

INTERPRETAÇÃO LÓGICO-SISTEMÁTICA DO DIREITO

ÂNGELA MARIA CAVALCANTE ZANETTI SANTARÉM

Advogada na Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos. Mestranda em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (UniCeub). Especialista em Direito Processual Civil pelo UniCeub.

RESUMO

Este artigo traz o tema da interpretação lógico sistemática a partir de uma abordagem conceitual utilizada pela doutrina. Busca apresentar os valores e conceitos básicos que são utilizados no dia a dia do trabalho jurídico e traz uma exposição simplificada, que poderá orientar o leitor na compreensão da interpretação lógica. Falamos da lógica jurídica ou a lógica do razoável e também do pressuposto de que as regras de um ordenamento contém um conjunto homogêneo e solidário de pensamento jurídico. É observado, ainda no texto, a reflexão sobre o Poder Discricionário do Juiz, fincado na preocupação com o ativismo judicial, que hoje é defendido, por exemplo, por Lenio Luiz Streck, trazendo a pluralidade de fontes heterogêneas, ou seja, a aplicação do diálogo das fontes, que também expõe a fragilidade das decisões a respeito do tema.

ABSTRACT

This article presents the subject of systematic logical interpretation from a conceptual approach used by the doctrine. It also seeks to expose the values and basic concepts that are used in day to day legal work and brings a simplified exhibition, but also sufficient to guide the reader in understanding the logical interpretation. We speak of legal logic or the logic of the reasonable and the assumption that the rules of an arrangement contains a homogeneous and supportive legal thought. In addition to the reflection on the Discretionary Power of the Judge, stuck in concern with the judicial activism, which is now advocated, for example, by Lenio Luiz Streck, we bring the plurality of heterogeneous sources, in other words, the application of the sources dialogue, which also exposes the fragility of the decisions on the theme.

1. INTRODUÇÃO

Inegavelmente, todo o conhecimento científico é, por si só, aberto e resultante de um extenso processo de investigação. não se trata, entretanto, de forma alguma, de um conhecimento finito, completo e acabado; mas, muito pelo contrário, reputa-se, sem dúvida, em um conhecimento sem fronteiras, em permanente fase de expansão.

O homem, em termos concretos, não tem a perfeita noção se a própria verdade coincide com a técnica aplicada, ou mesmo, se o que nós convenciamos chamar de “verdade» é relativa ou absoluta.

Por isso entendo que o conhecimento não pode, de forma alguma, extrapolar para tudo aquilo que não condiz com a realidade perceptível.

O método científico resulta da formalização de várias hipóteses, que têm de ser examinadas com todo o cuidado possível, objetivando-se, sempre, apurar a hipótese mais provável, mais aceitável, com o propósito de convertê-la em dado geral, para, afinal, saber se consiste ou não na verdade.

Somente a repetição do evento fático nos conduz à verdade; convertendo o fato em lei, criando, em consequência, um princípio genérico.

Por isso é que, nas ciências hermenêuticas, necessário se faz saber a data, o autor, a eficácia ou não da lei, o cumprimento ou não de seus objetivos, dentre outros critérios, para, afinal, entender a «verdade» desta importante ciência.

Como em todas as ciências, de modo geral, o método científico tem que ser cuidadosamente observado. A própria prevalência de um dado ou hipótese sobre outro, pode levar o intérprete a tirar conclusões e, via de consequência, aplicação distorcida da norma, desviando-a, afinal, de seus verdadeiros e originários objetivos.

Daí ser incontestável a importância do conhecimento da hermenêutica e imprescindível, por efeito, o seu estudo sério e aprofundado.

Assim, com essa ideia, buscamos entender a interpretação lógico-sistemática em seu histórico e sua aplicação prática, apresentando algumas situações que convivemos diariamente e, certamente este é um trabalho inicial, talvez dinâmico, mas fadado a permanente

aprimoramento, pois, o Direito e sua interpretação é por sua natureza elástico e dúctil, varia de significado com o transcorrer do tempo e a marcha da civilização.

2. A INTERPRETAÇÃO LÓGICA

A interpretação lógica deve ser sempre observada imediatamente após a interpretação literal.

Este meio de interpretação, a que alguns autores denotam a importância máxima no sistema hermenêutico, se subdivide em cinco itens componentes: a mens legislatori, a mens legis, a occasio legis, o argumento a contrário sensu e, finalmente, o argumento fortiori.

A mens legis busca, em resumo, verificar o que realmente o legislativo disse, independente de suas intenções. A mens legislatori o que queria dizer.

Essas duas situações acima citadas, embora aparentemente conflitantes, são perfeitamente distintas e harmonicamente convergentes em matéria de técnica lógica de interpretação.

Um bom exemplo da importância desses dois componentes na interpretação lógica está, exatamente, na redação do artigo 110, § 2º, do CP, que trata da chamada prescrição relativa e da sua forma de contagem. Segundo a exposição de motivos da nova parte geral do CP, a contagem do referido prazo é realizada em duas etapas, face à interrupção do prazo, em consequência da peça vestibular da ação penal.

Sem dúvida, ali está a mens legislatori da redação do artigo. Contudo, como bem reconhece o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, não está ali, de forma alguma, a mens legis, vez que, embora o legislador desejasse a contagem bifásica do prazo, a redação final do artigo dispõe da contagem única do prazo da prescrição retroativa, sem interrupção, de qualquer espécie.

O argumento a contrário sensu é outro componente da interpretação lógica, de grande importância. A lei sempre faculta a conclusão pela exclusão, dada a regra que afirma que as exceções levem vir sempre expressas. Assim, sempre é possível admitir direitos ou aferir proibições interpretando pelo que não está, respectivamente, proibindo ou permitindo.

2.1 A lógica jurídica ou a lógica do razoável

Como disse Vanoni (“Natura ed Interpretazione delle leggi tributarie, 1932, p.273), que “le due attività sono tanto viciane” que exigem ao intérprete a máxima cautela no estabelecimento do processo lógico que o conduzirá à exata aplicação do texto interpretado, entendemos necessário adentrar no tema “lógica”.

O termo “lógica jurídica” tem um significado especial para Perelman, ao contrário de autores como Kalinowsky e Klugh ¹, que consideram a lógica jurídica como a lógica formal aplicável ao direito. Para Perelman, não existe uma lógica jurídica, tal como não existe uma lógica biológica, uma lógica química, uma lógica física, e assim por diante. O que ele entende por lógica jurídica é a ciência encarregada de analisar o raciocínio propriamente jurídico, que ele sabe aproximar-se do raciocínio dialético. Já ficou claro, que se trata de uma outra lógica que não a formal, identificada com o pensamento analítico, mas não da lógica relativa à retórica e à argumentação, voltada para um campo mais alargado, que é o da dialética.

¹ Vale conferir os trabalhos de Georges Kalinowsky: *Introducción a la Lógica Jurídica*, Editorial Universitaria de Buenos Aires, trad. Por Juan A. Casaubon, 1973; e *Normas Jurídicas y Análisis Lógico*, por Hans Kelsen e Ulrich Klug, editado pelo Centro de Estudios Constitucionales de Madrid.

Por outro lado, o pensamento jurídico encontra limites na dogmática criada pelos parâmetros definidos em lei, o que gera uma constante tensão entre segurança e equidade. Segurança, que é valor próprio do Estado de Direito, e equidade, que é um mecanismo capaz de amenizar as exigências legais quando estas se dispõem contra aquilo que é aceitável.²

Perelman, desde o seu primeiro escrito sobre a justiça, mostrou-se sensível à questão da razoabilidade das decisões jurídicas. De fato, a equidade, as ficções jurídicas e até mesmo a caridade são muitas vezes necessárias à obtenção da justiça quando a lei mostra-se inflexível. Enquanto a equidade aparece quase como sinônimo de justiça, a ficção jurídica consiste naquela decisão em que se qualificam os fatos contrariamente à realidade, para se obter o resultado desejável³. Segundo Perelman, o direito não pode se desinteressar da reação das consciências. A solução jurídica tem um compromisso com a paz judicial, tendo em vista tratar-se de uma atividade prática e não puramente teórica. A decisão razoável será, então, aquela que não se opõe, sem razão, ao senso comum de cada sociedade. Mas, sendo a razoabilidade uma noção vaga, talvez possamos chegar mais perto do *razoável* excluindo-se o *não-razoável*.

Essa questão abre uma cisão na teoria da separação rígida entre os poderes do Estado, uma vez que o poder judiciário não se apresenta

² As definições atuais mais recorrentes de equidade seguem a concepção aristotélica da adequação da norma geral ao particular, sob o parâmetro da prudência. É o sentimento do justo concreto, conforme afirma Tércio Sampaio Ferraz Jr. Para este autor, a equidade não corresponde a um princípio que se opõe à justiça, mas que a completa e a torna plena. (Cf. *Introdução...*, p. 276, e segs). Para Miguel Reale (*Lições Preliminares de Direito*, p. 123 e segs), a equidade é o memento dinâmico da concreção da justiça, pois na aplicação, a norma deve amoldar-se à sinuosidade do caso. José de Oliveira Ascensão define-a como medida de solução, uma vez que consiste num modo indispensável de aplicação da lei ao caso concreto. (Cf. *Direito — Introdução e Teoria Geral*, p. 186 e segs).

³ Um exemplo dado por Perelman sobre ficção jurídica é o que ocorria na Inglaterra no final do século XVIII e início do século XIX. O direito inglês, dessa época, previa a pena de morte para todo roubo no valor de 40 xelins ou mais. Os juizes, revoltados com o alto grau da punição, passaram a avaliar os roubos no valor de até 30 xelins, criando, assim, uma ficção jurídica. Na Alemanha imperial, de antes de 1914, era prevista a prisão para aqueles que desfilassem com bandeiras vermelhas em 1º de maio. Prisões forma evitadas no caso das bandeiras serem roxas. Cf. *Ética e Direito*, páginas 524, 525 e 541.

mais como simples subordinado do legislativo. À medida que o Judiciário assume uma posição política e criativa; qual seja, a de harmonizar a ordem legislativa com as ideias dominantes em termos do que seja justo e equitativo, constitui antes, um aspecto complementar do legislador. Por esta razão, lembra Perelman, a aplicação do direito e a passagem da regra abstrata ao caso concreto não são simples processo dedutivos, mas uma adaptação constante das disposições legais aos valores em conflito nas controvérsias judiciais.

Sem negar a autoridade do legislador, admitir-se-á que sua vontade não pode ser arbitrária, que os textos que adota devem cumprir uma função reconhecida, promover valores socialmente aceitos. Sem ser a expressão de uma razão abstrata, supor-se-á que, para ser aceito e aplicado, o direito positivo deve ser razoável, noção vaga que expressa uma síntese que combina a preocupação com a segurança jurídica com a da equidade, a busca do bem comum com a eficácia na realização dos fins admitidos. Será no juiz, bem mais do que no legislador, que se confiará para a realização dessa síntese, aceita porque razoável⁴.

De fato, o conflito dos juízos de valor está no centro dos problemas metodológicos criados pela interpretação e para aplicação do direito. Toda relação jurídica supõe um conflito de interesses. Diante de um mesmo fato e de um mesmo ordenamento jurídico, encontramos ideias e interpretações contrárias que levam a resultados distintos. Cada uma das partes mostra-se tão convencida de sua posição, que a conciliação torna-se inviável. Nesse momento, faz-se mister a intervenção de um árbitro livremente escolhido pelas partes ou provido pelo aparelho judiciário estatal, para pôr fim à contenda. Cabe ao juiz ponderar sobre os valores que envolvem aquele caso concreto e que se encontram protegidos na lei, conferindo-lhe uma interpretação condizente e razoável. E é justamente este mecanismo de interpretação que se faz por intermédio da argumentação, sendo que a interpretação já se encontra referenciada pela compreensão da situação histórica e sistemática.

José Afonso da Silva, questionando a legitimidade da jurisdição constitucional, estabelece a diferença entre «decidir» simplesmente

⁴ Perelman. *Ética e Direito*, p. 463

e «julgar». O primeiro caso corresponderia a uma tarefa automática e formal, enquanto julgar corresponderia à emissão de um juízo, ou melhor, ao fundamento de uma decisão⁵. A lógica jurídica deve ser capaz de suportar e organizar o enfrentamento de teses opostas referentes a um mesmo problema jurídico. A ideia é que cada um dos integrantes da relação jurídica possa expor suas razões da melhor maneira possível a alcançar o convencimento do juiz. A melhor maneira, claro, é aquela que atinge o seu objetivo, que é a adesão dos ouvintes. Mas para isso, servimo-nos de técnicas específicas, como, por exemplo, aquelas analisadas por Perelman no *Tratado da Argumentação*⁶. O direito é a verdadeira arte da disputa. O juiz, por seu turno, poderá aderir a uma ou outra tese, conforme sua livre convicção, ou mesmo propor uma solução alternativa que entenda mais razoável. O reconhecimento da razoabilidade, por sua vez, deve ser conferido pelo público alvo da decisão: as partes, outros juízos que eventualmente venham apreciar também o caso, e até o público em geral, que, de uma forma ou de outra, é atingido pelo comportamento do Poder Judiciário. A interpretação, portanto, envolve valores e é por eles determinada⁷.

⁵ José Afonso da Silva. “Tribunais Constitucionais e Jurisdição Constitucional”, em *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, n. 60/61, Belo Horizonte, 1985, p. 496 e segs.

⁶ Perelman, na Segunda parte do *Tratado da Argumentação*, dedica-se à análise da estrutura de alguns argumentos. Os argumentos dividem-se, segundo Perelman, em três grandes grupos: os argumentos quaselógicos, os argumentos baseados na estrutura do real e os argumentos que fundamentam a estrutura do real. Dentro dessas categorias, aponta algumas técnicas ou tipos de argumentos extraídos de documentos que analisou como é o caso da demonstração, por uma das partes, de contradição ou incompatibilidade entre os termos dos argumentos apresentados pela outra parte; as técnicas da reciprocidade e da transitividade; a inclusão da parte no todo; o argumento de autoridade; o exemplo e a ilustração; os fins e os meios, etc.

⁷ Citemos o célebre exemplo dado por Perelman sobre a norma que proíbe a entrada de automóveis no parque. Diante do preceito: “É proibida a entrada de automóvel no parque”, como deve portar-se o guarda, como autoridade decisória, no caso de uma ambulância que precise socorrer a vítima de um infarto? E, quanto à existência de uma escultura de um automóvel nos jardins? Literalmente, não deixam de ser automóveis. Mas, ponderando-se os valores em pauta, o que deverá prevalecer: a vida do infartado ou a tranquilidade dos transeuntes? A estética de uma escultura ou a literalidade pura e simples da lei? São exemplos de valores em pauta que merecem ser sopesados em cada situação, emprestando-se, inclusive, à palavra automóvel, o significado único de automóvel como veículo apto à locomoção.

Por meio da argumentação é que se torna possível defender uma posição em prejuízo de outras. A ideia da lógica jurídica como lógica do razoável é apresentada por Perelman em contraponto à lógica formal-demonstrativa, característica do pensamento puramente teórico, em que conclusões verdadeiras são extraídas por inferência válidas de premissas também verdadeiras. Ao contrário, cabe ao juiz, por meio da argumentação dialética, que trabalha com o exercício entre os contrários, motivar suas decisões visando convencer seu auditório. A relação entre orador e auditório é o ponto nevrálgico da argumentação, é o que caracteriza o seu elemento interpessoal. São estes os dizeres de Perelman:

A lógica jurídica comporta o estudo de esquemas argumentativos não-formais, próprios do contexto jurídico. Enquanto a demonstração é impessoal e poderia mesmo ser controlável mecanicamente, toda a argumentação se dirige a um auditório que ela se empenha em persuadir ou em convencer, cuja adesão às teses defendidas pelo orador, ela deve ganhar. É essencial conhecer esse auditório, saber quais são as teses que, se supõe, ele aceitaria, e que poderiam servir de premissas para a argumentação que a pessoa se propõe a desenvolver. Cumpre, aliás, que tais teses sejam aceitas com uma intensidade suficiente que suportem, sem desgaste, o peso da argumentação. Se não for esse o caso, elas correm o risco de serem abandonadas pela ouvinte e toda a argumentação que lhes é vinculada desabaria como uma quadro preso a um prego mal fincado na parede⁸.

Uma crítica que poderíamos apresentar com relação ao trabalho de Perelman é o fato dele limitar a argumentação jurídica ao âmbito exclusivo do juiz. Acredita que este é o ente apaziguador das partes sem conflitos a quem cabe convencer, dirigindo-se também à opinião pública e aos tribunais superiores. No entanto, acreditamos que as partes, representadas por seus advogados, mais do que ninguém, precisam convencer o juiz da razoabilidade de suas teses. É o advogado quem enfrenta mais de perto a tese oposta, inclusive em termos altamente ameaçadores aos seus propósitos. O auditório da parte em juízo, apesar de circunscrito ao juiz, ao tribunal e a outros profissionais do direito

⁸ Ética e Direito, p. 493.

chamados a se pronunciar no processo como os membros do Ministério Público, por exemplo, não requer um esforço menor. Ao contrário, maior que o empenho do juiz é o do advogado em convencê-lo de que a solução mais favorável ao seu cliente é a melhor para o caso. O fato do advogado cuidar de um interesse pessoal e não da razoabilidade do caso em si, voltando-se para um auditório “universal”, a nosso ver não diminui o esforço metodológico da racionalidade jurídica. O compromisso do direito e do juiz que o aplica é com a justiça, sem dúvida, mas chegar ao que é justo, adequado e razoável pode ser apontado por qualquer uma das partes que participam do processo. O advogado também fornece uma tese de natureza dogmática, na medida em que apresenta uma proposta de decisão e talvez se empenhe, mais do que o juiz, na escolha de argumentos convincentes. Se fosse possível um acordo entre as partes, não haveria que se recorrer ao Judiciário. O acordo não é possível quando cada um está tão convencido da sua posição que não cabe transigir — é quando se busca o judiciário assumindo-se, inclusive, todos os ônus daí decorrentes. Do contrário, não haveria que se falar em controvérsia. No entanto, Perelman é categórico quando escreve:

Para precisar a noção de raciocínio jurídico, entendemos por essa expressão o raciocínio do juiz, tal como se manifesta numa sentença ou aresto que motiva uma decisão. As análises doutrinárias de um jurista, os arrazoados dos advogados, as peças de acusação do Ministério Público fornecem razões que podem exercer uma influência sobre a decisão do juiz apenas a sentença motivada nos fornece o conjunto dos elementos que nos permitem pôr em evidência as características do raciocínio jurídico⁹.

Em contrapartida, há o fato de que, em uma democracia, toda essa noção de razoabilidade encontra-se referida a outrem, mais especificamente à comunidade representada por sua maioria. Segundo Perelman, o problema do razoável não é o problema de um indivíduo isolado, mas o problema do indivíduo em comunidade. O mecanismo de troca entre teses opostas até que se chegue a que for mais provável como verdadeira, proporciona o diálogo, que é fundamental em uma sociedade democrática. A motivação das decisões e o confronto de ideias

⁹ Ética e Direito, p. 481. 17

permite uma participação mais ampla da opinião pública e também entre os poderes legislativo e judiciário, que trabalham, assim, para um constante aperfeiçoamento das leis e da justiça.

3. CONTEXTO E SISTEMA

Assinala Vernengo¹⁰, e com bastante propriedade, que a interpretação deve cumprir-se referindo-se à lei em sua totalidade, e não às suas partes. A lei não é uma soma de partes. Como uma todo tem um fator determinante da exata compreensão. Não é por outra razão que Larenz¹¹ afirma que “Entre vários significados possíveis, segundo o sentido literal, a interpretação deve dar preferência àquela que, no contexto geral da regulamentação em causa, produz um sentido contínuo e compreensível”. Surge, destarte, a interpretação lógica e sistemática. Forma-se uma relação enter o todo e a parte, o que possibilita a compreensão do significado buscado. Todavia, urge assinalar que, o que faz o contexto é acrescentar ou retirar algo do sentido¹². Mas não alterar ou modificar o sentido inicial.

A doutrina, contudo, ao tratar do tema, distingue os contextos verbal e situacional¹³. Vale a pena exemplificar. A noção de *interesse público* não é precisa. Varia de acordo com a situação na qual a expressão é encontrada. Se o conceito situar-se em conjunto de normas pertinentes à saúde, neste sentido deve ser entendido o *interesse público*, Se o conjunto trata da segurança, o conteúdo semântico da expressão muda integralmente. E isto em face do contexto situacional. Assim, pois, a localização da norma é elemento decisivo que o intérprete deve considerar para a respectiva interpretação.

¹⁰ R. J. Vernengo. *La interpretación jurídica*. Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, 1977, p.50

¹¹ Karl Larenz. *Metodologia da ciência do direito*. Ed. Fundação Calouste Gulbenkian, 1969, p. 371.

¹² Fernando Sains Moreno. *Conceptos jurídicos, interpretación y discricionalidad administrativa*. Ed. Civitas. Madrid: 1976, p. 64

¹³ Fernando Sains Moreno. *Op. Cit.*, pg. 65

Rematando, Engisch¹⁴ assinalou, com pena de ouro, que “Partimos do pressuposto de que as regras de um ordenamento contem um conjunto homogêneo e harmonicamente solidário de pensamento jurídicos”.

O primeiro problema que emerge, ao tratar dos aspectos lógicos da interpretação diz respeito à lógica que se entende pertinente: a lógica formal ou a chamada lógica do razoável.

A lógica do razoável, ardorosamente defendida por Recasens Siches¹⁵, indaga, preambularmente, dos juízos de valor nos quais o sistema se fundamenta¹⁶, o que leva, por vezes, à afronta aberta à norma jurídica interpretada. Não é por outra razão que Vernengo¹⁷ ao apreciar tal orientação, assinala “Incluso, para justificar este irracionalismo básico, se vão inventando despropósitos tais como os de uma lógica vital ou um logos de lo razonable que, curiosamente, não permitem estabelecer objetivamente, quando um enunciado é, ou não é, conseqüência de certos outros enunciados”. Vale enfatizar que a interpretação não é intuição e nem produto de um irracionalismo emocional. Ao contrário, ainda com Vernengo¹⁸, interpretar corresponde a uma atividade intelectual racional, afastada a lógica do razoável.

3.1 INCIDÊNCIA DA LÓGICA FORMAL NA INTERPRETAÇÃO E TIPOS DE ARGUMENTOS

É pressuposto da incidência da lógica formal na interpretação que o Direito seja visto como um sistema completo e fechado. Em outras palavras, não há anomia jurídica e o sistema é isento de contradições

¹⁴ Darl Engisch. *Introdução ao pensamento jurídico*. Ed. Fundação Calouste Gulbenkian, 3ª ed., Lisboa, p. 95

¹⁵ Luiz Recasens Siches. *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*. Ed. Porrúa. México: 1980 16

¹⁶ Alípio Silveira. *Hermenêutica no direito brasileiro*. Ed. Revista dos Tribunais, 1958, p. 106

¹⁷ R. J. Vernengo. *La interpretación jurídica*. Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, pp. 11, 12.

¹⁸ R. J. Vernengo. *La interpretación jurídica*. Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, p. 12.

não superáveis. Como bem lembra Chain Perelman¹⁹: “A asserção dentro de um mesmo sistema de uma proposição e sua negação, ao tornar manifesta uma contradição que ele contém, torna o sistema incoerente e, como isso, inutilizável”. Eis porque qualquer contradição no sistema jurídico há que encontrar, dentro do próprio sistema, meios para a respectiva superação.

Urge, contudo, fazer uma expressa referência. A lógica formal parte dos elementos igualdade e desigualdade, de onde tira suas inferências. Mas, o Direito, ao tratar da incidência ou não incidência do fato à norma trabalha com a semelhança. A descrição abstrata nem sempre corresponde ao fato concreto em todos os seus elementos. E a semelhança, como é curial, é um elemento alógico. Vale lembrar, eis que essencial e sumamente relevante, a lição de Genaro R. Carrio²⁰, para quem: “O princípio do terceiro excluído só vale para símbolos não interpretados, isto é, em domínios onde, como ocorre em matemáticas puras ou lógica, se opera com símbolos precisos”.

Isto não impede, todavia, por inteiro, a incidência do argumento lógico na interpretação, quando utilizado com o ajustamento necessário em função da matéria objetivada. A título de exemplo, presume-se, mediante oposição, uma solução contrária à legal para o que não está expresso no texto normativo. Trata-se do argumento a contrário e a inferência que dele se tira tem a natureza lógica. Todavia, das normas proibitivas, e a contrário, não se inferem permissões, como assinala Lourival Vilanova²¹, o que demonstra a incidência parcial da lógica na interpretação. Outro elemento relevante para a incidência da lógica é a semelhança, o que é objeto do argumento *a pari*. Vale lembrar o brocardo segundo o qual *onde a mesma razão, o mesmo direito*, que, *no mais das vezes autoriza a interpretação ampliativa, vedada, contudo, nos campos do Direito Público, especialmente no penal, tributário e administrativo, neste para ampliar o poder e, naqueles, para criar novas hipóteses de tributação ou tipos penais*.

¹⁹ *Tratado da argumentação*. Chain Perelman e Lucie Olbrechts Tyteca. Ed. Martins Fontes., 1996, p. 221.

²⁰ Genaro R. Carrio. *Notas sobre derecho y lenguaje*. Ed. Abeledo Perrot, 1973, p. 58.

²¹ Lourival Vilanova. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. Ed. Revista dos Tribunais, 1977, p.193.

Na busca do verdadeiro e específico sentido de uma norma, ou conjunto de normas, há que se lembrar dos chamados argumentos exegéticos. Trata-se de esquemas de argumentação vastamente empregados quando se trata de concluir pelo ajustamento do fato à norma. Ao que parece, tais argumentos, interpretativos ora têm a natureza eminentemente jurídica, ora se ajustam ao caminho do raciocínio lógico.

3.2 ARGUMENTO A CONTRÁRIO

Na ordem pretendida, o primeiro argumento a ser considerado é o argumento a contrário. Segundo ele, aplicada uma norma a um suporte fáctico plenamente definido, estão excluídos todos os outros que não correspondam a descrição contida no respectivo descritor. Tem, ao que parece, natureza predominantemente lógica (igualdade e desigualdade) e se presta, em especial, à interpretação restritiva²². Assim, argumenta-se é possível chegar a uma qualificação jurídica de um caso não expressamente previsto. Hans Kelsen opina pela afirmativa em face da norma geral negativa²³. Contudo, a incidência do argumento é mais ativa e apropriada nos ramos do Direito que exigem interpretação restritiva, como penal, quando define crimes, tributário, quando define hipóteses de incidência, e administrativa quando define e atribui regras de poder.

3.3 O ARGUMENTO A PARI OU A SIMILE

Aplicável quando ocorre semelhança entre hipótese de incidência, concluindo-se que, se para ambas vale a mesma hipótese, devem valer as mesmas consequências jurídicas previstas no prescriptor da norma interpretada²⁴. Trata-se, é evidente, de argumento oposto ao argumento a contrário²⁵ e é caminho para aplicação da analogia, isto em

²² *Trattto di diritto civile e commerciale*. Antonio Cicu e Francesco Messineo: Giovanni Tarello. *L'intereptazione della legge*. Ed. Dott a Giuffrè Editore, Milano: 1980, p. 346.

²³ Introdução ao estudo do direito. Tércio Sampaio Ferraz Jr. 2º ed. Atlas, 1994. p. 338.

²⁴ Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Introdução no estudo do direito. 2' ed. Atlas, 1994, p. 341

²⁵ *Trattto di diritto civile e commerciale*. Antonio Cicu e Francesco Messineo. Giovanni Tarello. *L'intereptazione della legge*. Ed. Dott a Giuffrè Editore, Milano: 1980, p. 350

face da semelhança entre hipótese fácticas em face de um determinado descritor. Como veículo de interpretação extensiva, há de ser proscrito quando, em face do ramo do Direito interpretado, a exegese deve ser estrita, como ocorre nos ramos de Direito penal, administrativo e tributário. Sua natureza é predominantemente lógica, ou quase lógica, como reconhecido pela doutrina²⁶.

Na ordem, vale uma referência *argumento a fortiori*. Como reconheceu Tércio Sampaio Ferraz Júnior²⁷, representa a passagem de uma proposição para uma Segunda, para a qual devem valer as mesmas razões da primeira e ainda com maior força. A razão subjacente não é a semelhança, como no argumento a pari. Mas sim o fundamento de mérito ou a identidade de razões entre as hipóteses²⁸. Tal argumento está expresso no dito popular segundo o qual “quem pode o mais, pode o menos”. Não tem fundamento lógico, mas sim axiológico. Exemplificando, quem tem poderes normais de gestão, com muito mais razão tem poderes de fiscalização, embora estes não estejam clara e expressamente previstos na outorga de poder jurídico.

Como se verá, o argumento *a fortiori* vale tanto para a situações de vantagem, como para as de desvantagem. Eis porque a doutrina distinguiu o *argumento a minori ad maius* e o *argumento a maiore ad minus*²⁹. O argumento *a maiore* não é outro senão o argumento *a fortiori* aplicado a situações de vantagem. E o argumento *a minori* é o argumento *a fortiori* aplicado a situações de desvantagem. Tércio Sampaio Ferraz Júnior oferece exemplo esclarecedor do argumento *a fortiori ad minus* quando assevera que dos atos legais de desapropriação por parte da autoridade decorre a legitimidade da devida indenização, e é evidente que a mesma consequência deverá ser reconhecida, com mais razão, toda vez que houver interferência ilegal da autoridade na propriedade alheia. E é bom que se enfatize. O argumento não se fundamenta na semelhança, mas na igualdade da *ratio legis*, razão bastante para que haja ligação íntima com a teleologia.

²⁶ Giovanni Tarello. Op. Cit., p. 355.

²⁷ Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Op. Cit. P. 340

²⁸ Giovanni Tarello. Op. Cit., p. 355

²⁹ Giovanni Tarello. Op. Cit., p. 356

3.4 ARGUMENTO DA COMPLETUDE NO SISTEMA

Trata-se de argumento intimamente ligado à visão que se tenha da experiência jurídica. *É no normativismo que se vê o Direito como um sistema completo e fechado*. Completo porque todos os comportamentos estão juridicamente qualificados. Não há anomia jurídica. E fechado porque não há antinomia não superável pelo próprio sistema. Assim, e como originariamente todos os comportamentos são permitidos, aquilo que não foi proibido será permitido, conclusão a que se chega mediante simples inferência. É a norma geral negativa, ou regra geral de liberdade, que fecha e completa o sistema, o que dá ao intérprete a possibilidade de qualificar comportamentos apenas mediante a ausência de proibições. Como assinala Giovanni Tarello³⁰, todos os comportamentos (aparentemente) não qualificados devem ser qualificados como permitidos. Isto dá ao intérprete, quando da busca do ajustamento do fato à norma, uma notável possibilidade de encontro da qualificação buscada.

Vale uma apreciação a propósito do *argumento da coerência*. Segundo a doutrina, se funda na crença segundo a qual o sistema jurídico corresponde a uma disciplina coerente e isenta de contradições³¹. Já se afirmou, em muitas oportunidades, que o sistema jurídico é completo e fechado. Completo porque disciplina todos os comportamentos. E fechado porque não contém antinomias não superáveis. A coerência está incluída entre os argumentos exegéticos reconhecidos pela doutrina pertinente ao tema.

O argumento seguinte é o argumento psicológico. Segundo ele a interpretação deve buscar a vontade do legislador³². Este argumento, para alguns, deve ser afastado das cogitações do intérprete. No sentir de Pontes de Miranda³³, qual a vontade do legislador se eram muitos ou se o texto pode não ser querido por nenhum deles. Falando da natureza obscura e subjetivista de tal conceito, assevera Daniel Coelho de Souza³⁴

³⁰ Giovanni Tarello. Op. Cit., p. 358.

³¹ Giovanni Tarello. Op. Cit., p. 360.

³² Giovanni Tarello. Op. Cit., p. 364.

³³ Pontes de Miranda. *Sistema de ciência positiva do direito*. Ed. Borsoi, 1972, vol. II, p. 201.

³⁴ Daniel Coelho de Souza. *Interpretação e democracia*. 2ª ed., Ed. Revista dos Tribunais, p. 31.

que o argumento, longe de assinalar um passo à frente na linha que conduz à justa definição do papel do intérprete, foi um passo atrás nesse caminho e responde por longos anos de obscurantismo que tanto dificultaram a precisa elucidação do assunto.

Vale ainda lembrar o precioso magistério de Fernando Sainz Moreno³⁵, quando afirma que aqueles que elaboraram um regulamento ou aqueles que discutem e aprovam uma lei não podem supor todas as suas consequências. À imaginação do legislador, pois escapam uma infinidade de pressupostos que, não obstante, são regulados pela norma editada.

Há que se referir, agora, ao argumento *ab absurdo*, ou apogógico, segundo a doutrina italiana. Segundo ele a interpretação não pode levar a sentidos absurdos. Não à ausência de sentido, mas à afronta ao que eticamente é admitido e aceito pela comunidade jurídica. A utilização está intimamente ligada ao teleológico e equitativo. Contudo, como observa Giovanni Tarello³⁶, a noção de absurdo é historicamente mutável e relativa. Raramente adquire objetividade.

Por derradeiro, e tratando do argumento *ab auctoritate*, vale enfatizar que se funda no prestígio da pessoa ou grupo invocado. No Direito, é enorme a importância deste argumento, como afirma Tércio Sampaio Ferraz Júnior³⁷, o que é atestado pela força dos juriconsultos, valor da jurisprudência e relevância dos pareceres técnicos.

4. AS ANTINOMIAS OU CONFLITOS DE NORMAS NA INTERPRETAÇÃO LÓGICA-SISTEMÁTICA

Como é curial, e definido pela doutrina, todas as normas tem um determinado âmbito de validade, âmbito este que pode ser qualificado como temporal, espacial, pessoa e material³⁸. O âmbito de eficácia temporal diz respeito ao tempo. Como exemplo, é proibido estacionar

³⁵ Fernando Sainz Moreno. *Conceptos jurídicos. Interpretacion y discrecionalidad administrativa*. Ed. Civitas. Madrid. 1976, p. 126.

³⁶ Giovanni Tarello. *Op. Cit.*, p. 370.

³⁷ Tércio Sampaio Ferraz Júnior. *Op. Cit.* p. 337

³⁸ Norberto Bobbio. *Teoria dell'ordinamento giuridico*. Giappichelli Editore. Torino: p. 90.

após as 18 horas. O âmbito de eficácia espacial, como o nome está a indicar, diz respeito ao espaço. Neste local e proibido estacionar, é o exemplo. O âmbito de eficácia pessoal e pertinente às pessoas. Como exemplo, é proibida a entrada aos menores de 18 anos. E o âmbito de eficácia material pertine à matéria objeto da norma. Como exemplo, é proibido o porte de armas.

Assim, a antinomia ocorre quando haja conflito de norma de uma mesmo ordenamento e que tenham o mesmo âmbito de validade. É o magistério de Norberto Bobbio³⁹. É claro que, falando de mesmo ordenamento e acolhendo o formalismo, não há que se falar de antinomia quando o conflito seja com normas extra sistêmicas, como as integrantes do falado Direito Natural. Como adverte Bobbio, isto só teria sentido se o ordenamento jurídico fosse subordinado ao Direito Natural, posição profligada pelo formalismo.

Como âmbito de validade e conceito de antinomia, cabe falar sobre critérios para a superação de tais conflitos. Visto o ordenamento como uma sistema, a antinomia é um defeito que tende a ser superado pelo intérprete. E as regras, propostas e reconhecidas pela doutrina, são: o critério cronológico, o critério hierárquico e o critério da especialidade.

O critério cronológico, como o nome está a indicar, tem seu supedâneo no tempo. Ante duas normas conflitantes, permanece a norma editada posteriormente. *Lex posterior derogat priori*, diz o vetusto brocardo, o que encontra sustentação no art. 2º , § 1º , da Lei de Introdução ao Código Civil. O conflito entre normas pode ser total ou parcial, No primeiro caso ocorre a ab-rogação da norma anterior, ou seja, supressão total. No segundo caso ocorre a derrogação, que afeta apenas parcialmente a norma pretérita⁴⁰. Note-se, eis que importante, que o preceito legal fala em revogação expressa ou tácita. Na revogação tácita basta a incompatibilidade entre as normas, ou seja, a verificação da existência de uma antinomia.

³⁹ Norberto Bobbio. Op. Cit. , p. 89.

⁴⁰ Maria Helena Diniz. Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretado. Ed. Saraiva, 1994, p. 64.

O critério hierárquico prevê que, ante duas normas conflitantes ou incompatíveis, há que valer a que for hierarquicamente superior. *Lex superior derogat inferior*⁴¹.

Contudo, para que seja bem entendida a assertiva, é necessário que se faça uma pequena digressão sobre os níveis hierárquicos das normas jurídicas.

Visto o Estado como o ordenamento jurídico personalizado⁴², e o ordenamento como uma pirâmide⁴³, a constituição representa a primeira norma positiva posta, fundamento de validade das demais normas integrantes do ordenamento, eis que regula a produção de normas jurídicas gerais⁴⁴. É este o primeiro e mais alto nível hierárquico.

Imediatamente abaixo da Constituição situam-se os atos de poder estatal como força hierárquica infraconstitucional. Atos gerais e abstratos ou concretos e individuais, vão haurir sua força e validade diretamente da Constituição. São atos que inovam primariamente a ordem jurídica, situando-se no plano da função legislativa. Não importa o órgão que as produza, pois a Constituição, primeira norma positiva posta, outorga competência de tal nível e força, quer ao órgão legislativo (Constituição, art. 60 e ss.), quer ao órgão executivo (Constituição art. 84, especialmente itens XII e XXV), quer ao órgão judiciário (Constituição, art. 96, I, a). Este é o segundo nível hierárquico, ou seja, o nível infraconstitucional. Em havendo conflito entre normas deste nível, há que se acrescentar o critério pertinente à reserva de matéria. A lei ordinária pode tudo, menos o que a Constituição proíbe e o que estiver a outras formas. Apenas para exemplificar, se uma lei ordinária pretendesse disciplinar matéria própria dos regimentos dos tribunais sofreria com a nulidade. Esta matéria é reservada ao próprio judiciário. Não pode, constitucionalmente, ser disciplinada por outro órgão do poder.

Finalmente, e no terceiro nível hierárquico, estão os atos de força infralegal. Neste plano, os órgãos do poder editam atos regulamentares.

⁴¹ Norberto Bobbio. Op. Cit. , p. 97.

⁴² Santi Romano. Princípios de direito constitucional geral. Ed. Revista dos Tribunais. 1977, p. 72. Hans Kelsen. Teoria pura do direito. Editor Armênio Amado, Coimbra: 1974, p.385.

⁴³ Celso Ribeiro Bastos. Curso de direito constitucional. Ed. Saraiva, 1978, p. 33.

⁴⁴ Hans Kelsen. Teoria pura do direito. Armênio amado Editor, Coimbra: 1974, p. 310.

Estes atos não inovam ex-novo a ordem jurídica. Fixados nos níveis hierárquicos, é possível concluir com Norberto Bobbio⁴⁵, que as normas superiores podem ab-rogar as inferiores. E a recíproca não é verdadeira. Ainda, e esta característica é de relevância vital, a superioridade da norma constitucional sobre as hierarquicamente inferiores impõe, a interpretação, a observância integral dos princípios e normas que emana da Lei Maior. O terceiro critério para superação das antinomias é o critério da especialidade. Ante o conflito entre norma geral e norma especial, prevalece a Segunda. *Lex specialis derogat generali*, reza o vetusto brocardo. E a razão é de fácil compreensão. A lei especial, normalmente, excepciona o preceito geral, eis que diferencia, no ordenamento, uma certa categoria.

Os critérios de superação, ora examinados, resolvem a maior parte das antinomias. Mas há casos nos quais se revelam insuficientes ou, até mesmo, conflitantes.

A insuficiência pode ocorrer ante o conflito dos próprios critérios. Suponha-se um conflito ante o qual são aplicáveis dois critérios. Mas a aplicação de um daria uma solução conflitante com o segundo. Ante a impossibilidade de aplicação dos dois critérios, surge necessariamente a questão de saber-se qual dos dois aplicar. Várias são as hipóteses. Vale a pena examiná-las o quanto possível.

Conflito entre o critério hierárquico e o cronológico. Tal conflito ocorre quando norma anterior e hierarquicamente superior é antinômica com norma posterior e hierarquicamente inferior. Ante tal hipótese prevalece o critério hierárquico, sendo aplicável a norma superior em detrimento da norma posterior. A assertiva segundo a qual a norma posterior derroga a anterior aqui não vale. Rematando, o critério cronológico só vale para normas do mesmo nível hierárquico.

Conflito entre o critério da especialidade e o cronológico. Ocorre quando o conflito se dá entre norma anterior especial e norma posterior geral. A norma posterior geral não derroga a anterior especial. É de se concluir, pois, que o critério da especialidade supera o cronológico.

Conflito entre o critério hierárquico e o da especialidade. Esta hipótese ocorre no caso de conflito entre uma norma superior geral

⁴⁵ Norberto Bobbio. Op. Cit. , p. 97

com uma inferior especial. Embora não haja entendimento pacífico na doutrina, como se depreende do pensamento de Norberto Bobbio⁴⁶, entendemos que ocorre nítida prevalência do critério hierárquico.

Por derradeiro, pode ocorrer o conflito entre normas do mesmo nível, gerais e contemporâneas, sendo, pois, inaplicáveis os critérios até agora examinados. Inaceitável é a solução proposta por Norberto Bobbio⁴⁷, para quem o critério máximo é o da justiça. Este é um termo multisignificativo e dependente do entendimento de cada um, o que poderia levar a entendimentos completamente divorciados do sistema vigente. Ante tal conflito, entendemos, aplicável seria a norma mais ajustada aos valores albergados pelo ordenamento, como liberdade, limitação do poder, igualdade, afastando-se, o quanto possível, de quaisquer discriminações odiosas.

Assim, examinando, ainda que pela rama, os problemas emergentes da subsunção, nota-se que o texto, o contexto, os aspectos lógicos e sistemáticos da interpretação, encerram um dos aspectos relevantes do tema da interpretação, tornando impossível desvincular os pensamentos e as teorias existentes.

5. SISTEMA E PROBLEMA - PENSAR

Quando da criação da Lei, o próprio Legislador passa por duas fases de pensamento filosófico. Conforme *Hartmann*, o pensamento filosófico pode seguir-se em dois segmentos distintos: *o problemático e do sistemático. No enfoque problemático, observamos o desenvolvimento do pensamento argumentativo, onde este dá voltas em torno do mesmo tema, numa espiral crescente, entrecortado por considerações oportunas, descobrindo novas facetas e revendo ou revisando as conclusões. No enfoque sistemático, busca-se uma visão ordenada para o conhecimento das coisas, que apresente uma unidade válida para sempre, onde cada afirmação se sustente em outra superior, de tal modo que todo o saber possa ter por fundamento outro mais geral, mais seguro e indubitável, até chegar-se aos primeiros princípios evidentes, claros, autônomos e*

⁴⁶ Norberto Bobbio. Op. Cit. , pp. 117-119

⁴⁷ Norberto Bobbio. Studi per una teoria generale del diritto. Ed. G. Giappichelli, Torino; 1970, p. 118

impossíveis de serem negados. Enquanto o pensamento problemático está afeito às soluções do cotidiano, conforme as limitações temporais da razão e da prática humanas, o pensamento sistemático, ao contrário, se acomoda às expectativas da perfeição e da segurança, da imobilidade e da eternidade, que as pessoas procuram no plano das indagações mais ousadas sobre, a vida e seu significado.

Assim, o pensar problemático rejeita princípios indubitáveis e finalizações seguras, abordando os temas por qualquer de seus lados, fazendo saltos e contornos sem mediações lógicas. Em troca, o pensar sistemático projeta os seus temas preocupado em delinear-lhes a estrutura lógica e os mínimos detalhes, com apreensão de suas partes analíticas e de seu encadeamento, de seus fins e objetivos e não se dá por satisfeito até que alcance a unidade de todo o saber.

Quando problemático, o pensar se considera inerentemente falível, isto significa que está sempre pronto a admitir o erro, a falha, com disposição permanente de substituir seu ponto de vista para retificá-lo ou rejeitá-lo. Já quando sistemático, o pensar recusa-se a admitir o erro. E se lhe é apontado algo do sistema como erro, o que pode levar à destruição da construção sistemática, considera que esse erro não se configura como tal dentro de seu sistema que, normalmente, aparece como construção fechada, incólume e indevassável. A absorção do erro, geralmente, leva o pensar sistemático a dar voltas para descaracterizá-lo como tal, sem, entretanto, abandonar o sistema e seus fundamentos. Caso contrário, seria preciso reconstruir outro edifício desde novas bases.

O pensar sistemático tende a organizar a experiência no âmbito de uma hierarquia conceptual abstrata, enquanto o pensar problemático tende a desfazer essa hierarquia para dar lugar à liberdade de criação ao processo de construção inovadora. O pensar sistemático este mais afeito às construções lógicas, onde se procuram a segurança e a certeza das demonstrações, das formas prontas e acabadas; o pensar problemático se inclina para a experiência da vida, contingente e movediça, em perpétua inovação. Assim, por exemplo, das experiências com a mensuração das terras para o cultivo, às margens do Nilo, feitas pelas autoridades do antigo Egito, aplicando-se fórmulas prática se de origem empírica, conforme os problemas emergentes das situações as mais diversas, vemos a evolução dessas práticas em direção à construção da

Geometria, como ciência, feita pioneiramente por *Euclides*, reduzindo aquela experiência a um sistema dedutivo, composto de um pequeno e taxativo número de postulados fundamentais (axiomas), pelos quais se pretendia solucionar todos os casos possíveis.

Esse par de conceitos referentes à ação de pensar — o pensar a partir de sistemas e o pensar a partir de problemas — polariza as condições gerais do desenvolvimento do pensamento e da ação, ou seja, serve assim, pensamentos teóricos de tendência sistemática e também os de tendência problemática. Há igualmente ações sistemáticas ou *problemática conduzidas*. Por isso, a consideração sistemática ou problemática de uma situação de vida traduz os diferentes modos pelos quais *podemos decidir* com vistas à solução das questões vitais que enfrentamos.

De grande importância para a decisão e, portanto, para a ação transformadora do mundo ou da conduta é considerar a questão da argumentação dentro dos parâmetros do “sistema” ou do “problema”. Quando limitamos um problema dentro de um sistema, ou seja, quando partimos do sistema para resolver de modo argumentativo um problema, temos uma questão dogmática. Por exemplo, quando partimos do sistema conceitual jurídico da compra e venda — e nos mantemos nele — para a solução de uma ação mercantil estranha, como a compra de um objeto normalmente caro por preço muito aquém do esperado. Quando, entretanto, partimos do problema para a sistema ou sistemas que *vão resolvê-lo*, temos uma *questão zetética*. Por exemplo, quando partimos do problema da compra e venda incomum objetivando construir, de modo argumentativo, um novo sistema conceitual para dele dar conta.

Assim, podemos ficar numa atitude dogmática, não mudando de sistema diante de um problema, ou podemos buscar uma atitude zetética, procurando novos sistemas para a solução do problema. Podemos escolher o problema a partir do sistema (atitude dogmática) ou escolher o sistema a partir do problema (atitude zetética). Isso significa que se o problema é resolvido segundo o sistema que temos, não há dificuldades. Porém, se o sistema não der conta do problema, temos duas atitudes a tomar: a primeira, dizer que o problema não é problema, é um pseudoproblema; a segunda, procurar um novo sistema para resolver tal problema. A compra e venda incomum, segundo a posição

dogmática, é ainda uma compra e venda, visto que temos o escambo com um determinado preço, mesmo que este esteja abaixo .de qualquer expectativa. Há a transferência de um determinado objeto mediante o pagamento de um preço. Argumenta-se de muitas formas para dizer que aquele negócio é ainda uma compra e venda, isto é, encontrasse dentro do sistema jurídico-conceptual de compra e venda. Sendo comum ou incomum, argumenta-se que o negócio é sempre uma compra e venda. Segundo a posição zetética, o aludido negócio incomum é argumentado como algo diferente de uma mera compra e venda, não é uma compra e venda e sim uma doação encoberta (dissimulada). Na primeira atitude, temos um viés dogmático, na Segunda, um viés zetético. No plano jurídico, a atitude dogmática é geralmente defendida pelo positivismo normativista, especialmente na variante formalista. A atitude zetética é geralmente defendida pelos realista ou pragmatistas jurídicos, tendo-se em conta outras variáveis (sociais, históricas, teleológicas, justiça material, etc.) Além das postuladas normativamente.

Essa postura, defendida por Viehweg, no sentido de polarizar o zetético e o dogmático, traz uma série de conseqüências. O dogmático pressupões, portanto, de certo modo, a tendência de fechar, e não de abrir. Quando se fecha um sistema, está-se afirmando que as proposições que se está considerando são suficientes, ponderadamente, para admitir que se vai agir de uma forma razoável. *Mas não significa que se tenha certeza total ou absoluta*, porque não se tem toda a dimensão sistêmica expandida no âmbito conceptual a respeito de todo o universo existente ou possível, como um conhecimento divino teria. *Então, sempre existe a possibilidade de, por ignorar muitas coisa, o homem errar na decisão ou de falseá-la. Com uma formação dogmática, fecha-se o sistema em termos artificiais, para poder decidir e, portanto, agir.*

Ora, nesse caso, o pressuposto é o de que há uma espécie de harmonia entre as minhas proposições e o resto do mundo. Parte-se de uma espécie de *plausibilidade*. É plausível sair de casa porque normalmente tomo certos cuidados, tenho certas noções definidas que me orientam nessa empreitada, sei o que devo fazer ao atravessar uma rua, ao guiar um automóvel, ao tomar uma condução, ao comportar-me no meio público, etc. Mas que uma criança de quatro ou cinco anos saia á rua sozinha não é plausível, pois é perigoso, ela não tem condições

para isso. *A dimensão de sua experiência é muito reduzida em relação a de um adulto e não dá suficiente suporte à decisão de que ela saia por conta própria. Se ela sai, pode haver o perigo, em grau elevado, de se acidental.*

Assim, a interpretação da norma, não deve fechar o sistema, pois, geralmente, ele é abrangente e pode se ter outras variantes. Isso acontece quando utiliza-se a sistemática da Lei para encontrar soluções para o caso concreto.

6. MÉTODO — PESQUISA - FORMALISMO

Para dar continuidade ao estudo sobre a interpretação lógico-sistemática, entendo necessário adentrar ao tema do formalismo no direito. Assim, podemos remotar ao formalismo na Alemanha que se propagou com o trabalho dos juristas oriundos da Escola Histórica, que possuía lastro na atividade dos pandectistas. À vontade de se criar um direito científico, fato já refletido por Savigny, acresce-se a capacidade demonstrada pelos pandectistas de reelaborarem as antigas instituições do direito romano mediante a extração de *conceitos*, cujo poder de abstração permitia que os mesmos fossem aplicados em diferentes épocas e diferentes lugares. Para uma melhor compreensão e aproximação entre os conceitos utilizava-se o método lógico-sistemático, que acaba por perceber o Direito como uma totalidade fechada em si mesma.

O cientificismo propugnado por Savigny resultará antes numa idéia de direito de cunho racional-universal que ultrapassa fronteiras físicas e geográficas, do que na idéia de um direito histórico e nacional. É o que mostram as teorias de Puchta e de Jhering. No último volume do *Espírito do Direito Romano*, Jhering afirma que a ciência do direito é universal e que “os juristas de todos os países e de todas as épocas falam a mesma língua”⁴⁸, na medida em que a ciência do direito se serve de métodos próprios, válidos para a análise de qualquer ordenamento jurídico. Com Puchta, antigo discípulo de Savigny, desenvolve-se uma genealogia de conceitos que propõe a busca dos conceitos em princípios gerais, mediante uma operação lógico-indutiva e lógico-dedutiva: por indução chega-se aos princípios, para depois descer as suas ramificações

⁴⁸ Jhering, *apud Norberto Bobbio. O Positivismo Jurídico*, p. 123.

múltiplas. De acordo com a *Jurisprudência dos Conceitos*, denominação dada mais tarde a este método de criação e interpretação do direito, o papel da ciência jurídica é de verificar como suas proposições encontram-se reciprocamente condicionadas por meio de um processo de derivação que remonta a genealogia de cada uma. A obra de Puchta foi reconhecida como a expressão mais bem acabada do tratamento abstrato e sistematizador dado ao direito⁴⁹.

A atividade científica consistia em estabelecer conceitos bem definidos que pudessem garantir segurança às relações jurídicas, uma vez diminuída a ambiguidade e a vaguidade dos termos legais. E foi por meio da elaboração de conceitos gerais, posicionados na parte superior da figura de uma pirâmide, capazes de conter e dar origem a outros conceitos de menor alcance numa união total, perfeita e acabada, que o direito alcançou o seu maior grau de abstração e autonomia como campo de conhecimento. Esse alto grau de racionalidade deu origem ao “dogma da subsunção”, que irá se impor no século seguinte. O direito era tido como fruto de um desdobramento lógico-dedutivo entre premissas capazes de gerar por si só uma conclusão que servisse de juízo concreto para cada decisão. Com isso, nota-se um considerável, e até nefasto, isolamento das regras jurídicas do seu meio circundante.

A despeito de movimentos posteriores como o dia “Livre Interpretação do Direito”, é este formalismo conceitual que garantirá as bases do positivismo jurídico prevaletente durante todo o século XX.

A tarefa dos juristas na Alemanha consistiu em conferir o máximo de objetividade possível para o resultado de suas construções, o que levou à formação da dogmática jurídica ou da ciência dogmática do direito vigente. O próprio conceito de “espírito do povo” defendido pelos historicistas, indeterminado e quase mitológico, é transformado

⁴⁹ Puchta, em *Cursus der Institutionen* (“Curso das Instituições”), I, apud Karl Larenz, p. 22: “É missão agora da ciência reconhecer a proposições jurídicas no seu nexu sistemático, como sendo entre si condicionantes e derivantes, a fim de poder seguir-se a sua genealogia desde cada uma delas até ao princípio comum e, do mesmo modo, descer do princípio até ao mais baixo dos escalões. Neste empreendimento, vêm a trazer-se a consciência e à luz do dia proposições jurídicas que, ocultas no espírito do Direito nacional, não se tinham ainda exprimido, nem na imediata convicção e na atuação dos elementos do povo, nem nos ditames da própria lei escrita, ou seja, que patentemente só se vêm a revelar enquanto produto de uma dedução da ciência.”

em categoria formal, na medida em que a ela é atribuída a categoria de fonte hipotética de todo o direito criado cientificamente. Segundo Tércio Sampaio Ferraz Jr., a dogmática foi, assim, pouco a pouco, ocupando o lugar principal na ciência do direito, enquanto a história do direito perde em importância.

Embora a Escola Histórica insistisse na historicidade do método, ao cabo da pesquisa o resultado se tornava mais importante do que a própria investigação que o precedera⁵⁰.

A conclusão daí auferida por Guido Fassò é a de que o positivismo jurídico se afirmou no século XIX pela via do historicismo⁵¹.

7. COORDENAÇÃO SISTEMÁTICA DAS LEIS — POSITIVISMO JURÍDICO

O formalismo jurídico encontra respaldo no naturalismo típico da filosofia da luzes e na filosofia positivista. O primeiro privilegiava o estudo científico da realidade objetiva, as ditas “ciências naturais”, mediante a adoção do método empirista, enquanto a filosofia positivista privilegiava o estudo das relações constantes entre os fatos sociais, também através do método de investigação empirista. Guido Fassò acredita que o positivismo correspondia mais a um modo de pensar do que a uma doutrina específica; mas um modo de pensar que negava qualquer metafísica, fundamentando-se unicamente nos fatos “positivos”, cujo conhecimento advém somente da observação e da experimentação. Enquanto filosofia, o positivismo não busca o conhecimento universal ou absoluto, mas um conhecimento “geral”, enfeixado na coordenação sistemática das leis descobertas e formuladas pelos diferentes campos científicos. Dentre estes, ganha destaque o campo das ciências humanas e sociais às quais a aplicação do método positivo pretendia os melhores resultados. A ideia era buscar na sociedade leis constantes e invariáveis que a explicasse, tal como se explicavam os fenômenos da natureza.

⁵⁰ Tércio. *Introdução...*, p. 75.

⁵¹ Vide Guido Fassò, p. 42.418.

Foi na França, com Auguste Comte, que o positivismo ganhou projeção no âmbito das ciências sociais⁵². Sua obra faz alusão ao que mais tarde será chamado de Sociologia Jurídica. A Sociologia corresponderá a uma ciência positiva da sociedade vista como a única capaz de abranger toda a gama de fenômenos nela verificados, fundamentando-se exclusivamente na observação dos fatos, fora de toda a ideologia metafísica. Fassò interpreta que para o direito, isso significará a busca de um elo de conexão entre os fatos sociais e o direito de maneira que a legislação seja o mais fiel possível àqueles, independentemente de quaisquer valores de ordem moral. Para esse mesmo autor, a mais autêntica aplicação do método positivista no campo do direito deu-se com a pesquisa histórica. Foi o que aconteceu com a Escola Histórica do Direito, na Alemanha, cujo processo de generalização e abstração dos fatos desvinculou-os de quaisquer valores que lhe pudessem ser atribuídos. Por mais contraditório que possa parecer, os fatos assim transmudam-se em conceitos de ordem objetiva e geral.

No entanto, apesar dos partidários da filosofia positivista, como Augusto Comte, não terem demonstrado nenhum interesse especial pelo direito, os juristas passaram a se perguntar se a jurisprudência era ou não uma ciência. Sob a influência do positivismo, não faltou, obviamente, quem defendesse a criação de um método próprio para o direito, de caráter objetivo, cujo conhecimento fosse possível mediante a manipulação de leis próprias ao seu objeto. Para o positivismo, o direito ou a ciência jurídica deveriam ser vistos como todas as outras ciências naturais, ou seja, como uma força da natureza (social), independente da ação humana e do pensamento. Era o tipo do conhecimento obtido da correlação e da constância verificada entre os fatos observados. Segundo Fassò, era o entusiasmo da época: os «tempos positivistas»⁵³.

⁵² Isidore Auguste Marie Xavier Comte (1789-1857). Com o positivismo, Augusto Comte almejava a regeneração da humanidade. Acreditava que para se reformar a sociedade era necessário, antes de tudo, descobrir as leis que regiam os fatos sociais, cuidando-se de afastar as estereis concepções abstratas e especulações metafísicas. Segundo ele, é, pois, no desenvolvimento das ciências naturais que se encontra o caminho a seguir. Pela observação e pela experimentação se irão descobrir a relações permanentes que ligam os fatos cuja importância é básica na reforma econômica, política e social da sociedade. Cf. João Ribeiro Jr.

⁵³ O que é Positivismo, 1985.

No entanto, não foi ainda no decorrer do século XIX que o direito consegue firmar-se como ciência de acordo com os moldes positivistas. Neste momento, ganha relevo a sociologia jurídica. Será apenas com a genialidade de Hans Kelsen, no início do século seguinte, que teremos uma ciência do direito de impressão francamente positivista. Antes disso, a inegável continência do direito emprestou-lhe, quando muito, uma posição de inferioridade científica.

Mas o positivismo jurídico não seguia a tendência sociológica apontada por Augusto Comte. Firmou-se muito mais sobre as bases do formalismo, uma vez que para uma teoria objetiva do direito importava muito mais o conjunto das normas postas pelo Estado, através de suas autoridades competentes, do que a realidade social propriamente dita. A vontade do Estado soberano prevalece sobre a vontade difusa da nação. O direito positivo, com isso, passa a reconhecer-se *no* ordenamento jurídico posto e garantido pelo Estado, como o direito respectivo a cada Estado. O direito positivo passa a ser o único direito que interessa ao jurista, porque é o único direito existente, contrapondo-se em definitivo ao direito natural, de difícil verificação; razão pela qual a maioria dos autores atualmente define direito positivo como contraponto de direito natural. Como exemplo temos o livro de Norberto Bobbio, *O Positivismo Jurídico*, onde o autor define direito positivo com base nos binômios particularidade/universalidade e mutabilidade/imutabilidade, estabelecendo também a noção de que o direito positivo é aquele reconhecido por intermédio da declaração de uma vontade alheia (*potestas populus*), enquanto o direito natural é o que conhecemos através da razão. A valorização do direito corresponderá também a critérios objetivos. Bom é aquilo que o Estado quer e prescreve como conduta obrigatória, e mau é aquilo que não valorizou a ponto de incorporar à ordem jurídica. Assim, justa é a lei, historicamente relativizada, enquanto o direito natural é bom ou mau em si mesmo, independentemente da vontade do legislador⁵⁴.

Ao contrário do que ocorreu com o formalismo da Escola Histórica, Kelsen não admitirá a criação do direito por meio da criação

⁵⁴ Tércio Sampaio Ferraz Jr. Atribui ao formalismo de alto grau de abstração duas consequências: a primeira, é a capacidade de neutralização dos conflitos, considerado o direito na sua função social: a Segunda, o estabelecimento da ciência dogmática do direito preocupada cada vez mais com a natureza jurídica dos seus institutos, bem como com a classificação de seus conceitos. Cf. *Introdução...*, p. 71 a 83.

de conceitos jurídicos, limitando-se ao que se encontra prescrito em lei. Não obstante, a dogmática jurídica acabará por ensejar a elaboração de conceitos gerais que formulem e circunscrevam o campo de atuação do direito. É o papel da “Teoria Geral do Direito”, cuja base formal segue a “Jurisprudência dos Conceitos”. Por outro lado, essa base conceitual passa a ser fundamental ao princípio da completude da ordem jurídica. *Cientificamente, é importante que o direito se baste, uma vez que a auto-integração mediante processo autônomo, lógico e sistemático, baseado em princípios gerais, evitará a influência de elementos externos descaracterizadores do direito.*

No entanto, essa concepção formalista e positivista sempre foi acompanhada de críticas. E nesse século jurídico observa-se, ainda mais acirrada essa questão.

8. “VONTADE DA LEI” E “VONTADE DO LEGISLADOR” — SISTEMA ADAPTADO

Consistindo a lei num texto escrito, pelo menos para os países que adotam o direito codificado, cabe indagar sobre o seu elemento racional em função do momento de sua elaboração e do momento de sua aplicação. Na filosofia do direito da Segunda metade do século XIX, em decorrência do historicismo alemão abre-se a polêmica sobre

as chamadas teorias objetivista e subjetivista da interpretação que, ao contrário do que muitos afirmam, prepondera ainda nos dias atuais.

A partir do viés histórico característico do romantismo alemão, que procurava com a interpretação a individualidade e espírito do autor da lei, e a crítica francesa feita por Saleilles e Ripert⁵⁵ sobre as vantagens de uma interpretação objetiva da lei, independente de quem lhe deu origem, questiona-se sobre o que deve prevalecer em termos hermenêuticos: se “vontade da lei” ou a “vontade do legislador”. O que se apresenta como correto para a atividade do intérprete ou aplicador da lei: buscar a vontade de quem a fez, ou a vontade que, de forma objetiva, podemos extrair do seu texto? Lembremo-nos que para a Escola de Exegese, a palavra escrita sob a forma de lei funciona como garantia contra o arbítrio judicial, mas em outro momento, o de sua aplicação, exige-se-lhe a atualização do significado de seus termos. A sociedade, em constante transformação, pede uma interpretação adequada ao novo tempo. Como então, entender a hermenêutica jurídica? Inicialmente, procurava-se transpor a vontade legítima do legislador, do momento de criação da lei para o momento de sua aplicação, como forma de se evitar o arbítrio. Mais tarde, verificou-se toda uma tendência em se reconhecer, finalmente, a autonomia da lei em relação a seu autor. Costumava-se dizer, inclusive, que a lei era muitas vezes mais sábia do que o legislador, por ser capaz de imaginar até mesmo as situações não previstas por ele. O elemento histórico e o sistemático, capazes de traduzir o espírito de um povo, somados aos elementos lógico e gramatical, que garantiam fidelidade ao texto legal, serviriam, conforme acreditava Savigny, a um único processo hermenêutico capaz de atualizar o direito, conformando-o à atualidade dos institutos jurídicos vigentes. Savigny é geralmente visto como um dos fatores do subjetivismo jurídico concordante com o romantismo de sua época. É o que afirma, por exemplo, Karl Engisch⁵⁶. Sob o enfoque do historicismo, no entanto, Larenz é de opinião contrária, e acredita que, na realidade, Savigny buscava a fidelidade dos institutos jurídico oriundo do espírito do povo⁵⁷. Acreditava que a atividade espiritual do intérprete, tal como a do legislador, deveriam deixar-se orientar pela intuição do “instituto jurídico”, que deu base à lei,

⁵⁵ Cf. Guido Fassò, p. 161 e segs.

⁵⁶ Karl Engisch, Introdução ao pensamento jurídico, p. 170.

⁵⁷ Cf. Larenz, Metodologia..., p. 15, nota 5.

isto é, procurar atrás do pensamento do legislador, o pensamento jurídico objetivo que se realiza no instituto jurídico. Isso faz com que o grau de objetividade característico da corrente defensora da “vontade da lei” ganhe força progressiva nos escritos de Savigny. Percebe-se que não vem de usa primeiras lições, por volta de 1802, a defesa pela objetividade da lei. Ao contrário, Savigny apresenta nesse início um forte apego à vontade do legislador.

À vontade objetiva da lei acaba por prevalecer sobre a vontade subjetiva do legislador na doutrina jurídica do século XX, e se apresenta da seguinte forma, de acordo com o que escreve Karl Larenz:

A teoria “objetivista” da interpretação afirma não apenas que a lei, uma vez promulgada pode, como qualquer palavra dita ou escrita, Ter para outros uma significação em que não pensava o seu autor — o que seria um truísmo —, mas ainda que o juridicamente decisivo é, em lugar do que pensou o autor da lei, uma significação “objetiva”, independente dele e imanente á mesma lei. [...] a lei é “mais racional” que o seu autor, uma vez vigente, vale por si só⁵⁸.

De fato, é esta a tendência prevalecente nos dias atuais, o que se dá principalmente pela necessidade de adaptação do direito às novas realidades provocadas por constantes mudanças sociais. De outro lado, a ideia de sistema que norteia o princípio da unidade do ordenamento jurídico exige a adaptação das leis antigas às leis novas num todo coerente e harmônico de interpretação, dando ênfase aos elementos teleológico

⁵⁸ *Idem*, p. 36

A chamada “vontade objetiva da lei” é amplamente cotada nos dias atuais. Uma quantidade de autores a defendem, entre os quais podemos citas Carlos Maximiliano. Outros, como Tércio Sampaio Ferraz Jr., estudam uma e outra, não apontando nenhum tipo de preferência. Podemos entender, na visão deste último, a inexistência de hierarquia nos métodos apresentados pela hermenêutica jurídica tradicional. Cabe ao aplicador da lei utilizar-se de um ou de outro, conforme a necessidade de seu trabalho. No entanto, acreditamos que a vontade objetiva aparece como argumento mais forte do que a subjetiva.

Quanto à aplicabilidade prática dessa questão pelas cortes Constitucionais atuais, informa-nos Konrad Hesse sobre a adoção do método objetivo pela Corte Constitucional Alemã. Cf. Konrad Hesse. “La Interpretacion Constitucional”, em Escritos de Derecho Constitucional, p. 36. 48

e axiológico da ordem jurídica. A teoria “objetivista” da interpretação, segundo Larenz, foi desenvolvida pelo pandectista alemão Windscheid, e melhor finalizada, nos anos de 1885 e 1886, por Binding, Wach e Kohler, sob a influência do positivismo legal racionalista. Assim, escreve em seu livro:

Segundo Windscheid, a interpretação da lei deve determinar o sentido que “o legislador ligou às palavras por ele utilizadas”. Tal como Savigny, Windscheid exige que o intérprete se coloque no lugar do legislador e execute o seu ‘pensamento, para o que deve tomar em consideração, que as circunstâncias jurídicas que foram presentes no seu espírito quando ditou a lei, quer os fins prosseguidos pelo mesmo legislador. Embora a interpretação se revele assim como uma pura investigação histórico-empírica da vontade, alguma margem abre Windscheid a uma interpretação de acordo com o que é objetivamente adequado, quando observa que “é de atender, por último, ao valor do resultado, pelo menos na medida em que será de admitir que o legislador preferiu dizer algo de significativo, de adequado, em vez de algo de vazio e inadequado”⁵⁹.

Para Tércio Sampaio Ferraz Jr., a doutrina subjetivista insiste em que, sendo a ciência jurídica um saber dogmático — dogma enquanto princípio arbitrário, derivado da vontade do emissor da e segs.norma — seu compromisso é com a vontade do legislador; portanto interpretação *ex tunc* (desde então, isto é, desde o aparecimento da norma pela positivação da vontade legislativa). Ressalta aqui o aspecto genético e as técnicas que lhe são apropriadas, como a do método histórico. Já para a doutrina objetivista, a norma goza de um sentido próprio, determinado por fatores objetivos (dogma aqui aparece como arbitrário social), independente, até certo ponto, do sentido que lhe tenha desejado dar o legislador, donde a concepção da interpretação como uma compreensão *ex nunc* (desde agora, isto é, tendo em vista a situação e o momento atual de sua vigência). Ressalta aqui os aspectos estruturais em que a norma ocorre e as técnicas apropriadas à sua captação, como a do método sociológico⁶⁰.

⁵⁹ Cf. Karl. English. *Ob. Cit.*, p. 172 e segs.

⁶⁰ Cf. Tércio Sampaio Ferraz Jr. *Introdução...*, p. 242.

De acordo com Karl Engsh⁶¹, temos que a tarefa do *compreender* abrange o puro “compreender de um sentido”, enquanto apreensão do conteúdo real (objetivo) de uma expressão, bem como o “compreender pelos motivos”, enquanto apreensão dos motivos daquele que se exprime. O escopo da compreensão segundo Engsh, corresponde ao encontro espiritual com a individualidade que se exprime. No campo do direito, portanto, é preciso, em primeiro lugar, distinguir entre as intenções da história do direito e as da dogmática jurídica. Ao historiador do direito compete descobrir os motivos da lei determinados pela situação histórica, enquanto ao jurista cabe definir o conteúdo e o alcance prático da lei.

Na luta então travada no âmbito da hermenêutica jurídica sobre a prevalência de uma ou de outra teoria de interpretação: subjetivista e objetivista, cujos argumentos a favor de uma e de outra forma tão bem dispostos por Tércio Sampaio Ferraz Jr.⁶², encontra-se subjacente uma luta política entre os poderes legislativo e judiciário. Em defesa do primeiro, argüi-se pela democracia, no sentido de se privilegiar a vontade do legislador enquanto autêntico representante do povo; na Segunda hipótese, disputa-se maior autonomia para o poder judiciário, que procura interpretar objetivamente a lei no momento de sua aplicação, a fim de fazer justiça para o caso concreto. Considerando-se, porém, que o Direito se concretiza por meio de um jogo de forças entre as diferentes teses apresentadas como produto de sua interpretação, prevalecendo a de maior poder de convencimento, podemos concluir que qualquer das posições acima é válida à medida que se apresente como argumentativamente útil para produzir um resultado de consenso.

A defesa pela vontade objetiva da lei, por sua vez, abre caminho para o método de interpretação teleológico-axiológico, uma vez que a visão objetiva da lei conduz o intérprete para a busca do fim nela contido, mediante a investigação das condições sociais de seu tempo dos valores preponderantes. Afinal, trata-se de encontrar a solução mais adequada e razoável para cada caso.

⁶¹ *Ob. cit.*, p. 165 e segs

⁶² Cf. Tércio Sampaio Ferraz Jr. *Introdução...*, p. 242.

9. O TEXTO LITERAL E O SENTIDO — O EXEMPLO DA NORMA JURÍDICA

É precisamente por essa característica que não se deve confundir o *texto literal* (o *significante*) com o *sentido* da palavra, da frase ou do enunciado correspondente. Essa correspondência *é sempre relativa*, podendo *a expressão literal de um texto (significante) ser aberta em um toque de significados diferentes, dependendo do contexto ou da situação existencial onde o texto é proposto*. Exemplo frisante disso é, de um lado o *texto normativo* de uma lei jurídica e, de outro, o *sentido* ou *significado* a que este texto aponta, nas circunstâncias do caso. Esse texto jurídico-normativo pode conter uma *variada gama de sentidos ou de significações* de cada um deles *é um candidato* a ser efetivamente uma *norma jurídica*, isto é, um *sentido vinculante* para os sujeitos envolvidos na comunidade jurídica. No nível *meramente lógico* não temos uma norma jurídica e sim uma *proposição (de sentido) com a pretensão de ser uma norma jurídica*. A norma não é produto apenas da lógica, *ela não prescinde do poder político* (da decisão política) para *ser posta* como tal (direito positivado). Aqui não considero certas dificuldades dessa posição, especialmente em relação ao chamado direito natural.

Na expressão daquela variedade de sentidos, temos o campo da lógica das normas, isto é, da *lógica que nos permite reunir sob a unidade do texto literal uma multiplicidade de sentidos que são candidatos a ser uma norma efetiva*. Depois dessa *exploração hermenêutica dos possíveis sentidos* e que se impõe o exercício da vontade, *a decisão da autoridade normativa* (autoridade autêntica) de erigir um dos sentidos como *norma jurídica vinculante*. *Portanto, a norma jurídica é, a um só tempo, o produto da interpretação lógica de um texto normativo — buscando-lhe os possíveis sentidos — e da decisão do poder autêntico* (autoridade ou órgão jurídico) pela qual se escolhe um dos sentidos logicamente possíveis, integrantes do quadro proposicional representado pelo texto normativo literal da lei jurídica.

Assim, a *norma jurídica* não é propriamente um *texto legal*, contratual, sentencial, etc., mas *um dos possíveis sentidos desses textos*, obtido e escolhido mediante *interpretação e decisão* da autoridade competente. *Por isso pode-se dizer que a norma jurídica não é lida diretamente, ela é obtida mediante interpretação do texto normativo*.

Daí porque é equivocado dizer-se *que se interpreta a norma jurídica*, o que se interpreta, na verdade, é o *texto normativo*, precisamente para *extrair o sentido normativo*, ou seja, a *norma jurídica* que nada mais é do que um, e somente um, dos possíveis sentidos daquele texto, erigido como sentido vinculante pelo intérprete autêntico (aquele órgão que tem autoridade de impor a norma). Esse sentido não é, obviamente, extraído apenas do conteúdo lógico do texto normativo, mas extraído da *comparação crítica* desse conteúdo *com a realidade cambiante e variada* a que ele corresponde e com *as demais normas* do mesmo sistema ou ordem jurídica vigente, igualmente mutantes. A norma jurídica só se realiza como norma vinculante quando for *encarnada no mundo prático social* a que se destina. Se esse mundo se altera, como é de sua natureza, *a norma como estrutura de sentido também se altera, embora o texto normativo permaneça o mesmo*. É o que normalmente acontece com a chamada mudança de *jurisprudência* dos tribunais onde *o mesmo texto normativo* passa a ter uma *nova interpretação* quanto aos sentidos dominantes de seu conteúdo em face das exigências mutantes da realidade social. *Muda-se a norma, mas não o texto*. É por isso que, de fato, os EE.UU. tiveram várias Constituições, em que pese ser o texto constitucional daquela nação o mesmo desde o último quartel do século XVIII até agora, no século XXI.

Observamos pelo exposto que é impossível analisar e interpretar a norma sob um único ponto de vista. Na prática como veremos, são utilizados todos os processos interpretativos, observando, é claro a importância da sistemática das leis. Veremos a seguir a interpretação sistemática na prática jurídica e, a cada caso concreto distingue-se quando a lógica é aplicada.

10. A INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA E A PRÁTICA JURÍDICA

As leis, em sua grande maioria, se encontram organizadas e, até mesmo, codificadas. Seus dispositivos em artigos, por exemplo, estão sempre abaixo de capítulos, títulos, livros, etc., indicando, de qualquer

forma, o assunto e, por efeito, o direito tutelado. A interpretação sistemática está, assim, a resolver eventuais conflitos de normas jurídicas, examinando sob a ótica de sua colocação junto ao direito que tutela. Assim, por exemplo, a interpretação do art.15 da lei de Alimentos, deve ser analisada e interpretada sistematicamente. Em princípio, dada a literalidade da lei, o intérprete é levado a concluir, de imediato, que a Sentença que concede alimentos, não faz coisa julgada material. Sem dúvida, numa mera interpretação isolada, utilizando-se dos meios lógicos, outra não poderia ser a conclusão mais apropriada. Ocorre, entretanto, que pela Sistemática do Código de Processo Civil, havendo modificação na situação fática das partes, qualquer sentença (e não só a relativa a alimentos) pode ser alterada, sem que isso importe em prejuízo 'existência da coisa julgada material. Nessa forma, conjugando sistematicamente os dois dispositivos, verifica-se que a sentença concessiva de alimentos faz, de fato, coisa julgada material e que o art. 15 da Lei de Alimentos, em vista do art. 471 do CPC e da sistemática do processo civil brasileiro, é dispositivo redundante que só está presente na lei, em face desta dispor de direitos materiais e adjetivos, e devido também a sua própria sistemática e técnica legislativa empregada.

Em sendo o processo de interpretação da norma sempre resultante de casos concretos — porque hermenêutica é aplicação/concretização — e para demonstrar o uso do ferramental oriundo da hermenêutica, é possível dizer, através de outro exemplo, que, por detrás do texto do art. 34 da Lei 9.249/95, estabelecendo a isenção de crime para o sonegador de impostos, se o prejuízo for pago antes do recebimento da denúncia, não está somente a problemática da sonegação de impostos no país, mas, também e fundamentalmente, o welfare state que não houve, o alto grau de lesividade social que representa a conduta de sonegar impostos e tributos, a falta de políticas públicas motivadas pelo não-recolhimento de tributos, etc. Hermeneuticamente tais questões somente exurgirão na exata medida da condição de ser-no mundo do intérprete, do qual o Dasein — modo prático de ser no mundo (Stein) — é condição de possibilidade, isto porque, repita-se, não há interpretação sem que haja relação social. Assim, em existindo um dispositivo como o artigo 16 do Código Penal que somente concede uma redução de pena àquele delinquente que, por vontade sua, paga/indeniza a vítima antes do recebimento da denúncia, há uma pergunta

que se impõe: Como continuar aplicando ambos os dispositivos, sem considerar violado, frontal e inexoravelmente, o princípio da isonomia constitucional? É evidente que o texto do artigo 34, em tela não foi devidamente interrogado, comparado, questionado e fundido com o texto da Constituição e com o próprio Código Penal. Se utilizarmos a condição da hermenêutica exsurgerà uma resposta⁶³.

Existem vários exemplos que destacam a não-utilização da interpretação lógico-sistemática do direito. Com o advento da Lei 9.756/98, pela qual o relator de Tribunal pode negar seguimento a recurso (agravo de instrumento, apelação, embargos infringentes, recurso especial) que contraria súmula ou “jurisprudência dominante” (sic) do respectivo tribunal, do STF ou de Tribunal Superior. Observe-se que o parágrafo 1-A do art. 557 do CPC, introduzido pela citada Lei, amplia o poder do relator do recurso, permitindo até mesmo o provimento do recurso por decisão monocrática, quando a decisão contrariar súmula ou jurisprudência do STF ou do STJ. Entendo nesse caso flagrante inconstitucionalidade do efeito vinculante se observada a interpretação lógico-sistemática.

A interpretação lógica funda-se no fato de que o estudo puro e simples da letra da lei conduz a resultados insuficientes e imprecisos, havendo necessidade de investigações mais amplas. Desta forma, deverá o intérprete confrontar o texto e interpretar com outras disposições legais; o lugar que um artigo ocupa numa lei, o título ou seção no qual se insere, podem oferecer prestimoso auxílio.

Enfim, a interpretação lógica busca o real sentido da norma, fundamentando-se em elementos lógicos, que vêm a ser a ocasião da lei (ratio legis), a intenção da Lei (intentio legis) e a ocasião da lei (occasio legis) e casada com a sistemática buscam confrontar o dispositivo a ser interpretado com as demais normas do sistema que tratam do mesmo assunto ou, mesmo, com a própria ordem jurídica⁶⁴.

Se observarmos os conceitos da interpretação lógico-sistemática no plano da prática jurídica (doutrina e jurisprudência dominante), não há, realmente, ainda, uma resposta para a questão do artigo 34 e

⁶³ Lenio Luis Streck — Hermenêutica Jurídica em Crise. pp 262/263

⁶⁴ Marcus Cláudio Acquaviva — Dicionário Jurídico Brasileiro Acquaviva — pág.686. ed. 94

16. Continuará ocorrendo a benevolência para os delitos que causam prejuízos a uma infinidade de pessoas (como a sonegação de impostos, os delitos contra o meio ambiente, etc.) e com extremo rigor os delitos cometidos pelas camadas pobres da sociedade, como o furto, o estelionato, a apropriação indébita, etc.). Exemplo é o caso do indivíduo cometer um furto e não restar qualquer prejuízo, em face, por exemplo, da apreensão da res furtiva, nem sequer receberá o benefício do art. 16, porque a restituição não foi sponte sua; já no caso de uma sonegação, que tem o condão de prejudicar os interesses difusos e coletivos da sociedade, o simples pagamento ou parcelamento do débito, por si só, extinguirá o crime.

Isto significa dizer que os dispositivos legais do exemplo em questão (art. 34 da lei 9.249, art. 16 do Código Penal e o princípio da isonomia — art. 52 da Constituição Federal), são assim mal compreendidos porque são vistos como objetos, como se tivessem uma existência própria, como se (os textos jurídicos-normativos) fossem autônomos, desconectados. O direito alternativo em matéria processual continua sendo — talvez hoje com maior intensidade — objeto de acirradas controvérsias doutrinárias, com importantes repercussões práticas e projeções na jurisprudência e, evidentemente na hermenêutica jurídica quando se trata de aplicação da lei. Neste contexto, exemplo de “Direito Alternativo” em matéria processual, é a conduta, excepcionalmente adotada por alguns juízes trabalhistas, de não permitir a presença de advogado na audiência sem a procuração da parte ou o instrumento de substabelecimento. O que ocasiona conflitos, totalmente desnecessários.

Com efeito, o artigo 37 do CPC permite que o instrumento de mandato seja juntado posteriormente à prática de atos reputados urgentes. No mesmo diapasão, o parágrafo 1º do artigo 5º, da Lei nº 8.906/94, garante ao advogado, «afirmando urgência», atuar sem procuração, «obrigando-se a apresentá-la no prazo de quinze dias, prorrogáveis por igual período».

Não cabe ao juiz adentrar na análise do mérito da existência de urgência. Se declarada pelo advogado em audiência, com fulcro no parágrafo 1º do artigo 5º, da Lei 8.906/94, deve ser admitida, para o fim de produzir os efeitos legalmente previstos. Trata-se de espécie do direito potestativo, assim entendida aquela classe especial de direitos subjetivos que prescindem de qualquer atividade volitiva da pessoa

contra a qual ele é dirigido, que apenas sofre o efeito da manifestação da vontade daquele que forma o direito, razão pela qual também são chamados pela doutrina de direitos formativos.

Acrescente-se, ainda, o mandato tácito, outorgado pela parte ao advogado em audiência, cuja admissibilidade no processo 59 trabalhista é pacífica. Declarada, inclusive, em Enunciado do TST, de número 164⁶⁵.

A simples presença do advogado em audiência, sentado ao lado da parte, e atuando, a pedido desta, em seu nome, implica a outorga de mandato tácito.

Na pior as hipóteses, a presença do advogado na audiência sem procuração ou substabelecimento nos autos caracterizaria irregularidade de representação processual, atraindo a aplicação do artigo 13 do CPC. Referido dispositivo legal determina ao juiz a marcação de “prazo razoável” para o saneamento do defeito. Trata-se de norma cogente, de observância obrigatória, e não de mera faculdade conferida ao magistrado, na medida em que dispõe de forma taxativa que o juiz “marcará prazo razoável”.

Como se sabe, as razões históricas determinantes do surgimento do “jus postulandi” decorreram da inexistência de advogados locais em diversas comarcas á época da promulgação da CLT(1943). O trabalhador se via impedido de exercer seus direitos porque não tinha advogado disponível para contratar. Esse obstáculo foi praticamente transposto ao longo do tempo. De qualquer modo, a inexistência de advogado na localidade, hipótese perfeitamente plausível em um país de dimensões continentais como o Brasil, não justifica a transformação de exceção em regra. Basta aplicar 717 (hermenêuticamente) subsidiariamente ao processo trabalhista o artigo 36, “in fine” do CPC.

Outra situação bastante corriqueira na justiça do trabalho é quanto segue-se á fixação do valor da condenação a determinação para que o devedor pague o devido ou garanta o juízo. Como se sabe a sentença de liquidação é irrecorrível de imediato, daí porque fixa o devido e já determina a citação para seu cumprimento. Prevê a CLT

⁶⁵ “O não cumprimento das determinações dos parágrafos 1 9 e 2° do artigo 70 da Lei nº 4.12 5/63, e do artigo 37, parágrafo único do CPC, importa no não conhecimento de qualquer recurso, exceto na hipótese de mandato tácito”.

três hipóteses possíveis diante da citação decorrente da sentença de liquidação, conforme os artigos 881, 882 e 883 a CLT.

O artigo 881 cuida da hipótese em que o executado decide cumprir, de imediato, a decisão que fixou o valor da condenação, cumprimento este que ainda não havia ocorrido por desconhecimento do devedor do exato valor de seu débito, o que só se tornou evidenciado pela decisão de liquidação.

Já o artigo 882 cuida não de pagamento, mas de oferecimento pelo executado de bens que visem a garantir o juízo, possibilitando desse modo, discutir o próprio valor devido, ou qualquer outro tema pertinente á execução, ou à penhora.

Por fim, o artigo 883 trata do caso em que o executado, embora citado para pagamento mantém-se inerte, devendo o Oficial de Justiça proceder á penhora.

Nestas duas últimas hipóteses, tem aplicação a ordem estabelecida pelo artigo 655 do CPC, hoje assimilado expressamente pelo texto do artigo 882 da CLT.

Tal regra, aliás, merece ser devidamente considerada, tanto pela sua aplicação, quanto pelo seu conteúdo.

Quanto à aplicação da regra do processo comum ao processo do trabalho, decorreu de construção de jurisprudência, até a Lei nº 8.432/92 inserir expressamente tal regramento, curvando-se ao entendimento jurisprudencial.

O curioso a respeito é que a própria CLT em seu artigo 889, afirma que, em matéria de execução, a lei dos executivos fiscais (Lei nº 6.830/80) é que a fonte subsidiária, nos casos de omissão da própria CLT. E o artigo 11 da referida lei estabelece a ordem de preferência de bens em caso de

penhora ou arresto. No âmbito do direito material, a fonte subsidiária é o direito comum, como dispõe o artigo 82 , parágrafo único da CLT.

No âmbito processual, na fase de conhecimento, a fonte subsidiária é o processo civil, conforme dispõe o artigo 769 da CLT, mas, em matéria de execução, a fonte subsidiária é a Lei nº 6.830/80.

Quanto ao conteúdo, há de se observar a regra do artigo 655 do CPC, pois assim determina o artigo 882 da CLT. Casos haverá, contudo, que a referida ordem poderá ser contrariada, quando sua aplicação resultar em prejuízo considerável ao executado, hipótese em que o juiz da execução poderá determinar penhora de outro bem que garanta o crédito⁶⁶.

Como observamos até aqui, a norma jurídica não está sendo considerada sob seu aspecto estático, mas sim sob o dinâmico, o que inclui a atividade jurisdicional. Aliás, é somente sob o referido aspecto que se pode estudar o ordenamento jurídico, predicando-lhe a interpretação hermenêutica. Os cânones tradicionais de hermenêutica, tidos por suficientes para a interpretação de normas com estrutura de regras, mostram-se incompletos para a fixação do sentido e alcance das normas com estrutura de princípios, apesar de serem também necessários. A insuficiência, todavia, decorre do alto grau de abstração do princípio, o que exigirá do intérprete o uso de uma metodologia de concretização ao lado das técnicas de interpretação. Dessa forma, há a necessidade de um método referenciado a valores.

A metodologia decorre da aplicação da lógica a um setor do conhecimento científico. Quando se entendia que a aplicação do Direito consistia numa atividade de caráter silogístico, fundamentada na lógica formal, sendo a norma jurídica premissa maior, o fato a premissa menor e a sentença a conclusão, ficava o valor, o terceiro elemento do Direito, sem apreciação específica . A interpretação da norma era entendida como tarefa prévia à sua aplicação, que permitia descobrir o seu significado, de modo a estabelecer a premissa maior do silogismo. . No entanto, a lógica aplicada pela ciência deve ser teleológica e axiológica, apresentando-se formalmente como uma lógica retórica que busca o

⁶⁶ NRP — COUTURE, Eduardo J., “Fundamentos del derecho procesal civil”, Buenos Aires,, Depalma, 1993, págs.437-438. Outra linha: LIEBMAN, Enrico Tullio, “Processo de Execução”, São Paulo, Saraiva, 1946 págs.9-10 pág. 292.

argumento válido e eficaz, pois o raciocínio jurídico envolve o elemento decisório (avaliação do fato), ao contrário do raciocínio matemático. Logo a aplicação do Direito não consiste em mera subsunção do fato à norma, mas, antes, de coordenação valorativa do fato à norma.

Exemplo fático dessa ideia é a sentença proferida em procedimento sumaríssimo. A mesma prescinde de relatório contendo todos os elementos do artigo 458, inciso I, do CPC e 832, caput, da CLT, bastando menção aos fatos relevantes ocorridos no curso do processo (artigo 852-1).

A cognição desenvolvida pelo juiz é ampla, não se revestindo de caráter sumário. Na verdade, a sumariedade do procedimento regulado pela lei nº 9.957/00 é apenas formal, não atingindo a atividade cognitiva desenvolvida pelo juiz, a qual, do ponto de vista horizontal e vertical, se mostra plena e exauriente, como em procedimento ordinário⁶⁷.

Compreende, portanto, o exame de todas as questões de fato e de direito relacionadas com o litígio, sem limitações preestabelecidas⁶⁸.

Na sistemática da Lei nº 9.957/00, o valor da causa apenas define o procedimento a ser adotado, não correspondendo, em processo algum, exata e necessariamente, ao valor da pretensão deduzida, como mostra, de maneira clara, o artigo 260, do CPC. O valor da causa não limita, portanto, a tutela a ser prestada. Ademais, na Lei nº 9.957/00 não existe regra tornando ineficaz a parte condenatória da sentença excedente da alçada imposta. Como na Lei nº 9.099/95 (artigo 39). Em consequência, nada obsta seja proferida, em procedimento sumaríssimo trabalhista, sentença com condenação superior ao valor de 40 salários mínimos. Não haveria ineficácia ou mesmo nulidade. Note-se que pode o excesso decorrer, por exemplo, de prestações vencidas durante a tramitação do feito, como em ação que envolva pedido de reintegração, com pagamento de salários vencidos e vincendos. Excluir a exigibilidade

⁶⁷ Georgius Luís aP.Credidio, Sobre o procedimento sumaríssimo trabalhista in Sumaríssimo, Porto Alegre, HS Editora, 2000, pág. 71. Para maior desenvolvimento do tema, Kazuo Watanbe, Da cognição no processo civil, São Paulo, RT, 1987, pág.83 e segs. Sobre os procedimentos sumários, com cognição plena e exauriente, cf. ainda Ovídio Baptista da Silva, Curso de processo civil, São Paulo, RT, 1998, vol. 1 pág. 147.

⁶⁸ Nesse sentido, para o procedimento da Lei nº 5.584/70 — TRT — 12. Reg., 3ª T., RO nº 1.802/96, Rel. Juiz José Manzi in João de Lima Teixeira filho, Repertório de Jurisprudência Trabalhista cit., 1999. Vol. 7, nº 573, pág. 171.

dos valores excedentes do limite do artigo 852-A, da CLT, ofenderia o artigo 729, da CLT, que é regra geral aplicável ao procedimento ordinário.

Preconiza o § 1º, do artigo 852-1 adote o julgador, em procedimento sumaríssimo, a «decisão que reputar mais justa e equânime, atendendo aos fins sociais da lei e às exigências do bem comum». A fórmula copiada do artigo 6º, da Lei nº 9.099/95 e que já estava no artigo 59-, da Lei 7.244/84, revela-se vaga e pouco precisa. Pode dar margem a que se imagine estar o juízo investido da prerrogativa de decidir por equidade. Diversas razões apontam, todavia, em sentido contrário. Em primeiro lugar, a consideração fins sociais da lei e das exigências do bem comum é imposta em qualquer julgamento, por força da regra do artigo 5º, da Lei de Introdução ao Código Civil. Não há nisso, portanto, novidade alguma⁶⁹. De outro lado, no âmbito da própria Lei na sistemática dos artigos 6º e 25 revela que a primeira norma, da qual decorre o artigo 852-I, § 1º da CLT, como já dito, não contém previsão de julgamento por equidade⁷⁰. Ademais, mesmo em arbitragem, a decisão por equidade depende de autorização das partes, mostrando ser sempre excepcional julgamento que não se funda em aplicação da lei, como evidenciado, aliás, pelo artigo 127, do CPC. Em vista de tudo isso, não deve prevalecer a ideia de que o 1º, do artigo 852-1, autorizaria o juiz a decidir por equidade. (Revista do Advogado — Associação dos Advogados de São Paulo nº 60 set/2000).

Atualmente com a ideia de aprovação do novo CPC, existe o burburinho em relação a “nova” hermenêutica do magistrado diante da delegação da tarefa de escolher apenas qual das partes vai recorrer. O espírito ou idéia, como melhor soar para o leitor, que deve prevalecer no magistrado ao interpretar as normas do novo CPC deverá ser aberto às inovações sob pena de frustrar os objetivos pretendidos pelo novo diploma

⁶⁹ A propósito STJ — 3º T., Resp. nº 48.176-7. Rel. min. Eduardo Ribeiro in DJU de 8/4/96, pág. 10.469. Tendo em conta a circunstância apontada, de equidade no sentido geral ou social, como faz, alias, Calamandrei (Il significato costituzionale delle giurisdizioni de equità em opere giuridiche, Napoli, Morano, 1968, volume terzo, págs. 21/22). A primeira decorre do próprio artigo 6º, da Lei de Introdução ao Código Civil. A Segunda, ao contrário, vai além da lei, na medida em que chega a condenar “una norma di diritto positivo, considerata in sê indipendentemente ad alla sua applicazione ad una fattispecie contreta” (Calamandrei, Il significato costituzionale delle giurisdizioni de quità cit. Pág. 22

⁷⁰ A essa conclusão já chegara, em face da Lei nº 7.244/84, Ovídio Baptista da Silva. Juizado de pequenas causas, Porto Alegre, Lejur, 1985, pág. 16

processual e razão de sua existência. O magistrado deverá se portar diante dos problemas levados à sua mesa de forma aberta e flexível de sorte que, servindo-se do processo como instrumento, possa garantir a efetividade do direito, respeitar as garantias constitucionais e prestar uma tutela efetiva de forma eficiente e satisfativa. É o que se chama de ativismo processual, pelo qual se defende que o juiz tenha uma postura mais contundente na solução dos casos. Contrapondo-se a este ativismo, tem-se o garantismo processual que prima pelo respeito às normas e procedimentos formais. Tem-se que o novo CPC admite o ativismo judicial, mas, ao mesmo tempo, primará pelo respeito à idéia do garantismo e, aí, caberá ao juiz ter conhecimentos técnicos e humanos para discernir entre estes antagonismos a melhor solução para resolver o problema posto a seu poder.

Em 2002, já com o Código de Processo Civil vigente, estudei o efeito do Poder Discricionário do Juiz com a preocupação com o ativismo judicial, que hoje é defendido, por exemplo, por Lenio Luiz Streck, que apresenta a Teoria da Decisão que, em síntese, segundo ele, seria mais avançada que o positivismo a ponto de legitimar, por exemplo, uma sentença sobre matéria constitucional que afronte diretamente alguma mudança constitucional desde que se considere que tal mudança, mesmo que perfeita do ponto de vista formal, tenha violado a principiologia constitucional que garante a continuidade da democracia, mesmo que tais princípios não tenham visibilidade ôptica. Por outro lado, pela sua teoria, não cabe mais ao juiz decidir de acordo com sua consciência, posto que a justiça não poderia ficar na dependência de uma opinião pessoal de seus juízes e promotores, por entender que o direito não é apenas o que o judiciário diz que é.

Outra situação observada que causa interpretações diversas é o mecanismo criado para desenvolver rapidamente demandas de massa, onde é permitido ao juiz transformar o processo de uma pessoa em ação coletiva. Nesse caso, o Ministério Público, a Defensoria Pública ou associações legitimadas para entrar com ações civis públicas assumiriam o caso.

De qualquer forma o novo CPC traz inovações que gerarão interpretações diversas, mas tenta acabar com as diferenças de resultados em ações sobre um mesmo tema, por meio de incidente de resolução de demandas repetitivas, exigindo que os juízes de primeira instância sigam as decisões dos tribunais de justiça ou tribunais regionais federais.

Como se vê, diante dessa nova formatação, muitas batalhas doutrinárias serão travadas, mas será necessário que os magistrados

participem ativamente dessas interpretações, demonstrando a aplicação do direito garantindo os direitos constitucionais e cristalizar entendimentos para enfrentamento dessa nova realidade.

Na mesma linha de interpretação, observamos as dificuldades de interpretação quanto a incidência do Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8.078/1990, pois como leciona **Ada Pellegrini Grinover** “Tudo hoje é direito do consumidor, o direito à saúde e à segurança, o direito de defender-se da publicidade enganosa e mentirosa, o direito de exigir as quantidades e qualidades prometidas e pactuadas, o direito de informação sobre os produtos e sua utilização, o conteúdo dos contratos, o direito de não se submeter às cláusulas abusivas, o direito de reclamar judicialmente pelo descumprimento ou cumprimento parcial ou defeituoso das avenças, o direito de associar-se para a proteção de seus interesses, o direito a voz e representação com todos os organismos cujas decisões afetem diretamente seus interesses e até mesmo a proteção do meio ambiente. (apud **Ada Pellegrini Grinover et al.** CDC Comentado, 7. ed., Forense universitária, p.118-119).

Leonardo Roscoe Bessa, também em relação ao Código do Consumidor, no texto “**Diálogo das Fontes**”, traz a necessidade análise da incidência do CDC a partir da perspectiva constitucional sob diversas fontes legais. Configura que a relação do direito do consumidor abrange um universo de situações que inevitavelmente esbarra em outras normas, seja no sentido de auxiliar, seja no sentido de conflitar e independente de critérios tradicionais, especiais ou comuns sempre envolve uma nova discussão.

Argui, diante desse quadro, que após o julgamento da ADIn 2.591 não se sustenta a tese de que por existir lei especial em determinado setor o CDC deve ser afastado, mas ao contrário buscar o convívio harmônico entre as normas para fazer prevalecer o direito à luz da Constituição. A pluralidade de leis é importante para o avanço da doutrina e da jurisprudência.

Expõe que no STJ já se verifica uma busca de soluções por meio da interpretação diante de uma complexa pluralidade de fontes heterogêneas, ou seja, aplica-se o diálogo das fontes, sem utilizar esse termo. No entanto, ainda ocorre uma divergência constante entre as decisões.

Traz o julgado da Ministra Fátima Nancy Andrighi que afirma a necessidade de utilizar as fontes legislativas, tantas quantas forem necessárias para assegurar o direito do consumidor.

Replica o mesmo entendimento na questão de incorporação imobiliária, nos planos de saúde, no sistema financeiro de habitação, nas mensalidades escolares, entre outros.

Observa dificuldade de diálogo quando se trata de limitação de indenização. Cita o exemplo do transporte aéreo sob o prisma constitucional e ponderação de valores e a legislação ordinária. Neste caso o Código Brasileiro da Aeronáutica e a Convenção de Varsóvia, em confronto com o princípio da indenização integral do CDC.

No que se refere à questão relativa a Serviços Públicos entende que na doutrina não há dúvidas sobre a incidência do CDC, no entanto, o conflito está na interpretação "... da necessidade de a atividade remunerada diretamente (tarifa, preço público ou taxa) ou a insuficiência de que a remuneração seja indireta e remota (impostos)". Aqui, traz o entendimento do doutrinador Ronaldo Porto Macedo Junior que entende necessário ser observado dois aspectos: a remuneração específica do serviço e a noção de mercado de consumo, além da situação de vulnerabilidade criada pelo mercado de consumo. Mas sempre concluindo que os serviços públicos estão sujeitos ao CDC, independente de sua natureza.

Expõe que mesmo nos casos em que a conclusão da inaplicabilidade do CDC nos serviços públicos é assentada, nada impede a aplicação analógica de outros institutos que traga um tratamento igualitário, principalmente com enfoque constitucional à proteção à dignidade da pessoa humana.

Também, Para entender as interpretações dadas ao CDC, observamos que é necessária a análise de outros ramos da ciência, o que pode e deve ser estendido aos demais ramos do Direito. Nesse sentido, exemplifico com o estudo realizado por LINDSTRON, Martin que chama a atenção para o texto "A Lógica do Consumo – verdades e mentiras sobre por que compramos", que entra no campo do neuromarketing, onde

fala da nova confluência entre conhecimento legal, médico, tecnologia e marketing. Ele é especialista em brandig global (descobrir como os consumidores raciocinam, por que compram certos produtos ou não; o que os profissionais de marketing e anunciantes podem fazer para dar nova vida a produtos que estão com problemas, encalhados, em declínio ou que simplesmente são fracos desde o início).

Expõe a fragilidade do consumidor diante do bombardeio de mensagens publicitárias e todo tipo de anúncios.. Questiona a oferta global, a possibilidade de filtro de informações pelo cérebro e a entender a “logica de consumo” diante dos pensamentos, sentimentos e desejos subconscientes que impulsionam as decisões de compra que cada individuo toma todos os dias, e como poderia ser interpretada a legislação no caso concreto.

Observa que a neuromarketing traz consigo o potencial para o abuso, e, com isso , uma responsabilidade ética. Ela pode ser usada tanto para o bem como para o mal. Argumenta que vê a neuromarketing como ferramenta para decodificar o que os consumidores estão pensando quando estão diante de um produto ou marca, e também até ajuda a desvendar métodos desleais usados para seduzir sem que o consumidor perceba.

Acredita que o consumidor está sem autocontrole quanto mais as empresas sabem disso mais produtos serão criados e oferecidos. Assim, defende que o autocontrole e conhecimento são ferramentas para o consumidor poder avaliar o produto e a necessidade, afastando as empresas de lançarem no mercado produtos inúteis.

Conclui que a maior parte das estratégias de marketing, publicidade e brandig são um jogo de adivinhação – e todos os anúncios de sucesso são apenas pura sorte, pois o cérebro toma a decisão e, na maioria das vezes, nem temos consciência disso. Faz previsão de que o marketing futuro será baseado no medo, nas ansiedades, inseguranças físicas e espirituais. Por isso a alternativa está na compreensão, conhecimento dos produtos – verdades e mentiras e principalmente conhecer as armadilhas que as empresas usam para seduzir o consumidor, a interpretação dos tribunais e da doutrina.