultaneamente pensamento a partir do todo que lhe é supraordenado. A interpretação teleológica, incluindo as proposições jurídicas, é, por isso, a evidenciação e desenvolvimento

do sentido e do fim de partes, em relação com um todo pensado, orgânico, quer dizer, funcionalmente estruturado.

Direito justo será um direito positivo que, como um todo, nos seus princípios reitores e na sua concatenação, corresponde, no quadro das relações presentes, à idéia de uma ordem justa. A idéia do direito é, nessa conformidade, a idéia de uma comunidade que efetiva a liberdade de todos de um modo equilibrado.

3) CONTEÚDO DA NORMA E ESTRUTURA DA REALIDADE

O Direito é determinado de um modo profundo no seu conteúdo pelas relações naturais e sociais, que o ordenam, ou com os quais o seu ordenamento se conxiona. Assim, no tocante às condicionantes ontológico-antropológicas e socio-culturais do Direito, fala-se de sua vinculação básica às realidades.

Malgrado isso, há um certo ceticismo sobre a idéia de “natureza das coisas”, na medida em que é nas estruturas da realidade que reside o parâmetro daquilo que verdadeiramente deveria acontecer.

Müller acentua que da estrutura material das relações da vida a serem reguladas se pode inferir conseqüências para a regulação, já que incumbe ao Juiz, justamente, a concretização da norma, a decisão concreta de um problema de regulação.

A “concretização” não significa apenas densificar a norma que é dada, torná-la mais concreta, mas produzir, pela primeira vez, a norma de acordo com a qual o caso é, então, decidido.

Esse conceito designa não a circunscrição de uma dada norma geral ao caso, mas o produzir de uma norma jurídica geral no quadro da resolução de um determinado caso.

A norma está na lei, o “texto da norma”, não é a norma de acordo com a qual o caso vem a final a ser decidido, não é a norma decisória, mas apenas o ponto de partida para a sua

construção, ponto de partida mediante o qual o caso é tratado. A decisão teria de ser, apenas, compatível com o texto da norma; este constituiria a baliza da concretização possível da norma.

A norma não está acabada e aplicável. O seu sentido completa-se apenas e sempre na concretização. Só na argumentação jurídica obtém o texto o seu significado, só aqui é produzida a base decisória da sentença.

A norma a construir é constituída pelo "domínio da norma" e o "programa da norma".

O "domínio da norma" são os fatos que podem estar tematicamente em conexão com a norma em questão, i.e., o setor da realidade da vida que é possivelmente interpelado pela norma.

O "programa da norma" é a "pauta ordenadora" obtida no decurso da interpretação do texto da norma.

A norma, tal como está na lei, "o texto da norma", constitui somente o ponto de partida para a atividade judicial. Seria um erro acreditar que a norma jurídica como base decisória de uma sentença está já dada no texto da norma.

A base decisória de uma sentença não estaria simplesmente no texto da norma, mas teria de ser elaborada em primeira mão pelo Juiz. O que não é a este respeito compreendido é que a aplicação de uma norma não é possível apenas por via de uma simples subsunção.

O sentido da lei não se deixa averiguar sem o sentido e a natureza das situações da vida a julgar. A natureza da relação da vida deve ser vista no sentido ou valor nela imanente, que tem que ser "posto de acordo" com o que é intencionado na lei. Sempre que raciocinamos com base na natureza das coisas, estamos do mesmo modo perante a situação de fato e perante o valor, e experimentamos o entrelaçamento entre ser e dever ser.

A natureza das coisas remete para a forma de pensamento do tipo, pois ele é algo de relativamente concreto. Ao invés do conceito geralmente abstrato, não é definível, mas tão-só explicável, não fechado, mas aberto, interliga, torna conscientes conexões de sentido.

O tipo, no plano do direito, manifesta-se como mediação entre a idéia de direito e a situação da vida, daquilo em torno do que, em última análise, gravita em todo pensamento jurídico: a mediação entre justiça da norma e justiça material. É antecipadamente atribuída ao legislador a tarefa de descrever tipos.

Se o legislador procurar abarcar em conceitos, de modo tanto quanto preciso, as situações típicas da vida, terá, então, a atividade judicial de “arrombar” continuamente estes conceitos, de modo que as realidades da vida possam ser convenientemente ajustadas.

Nisto consiste o processo de realização do direito, com um permanente fechar e abrir e fechar de novo dos conceitos da lei. Uma conceituação sem resíduos dos tipos é inalcançável e, por isso, temos de apreender, no achamento concreto do direito, os tipos intencionados pela lei, as representações do modelo que a ela subjazem.

Existem relações sociais que são típicas, i.e., que se repetem continuamente, de modo análogo, como o casamento e a família, a relação entre pais e filhos, professores e alunos, a propriedade (no sentido não técnico, daquilo que é meu), o contrato, que são, em si, portadoras do seu sentido peculiar e também dos traços fundamentais de uma ordenação – aqui é possível e legítimo remontar à “natureza das coisas”.

A tentativa de abarcar os tipos em definições conceituais fracassa necessariamente. A máxima precisão da linguagem só se deixa alcançar com o preço do máximo esvaziamento de conteúdo e de sentido.

4) A BASE DA SOLUÇÃO JUSTA DO CASO CONCRETO

Um dos termos de que se ocupa a metodologia é de como é possível ao Juiz chegar à solução justa dos casos submetidos a julgamento.

Esser ressaltou que onde quer que a jurisprudência transcenda o quadro legal, sempre observará os pensamentos jurídicos gerais ou os princípios que da lei pode extrair. Tais pensamentos ou princípios são eficazes independentemente da lei. Justificam-se pela natureza das coisas ou do instituto em causa e se constituem numa peça fundamental para cada solução particular que pertença ao mesmo círculo problemático no qual se inserem.

Para ele, os princípios não são inferidos indutivamente a partir da lei "corretamente" entendida (segundo seu conteúdo de sentido imanente), nem por dedução, a partir de um sistema de Direito natural imutavelmente válido, ou de uma hierarquia de valores existentes para si.

Para além da referência à natureza das coisas ou de uma determinada instituição, i.e., a um sentido do ser inscrito nas próprias relações humanas, é preciso pesquisar as zonas pré-positivas dos princípios ético-jurídicos e a convicção geral.

Os princípios formam-se, primeiro, inconscientemente, num longo processo subterrâneo, até que encontram uma formulação convincente positivada no Direito, que permite à prática judicial funcionar como um transformador dos princípios pré-positivos em proposições e instituições jurídicas positivas.

Uma idéia jurídica nova pode achar acolhimento no Direito vigente, entendido este não só com a totalidade das leis, mas como o conjunto das proposições jurídicas e dos princípios de decisão em vigor.

Princípios não são nem proposições jurídicas (normas), nem proposições na acepção da lógica (proposições axiomáticas de que pudessem ser inferidos por dedução racional-concreta proposições de dever).

O princípio jurídico é descoberto no caso concreto; só depois se constitui numa fórmula que sintetiza uma série de pontos de vista, que, nos casos típicos, se revelam adequados.

Se o caso é atípico, ou se sobrevem uma modificação ainda que mínima dos critérios culturais de valor que historicamente deram vida ao princípio, a solução pode vir a ser precisamente a contrária.

Mesmo depois de descoberto o princípio, seu desenvolvimento ulterior na jurisprudência não é simples aplicação, mas um processo de permanente conformação.

Para o princípio adquirir eficácia prática, é preciso ainda uma cunhagem judicial ou legislativa, que o transforme em injunção vinculativa, pois, de regra, ele não contém em si próprio esta injunção, por lhe faltar a determinabilidade dos casos de aplicação, que é característico da proposição jurídica.

O princípio, uma vez descoberto, não propicia uma simples inferência da decisão. Serve apenas como ponto de partida para a formação judicial da norma no caso concreto. A norma não é encontrada de um modo interpretativo a partir de um princípio, mas criada por uma síntese judicial. Só a casuística nos faz saber o que é o Direito. Onde quer que faltem as previsões formuladas por via legislativa, a casuística é, na realidade, fonte do Direito.

Para Esser, a jurisprudência não constitui o Direito vigente apenas onde a lei deixa de se pronunciar, ou onde é cometida ao Juiz a conformação da norma através das cláusulas gerais, normas em branco, ou a remissão a "standards" ("bons costumes" ou "regras do tráfego" ou "o que ordinariamente acontece"), ou

ainda a critérios extra-legais (embora objetivos), de base empírica e densidade variáveis.

Toda aplicação da lei já é uma interpretação e o achamento do Direito não é nunca mero trabalho de subsunção.

Não existe nenhuma distinção de princípio entre interpretação extensiva e preenchimento de lacunas mediante analogia. A interpretação é sempre e já desenvolvimento do Direito. O preenchimento de lacunas e a interpretação integradora não são tarefas acessórias de criação do direito por parte do Juiz, mas coincidem com o caráter reprodutivo geral da interpretação, o qual não é possível sem um quadro, uma representação de princípios, que possibilite a integração daquilo que é díspar num sistema.

Toda interpretação representa uma articulação entre lei escrita e Direito não escrito, que conforma em primeira mão a verdadeira norma positiva (*law in action*). Toda interpretação requer intervenção espiritual ativa e que o seu resultado, o texto entendido em determinado sentido, corporize algo de novo face ao ponto de partida, o texto "tal como se encontra na lei".

Esser subestima o significado do texto e com ele a participação do legislador na *law in action*, ao sublinhar que o que é na verdade o Direito vigente é determinado em primeira mão pela jurisprudência (atividade decisória dos tribunais).

A questão está em saber como é que a jurisprudência se prende com o texto legal. Indaga-o no sentido de achar a solução do caso em conformidade com o estatuído pelo Direito, ou utiliza-o com o objetivo de dar uma solução satisfatoriamente fundamental por outros meios?

Esser afirma que a jurisprudência tem agido de acordo com o segundo modo, considerando-o legítimo. Ressalta que a doutrina dominante (que remonta a Savigny), oferece diversos

critérios de interpretação (literal, sistemático, histórico e teleológico), sem poder dizer, no entanto, a qual se atribui a prevalência nos casos em que conduzam a resultados contraditórios entre si.

Pode, assim, o Juiz dar prevalência ao critério que se revele mais ajustado a legitimar a decisão do caso previamente eleita como a mais justa.

Distingue-se o “achamento” da decisão da “fundamentação” da decisão. Atingida a decisão adequada ao caso concreto (achamento), segue-se a demonstração de sua compatibilização (fundamentação) com o Direito legislado, onde o Juiz utiliza o “método” (histórico etc.) que se demonstrar adequado a este fim.

À fundamentação incumbe a função de controle, quando o Juiz abandona uma solução que a princípio previu, sempre que esta a final não se revele suscetível de fundamentação.

O Juiz chegaria, assim, não à evidência de sua fundamentação, mas ao que seria suscetível de legitimação e conformidade à lei, no caso concreto.

É decisiva a questão de saber-se por que vias encontra o Juiz a decisão que considera justa, quando o trilha da lei só é tomado em consideração numa segunda linha.

Esser trata a questão à luz dos princípios jurídicos não positivados e a pontos de valoração extraleais. Fala de uma incursão em valorações pré-sistemáticas, de consenso de valores, quadros e modelos de regulação pré-jurídicos e de atitudes extra-jurídicas de expectativa e convicção.

Os juízos de valor pré-jurídicos ou pré-positivos condicionam o trabalho dogmático; nenhuma operação intelectual, mesmo elementar, pode ser compreendida sem um tal juízo de valor do Juiz que busca a solução justa de um conflito no caso concreto.

Em relação ao tema da solução justa para o caso concreto, Fikentscher sublinha que a justiça apresenta duas componentes: a justiça eqüitativa e a justiça material.

Na justiça eqüitativa, exige-se tratamento idêntico para o que deve ser identicamente valorado, i.e., a mesma pauta para casos similares.

No caso da justiça material, trata-se de adequação da norma decisória à situação de fato em questão.

É necessário ter-se consciência, porém, que a maior parte das regras que existem na lei não são conformadas de tal modo que permitam a sua aplicação mediante uma mera subsunção, exigindo uma concretização que não se limita às vias de inferência lógica.

Assim, a norma subsumida ao fato não seria na maior parte dos casos a regra patente na lei, mas uma norma que o próprio Juiz constrói, embora sempre com base na regra legal e na perspectiva do caso a ser julgado.

Essa norma de decisão denomina-se "norma do caso" e é através dela que se procede à ordenação da situação de fato carecida de resolução.

Somente em raros casos, como estabelecimento de um prazo ou uma idade, a norma legal coincidirá com a norma do caso.

Em todos os outros casos, a lei não é diretamente aplicada, mas estabelece balizas e fornece referências para o modo como a norma do caso deve ser obtida.

Face ao texto legal, é possível distinguir um limite de sentido literal e um limite de sentido normativo.

Por limite de sentido literal deve-se entender o sentido lingüístico de um texto jurídico, mediante o qual pode ser transmitido um entendimento de enunciados juridicamente relevantes.

Dentro dos quadros do sentido literal, tem o Juiz plena liberdade de produzir normas do caso; tal ocorre na linha do que comumente se denomina interpretação.

Onde o teor literal da lei é passível de diversas interpretações, vale como lei toda a gama de possibilidades de interpretação dentro dos limites do sentido literal.

É possível afirmar que a força vinculativa da lei consiste em que o Juiz, no processo de produção da norma do caso, se atém ao escôpo legislativo, à valoração ínsita na lei, ao sistema de normas e aos esquemas de pensamento – e isto em relação a um dado momento histórico. O que determina o quadro dessa vinculação é o teor literal da lei.

A vinculação à lei (Fikentscher) entende-se como uma indicação valorativamente adequada de como os casos devem ser decididos: a vinculação à norma do caso, em contrapartida, como a possibilidade de subsunção do caso em questão à norma do caso previamente construída.

Uma vez que cada caso é em si distinto de qualquer outro, as normas do caso são impelidas para o domínio dos fatos, para o âmbito da situação de fato a ser subsumida à hipótese abstrata.

O resultado desse processo é a conclusão de que a situação de fato a julgar se encontra dentro do campo de “detecção da norma”, i.e., seu âmbito legal de aplicação.

5) TÓPICA E PROCEDIMENTO ARGUMENTATIVO

Os Tribunais devem decidir de modo justo e se a aplicação da lei (via subsunção) não oferecer tal garantia é natural que se busque tal resultado mesmo sem apoio numa norma legal.

Esse processo se apresenta como um tratamento circular, que aborde o problema a partir dos mais diversos ângulos e que traga à colação todos os pontos de vista (legais ou extrajurídicos) que possam ter algum relevo para a solução ordenada à Justiça, com o objetivo de estabelecer um consenso entre os intervenientes.

Para Viehweg, a jurisprudência só conseguiria cumprir a sua verdadeira missão, i.e., o responder à questão de se saber o que é justo em cada caso, aqui e agora, se procedesse topicamente.

Define-a como um processo especial de tratamento de problemas, que se caracteriza pelo emprego de certos pontos de vista, questões e argumentos gerais, considerados pertinentes – os tópicos. Estes são pontos de vista utilizáveis em múltiplas instâncias, com validade geral, que servem para a ponderação dos prós e dos contras das opiniões e podem conduzir-nos ao que é verdadeiro. Empregam-se para pôr em marcha a discussão de um problema e abordá-lo, por assim dizer, de vários lados, bem como para descobrir o contexto inteligível, sempre anterior ao problema, em que este tem lugar.

Enquanto o pensamento dedutivo-sistemático procura apreender este contexto inteligível como um sistema omnicomprensivo, como uma rede de deduções lógicas, o pensamento tópico não abandona o terreno definido pelo próprio problema, insiste sempre no problema e regressa sempre ao problema.

O pensamento tópico não leva a um sistema (total), mas a uma pluralidade de sistemas, sem demonstrar a sua compatibilidade a partir de um sistema total. Tem o seu centro no problema concreto, não num contexto problemático ou material mais amplo, que simplesmente aflorasse no problema concreto.

Viehweg distingue a tópica em dois níveis:

O primeiro e mais rudimentar lança mão de pontos de vista mais ou menos casuais, escolhidos arbitrariamente e que

são aplicados ao problema. Assim se procede quase sempre na vida quotidiana.

No segundo nível, os pontos de vista são objeto de pesquisa e depois coligidos em catálogos de tópicos, que se afiguram adequados a certos tipos de problemas. Os tópicos têm seu sentido sempre a partir do problema, a cuja elucidação se destinam, e têm de ser entendidos como possibilidades de orientação ou cânones do pensamento.

Os tópicos jurídicos são os argumentos utilizados na solução de problemas jurídicos e que podem contar neste domínio com concordância geral (*consensus omnium*).

Larenz afirma que tópico é toda e qualquer idéia ou ponto de vista que possa desempenhar algum papel nas análises jurídicas, sejam estas de que espécie forem.

Note-se que a obrigação de fundamentação da sentença torna necessário um processo intelectual ordenado, em que cada argumento obtenha seu lugar respectivo, processo que conduz a um silogismo.

O jurista tem, de fato (tal como o legislador) de ponderar os problemas de uma controvérsia, quais as conseqüências que a estatuição ou não estatuição dos conjuntos de normas como norma reguladora acarretariam, mas tem a esse propósito de respeitar o conjunto das opções do legislativo.

O Juiz, de regra, não alcança a decisão que busca e que pretende seja justa mediante um aproveitamento, sempre controvertido, de princípios últimos e altamente genéricos, mas mediante um procedimento passo a passo, em que procura assegurar o sentido correto das regras legais em questão, que também devem ser entendidas de forma que nelas aflore a intenção de Justiça.

Onde a lei não dê outro amparo ao Juiz no achamento de uma decisão, que deve ser reconhecida como materialmente justa,

ela terá ainda a possibilidade de um desenvolvimento do Direito para além da lei, que deverá fundamentar materialmente, advindo para o Juiz uma grande responsabilidade por sua decisão.

A idéia que se tornou familiar aos juristas, devido a Viehweg, de que a solução de um problema jurídico decorreria não de um processo consistindo em deduções lógicas, mas por meio de uma problematização global de argumentos pertinentes, conduziu a uma crescente familiarização com os pressupostos e as regras da argumentação jurídica.

Trata-se tanto da estrutura lógica da argumentação (especialmente a possibilidade de uma fundamentação de juízos de valor), de regras de argumentação, como de argumentos jurídicos específicos.

Argumentar significa fornecer fundamentos, que permitam a uma afirmação apresentar-se como justificada, pertinente ou, pelo menos, discutível. Para atingirem este fim, os fundamentos têm de ser de tal modo que convençam os participantes na discussão, cuja existência se pressupõe, e que permitam suplantarem os contra-argumentos por eles aduzidos.

Por outro lado, uma metodologia é concebida mais para o problema de uma pesquisa juscientífica, de um parecer, ou mesmo da fundamentação de um julgamento. Aqui não se trata apenas do argumento mais forte, mas de um processo ordenado de pensamento, que possa afiançar que pontos de vista essenciais não foram deixados fora de consideração.

Na teoria da argumentação jurídica, Alexy sublinha que o discurso jurídico é um caso particular do discurso prático geral. O que o discurso jurídico e o discurso prático geral têm de comum é que em ambos se impõe, com a afirmação de um determinado enunciado entendido como normativo, uma pretensão à justeza desse enunciado.

Em última instância, são os fundamentos racionais que deverão decidir qual o peso que se deve atribuir em cada caso a cada forma de argumento particular.

As modalidades de interpretação (cânones) não constituem garantia de que o único resultado correto seja alcançado com uma segurança razoavelmente grande, mas são, entretanto, mais do que meros instrumentos de uma legitimação de uma decisão achada e fundamentada de um outro modo. São fórmulas a que uma argumentação jurídica tem de recorrer, quando pretende satisfazer a pretensão de justiça que nela se suscita e que, diferentemente do discurso prático geral, se prende muito particularmente com a vinculação à lei.

6) A VINCULAÇÃO À LEI E O MODELO SUBSUNTIVO

O processo de uma dedução da maior parte das decisões a partir da lei por meio de uma subsunção lógica (da situação de fato sob a previsão de uma norma legal) ou é geralmente inadequado, ou então só lhe reconhecem um significado mínimo.

A mais recente metodologia reconhece aos tribunais uma grande participação na conformação e desenvolvimento do direito no seu processo de aplicação, *a law in action*, o que é condizente com a constatação de qualquer um de que, por exemplo, para se informar sobre o direito das obrigações atual, não bastaria contar só com o Código Civil.

A fundamentação tem a função, na decisão do Juiz, de comprovar que a resolução está em conformidade com a lei. O jurista não deve emprestar aos termos legais um qualquer significado, mas deve achar o conteúdo semântico da lei em ligação com a lei e com o legislador.

Na subsunção, trata-se de superar o hiato lingüístico entre a previsão legal, na maior parte das vezes descrita em termos muito gerais, e o recorte mais forte da situação de fato, que sublinha os traços específicos da situação de fato ser julgador.

O resultado da interpretação forma a premissa maior de um silogismo, cuja premissa menor é a constatação de que certo fato apresenta certas características. A conclusão é formada pelo enunciado de que o agente era aquele que realizou o fato.

Um tal engrenar de inferências, cujas premissas são o texto da lei e a determinação conceitual mais em pormenor, obtida com a sua interpretação e a descrição da situação de fato, caracteriza o modelo dedutivo de fundamentação e o torna atrativo pela impressão de ser uma seqüência de pensamentos rigorosa, conforme a lógica.

II - PARTE SISTEMÁTICA

Os modos de manifestação do Direito e as ciências correspondentes.

O Direito é um fenômeno complexo, que se manifesta em distintos planos do ser e em diferentes contextos. Apresenta uma estreita relação com a existência social do homem; é um conjunto de regras às quais os homens se conformam e ordenam entre si condutas, que podem ser avaliadas de acordo com as referidas regras.

O Direito é condição das formas mais desenvolvidas de sociabilidade, possibilitando a prevenção de conflitos ou a sua solução pacífica. Tais objetivos são obtidos pelas vias jurisdicionais e suas possibilidades de execução prática.

Surge o Direito como fenômeno social, quando questionamos seu papel nos processos sociais, as condições de um surgimento e vigência na sociedade, da sua eficácia, sobre o seu “poder” ou “impotência”. Nessa perspectiva, é objeto da Sociologia do Direito.

A noção de Direito sugere uma pauta pela qual devemos orientar nossa conduta traduzida na idéia de vinculatividade (injuntividade/imperatividade). A imperatividade não é o mesmo que sua eficácia.

Quando o Direito tem de ceder perante o “não Direito”, não se despoja (com a perda da eficácia) da sua pretensão de validade.

A própria expressão “regra de conduta” é ambivalente. Pode significar modo de conduta reiterado (uniformidade) ou

uma norma no sentido de uma pauta vinculante, de uma exigência de conduta que se apresenta com a pretensão de vinculatividade. Ambas podem ser regras de direito. No primeiro caso, atribuímos eficácia no plano dos fatos e no segundo caso, o sentido de uma norma, e assim, a pretensão de vinculatividade (sentido normativo). A jurisprudência (dogmática jurídica) ocupa-se do Direito como um fenômeno pertinente à esfera normativa.

Há outro aspecto quando o Direito se apresenta como fenômeno histórico. O homem é um ser histórico e o Direito também apresenta a estrutura temporal da historicidade, mantendo-se durante algum tempo, num processo contínuo de adaptação às variedades do tempo histórico, que tem a marca do homem. Compreender o Direito do presente implica em ter em vista o seu "tornar-se" (alteração) histórico, bem como sua abertura face ao futuro. A persistência do passado no Direito, historicamente – que se altera e é alterado – é o tema da história do Direito.

A Sociologia do Direito, a jurisprudência e a história desfrutam de uma justaposição geradora de nexos de relação e toda norma jurídica pertence à realidade na qual foi concebida, bem como à realidade em face da qual deve operar.

O jurista tem que atender aos fatos sociais a que se refere uma norma e tomá-los em conta quando a interpreta.

As soluções de um ordenamento são, em geral, respostas a problemas jurídicos gerais que possuem posicionamento comparável na maioria dos ordenamentos jurídicos.

A jurisprudência considera o Direito positivo como uma tentativa de transformar os pontos de uma coexistência pacífica e de solução de conflitos em normas e decisões ponderadas; entrevedo tais pontos nos princípios diretores do direito vigente, alcança um certo distanciamento das regras e decisões particulares, permitindo a crítica (crítica imanente).

O jurista deve obter dados necessários e o material de experiência das ciências que em cada caso sejam competentes.

A missão do jurista é preocupar-se com a salvaguarda dos princípios do Estado de Direito, bem como evitar contradições de valoração indesejáveis ou que conduzam a efeitos subseqüentes gravosos em outros domínios jurídicos.

1) A JURISPRUDÊNCIA COMO CIÊNCIA NORMATIVA. LINGUAGEM DOS ENUNCIADOS NORMATIVOS

Caracteriza-se a jurisprudência (dogmática) como a ciência sobre o direito que dela se ocupa antes de tudo sob o seu aspecto normativo, i.e., que se ocupa do sentido das normas. Trata-se nela da validade normativa e do conteúdo de sentido das normas do Direito positivo, incluindo as máximas de decisão contidas nas sentenças judiciais.

A jurisprudência se vê como ciência normativa, como um sistema de enunciados sobre o Direito vigente. Seus enunciados têm influência sobre o conteúdo daquilo a que se referem, i.e., das normas jurídicas. Devemos perguntar o que significa dizer que a jurisprudência produz enunciados sobre o "Direito vigente".

Validade normativa significa a pretensão de conformação ou vinculatividade de uma exigência de conduta ou de uma pauta pela qual a conduta humana haja de ser medida. Tem de distinguir-se da vigência fática de uma norma, que deve entender-se como sendo a sua eficácia ou possibilidade de conseguir impor-se.

Se um jurista pergunta se uma lei é válida não quer saber se é observada, mas se a pretensão de validade que enquanto norma lhe é natural se encontra justificada, de acordo com os preceitos constitucionais relativos à produção legislativa de normas.

Para comprovar sua validade, compara a norma com outras normas. A esta espécie de normas pertencem não só as normas constitucionais sobre competência legislativa, mas também todas as normas que limitam a liberdade do legislador no que toca à conformação do conteúdo das suas normas, já que estas normas, os direitos fundamentais, vinculam também o legislador como direito imediatamente aplicável, segundo a lei fundamental (Constituição Federal).

A vinculação do legislador ordinário aos princípios do Estado de Direito e aos direitos fundamentais estabelecidos na Constituição, confere à atividade decisória judicial e à dogmática, uma importância considerável em relação ao legislador.

Os enunciados sobre a validade e o conteúdo (conteúdo de sentido) das normas jurídicas não são enunciados sobre fatos passíveis de comprovação experimental.

A atividade do jurista se inicia quando se perquire se o ato e seu conteúdo (lei aprovada mediante o fato do processo legislativo de votação) satisfazem todas as condições estabelecidas na Constituição, para que uma lei seja válida.

A resposta a esta questão (afirmativa ou não) não é o resultado de uma observação fática, mas o de uma comprovação normativa, na qual o sentido do ato há de ser avaliado em face das normas competentes para o efeito (pressupostos como válidos) e, com base nelas, julgado e avaliado. O mesmo ocorre no contrato.

As manifestações verbais ou escritas, podem ser objeto de prova no processo. O que nelas é juridicamente relevante é o sentido intencionado pelas partes: elas expressam que se vinculam ao que foi acordado, que querem fazê-lo valer. Se as declarações têm esse sentido, é para o jurista uma questão de interpretação das declarações. Se a resposta é afirmativa, o jurista confronta o contrato com a lei, aferindo os pressupostos de validade do

contrato (capacidade, forma). Aqui, novamente, de um lado, trata-se do sentido interpretado do evento; por outro lado, do sentido de determinadas normas que lhe são aplicáveis e, por fim, se o evento assim considerado é conforme a norma. Mesmo quando os eventos do mundo exterior levam a colocar uma questão jurídica, trata-se sempre em definitivo do seu sentido jurídico.

Os pontos relativos ao sentido não podem ser respondidos nem mediante observação experimental, nem mediante medição ou quantificação, porque não se está no campo das ciências naturais.

Os processos sociais não têm seu curso em vias de sentido único, comprováveis de modo experimental, mas estão em interação com muitos outros.

Nas ciências sociais trata-se de questão sobre o que ocorre ou ocorrerá (o fático). Mas no fático que elas indagam, baseiam-se relações de sentido de teor diverso, dentre as quais as relações normativas. A jurisprudência recorta as relações normativas de sentido do Direito enquanto tal e as converte no tema da sua indagação (as relações normativas compõem a base fática para relações de sentido).

Existem modos de abordagem para apreensão de conexões entre fatos ou dirigidos ao sentido normativo, sendo relevante a distinção entre validade “factual” e “normativa” e a correspondente ambivalência do termo “regra”. O significado de “dever ser” e “justificação” não pode ser traduzido na linguagem que se refere ao domínio dos fatos. Tais expressões têm o caráter de termos-chave, mediante os quais se constitui uma esfera de sentido particular. Isto vale para, *vg.*, o “direito subjetivo”, para a titularidade. Se na linguagem que se refere ao domínio dos fatos se define direito subjetivo, seja como “poder de vontade”, como “relação de poder juridicamente protegido”, está-se desse modo a assinalar o seu efeito na esfera social. O sentido normativo (o

que cabe a cada um) não é evocado. O sociólogo opera com um conceito de contrato que tem em vista a eventualidade da sua ruptura e possível sanção. Descreve sua vigência fática mas não sua validade normativa.

As palavras podem significar coisas diferentes quando usadas em conexão com um enunciado sobre o normativo ou sobre o fático, *vg.*, legitimidade e legitimação.

A questão de se uma decisão do legislador, juiz ou órgão administrativo está justificada no sentido do Direito natural ou, pelo menos, do Direito positivo, não é idêntica à questão relativa a se os destinatários estão dispostos a aceitá-la ou não.

O significado de uma palavra não é uma propriedade estável, mas resulta em cada caso do seu uso em um determinado "jogo-de-linguagem". Para interpretar devo saber antes "que papel deve desempenhar realmente a palavra na linguagem". Pode-se dizer, *vg.*, que a validade em sentido normativo exprime a efetividade da norma em sentido sociológico, mas não se podem interdefinir ambos os termos.

Não se pode definir o dever ser – a vinculação do devedor à prestação e o poder de exigir do credor – mediante expressões do domínio do fático, como expectativa (de uma sanção) ou poder (mediante imposição), mesmo quando ambas as dimensões aparecem interligadas, uma vez que uma e outra não querem dizer a mesma coisa. É preciso ter em conta em que sentido é que se usa um termo, para que não se saia de modo inconsciente de um jogo de linguagem para outro, o que significa sempre uma confusão de conceitos.

Um jogo de linguagem é o modo especial como (dentro de determinada linguagem) se fala de determinado setor de coisas ou âmbito de experiência (técnica, arte, Direito). Numa linguagem fala-se sempre sobre algo. A compreensão por intermédio da linguagem é compreensão de uma coisa que é trazida à linguagem.

A coisa de que se fala na linguagem normativa da jurisprudência é a “coisa direito”.

O Direito vigente se oferece em normas jurídicas, de regra, escritas, que envolvem pretensão de validade, em decisões jurídicas ou em máximas de decisão que nelas se contêm. Isto que lhe é “dado” é o que ela pretende “compreender”. Pretende reconhecer e enunciar o que isto quer dizer, para além do que diz o sentido literal imediatamente compreensível.

2) A JURISPRUDÊNCIA COMO CIÊNCIA “COMPREENSIVA”. CONHECER MEDIANTE O INTERPRETAR.

Na jurisprudência, trata-se de compreender para além da compreensão de expressões lingüísticas, do sentido normativo que a elas corresponde. A compreensão de expressões ocorre de modo reflexivo, mediante o interpretar (compreender é sempre interpretar). É sempre pressuposta a mediação da percepção sensorial (do fonema ou dos signos escritos).

A conversação imediata do dia-a-dia tem a estrutura circular de todo o compreender e é irreflexiva, porque para quem ouve e compreende não é problemático o sentido do discurso, não se lhe torna presente a possibilidade de diferentes interpretações – se for este o caso, o sentido levado em conta, ou então o sentido havido como “pertinente”, converte-se em objeto de reflexão e, com isso, de “interpretação”. Interpretar é uma atividade de mediação pela qual o intérprete compreende o sentido de um texto, que se lhe tenha deparado como problemático.

Na atividade de mediação, o intérprete tem presente os diferentes significados possíveis de um termo ou de uma seqüência de palavras e pergunta-se sobre qual é aqui o significado correto.

Interroga o contexto textual, seu conhecimento do objeto

de que no texto se trata, examina a situação que deu origem ao texto ou ao seu discurso, bem como outras circunstâncias "hermeneuticamente relevantes", que possam ser consideradas como indícios relativamente ao significado procurado. A conclusão não é logicamente vinculante, mas uma opção devidamente fundamentada, entre diferentes possibilidades de interpretação. "Interpretar" um texto quer dizer, portanto, decidir-se por uma entre muitas possíveis interpretações, com base em considerações que fazem aparecer tal interpretação como a "correta".

A jurisprudência é uma ciência porque problematiza por princípio textos jurídicos, quer dizer, questiona-os em relação com as diferentes possibilidades de interpretação. Os textos são problematizáveis deste modo porque estão redigidos em linguagem corrente, ou então numa linguagem especializada a eles apropriada, cujas expressões (com ressalva de números, nomes próprios e determinados termos técnicos) apresentam uma margem de variabilidade de significação que torna possível inúmeros cambiantes de significação.

É na progressão de tais cambiantes que se estriba a riqueza expressiva da linguagem e a sua susceptibilidade de adequação a cada situação. Seria um erro aceitar-se que os textos jurídicos só carecem de interpretação quando surgem como particularmente "obscuros", "pouco claros" ou "contraditórios"; ao contrário, todos os textos jurídicos são susceptíveis e carecem de interpretação.

As sentenças (assim como as leis e os contratos) também carecem de interpretação. As diretrizes das decisões não são normas vinculativas. Devem ser entendidas com base no pano de fundo das conexões de fundamentação patentes nas decisões e da situação de fato, para medir o seu alcance. A mera reprodução de decisões não é ainda jurisprudência; toda elaboração jurídica de decisões começa, porém, com a sua interpretação; subseqüentemente, a jurisprudência ordena-as em novas conexões de sentido.

A questão de saber quando é que uma interpretação pode ser considerada como “pertinente”, depende do objetivo segundo o qual um texto deve ser interpretado. Na vida quotidiana é o caso de constatar a opinião do autor de um discurso, de uma carta ou de compreender melhor o texto, com a ajuda do texto. É o caso das explicações sobre objetos técnicos, e instruções de uso, de livros técnicos ou de noticiários da imprensa. A opinião do autor interessa aqui apenas na medida em que pode contribuir para a compreensão da coisa.

Ao contrário, ela constitui mera interpretação, vg, nos testemunhos literários, nas manifestações de posição pessoal. Conforme seja o objetivo da interpretação, serão umas ou outras as circunstâncias “hermeneuticamente relevantes”.

Se se trata da opinião do autor deve-se levar em conta o motivo da declaração, a situação do locutor, sua relação com o receptor da carta, seu modo peculiar de expressão, propensão de ocultar sua opinião, exagerar determinados termos etc.

Se se trata, ao invés, da coisa exposta, são importantes as informações posteriores a respeito dela.

A linha de interpretação dos textos jurídicos é uma questão fundamental da metodologia e se constitui numa distinção significativa, sempre que nesses textos se trate de leis, decisões judiciais ou negócios jurídicos.

3) A IMPORTÂNCIA DA “PRÉ-COMPREENSÃO” E A ESTRUTURA CIRCULAR DO ATO DE COMPREENDER - O DISCURSO E SEU VALOR SEMÂNTICO

A interpretação de um texto não só tem que ver com o sentido de cada uma das palavras, mas com o de uma seqüência de palavras e frases que expressam um contínuo nexos de idéias.

O sentido contínuo resulta da compreensão de cada uma das palavras e frases, conquanto o significado de cada uma não esteja fixado na linguagem geral, de tal modo que possa vir a ser usado sempre exatamente na mesma acepção. Ao contrário, o significado da palavra resulta do seu posicionamento na frase, bem como da conexão total de sentido dentro do qual ela surja no discurso ou no texto (são relevantes os aspectos da semântica e da sintaxe).

Resulta daí uma especificidade do processo de compreender denominado "círculo hermenêutico": uma vez que o significado das palavras em cada caso só pode inferir-se da conexão de sentido do texto e este, por sua vez, em última análise, apenas do significado das palavras que o formam e da combinação de palavras, então terá o intérprete de, em relação a cada palavra, tomar em perspectiva previamente o sentido da frase por ele esperado e o sentido do texto no seu conjunto. A partir daí, sempre que surjam dúvidas, retroceder ao significado da palavra primeiramente aceite e, conforme o caso, retificar este ou sua ulterior compreensão do texto, tanto quanto seja preciso, de modo a resultar uma concordância sem falhas. Para isso, lançará mão, para controle e auxiliares interpretativos, das "circunstâncias hermeneuticamente relevantes".

A imagem do "círculo" não será adequada senão na medida em que não se trata de que o movimento circular do compreender retorne pura e simplesmente ao seu ponto de partida (então tratar-se-ia de uma tautologia), mas de que eleva a um novo estágio a compreensão do texto. Se o significado de uma palavra aceite em primeira mão pelo intérprete não se adequar ao nexo do sentido do texto, tal como este se vem a revelar ao intérprete no decurso do processo interpretativo, então o intérprete terá que retificar sua suposição original; se os possíveis (imagináveis) significados da palavra revelam uma conexão de sentido diversa daquela que inicialmente o intérprete tenha conjecturado, este retifica a sua conjectura.

Mesmo no caso em que se confirme plenamente a conjectura inicial de sentido, o intérprete já não estará situado no mesmo ponto, já que sua mera suposição ou idéia se converte em certeza. A conjectura de sentido (o pré-conceito) tem o caráter de uma hipótese, que vem a ser confirmada mediante uma interpretação conseguida.

O processo do compreender não tem apenas uma direção linear, como uma demonstração matemática, mas em passos alternados, que tem por objetivo esclarecimento recíproco de um mediante o outro (e, por este meio, uma abordagem com o objetivo de uma ampla segurança).

Este modo de pensamento não só se manifesta no propósito da interpretação de textos, de acordo com a conexão de significado e da *ratio legis*, mas também no processo de aplicação da norma a uma determinada situação fática. Fala-se de um “ir e vir de perspectiva”, entre o elemento de previsão da norma e a situação fática. E manifesta-se com nitidez a propósito da concretização de pontos de valoração carentes de preenchimento em relação a casos típicos e a grupos de casos.

No início do processo do compreender existe, por regra, uma conjectura de sentido. O intérprete está munido de uma “pré-compreensão”; esta se refere à coisa de que o texto trata e à linguagem em que se fala dela.

O texto traz algo à linguagem; só fala àquele que já compreende tão amplamente a sua linguagem e a coisa de que ele fala, que tem o acesso franqueado àquilo que o texto diz.

A base comum que estabelece a ligação do texto com o intérprete e que permite a este o acesso àquilo que o texto diz é a linguagem e, para além dela, a cadeia de tradição em que ambos se inserem. Trata-se da compreensão de textos transmitidos, de testemunhos lingüísticos, ou quaisquer outros do passado. A

cadeia de tradição, onde as leis, decisões judiciais e conhecimentos dogmáticos estão inclusos, constitui o pano de fundo de toda a interpretação jurídica (histórica, sistemática ou teleológica), conglobante, enfim, posto que não há, aqui, uma hierarquia, apenas eventual preponderância.

A pré-compreensão não se refere só à "coisa direito", à linguagem, à cadeia de tradição, às decisões judiciais e aos argumentos habituais, mas também aos contextos sociais, às situações de interesses e às estruturas das relações da vida a que se referem as normas jurídicas (o domínio da norma) vg – na locação é necessário dimensionar o "posicionamento de interesses", onde o locatário tem a necessidade de alojamento e a proteção contra a usura, e o locador o direito ao investimento de capital em habitação que o compense de modo satisfatório. São situações fáticas relevantes para a pré-compreensão.

A "pré-compreensão" permite ao juiz uma determinada conjectura de sentido face seu entendimento da norma e da solução a encontrar, como também constrói para si uma "convicção de justeza" com base nas suas pré-compreensões alcançadas graças a uma "atuação eficaz sobre as possibilidades de evidência na valoração pré-dogmática", antes mesmo de começar com a obrigatória interpretação da lei ou com considerações dogmáticas. Estas servem de "controle de concordância" para comprovação da compatibilidade da solução já encontrada com o sistema do Direito positivo.

O termo "pré-compreensão" usa-se hoje em um sentido distinto do da hermenêutica. Pretende-se referir não a um entendimento, mas a parcialidade daquele que raciocina com pré-juízos, que dimanam de seu seio social, da sua origem e formação e determinam o seu ato de julgar. Ninguém é imune a eles, porém não se constituem em barreira absoluta e intransponível. Sua

superação é possível mediante um processo permanente de auto-exame e a preocupação constante com a “questão em si mesma”.

O pré-juízo, neste sentido negativo, como barreira ao conhecimento que se transpõe com a preocupação pela questão, não deve ser confundido com a “pré-compreensão” no sentido da hermenêutica, como uma condição (positiva) da possibilidade de compreender a questão de que se trata.

4) INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DAS NORMAS COMO PROCESSO DIALÉTICO

As normas jurídicas são interpretadas para serem “aplicadas” a casos concretos. A maior parte das situações fáticas são complexas. No começo está o texto da lei, e no final, entretecida em torno do texto, uma teia de interpretações, restrições e complementações, que regula a sua “aplicação” no caso singular e que transmudou seu conteúdo.

A “aplicação” é um momento inerente a todo o “compreender”. No compreender tem lugar sempre algo de semelhante a uma aplicação do texto, que haja de se compreender, à situação presente do intérprete. A aplicação é um elemento tão integrante do processo hermenêutico como o compreender ou o interpretar.

O conhecimento histórico só pode ter lugar em cada caso, o passado é visto na sua continuidade com o presente, e é isso que o jurista faz na sua tarefa prática normativa.

O problema fundamental para quem aplica a norma não é a distância temporal, mas a distância entre a necessária generalidade da norma e a singularidade de cada caso concreto. Mediá-la é tarefa de “concretização” da norma.

A junção de bitola da norma (que requer a sua aplicação uniforme) e a necessidade, que ocorre constantemente de interpretação (ulterior), bem como, por fim, a "retroação" da interpretação e da concretização, uma vez conseguidas, em relação a uma ulterior aplicação da norma, tem de ser tomadas em conta, se se quiser que o processo (dialético, de acordo com sua estrutura) de aplicação do Direito não venha a ser considerado unilateralmente, e nestes termos, de modo incorreto.

5) O PENSAMENTO ORIENTADO A VALORES NA JURISPRUDÊNCIA

Ao interpretar as leis não se pode descurar que se trata de um tipo de enunciado que traduz um preceito que deve ser seguido, de uma bitola de julgamento prescrita, i.e., de norma.

O legislador que estatui uma norma, ou que intenta regular um determinado setor da vida por meio de normas, guia-se por certas intenções de regulação às quais subjazem determinadas valorações.

Tais valorações manifestam-se no fato de que a lei imponha proteção absoluta a certos bens, deixa outros sem proteção ou os protege em menor escala.

Compreender uma norma jurídica requer o desvendar a valoração nela imposta a seu alcance. A sua aplicação requer o valorar o caso a julgar em conformidade com ela ou acolher de modo adequado a valoração nela contida ao julgar o caso.

Note-se que quando a previsão da norma está formulada em termos de conceitos fáticos isentos de valoração aos quais possa ser subsumida a situação fática, um procedimento lógico faz-se necessário para constatar-se que todos os traços distintivos que formam o conceito hão de estar presentes na situação sub

judice. Se esta constatação puder ser feita, então a situação de fato cai dentro do conceito.

Tais constatações, por vezes, exigem juízo intermédios ou auxiliares, vg, “coisas consumíveis” ou “coisas móveis cujo uso regular consiste no consumo ou alienação”. O “uso regular” - sabe o julgador pela experiência a um juízo desse tipo - é raramente exato. Noutros casos há que julgar uma conduta humana, se nela se expressa uma determinada vontade de efeitos jurídicos. Tal juízo não é uma pura constatação de fatos, reclamando antes uma interpretação. Finalmente, existem previsões legais que exigem um juízo de valor, como a “apreciação razoável do caso”.

É um equívoco acreditar que a aplicação destas normas, cujo elemento de previsão está conceitualmente configurado, se esgota no procedimento lógico da subsunção. Antes de aí se poder chegar, tem já lugar um ato de julgar, que de modo algum está sempre isento de notas de valoração.

Nem sempre se apresentam conceitualmente configurados todos os elementos da previsão normativa. Muitas vezes a lei, para a caracterização de uma situação de fato, lança mão, em vez de um conceito, usa exclusivamente notas distintivas irrenunciáveis. Ou então, contém uma pauta de valoração “que carece de preenchimento” e que só na sua “aplicação” ao caso particular pode ser plenamente “concretizada”.

Em ambos os casos não é uma simples “aplicação” da norma, mas de realizar uma valoração que esteja de acordo com a norma ou o critério diretivo “tido em conta”. Tal “correspondência”, para os fins de uma subsunção, não significa uma equivalência e precisa, para ser convincente, de múltiplas mediações. Por isso a jurisprudência é tanto no domínio prático (o da “aplicação do direito”) como no domínio teórico (o da “dogmática”), um pensamento em grande medida “orientado a valores”.

Que um tal pensamento "orientado a valores" é uma das possibilidades de pensamento e, no que exatamente consiste a sua especificidade, não é algo muito claro para os juristas, porque equiparam o pensamento jurídico com a subsunção ou com as deduções lógicas. Não consideram como susceptíveis de fundamentação racional os juízos de valor.

6) O PENSAMENTO CONVERTIDO A VALORES NO ÂMBITO DA APLICAÇÃO DO DIREITO

A peculiaridade do pensamento "orientado a valores" pode ser clareada com a distinção entre "conceito" e "tipo".

O caráter valorativo de toda a aplicação do Direito fica diminuído quando a previsão da norma aplicável foi veiculada de forma conceitual, de modo que a situação de fato precisa apenas ser subsumida à previsão da norma. Mas isso não é freqüente.

Só se pode falar de um "conceito" em sentido estrito quando for possível defini-lo claramente, mediante a indicação exaustiva de todas as notas distintivas que o caracterizam.

O sentido de uma tal definição é o de que "só quando" e "sempre que" todas as notas distintivas do conceito se apresentem em algum objeto, poderá este ser subsumido ao conceito pertencente à classe de objetos por ele designados.

A premissa maior do silogismo da subsunção é a definição do conceito e a premissa menor é a constatação de que o objeto apresenta todas as notas distintivas mencionadas na descrição. A conclusão é o enunciado de que X pertence à classe dos objetos designados pelo conceito, ou que X é um caso do gênero que se designou mediante o conceito. Para o jurista a situação fática X seria um "caso" da previsão normativa conceitualmente apreendida.

Não é raro que uma definição legal contenha um (ou vários) elemento(s) que não permita uma mera subsunção.

Não é suficiente uma consideração baseada unicamente nas notas distintivas particulares, apreendidas de modo geral (e assim uma subsunção meramente lógica), mas requer-se um juízo que leve em conta diferentes pontos de vista, combináveis de modo diverso. O juízo que aqui se requer não é exatamente um juízo de valor, um juízo que é mediatizado por certas vivências sociais, vg, pelo que é adequado para o uso regular de um edifício ou que seja usualmente entendido como seu equipamento normal.

A pretensa definição do conceito é uma descrição de tipos considerados exemplares.

Um conceito está fixado por meio da sua definição, de tal modo que haja de aplicar-se ao caso concreto “só quando e sempre que” se possam nele encontrar o conjunto das notas características da definição. Esta proposição não vale para o tipo.

As notas características indicadas na descrição do tipo não precisam (pelo menos algumas delas) de estar todas presentes. São passíveis de gradação e até certo ponto comutáveis entre si. Consideradas isoladamente, só tem o significado de sinais ou indícios. É decisivo, porém, sua conexão com a realidade concreta.

Trata-se de saber se as notas características tidas como “típicas” estão presentes em tamanho grau e intensidade que a situação de fato “no seu todo” corresponda à imagem fenomênica (fator característico descrito no tipo) do tipo. O tipo não se define, descreve-se.

Se o legislador conforma um conceito para a caracterização de uma situação de fato, é-lhe necessário estabelecer esta situação de fato de modo tão preciso quanto possível, de tal forma que a sua ocorrência no caso singular possa ser constatada por via da subsunção, sem recorrer a pontos de vista valorativos.

O legislador elege notas características de tal modo que o conceito conformado a partir delas recubra a situação de fato que ele tomou em consideração.

Aplicando o conceito, suas notas características se voltam à afastar a questão da valoração. A subsunção ao conceito é, no "caso ideal", um procedimento isento de valoração. Aquele que aplica a lei fica liberto do incômodo da "ponderação" valorativa, o que torna a aplicação do Direito "segura".

O "pensamento tipológico" cuida sempre da relação com o ponto de vista valorativo diretor ao descrever os grupos de casos, pois todos os traços distintivos que se nos apresentam estão orientados a este valor como meio constitutivo da unidade do todo e só assim tem "significado".

A coordenação ao tipo exige, no caso singular, o ter em conta este ponto de vista valorativo dirigente, pois só ele decide em última instância se os "traços distintivos" ou as "metas características" aqui presentes justificam ou não, pelo seu grau de intensidade e a sua articulação, coordenação. A coordenação ao tipo é, assim, ao invés da subsunção a um conceito, um processo de pensamento orientado a valores.

Ao regular um fato da vida o legislador ou delimita a situação fática tida em vista ou, por via conceitual, fixa notas características do modo mais nítido possível ou, ainda, por meio da designação de um tipo, que ele pode esclarecer mediante a indicação dos traços distintivos tidos por paradigmáticos com exemplos.

Se optar por uma fixação conceitual, o intérprete não pode deixar de atender a esta circunstância. Restam-lhe as possibilidades de uma interpretação teleológica (dentro dos limites do sentido literal possível e da coerência significativa da regulação) da analogia ou da redução teleológica.

Se se tratar de um tipo, a sua maior margem de variação à abertura relativa possibilitam-lhe um procedimento mais elástico. “Tipo” e “conceito” não são contraposições rígidas, admitindo pontos de comunicação.

Um conceito definido mediante notas características tidas como acabadas pode conter uma nota característica que, por seu turno, é “aberta”, à maneira de um tipo. Por outro lado, um tipo pode aproximar-se de um conceito mediante a fixação de notas características imprescindíveis. A descrição de um tipo pode ser entendida como um estágio anterior à formação de um conceito e uma pretensa definição conceitual pode apresentar-se como descrição de um tipo.

A necessidade de um pensamento “orientado a valores” surge com a máxima intensidade quando a lei recorre a uma pauta de valoração que carece de preenchimento valorativo, para delimitar uma hipótese legal ou também uma consequência jurídica. Tais pautas são, vg, a “boa-fé”, uma “justa causa”, uma “relação adequada” (de prestação ou contraprestação), um “prazo razoável” ou “prudente arbítrio”.

O pensamento tipológico desempenha papel específico na formação de grupos de casos e no tratamento dos elementos que para eles são típicos. Resta ao julgador uma margem livre de apreciação, sobretudo onde se trata de um “mais” ou “menos”.

No tocante às pautas carentes de preenchimento valorativo, torna-se claro que a sua “aplicação” exige sempre a sua concretização, quer dizer, a determinação ulterior do seu conteúdo, e esta por seu turno retroage à “aplicação” da pauta em casos futuros semelhantes, posto que cada concretização (alcançada) serve de comparação e torna-se assim ponto de partida para concretizações posteriores. A pauta é “concretizada” no

juízo do caso em que o julgador a reconheça como "aplicável" ou "não aplicável".

7) O PENSAMENTO ORIENTADO A VALORES NO ÂMBITO DA DOGMÁTICA JURÍDICA

O pensamento orientado a valores é imprescindível na aplicação do direito, na medida em que não se trata de mera subsunção, mas de coordenação valorativa e de concretização, não se passando, assim, no campo da dogmática jurídica.

A contribuição da dogmática, nesse aspecto, seria a de uma transformação de questões de valoração em questões de conhecimento ou de verdade.

A dogmática não se esgota na interpretação, mas também não é pensável sem ela pois os conceitos com que opera são, em grande parte, explicações em código face a determinados conteúdos de regulação, que, por seu lado, carecem de interpretação.

A dogmática não integra no conteúdo do conceito a referência de valoração (ou referência de sentido), mas intenta defini-lo mediante aquelas notas características, cuja presença pode ser constatada sem uma nova valoração – ou seja, por mera subsunção.

Muitos conceitos com que o jurista trabalha têm natureza puramente técnico-jurídica e são conceitos classificatórios que proporcionam clareza e facilidade de aplicação do Direito, vez que tornam possível uma subsunção. Conceitos tais como letra, cheque, ordem de pagamento, inscrição provisória, reserva, graduação, registro, cancelamento, são freqüentemente definidos na lei ou é fácil dela retirar sua definição.

O pensamento orientado a valores no campo da dogmática opera quando se procede tipologicamente, não quando se procede

conceitualmente. Os princípios jurídicos não são senão pautas gerais de valoração ou preferências valorativas em relação à idéia do Direito, que todavia não chegaram a condensar-se em regras jurídicas imediatamente aplicáveis, mas que permitem apresentar “fundamentos justificativos” delas. Estes princípios subtraem-se de uma definição conceitual (como as pautas carecidas de concretização), o seu conteúdo de sentido pode esclarecer-se com exemplos.

Os recentes trabalhos dogmáticos sobre a doutrina do negócio jurídico não partem de um conceito de negócio jurídico, vazio de conteúdo, mas da sua função como meio de conformação jurídica autônomo-privada ou de tipos de atos. Entendem a conformação jurídica autônomo-privada como expressão de auto determinação responsável, expressando-se, aí, a responsabilidade na vinculação em relação à outra parte.

Intenta-se compreender melhor a regulação legal como o resultado do jogo coordenado de princípios, efetuando delimitações, preenchendo lacunas e harmonizando entre si as soluções.

No caso do conceito de propriedade, não se vai trabalhar com o conceito do Código Civil, antes se retomará de novo o sentido de propriedade como garantia jurídica de um espaço “externo” de liberdade. O que seja “propriedade”, no sentido do nosso ordenamento jurídico, resulta da totalidade dos preceitos respectivos, que se prendem à idéia de espaço pessoal de liberdade e o limite social que resulta das exigências de convivência em uma comunidade jurídica.

A questão relativa ao âmbito da tutela constitucional da propriedade não pode ser respondida mediante a indicação das “notas características adequadas à subsunção”, mas só com base em “múltiplos pontos de vista judiciais de valoração”, de cujo esclarecimento se trata no trabalho dogmático.

Propriedade, no sentido da Lei Fundamental, é toda posição jurídica de valor patrimonial que serve de base ao modo pessoal de vida ou à atuação econômica. Trata-se de conceito funcional de propriedade, referido à função ético-jurídica e político-jurídica da propriedade.

A dogmática já não é tanto problema de ingerência lógica de premissas estáveis mas pensamento compreensivo e orientado a valores. Pode designar também uma atividade que consiste na desenvolvimento de conceitos determinados pelo conteúdo, no preenchimento adicional de princípios e na recondução de normas e de complexos normativos a estes conceitos fundamentais e a princípios.

O termo dogmática significa a vinculação do processo de conhecimento àquilo que na lei é assumido e que, neste quadro, deixa de ser questionado. Só na medida em que se desprenda desta vinculação, quer dizer, que coloque na sua mira estruturas materiais, que valem independentemente de um Direito Positivo, é que o termo "dogmática" deixa de ser ajustado.

8) ACERCA DAS TESES DE NIKLAS LUHMANN SOBRE A DOGMÁTICA JURÍDICA

Para o jurista atual, o sentido da dogmática não consiste em fixar o que está simplesmente estabelecido, mas em possibilitar a distância crítica, em organizar estratos de reflexões, de motivos, de ponderações de proporção, meios pelos quais o material jurídico é controlado para além do que é imediatamente dado e é preparado para a sua utilização.

Uma das funções essenciais da dogmática jurídica é a de que, por seu intermédio, o material jurídico dado, em leis e decisões judiciais, é despido da sua imediatez e do seu caráter de mero

dado, é posto num contexto geral e, olhado de novo a partir daqui, torna-se susceptível de interpretação numa medida mais ampla.

A função da dogmática não consiste em aprisionar o espírito mas em acrescer liberdades no tratamento de experiências e textos.

A aparelhagem conceitual dogmática possibilita um distanciamento também e precisamente aí onde a sociedade espera sujeição. É ela que possibilita a recolocação de dúvidas e o acréscimo de incertezas comportáveis.

A dogmática realiza a mediação permanente entre as exigências últimas dos valores fundamentais e princípios geralmente aceitos, tanto como o conjunto das normas “dadas”, como entre estas, e deste modo, em última instância, também com os próprios princípios – e as suas “aplicações” em situações multímodas e variáveis.

9) A IMPORTÂNCIA DA JURISPRUDÊNCIA PARA A ATIVIDADE JURÍDICA PRÁTICA

A jurisprudência cumpre uma tarefa prática que decorre do fato de que as leis precisam sofrer permanente interpretação e necessitam também de preencher lacunas, adequar-se a diferentes situações e a crescente clareza e sintonização das normas entre si; evita, ainda, contradições valorativas, o que decorre do princípio de igual medida, i.e., da idéia de justiça. Pretende alcançar critérios precisos para a solução de questões jurídicas e a decisão de casos jurídicos e nos quadros do Direito que em cada momento vigora e das suas valorações fundamentais.

Para a Jurisprudência como ciência, a exigência é de que fundamente e assegure os seus enunciados com métodos hermeneuticamente admissíveis de pensamento orientado a valores e que, por seu turno, se abstenha de juízo de valor e decisões não fundamentáveis.

A Jurisprudência dos tribunais, pela sua própria natureza, prende-se em maior medida ao caso singular do que a dogmática, cujo esforço orienta-se muito mais por uma bitola tão elevada quanto possível de "justiça do caso". O jurista dogmático tem em vista, em muito maior escala, o geral, o típico dos casos.

Os novos problemas jurídicos surgem porque novos fatos sociais supervenientes reclamam uma regulação em conformidade com os pontos de vista da justiça distributiva, da proteção da parte socialmente mais débil ou da prevenção de perigos.

Haverá sempre um grande número de casos que reclamam um julgamento não só generalizado, mas também individualizante e tipificado. Desenvolver para estes pautas que possibilitem uma apreciação elástica, orientada a pontos de vista valorativos e a princípios que transbordem mas que ao mesmo tempo estão referidos ao caso ou ao tipo, continua a ser tarefa da jurisprudência.

10) O CONTRIBUTO COGNOSCITIVO DA JURISPRUDÊNCIA

A idéia de que a jurisprudência não é trabalho conceitual valorativamente neutro, que não é dogmática num mau sentido (sentido de uma dedução a partir de premissas maiores fixadas), mas que é, antes do mais, pensamento orientado a valores, é que abre o curso ao reconhecimento de um contributo cognoscitivo da jurisprudência.

É possível no quadro de um dado sistema de pautas valorativas serem produzidas asserções sobre seu conteúdo, alcance e significado, que aspirem a "correção" em relação com este sistema. É possível, como prova o fato da jurisprudência, aclarar, tornar praticáveis e desenvolver ulteriormente, por via da interpretação e concretização com vistas a casos

“representativos”, pautas de valoração que nos são dadas de qualquer modo em uma moral positiva.

O erro dos positivistas é o de que só consideram as regulações legais na sua pura positividade, como postas, mas não como respostas possíveis e problemas jurídicos, i.e., problemas que constantemente surgem das possibilidades e compulsões das relações inter-humanas, sob a idéia diretriz de uma ordenação justa dessas relações que ao mesmo tempo garanta a segurança.

É decisivo que a jurisprudência, por detrás dos problemas e das respostas que a eles dá o Direito positivo, identifique as idéias jurídicas específicas (as *rationes legis*) e os princípios jurídicos reitores, e ainda determinadas estruturas materiais e as distinções que elas proporcionam, que fundamentam (no sentido de justificar) estas respostas ou que reclamam novas respostas.

Na medida em que nos torna conscientes dos conteúdos de justiça, que revela princípios jurídicos reitores e que os concretiza em diversos contextos, desenvolvendo o “sistema interno”, a jurisprudência presta um contributo também para o melhor conhecimento dos princípios de um (qualquer) Direito justo. Nesta medida, não se tratará então somente de conhecimentos que sejam “ajustados” precisamente no quadro deste Direito positivo mas de conhecimento jurídico (conhecimento da “coisa Direito”), pura e simplesmente.

11) A METODOLOGIA COMO AUTO-REFLEXÃO HERMENÊUTICA DA JURISPRUDÊNCIA

A metodologia de qualquer ciência é a reflexão desta ciência sobre o seu próprio proceder, sobre os modos de pensamento e meios de conhecimento de que lança mão.

Toda a ciência desenvolve tais modos de pensamento e determinados procedimentos para se certificar de sua matéria, e para verificar seus enunciados. A reflexão sobre este procedimento não ocorre em separado da sua aplicação e está em estrita conexão com a ciência em causa.

Já não se pergunta se esta ou aquela interpretação ou integração na esfera de sentido de uma pauta de valoração é acertada, mas o que é que acontece quando se interpreta uma lei; se concretiza uma pauta carecida de preenchimento e sobretudo quando e sob que condição pode ser considerada acertada uma tal interpretação ou coordenação. A metodologia descreve assim não só como se há de proceder de fato, mas coloca também a questão do valor, do êxito possível de determinados métodos.

A meta do trabalho juscientífico é assim, por um lado, a descoberta de uma unidade interna, de uma contínua conexão de sentido das normas e, por outro lado, a sua concretização tendo em vista distintas constelações de casos.

A metodologia traz a questão do modo adequado de conhecimento da "coisa Direito".

É uma questão que aí pode responder uma ciência que tematize a peculiaridade, a específica capacidade de sentido dessa coisa mesma, i.e., a filosofia do Direito (ainda que independente da sua concreta apresentação em um Direito "positivo"). A metodologia conduz, necessariamente, à uma filosofia.

Por hermenêutica entende-se a doutrina sobre as condições de possibilidade e os modos específicos do "compreender em sentido estrito", quer dizer, do compreender aquilo que é dotado de sentido enquanto tal, em contraposição ao "explicar" de objetos sem ter em conta as referências de sentido.

Compreender aquilo que é dotado de sentido (enquanto tal) difere de explicar sem ter em conta referências de sentido. A hermenêutica propicia, via modos específicos e apuração de condições de possibilidades, o convencimento do objeto e os seus possíveis sentidos.

A aplicação do direito não pode separar-se da interpretação e do desenvolvimento do Direito. O pensamento orientado a valores é imprescindível na jurisprudência e não pode equiparar-se a valores pessoais; pode ainda tornar claro quais as formas de pensar específicas – como o tipo, a pauta carecida de preenchimento, o conceito funcionalmente determinado – se serve um tal pensamento.

A metodologia da jurisprudência pode caracterizar-se como a sua auto-reflexão à luz da hermenêutica. Auto-reflexão quer dizer a descoberta e julgamento hermenêutico dos métodos e formas de pensar aplicados de modo mais ou menos consciente na jurisprudência.

Trata-se de saber que contributo determinado método é capaz de oferecer para que se proceda de modo metodologicamente correto.

A metodologia jurídica não é “lógica jurídica formal”, nem “instrução sobre a técnica de solução de casos”.

A interpretação não é uma atividade que possa realizar-se somente de acordo com regras estabelecidas; carece sempre da fantasia criadora do intérprete.

Embora se reconheça a presença de “circunstâncias hermeneuticamente relevantes” é preciso acrescentar que não é possível um catálogo exaustivo de todas as circunstâncias que possam ser hermeneuticamente relevantes.

As regras metodológicas da interpretação e da concretização das normas jurídicas têm por um lado que cumprir,

naturalmente, as condições hermenêuticas e, por outro, estão, por sua vez, tal como as normas a interpretar, ao serviço de uma criação e desenvolvimento do Direito, conforme ao sentido e à substância; e assim, devem ser vistas sempre sob este aspecto (Ex.: LICC do Brasil, art. 4º.).

As indicações metodológicas fundamentadas na hermenêutica e reconhecidas pela jurisprudência não possuem o estatuto de normas jurídicas. A regra metodológica em si tem apenas uma função auxiliar. O não levá-la em conta não torna, por si só, incorreto o julgamento.

A metodologia da jurisprudência só pode "esclarecer" na medida em que se eleva acima dos preceitos de cada ordenamento jurídico e os examina à luz dos conhecimentos gerais da hermenêutica.

Novos conhecimentos hermenêuticos como, vg, que o "interpretar" não é simplesmente receptivo, mas é sempre uma atividade produtiva, modificam tanto a auto compreensão da jurisprudência, quanto também a hermenêutica pode obter novos conhecimentos dos métodos aplicados na jurisprudência. A "mediação" tem que ser vista em ambos os sentidos.

A metodologia pretende contribuir para as tarefas práticas da jurisprudência mediante o refinamento da consciência metodológica. Sua meta primeira é a obtenção de conhecimentos sobre a ciência do Direito e, como tal, uma parte da teoria do Direito.

III - ESTRUTURA LÓGICA E PARTES INTEGRANTES DA PROPOSIÇÃO JURÍDICA

Toda ordem jurídica contém regras que pretendem que àqueles a quem se dirigem se comportem de acordo com elas.

Estas regras representam, também, normas de decisão para aqueles a quem cabe a resolução jurídica de conflitos e devem julgar de acordo com elas.

As normas jurídicas são normas de conduta para os cidadãos e normas de decisão para os tribunais e órgãos administrativos.

É característico de uma “regra” sua pretensão de validade, i.e., ser o sentido a ela correspondente uma exigência vinculante de comportamento ou ser uma pauta vinculante de julgamento, enfim, o seu caráter normativo. Pretende ter validade geral, para todos os casos de uma determinada espécie.

À proposição jurídica distingue-se, em face de seu sentido normativo, de uma proposição enunciativa, que contém uma afirmação de fatos ou uma constatação.

Toda proposição é uma estrutura lingüística, na qual algo está conectado com outra coisa.

Uma proposição enunciativa contém o enlace entre um objeto e uma propriedade ou modo de comportamento que se lhe atribui; que dele se afirma vg “este carro é vermelho”. Todo enunciado suscita a pretensão que de fato é ou assim foi,

submetendo-se ao critério de verdade, podendo atribuir-se-lhe o predicado de "verdadeiro" ou "falso".

A proposição jurídica enlaça, como qualquer proposição, uma coisa com outra. Associa à situação de fato, à "previsão normativa", uma consequência jurídica. O sentido dessa associação é que: sempre que se verifique a situação de fato indicada na previsão normativa, entra em cena a consequência jurídica, i.e., vale para o caso concreto.

A consequência jurídica situa-se sempre no âmbito normativo e sobrevém em todo o caso em que se dê uma validação do pressuposto de fato da norma.

A ligação de um evento fático, tal como descrito na previsão normativa, a uma consequência jurídica que se situa no âmbito do juridicamente vigente "entrando em vigor" (com a realização do pressuposto de fato), é o que é específico da proposição jurídica enquanto forma de expressão lingüística de uma norma.

O nexó entre o pressuposto de fato com a consequência jurídica é uma "ordenação de vigência" e não uma afirmação, como na proposição enunciativa.

O dado da norma não diz: assim é de fato; mas diz: assim deve ser de Direito, assim deve valer, de forma vinculativa (fato + consequência jurídica = ordenação de vigência vinculante).

1) A PROPOSIÇÃO JURÍDICA COMO PROPOSIÇÃO DISPOSITIVA

Crítica da teoria imperativista

A teoria imperativista crê que todas as disposições jurídicas podem reduzir-se a proposições que prescrevem ou proíbem uma determinada conduta, i.e., são imperativos, e quer reservar só para estas a designação de "proposições jurídicas".

O que é que ocorre, entretanto, com aquelas proposições que dispõem que alguém adquire ou perde um Direito? Existem numerosas normas jurídicas cuja conseqüência jurídica imediata ou próxima consiste não tanto na imposição ou modificação de um dever quanto na aquisição ou perda de um direito. Do mesmo modo há normas jurídicas que regulam a constituição de um poder de representação, a aquisição ou perda de um poder de representação voluntária, de um poder de disposição ou legitimidade para a aceitação, pois que nem sempre corresponde necessariamente à constituição de um tal “poder jurídico” o surgimento de um dever.

Nem toda norma jurídica contém um comando ou uma proibição, mas contém uma ordenação de vigência. O sentido como proposição normativa é colocar em vigência conseqüências jurídicas. De acordo com a sua forma lógica, é uma proposição hipotética. O que se quer dizer é: sempre que uma situação de fato concreta S realiza a previsão P, vigora para essa situação de fato a conseqüência jurídica C.

É preciso distinguir as “proposições dispositivas”, que contêm uma ordenação de vigência, das proposições enunciativas dos imperativos. As disposições são distintas dos comandos.

Um comando dirige-se a outras pessoas e exige delas uma determinada conduta; ao invés, a disposição não inclui necessariamente no seu comando a conduta de outra pessoa. A disposição parte de algo que deve ser. O comando visa o acatamento, a disposição a que o disposto seja aceito como regulativo do que “vale” em sentido normativo. O efeito imediato do comando é o seu acatamento; o efeito imediato da disposição é a validade do disposto. A estatuição de normas é um ato constitutivo, mediante o qual fatos e relações são conformados no plano do juridicamente vigente.

A confusão entre normas dispositivas e imperativas está amplamente difundida entre juristas, lógicos e filósofos.

Proposição enunciativa contém uma afirmação e difere das proposições preceptivas ou imperativas. As proposições jurídicas não são proposições enunciativas, porque não afirmam algo, mas ordenam algo; crê-se então poder associá-las à classe das proposições preceptivas (imperativas). As proposições dispositivas constituem de per si uma classe de proposições adicional, sendo as proposições jurídicas o seu caso de aplicação mais importante, se é que não o único.

2) PROPOSIÇÕES JURÍDICAS INCOMPLETAS

Uma lei consiste numa pluralidade de proposições que não são todas proposições jurídicas completas. Algumas servem só para pormenorizar a previsão normativa, alguns elementos ou a consequência jurídica de uma norma jurídica completa; outras restringem uma proposição jurídica abrangente, ou excepcional na sua aplicação a um grupo de casos; outras, ainda, remetem, em vista de um elemento da provisão normativa ou a consequência jurídica, para outra proposição jurídica.

Todas as proposições desse gênero são frases completas mas como proposições jurídicas, são incompletas. Embora incompletas, o fato de serem proposições jurídicas significa que comungam do sentido de validade da lei, que não são proposições enunciativas, mas partes de ordenações de vigência. Sua força constitutiva, fundamentadora de consequências jurídicas, só é recebida em conexão com outras proposições jurídicas. Por exemplo, a lei dirá: "para os efeitos desta lei, coisas são apenas os objetos corpóreos".

Aqui não se trata de um enunciado, mas da indicação, vinculante para quem haja de aplicar a lei, de entender o termo "coisa" no sentido indicado. Esta indicação só cobra significado

prático em conexão com as proposições jurídicas em que se emprega o termo coisa.

A proposição preenche uma função auxiliar para a compreensão por ela prescrita de outras proposições jurídicas, completas ou incompletas.

Dentre as proposições jurídicas incompletas distinguimos as aclaratórias, as restritivas e as remissivas.

3) PROPOSIÇÕES JURÍDICAS ACLARATÓRIAS

Delimitam em pormenor um conceito ou tipo empregados em outras proposições jurídicas (proposições jurídicas delimitadoras), ou especificam ou completam o conteúdo de um termo utilizado no seu significado geral com respeito a distintas configurações do caso (proposições jurídicas complementadoras).

As proposições jurídicas delimitadoras se referem a elementos da previsão normativa; as proposições jurídicas complementadoras esclarecem uma consequência jurídica, *vg* (conceito de negligência, *boa-fé*).

As proposições jurídicas complementadoras têm o sentido de determinar mais em pormenor o conteúdo da consequência jurídica resultante de outras proposições jurídicas. A previsão da proposição jurídica está determinada, no essencial, mediante a remissão para outros preceitos, e só em conexão com eles se trata de uma proposição jurídica completa.

4) PROPOSIÇÕES JURÍDICAS RESTRITIVAS

Por vezes, a previsão de uma proposição jurídica está conformada na lei de modo tão amplo que, segundo seu sentido

literal, abarca situações de fato para as quais não deve valer. Esta proposição é então restringida por outra proposição restritiva. As proposições jurídicas restritivas contêm uma ordenação negativa de vigência ("não vigora") que só se torna compreensível em conjugação com uma ordenação positiva de vigência precedente.

O verdadeiro alcance da lei só é conhecido quando se tomam em conta as restrições contidas na lei; a proposição jurídica completa resulta somente da conexão da ordenação positiva de vigência com as ordenações negativas que, por sua vez, a restringem.

Quando a proposição jurídica prevê a não presença de certos fatos, falamos de "notas distintivas negativas da previsão" (aquisição de boa-fé a um não titular).

5) PROPOSIÇÕES JURÍDICAS REMISSIVAS

Muitas vezes, a consequência jurídica de uma previsão é determinada mediante remissão para a de outra norma. Isto ocorre, por vezes, por meio da fórmula "o mesmo vale".

A aplicação "correspondência" significa que os elementos singulares da previsão regulados mediante remissão e os da previsão a cuja consequência jurídica remete – ou seja, os elementos de um contrato de compra e venda – devem pôr-se em relação uns com os outros, de modo a que aos elementos que devam ser considerados semelhantes se associe a mesma consequência jurídica, segundo a função de cada um e a sua posição na cadeia de sentido da previsão.

A remissão é um meio técnico-legislativo para evitar repetições incômodas. A lei pode conseguir o mesmo resultado que o alcançado através de uma remissão, mediante uma ficção.

6) FICÇÕES LEGAIS COMO REMISSÕES

A ficção jurídica consiste em equiparar algo que se sabe que é desigual.

Em vez de a lei ordenar que as conseqüências jurídicas de P1 vigorem também para P2, ela finge que P2 é um caso de P1. P2 deve ser considerado por quem aplica a lei “como se fosse um caso de P1”. Em contrapartida, se P2 não deve ser considerado como se fosse um caso de P1, embora de fato o seja, então a lei quer excluir para P2 as conseqüências jurídicas de P1 que, de outro modo, sobreviriam – trata-se, então, de uma restrição encoberta.

A ficção legal é um meio de expressão que desempenha a função ora de uma remissão, ora de uma restrição, ora de uma esclarecimento.

A ficção como meio de fundamentação de uma sentença judicial, diferentemente da norma jurídica, manifesta a pretensão de correção, no sentido de um conhecimento adequado; não ordena, mas quer convencer. No contexto da fundamentação de uma sentença, a ficção significa que um elemento da previsão do qual o juiz faz derivar uma conseqüência jurídica é ficcionado, quer dizer, é dado por ele como presente na situação de fato, embora ele saiba, ou pelo menos isso deveria ser-lhe claro, que na realidade assim não é.

7) A PROPOSIÇÃO JURÍDICA COMO ELEMENTO DE UMA REGULAÇÃO

As proposições jurídicas contidas numa lei estão relacionadas entre si de diferentes modos e só na sua recíproca delimitação e no seu jogo concertado produzem uma regulação. A ordem jurídica não é um acervo de proposições jurídicas, mas regulações. Na regulação de uma matéria, o legislador conforma

as previsões e associa-lhes certas conseqüências jurídicas, sob determinados pontos de vista reitores. Estes pontos de vista só proporcionam a compreensão de cada proposição segundo o significado que em cada caso lhe cabe e no seu jogo de conciliação. A jurisprudência tem o papel de elaborar as referências de sentido que desse jogo de conciliação resulta. Cada proposição é sempre considerada como parte de uma regulação mais ampla.

O alcance de cada proposição só pode ser entendido também em conexão com a regulação total a que pertence e, freqüentemente, em conexão com outras regulações e com a relação em que estas se encontram entre si, especialmente quando várias proposições jurídicas ou regulações concorrem entre si.

8) CONFLUÊNCIA (CONCURSO) DE VÁRIAS PROPOSIÇÕES JURÍDICAS OU REGULAÇÕES

As previsões de várias proposições podem coincidir de tal modo que a mesma situação de fato seja abarcada por elas. Fala-se de uma confluência ou concurso de proposições. Se ambas as proposições ordenam as mesmas conseqüências, então o concurso não levanta problemas. Se A causa um dano a B e configura uma infração à lei de medicamentos está obrigado a reparar o dano. O direito de B está duplamente escorado na lei. Se as conseqüências jurídicas de ambas as disposições são diferentes sem que se excluam reciprocamente, cabe perguntar se ambas as conseqüências jurídicas sobrevêm uma a par da outra e se a de uma proposição jurídica excluir as outras, de modo a que só tenha as conseqüências da primeira. Se as conseqüências jurídicas se excluem reciprocamente, só uma das proposições jurídicas é que pode ser aplicada. Pois que não teria sentido que a ordem jurídica quisesse prescrever ao mesmo tempo A e não A. Tem

que se decidir em tais casos qual das proposições jurídicas prevalece sobre a outra. Se uma delas é anterior à outra, a mais antiga cede à mais recente. Se as proposições que entre si concorrem se acham na mesma lei, são necessários outros critérios para se decidir se há de aplicar-se uma de par com a outra, ou se apenas uma, e qual delas deve prevalecer.

Na teoria civilista a expressão concurso de normas é empregada para designar todos os casos em que as previsões de várias proposições dizem respeito à mesma situação de fato.

Numa relação lógica de especialidade o âmbito de aplicação da norma especial se insere totalmente no da mais geral, quando, portanto, todos os casos da norma especial são também casos da norma mais geral. É o que ocorre quando a previsão da norma especial contém todas as notas distintivas da norma mais geral e, além disso, pelo menos uma nota distintiva adicional. Nestes casos a norma especial afasta sempre, no seu âmbito de aplicação mais reduzido, a norma mais geral que é restringida pela especial.

Sempre se deve perguntar se as conseqüências jurídicas da norma especial só complementam, nos termos da intenção reguladora da lei, a norma mais geral, a modificam, ou, ao invés, a devem substituir no seu âmbito de aplicação. Esta é uma questão de interpretação (teleológica e sistemática). Só quando as conseqüências jurídicas se excluem é que a relação lógica de especialidade conduz necessariamente ao afastamento da norma mais geral.

Há que distinguir dos casos de especialidade aqueles em que coincidem só parcialmente as previsões de duas normas; quer dizer, alguns casos caem sob uma previsão, outros sob a outra, e outros sob ambas. Se, na medida em que uma situação de fato se adapte a ambas as previsões, subentram ambas as conseqüências jurídicas de par uma com a outra, ou se uma afasta a outra. Também aqui depende, mais uma vez, do sentido e escopo

das regras em questão e das valorações que lhes estão por detrás. Pode ser que a lei tenha querido submeter, por motivos especiais, determinados eventos a uma regulação unitária que considerou como excessiva para estes casos. Se, se quisesse então, mesmo assim, aplicar esta outra norma a uma parte desses eventos que caem também sob a previsão de uma outra norma, o escopo da regulação especial poderia, com isso, vir a frustrar-se para uma parte dos casos. Por isso, é de aceitar em tais casos o afastamento da outra norma (fala-se aqui, não de especialidade, mas de subsidiariedade em consequência de uma regulação exhaustiva). Se ao invés, uma das duas normas não deve ser tida como regulação exhaustiva, então ambas são aplicáveis, sempre que as suas previsões sejam coincidentes e as consequências jurídicas não se excluam mutuamente. Vg - perturbação da propriedade - as consequências jurídicas - pretensão de abstenção e pretensão de indenização por danos - não se excluem, antes se complementam reciprocamente. Trata-se de um concurso cumulativo, ou concurso de pretensões ou concurso de normas de pretensão. Trata-se nesta distinção da questão de se, no caso de aplicabilidade de várias normas que fundamentam pretensões, surgirem várias pretensões que estão dirigidas ao mesmo objetivo, mas que, por exemplo, podem ser reclamadas independentemente, ou se é só uma pretensão que surge, e que está fundada na lei de vários modos.

Não são só proposições jurídicas singulares que podem entrecortar-se entre si no seu âmbito de aplicação, mas também complexos de regulação globais. Uma das questões de concurso mais discutidas em Direito Civil é a de relação entre responsabilidade contratual e extracontratual. Nem toda violação de contrato é ação ilícita; não obstante, muitas violações de contratos, mormente as violações de deveres de proteção contratual, realizam, concomitantemente, a previsão de uma ação ilícita. Ambos os complexos de regulação são aplicáveis, em princípio, um de par com o outro.

No caso em que uma mesma conduta representa tanto uma violação do contrato como um delito, concorrem em simultâneo não só duas normas, mas dois complexos de regulação. Trata-se de concurso cumulativo de normas.

9) O ESQUEMA LÓGICO DA APLICAÇÃO DA LEI

As proposições jurídicas são regras de conduta ou de decisão, expressas em forma de linguagem. Para cumprirem esta função têm de ser aplicadas. Como é aplicada uma norma jurídica?

Existe um esquema invariável dentro do qual se procede toda aplicação de uma norma jurídica. Com esquema lógico aparentemente simples. Não aplicamos apenas normas jurídicas isoladas, mas uma regulação global, com inclusão das decisões “negativas” que nela se encontram. A principal dificuldade resulta da natureza dos meios de expressão lingüística e da inevitável discrepância entre a regulação projetada para uma determinada realidade e a variabilidade dessa realidade, quer dizer, o caráter “fluido” da maior parte dos fatos regulados.

10) O SILOGISMO DE DETERMINAÇÃO DA CONSEQÜÊNCIA JURÍDICA (O SUPORTE LÓGICO DA INTERPRETAÇÃO)

Uma proposição jurídica completa, segundo o seu sentido lógico diz: sempre que a previsão P está realizada numa situação de fato concreta S, vale para S a conseqüência jurídica C. A previsão P, conformada em termos gerais, realiza-se numa determinada situação de fato quando S é um caso de P. Para saber se a conseqüência jurídica vigora para uma situação de fato, tenho que examiná-la e submetê-la, como “caso” a uma determinada previsão legal. Se assim for, a conseqüência jurídica

resulta de um silogismo que tem a seguinte forma: Se P realizar numa situação de fato, vigora para essa situação de fato a consequência jurídica C (premissa maior). Esta determinada situação de fato S realiza P, quer dizer, é um "caso" de P (premissa menor). Para S vigora C (conclusão).

Denomina-se a figura lógica descrita como o "silogismo de determinação da consequência jurídica".

Nele, a premissa maior é constituída por uma proposição jurídica completa e a premissa menor pela subordinação de uma situação de fato concreta, como um "caso", conformada à previsão da proposição. A conclusão afirma que para esta situação de fato vale a consequência jurídica mencionada na proposição jurídica. O mesmo acontecimento da vida pode realizar, embora não com todos seus traços particulares, as previsões de diferentes proposições, que são aplicáveis conjuntamente. Uma mesma conduta pode realizar a previsão de uma violação de contrato e de um ato ilícito. A consequência jurídica é, de acordo com ambas as normas, o surgimento de uma obrigação de indenização.

Para a resolução de um "caso jurídico" é necessário o exame das proposições jurídicas que em virtude das suas previsões hajam de ser consideradas relevantes.

Não raramente, a lei restringe uma ordenação de consequências jurídicas concebida de modo demasiado amplo, de modo a, mediante uma ordenação negativa de vigência, excluir de sua aplicação uma parte dos casos que recaiam sob a previsão da primeira norma. A proposição jurídica completa é então apenas a que resulta quando se toma em consideração também a norma restritiva. Assim, não é suficiente a comprovação de que a situação de fato cai sob a previsão da norma conformada de modo excessivamente amplo; tem de ser também comprovado que ela cai sob a previsão da norma restritiva. A consequência jurídica

referida na primeira norma, só vale para tal situação de fato quando ela recaia sob a previsão da primeira norma, mas não caia sob a previsão da norma restritiva.

11) A OBTENÇÃO DA PREMISSA MENOR: O CARÁTER MERAMENTE LIMITADO DA SUBSUNÇÃO

A problemática do procedimento silogístico reside principalmente na correta constituição das premissas, especialmente da premissa menor. A premissa maior não pode ser retirada simplesmente do texto da lei; carece de interpretação e nem toda proposição jurídica está, de modo algum, contida na lei.

A obtenção da premissa menor, i.e., do enunciado de que S é um caso de P, denomina-se processo de “subsunção”, cujo núcleo se considera também um silogismo lógico.

O esquema desse silogismo representa-se do seguinte modo:

P está caracterizada de modo pleno pelas notas N^1 , N^2 e N^3

S apresenta as notas N^1 , N^2 e N^3

Logo, S é um caso de P.

Na lógica entende-se por silogismo de subsunção um silogismo “que ocorre de modo a que os conceitos de menor extensão se subordinem aos de maior extensão, se subsumam a estes”.

Isto só pode ocorrer definindo ambos os conceitos e estabelecendo que todas as notas do conceito superior se repetem no conceito inferior, o qual, por isso, tem uma extensão menor, porque se diferencia das outras notas por uma nota adicional. Por exemplo: o conceito de “cavalo” pode ser subsumido no conceito de “mamífero”, porque todas as notas necessárias e suficientes para a definição de “mamífero” se repetem também no conceito de “cavalo”, plenamente definido.

Na verdade, não são os fatos que são subsumidos mas enunciados sobre uma situação de fato, ocorrida como tal. A situação de fato como enunciado, tal como aparece na premissa menor, tem que ser distinguida da situação de fato enquanto fenômeno da vida a que se refere tal enunciado.

A premissa menor do silogismo de subsunção é o enunciado de que as notas mencionadas na previsão da norma jurídica estão globalmente realizadas no fenômeno da vida a que tal enunciado se refere. Para poder produzir esse enunciado, tem que ser antes julgada a situação de fato enunciada, quer dizer, o fenômeno da vida, em relação à presença das notas características respectivas. É nesse processo de julgamento que reside o ponto fulcral da aplicação da lei.

Quando do julgamento sobre se a situação de fato descrita preenche as notas características da previsão legal, fica notória a circunstância de que a descrição da situação de fato ocorre na linguagem corrente, mas que a linguagem da lei contém muitas expressões peculiares e conceitos de um relativamente elevado grau de abstração.

O silogismo de subsunção não pode ser indefinidamente prosseguido, necessitando de certos juízos elementares que já são proporcionados por silogismos que se assuntam em percepções – próprias ou alheias – (juízos de percepção) ou em determinadas experiências, em especial as que pertencem ao âmbito das experiências sociais.

A subsunção supõe um ajuizamento da situação de fato enunciada, segundo critérios que se podem ainda mencionar lingüisticamente mas que não podem ser definidos subseqüentemente. Já por este motivo é problemático qualificar a formação da premissa menor somente como "subsunção", pois que, com isso, obstrui a participação decisiva do ato de julgar.

Não é por acaso que na lógica se fala de subsunção de conceitos a conceitos. O esquema de subsunção pressupõe que o conceito superior, a que corresponde a previsão da proposição jurídica, possa ser definido mediante a indicação de todas as notas, cuja presença é não só necessária mas suficiente para que ele se subsuma. Por isso, a subordinação de uma determinada situação de fato S à previsão P por via de um silogismo de subsunção só é possível se P puder ser plenamente definido mediante a indicação, que seja suficiente, de determinadas notas, ou, por outras palavras, quando com a caracterização de P mediante as notas N¹ até N^x se trata da definição de um conceito.

Os tipos e as pautas de valoração carecidos de preenchimento subtraem-se a uma tal definição, mesmo quando podem ser circunscritos e esclarecidos mediante a indicação de pontos de vista reitores, de traços característicos e por meio de exemplos.

A coordenação de um fenômeno da vida a um tipo ou à esfera de sentido de uma pauta carecida de preenchimento não é subsunção, mas coordenação valorativa. Em lugar do juízo que diz que as notas distintivas indicadas na previsão estão aqui presentes, existe o juízo que diz que a situação de fato sub judice se equipara ou se aproxima a uma outra em todos os aspectos decisivos para o julgamento, e que deverá julgar-se do mesmo modo. Isto também é válido quando uma nota conceitual é uma pauta “móvel”. Por isso, em vez de processo de subsunção, se deveria falar da coordenação da situação de fato à previsão de uma norma jurídica.

A subsunção pressupõe um ajuizamento da situação de fato, o qual, por seu lado, não se refere já em última análise a silogismos, mas tão-somente a juízos de percepção e experiência.vg: vermelho não tem definição; se chega a ele por coordenação de outros vermelhos – é o juízo de percepção e experiência que permite identificar o vermelho.

12) A DERIVAÇÃO DA CONSEQÜÊNCIA JURÍDICA POR INTERMÉDIO DA CONCLUSÃO

Muitas vezes a conclusão do silogismo de determinação da conseqüência jurídica não é suficiente para a determinação da conseqüência jurídica no caso particular.

O silogismo de determinação da conseqüência jurídica não acarreta em muitos casos uma determinação precisa da conseqüência jurídica, mas apenas uma moldura que precisa ser ulteriormente preenchida.

Existem proposições jurídicas que se servem para a determinação da situação de fato de um conceito indeterminado, de uma pauta carecida de preenchimento como a "boa-fé" ou "razão importante" e que, por isso, requerem mais do que o processo de subsunção que aqui vai escrito.

13) A CONFORMAÇÃO E APRECIÇÃO JURÍDICA DA SITUAÇÃO DE FATO

A situação de fato como acontecimento e como enunciado

As proposições jurídicas devem ser aplicadas a eventos fáticos, a uma situação de fato que se verificou. Isto só é possível na medida em que a situação de fato verificada é enunciada.

O que no fato-tipo de um juízo aparece como "situação de fato" é a situação de fato como enunciado.

O que aconteceu tem que ser mencionado com este fim (como enunciado), e aquilo que é mencionado tem de ser posto numa certa ordem.

A situação de fato como enunciado efetua sempre uma seleção dentro de uma realidade inabarcável, do constante fluir

do acontecer dos fatos; acha esta seleção desde logo o julgador, tomando em conta a possível relevância jurídica de cada um dos fatos.

A situação de fato enquanto enunciado não está assim “dada” de antemão ao julgador, mas tem que ser primeiramente conformada por ele, tomando em consideração, por um lado, os fatos que lhe chegaram ao conhecimentos e, por outro lado, a sua possível significação jurídica.

A atividade do jurista não se inicia normalmente com a apreciação jurídica da situação de fato que se lhe oferece como acabada, mas desde logo com a formação da situação de fato que adiciona-se à sua apreciação jurídica.

Na formação da premissa menor do silogismo de determinação da consequência jurídica, distinguem-se três elementos, a saber:

- 1 - A representação do caso da vida concreto, da situação de fato (verificada);
- 2 - A constatação de que esta situação de fato se verificou efetivamente assim;
- 3 - A apreciação da situação de fato, enquanto situação que apresenta as notas distintivas da lei, quer dizer, mais precisamente do antecedente da premissa maior (da previsão legal).

A “idéia” que o julgador tem da situação de fato verificada tem que ser por ele articulada para poder comparar com as notas distintivas da previsão legal, e a situação de fato verificada tem que ser com ele enunciada numa linguagem que seja conforme a lei.

A apreciação da situação de fato enquanto situação que corresponde (ou não) às notas distintivas da previsão legal não vem após a situação de fato enunciado, mas a acompanha, uma

vez que a conformação da situação de fato só resulta tomando em consideração a possível significação de cada um dos fatos.

Resta a constatação de que esta situação de fato se verificou efetivamente assim, de que a situação de fato como enunciado reflete de modo adequado a situação de fato verificada.

O relato originário, a situação de fato em bruto, será em parte encurtada pelo julgador e em parte complementada, até que a situação de fato definitiva contenha apenas os elementos (mas todos eles) do evento real que sejam relevantes face às normas jurídicas eventualmente aplicáveis.

A situação de fato ocorrida tem um núcleo que dá pretexto a que em torno dele se coloque uma questão jurídica.

Para poder apreciar juridicamente a situação de fato, tal como se verificou, o julgador tem de a reduzir à forma de um enunciado, em que recolha tudo aquilo (e só aquilo) que possa ser relevante para a apreciação jurídica. O que é relevante para a apreciação jurídica resulta das normas jurídicas potencialmente aplicáveis à situação de fato. O julgador parte, portanto, da situação de fato que lhe é relatada, examina quais as normas jurídicas que lhe são potencialmente aplicáveis, complementa em seguida a situação de fato atendendo às previsões destas proposições jurídicas que ele (o julgador) concretiza de novo (sempre que essas normas não permitam sem qualquer dificuldade uma subsunção) atendendo a essas conseqüências. A situação de fato como enunciado só obtém sua formulação definitiva quando se tomam em atenção as normas jurídicas em conformidade com as quais haja de ser apreciada; mas estas, por sua vez, serão escolhidas e, sempre que tal seja exigido, concretizadas, atendendo à situação de fato em apreço.

14) A SELEÇÃO DAS PROPOSIÇÕES JURÍDICAS PERTINENTES 'A CONFORMAÇÃO DA SITUAÇÃO DE FATO

A seleção das proposições jurídicas relevantes para a conformação da situação de fato definitiva parte primeiro da situação de fato em bruto e põe à prova as normas que são potencialmente aplicáveis.

Um por a prova indiscriminado pode não levar a lugar algum. Daí a importância do "sistema externo", formado por conceitos gerais abstratos, segundo pontos de vistas classificatórios mais ou menos formais. Só o sistema possibilita proceder metodicamente, num certo grau, na busca das proposições jurídicas que hão de ser trazidas à consideração. O julgador que se oriente pelo sistema é capaz de delimitar de certo modo o caso, uma vez que reconhece o setor de onde devem ser retiradas as normas aplicáveis. O jurista não busca sem qualquer orientação, em todo o ordenamento, mas limita-se àqueles âmbitos de regulação que podem realmente entrar em consideração. Se houver dúvida se na aplicação do Direito Público ou Privado, perguntará que critérios são determinantes para a delimitação destes complexos de regulação. Procurará trazer à exame todas as circunstâncias relevantes em relação a estes critérios. O julgador as recolherá na situação de fato enquanto enunciado, que ele haverá de conformar. No entanto, se a situação de fato não oferece motivo algum para pôr em dúvida que deve ser apreciada pelo Direito privado, então não se realizarão novas perguntas e ponderações neste sentido.

A conformação definitiva da situação de fato enquanto enunciado depende da seleção das normas jurídicas que lhe são potencialmente aplicáveis; estas dependem, também, das circunstâncias que chegaram até então ao conhecimento do julgador e do seu conhecimento de novos e mais estritos

complexos de normas, em cujo âmbito de regulação cai a situação de fato ou, à primeira vista, pode cair.

15) AS APRECIÇÕES REQUERIDAS

Na apreciação de uma situação de fato são exigidos do julgador juízo de índole muito distinta, já que a subsunção pressupõe certos juízos elementares. O peso decisivo da aplicação da lei não reside na subsunção final, mas na apreciação, que a antecede, dos elementos particulares da situação de fato enquanto tal, que correspondem às notas distintivas mencionadas na previsão. É deste núcleo central da aplicação da lei, da apreciação requerida da situação de fato, que agora vai se tratar.

16) JUÍZOS BASEADOS NA PERCEPÇÃO

A situação de fato enquanto enunciado refere-se, em primeira linha, a eventos ou situações fáticas; diz-nos quando, onde e de que modo ocorreu isto ou aquilo. Os enunciados sobre fatos assentam, em regra, em percepções. As percepções particulares associam-se com base na experiência cotidiana, em imagens representativas e a estas é dado um nome. Nisto esconde-se já algo semelhante a uma interpretação. De tais imagens representativas, assentadas na percepção e interpretação é que se compõe, em geral, a situação jurídica em bruto (vg sujeito viu uma nuvem e confundiu com montanha; viu um vulto que "latiu", concluindo ser um cão).

Ocorre que as previsões legais nem sempre se referem a fatos verificáveis pela percepção, mas também às ações humanas e às declarações de vontade, que hajam de compreender-se de modo determinado, como, vg, que hajam de interpretar-se como

declarações de vontade jurídico-negocial. Muitas vezes a previsão já exige uma valoração jurídica do ocorrido. Trata-se, com frequência, de juízos que assentam numa interpretação da conduta humana, na experiência social ou numa valoração.

Também as relações jurídicas podem ser elementos da previsão legal, vg, o proprietário de determinada coisa, representante legal de outrem, etc.

A existência de uma relação jurídica determinada num determinado período não é um fato da natureza, que, como tal, fosse acessível em princípio à percepção, mas, antes, um fato do mundo juridicamente vigente aqui e agora. Uma consequência jurídica, decorrente da aplicação de normas jurídicas a certos eventos da vida, pode atuar como elemento da previsão de uma outra proposição jurídica.

17) JUÍZOS BASEADOS NA INTERPRETAÇÃO DA CONDUTA HUMANA

Somente o lado externo da conduta humana é acessível, de modo imediato, à percepção. A conduta humana é um agir dirigido a fins.

A conduta percebida como agir dirigido a fins depende de uma multiplicidade de experiências sobre o que é que as pessoas intentam conseguir com uma tal conduta em uma tal situação.

Na interpretação das declarações jurídico-negociais se trata da indagação daquele significado que o ordenamento jurídico considera como juridicamente vinculativo. A interpretação das declarações jurídico-negociais requer não só uma interpretação com base na compreensão lingüística e nas experiências sociais, como também coloca exigências jurídicas específicas.

18) OUTROS JUÍZOS PROPORCIONADOS PELA EXPERIÊNCIA SOCIAL

Freqüentemente é necessário para tornar mais precisos determinados fatos, tal como a lei os configura, ir além da percepção empírico-social. O juízo de que uma coisa é defeituosa já contém um impacto normativo.

Qualificamos pois uma coisa defeituosa quando esta não é como deveria ser. Nesta conformidade, o critério é a valia ou idoneidade da coisa para o uso habitual ou pressuposto pelo contrato.

O uso normal e o valor de uma coisa resultam com base em fatos que são objeto de experiência social. O julgador ao indagar sobre a qualidade devida da coisa, ao contrário do que ocorre ao indagar sobre a sua qualidade fática, não se pode apoiar unicamente em juízos de percepção, mas forma o seu juízo com ajuda de experiências sociais. Tais experiências não são suficientes aqui para um julgamento seguro em todos os casos, de modo que permanece uma certa margem de livre apreciação.

Por vezes a decisão não se leva a cabo mediante a subsunção a uma norma previamente dada na concepção de um conceito (tráfego, por exemplo), mas funda-se na ponderação de fatos (se uma coisa alterada é "nova" em relação a outros semelhantes).

Nem sempre o juiz tem que proceder à apreciação de fatos sociais no caso particular. Poderá invocar as máximas gerais de experiência. Pode se qualificar de máxima geral de experiência o fato de as maçãs ou os limões serem coisas que podem determinar-se segundo o número de peças ou o peso, ou de a aptidão de um terreno para a construção ser uma propriedade do mesmo, considerada no tráfego como essencial. O juiz acha tais máximas de experiência com base na sua própria experiência social e, muitas vezes, nos livros jurídicos de comentário. Elas servem-lhe de

meio auxiliar da apreciação jurídica e asseguram, até certo ponto, a regularidade da aplicação da lei. Não são proposições jurídicas porque não têm vinculatividade normativa e a sua correção enquanto máximas de experiência depende de que possam continuar a fazer-se subsequente às experiências correspondentes. Se elas se tornarem duvidosas, o juiz terá de apreciar de novo os fatos que lhe servem de base, sob o ponto de vista da valoração legal.

19) JUÍZOS DE VALOR

O julgador na apreciação de certos eventos com base em experiências sociais, pondera fatos, quer dizer, valora-os na sua significação concreta sob o ponto de vista da regulação legal. É evidente que se lhe exige um juízo de valor quando, para poder coordenar a situação de fato com a previsão da norma legal, tenha de julgar segundo uma pauta que primeiro ele tenha de concretizar, uma pauta carecida de preenchimento (vg bons costumes, diligência devida, justa causa, etc).

A apreciação da situação de fato, tal como a configura a pauta carecida de preenchimento, não pode separar-se da questão relativa a que consequência jurídica é aqui “adequada”, no sentido da lei.

A questão da “adequação” de uma consequência jurídica (a uma situação de fato de determinada espécie) é uma questão de valoração. Esta valoração tem que empreendê-la o julgador dentro do quadro que lhe é previamente dado pela norma. A questão é de se e de que modo tais juízos de valor são fundamentáveis mediante considerações de ordem jurídica. Como questão preliminar surge aqui a do significado lógico ou semântico de um juízo de valor.

Por valorar ou avaliar deve-se entender um ato de tomada de posição. O objeto a avaliar será julgado como desnecessário,

preferível a outro ou secundário em relação a ele. Algo que todas as pessoas ou uma pessoa considera desejável chama-se um "bem", vg, paz, saúde, independência, ausência de coação, etc.

Se o juízo de valor é expressão de uma tomada de posição, esta é, antes de tudo, a de quem em cada caso haja de julgar. Mas disto não se deve concluir que o juízo de valor seja só um enunciado sobre o ato de valoração empreendido internamente por aquele que julgar. O juízo de valor não trata da constatação de um fato, mas da valoração de uma situação de fato. O juízo de que "esta conduta é contrária à moral" ou de que "uma exigência deste tipo é contrária à boa-fé" não só quer dizer que o julgador o sente como tal, mas que a conduta ou a exigência em causa "merece" uma tal valoração, que esta apreciação lhe advém por causa do Direito.

Os juízos de valor não só expressam algo sobre a própria valoração do julgador, mas algo sobre como deve ser julgada esta situação de fato, segundo a convicção conscientemente formada do julgador, sob pontos de vista jurídicos, em conformidade às exigências e pautas de valoração do ordenamento jurídico.

A tarefa do jurista é a materialização das valorações. Incumbe-lhe um valorar ligado a princípios jurídicos com a ajuda de um pensamento "orientado a valores". Para ele as pautas de valoração por que há de reger-se estão previamente dadas no ordenamento jurídico, na constituição e nos princípios jurídicos por ela aceitos, mesmo quando necessitem para a sua aplicação de outros atos, como uma concretização. Para o jurista, "justificar" uma decisão quer dizer que ela está em consonância com estas pautas fundamentais e com sua posterior configuração no ordenamento jurídico global – com inclusão dos critérios de decisão elaborados pela jurisprudência dos tribunais.

O legislador quando usa expressões do tipo "boa-fé", "equidade" e "exigibilidade" tem presentes aqueles casos sobre

cuja apreciação existe um consenso geral, segundo a pauta indicada. A pauta contém uma idéia jurídica geral que sugere uma orientação segundo certos pontos de vista.

A jurisprudência consegue enriquecer o conteúdo da pauta relativamente “indeterminada”, concretizá-la em relação a certos casos e grupos de casos e, deste modo, criar um entrelaçado de modelos de resolução em que possam ser arrumados os novos casos a serem julgados.

O processo de pensamento não se desenvolve numa só direção, mas num sentido recíproco: as idéias jurídicas gerais aos casos que hão de ser julgados em conformidade com elas; a partir destes casos, através dos casos típicos e idéias jurídicas mais especiais, ao princípio geral. Importa saber que circunstâncias são importantes, e em que medida, para a valoração exigida (em conformidade com o critério geral) pois só aqueles casos que são iguais em relação a todas essas circunstâncias deverão ser julgados de modo idêntico.

Não se deve exigir de uma fundamentação jurídica, pelo menos quando se trate de juízos de valor, o rigor lógico de um raciocínio matemático ou físico. “Fundamentar” quer dizer aqui justificar a decisão com base no Direito vigente, mediante ponderações a emprender sabiamente. Mesmo quando isto não seja plenamente alcançado, o juiz, que entenda corretamente a sua função, há de esforçar-se nesse sentido com as suas melhores aptidões.

20) A IRREDUTÍVEL MARGEM DE LIVRE APRECIACÃO POR PARTE DO JUIZ

Não só na concretização de uma pauta de valoração carecida de preenchimento, como também, por vezes, no julgamento de uma situação de fato com base em experiências

sociais e na coordenação a um tipo (como possuidor de animal, detentor em nome alheio, coisa acessória), resta ao juiz uma margem de livre apreciação, que já não pode ser colmatada mediante ponderações convincentes para quem quer que seja.

Quando a lei prescindiu da fixação, quando esta seja possível, de uma dimensão quantitativa para a delimitação ("desproporção manifesta") há lugar, em vez de uma limitação rígida, a um espaço intermédio, adentro do qual a resolução pode ser deste ou daquele modo. Algo semelhante acontece quando só existem transições fluidas, como entre dia e noite, um grupo de árvores e um bosque, leve e grave etc.

O juiz tem que chegar a uma resolução do caso que lhe foi submetido e, por isso, tem que decidir-se a julgar de um ou outro modo a situação de fato que lhe foi submetida. Tem que se aceitar o inevitável risco de insegurança para a jurisprudência dos tribunais em tais casos. É suficiente que o juiz tenha esgotado todos os meios de concretização de que dispõe, com a ajuda de reflexões jurídicas e que sua resolução surja como plausível, i.e., quando pelo menos haja bons argumentos que apontem tanto no sentido de sua correção, como em sentido oposto.

O juiz se contenta com a mera plausibilidade de uma resolução, quando o leigo espera a correção comprovável, é algo que ressalta no caráter inevitável da irreduzibilidade de margens de livre apreciação e na obrigação de decidir que paira sobre o juiz.

Uma vez que é mais fácil dizer o que é claramente injusto do que é justo nos casos difíceis, o juiz pode evitar, deste modo, pelo menos uma resolução manifestamente injusta.

Da margem de livre apreciação que resta àquele que aplica o Direito, especialmente ao concretizar uma pauta carecida de preenchimento atendendo ao caso singular, mas também, num âmbito mais reduzido, ao realizar a coordenação a um tipo, bem

como quando existem transições fluidas, há que distinguir o poder discricionário de ação ou de conformação do agente da Administração nos casos em que a lei deixa uma margem de decisão livre.

Entre a margem de livre apreciação daquele que aplica o Direito e a (vinculada) discricionariedade (poder discricionário de atuação) da Administração continua a existir esta diferença: a de que no processo de concretização de pautas que carecem de preenchimento, pelos tribunais, a decisão singular atua como exemplo e, nestes termos, contribui para estreitar a margem de livre apreciação residual, enquanto no domínio do poder discricionário de atuação tais efeitos não se dão na mesma medida.

No que se refere à dosimetria da pena subsiste um resíduo pessoal que não é eliminável por redução através da razão, ou seja, uma componente individual no ato de decisão. É tarefa da ciência do Direito, mediante o desenvolvimento de critérios esclarecedores e suficientemente praticáveis de estabelecimento da medida da pena, colocar o juiz em posição de tornar tão apurada quanto possível a decisão sobre a medida da pena, quer dizer, manter reduzida a margem de livre apreciação, dentro da qual ele pode se mover.

21) A INTERPRETAÇÃO DAS DECLARAÇÕES JURÍDICO-NEGOCIAIS. AS DECLARAÇÕES JURÍDICO-NEGOCIAIS COMO ARRANJOS DE CONSEQÜÊNCIAS JURÍDICAS

Situações de fato juridicamente relevantes são, muitas vezes, aquelas que constam de uma ou mais declarações, que estão dirigidas ao surgimento de conseqüências jurídicas (negócios jurídicos). Estas declarações carecem de esclarecimento. As declarações jurídico-negociais não são só situações de fato a

cuja presença a lei ligue determinadas conseqüências jurídicas, mas indicam, segundo o seu próprio conteúdo, que deve ter lugar esta ou aquela conseqüência jurídica. Os negócios jurídicos são situações de fato que implicam já as conseqüências jurídicas que a eles estão primariamente coordenadas. Com isto, distinguem-se de modo fundamental de todas as outras situações de fato juridicamente relevantes.

A obrigação do contrato não resulta de que a lei a ligue a uma determinada previsão, como conseqüência jurídica, mas do próprio tipo legal "contrato obrigacional juridicamente válido".

Enquanto não soubermos a que é que as partes se obrigaram, não poderemos dizer a que tipo de contrato anuíram.

A primeira questão a que o jurista tem que responder para julgar sobre um contrato é: o que é que acordaram as partes? Deverá interpretar as declarações das partes do contrato. Só depois de apurado o que foi acordado, i.e., quais as conseqüências jurídicas que as partes acordaram, é que se coloca a questão subsequente de como se há de juridicamente classificar e julgar esse acordo, se, vg, como compra e venda, doação mista, locação financeira, ou o que for. Por outro lado, da classificação depende a aplicabilidade de normas legais, na sua maior parte de natureza dispositiva, que complementam o acordo. A aplicabilidade das normas de integração do contrato depende da apreciação jurídica do contrato concreto, e este, por sua vez, daquilo que as partes nele convencionaram.

A questão sobre o que as partes convencionaram não é apenas uma questão de constatação de fatos ou de análise psicológica. As partes não comunicam só o que pretendem, mas chegam a um acordo sobre que, nas relações de uma parte com a outra, devem valer certas conseqüências jurídicas. O cliente tem de admitir que o sentido da sua declaração, que deve ser considerado juridicamente relevante, é vinculativo para ele.

22) SOBRE A INTERPRETAÇÃO DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS

Sempre que o significado juridicamente determinante de uma declaração se torna controvertido para as partes, necessita-se de interpretação pelo tribunal.

Se o declaratório entendeu de modo diferente que o declarante, então não é juridicamente determinante, nem o significado efetivamente intencionado, nem o efetivamente percebido. A ordem jurídica tutela a confiança do declaratório a fim de que a declaração valha com o significado com que podia e devia ser entendida, segundo as circunstâncias. Este significado é um significado normativo da declaração sendo esta para ele decisivo o “horizonte de compreensão do declaratório”, posto que não precisa estar de acordo nem com o efetivamente pensado, nem com o efetivamente entendido.

Que ponderações tem o intérprete de empreender para averiguar o sentido normativo da declaração ? Primeiro, coloca-se na posição do declaratório e considera-se as circunstâncias conhecidas ou conhecíveis no momento do acesso à declaração. O intérprete deve conceber o declaratório como um participante no tráfego familiarizado com o uso geral da linguagem, o uso especial da linguagem do círculo de relações em causa e os usos do tráfego.

A interpretação das declarações particulares de vontade (inclusive das declarações de ambas as partes conducentes à celebração do contrato) distingue-se da interpretação contratual integradora como interpretação da regulação, válida entre as partes, criada por via do contrato. Esta pode conter lacunas ou se uma questão está ou não compreendida na regulação. Para a interpretação contratual integradora, são decisivos o contexto global do contrato, um escopo do contrato reconhecido por ambas as partes e a situação de interesses, tal como foi configurada por cada uma das partes.

Na interpretação do contrato não deve o juiz pôr suas próprias pautas de valoração no lugar das partes do contrato. O juiz está, na interpretação do contrato, vinculado às bases de valoração aceitas pelas partes, se é que a sua atividade haja ainda de continuar a ser interpretação do contrato.

A interpretação contratual integradora pertence a uma determinação mais em pormenor das conseqüências jurídicas. Estas não são inferidas da regulação legal, mas da regulação estabelecida pelas partes do contrato e, de certo modo, da regulação definitivamente configurada pelo juiz.

Do mesmo modo que na integração das lacunas da lei com ajuda de métodos interpretativos, também a possibilidade de uma "interpretação contratual integradora" assenta em que uma regulação em si harmônica contém mais do que aquilo que é diretamente dito nas suas palavras e frases. Trata-se do fenômeno de hermenêutica do "excesso de sentido", da possível discrepância entre "conteúdo de sentido" e "forma de sentido".

As regras legais se harmonizam entre si em muito maior medida do que a regulação de um contrato, muito mais fragmentária, por detrás da qual se perfilam interesses muito divergentes.

Se o contrato corresponde a um tipo legal, as lacunas do contrato são colmatadas com o Direito positivo legal. Se o contrato é, vg, atípico, faltando uma regulação especial, a "interpretação contratual integradora" é a via para o preenchimento das lacunas do contrato.

23) SOBRE A CLASSIFICAÇÃO DOS CONTRATOS OBRIGACIONAIS EM TIPOS CONTRATUAIS LEGAIS

A aplicação das regras dadas para um determinado tipo de contrato tem que ser antecedida pela classificação do contrato

concreto na esfera de sentido desse tipo contratual. Isto ocorre por um silogismo de subsunção. Este pressupõe, como premissa maior um conceito plenamente definido, a subsunção só pode realizar quando e na medida em que for possível definir de modo acabado o tipo contratual legal mediante a indicação das notas distintivas fixas que o caracterizam. A lei dispõe de uma definição desse gênero, *vg*, na compra e venda, na locação. É, porém, duvidosa uma conceituação rigorosa em relação à, *vg*, prestação de serviço, empreitada ou mútuo.

Existem também tipos por detrás das fixações conceptuais da lei. Elementos de contratos podem associar-se entre si de maneira diferente, *vg*, locação/venda e o *leasing*. Por conseguinte, pensou-se neste ponto sempre de modo tipológico. A existência de contratos mistos indica que nas definições legais se trata somente de descrições abreviadas de tipos. É possível distinguir tipos mais estritos que podem também acolher alguns elementos de outro tipo contratual.

A distinção entre conceito e tipo já foi vista nos termos de que o âmbito de um conceito é fixado de modo concludente pelas notas que formam a sua definição, enquanto que o tipo não o é. Os traços que o caracterizam são tais que surgem sob diferentes graus de intensidade e podem, até certo ponto, reciprocamente substituir-se. Decisiva é a "imagem global" que resulta da regulação legal ou contratual e que permite conhecer certos pontos de vista reitores. Ainda que certos traços característicos possam ser irrenunciáveis para o tipo (onerosidade para a locação e a transferência para a compra e venda) e possibilitem, por isso, uma determinação do conceito, esta não torna dispensável o recurso ao tipo quando se manifestam desvios de imagem normal. O tipo é sempre mais rico em conteúdo que o conceito. A consideração tipológica abre a possibilidade de classificar adequadamente transformações de tipos e combinações de tipos.

Para a consideração tipológica, o contrato pode em certos aspectos integrar-se num tipo e noutros no outro, ou unir em si, de forma específica, traços de diferentes tipos num novo tipo. Nos contratos de tipo misto a questão é se os elementos de um ou de outro tipo contratual "predominam" na imagem global do contrato. Conjuntamente com a "coordenação" ao tipo, necessita-se de uma "ponderação" dos distintos elementos do contrato no seu significado concreto adentro do contrato, como relação jurídica unitária.

A flexibilidade muito maior da consideração tipológica frente à puramente conceptual, que resulta do que foi dito, só aparentemente se consegue à custa de uma menor medida de segurança jurídica, pois que, na verdade, em todos os casos em que, em vez de limites fixos, só existem transições gradativas ou tipos mistos, a jurisprudência dos tribunais não encontrará os enunciados decisivos por via conceptual, mas, com freqüência, mais ou menos intuitivamente.

O método tipológico deriva da insuficiência da lógica da subsunção. A ponderação pode não redundar num resultado muito seguro e suscetível de livre apreciação. A necessidade de uma certa flexibilidade ao fazer a classificação adentro dos tipos contratuais legais resulta do princípio da liberdade contratual o qual tem como consequência que o comércio jurídico nem sempre se atém ao modelo do contrato regulado por ele, mas produz constantemente desvios e novos tipos.

24) A SITUAÇÃO DE FATO VERIFICADA

A tarefa do juiz é apreciar juridicamente situações de fato que se verificaram e que não foram apenas imaginadas. A situação de fato e sua apreciação orientam-se às previsões das normas jurídicas potencialmente aplicáveis e às pautas de apreciação nelas contidas. A situação de fato como enunciado (caso) deve refletir

por meio da linguagem e das formas de expressão de que dispõe, a situação de fato verificada, tal como ela se apresenta no processo ao tribunal; o juiz descreve-a como um fato que se verificou nestes termos e não de outro modo. De que meios dispõe o tribunal para conhecer que uma situação de fato se verifica efetivamente assim ?

25) SOBRE A COMPROVAÇÃO DOS FATOS NO PROCESSO

O juiz, de regra, não presenciou os fatos, mas é informado por percepções alheias. O meio pelo qual o juiz procurará obter uma imagem apropriada dos eventos é a conclusão obtida a partir dos chamados indícios. Intenções, motivos, boa-fé, só podem ser inferidos com base em indícios uma vez que não são acessíveis de modo imediato a uma percepção alheia. Entende-se por indícios aqueles fatos ou eventos que em si mesmos não fazem parte da situação de fato, mas que permitem uma inferência sobre um evento a ela pertinente. Numa tal inferência funciona como premissa maior, regra geral, uma determinada máxima de experiência, uma lei natural ou uma regra de probabilidade e como premissa menor o fato indiciário que, ou é especificado no processo, ou está corroborando por inspeção ocular ou testemunho fidedigno. Só quando a premissa maior é uma lei natural ou um corolário das leis naturais é que a inferência é vinculativa em relação ao fato a comprovar.

Provar quer dizer criar no tribunal o convencimento da exatidão de uma alegação de fatos. Este convencimento pode também o juiz adquiri-lo mesmo quando, com base em indícios presentes, somente um elevado grau de probabilidade faz propender a que a alegação dos fatos seja ajustada.

Colocam-se limites à comprovação daquilo que realmente aconteceu. No entanto, às alegações de fatos que são aceitos ou

não impugnados pela parte contrária deverá o juiz dá-los como provados, mesmo que não esteja convencido de sua exatidão. O juiz pode, assim, estar sujeito a pôr como base do seu julgamento uma situação de fato que ele pessoalmente está convencido que não se verificou desse modo. Mesmo onde não prevalece o princípio dispositivo, mas o inquisitório, põem-se certos limites ao achamento da verdade pelo tribunal.

Os eventuais obstáculos ao achamento judicial da verdade protegem outros bens jurídicos, em especial os direitos irrenunciáveis de personalidade e interesses de terceiros dignos de proteção. O achamento da verdade é decerto um fim muito importante no Direito Processual, mas não o seu fim único. Este pode ceder a outros fins mais importantes.

26) A DISTINÇÃO ENTRE QUESTÃO DE FATO E QUESTÃO DE DIREITO

A questão de fato refere-se ao que efetivamente ocorreu e a questão de direito se refere de como há de se qualificar o ocorrido em conformidade com os critérios da ordem jurídica. A questão de fato é equiparada, na maioria das vezes, à denominada subsunção da situação de fato em causa à previsão de uma norma jurídica. O juiz julga sobre a questão de fato com base no que é aduzido pelas partes e na produção da prova; a questão de direito decide-a sem depender do que é alegado pelas partes, com base no seu próprio conhecimento do Direito e da lei, que tem de conseguir por si (*jura novit curia*). Por fatos, em contraposição à questão de direito são ainda os processos psíquicos e ações, com abrangência do seu lado "interior", tudo aquilo que possui uma determinada localização no tempo.

A pergunta sobre se algo ocorreu efetivamente só pode ser colocada quando o "quê" (*quid*) sobre que se pergunta está

determinado. Só pode ser determinado com expressões que ou pertencem à linguagem corrente ou à linguagem legislativa. No último caso já entra algo de apreciação jurídica no estabelecimento da questão de fato.

A separação entre questão de fato e questão de direito pode muito bem realizar-se quando se pergunta unicamente se se apresentam ou se ocorreram certos fatos que são descritos com termos de linguagem corrente, inclusivamente quando estes termos se incorporaram na linguagem legislativa.

À questão de direito pertence a qualificação do ocorrido com ajuda daqueles termos cujo conteúdo significativo no contexto dado resulta apenas do ordenamento jurídico, com base numa coordenação tipológica, numa ponderação de pontos de vista divergentes ou numa valoração jurídica nos quadros de uma pauta carecida de concretização.

Questão de fato é o que as partes disseram quando da celebração do contrato e o que a esse respeito uma e outra pensaram; é questão de direito saber com que significado cada uma das partes deixou valer a sua declaração – a questão da interpretação normativa das declarações de vontade. Se A causou um acidente por ter patinado numa curva molhada, a questão de fato é o estado do pavimento e a velocidade com que A conduzia na curva; se o seu modo de condução foi, nestas circunstâncias, “negligente”, é questão de direito. Sobre esta questão (de direito), bem como sobre o significado de uma declaração que haja de ser considerada juridicamente determinante não pode exigir-se prova do processo. Em contrapartida, pode e deve exigir-se prova sobre todas as circunstâncias factuais de cuja existência depende a resposta à questão de direito.

Certos recursos só podem na circunstância de que uma norma jurídica não foi aplicada ou não foi corretamente aplicada.

A norma jurídica não foi corretamente aplicada se o tribunal incorreu em erro na apreciação jurídica da situação previamente constatada, i.e., na resposta à questão de direito. Esta distinção não tem sido enfrentada de modo conseqüente. Considera como questão de direito o julgamento de uma determinada conduta como negligente, mas considera questão de fato se a negligência foi leve ou grave. Trata-se, em ambos os casos, de uma questão de valoração, i.e., de uma questão de direito. A interpretação das declarações de vontade de particulares (indagação do sentido juridicamente determinante, i.e., interpretação normativa) considera a jurisprudência como não passíveis de recursos extraordinários, a não ser que exista uma violação dos princípios gerais da interpretação, das leis do pensamento ou de máximas de experiências geralmente reconhecidas. Realmente, não se pode dizer aqui que se trata de uma questão de fato.

Quando a resposta final à questão de direito depende da tomada em consideração das numerosas particularidades da situação de fato, ou seja, relativamente à interpretação de contratos a propósito da concretização de uma pauta geral atendendo às circunstâncias do caso singular, o juiz tem uma maior proximidade com a matéria e está em condições de esclarecer a questão de fato, mediante seu poder inquisitório, enquanto que o juiz que procede à análise dos recursos extraordinários colhe a sua informação na situação de fato que lhe é transmitida pelo juiz de primeira instância.

Aqui a questão de fato e a questão de direito se entrelaçam de modo quase indissolúvel: o modo como o juiz vem julgar o evento concreto depende de quais circunstâncias toma em consideração em seu julgamento e que procura esclarecer em qualquer caso; a seleção das circunstâncias que há de tomar em consideração depende de se lhes atribuir ou não significado para a apreciação. Quando se trata essencialmente das singularidades

próprias de cada caso, mas não daqueles traços típicos que se repetem noutros casos, desaparece a finalidade uniformizadora típica dos recursos extraordinários. Deixa-se ao juiz monocrático certa margem de livre apreciação, dentro da qual fica subtraída à comprovação pelo tribunal.

27) A INTERPRETAÇÃO DAS LEIS. A MISSÃO DA INTERPRETAÇÃO. A FUNÇÃO DA INTERPRETAÇÃO NO PROCESSO DE APLICAÇÃO DA LEI

A interpretação da lei é um processo de duplo sentido onde se conforma a situação de fato definitiva enquanto enunciado, a partir da “situação de fato em bruto”, atendendo às proposições jurídicas potencialmente aplicáveis, e se precisa o conteúdo das normas a serem aplicadas, atendendo mais uma vez à situação de fato tanto quanto seja necessário. Interpretar é uma atividade de mediação, pela qual o intérprete traz à compreensão o sentido de um texto que se lhe torna problemático. O texto se torna problemático atendendo à aplicabilidade da norma a uma situação de fato. O significado preciso de um texto legislativo ser sempre problemático decorre do fato de a linguagem corrente (que a lei muitas vezes se utiliza) não utilizar conceitos precisos (ao contrário da linguagem das ciências) que oscilam dentro de uma larga faixa e que pode ser diferente segundo as circunstâncias, a relação objetiva e o contexto do discurso, a colocação da frase e a entonação de uma palavra. Mesmo conceitos precisos contêm, freqüentemente, notas distintivas que carecem de uma delimitação rigorosa. Muitos conceitos jurídicos não estão definidos na lei (negócio jurídico, pretensão, ilícito) e com freqüência uma mesma expressão é usada em diferentes sentidos.

O juiz que se ocupa da interpretação de disposições legais especiais tem que indagar que conteúdo e que delimitação o

legislador deu ao conceito, em geral, mas em particular à lei especial a aplicar e, por último, à norma singular aplicável.

A necessidade da interpretação pode ainda resultar de que duas proposições jurídicas prescrevem para a mesma situação de fato duas conseqüências jurídicas que reciprocamente se excluem. Mesmo quando não se excluem, surge a questão de se devem ter lugar uma a par com a outra, ou se uma norma repele a outra (questão do concurso de normas).

A missão da interpretação da lei é evitar a contradição entre as normas, responder a questões sobre concurso de normas e concurso de regulações e delimitar, uma em face das outras, as esferas de regulação, sempre que tal seja exigível. O objeto da interpretação é o texto legal como portador do sentido nele vertido, de cuja compreensão se trata na interpretação. Interpretação é desentranhamento, difusão e exposição do sentido disposto no texto, mas, de certo modo, ainda oculto. O texto nada diz a quem não entenda já alguma coisa daquilo de que se trata. Só responde a quem o interroga corretamente. A pergunta é previamente dada àquele que quer aplicar a lei pela situação de fato em bruto e pela sua transformação em situação de fato definitiva. Para formular corretamente, precisa-se conhecer a linguagem da lei e o contexto de regulação em que a norma se encontra. O modo de formular a pergunta traduz a participação do intérprete no resultado da interpretação e limita, ao mesmo tempo, as respostas possíveis.

A interpretação nunca é definitiva porque a variedade inabarcável e permanente mutação das relações da vida colocam o intérprete constantemente diante de novas questões. Também não é válida em definitivo, porque a interpretação tem sempre uma referência de sentido à totalidade do ordenamento jurídico respectivo e às pautas de valoração que lhe são subjacentes. Toda interpretação da lei, até certo ponto, está condicionada

pela época. Só diante de uma mutação fundamental da consciência valorativa geral é que deve ser considerada pelo intérprete para alterar a interpretação, mormente quando esta tenha encontrado expressão em leis mais recentes ou num amplo consenso.

É mal colocada a questão de se a interpretação jurisprudencial é ciência ou arte.

Se se põe com base no conceito cientificista de ciência, não pode ser ciência. O seu procedimento não é o de um pensamento linear que avança numa só direção, mas o de um esclarecimento recíproco de cada conjectura de sentido, confirmando-a ou rejeitando-a. Esse procedimento se assemelha ao do artista, porque requer a mobilização das forças criadoras do espírito.

Não se trata de modelação ou configuração, mas de enunciados adequados sobre o conteúdo e alcance das normas. Tais enunciados estão (como qualquer enunciado) submetidos à exigência de correção, não significando isto uma verdade intemporal, mas correção para esta ordem jurídica e para este momento. Enquanto atividade conduzida metodicamente, que está dirigida a obter enunciados "corretos", i.e., adequados, a interpretação só é atividade científica se nos libertarmos da estreiteza do conceito cientificista de ciência.

28) O OBJETO DA INTERPRETAÇÃO: VONTADE DO LEGISLADOR OU SENTIDO NORMATIVO DA LEI ?

Formou-se na literatura jusfilosófica e metodológica duas teorias sobre o objeto da interpretação da lei. A teoria subjetivista ou teoria da vontade, que considera escopo da interpretação a indagação da vontade histórico-psicológica do legislador e a teoria objetivista ou teoria da interpretação imanente à lei, onde a exploração do sentido é inerente à própria lei.

A verdade da teoria subjetivista é que a lei jurídica, ao invés da lei natural, é feita por homens e para homens, é expressão de uma vontade dirigida à criação de uma ordem tanto quanto possível justa e adequada às necessidades da sociedade. Existe, por trás da lei, uma intenção reguladora, valorações, aspirações e reflexões substantivas, que nela acham expressão mais ou menos clara.

A verdade da teoria objetivista é que uma lei, logo que seja aplicada, irradia uma ação que lhe é peculiar, que transcende aquilo que o legislador tinha tentado. A lei intervém em relações da vida diversas e em mutação, cujo conjunto o legislador não podia ter abrangido e dá resposta a questões que o legislador ainda não tinha colocado a si próprio. Adquire, com o decurso do tempo, cada vez mais como que uma vida própria e afasta-se, desse modo, das idéias de seus autores.

Na lei, como na vontade do seu autor ou de uma regulação jurídica, confluem tanto as idéias subjetivas e metas, como certos fins e imperativos jurídicos objetivos em relação aos quais o legislador não precisa ter consciência ou de a ter em toda sua amplitude. Quem quiser compreender plenamente uma lei tem de ter uns e outros em consideração.

O escopo da interpretação só pode ser o sentido do que agora é juridicamente determinante, i.e., o sentido normativo da lei. Mas o sentido da lei que há de ser considerado juridicamente determinante tem de ser estabelecido atendendo a intenções de regulação e às idéias normativas concretas do legislador histórico e, de modo nenhum, independentemente delas. É antes o resultado de um processo de pensamento em que todos os momentos mencionados, ou seja, tanto os subjetivos como os objetivos, hão de estar englobados e que nunca chega a seu termo.

A expressão "vontade da lei" só é apropriada para encobrir a relação de tensão que a cada momento pode surgir entre a intenção originária do legislador e o conteúdo "em permanente

reformulação” da lei, conteúdo que hoje deve ser considerado como determinante. O “sentido normativo da lei” não exclui, antes inclui, esta relação de tensão; está, portanto, sempre referido também à vontade do legislador (vontade da lei – sentido normativo da lei).

A interpretação não deve ser deixada ao arbítrio do intérprete, mas decorrer de modo seguro e comprovável, sendo preciso ter critérios de interpretação pelos quais possa guiá-lo.

Os elementos gramatical, lógico, histórico e sistemático da interpretação não podem ser isolados, mas devem atuar conjuntamente. Não se trata de diferentes métodos de interpretação, mas de pontos de vista metódicos que devem ser todos tomados em consideração para que o resultado da interpretação imponha a pretensão de correção (no sentido do enunciado adequado). Os critérios devem ser ponderados, todos, e de forma conglobante.

29) OS CRITÉRIOS DE INTERPRETAÇÃO. O SENTIDO LITERAL

Toda interpretação de um texto inicia-se com o sentido literal. É o significado de um termo ou de uma cadeia de palavras no uso lingüístico geral.

A flexibilidade, a riqueza de cambiantes e a capacidade de adaptação da linguagem geral constituem ao mesmo tempo a sua força e a sua fraqueza, o que tem como conseqüência que do uso lingüístico, apenas, se não obtém um sentido literal inequívoco. em lugar disso encontramos significados possíveis e variantes de significado, a partir de onde aquilo que é pensado em concreto só se obtém com base na conexão do discurso, da coisa de que ele trata ou das circunstâncias acompanhantes. A estes critérios correspondem, com respeito à interpretação da

lei, a conexão de significado, a intenção reguladora do legislador e a estrutura do setor material regulado.

A conexão de significado da lei e também o escopo de uma regulação serão inferidos da sucessão e conjugação daqueles significados que correspondem aos termos particulares e aos encadeamentos de frases do texto legal, em conformidade com o uso lingüístico geral ou com o uso lingüístico especial por parte da lei.

Trata-se aí do processo de olhar para frente e para trás, do esclarecimento recíproco, que é conhecido pelo nome de "círculo hermenêutico".

Quanto menor for o sentido literal, conforme o uso lingüístico geral, ou a um uso lingüístico jurídico especial, menos se deverá prescindir do seu conhecimento, devendo desencadear o processo do compreender mediante o interpretar.

Os termos que obtiveram na linguagem jurídica um significado específico, *vg.* contrato, crédito, herança, legado, são usados nas leis, com este significado especial. Deste modo eliminam-se inúmeras variantes de significado do uso lingüístico geral e o círculo de possíveis significados com o esclarecimento do uso lingüístico jurídico preciso, a interpretação pode chegar a seu termo.

O teor literal tem uma dupla missão: é ponto de partida para a indagação judicial do sentido e traça, ao mesmo tempo, os limites de sua atividade interpretativa. Uma interpretação que não se situe no âmbito do sentido literal possível, já não é interpretação, mas modificação de sentido. O sentido literal possível é tudo aquilo que nos termos do uso lingüístico que seja de considerar como determinante em concreto, pode ser ainda entendido como o que com esse termo se quer dizer.

O legislador parte do uso lingüístico do seu tempo. Se se trata de um termo da linguagem técnico-jurídica, que o legislador

usou no sentido em que era entendido no seu tempo, há que partir do significado então do termo. Se se partisse, sem mais, do significado atual, haveria provavelmente de se falsear a intenção do legislador.

É diferente quando o significado de um termo não estava fixado num determinado sentido à data do surgimento da lei, sentido que o legislador fez seu. Então é recomendável tomar como limite da interpretação o sentido literal que é hoje possível, no caso de, deste modo, se possibilitar uma interpretação que chegue a ser mais conforme com o fim ou com a idéia de base da norma.

O sentido literal a extrair do uso lingüístico geral ou, sempre que ele exista, do uso lingüístico especial da lei ou do uso lingüístico jurídico geral, serve à interpretação como uma primeira orientação, assinalando enquanto sentido literal possível o limite da interpretação propriamente dita.

30) O CONTEXTO SIGNIFICATIVO DA LEI

Qual, dentre as múltiplas variantes de significado que podem corresponder a um termo, resulta com a maior exatidão possível do contrato em que ela é usada? O contexto significativo da lei determina a compreensão de cada uma das frases e palavras, assim como a compreensão de uma passagem do texto é codeterminada pelo contexto. Trata-se aqui do círculo hermenêutico. Uma lei, as mais das vezes, é constituída por proposições jurídicas incompletas – a saber: aclaratórias, restritivas e remissivas, que só conjuntamente com outras normas se complementam numa norma jurídica completa ou se associam numa regulação. O sentido de cada proposição só se infere quando é considerado como parte da regulação a que pertence. Quando a lei resulta para outra disposição, tem de ser esta levada em conta para que se esclareça o alcance da norma remissiva.

Para além desta função legal do contexto, proporcionadora da compreensão, o contexto significativo da lei desempenha, ainda, um amplo papel em ordem à sua interpretação, ao poder admitir-se uma concordância objetiva entre as disposições legais singulares. Entre as várias interpretações possíveis segundo o sentido literal, deve por isso ter prevalência àquela que possibilita a garantia de concordância material com outra disposição.

A questão relativa à conexão de significado da lei não pode nem se desligar completamente da questão relativa ao sentido literal possível, nem ser respondida com a questão relativa a outros critérios de interpretação. A conexão de significado da lei, e também a sistemática conceitual que lhe é subjacente, só é compreensível quando se tomam também em consideração os fins da regulação.

O critério do contexto significativo exige, em primeiro lugar, prestar atenção ao contrato, tal como se requer para a compreensão de todo o discurso ou escrito coerentes. Exprime a concordância material das disposições dentro de uma regulação. A conexão de significado da lei, só pode compreender-se, em muitos casos, quando se retorna à teleologia da lei e ao sistema interno, que lhe subtraz, das opções valorativas e princípios reitores. A questão relativa à conexão de significado conduz então aos critérios teleológicos. As regras tradicionais de interpretação não podem ser individualizadas como métodos independentes entre si. Ao invés, manifestam-se no processo de concretização não só complementando-se e apoiando-se umas às outras, mas sempre entrelaçadas materialmente uma com as outras logo desde o princípio. O intérprete não pode escolher entre diferentes métodos.

IV - INTENÇÃO REGULADORA, FINS E IDÉIAS NORMATIVAS DO LEGISLADOR HISTÓRICO

O sentido literal resultante do uso lingüístico geral ou de uso lingüístico especial por parte da lei, assim como o contexto significativo da lei e a sistemática conceitual que lhe é subjacente deixam sempre em aberto diferentes possibilidades de interpretação. É natural que se pergunte sobre qual a interpretação que melhor corresponde à intenção reguladora do legislador ou à sua idéia normativa. Com isso, chegamos ao elemento histórico da interpretação que se há de ter em conta ao averiguar o sentido da lei normativamente determinante.

A intenção reguladora do legislador e as decisões valorativas por ele encontradas para alcançar manifestamente esse desiderato continuam a ser arrimo obrigatório para o juiz, mesmo quando acomoda a lei por via da interpretação teleológica ou do desenvolvimento do Direito, em face de novas circunstâncias não previstas pelo legislador ou quando a complementa.

O que se aprova no legislativo, sobre o que parlamentares formam uma opinião e que aprovam é intenção reguladora e os fins da lei, as repercussões sócio-políticas e a "tendência" global da lei. A sua aprovação vale só para o texto enquanto tal, não para uma determinada interpretação do texto. Só os fins, estatuições de valores e opções fundamentais determinados na intenção reguladora ou que dela decorrem, sobre os quais, de

fato, os participantes no ato legislativo tomaram posição, podem ser designados como "vontade do legislador", que se realiza mediante a lei. As idéias normativas concretas, i.e., as idéias claras sobre o significado e alcance precisos de uma disposição particular ou de um termo particular, não são do legislador. Suas opiniões são importantes para a interpretação, pois que na escolha dos termos terão empreendido reflexões sobre o seu alcance e que os escolheram de modo a que se aproximassem da intenção regulativa do legislador. Estas opiniões não representam uma bitola vinculativa para o intérprete que, ao contrário, freqüentemente se afastará delas porque as idéias normativas dos autores da lei ficam geralmente aquém das possibilidades de aplicação da norma.

Como fontes de conhecimento das idéias normativas das pessoas envolvidas na preparação e redação da lei, entram em consideração os diferentes projetos, os atos das comissões de assessoria e as exposições de motivos juntos aos projetos e as atas das sessões parlamentares. Estes testemunhos deverão ser interpretados tendo como pano de fundo o entendimento lingüístico da época assim como a doutrina e jurisprudência de então. É este o ponto em que as indagações históricas se convertem em meio auxiliar da interpretação jurídica.

As mesmas fontes de conhecimento servem também para averiguar a intenção reguladora e dos fins do legislador, sempre que não sejam evidentes a partir da própria lei, de um preâmbulo, das disposições introdutórias, das epígrafes, do contexto significativo da lei e das decisões valorativas daí resultantes. Uma regulação pode ter só um único fim. A maior parte das vezes uma regulação legal persegue fins diversos em diferentes frases vg: as regras sobre a situação jurídica das pessoas com capacidade negocial limitada têm por fim, em primeira linha, a proteção destas pessoas frente às conseqüências potencialmente desfavoráveis dos seus próprios atos. Mas ao mesmo tempo, restringe-lhes aquela medida de

possibilidade de atuação jurídico-negocial própria que, na opinião do legislador, é compatível com este fim socialmente desejável.

Se nos são postos a claro pelo legislador estes diferentes fins de regulação e a valoração deles expressa na regulação, podem também daí retirar-se certas conseqüências em ordem à interpretação das disposições particulares.

Diante disso, é possível, em lugar de proceder a uma interpretação em sentido estrito, proceder a uma correção do teor literal da disposição, de acordo com a idéia de proteção a ela subjacente. Tais correções do teor literal da lei em conformidade com o seu escopo pertencem à esfera da redução ou extensão teleológica, quer dizer, a um desenvolvimento do Direito “imaneente à lei”.

Interpretação teleológica quer dizer interpretação de acordo com os fins cognoscíveis e as idéias fundamentais de uma regulação. A disposição particular há de ser interpretada no quadro do seu sentido literal possível e em concordância com o contexto significativo da lei, no sentido de corresponder otimamente à regulação legal e à hierarquia destes fins. O intérprete há de ter sempre presente a globalidade dos fins que servem de base a uma regulação. O intérprete, a partir dos fins estabelecidos pelo legislador histórico, vai além da vontade do legislador, entendida como fato histórico, e das idéias normativas concretas dos autores da lei, e entende a lei na sua racionalidade própria.

Pode-se reconhecer o escopo da lei, a “política da lei”, como um critério de interpretação, especialmente no Direito Econômico. As construções jurídicas e as previsões conformadas deverão, quanto à sua importância para a interpretação, ficar atrás da política da lei. Política da lei quer dizer os objetivos políticos da lei. Se o objetivo de uma lei se situa no campo político-econômico, a “interpretação teleológica” da lei não quer dizer

senão que a lei deve ser interpretada de modo a que este objetivo político-econômico seja alcançado do melhor modo possível. Por isso, "política da lei" e escopo político da lei não são critérios de interpretação diferentes.

1) CRITÉRIOS TELEOLÓGICOS-OBJETIVOS

Os fins que o legislador intenta realizar por meio da lei são fins objetivos do Direito, como a paz, justa resolução dos litígios, o "equilíbrio" de uma regulação no sentido da consideração otimizada dos interesses que se encontram em jogo, a proteção dos bens jurídicos e um procedimento judicial justo. Todos nós aspiramos a uma regulação que seja "materialmente adequada".

Temos dois grupos de critérios de interpretação teleológico-objetivos, que têm que ser decisivos em todos aqueles casos em que os critérios até agora discutidos não sejam capazes de dar uma resposta isenta de dúvidas.

- O legislador não pode alterar a realidade.
- Princípios ético-jurídicos estão antepostos à regulação.
- É preciso tomar-se em consideração a coisa de cuja regulação se trata (domínio da norma).

Por um lado, trata-se das estruturas do âmbito material regulado, dados factuais, em relação aos quais nem o legislador pode alterar o que seja, e que lhe toma em consideração de modo racional a propósito de qualquer regulação; por outro lado, trata-se dos princípios ético-jurídicos, que estão antepostos a uma regulação. São chamados teleológicos-objetivos porque não dependem de se o legislador teve sempre consciência da sua importância para a regulação por ele conformada, conquanto esta só se deixa compreender na sua globalidade enquanto por eles condicionada.

Para se saber qual é a interpretação “materialmente adequada” é preciso tomar-se em consideração a coisa de cuja regulação se trata e considerar na norma a interpretar sua especificidade e sua estrutura especial.

Cunhou-se a expressão “domínio da norma” para estes setores a que está orientada uma norma ou regulação. Por tal entende-se o “segmento da realidade social na sua estrutura fundamental, que o programa da norma escolheu ou criou parcialmente como seu âmbito de regulação”. A norma jurídica não é “nenhuma forma vertida autoritariamente na realidade, mas uma conseqüência ordenadora e disciplinadora a partir da estrutura material do próprio setor social regulado”.

As estruturas materiais previamente dadas do “domínio da norma” são, de fato, critérios objetivos de interpretação. São critérios teleológico-objetivos pois que o seu atendimento para o ato de interpretar resulta de que a lei em causa intenta uma regulação materialmente adequada.

O princípio da igualdade de tratamento tem uma grande importância entre os critérios de interpretação teleológico-objetivos. A diferente valoração de previsões valorativamente análogas aparece como uma contradição de valoração, que não se coaduna com a idéia de justiça, no sentido de “igual medida”. Evitar contradições de valoração é uma exigência para o legislador e para o intérprete.

O intérprete deve procurar evitar contradições de valoração, interpretando as proposições jurídicas nos quadros do seu sentido literal passivo e contexto significativo. Nem sempre isto é possível, por tratar-se de postulado ético-jurídico que só é realizável de modo aproximativo.

As contradições de valoração não se confundem com contradições de normas, ocorrentes em situações em que normas

ordenam para a mesma situação de fato conseqüências jurídicas que entre si se excluem.

Uma contradição de normas tem que ser eliminada, reconhecendo-se a prevalência de uma delas, ou restringindo-se ambas, vez que é ilógico que sobrevenham conjuntamente conseqüências jurídicas que reciprocamente se excluem.

Contradições de valoração têm de ser aceitas de vez em quando e podem ser superadas mediante ponderação. Nesse passo, é útil orientar a interpretação aos princípios ético-jurídicos, como o princípio da tutela da confiança e o Princípio de responder pelas insuficiências do círculo negocial próprio.

Na interpretação é sempre necessário, por isso, examinar até que ponto a regulação legal deixa espaço a um ou outro princípio. Em relação ao alcance e à combinação dos princípios é determinante o sistema interno do Direito. Do sistema interno resulta também a *ratio legis*. A expressão tem várias acepções. Significa tanto o escopo como o fundamento racional, o princípio de uma regulação.

Uma contradição de valoração pode surgir adentro da ordem jurídica subseqüentemente, uma vez que leis mais recentes respondem a uma mesma questão jurídica, para um outro âmbito espacial e material, de modo diverso de uma lei anterior. Por vezes adapta-se a interpretação da lei mais antiga à legislação mais recente.

2) O PRECEITO DA INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO

Entre os princípios ético-jurídicos, aos quais a interpretação deve orientar-se, cabe uma importância acrescida aos princípios elevados a nível constitucional. Estes são os princípios e decisões valorativas que encontram expressão na parte dos direitos

fundamentais da Constituição, quer dizer, a prevalência da dignidade da pessoa humana, a tutela geral do espaço de liberdade pessoal, princípio da igualdade, idéia de Estado de Direito, de Estado Social, Democracia, etc.

Uma disposição da legislação ordinária que esteja em contradição com um princípio constitucional é inválida. Uma disposição só é inconstitucional e, portanto, inválida, quando não pode ser interpretada “em conformidade com a Constituição”. Se uma interpretação, que não contradiz os princípios da Constituição, é possível segundo os demais critérios de interpretação, há de preferir-se a qualquer outra em que a disposição viesse a ser inconstitucional. Disso decorre que entre várias interpretações possíveis segundo os demais critérios sempre obtém preferência aquela que melhor concorde com os princípios da Constituição. “Conformidade com a Constituição” é um critério de interpretação.

A interpretação conforme à Constituição não pode ultrapassar os limites que resultam do sentido literal possível e do contexto significativo da lei.

O Tribunal Federal tem dito que não é possível interpretação conforme a Constituição em face do claro teor literal. E tampouco deve a interpretação deixar de atender ao escopo da lei.

Quando o legislador tenha tentado um efeito mais amplo do que o permitido nos termos da Constituição, a lei pode ser interpretada restritivamente conforme a Constituição. Nesse caso se preservaria da intenção do legislador o máximo que se poderia preservar, conforme a Constituição. No caso, já não seria interpretação, mas de uma redação teleológica e, por conseguinte, de um desenvolvimento do Direito conforme à Constituição.

Em nenhum caso pode a interpretação conforme defraudar ou falsear num ponto essencial a meta legislativa. Não pode, no

decurso da interpretação, uma lei inequívoca segundo o teor literal e o sentido ser investida de um sentido contrário, nem o conteúdo normativo ser determinado de novo de modo fundamental, nem a meta legislativa defraudada num ponto de vista essencial.

Os princípios ético-jurídicos de escalão constitucional (vg igualdade) traduzem um Direito diretamente vigente, mas que não está formulado em normas jurídicas, nas quais previsão e consequência jurídica estejam claramente delimitadas enquanto princípios são pautas carecidas de preenchimento, para cuja concretização são convocados tanto o legislador ordinário como a jurisprudência. Aqui vale um primado de concretização do legislador. Onde o princípio deixe em aberto diferentes possibilidades de concretização, os tribunais estão vinculados à escolhida pelo legislador ordinário, não lhes sendo lícito substituí-la por outra que sua opinião prefira, seja por interpretação conforme ou correção da lei.

Só existe margem para a concretização imediata de um princípio constitucional pelos tribunais quando, ou uma lacuna da lei não pode ser colmatada de outro modo senão por esta via, ou então a própria lei, mediante o emprego de conceitos carecidos de preenchimento, como o de bons costumes, confere ao juiz uma margem de livre concretização.

O Tribunal Constitucional Federal tem se referido a uma ordem de valores imanente à lei Fundamental, identificando uma ordem hierárquica de valores. A expressão "ordem de valores" ou "ordem hierárquica de valores" é equívoca, porque não há um catálogo completo de valores válidos "em si" (com a inclusão da posição hierárquica que cada caso lhes cabe). É verdade que a Lei Fundamental reconhece determinados valores humanos gerais tais como a dignidade da pessoa humana, princípio de igualdade, do Estado de Direito e do Estado Social. Tais direitos

fundamentais ou princípios se relacionam uns com os outros de acordo com o sentido e, por isso, podem tanto complementar-se como delimitar-se entre si. É a Constituição como “um todo de sentido” ou da “unidade deste sistema fundamentante de valores”. Em caso de colisão de direitos fundamentais ou bens jurídicos tutelados pela Constituição utiliza-se preponderantemente o método da ponderação de bens no caso particular.

O Tribunal retira uma conseqüência peculiar da exigência de interpretação conforme à Constituição quando se trata de determinar mais em concreto os limites de um direito fundamental que, segundo a Constituição, pode ser restringido pelas “leis gerais”. A lei geral que restringe o direito fundamental tem que ser, por seu lado, interpretada também à luz deste direito fundamental e do alto valor hierárquico que lhe cabe, de modo a que assim o direito fundamental continue a manter certa primazia. Tem lugar aqui, uma interação recíproca, no sentido de que as leis gerais, na verdade, impõem, segundo o teor literal, barreiras ao direito fundamental; mas elas têm que ser interpretadas com base no conhecimento do dignificado de estatuição valorativa desse direito fundamental do Estado liberal democrático, sendo assim elas mesmas restringidas na sua ação delimitadora do direito fundamental. Fala-se de uma “ação de irradiação” do direito fundamental sobre o simples Direito legal que o restringe. A interpretação restritiva que se exige da “lei geral”, de acordo com a importância e o grau de valor do direito fundamental restringido desse modo, conduz de novo o Tribunal a uma ponderação de bens a saber, entre o direito fundamental e o bem protegido pela lei restritiva.

O Tribunal não considera o sentido literal possível da “lei geral” como limite de uma interpretação que a restringe, sendo antes a lei corrigida sempre que o exija a salvaguarda da primazia de valor do direito fundamental no caso particular. Então não se

tratará já de uma mera interpretação (conforme a Constituição), mas de uma correção da lei orientada pelas normas constitucionais e pela primazia de valor de determinados bens jurídicos que delas se deduz.

3) A INTER-RELAÇÃO DOS CRITÉRIOS DE INTERPRETAÇÃO

Nos critérios apontados não se trata de diferentes métodos de interpretação, entre os quais o intérprete pudesse escolher segundo o seu arbítrio, mas de pontos de vista diretivos, a que cabe um peso distinto.

O sentido literal possibilita extrair o uso lingüístico geral, constitui o ponto de partida e, ao mesmo tempo, determina o limite da interpretação, pois que aquilo que está além do sentido possível e que já não é com ele compatível, mesmo na "mais ampla" das interpretações, não pode valer como conteúdo da lei. O sentido literal não é inequívoco, deixando margem para numerosas variantes de interpretação. O uso lingüístico geral é precedido por uso lingüístico especial da lei, a não ser que resulte de outros critérios que a lei afastou aqui do seu uso lingüístico próprio.

O contexto significativo da lei é enquanto "contexto" imprescindível para compreender o significado específico de um termo ou de uma frase precisamente neste contexto. O contexto significativo permite esperar que as diferentes normas de uma regulação concordem materialmente entre si.

Sempre que o sentido literal possível e o contexto significativo da lei deixam margem para diferentes interpretações, há de preferir-se aquela interpretação que melhor se ajuste à intenção reguladora do legislador e ao escopo da norma em causa (interpretação histórico-teleológica). A intenção reguladora e os fins do legislador podem averiguar-se a partir da situação histórica, do motivo da regulação, das declarações de intenção do legislador,

de uma exposição oficial de motivos, assim como a partir do próprio conteúdo da regulação, conquanto esteja inequivocamente orientada a um fim. Na interpretação da lei o juiz está vinculado aos fins da lei e às decisões valorativas do legislador a eles subjacentes.

Deve-se dar preferência, nos quadros do sentido literal possível e da cadeia de significado (do contexto), à interpretação por meio da qual se evite uma contradição de valoração adentro do ordenamento jurídico.

Especial relevo exsurge na interpretação aos princípios ético-jurídicos de escalão constitucional. O requisito de interpretação conforme a Constituição exige dar preferência, nos casos de várias interpretações possíveis segundo o sentido literal e o contexto, aquela interpretação em que a norma, medida pelos princípios constitucionais, possa ter subsistência. O juiz que interpreta há de ter em conta, na concretização dos princípios constitucionais, o primado de concretização do legislador. Há de ter-se sempre em atenção a combinação dos princípios constitucionais, que se podem completar reciprocamente, mas também reciprocamente se limitar.

Ao sentido literal, o contexto significativo e a intenção reguladora do legislador histórico têm prevalência sobre os critérios teleológico-objetivos desde que não permitam aduzir fundamentos racionais que atribuam prevalência aos outros argumentos. Todos os critérios são sempre de tomar em conta, recusando-se uma relação hierárquica entre eles.

Como o sentido literal delimita a interpretação possível de uma disposição, deve-se começar por ele; em seguida, deve-se seguir para o contexto significativo, em que a disposição surge em relação com outros. O pano de fundo deve ser o escopo da regulação.

A interpretação não é, como vemos, um exemplo de cálculo, mas uma atividade criadora do espírito. Como no

Julgamento de uma situação de fato concreta com base numa pauta de valoração carecida de preenchimento ou numa coordenação tipológica, fica também ao intérprete, nos casos-limite, uma margem de livre apreciação, adentro da qual são "plausíveis" diferentes resoluções.

4) COMPARAÇÃO DA INTERPRETAÇÃO DA LEI COM A INTERPRETAÇÃO DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS

Trata-se da interpretação dos negócios jurídicos, no contexto do ajuizamento jurídico de uma situação de fato, à qual se enlaçam conseqüências jurídicas.

Na interpretação dos negócios jurídicos, especialmente dos contratos (abstraidos os testamentos), trata-se quase sempre de duas partes, declarante e declaratário, que intencionaram e entenderam a declaração num sentido diferente, e agora disputam sobre qual a interpretação que deva ser determinante.

Em princípio, prevalece a declaração do declarante, desde que tenha sido clara para o destinatário. Este deve esforçar-se (dentro do exigível) por ir ao encontro da intenção do declarante, indagando-a em termos retrospectivos.

Só quando a declaração tiver sido entendida por ambos no mesmo sentido é que ela vale nesse sentido, sem que se tenha ainda que remontar ao significado que objetivamente deva ser entendido.

Ao invés, na interpretação da lei, não se trata do entendimento e da possibilidade de entendimento de ambas as partes, por exemplo, do autor da norma e do destinatário da norma. Não se trata de como é que cada um dos destinatários entendeu a norma. Trata-se de proceder à incursão no contexto da regulamentação, nos seus fins e, com isso, na intenção do

legislador histórico. Por detrás da regulamentação legislativa está a vontade do legislador de criar uma regulamentação justa; estão princípios ético-jurídicos e a “natureza das coisas” de que na regulamentação se trata, está a exigência de tratar igualmente aquilo que é igual e de evitar contradições valorativas. Tudo isto não tem qualquer papel na interpretação dos negócios jurídicos, ou tem-no só de modo subordinado.

Tanto na interpretação dos negócios jurídicos como na interpretação das leis, se trata do entendimento juridicamente relevante de expressões lingüísticas. A necessidade da interpretação decorre sempre do caráter polissêmico e, em muitos casos, de abertura da linguagem corrente e da necessidade disso ser remediado. Ambas seguem as funções especiais e os interesses das pessoas envolvidas (a lei e o contrato).

5) A INTERPRETAÇÃO DE FATORES CONFORMADORES. A ASPIRAÇÃO A UMA RESOLUÇÃO JUSTA DO CASO

O juiz que interpreta uma lei o faz diante de um caso concreto que tem que resolver. Resolução justa do caso é aquela que dá conta do interesse legítimo de ambas as partes, estabelecendo uma ponderação equilibrada dos interesses e que, por isso, pode ser aceite por cada uma das partes, na medida em que também considera adequadamente o interesse da parte contrária. Mesmo que esta meta não possa ser sempre alcançada, aspirar a ela é para o juiz um imperativo de ordem moral.

Não é lícito ao juiz introduzir na lei o que se deseja extrair dela.

A não ser que a própria lei deixe ao juiz uma margem de apreciação e valoração pessoais em relação à sua interpretação e à concretização das pautas de valoração nela contidas, o juiz tem de ater-se ao que (mediante uma interpretação metodicamente

adequada ou pela via de um desenvolvimento judicial admissível e materialmente requerida) a lei e o Direito estipulam.

Em caso de conflito entre a fidelidade à lei e a justiça do caso, o juiz só em último caso deve decidir segundo sua consciência. Hoje o pêndulo se inclina muito para a justiça do caso concreto. O Estado de Direito não pode renunciar, nas complexas relações de nosso tempo, nem às leis, nem a uma magistratura que tome a sério a sua vinculação à lei e ao Direito.

6) A ALTERAÇÃO DA SITUAÇÃO NORMATIVA

As relações fáticas ou usos que o legislador histórico tinha perante si e em conformidade aos quais projetou a sua regulação, para os quais o tinha pensado, variaram de tal modo que a norma dada deixou de se "ajustar" às novas relações. Qualquer lei, como fato histórico, está em relação atuante com seu tempo. O que na gênese da lei atuava de modo determinado, desejado pelo legislador, pode posteriormente atuar de um modo que nem sequer o legislador previu, nem se o pudesse teria previsto, estaria disposto a aprovar.

A nova interpretação, para continuar a ser interpretação, tem de manter-se ainda nos quadros do sentido literal (de então, ou, se este possibilitar antes uma interpretação "ajustada ao tempo", do atual) e também do contexto da lei, não lhe sendo tampouco lícito sobrepor-se ao escopo da lei. Se a aplicação da lei vier a conduzir a um resultado completamente destituído de fim e de sentido, dentro das relações atuais, então a lei é inaplicável (vg, relações temporárias). Quando ainda é pensável um fundamento ou fim racional para uma norma, mesmo que não seja o do legislador histórico, esta continua a ser aplicável com uma interpretação que se adapte.

Mais freqüente é o caso em que o fim originário, para continuar a ser atingível, reclama, face à alteração das relações, outra interpretação, quer mais ampla, quer mais restrita (vg, lei das estradas de ferro de 1912, no Brasil).

A alteração da situação normativa pode assim conduzir à modificação-restrição ou extensão do significado da norma até aqui prevalecente.

Ao lado da alteração normativa fatos como modificações na ordem jurídica global (novo CCB, CF, CDC) podem provocar uma alteração de interpretação. As alterações subjacentes se operam de modo contínuo e não repentinamente. É também possível que uma interpretação que parecia originariamente como conforme à Constituição, deixe de o ser na seqüência de uma modificação das relações determinantes.

7) PROBLEMAS ESPECIAIS DA INTERPRETAÇÃO. INTERPRETAÇÃO “ESTRITA” E “AMPLA”; A INTERPRETAÇÃO DE “DISPOSIÇÕES EXCEPCIONAIS”

A meta da interpretação não é a averiguação da vontade real do legislador histórico, mas averiguar o significado da lei que é hoje juridicamente decisivo. Este significado tem que se situar no âmbito do sentido possível do termo. Mas o sentido literal possível é variável. O significado “estrito” é aquele que, em relação a outros possíveis, tem um âmbito de aplicação estrito; e “amplo” aquele que tem um âmbito de aplicação mais amplo. O significado estrito se identificará com o “âmbito nuclear” que é intencionado em primeiro lugar ao usar este termo; “amplo” é então aquele significado que, em maior ou menor extensão, compreende também os fenômenos da franja marginal, que no uso lingüístico geral só algumas vezes se tem também em conta. O transcender da franja marginal, já não seria interpretação, tal

como não seria com a exclusão daqueles fenômenos que se situam indubitavelmente no âmbito nuclear. No primeiro caso só se poderia tratar de uma analogia; no segundo, de uma redução teleológica da lei.

Em geral afirma-se que as disposições excepcionais se interpretam restritivamente e que não são passíveis de aplicação analógica, o que, em termos tão gerais, não é correto.

O legislador, por vezes, introduz uma restrição na forma de uma proposição jurídica restritiva ou de uma ordem negativa de realidade.

Só quando se trata de uma exceção também segundo a matéria, tem a regra de interpretação aduzida um valor limitado. Trata-se de uma exceção segundo a matéria quando a lei derogou, em relação a determinados casos, uma regra que procura conseguir validade no sentido mais amplo possível, porque a sua realização pareceu ao legislador, inclusivamente nesses casos, pouco prática ou oportuna e, devido a isso, acreditou poder aqui renunciar a ela. Tem de evitar-se aqui que, mediante uma interpretação excessivamente lata das disposições excepcionais, ou mediante a sua aplicação analógica, o propósito de regulação do legislador se transmude afinal no seu contrário. Mas isso não significa que a disposição excepcional haja de interpretar-se tão estritamente quanto possível ou que a analogia esteja excluída em todos os casos. É decisiva a razão pela qual o legislador excepcionou precisamente estes casos. Se as idéias normativas se dirigem exclusivamente a um determinado grupo de casos, a interpretação tão pouco deveria incluir novos casos quando tal não fosse possível segundo o sentido literal dos termos escolhidos, pois que de contrário seria infringido o princípio de igual tratamento daquilo que é igual no sentido.

V - SOBRE A INTERPRETAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO

Deve-se entender a Constituição não tanto como uma ordem constituída, mas como *law in public action*, como processo político. Este processo exigiria uma interpretação aberta, uma abertura do cânone metodológico. Isto não significa que as regras de interpretação clássicas fossem afastadas; assemelhar-se-iam antes a um círculo na linhagem da Constituição viva. Meta de toda interpretação seria um entendimento da Constituição aberto (ao futuro) e nele uma equiparação de interesses justa, racional. A aplicação do Direito e também a realização da Constituição através dos tribunais representam um processo contínuo, no qual a interpretação constitui o fator mediante o qual a norma é permanentemente ajustada a novos dados temporais; subestima pois, porventura, a função estabilizadora da Constituição e a sua importância para a interpretação.

Não se vê fundamento para não se aplicarem os princípios interpretativos gerais também à interpretação à Constituição, pois que ela é, enquanto lei, tal como todas as outras leis (muitas redigidas em linguagem corrente) uma obra de linguagem, que, como tal, carece de interpretação, tal como as proposições nela contidas têm o caráter de normas; o seu efeito vinculativo não é certamente menor, mas mais vigoroso do que o das demais leis.

A arbitrariedade na escolha do método ou uma discricionariedade idêntica a do legislador, não são conciliáveis

com a sua textura jurídico constitucional. São aqui também de ter em atenção todos os critérios de interpretação.

É certo que a Constituição, sobretudo na parte dos direitos fundamentais, serve-se de conceitos carecidos de preenchimento, bem como de padrões éticos, como o de dignidade da pessoa humana, que traça a delimitação de um direito fundamental e deixa à interpretação um espaço de discricionariedade.

Na atividade decisória normal, a questão sobre as conseqüências ulteriores que porventura sobrevenham à resolução pensada (vg – conseqüências econômicas de uma falência ou nulidade de um contrato) não desempenha qualquer papel.

No que tange à avaliação das conseqüências previsíveis, esta avaliação só pode estar orientada à idéia de bem comum, especialmente à manutenção ou aperfeiçoamento da capacidade funcional do Estado de Direito. É, neste sentido, uma avaliação política, mas devendo-se exigir de cada juiz constitucional que se liberte, tanto quanto lhe seja possível, da sua orientação política subjetiva, de simpatia para com determinados grupos políticos, ou de antipatia para com outros, e procure uma resolução despreconceituada, racional.

VI - MÉTODOS DE DESENVOLVIMENTO JUDICIAL DO DIREITO

1) O DESENVOLVIMENTO JUDICIAL DO DIREITO COMO CONTINUAÇÃO DA INTERPRETAÇÃO

Mesmo a lei cuidadosamente pensada não pode conter uma solução para cada caso necessitado de regulação que seja atribuível ao âmbito de regulação da lei; toda lei contém inevitavelmente lacunas. Reconhece-se de há muito a competência dos tribunais para colmatar as lacunas da lei. Por vezes, trata-se não de colmatar lacunas mas de adoção de conformação de novas idéias jurídicas que tinham se insinuado na própria lei, e cuja realização vai além do plano originário da lei e o modifica em menor ou maior grau. A superação da lei só é possível dentre os princípios diretores da ordem jurídica no seu conjunto; por vezes motivada pela aspiração de fazer valer estes princípios em maior escala do que aconteceu na lei.

A interpretação da lei e o desenvolvimento judicial do Direito não são essencialmente diferentes, mas só como distintos graus do mesmo processo de pensamento. A simples interpretação da lei pelo tribunal já representa um desenvolvimento do Direito. O desenvolvimento judicial do Direito que ultrapasse os limites da interpretação lança mão de “métodos interpretativos” em sentido amplo. Assinalou-se como limite de interpretação em sentido estrito o sentido literal possível. Um desenvolvimento do Direito conduzido metodicamente para além desse limite, mas

no plano originário da teleologia da lei em si, é preenchimento de lacunas, desenvolvimento do Direito imanente à lei. O desenvolvimento do Direito que esteja para além desse limite, mas dentro dos princípios diretores do ordenamento jurídico, é Direito superador da lei. O juiz, que não pode denegar a resolução do caso concreto, é obrigado a interpretar a lei e, sempre que contenha lacunas, deve integrá-las e só pode decidir-se a um desenvolvimento superador da lei quando o exijam razões de grande peso. Toda pauta carecida de preenchimento ao julgar um caso concreto significa um desenvolvimento do Direito. A primeira interpretação dos tribunais supõe já um desenvolvimento da norma, na medida em que considera pertinente um entre muitos significados possíveis segundo o sentido literal e, deste modo, elimina uma incerteza anteriormente existente. A interação do intérprete não se dirige a desenvolver a norma, mas apenas a conhecer e expressar o significado que está incluído no texto. A atividade típica do intérprete é expressar somente aquilo que o texto "corretamente entendido" afirma por si (fazer falar o texto). O texto só fala quem o interroga corretamente e compreende a sua linguagem. São importantes para o preenchimento de lacunas da lei os mesmos critérios de interpretação, em especial a intenção reguladora, os fins do legislador e os critérios teleológicos-objetivos.

O desenvolvimento judicial do Direito precisa de uma fundamentação metódica se quiser que seu resultado haja de justificar-se como Direito, no sentido da ordem jurídica vigente. Precisa-se de uma justificação, pois, sem ela, os tribunais usurariam um poder que não lhes compete. Têm entre si uma estreita ligação as questões relativas aos limites da competência dos tribunais em ordem a desenvolver o Direito ultrapassando os limites da verdadeira interpretação e, inclusivamente, da integração de lacunas imanentes à lei, e a possibilidade de um tal desenvolvimento do Direito.

2) A INTEGRAÇÃO DAS LACUNAS DA LEI (DESENVOLVIMENTO DO DIREITO IMANENTE À LEI). CONCEITO E ESPÉCIES DE LACUNAS DA LEI

A faculdade de desenvolver o Direito cabe indiscutivelmente aos tribunais, sempre que a lei contenha lacunas. O conceito de lacuna na lei não assinala o limite do possível (e admissível) desenvolvimento do Direito, mas antes, o limite de um desenvolvimento do Direito imanente à lei, que se mantém vinculado à intenção reguladora, ao plano e à teleologia imanente à lei. Um desenvolvimento superador da lei é lícito aos tribunais apenas sob determinados pressupostos. Poderia pensar-se que existe uma lacuna sempre que a lei não contenha regra alguma para uma determinada configuração no caso, quando, portanto, se mantém em silêncio. Mas existe também um silêncio eloqüente da lei. No silêncio eloqüente o legislador não quis admitir um tal direito, sobre determinado fato e intencionalmente não incluiu na lei disposições a esse respeito. Nesse caso é necessária lei própria para colmatar a lacuna. Aqui, a lei não contém lacunas. Lacuna e silêncio não são a mesma coisa.

A lacuna pode se constituir na ausência de uma regra que restrinja os possíveis sentidos literais do texto, sentidos estes que não se adaptem ao seu sentido e escopo. Aqui, a regra legal carece de uma restrição não contida na lei e cuja ausência pode ser considerada uma lacuna.

Só se pode falar em lacunas de uma lei quando esta aspira a uma regulação para um determinado setor que é, em certa medida, completa.

Uma lei particular, e também uma codificação completa, só pode conter lacunas sempre e na medida em que falte pelo menos uma regra que se refere a uma questão que não tenha sido deixada ao espaço livre do Direito.

Na maioria dos casos em que falamos de lacuna da lei não está incompleta uma norma jurídica particular, mas uma determinada regulação em conjunto, quer dizer: esta não contém nenhuma regra para uma certa questão que, segundo a intenção reguladora subjacente, precisa de uma regulação. Trata-se das lacunas de regulação. Indagada a lei, a resposta teria de ser que justamente a questão não está regulada e que, por isso, a situação de fato correspondente fica sem consequência jurídica.

Uma resposta desta dada pelo juiz resultaria em denegação de justiça, se se tratar de uma questão que caia no âmbito de regulação jurídica intentada pela lei e não seja de atribuir, por exemplo, o espaço livre do Direito. Por isso, para chegar a uma solução juridicamente satisfatória, o juiz precisa preencher a lacuna da regulação legal e em concordância com a intenção reguladora a ela subjacente e com a teleologia da lei.

Tanto as lacunas normativas como as lacunas de regulação são lacunas dentro da conexão reguladora da própria lei. Se existe ou não tal lacuna, há de aferir-se do ponto de vista da própria lei, da intenção reguladora que lhe serve de base, dos fins com ela prosseguidos e do "plano" legislativo. Uma lacuna da lei é uma interpretação contrária ao plano da lei.

De vez em quando se pensa que existe uma lacuna da lei só quando uma norma não pode ser aplicada em absoluto sem que lhe acrescente uma nova disposição que se encontra a menos na lei. Nestes casos, em que a norma particular está incompleta, se pode falar de uma lacuna normativa.

O plano regulador que serve de base à lei há de inferir-se dela mesma pela via da interpretação histórica e teleológica.

A fronteira entre uma lacuna da lei e uma falha da lei na perspectiva da política legislativa só pode traçar-se na medida em que se pergunta se a lei é incompleta comparada com a sua

própria intenção reguladora ou se somente a decisão nela tomada não resiste a uma crítica de política legislativa. Em ambos os casos a lei não contém uma norma que deveria conter. Se a lei não está incompleta (lacuna) mas defeituosa (falha), então não é caso de integração de lacunas, mas de desenvolvimento do Direito superior da lei. Um princípio que é inerente a toda lei é o do tratamento igual daquilo que é igual. Se uma lei regula uma determinada situação de fato A de uma determinada maneira, mas não contém nenhuma regra para o caso B, que é semelhante àquele no sentido da valoração achada, a falta de uma tal regulação deve considerar-se uma lacuna da lei.

Uma lacuna da lei não representa algo semelhante a um “nada”, mas significa a falta de uma regra determinada, no plano da regulação ou do contexto global da lei. Isto é freqüentemente ignorado. Uma lei é “lacunosa” ou incompleta sempre apenas em atenção à regulação por ela almejada, materialmente exaustiva e, neste sentido, “completa” e materialmente adequada. Uma lei é “lacunosa” somente em comparação com uma regra em falta, que ela (de acordo com sua teleologia própria) deveria conter.

Distinguem alguns a lacuna do Direito. Enquanto não existiu tráfego aéreo, este não precisou de regulação alguma. A lei não está incompleta, ainda que a ordem jurídica deixe de regular todo um setor que carece de regulação (posterior).

Não se pode deduzir uma faculdade genérica de colmatar tais “lacunas de direito” que não são “lacunas da lei”. A lacuna de direito não se ajusta à idéia de uma “interpretação contrária ao plano”. É que só se pode falar de um plano, de uma determinada intenção reguladora, em relação à lei, não em relação à ordem jurídica no seu conjunto. A idéia de planos jurídicos só se ajusta fundamentalmente a uma ordem jurídica totalmente codificada. A “lacuna do Direito” seria então uma imperfeição do Direito estatuído, comparado com o plano conjunto de

codificação. Um tal plano conjunto não existe na realidade. Para todas as regras de uma ordem jurídica vale o requisito da ausência de contradição lógica, da compatibilidade material e da concordância de valorações.

A concordância interna, i.e., valorativa, das normas jurídicas e dos complexos de regulação é uma tarefa que constantemente se depara ao legislador, à jurisprudência dos tribunais e à ciência do Direito e que, de novo, há que levar a cabo. O "sistema interno", tal como o imagina a desejável unidade da ordem jurídica, não é um sistema "fechado", mas um sistema "aberto", que nunca está concluído, mas que é suscetível de evolução e está sujeito à evolução. A idéia de um "sistema aberto" não se ajusta a idéia de uma "lacuna do Direito", no sentido de uma "imperfeição contrária ao plano" do conjunto da ordem jurídica. Por isso, não se empregará a expressão "lacuna do Direito" mas "lacuna" apenas no sentido de lacuna da lei.

Dentre as lacunas da lei distinguimos ainda entre lacunas "patentes" e "ocultas" assim como lacunas iniciais e subseqüentes.

Existe "lacuna patente" quando a lei não contém regra alguma para um determinado grupo de casos, que lhes seja aplicável – se bem que, segundo a sua própria teleologia, devesse conter tal regra.

Fala-se de "lacuna oculta" quando a lei contém precisamente uma regra aplicável a casos desta espécie, mas que, segundo seu sentido e fim, não se ajusta a este determinado grupo de casos, porque não atende à sua especificidade, relevante para a valoração. A lacuna aqui consiste na ausência de uma restrição. Por isso, a lacuna está oculta, porque, ao menos à primeira vista, não falta aqui uma regra aplicável.

Na lacuna oculta (ausência de restrição) o seu preenchimento leva-se a cabo pela via de uma "redução teleológica" da norma, a redução omitida.

Existem lacunas de regulação, tanto “patentes” como “ocultas”, conforme ou não possa em absoluto inferir-se regra alguma da regulação legal para um grupo de casos que carecem de uma regulação, segundo a intenção reguladora que lhe serve de base ou tenha sido realmente dada uma regra, mas não está declarada na lei uma restrição, exigida pelo seu sentido e pelo seu fim, para este grupo de casos (a situação de fato fica fora do alcance do cálculo de representações do legislador).

3) A INTEGRAÇÃO DE LACUNAS “PATENTES”, EM ESPECIAL POR ANALOGIA

Analogia é a transposição de uma regra, dada na lei para a hipótese legal (A), ou para várias hipóteses semelhantes, numa outra hipótese B, não regulada na lei, “semelhante” àquela. A transposição funda-se em que, devido à sua semelhança, ambas as hipóteses legais não de ser identicamente valoradas nos aspectos decisivos para a valoração legal, quer dizer, funda-se na exigência da justiça de tratar igualmente aquilo que é igual. A integração da lacuna da lei, por via de um recurso a um princípio ínsito na lei, funda-se em que a situação de fato não regulada expressamente na lei é aquela a que o princípio (igualmente) se refere, sem que aqui intervenha um princípio contrário.

A transposição de uma regra, dada para a hipótese legal, numa outra “semelhante” a ela, quer dizer, que se há de considerar igual na sua valoração, denomina-se “analogia legis” ou analogia particular, porque é aplicada analogicamente uma norma legal particular a uma situação de fato não regulada por ela.

A analogia juris ou analogia geral: aqui, de várias disposições legais que ligam idêntica consequência jurídica a hipóteses legais diferentes, infere-se um princípio jurídico geral que se ajusta tanto à hipótese não regulada na lei como às hipóteses reguladas.

Os vários passos do raciocínio são os seguintes:

Ex.: De uma série de disposições legais que prevêm, para obrigações de trato sucessivo, um direito de cada parte à denúncia por "motivos importantes" deduz-se, por exemplo, que um tal direito de denúncia se dá em todas as obrigações de trato sucessivo.

1 – a lei prescreve um direito de denúncia, por motivos importantes, para uma série de relações obrigacionais;

2 – em todas estas relações obrigacionais trata-se de obrigações de trato sucessivo;

3 – as relações de trato sucessivo são relações jurídicas de mais longa duração e exigem das partes uma colaboração pessoal, um bom entendimento ou uma confiança recíproca absoluta.

4 – a *ratio legis* das disposições legais resulta da peculiaridade de todas as obrigações de trato sucessivo;

5 – por isso, a *ratio legis* não só se refere aos casos de obrigações de trato sucessivo;

6 – portanto, na nossa ordem jurídica vale um princípio geral cujo conteúdo consiste em que em todas as obrigações de trato sucessivo é possível a denúncia por motivos importantes.

Para o procedimento aqui designado como analogia geral é, portanto, decisivo recorrer à *ratio legis* comum a todos os preceitos particulares, assim como à sua generalização. A esse respeito há de analisar-se sempre até que ponto é aquela realmente suscetível de generalização e se as particularidades de certos grupos de casos justificam uma valoração divergente.

Nem sempre é necessária uma analogia geral para a descoberta de um princípio geral. De vez em quando é suficiente esclarecer a *ratio legis* subjacente a uma disposição legal particular,

assim como saber que esta *ratio legis* se refere a um âmbito de casos mais amplos do que o mencionado na lei.

Numa relação muito próxima com a analogia está o denominado argumento *a majore ad minus*. Este diz: se, segundo uma disposição legal, para a previsão A vale a consequência jurídica C, então esta tem que valer “por maioria de razão” para a previsão B, semelhante àquela, pois a *ratio legis* de regra legal atende à previsão B ainda em maior medida. O argumento *a majore ad minus* está expresso nas palavras “pelo menos em igual medida”. A verdadeira justificação do *argumentum a majore ad minus* radica, do mesmo modo que a do argumento por analogia, no imperativo de justiça de tratar igualmente hipóteses que, do ponto de vista valorativo, são iguais, sempre que não seja imposto pela lei, ou esteja justificado por razões especiais, um tratamento desigual.

À analogia e ao *argumentum a majore ad minus* contrapõe-se o argumento a contrário, o argumento pela inversa. Este diz: precisamente porque a lei ligou a consequência jurídica C (só) à previsão A, aquela não vale para outras previsões, mesmo quando estas devessem ser semelhantes a A. Esta conclusão só está justificada quando a regra legal contém expressamente, ou ao menos segundo o sentido, a palavra “só”, posta aqui entre aspas; quer dizer, se a restrição da consequência jurídica C foi requerida claramente pelo legislador precisamente para a previsão A ou é obrigatória segundo a teleologia da lei. Se este é o caso há de averiguar-se em primeiro lugar pela via da interpretação. De modo algum deve pressupor-se; se a regra legal não se entender no sentido de que a consequência jurídica só deve sobrevir nos casos por aquela assinalados, então o argumento pela inversa é já logicamente defeituoso. Mas se o argumento pela inversa depois se mantiver, então exclui-se, desse modo, por regra, não só uma analogia, mas também a existência de uma lacuna da lei. Pois as

mais das vezes, não existe uma interpretação da regulamentação legislativa "contrária ao plano" ou admissível segundo a teleologia da lei.

4) A INTEGRAÇÃO DE LACUNAS "OCULTAS", EM ESPECIAL POR REDUÇÃO TELEOLÓGICA

A lacuna "oculta" ocorre no caso em que uma regra legal, contra o seu sentido literal, mas de acordo com a teleologia imanente à lei, precisa de uma restrição que não está contida no texto legal. A integração de uma tal lacuna efetua-se acrescentando a restrição que é requerida em conformidade com o sentido. Com isso a regra legal concebida demasiado ampla segundo seu sentido literal, é reduzida ao âmbito de aplicação que lhe corresponde segundo o fim da regulação teleológica (restrição).

Assim como a justificação da analogia radica no imperativo de justiça de tratar igualmente casos iguais, também a redução teleológica radica no imperativo de justiça de tratar desigualmente o que é desigual, quer dizer, de proceder às diferenciações requeridas pela valoração. Estas podem ser exigidas pelo sentido e escopo da norma a restringir, ou pelo escopo de outra norma que de outro modo não seria atingida, ou pela natureza das coisas, ou por um princípio imanente à lei prevalecendo num certo grupo de casos.

A restrição de uma norma pela via da sua redução teleológica vai amiúde acompanhada da ampliação do âmbito de aplicação de outra norma. Inversamente, a ampliação de uma norma legal restritiva por via de analogia significa uma restrição contida na norma por ela restringida, que vai mais além da restrição contida na lei.

Por vezes, a restrição de um preceito legal consegue-se também pela via de que a norma restritiva é achada com auxílio

da concretização de uma pauta cujo conteúdo precisa ser preenchido, como a da “boa-fé”.

5) OUTROS CASOS DE CORREÇÃO TELEOLÓGICAMENTE FUNDAMENTADA DO TEXTO LEGAL

A analogia (resolução com base num princípio achado pela generalização de uma regra) e a redução teleológica representam uma correção do teor literal da lei (às vezes estrito ou amplo em demasia), conforme a *ratio legis* e à teleologia da própria lei; representam um desenvolvimento do Direito imanente à lei. Os casos em que o teor literal demasiado estrito é ampliado pode denominar-se de casos de “extensão teleológica”, sem que se trate de analogia.

6) CONSTATAÇÃO DE LACUNAS E INTEGRAÇÃO DE LACUNAS

A constatação de lacuna exige uma valoração crítica da lei segundo a pauta da sua própria teleologia e do preceito de tratamento igual daquilo que tem igual sentido. As considerações que para o efeito há de fazer-se conduzem, com frequência, a integrar a lacuna.

A analogia e a redução teleológica são operações do pensamento que não só servem para a integração de lacunas, mas também para a constatação de lacunas.

Quando o juiz tem que escolher entre não aplicar uma regra geral ou acrescentar a disposição requerida para a aplicação da lei, temos uma lacuna de denegação de justiça. Constata-se a lacuna e a necessidade de a integrar, mas permanece em aberto a questão relativa ao modo como se há de integrar a lacuna, se mediante uma analogia, uma extensão teleológica ou um recurso

a um princípio ou à natureza das coisas. Existem lacunas não suscetíveis de preenchimento.

7) A SOLUÇÃO DE COLISÕES DE PRINCÍPIOS E NORMAS MEDIANTE A "PONDERAÇÃO DE BENS"

A propósito da interpretação conforme à Constituição vimos que podemos nos servir da ponderação de bens no caso concreto para determinar o alcance em cada caso dos direitos fundamentais ou princípios constitucionais que colidam entre si no caso concreto. Ponderar e sopesar é apenas uma imagem; não se trata de grandezas quantitativamente mensuráveis, mas do resultado de valorações que – nisto reside a maior dificuldade – não só devem ser orientados a uma pauta geral, mas também à situação concreta em cada caso. Não existe uma ordem hierárquica de todos os bens e valores jurídicos em que possa ler-se o resultado como numa tabela. Uma lei pode restringir-se à liberdade de exercício de profissão, mas não à liberdade de escolha da profissão. A liberdade de profissão e o exercício de profissão não se podem separar completamente entre si, particularmente quando se trata de assumir a atividade profissional. O direito fundamental deverá proteger a liberdade do indivíduo, devendo, em contrapartida, a reserva de regulação assegurar uma proteção suficiente dos interesses da comunidade. A proteção da comunidade será tanto mais urgente quanto maiores forem as vantagens e perigos que possam causar-se à comunidade com base no exercício inteiramente livre da profissão.

No caso dos farmacêuticos o bem da comunidade protegido é a saúde pública. Sua importância justifica as restrições à liberdade do indivíduo. É indiscutível que é necessária à saúde pública profissionais competentes no manejo ordenado dos medicamentos.

Ao direito fundamental à escolha da profissão se atribui um grau muito elevado no quadro geral da Constituição, e o bem comunitário de grau superior da saúde pública cujo asseguramento deve servir a regulamentação legal posta em causa. Além disso, não se busca um denominador comum para estes dois bens jurídicos que, evidentemente, não é possível encontrar. Em vez disso, procede segundo um princípio que poderia classificar-se da “restrição menor possível”. As restrições do direito fundamental à livre escolha de profissão respeitantes a uma disciplina legal do exercício da profissão são lícitas, mas só na medida em que são necessárias, a fim de evitar um perigo sério, não evitável de outro modo, para o bem jurídico igualmente importante de saúde pública. Este princípio representa a pauta com a qual o tribunal mede a licitude constitucional da regulação legal existente. É preciso fixar a idéia de que o meio e o fim têm que estar numa relação de adequação, que o prejuízo do bem jurídico protegido não deve ir além do que requer o fim aprovado.

No caso de delimitação do direito da personalidade, especialmente frente ao direito de liberdade de imprensa, ela salvaguarda interesses legítimos quando informa ou toma posição sobre assunto em relação aos quais exista um sério interesse de informação de opinião pública. Inobstante, ela não está livre de todas as limitações que resultam do Direito de cada um à conservação da sua honra. A imprensa deve se preocupar em examinar com cuidado a autenticidade das fontes de informação, abster-se de intromissões injustificadas na esfera privada, evitando exageros e ponderar se existe uma relação defensável entre o fim pretendido com a publicação e os danos causados à honra da pessoa em questão (princípio do maior respeito possível dos direitos alheios). Há que se exigir, ao menos, que exista uma relação adequada entre o fim perseguido e o prejuízo daquele sobre cuja atuação se informa; basta um sério interesse de opinião pública numa informação completa.

Pode-se deduzir alguns princípios para a ponderação de bens: trata-se de saber se, segundo a ordem de valores contida na constituição, se pode estabelecer uma clara prevalência valorativa de um dos bens aqui em questão em face do outro. É preciso ter em conta os princípios da proporcionalidade, do meio mais idôneo ou da menor restrição possível. A lesão de um bem não deve ir além do que é necessário, ou, pelo menos, que seja defensável em virtude de outro bem ou de um objetivo jurídico reconhecido como de grau superior. Trata-se em relação ao princípio da proporcionalidade, de um princípio jurídico material, que se converte em fio condutor metodológico da concretização judicial da norma. A ponderação de interesses não é simplesmente matéria do sentimento jurídico, é um processo racional que não há de fazer-se, em absoluto, unilateralmente, mas que, pelo menos até um certo grau, segue princípios identificáveis e, nessa medida, é também comprovável.

A ponderação de bens no caso concreto é um método de desenvolvimento do direito, pois que serve para solucionar colisões de normas – para delimitar umas das outras as esferas de aplicação das normas que se entrecruzam e, com isso, concretizar os direitos cujo âmbito, como o do direito geral de personalidade, ficou em aberto.

8) O DESENVOLVIMENTO DO DIREITO DE ACORDO COM A NATUREZA DAS COISAS

O conceito de “natureza das coisas” envolve conhecer a relação entre ser e dever ser, ser material e ser espiritual, realidade e valor. Quem vê na natureza das coisas um subsídio, transcende a mera factualidade e penetra na esfera do que é suscetível de sentido e de valor. Certos dados fundamentais pertencentes à natureza corpórea ou à natureza anímica e espiritual do homem,

que não são mutáveis, ou o são dificilmente e em períodos mais longos, tem que ser tidos em conta pelo Direito; servem se ao homem não se deve deles exigir demais. Certas instituições, criadas e usadas pelos homens, precisam de certas regras para cumprir seus fins e funcionarem de acordo com eles. A natureza das coisas deixa margem para várias possibilidades de configuração, mas exclui algumas por plenamente “alheias às coisas”, inadequadas às coisas. A natureza das coisas é importante em conexão com a igualdade pois exige que se diferencie adequadamente. Contribui para saber o que carece realmente de uma regulamentação e que fatores se hão de considerar na regulamentação. Exige, por exemplo, distinção entre crianças, adolescentes e adultos, tanto no tráfico jurídico-negocial, quanto na responsabilidade cível e penal. Disso se infere o grau de maturidade intelectual (característica da idade em si ou no caso concreto) e a capacidade de sentir a responsabilidade e de atuar de acordo com ela. Da natural necessidade de ajuda que tem a criança, resulta a necessidade de regular o direito e o dever de cuidar da criança, decorrendo da natureza das coisas que a lei indique os pais para isso. Se existe um direito sucessório é da natureza das coisas que o herdeiro venha a responder pelas dívidas do autor da sucessão. Da natureza da coisa “dinheiro” resulta, para a dívida pecuniária, que esta não pode simplesmente equiparar-se a uma obrigação real normal. O devedor de dinheiro está obrigado a proporcionar um valor em dinheiro nominal expresso em cifras, não à entrega de uma determinada mercadoria. Ninguém terá a idéia de “alugar” notas de banco, i.e., se obrigar a devolver as mesmas notas depois do uso. Isto seria contrário à coisa, porque o único uso possível das notas de banco consiste em gastá-las. O uso temporário de dinheiro não pode ser objeto de aluguel, mas apenas de mútuo. Daí resulta também a identidade de função dos juros do mútuo e dos rendimentos do aluguel e, portanto, a natureza jurídica do mútuo oneroso como um contrato sinalagmático.

A natureza das coisas é um critério teleológico-objetivo de interpretação, sempre que não se possa supor que o legislador tenha querido desatendê-la. A natureza das coisas é de grande importância em ordem à ponderação de bens no caso concreto.

Onde a reputação legal falseia de modo grosseiro a natureza das coisas, a jurisprudência dos tribunais corrige-a mediante um desenvolvimento do Direito superador da lei. Se o legislador passa por alto ou deprecia a natureza das coisas - e aí pode configurar o mundo segundo seus desejos -, terá a regulação corrigida pelos tribunais.

A natureza das coisas é o critério mais importante para saber se pode ter subsistência uma diferenciação aceite face o princípio da igualdade. Serve também para o preenchimento de lacunas da lei constitucional, e na medida em que delas se possa falar também de lacunas ocultas. É possível, vg, a possibilidade de uma competência federal "com base na natureza das coisas", que restringe a atribuição geral de competência aos Estados, e nesta medida corrige a constituição escrita.

Assim, as deduções a partir da natureza das coisas são conceitualmente necessárias e requerem, necessariamente, uma determinada solução com exclusão de outras possibilidades de solução materialmente adequadas.

9) DESENVOLVIMENTO DO DIREITO DE ACORDO COM UM PRINCÍPIO ÉTICO-JURÍDICO

Os princípios ético-jurídicos são pautas orientadoras da norma jurídica que, em virtude da sua própria força de convicção, podem justificar decisões jurídicas. Distinguem-se dos princípios técnico-jurídicos, que se fundam em razões de oportunidade pelo seu conteúdo material de justiça; por este

motivo, podem ser entendidos como manifestações e especificações especiais da idéia de direito, tal como esta se revela na consciência jurídica geral. Princípios não são regras imediatamente aplicáveis a casos concretos, mas idéias diretrizes, cuja transformação em regras que possibilitem uma resolução tem lugar em parte pela legislação, em parte pela jurisprudência, segundo o processo da concretização e do aperfeiçoamento de princípios mais especiais mediante a formação de grupos de casos.

Um princípio tem sido muito mencionado: o da proporcionalidade, enquanto exigência da medida indicada, da adequação entre meio e fim, do meio “mais idôneo” ou da “menor restrição possível” do direito ou bem constitucionalmente protegido. A idéia de justa medida tem uma relação estreita com a idéia de justiça, tanto no exercício dos direitos como na imposição de deveres e ônus, de equilíbrio de interesses reciprocamente contrapostos na linha do menor prejuízo possível.

Outro princípio jurídico que derivou do princípio do Estado de Direito é o princípio da confiança na relação do cidadão com a legislação. Tal princípio proíbe em geral uma retroatividade das leis e hipóteses legais já verificadas, tanto quanto a sua medida em que o cidadão devesse confiar na permanência da posição jurídica que para si deriva. O princípio da confiança é um princípio imanente à ordem jurídica, que, dentro dos limites que em cada caso se lhe assinalem, pode almejar a ser tido em conta em todos os ramos do direito. Tal princípio não é absoluto. Poderiam justificar uma disposição retroativa razões de bem comum prementes e que estão supra-ordenadas ao imperativo da segurança jurídica.

A retroatividade própria das leis somente é admissível quando a justificam razões de bem comum prementes, supra-ordenadas ao imperativo de segurança jurídica. Na retroatividade imprópria a lei não atua sobre previsões já verificadas por inteiro,

mas sim sobre aquelas previsões cuja validação já começou e a confiança do indivíduo na permanência de uma regulação legal há de ponderar-se juntamente com a importância da preocupação do legislador com o bem público; é decisiva, a esse respeito, por um lado, a dimensão do dano à confiança e, por outro lado, a importância da preocupação do legislador com o bem público.

10) A FORMAÇÃO DO CONCEITO E DO SISTEMA NA JURISPRUDÊNCIA. O SISTEMA "EXTERNO" OU CONCEPTUAL-ABSTRATO. TAREFA E POSSIBILIDADES DE FORMAÇÃO JURÍDICA DO SISTEMA

As normas jurídicas não estão desligadas umas das outras, mas estão numa conexão múltipla umas com as outras. Toda interpretação de uma norma tem de tomar em consideração a cadeia de significado, o contexto e a sede sistemática da norma, a sua função no contexto da regulamentação em causa. O ordenamento jurídico está subordinado a determinadas idéias jurídicas diretas, princípios ou pautas gerais de valoração. A descoberta das conexões de sentido em que as normas e regulações particulares se encontram entre si e com os princípios diretivos do ordenamento jurídico, e a sua exposição de um modo ordenado que possibilite a visão do conjunto – quer dizer, na forma de um sistema – é uma das tarefas mais importantes da jurisprudência científica. O sistema de conceitos gerais abstratos formado segundo regras da lógica formal, que serve de base à sistemática de numerosas leis é apenas uma destas possibilidades. Este sistema, denominado "externo", baseia-se em que se não de separar e generalizar, a partir dos fatos-tipo que são objeto de uma regulação jurídica, determinados elementos. A partir deles se formarão conceitos de gênero, que são ordenados de modo que, acrescentando ou subtraindo notas específicas particulares,

se possam alcançar diversos graus de abstração. Os “conceitos inferiores” respectivos, que são os de menor grau de abstração, ao serem subsumidos aos conceitos “superiores” correspondentes permitem, finalmente, reconduzir a massa do material jurídico a alguns poucos conceitos “supremos”.

A par disso, outras formas de pensamento, como o tipo, a idéia diretiva, o princípio que precisa ser concretizado e o conceito jurídico determinado pela função, começaram a ser utilizadas. Os tipos jurídicos são em si próprios “sistemas móveis” de elementos ordenados entre si, sob um determinado critério diretivo. Como tais, podem ordenar-se em “séries de tipos” que, por seu lado, podem ser concebidos como “sistemas móveis parciais”. Os princípios diretivos que estão mais ou menos concretizados na regulação dada, mas que precisam ainda de ser concretizados, representam elementos de um “sistema interno”, que tem por missão tornar visível e pôr em evidência a unidade valorativa interna do ordenamento jurídico. Como elemento de união entre estes princípios e os conceitos “abstratos”, que não são tampouco de eliminar por completo, servem, finalmente, os conceitos “determinados pela função”.

Argumentar com conceitos determinados pela função e com princípios, implica ter em conta o sistema interno.

11) O CONCEITO ABSTRATO E O SISTEMA “EXTERNO” POR SEU INTERMÉDIO ARTICULADO

Indicamos os conceitos abstratos como elementos básicos do sistema externo. Chamam-se abstratos porque são formados de notas distintivas que são desligadas, abstraídas dos objetos em que aparecem e, na sua generalização, são isolados, separadas tanto umas das outras como em relação aos objetos a que sempre estão ligadas de um modo determinado. O pensamento que abstrai

recolhe um objeto da experiência dos sentidos, vg, uma determinada planta ou animal. Sobressaem neles propriedades particulares ou "notas", gerais, desligadas de sua união com outras e assim isoladas.

Eliminando-se as notas particulares podem ser formados conceitos de elevado grau de abstração aos quais se podem subsumir todos aqueles que lhe são subordinados.

A seleção das notas distintivas que são recolhidas para a formulação de um conceito abstrato na sua definição é essencialmente co-determinada pelo fim que a ciência em causa persegue com a formação do conceito. O conceito jurídico que designa uma determinada classe de objetos nem sempre se identifica plenamente com o conceito correspondente de outra ciência, ou nem sequer com o que o uso lingüístico corrente por ele entende. O conceito jurídico de animal para os fins de responsabilidade do detentor do animal, liga-se ao uso corrente do termo, mas não valerá para as bactérias, qualquer que seja o modo como possam ser classificadas zologicamente.

A lei tem como missão a massificação de uma enorme quantidade de fenômenos da vida, muito diferentes entre si e altamente complexos; é preciso caracterizá-los mediante notas distintivas facilmente identificáveis e ordená-los de modo a que sejam sempre idênticos, e lhes possam ligar idênticas conseqüências jurídicas. Para levar a cabo essa missão, forma-se a partir de conceitos abstratos previsões às quais possam ser subsumidos sem esforço todos os fenômenos da vida que apresentam notas distintivas do conceito. Não só são caracterizáveis mediante conceitos abstratos as situações de fato a regular, mas também as conseqüências jurídicas e conteúdos de regulação a elas associados. A formulação de conceitos ainda mais gerais, como os de sujeito de direito, objeto de direito e negócio jurídico, possibilita a formulação de regras para todo o âmbito de aplicação desses conceitos, i.e., de uma parte geral.

Do mesmo modo o direito das obrigações contém uma parte geral cujas regras valem para todos os contratos obrigacionais.

12) A “CONSTRUÇÃO JURÍDICA COMO INSTRUMENTO DE CONCRETIZAÇÃO”.

A apresentação do conteúdo regulador de uma norma ou de um modelo contratual de tais conceitos que, ou já pertencem ao sistema (“externo”), ou devem inserir-se sem ruptura, é a missão da chamada “construção” jurídica. É imprescindível na medida em que nos atenhamos à exigência de um sistema abrangente de conceitos, que seja isento de contradições e possibilite deduções. Construção é aquela atividade que serve para inserir no sistema uma regulação precisamente encontrada na lei ou um modelo de contrato desenvolvido no tráfego (não apenas um contrato individual, concreto), de modo a que resulte uma concatenação isenta de contradições e que possam ser traçadas comparações com outras regulações, que permitam pôr claramente em evidência tanto as diferenças como o que têm em comum.

13) TIPOS E SÉRIES DE TIPOS. O “TIPO” COMO FORMA DE PENSAMENTO EM GERAL

Quando o conceito geral abstrato e o sistema lógico destes conceitos não são suficientes por si para apreender um fenômeno da vida ou uma conexão de sentido na multiplicidade das suas manifestações, oferece-se então o “tipo” como forma de pensamento. Entre os diferentes significados do termo “tipo” podem distinguir-se – sem pretensão de exaustibilidade – os seguintes:

O tipo médio ou de freqüência, se apresenta quando falamos das reações típicas de uma pessoa ou de uma multiplicidade de pessoas numa dada situação ou quando dizemos

que uma certa situação atmosférica é típica desta região e época do ano. Típico aqui quer dizer: "aquilo que é de esperar segundo o curso normal", "normalmente".

O tipo de totalidade ou configuração, se verifica quando falamos de uma típica casa rústica da saxônia, aludimos a um número maior ou menor de propriedades, de traços característicos que tipificam uma tal imagem na sua globalidade, sem que, por isso, tenham de estar todos presentes. Estes traços podem aparecer na imagem particular que nós associamos ao tipo, com diferente intensidade, com diferentes matizes e combinações. É uma imagem geral, contemplada comparativamente e se trata de uma nota distintiva do todo, i.e., de algo geral que se há de compreender na sua globalidade.

Ambas as espécies de tipos são tipos empíricos, i.e., as reações e evoluções respectivas podem ser confirmadas pela experiência.

14) A IMPORTÂNCIA DO TIPO NA CIÊNCIA DO DIREITO

Quando as normas jurídicas remetem para os usos do tráfego ou para o uso comercial, trata-se de um modo de comportamento normalmente esperado, i.e., de um tipo de frequência empírico que são atuados, em geral, pelos membros de um determinado grupo social e que se referem, imediata ou mediamente ao tráfego negocial.

Trata-se de regras que têm já um caráter normativo na consciência daqueles que as cumprem ou que julgam segundo elas ("bons costumes"). Os usos do tráfego, os usos comerciais e a moral social têm para os juristas o significado de standards, i.e., de pautas normais de comportamento social correto, aceitos na realidade social. Tais standards não são regras às quais se possa fazer subsunção, mas pautas móveis que tem que ser

inferidas da conduta reconhecida como típica e que tem que ser permanentemente concretizadas, ao aplicá-las ao caso a julgar. É um tipo médio de freqüência que desempenha grande papel na denominada prova prima facie. Considerar-se-á como comprovado um processo causal, quando um tal processo causal corresponde, segundo as circunstâncias constatadas, ao procedimento típico do evento e não se comprovou qualquer circunstância que sugira aqui a possibilidade de um não típico processamento do evento. O processamento típico do evento o juiz deduz de “máximas de experiência”, que por seu lado podem ser obtidas da experiência geral da vida.

Da maior importância é o tipo a que subjaz um elemento normativo. A lei serve-se dele, vg, para a caracterização de um grupo de pessoas, atendendo a um papel social que se subtrai a uma fixação conceitual (“possuidor do animal”, “encarregado de um assunto”, o “possuidor em nome alheio” ...).

Na formação do tipo e também da coordenação concreta do tipo entram tanto elementos empíricos como normativos; a união destes dois elementos constitui precisamente a essência desse tipo, que se poderia denominar do tipo real normativo.

O legislador não precisa assumir o tipo tal como se formou na vida jurídica; pode, mediante a sua regulamentação, introduzir-lhe novos traços e descurar outros. Para o tipo tido em conta na lei é decisiva a regulação que na lei recebeu. A regulamentação contratual, ajustada pelas partes no caso concreto, pode afastar-se mais ou menos daquela outra; a partir de tais acordos podem desenvolver-se na vida jurídica novos tipos extralegais de contrato. Quer sejam legais ou extralegais, trata-se de regulamentação típica; é por isso que se distinguem os tipos estruturais dos tipos reais normativos. Formadora de tipos é a estrutura, i.e., a conexão provida de sentido de uma regulamentação, no “jogo concertado” de seus elementos.

15) O SISTEMA "INTERNO". A IMPORTÂNCIA DOS PRINCÍPIOS JURÍDICOS PARA A FORMAÇÃO DO SISTEMA

Os princípios éticos jurídicos podem ser tidos como critérios teleológicos-objetivos da interpretação e em conexão com o desenvolvimento do Direito. Os princípios são pautas diretivas de normação jurídica que, em virtude de sua própria força de convicção, podem justificar resoluções jurídicas.

Os princípios jurídicos não têm o caráter de regras concebidas de forma muito geral, às quais se pudessem subsumir situações de fato, igualmente de índole muito geral. Carecem antes, sem exceção, de ser concretizados, cabendo distinguir vários graus de concretização.

Os princípios podem entrar em contradição entre si. Sua atuação pode ocorrer numa medida maior ou menor, no que se distingue das regras. Princípios prescrevem que algo seja realizado na medida mais elevada possível, tendo em conta as possibilidades jurídicas e fáticas. No caso de uma contradição entre princípios, tem cada princípio de ceder perante o outro, de modo a que ambos atuem em termos ótimos – ("mandado de otimização"). Em que medida seja este o caso, depende do escalão do bem jurídico em causa em cada caso e requer uma ponderação de bens. Trata-se, em última análise, do valor posicional dos princípios individualmente considerados no quadro de um sistema de tais princípios. O pensamento aqui não é linear, mas é sempre de sentido duplo: o princípio esclarece-se pelas suas concretizações e estas pela sua união perfeita com o princípio. A formação do "sistema interno" ocorre através de um processo de "esclarecimento recíproco", em sentido estrito.

Se bem que os princípios jurídicos tenham, de regra, o caráter de idéias jurídicas distintivas, das quais não se pode obter diretamente resoluções de um caso particular, mas só em virtude

de sua concretização na lei ou pela jurisprudência dos tribunais, existem também princípios que, condensados numa regra imediatamente aplicável, não só são *ratio legis*, mas em si próprios *lex*. São os denominados “princípios com forma de proposição jurídica”.

Em contraposição a estes, poderíamos denominar os princípios que não têm caráter de norma, de “princípios abertos”. A separação entre princípios abertos e com forma de proposição jurídica é fluida. Não se pode indicar com exatidão o ponto a partir do qual o princípio já está tão amplamente concretizado que pode ser considerado como princípio com a forma de proposição jurídica (ex. liberdade contratual e liberdade de forma no Direito das obrigações, *nula poena sine lege*, independência dos juízes, tribunais de exceção).

Os princípios com forma de proposição jurídica ocupam uma posição intermediária entre os princípios abertos (ex.: autônoma privada), que são por eles concretizados numa determinada direção, e as normas jurídicas com previsões concebidas de modo muito amplo. Distinguem-se destas últimas porque lhes cabe uma importância destacada no contexto global de uma regulação.

Entre os princípios com forma de proposição jurídica estão os princípios do “meio mais idôneo” e da “restrição menor possível” que servem muitas vezes de pauta de ponderação de bens. São uma forma de proposição jurídica enquanto existe um meio mais idôneo, apenas uma restrição menor possível - a que protege suficientemente o bem preferido do bem postergado - não se requerendo uma ulterior concretização da pauta. Em contrapartida, no caso do princípio da proporcionalidade em que se exige apenas uma “relação adequada” entre meio e fim, e que o dano que sobrevenha não esteja sem relação com o risco que devia ser afastado, trata-se de princípio aberto, porque nestes casos não é indispensável uma valoração adicional.

16) O CARÁTER "ABERTO" E FRAGMENTÁRIO DO SISTEMA "INTERNO"

O sistema interno não é fechado, mas um sistema aberto, no sentido de que são possíveis tanto mutações na espécie de jogo concertado dos princípios, do seu alcance e limitação recíproca, como também a descoberta de novos princípios; seja em virtude de alterações da legislação, seja em virtude de novos conhecimentos da ciência do Direito ou modificações na jurisprudência dos tribunais. A razão última disso é que o sistema, como unidade de sentido de uma ordem jurídica concreta, comunga do modo de ser desta, não é estático, mas dinâmico.

A missão do sistema científico é tornar visível e mostrar a conexão de sentido inerente ao ordenamento jurídico como um todo coerente.

Pressupõe-se sempre que as regras de direito e os complexos de regulação estão em conexão de sentido. A plena concordância valorativa de todas as normas e resoluções não pode se dar porque surgiram em diferentes graus de evolução histórica, e uma valoração distinta num setor particular do ordenamento não pode ter de imediato repercussão noutra setor particular. Existem efeitos à distância de modificações num setor normativo sobre outros setores normativos. Assim, as valorações da Constituição influem decisivamente na interpretação de algumas cláusulas gerais, sobretudo a dos bons costumes e ao direito de personalidade.

Existem, ainda, as "leis-medidas" que se prestam a missões e fins objetivos (em geral econômicos) totalmente determinados: não estão orientados a determinados princípios jurídicos. No entanto, aqui, os princípios constitucionais e os direitos fundamentais só atuam como limites ao legislador, não como idéias diretivas pelas quais se oriente o conteúdo da regulamentação.

Enquanto sistema aberto, o sistema é sempre inacabado e inacabável. O sistema interno é, além disso, “fragmentário”, no sentido de que não podem integrar-se nele todas as normas ou regulamentações.

Para a descoberta do sistema interno é necessária a descoberta e concretização de princípios jurídicos, bem como a formação de tipos e conceitos determinados pela função. Estas são as formas específicas de pensamento de uma jurisprudência que a si própria se entende simultaneamente como pensamento “orientado a valores” e pensamento sistemático.