

Reflexões acerca da interpretação e integração da norma jurídica no Positivismo Jurídico

SÉRVIO TÚLIO SANTOS VIEIRA¹

Sumário: Introdução. 1. O direito e a moral. 2. O conflito entre o Direito Natural e o Direito Positivo. 3. O Positivismo Jurídico. 3.1. A eclosão do Positivismo Jurídico com Thomas Hobbes. 3.2. O Código Civil de Napoleão. 3.3. A Escola de Exegese da França. 3.4. A Escola dos Pandectistas. 3.5. A evolução do pensamento positivista moderno. 4. Interpretação e integração da norma jurídica no Juspositivismo. 4.1. A interpretação da norma jurídica. 4.2. A integração da norma jurídica. Conclusão.

INTRODUÇÃO

O presente texto procede a uma análise da interpretação e integração da norma jurídica, perante o Positivismo Jurídico. Parte do enfoque sobre o Direito e a Moral, seguido do vetusto conflito entre o Direito Natural e o Direito Positivo. Aborda a filosofia positivista e o Positivismo Jurídico, destacando seu conteúdo e as teorias por ele perfilhadas. Prossegue com apresentação das etapas do pensamento juspositivista moderno, dando ênfase à eclosão do Positivismo Jurídico, com a obra de Thomas Hobbes. Acentua a relevância da edição do Código Napoleônico e das Escolas de Exegese da França e dos Pandectistas, comentando as visões dos mais renomados juspositivistas. Exalta as formas e espécies de interpretação e de integração da norma jurídica, segundo o Positivismo Jurídico. Conclui, relativizando o Positivismo Jurídico puro, que se mostra incompatível com o Direito contemporâneo, cuja interpretação das suas normas não deve se afastar da vinculação que mantém com as ciências sociais.

1. O DIREITO E A MORAL

O indivíduo que vive em sociedade se submete a uma gama de normas. Por isso se diz que ele é participativo, já que sua convivência com outros se dá em sociedade. Se dela participa, subordina-se a um comportamento que se norteia pela Ética – o discurso sistemático que trata da conduta moral dos indivíduos participativos na sociedade –, de índole mais ampla do que o Direito. Isso se deve ao fato de que o indivíduo participativo se sujeita às normas jurídicas e às normas morais. O seu comportamento pode ter relevância ou não para o mundo jurídico. Quando as normas são coercitivas, vale dizer, estão dotadas de imperatividade, interessam ao Direito, pois a violação de seus princípios importa em sanção. Do contrário, só interessa à Moral, por violar a consciência.

1 Desembargador aposentado do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ). Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense (UFF). Decano e ex-Vice-Diretor da referida instituição. Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais pelo Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da UFF (PPGSD-UFF). Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad del Museo Social Argentino (UMSA). Pós-Doutor em Direito pela UMSA. Doutor em Direitos, Instituições e Negócios pelo Programa de Pós-Graduação em Direitos, Instituições e Negócios da UFF (PPGDIN-UFF).

O Direito e a Moral estabelecem princípios que devem ser absorvidos pelos indivíduos livres, tendo por escopo o bem-estar dos que vivem em sociedade. Deve-se admitir que seus princípios convergem na mesma direção, tendo em vista que, além de se traduzirem em normas de limitação do comportamento, têm supedâneo comum, qual seja, a Ética. Apesar desse entrelaçamento entre a Moral e o Direito, há pensadores que porfiam pela aclamação da Teoria da Separação. São os positivistas e os alternativistas. Max Weber e Hans Kelsen integram a corrente do Positivismo, ao passo que Immanuel Kant e Otto K. Apel são integrantes da corrente do Alternativismo.

Para o positivista Max Weber (2009), o Direito tem racionalidade própria intrínseca, funcionando de modo que as pessoas se sentem seguras. A segurança garante a legitimação, que por sua vez lhe dá legitimidade. Para Weber, é inadmissível um conteúdo simplesmente moral das normas. Com lastro em Thomas Hobbes, ele afirma que no “estado de natureza” não há certo ou errado, vigorando a instabilidade e o estado de guerra permanente. Para afastá-lo, faz-se mister celebrar um contrato que dê legitimidade ao Estado para propiciar paz e segurança, as quais devem ser garantidas pelo Leviatã, que passa a estabelecer os direitos.

O Estado é quem institui a ideia de justiça. Só se deve insurgir contra o Leviatã quando ele não proporciona paz e segurança, por ruptura do pacto. O Direito positivado é o parâmetro para a legalidade que gera a legitimidade. A lei deve ser modificada quando não mais proporciona paz e segurança aos indivíduos. Há uma noção de neutralidade jurídica. Na mesma perspectiva de que o único Direito legítimo é o que decorre da norma jurídica, se apresenta Hans Kelsen. Precursor de um Positivismo Jurídico mais acirrado, como adiante é anotado, é o responsável pela Teoria Pura do Direito.

Para os alternativistas Immanuel Kant (2008) e Otto Apel (2005), há uma forte conexão entre Direito e Moral, cujas normas estão unidas. Na conexão forte, a Moral se traduz no braço armado do Direito, via imperativo categórico. Segundo Kant, o estabelecimento de uma ordem jurídica pode ser gerador de uma obrigação. Pressupõe uma adesão, tanto ao procedimento quanto aos produtos. Robert Alexy (1994, p. 79) é partidário de uma conexão fraca entre Direito e Moral:

Todo positivista puede decir que la incorporación de justamente estos principios se basa en el derecho positivo. En una formulación radical, podría decirse que siempre es una cuestión del derecho positivo el que los principios que pertenecen a un sistema jurídico creen o no una conexión entre derecho y moral. Para responder a esto, hay que distinguir entre dos versiones de la tesis de la conexión necesaria entre derecho y moral: una débil y otra fuerte. En su versión débil, esta tesis dice que existe una relación necesaria entre el derecho y *alguna* moral. Según la versión fuerte, existe una conexión fuerte entre el derecho y la moral *correcta*. Aquí habrá de interesar, por lo pronto, solo la versión débil. Se trata, pues, de la tesis según la cual la presencia necesaria de principios em un sistema jurídico conduce a una conexión necesaria entre el derecho y la moral. Esta tesis será llamada “tesis moral”.

Além de sustentar uma conexão forte entre Direito e Moral, Kant defende a “lei moral”. Trata-se de uma lei universal, anterior a qualquer experiência, que vale para todos os indivíduos, grupos sociais e para as sociedades em geral. Tem fulcro no *imperativo categórico*, que impõe o mesmo comportamento em todas as situações. O imperativo categórico consagra a obediência à lei moral, que deve ocorrer em qualquer situação, sem comportar exceções admitidas pela lei comum, ou seja, pela lei do Direito. É o reverso do *imperativo hipotético*. Sobre o tema registra Kant (2008, p. 45):

Todos os imperativos ordenam, seja hipotética, seja categoricamente. Os hipotéticos representam a necessidade prática de uma ação possível como meio de conseguir qualquer outra coisa que se queira (ou que é possível que se queira). O imperativo categórico seria o que nos representasse uma ação objetivamente necessária por si mesma, sem relação com nenhum outro fim.

Em regra, se o comportamento do indivíduo é reprovado pelo Direito, também o é pela Moral. A recíproca, entretanto, não é verdadeira. A conduta dolosa direcionada, no sentido de danificar o patrimônio alheio, é reprovada pelo Direito e pela Moral. O incesto entre membros maiores e capazes de uma família, no Brasil, não se traduz em comportamento reprovado pelo Direito, mas o é pela Moral, visto que abalroa e colide com os bons costumes. A obrigação natural, como, *exempli gratia*, a dívida atingida pela prescrição – fato jurídico em que se adquire ou se extingue direito subjetivo, em virtude do fluxo do tempo e da inércia do titular –, não pode ser cobrada judicialmente, militando em prol do devedor a liberação do dever jurídico de pagar, eis que o credor preferiu deixar passar *in albis* o prazo para assumir um comportamento positivo. Para o Direito, não há mais dever (jurídico). O devedor pode deixar de pagar. O sujeito passivo da relação jurídica está liberado do comprometimento. Para a moral, entretantes, cumpre ao devedor procurar o credor para solver a prestação, no caso, de dar (entregar quantia certa).

Em resumo, pode ser afirmado que a semelhança entre o Direito e a Moral reside no fato de que suas normas são de comportamento, de lastro ético, direcionadas para o bem-estar dos indivíduos participativos e da sociedade. Diferenças, todavia, podem ser salientadas. Destacando as mais relevantes, pode ser dito que: a) O campo de atuação do Direito é menor que o da Moral; b) O Direito é dotado de coercitividade; a Moral não desfruta dessa característica; c) O Direito tem como escopo impedir que um indivíduo ofenda ou prejudique o outro; a Moral tem por fim afastar o mal, incentivando a prática do bem; d) O Direito é constituído de normas de abrangência bilateral; as da Moral têm abrangência unilateral, direcionando-se aos indivíduos de *per se*, na lembrança dos seus deveres éticos; e) O Direito se apresenta de forma concentrada e definida; a Moral é de caráter difuso; f) O Direito pode reprovar o comportamento do indivíduo, independentemente do motivo que o levou a violar a lei; a Moral reprovava a conduta humana se a motivação não for boa, uma vez que inadmitia a desvinculação da ação do motivo que direcionou o indivíduo a assumir o comportamento reprovável.

Assim, verifica-se que há uma tênue vinculação ou uma conexão mitigada entre Direito e Moral. Daí afirmar Dutra (2008, p. 47), ao comentar sobre a relação entre o Direito e a Moral: “[...] o que se busca, portanto, é atribuir eficácia à moral e legitimidade ao direito, o que só será possível pelo relacionamento entre moral e direito”.

2. O CONFLITO ENTRE O DIREITO NATURAL E O DIREITO POSITIVO

De acordo com a lição de Ulpiano, (*Digesto*, Livro I, Tit. I, fr. 1º, § 3º), Direito Natural é o que a própria natureza ensina a todos os animais (*jus naturale, est quod natura omnia animalia docuit*). Malgrado não se possa dizer o mesmo na Era da Modernidade, por se cogitar de uma época muito distante dos conceitos consagrados pelo Direito Romano, há coerência na vetusta definição do Direito Natural, eis que incute a ideia de um Direito em que os indivíduos civilizados têm consciência do valor dos seus princípios e normas, e do respeito que por eles devem manter. Posteriormente, o Direito Natural passou a ser visto como o Direito fundamentado em leis divinas de matiz eterno, que deve ser respeitado por razões religiosas e morais.

Numa época mais próxima da modernidade, vale dizer, no século XVI, instala-se a Escola do Direito Natural, de Hugo Grocio, que se difunde por toda a Europa, forte em que, acima do

Direito Positivo, há um Direito ideal e eterno, arraigado à consciência e proveniente da razão humana, que não tem supedâneo na vontade do legislador. No direito da Era Moderna, mostra-se mais adequado conceituar o Direito Natural como o Direito não positivado, que o indivíduo deve respeitar, tão logo adquira capacidade intelectual, e cujas normas compõem a ética da vida humana em todas as sociedades.

O Direito Positivo se contrapõe ao Direito Natural, já que este tem esteio numa espécie de estatuto de relações humanas e sociais diverso, mais justo, e que provém da natureza e da vontade divina. O Direito Natural ou Jusnaturalismo tem supedâneo em princípios que se posicionam em plano superior ao Direito Positivo, instituído pelo homem. Dimoulis (2006, p. 81) transcreve preleção de Pettoruti e Scatolini (2005, p. 29), que se ajusta ao tema: “[...] podemos reseñar al jusnaturalismo como aquella postura que sostiene que la esencia de la normatividad halla fundamento en principios anteriores y superiores a toda legislación creada por el hombre”.

O mesmo não ocorre com o Direito Positivo. Para o *Jus Positum*, têm validade para o Direito as normas que estão dentro do sistema jurídico, por haverem sido incorporadas ou ditadas pelo legislador. A validade resulta da vontade da lei, como corolário de uma ordem de coação. Se houver incorporação de regra ou norma do Direito Natural pela lei, também terá validade. Contudo, se não está na lei situa-se fora da ciência jurídica.

Assim, o Direito Positivo pode perfilhar princípios e normas do Direito Natural, quase sempre convolados em direitos fundamentais pelas constituições federais. Ao reverso, quando se quedam fora do ordenamento jurídico, seus ditames não são impostos, nem constituem sua essência. Relevante é a antologia de normas jurídicas que integram o sistema jurídico e foram ditadas pela onipotência do legislador.

A distinção entre Direito Natural e Direito Positivo pode se apresentar levando em conta sua origem. Caso se trate de um direito que advém da natureza humana para consecução de seus objetivos, é natural; se for oriundo do conjunto de leis lastreadas na vontade do legislador, é positivo, fazendo eclodir, de acordo com as circunstâncias, o Positivismo Jurídico. Isto não quer dizer que normas e princípios do Direito Positivo se distanciam do Direito Natural. Ao revés, como foi dito, é bem comum o encontro de normas do Direito Natural emolduradas no Direito Positivado. Em outra obra, Dimoulis (2011, p. 91), desta vez com fulcro em lição de outros autores, enfatiza:

O segundo ponto fundamental diz respeito às relações entre o direito natural e o direito positivo. Os partidários do direito natural adotam uma visão *dualista* do direito (Luño, 1997, p. 71; Troper, 2003, p. 16; Matos, 2005, p. 189-190). Consideram que, ao lado do direito natural, existe o direito positivo, isto é, um conjunto de regras de comportamento criado pela vontade política de um povo ou de seus chefes. O direito positivo nunca corresponde plenamente aos mandamentos do direito natural. Quem cria o direito positivo sempre acrescenta ou retira algo do direito natural, como observa Ulpiano.

Antes do século XVIII, conhecido este como “Século das Luzes”, o Direito Natural prevalecia sobre o Direito Positivo, eis que era tido como ciência jurídica da natureza, de caráter obrigatório. O Direito Positivo era relegado ao segundo plano. Entretanto, ainda que influenciado pelo Direito Natural, Montesquieu publica *Do espírito das leis* (1748), afirmando que as leis não resultam da arbitrariedade dos homens, e sim das relações necessárias da natureza das coisas, expondo uma política racionalista, caracterizada pela busca do equilíbrio entre a autoridade do poder e a liberdade do indivíduo. O iluminista convola-se no responsável pela proclamação da Teoria

da Separação dos Poderes. Com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789, ocorre o enfraquecimento da predominância do Direito Natural sobre o Direito Positivo. É a Era da Modernidade.

No século XIX não há mais lugar para a prevalência do Direito Natural sobre o Direito Positivo. Todo direito passa a ser posto pelo Estado em nome da sociedade. Não mais se comunga com a ideia de que o Direito (Natural) é irrevogável e eterno. O Direito Moderno é revogável, maleável, composto de leis revistas periodicamente, consoante as mudanças sociais, contínuas e permanentes, que exigem do legislador regulamentação a todo instante.

A hegemonia do Direito Positivo é consagrada, ingressando na Era Pós-Moderna, protraindo-se à Era Contemporânea ou Hipermoderna. As modificações contínuas dos valores sociais exigem mudanças das normas que compõem o texto legal, que, por sua vez, requerem interpretação consoante o momento da sua aplicação. A *modernidade líquida*, segundo Bauman (2007, p. 7), consagra a ideia de que as estruturas “[...] não podem mais manter sua forma por muito tempo (nem se espera que o façam), pois se decompõem e se dissolvem mais rápido que o tempo leva para moldá-las, e uma vez reorganizadas, para que se estabeleçam”.

3. O POSITIVISMO JURÍDICO

Antes de ingressar no estudo do Positivismo Jurídico, cumpre distinguir a Filosofia Positivista ou Positivismo Filosófico do Positivismo Jurídico. O Positivismo Filosófico, fundado por Augusto Comte, foi influenciado pela Teoria do Positivismo Social, de Saint-Simon. Por Comte restou consagrado, em seu *Curso de Filosofia Positiva*, editado entre 1830 e 1842 – uma das obras mais exponenciais do Século XIX –, que o espírito humano deve se afastar do conhecimento da natureza das coisas, para conhecer as verdades extraídas da observação e da experiência dos fatos. A realidade se caracteriza pela exterioridade, ou seja, o conhecimento científico impescinde da objetividade e do estudo dos fatos ocorridos, mediante observação.

Para Comte, o verdadeiro conhecimento depende da “Lei dos Três Estados”, isto é, de uma cognição que se consolida em três estágios: o Teológico, o Metafísico e o Positivo. No primeiro, se verifica que os fatos dependem da intervenção divina; no segundo, de entidades abstratas, e, no derradeiro, de acordo com a relação de causalidade, através da realidade. Esse estágio, que prestigia a realidade dos fatos, é o mais relevante para o Positivismo Filosófico. De certa forma, se vincula ao Positivismo Jurídico, pois nada mais concreto do que se levar em conta a realidade da norma jurídica posta, prevendo solução para o fato ocorrido.

O Positivismo Jurídico se diferencia do Positivismo clássico; entretanto, com este mantém certa vinculação. Primo, por rejeitar um direito oriundo exclusivamente da natureza ou da divindade; segundo, por reprovar as teses metafísicas e acolher todas que decorrerem da exteriorização de norma expressa de lei. O Positivismo Jurídico se opõe às teses idealistas, notadamente quando se funda exclusivamente no direito que não é posto, como o natural, sede de incorporações de ideias, princípios e normas alheios ao jurídico. Segundo Nader (2010, p. 209), “[...] o positivismo jurídico opera com o método empírico, considerando a experiência, o real, como a fonte de conhecimento”.

O Juspositivismo tem origem no Direito Positivo, vale dizer, no direito posto, oriundo do Estado, que o impõe por intermédio das normas constantes de um diploma legal. Tem como objeto o estudo do Direito que advém do poder político, que pode até compreender normas do Direito Natural, avaliadas pelo poder legiferante que as encartou em texto legal garantidor da segurança jurídica dos indivíduos e da paz social.

Quando o Direito não resulta de normas convencionadas ou se traduz em corolário das que foram ditadas pelos indivíduos participativos, diz-se que ele é Natural; se, ao contrário, decorre das normas integrantes de diploma jurídico vigente, é Positivo. O Direito Positivo se traduz no

ordenamento jurídico vigente numa nação, em determinado momento. O Positivismo Jurídico consiste na Teoria da Filosofia Jurídica Moderna, aclamadora de que a realidade do conteúdo do Direito só é constatada quando ele se afasta do Direito Natural, dos princípios e normas que servem de lastro à moral e às ciências sociais a ele vinculadas, como assevera Habermas (2003, p. 250):

O positivismo pretende, ao contrário, fazer jus à função da estabilização de expectativas, sem ser obrigado a apoiar a legitimidade da decisão jurídica na autoridade impugnável de tradições éticas. Ao contrário das escolas realistas, os teóricos Hans Kelsen e H. L. A. Hart elaboraram o sentido normativo próprio das proposições jurídicas e a construção sistemática de um sistema de regras destinado a garantir a consistência das decisões ligadas a regras e tornar o direito independente da política. Ao contrário dos hermeneutas, eles sublinham o fechamento e a autonomia de um sistema de direitos opaco em relação a princípios não jurídicos. Com isso, o problema da racionalidade é decidido a favor da primazia de uma história institucional reduzida, purificada de todos os fundamentos de validade suprapositivos.

O Juspositivismo se contrapõe ao Jusnaturalismo. Isto se deve ao fato deste se apresentar impregnado de conceitos, argumentos e juízos morais, e daquele se afastar do conhecimento metafísico e do que se vincula ao misticismo. O Juspositivismo está focado no que é jurídico, sendo desinfluyente se a interpretação da norma a ser aplicada é justa. Basta que ela se apoie em diploma jurídico para que tenha validade. Embora o Positivismo Jurídico se traduza em tema da Filosofia do Direito, bem difere da Filosofia Jurídica. Esta se preocupa com o justo para os indivíduos participativos; aquele está voltado para a norma jurídica.

O Positivismo Jurídico se caracteriza pela adoção de teoria que revela o prestígio do próprio Direito. Significa dizer que, na verdade, ele se rege por uma teoria *monista*, que se defronta com a teoria *dualista*, a qual adota a observância de normas e princípios do Jusnaturalismo. Ao longo de mais de um século, a teoria *monista* vem recebendo desdobramentos, fazendo surgir novas teorias que vêm modificando o pensamento juspositivista.

Com o desdobramento da teoria *monista*, pode ser dito que para o Juspositivismo: a) O Direito tem origem no Estado e se vincula ao poder legiferante; b) A validade do sistema jurídico prescinde da inclusão de valores morais e não se preocupa com o justo; c) Só tem validade o que resulta do direito posto, através de normas jurídicas encartadas em diplomas legais; d) O Direito é um florilégio de mandamentos decorrentes da vontade dos indivíduos participativos; e) O Direito Positivo está definitivamente desvinculado do Direito Natural; f) O Direito é um sistema fechado, cujas normas podem ser reproduzidas; vale dizer, desfruta de autonomia para se reproduzir, denominada *autopoiese* (cf. Niklas Luhmann, 2005); g) O Direito deve observar o *realismo jurídico*, consagrando a ideia de que sua realidade advém do que é empiricamente constatado, reconhecendo como relevante o que for decidido pelos tribunais; h) O Direito deve se pautar pela *jurisprudência dos interesses*, em que o julgador ou o aplicador da lei se propõe a reconstruir a vontade do legislador, que, no momento da criação da norma jurídica, tomou a decisão mais adequada para solucionar os interesses em conflito; i) O Direito deve se orientar pelo *pragmatismo jurídico*, decorrendo de interpretação do sistema como este efetivamente é, sem que o julgador ou o aplicador da lei demonstre interesse em corrigir o conteúdo das normas jurídicas, ainda que entenda injusto.

3.1. A eclosão do Positivismo Jurídico com Thomas Hobbes

Considerado o precursor do Positivismo Jurídico – por ter sido o fundador da teoria pioneira sobre o Estado Moderno –, Hobbes combateu o Direito Comum (*common law*) da Inglaterra, vigorante no século XVII. O pensamento hobbesiano se insurge contra a teoria que reverenciava e seguia um direito preexistente ao direito posto e imposto pelo Estado, defendida por Edward Coke, autor da obra *Instituições do Direito Inglês* (1628-1644). O litígio filosófico hobbesiano se funda no poder do soberano de ditar o direito e de impô-lo aos súditos, de modo a assegurar o poder do Estado. Não há direito sem que o Estado dite e imponha.

Consoante Hobbes, no clássico *Leviathan* (1651), antes da instituição do Estado e da sua organização não haveria paz nem ordem entre os indivíduos. Esse entendimento contrariava o pensamento de Hugo Grocio, que apregoava o reverso, pois, segundo Grocio, os indivíduos estariam aptos a se socializar, como característica da natureza humana. No *Leviathan*, Hobbes procura justificar e legitimar o *Jus Positum*, levando em conta a capacidade de que o Estado desfruta, para ordenar as relações entre os indivíduos participativos (agora de uma sociedade). Justifica, assim, a necessidade de um Direito Positivo estatal, pois, no “estado de natureza”, eles se relacionariam de acordo com o Direito Natural, de que cada um entende ser titular. A atuação com total liberdade para fazer o que bem entendem termina por instituir a anarquia, onde se verifica o *bellum omnium contra omnes* (“guerra de todos contra todos”).

Para que possam deixar de lutar pela sobrevivência no “estado de natureza”, os indivíduos devem renunciar ao seu estado primitivo, *jus omnium in omnia* (“o direito de todos em todas as coisas”), e celebrar o contrato social, constituindo uma sociedade comandada pelo Estado (Leviatã), que dita o direito e a eles impõe suas normas. O direito positivado no ordenamento jurídico é instituído – incorporando princípios e normas racionais da modernidade – em benefício dos que participam da sociedade. Assim se dá o nascimento da lei civil, de caráter obrigatório, que se distingue da lei natural, de caráter moral e não vinculativa. Sequaz do absolutismo monárquico e defensor do ordenamento jurídico posto pelo Estado, Hobbes sustenta que os indivíduos devem acatar as normas jurídicas. Desse modo, os princípios e normas do Direito Natural não são abandonados; só que agora constam do ordenamento jurídico posto e imposto pelo Leviatã.

Thomas Hobbes não chega ao extremo de comungar com a estrita obediência a um direito estatutário que se insurge contra a *common law* da Inglaterra, ao tempo em que estava sob o domínio dos soberanos absolutistas Jaime I e Carlos I, os quais negavam aos juízes o poder de decidir os litígios com arrimo no Direito Comum. Entretanto, com a formação do Estado, Hobbes entende que não há mais lugar para a aplicação pura e simples da *common law*, tendo em vista que, daí por diante, o Direito passa a ser o Civil, isto é, posto e imposto pelo Leviatã. Nesse sentido, o político e filósofo inglês (Hobbes, 2007, p. 132) sustenta que, “[...] deste Estado instituído derivam todos os direitos e faculdades daquele ou daqueles a quem o poder soberano é conferido mediante o consentimento do povo reunido”.

3.2. O Código Civil de Napoleão

O comando do Estado francês, a partir de 9 de novembro de 1799 (data do que ficou conhecido como “Golpe do 18 Brumário”), ficou a cargo de Napoleão Bonaparte, obstinado no movimento precursor das codificações. Dita obstinação se devia ao seguinte: as legislações vigentes estavam impregnadas de normas e princípios do período pré-iluminista. A Grande Revolução e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão seriam responsáveis pela concretização de uma codificação civil que marcasse efetivamente a Era Moderna. Além disso, a Constituição de

3 de setembro de 1791 foi expressa, no sentido de que se codificasse a legislação civil; daí a urgência de se elaborar um projeto para se convolar no código da modernidade, com o escopo de ratificar a mudança de paradigma das codificações.

No ano seguinte à Grande Revolução, isto é, em 1790, a Assembleia Nacional Constituinte designou uma comissão – formada por J. Portalis (filósofo e jurista), F. Tronchet (Presidente da *Cour de Cassation*), J. Malleville (juiz da *Cour de Cassation*) e F. Bigot de Préameneu (advogado do Parlamento de Paris), presidida pelo jurista Cambacérès – para elaborar o projeto do Código Civil, o que veio a ocorrer em 1800. Foram elaborados e apresentados quatro projetos, sendo que os dois primeiros (em 1802 e 1803) restaram rejeitados. O terceiro e o quarto – sustenta-se que era o mesmo com duas grandes modificações – contaram com a intervenção direta de Bonaparte, que comandou sua aprovação.

Apesar da dificuldade inicialmente encontrada para conciliar os princípios do Direito Consuetudinário com os princípios do Direito Romano – estes perfilhados no Norte da França, a cargo de Tronchet; aqueles no Sul, a cargo de Portalis –, foi possível encartá-los na codificação civilística, graças à habilidade desses dois grandes juristas. A reunião dos princípios e normas que não contrariavam os da Revolução Francesa e da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão – alguns oriundos do Jusnaturalismo – erigiu o Código Napoleônico à categoria do mais racional código da modernidade. A Lei de 21 de março de 1804 aprovou o *Code Civil*, diploma legal que, além dos princípios adotados, contou com as doutrinas dos juristas Jean Domat, autor do *Tratado das Leis*, e Robert Joseph Pothier, autor do *Tratado das Obrigações*.

O grande prestígio do *Code Napoléonien* reside no fato de ter sido o primeiro Código Civil da Era Moderna, e de ter aclamado o afastamento da Igreja do Direito Matrimonial, e o individualismo liberal, concretizando a filosofia racionalista e emancipando o Direito Civil, até então tutelado pelo Direito Público. Ele abandonou as normas impregnadas de um jusnaturalismo incompatível com a modernidade, apresentando um novo estilo de codificação das leis civis. O Código Napoleônico é o diploma legal pioneiro do Jusracionalismo e do Juspositivismo.

Os princípios e normas perfilhados pelo *Code Napoléonien* se espalharam, não só pelos países europeus, como por todo o mundo. Influenciou, sobremaneira, o Direito Positivo das nações europeias e de outros continentes. Ele é o marco do Juspositivismo moderno, sendo considerado como a Constituição do Direito Privado.

3.3. A Escola de Exegese da França

Com a promulgação do *Code Napoléonien*, surgiram os juspositivistas franco-belgas, os quais fundaram a École de L'exégèse. Dentre eles, destacavam-se Bonnacase, Alexandre Duranton, Jean Demolombe, Charles Aubry, Frédéric Rau, Baudry-Lacantinerie e Troplong, que pugnavam pelo reconhecimento da validade do Direito, tendo como fundamento o que foi incorporado e ditado pelo legislador. O *Code* passa a ser a única fonte do Direito apta a nortear o jurista, quando do exercício da função de interpretar suas normas.

Para a Escola Jurídica ou de Exegese, a hermenêutica está direcionada, restritivamente, àquele diploma legal, que, de acordo com sua filosofia, não deixava lacunas. A Escola de Exegese tem como princípio geral a completude da codificação. Isto quer dizer que ela prescinde de interpretação e de integração das suas normas, por se tratar de diploma legal sem lacunas, e que prevê todas as situações jurídicas que podem se apresentar, cabendo ao juiz apenas ajustá-la para solucionar o litígio.

A interpretação do *Code Napoléonien*, através dos meios ou métodos adotados, é suficiente, afastando a interpretação científica, no entendimento da Escola. Argumentavam seus sequazes que a interpretação doutrinária explicita entendimentos dedutivos e alheios aos que restaram positivados na codificação. Ditos entendimentos poderiam ser contaminados por opções e ideologias políticas, além do caráter pessoal do intérprete, não assumindo valor jurídico.

A Escola chegava ao extremo de proclamar que o Direito Civil prescindia de ensino jurídico; apenas o *Code Civil* devia ser lecionado. Segundo a Escola de Exegese, a leitura das normas encartadas no Estatuto Civilístico francês não deixava dúvidas vergadas à interpretação. Acrescenta Bobbio (2008, p. 265), ao tratar da completude na sua Teoria do Ordenamento Jurídico:

O caráter peculiar da escola de exegese é a admiração incondicional pela obra realizada pelo legislador, através da codificação, uma confiança cega na suficiência das leis, a crença definitiva de que o código, uma vez emanado, baste completamente a si mesmo, não tenha lacunas, em resumo, o dogma da completude jurídica.

Ao proclamar que o *Code* é a única fonte do Direito, ou seja, que direito é o que nele está positivado, além de consagrar que a interpretação científica não tem valor – por se divorciar dos entendimentos incorporados nas normas jurídicas –, percebe-se que a Escola de Exegese é uma das primeiras afirmações do Juspositivismo moderno, iniciado em 1804, alcançando o seu apogeu em 1840, e iniciando o seu declínio em 1879, ou seja, um século após a deflagração da Grande Revolução. Isto porque há um certo radicalismo quando a Escola proclama a prescindibilidade da interpretação da norma, seja qual for a fonte, e imprescindibilidade do ensino, tão só, do Código Civil francês. Sobre a imediata compreensão do preceito legal, que dispensa qualquer interpretação da norma, destaca Neves (2011, p. 29-30):

Tronchet, o presidente da comissão que elaborou o Código Napoleão (o Código Civil francês, de 1804), orientou-se, na elaboração do trabalho, pela ideia de que os artigos do Código deveriam ser compreendidos por qualquer cidadão; bastaria ao homem comum ler a norma e tomar ciência de como deveria proceder, sem necessidade de recorrer a nenhuma outra fonte.

A Escola, de qualquer modo, teve grande aceitação no mundo jurídico daquele tempo. Isto se deve ao fato de ela afastar os influxos do Jusnaturalismo, que desfrutava de hegemonia na Era Pré-Moderna. O Direito Natural, à época, influenciava renomados juristas contrários ao Juspositivismo, ou seja, avessos ao Direito imposto por diploma legal repleto de normas jurídicas que necessitavam de interpretação e de integração.

Malgrado a grande aceitação do extremo positivismo jurídico perfilhado pela Escola de Exegese, à época, a construção do Direito, exclusivamente pelo Juspositivismo, recebe, atualmente, críticas, como faz Goyard-Fabre. A autora, da mesma nacionalidade dos sectários da sobredita Escola, no estudo sobre “os equívocos do positivismo jurídico” (2002, p. 101), afirma:

[...] por fim, a construção de um direito que, invocando critérios de racionalidade científica, se fechasse dentro das grades de uma legislação abstrata de alcance mais ou menos geral, teria fortes chances de gerar uma sistematização do direito rígida e sem vida.

3.4. A Escola dos Pandectistas

Quase no mesmo diapasão da Escola da Exegese, foi fundada, na Alemanha, no início do século XIX, a Escola dos Pandectistas. Era integrada por juristas que passaram a pesquisar as *Pandectas* ou *Digesto* de Justiniano, objetivando formular princípios e doutrinas, redigir e elaborar normas jurídicas que viessem a ter influência no Direito vigente naquele país. A Escola foi fundada pelos juristas Bernhard Windscheid, Heinrich Dernburg e Ernest Bekker.

A Escola dos Pandectistas foi seguida pela Escola Histórica do Direito, que, desde logo, passou a rejeitar o Jusnaturalismo, notadamente quando fundado no “direito eterno e universal”, reafirmando a relevância do Juspositivismo. Dentre os juristas mais expressivos dessa Escola, podem ser lembrados o seu fundador, Friedrich Karl von Savigny, Gustav Hugo e Georg Friedrich Puchta. Apesar das ideias juspositivistas, o fundador da Escola se insurgia contra a proposta de codificação do Direito alemão, apresentada pelo jurista Thibaut.

O pensamento da Escola dos Pandectistas não foi inútil. Um dos seus maiores seguidores, Windscheid, juntamente com o jurista Plank, participou da comissão legislativa de 1887-1888, designada para a elaboração do projeto que se convolveu no Código Civil alemão, o *Bürgerliches Gesetzbuch*, ou simplesmente BGB, como é conhecido, passando a vigorar a partir de 1º de janeiro de 1900. Nele são encontradas normas jurídicas que resultaram dos estudos realizados pela sobredita Escola, que vieram a influenciar a elaboração de códigos posteriores que perfilharam comandos legislativos nele contidos. A Áustria foi o primeiro país a reverenciá-lo, ao editar leis esparsas, a partir da sua vigência, adotando seus princípios. Em seguida, foi a vez da Hungria e, mais adiante, da Grécia, da Polônia e da Itália. Registra Vieira (2012, p. 22) que “[...] essa nova técnica influenciou também países asiáticos e chegou à América do Sul”.

3.5. A evolução do pensamento positivista moderno

Considerado o fundador do Positivismo Jurídico moderno, instalado após a edição do *Code Napoléonien* – que conseguiu conciliar diversas correntes juspositivistas, notadamente predominantes nas Escolas da Exegese da França e da Alemanha, e no utilitarismo, a cargo de Jeremy Bentham, da Inglaterra –, John Austin é o precursor da *jurisprudence (juris prudentia)* ou jurisprudência analítica (*analytical jurisprudence*). Por esta teoria – também chamada de Teoria Geral do Direito, que deu nome à obra que publicou em 1832, denominada *The province of jurisprudence determined* –, Austin afirma que é necessário estudar “[...] questões teóricas que dizem respeito à natureza das leis e dos sistemas jurídicos, à relação do direito com a justiça e a moralidade, e à natureza do direito”. Os fundamentos do seu positivismo jurídico são três: a) Afastar o Direito da Moral; b) Reconhecer o Direito como oriundo de mandamentos dos indivíduos; c) Considerá-lo imprescindível ao comando advindo de uma autoridade soberana.

O último fundamento é o que mais evidencia a teoria austiniana, por afirmar que o Direito depende da edição de um conjunto de normas ditadas pelo soberano, ou depois de ele ser autorizado a ditá-las, para que os indivíduos participativos possam atingir a felicidade. Esta finalidade caracteriza o Utilitarismo. Austin só não ficou de fora do rol dos positivistas, nem foi taxado de utilitarista, por haver repugnado a filosofia jusnaturalista.

O Juspositivismo austiniano consagra a ideia de que o objeto da jurisprudência analítica é o reconhecimento do Direito como ele se apresenta, por meio das normas jurídicas, que são entendimentos estruturados sob a forma de um comando imposto pelo Estado. Na *jurisprudence* são identificadas as concepções juspositivista, imperialista e estatal do Direito. Também merece atenção a distinção que o autor faz entre o Direito Legislativo e o Direito Judiciário. Essa diferenciação vai ratificar sua concepção juspositivistas, quando ele posiciona o primeiro em plano superior, e o segundo em plano inferior.

O Direito Legislativo, segundo Austin, é o que advém do conjunto de normas gerais e abstratas, destinadas a solucionar um número indeterminado de conflitos de interesse, que vão se apresentar durante o tempo de vigência da lei. O Direito Judiciário é o que provém da reunião de normas particulares, destinadas a solucionar determinado conflito. Por isso, o autor enumera características do Direito Judiciário que o posicionam em plano inferior ao Direito Legislativo, destacando que o

primeiro: a) É pouco conhecido, por não desfrutar de acessibilidade pelos indivíduos que não participaram do litígio; b) Decorre do funcionamento célere da jurisdição, que não pode demorar a tomar a decisão; c) É de caráter individual, não servindo de regra geral; d) Não é de fácil compreensão, em virtude das particularidades do conflito, nem é possível sua imposição geral, pelo mesmo motivo.

Contudo, ele reconhece que, ao proceder a interpretação da norma jurídica, o Direito Judiciário também é estatal, por ter sido construído pelos juízes, que são autoridades subordinadas, porém detentoras de poder delegado pelo Estado.

Ao reverenciar o Direito Legislativo, reconhecendo a validade do Direito Judiciário, ainda que o posicionando em segundo lugar, e vendo em ambos um Direito produzido pelo Estado – o qual emite normas jurídicas impostas aos indivíduos participativos, quer diretamente pela lei, quer pelas resoluções judiciais –, Austin afirma sua condição de juspositivista. Sobre o tema, Bobbio (2006, p. 112) enfatiza que Austin critica o Direito Judiciário porque “[...] deve ser substituído por uma forma superior de direito, isto é, pela codificação”.

Em seguida, pode ser destacado o Juspositivismo de Hans Kelsen, caracterizado pela Teoria do Direito Positivo, que se propõe a conhecer o próprio objeto do Direito, por meio da sua desvinculação do Direito Natural e das Ciências Sociais, para lhe dar validade. A teoria de Kelsen pugna pela garantia de um conhecimento dirigido exclusivamente ao direito posto, afastando qualquer outro que não lhe diga respeito ou esteja desvinculado do seu objeto. De acordo com esse entendimento relevante, se faz encontrar a “pureza” do Direito, para que se alcance escorreita interpretação e adequada integração da norma jurídica. O Direito deve arredar tudo que não estiver direcionado ao seu foco, e não tiver a lei como fonte. Para o autor, inexistente direito, a não ser o que é ditado pelo legislador, como corolário de uma ordem de coação. O que não se encontra na lei está fora da ciência jurídica. Sustenta Kelsen (2006, p. 01) que é necessário “[...] libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu princípio metodológico fundamental”.

No Positivismo Jurídico kelseniano, os fundamentos do Direito Natural devem ser rejeitados. Além disso, não há lugar para a adoção de pressupostos do que constitui um Direito metafísico-transcendental. Em outro estudo, encartado em apêndice de conhecida obra, sob o título “Positivismo jurídico; Direito e poder”, Kelsen (2005, p. 622-623) registra que o Direito Positivo é um produto humano, inadmitindo especulação jusnaturalista:

Esta é a base filosófica e psicológica da teoria jurídica que rejeita seriamente o pressuposto de um Direito natural e é chamada positivismo jurídico. O seu caráter epistemológico pode ser aqui traçado nos seus elementos essenciais. Enquanto o positivismo recusa qualquer especulação jusnaturalista, ou seja, qualquer tentativa de reconhecer um ‘Direito em si’, ele se restringe a uma teoria do Direito positivo. Desse modo, o Direito positivo é tomado unicamente como um produto humano, e uma ordem inacessível não é, de modo algum, considerada necessária à sua justificação. Ao mesmo tempo, não se reivindica nenhum valor absoluto para o Direito. Ele é considerado como possuindo uma validade hipotético-relativa.

A teoria pura está divorciada de considerações ideológicas, inadmitindo juízo de valor sobre qualquer sistema jurídico. A análise da norma jurídica não pode sofrer influência de estudos sociológicos, políticos, econômicos ou históricos do Direito. De conformidade com preleção do autor, a interpretação da norma jurídica se traduz em procedimento de inteligência, que acompanha o desenvolvimento de aplicação do direito de um órgão superior para um órgão inferior,

ou para uma pessoa. Interpretar é deslindar o conteúdo que deve ser dado à norma que emana de resolução judicial ou de decisão administrativa. Acerca da interpretação, enfatiza Kelsen (2006, p. 387) que consiste em “[...] saber qual o conteúdo que se há de dar à norma individual de uma sentença judicial ou de uma resolução administrativa, norma essa a deduzir da norma geral da lei na sua aplicação a um caso concreto”.

Na interpretação da lei, em sentido amplo, deve ser levado em conta: a) O significado da resolução judicial ou da decisão administrativa proferida com esteio no diploma legal invocado; b) Os princípios da Constituição Federal no processo legislativo e na edição de decretos e decisões administrativas; c) O conteúdo dos tratados internacionais e normas de Direito Internacional Geral Consuetudinário, quando aplicados por tribunais ou órgãos administrativos internacionais ou nacionais; d) A substância das normas administrativas individuais e dos negócios jurídicos; e) Sua destinação e compreensão pelos indivíduos.

Se a interpretação considera todos os critérios ressaltados, é válido dizer que, de acordo com o Positivismo de Kelsen, a interpretação da norma jurídica pode ser analisada do ângulo objetivo e do ângulo subjetivo. Do ângulo objetivo, a interpretação da norma, *lato sensu*, pesquisa o conteúdo material a se desvendar e conhecer. Do ângulo subjetivo, a interpretação investiga a quem se destina a compreensão e observação, ou seja, quais as pessoas que se obrigam a cumpri-la e a obedecê-la.

No Positivismo Jurídico de Kelsen, a interpretação da norma jurídica não se limita a alcançar um único resultado. O desvendamento do seu conteúdo é plúrimo, apresentando várias soluções. No entanto, nem por isso se afasta do Positivismo *lato sensu*, eis que ao intérprete não é dado invocar, *verbi gratia*, normas da moral, de justiça distributiva, interesse público, valores sociais, ou mesmo o bem comum. Transportando o Juspositivismo kelseniano para o Juspositivismo brasileiro, não haveria lugar para acolhimento da norma insculpida no art. 5º do Decreto-Lei n. 4.657/1942, Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), quando dispõe que, ao aplicar a lei, o juiz deverá atender aos fins sociais a que ela se destina e às exigências do bem comum.

Os fins sociais e o bem comum são objetivos de uma interpretação da lei voltada para o Jusnaturalismo, o Utilitarismo e a Teoria da Justiça. Essa interpretação se funda na tolerância, na justiça política e na justiça distributiva, e adota princípios que se distanciam do Positivismo Jurídico, como, e. g., o Princípio da Perfeição a que alude Rawls (2008, p. 405), quando afirma que “[...] as exigências da perfeição anulam fortes reivindicações da liberdade”.

De acordo com o Positivismo Jurídico kelseniano, a interpretação da norma jurídica, quanto à fonte utilizada, pode ser autêntica e não autêntica. A interpretação autêntica da norma jurídica é aquela em que o próprio texto legal procura esclarecer o seu conteúdo ao intérprete. Isto ocorre através da expedição de um diploma legal posterior ou do exame da norma jurídica subsequente. Nesse caso, pode ser dito que se tem uma interpretação autêntica de índole interna. Esta, em regra, é obtida através do exame da norma jurídica subsequente, constante de uma segunda parte ou de um parágrafo do mesmo preceptivo legal. A interpretação não autêntica é a que se obtém através de estudo e análise do que não conta com o texto legal. Trata-se de interpretação de índole externa. Subdivide-se em científica e jurídica.

Na interpretação não autêntica científica, também conhecida como doutrinária, o desvendamento da lei inadmite conclusão que venha a consagrar direito mais amplo ou, como prefere a Teoria Pura do Direito, um Direito novo, através da jurisprudência dos conceitos. A exacerbação da pureza do Direito, que caracteriza o Positivismo kelseniano, chega ao extremo de repelir o preenchimento da lacuna da lei, na interpretação não autêntica científica, sob o fundamento de que é tarefa atribuída aos órgãos encarregados de aplicar o direito. O objetivo da interpretação não autêntica científica é proclamar os possíveis significados dos textos legais.

Na interpretação não autêntica jurídica, realizada pelos órgãos encarregados de aplicar o direito, admite-se o preenchimento da lacuna da lei. A interpretação em epígrafe se subdivide em administrativa e judicial ou judiciária.

A interpretação não autêntica administrativa é a obtida por meio das decisões proferidas por órgãos administrativos que aplicam a norma. Advém da decisão de órgãos administrativos, através do exame e análise da norma, levando-se em conta as graduações hierárquicas, prevalecendo a que restou proferida na última instância administrativa. Caso não haja impugnação da decisão administrativa na via judicial, a interpretação prevalecerá.

A interpretação não autêntica judiciária é obtida por intermédio das resoluções expedidas pelos órgãos jurisdicionais de qualquer grau, após o seu trânsito em julgado. Os princípios da Teoria Pura do Direito consagram a ideia de que a interpretação não autêntica judiciária é a única que comunga com o preenchimento da lacuna da lei. Mas, enquanto a interpretação não autêntica administrativa desfruta de validade no âmbito interno, a interpretação não autêntica judiciária tem repercussão externa.

Esta assertiva decorre do fato de que a interpretação não autêntica jurídica, procedida por órgãos administrativos que aplicam a lei, não irradia coisa julgada, mesmo quando esgotada a via administrativa, por decisão proferida em recurso hierárquico. Considerando que somente a decisão judicial transitada em julgado irradia *res judicata*, a lacuna da lei deve ser preenchida, exclusivamente, pelos órgãos jurisdicionais. Para tanto, os magistrados ficam autorizados a se servirem da analogia, dos costumes e dos Princípios Gerais de Direito, consoante dispõe o art. 4º do Decreto-Lei n. 4.657/1942. Trata-se de recomendação legal destinada a suprir o vazio da norma legal, uma vez que a solução do conflito de interesses tem que ser dada, ainda que por meio de um complemento que venha a suprir a sobredita lacuna.

Para o Direito Positivo francês, a lacuna da lei – que pode decorrer do seu silêncio, obscuridade ou insuficiência – deve ser suprida pelo dever do juiz de julgar, sob pena de responder funcionalmente por denegação de justiça. Dispõe o art. 4º do *Code Napoléonien*: “[...] le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l’obscurité ou de l’insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice”. No que diz respeito às fontes e à aplicação da lei, o art. 1º do *Código Civil y Comercial de la Nación Argentina* estabelece que deve ser levada em conta a finalidade da norma. Os usos, práticas e costumes são vinculantes “[...] cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho”.

O Juspositivismo de Norberto Bobbio se apresenta mais abrandado, admitindo certos pressupostos do Direito Natural, sem se afastar do Direito Positivo. No seu entender, o Direito Positivo pode adotar princípios do Direito Natural, que, no entanto, não constituem sua essência. O Positivismo Jurídico é o resultado da predominância do Direito Positivo sobre o Direito Natural. Isto decorre da luta travada entre os dois, o primeiro arrimando-se em normas jurídicas ditadas pelo legislador; o segundo, nos princípios e pressupostos metafísico-transcendentais. Bobbio (2006, p. 21) sustenta que:

Para dar um último exemplo da distinção entre direito natural e direito positivo, iremos escolhê-lo no limiar da época em que nasce o positivismo jurídico, isto é, aos fins do século XVIII, em Glück, que em seu *Commentario alle Pandette* (Milão, 1888, vol. 1, pp. 61-62) diz: o direito se distingue, segundo o modo pelo qual advém à nossa consciência, em *natural* e *positivo*. Chama-se direito natural o conjunto de todas as leis, que por meio da razão fizeram-se conhecer tanto pela natureza, quanto por aquelas coisas que a natureza humana requer como condições e meios

de consecução dos próprios objetivos... Chama-se direito positivo, ao contrário, o conjunto daquelas leis que se fundam apenas na vontade declarada de um legislador e que, por aquela declaração, vêm a ser conhecidas.

Consoante o autor, a interpretação da norma jurídica é função da jurisprudência, após a edição da lei. No seu entendimento, a atividade relativa ao Direito se divide em dois momentos: o criativo e o cognoscitivo. No momento em que a lei toma corpo e passa a vigor, é disparado o gatilho interpretativo pelos encarregados de desvendar o seu conteúdo. Pessoas físicas e jurídicas, não só acompanham a elaboração da lei, como também se interessam pelos seus princípios, já que poderão aproveitar sua edição para, *exempli gratia*, celebrar negócios jurídicos regidos pelo direito novo que decorre da entrada em vigor do diploma legal. Trata-se de um primeiro momento interpretativo, denominado ativo ou criativo.

Em seguida, vem a atividade interpretativa da ciência jurídica, chamada de atividade cognoscitiva, objetivando sua aplicação. Dá-se através da jurisprudência, cujo objetivo está direcionado para a reprodução do direito, ou seja, explicar, através de meios lógico-racionais, o conteúdo da norma jurídica. Para o Positivismo Jurídico de Bobbio, a função da jurisprudência é a interpretação do direito, e não sua criação, por se traduzir na sua própria atividade. A interpretação reprodutiva do direito dá-se através da atividade jurisdicional, cujo monopólio, entretantes, está limitado ao texto da lei, admitindo-se, quando muito, que ela transborde e se situe fora do texto, sendo descabida a oposição ao legislador. A interpretação jurisprudencial sofre a limitação antes ressaltada, exatamente em decorrência do Positivismo Jurídico.

O que não se admite é a interpretação contra o texto legal, vale dizer, a interpretação antitextual. Nessa espécie de interpretação, o entendimento do intérprete se defronta com a vontade do legislador, que, ao encartar a norma no texto legal, sopesou os interesses em conflito para estabelecê-la. O intérprete, assim agindo, abalroa a jurisprudência dos interesses, isto é, o que foi objeto de deliberação no momento da votação da lei. Por isso, não é demais afirmar que a interpretação antitextual mais condiz com o Jusnaturalismo, do que admite a influência de regras e princípios diversos dos adotados pelo Juspositivismo.

A interpretação jurisprudencial textual deve utilizar os meios que lhe são comuns: o léxico, o teleológico, o sistemático e o histórico.

O meio léxico – que Bobbio admite chamar de gramatical com boa vontade, haja vista que para ele há diferença – utiliza os contextos linguísticos para obter o significado dos termos utilizados pelo legislador. O meio teleológico se lastreia na *ratio legis*, isto é, no motivo ou finalidade da norma jurídica. O meio sistemático utiliza o cotejo das normas, umas com as outras. O meio histórico reconstrói a vontade do legislador, com observação e pesquisa dos trabalhos que antecederam à edição da lei.

No que pertine à interpretação extratextual, o entendimento do autor está direcionado no sentido da sinonímia com a interpretação integrativa ou autointegração da norma jurídica, que deságua na analogia *legis*, consistente na interpretação extratextual que se procede, por intermédio da formulação de uma nova norma jurídica, semelhante à já existente no sistema legal, para disciplinar caso concreto não previsto, porém similar à situação fática apresentada. Situa-se muito próximo da interpretação extensiva, que é uma forma de interpretação de resultado, com ampliação do seu conteúdo para abarcar o caso concreto.

A analogia *legis* só é permitida quando a situação não prevista em lei se identifica com a situação antevista, e essa identificação atende ao espírito da lei (*ratio legis*). Se esses pressupostos não estiverem reunidos, não se pode falar em analogia *legis*. Quando muito em interpretação extensiva, em que a aplicação da norma jurídica a caso não previsto, a

este é estendida. O permissivo para que se adote o procedimento da analogia é a semelhança da hipótese não prevista com a hipótese prevista em lei. Bem dispõe o art. 4º do Código Civil espanhol a respeito: “Procederá la aplicación analógica de las normas quando éstas no contemplan un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón”.

A analogia *juris* é a interpretação extratextual que se procede por meio da incorporação de Princípios Gerais de Direito adotados pelas normas do diploma legal que cuida da matéria, de onde o intérprete procura extrair uma norma de caráter geral, que se presta à aplicação ao caso concreto. Também se emoldura como integração.

A evolução juspositivista chega ao seu termo com Hart. Autor da obra *O conceito de Direito (The Concept of Law)*, publicada em 1961, Herbert Lionel Adolphus Hart – seguidor da Teoria Jurídica Analítica – inovou acerca do Juspositivismo, ao dar importância relativa à imperatividade, à coercitividade e à obrigatoriedade do Direito e absoluta à sua concepção, afirmando que ele se traduz em um sistema de normas sobre normas de conduta e práticas sociais determinadas pelos seus próprios critérios de validade e obrigação decorrentes da normatização. Hart destaca que o Juspositivismo, até então consagrado, não transparece a natureza do caráter obrigatório do Direito, fundado exclusivamente na lei, como meio de manter a ordem e vincular os indivíduos participativos, enquanto que a origem desse caráter obrigatório se deve à estrutura do sistema jurídico moderno, que, ao invés de impor suas normas, faz com que elas sejam aceitas por todos. Para ele, o Positivismo Jurídico se direciona, no sentido de que o Direito é um sistema em que as normas jurídicas comandam os que detêm o poder, e os que governam, não comandam.

O Juspositivismo hartiano consagra a ideia de que a existência do direito impescinde de regras constitutivas do seu sistema jurídico. As regras do sistema jurídico devem ser obedecidas em caráter geral e aceitas pelas autoridades, como normas de comportamento oficial. Hart denomina essas regras de primárias e secundárias, as quais devem ser unidas para que se convoem em obrigações fundamentais e outorguem validade ao Direito. Tendo validade, as regras ganham a característica de regra geral, sendo dirigida às autoridades encarregadas de aplicar o direito.

As regras do Direito positivado podem incluir as que são juridicamente reconhecidas, e as que se referirem ao “conteúdo mínimo de direito natural” (*minimum content of natural law*). Hart afirma que todo sistema jurídico deve contar com elementos normativos, para que adquiram a qualidade de regras jurídicas. Esses elementos podem advir do Jusnaturalismo. São eles: a) Tutela da vida e da integridade física, ou seja, a vulnerabilidade humana; b) Redução das desigualdades, para que os indivíduos participativos se aproximem da igualdade; c) Distribuição dos recursos naturais limitados; d) Limitação da liberdade dos indivíduos participativos, uma vez que as sociedades são caracterizadas por um altruísmo limitado; e) Previsão de sanções a serem cominadas aos que transgredirem as regras, haja vista as imperfeições dos seres humanos. Esses elementos – inspirados na visão hobbesiana – devem ser incorporados ao sistema jurídico, independentemente da vontade do legislador, que, com relação àquelas regras, não dispõe de qualquer poder para recusá-las, pois a ausência delas acarretaria a desordem social.

Assim, o Positivismo Jurídico hartiano consiste em instituir um sistema jurídico composto de regras abrangentes de todas as situações, de modo a impor o que ele chama de *regra de reconhecimento*, para dar validade ao Direito. É uma versão juspositivista consentânea com a Era Contemporânea. Por isso, Morrison (2006, p. 418) acentua que a “[...] obra de H. L. A. Hart é amplamente reconhecida como o apogeu do positivismo jurídico”.

4. INTERPRETAÇÃO E INTEGRAÇÃO DA NORMA JURÍDICA NO JUSPOSITIVISMO

A lei é fonte principal ou concreta do Direito Positivo. Ainda que ostente clareza, urge interpretar suas normas. Com o decorrer da sua leitura, a clareza vai se esfumando e o seu conteúdo se tornando nebuloso. Ao se completar a leitura do diploma legal, não é incomum a constatação de que há necessidade de se proceder a uma profunda e meticulosa interpretação. Enfim, a lei não pode ser aplicada sem se desvendar o seu verdadeiro conteúdo, sob pena de não se atingir os fins para os quais foi editada.

As teorias juspositivistas conclamam o prestígio do direito positivado, ou, como se tem dito, do direito posto, ou ainda, das normas jurídicas constantes do texto legal. O Jusnaturalismo, as normas e os princípios das ciências humanas e sociais são posicionados em plano secundário. O sistema jurídico que serve de lastro à aplicação, interpretação e integração da norma é o que se situa em primeiro plano. O intérprete não está dispensado de desvendar o verdadeiro conteúdo das normas, vale dizer, de interpretá-las.

A tarefa de interpretação que lhe foi assinada não requer grande esforço. As situações previstas nas normas jurídicas encartadas no texto legal, prevendo situações *in abstracto*, são apresentadas para consagrar a vontade legal direcionada a solucionar a questão ou o conflito. O intérprete agora vê a situação *in concreto*, que a lei tratava no plano abstrato. De acordo com sua experiência, procede à análise do seu conteúdo para a adequada aplicação de determinada norma integrante do sistema legal.

4.1. A interpretação da norma jurídica

No procedimento de interpretação das normas jurídicas, interessa conhecer o seu verdadeiro conteúdo, como ressaltado. O intérprete quer descobrir seu sentido e seu significado. Como ocorre amiúde, as normas jurídicas integrantes do sistema não são absolutamente claras. Não há lugar para o brocardo *in claris cessat interpretatio* (“A interpretação cessa no claro”). Toda norma jurídica há que ser interpretada. Nenhum preceptivo legal é totalmente claro, a ponto de prescindir do desvendar do seu verdadeiro conteúdo. Dantas (2001, p. 105) registra que “[...] a interpretação procura, entretanto, a finalidade, ou o fundamento da lei, quando se indaga a que efeitos práticos respondeu a criação da lei”. Rabinovich-Berkman (2006, p. 73) enfatiza:

como los preceptos no son absolutamente claros, y hay conductas no exactamente normadas, es necesaria la interpretación. La aplicación de cualquier precepto, por claro que sea, exige interpretarlo, para pasar del enunciado general que trae, al caso concreto que se presenta.

Ao se dedicar ao estudo do *raciocínio judiciário e interpretação*, Rigaux (2003, p. 306) enfatiza:

O problema da interpretação que está no centro do raciocínio judiciário não tem por único objeto a inteligência dos textos normativos escritos, emanantes de uma autoridade pública (lei, regulamento, ato administrativo, decisão judiciária, etc.). O costume, os usos, os atos jurídicos privados, os comportamentos individuais, inclusive aqueles que não se revestem de uma forma oral (gestos, silêncios, ações e inações, omissões), oferecem-se à interpretação judiciária.

Quase todas as normas jurídicas que compõem a lei e integram o Direito Positivo são, em regra, ambivalentes, possibilitando interpretação. A ambivalência dos preceitos legais deve

ser afastada com a interpretação, por meio do elemento histórico e da análise dos debates que antecederam à votação, além do momento em que os interesses foram sopesados e postos, em seguida à votação, no texto legislativo (jurisprudência dos interesses). Outro meio de se arredar a ambivalência do preceito legal é investigar a causa, o motivo para qual a lei restou editada, ou seja, perscrutar o que a norma, dela constante, quis regular ou tratar. Em outras palavras, conhecer sua finalidade. Mais uma vez, Hobbes alerta (2007, p. 204):

Quanto às leis escritas, facilmente serão mal interpretadas se forem breves, devido à diversidade de significações de uma ou duas palavras. Se forem longas, serão ainda mais obscuras, devido à diversidade de significações de muitas palavras. Deduz-se que nenhuma lei escrita, que seja expressa em poucas ou em muitas palavras pode ser bem compreendida sem uma perfeita compreensão das causas finais para as quais a lei foi feita.

De outra parte, a interpretação das normas jurídicas faz-se mister para manter vivo o trabalho do legislador, atualizando a vigência da lei. A interpretação induz a renovação do conteúdo das normas, sem que ela necessite de reforma, por meio de alterações, modificações do texto, nova redação, supressão de parágrafos ou de incisos. É assim que vetustos diplomas legais mantêm sua validade, em arremedo de ultratividade das suas normas, invadindo uma Era além do seu tempo. Leciona Pereira (2009, p. 187) acerca do tema:

Na verdade, só o esforço hermenêutico pode dar vida ao nosso Código Comercial, publicado em 1850, diante da complexidade da vida empresarial de nossos dias; só pela atualização do trabalho do intérprete é possível conceber-se o vigor do Código Napoleão, que vem de 1804, ou a sobrevivência dos cânones da Constituição americana de 1787.

Com isso, se evita a instauração de um movimento reformador da lei, muitas vezes açodado e desnecessário. Se a lei é destituída de movimento renovador, a interpretação a retira da estática. Em consonância com o que sustenta Maximiliano (1979, p. 12):

O intérprete é o renovador inteligente e cauto, o sociólogo do Direito. O seu trabalho rejuvenesce e fecunda a fórmula prematuramente decrépita, e atua como elemento integrador e complementar da própria lei escrita. Esta é estática, e a função interpretativa, a dinâmica do Direito.

Há um certo momento em que, na vigência de uma lei secular, faz-se mister introduzir alterações, modificações ou supressão de normas jurídicas obsoletas. Isso, contudo, não é o suficiente para revogá-la, restando claro que a hipótese seria de simples reforma, para que não se cometa equívoco irreparável, como ocorreu com a lamentável revogação do Código Bevilacqua, de 1916, pelo Código Reale, de 2002, que, de acordo com o registro de Vieira (2012, p. 36), é parcimoniosa e paradoxal, “[...] por haver mantido ou se preferir dizer, ter reproduzido, com o mesmo conteúdo e a mesma redação ou assemelhada, em torno de 1.340 artigos do Estatuto anterior”.

No retorno do tema, tem-se que, no Positivismo Jurídico, a interpretação é alcançada, utilizando-se as fontes, os meios adequados, e observando-se os resultados obtidos, tal como se precede em qualquer estudo pertinente à interpretação das normas jurídicas. Consequentemente, a interpretação da lei pode ser quanto às fontes, aos meios e aos resultados.

Quanto às fontes, a interpretação pode ser: a) Autêntica ou legislativa; b) Científica ou doutrinária; c) Judicial ou judiciária.

A interpretação é autêntica quando decorre da própria lei, através de norma jurídica subsequente, ou constante de uma segunda parte, ou, ainda, de parágrafo do mesmo preceptivo legal, na busca de explicação do dispositivo anterior ou da primeira parte, ou, ainda, do *caput*, como foi dito anteriormente. O art. 27 do Código Civil, *v. g.*, interpreta quem é considerado “interessado” para requerer a abertura da sucessão provisória do ausente, desvendando o conteúdo do art. 26. O art. 138 do mesmo diploma legal estabelece, em matéria de vício do consentimento ou defeito do negócio jurídico, que este é anulável quando a declaração de vontade emanar de erro substancial (ou essencial). A norma jurídica subsequente, isto é, o art. 139, esclarece em que consiste a espécie de erro que contamina o consentimento, possibilitando a invalidação do negócio jurídico no prazo que estabelece.

Outros exemplos de interpretação legislativa podem ser ressaltados. O parágrafo 1º do art. 500 do Ordenamento Civilístico esclarece o significado de “dimensões enunciativas”, para efeito de caracterizar a venda *ad corpus*, depois de definir, no *caput*, em que consiste a venda *ad mensuram*. O parágrafo 1º do art. 23 da Lei n. 8.245/1991 (Lei do Inquilinato) interpreta o n. XII do mesmo preceito legal, desvendando o significado de “despesas ordinárias de condomínio”, as quais o locatário deve suportar. Como se vê, cogita-se de uma “arrumação interna da casa”, vale dizer, é a própria lei que, *não se olvidando de explicar, fornece ao intérprete* uma norma continuativa, para que ela possa incidir no caso concreto.

A interpretação não autêntica, como foi visto, pode ser jurídica e científica, dividindo-se a primeira em administrativa e judiciária.

No caso brasileiro, a interpretação não autêntica jurídica administrativa é a procedida pelos órgãos administrativos que proferem decisões administrativas de envergadura, com valor no âmbito interno. Dentre outros, podem ser ressaltados como exemplos: o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), os Ministérios da Justiça, Fazenda, Ciência e Tecnologia, Educação, ou ainda, a Secretaria da Receita Federal, os Conselhos da Magistratura dos Estados, os Conselhos de Contribuintes dos Estados, as Secretarias Estaduais, as Juntas Comerciais, as Juntas de Recursos Administrativos e os demais dotados de função assemelhada à jurisdicional, além de outros órgãos e pessoas jurídicas de direito público.

Com a edição da Lei n. 13.655/2018, que acrescentou os arts. 20 a 30 ao Decreto-Lei n. 4.657/1942, a já citada Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, a interpretação não autêntica jurídica administrativa ganhou mais relevância. O agente público, no exercício das suas funções, deve se abster de decidir com fulcro em valores jurídicos abstratos. Ele há que considerar as efetivas consequências da sua decisão, face ao que dispõe o art. 20 da LINDB. Esse preceptivo legal, inclusive, aproximou a decisão administrativa da decisão emitida por órgão controlador, e da decisão judicial.

Outras normas referentes à interpretação jurídica não autêntica administrativa de relevância restaram introduzidas pela Lei n. 13.655/2018, como, *exempli gratia*, a que estabelece o dever de o agente público indicar, de modo expresso, as consequências jurídicas e administrativas da decisão que invalidar ato, ajuste ou contrato; de considerar os obstáculos, as dificuldades reais e as exigências das políticas públicas, a seu cargo, na interpretação de normas de gestão pública, sem prejuízo dos direitos dos administrados e de atuar de modo a majorar a segurança jurídica na aplicação das normas, por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas (arts. 21, 22 e 30).

A interpretação não autêntica jurídica judiciária, ou simplesmente judiciária, é a que advém dos tribunais. Os órgãos do Poder Judiciário encarregados de proceder à interpretação

não autêntica jurídica judiciária estão emoldurados no art. 92, incisos I a VII, da Constituição Federal, com exceção do Conselho Nacional de Justiça, encartado no inciso I-A, que tem função administrativa e não jurisdicional. O Supremo Tribunal Federal está encarregado de interpretar as normas insculpidas na Constituição Federal. O Superior Tribunal de Justiça e os Tribunais Superiores são incumbidos de interpretar as normas inscritas nas leis federais. Os demais tribunais, que podem ser comuns ou com jurisdição especial, interpretam leis federais, estaduais e municipais.

Quando a interpretação judiciária é realizada pelos órgãos jurisdicionais comuns ou tribunais inferiores, tem valor relativo. Procedida pelos tribunais superiores, tem considerável valor. Quando resulta de súmula de uniformização da jurisprudência da Corte Suprema – que pode ser vinculante, nos termos do art. 103-A, da Carta da República, acrescentado pela Emenda Constitucional n. 45/2004 –, além de servir de fonte de interpretação, vale como fonte principal ou imediata do próprio Direito.

A interpretação textual da norma jurídica é a que vincula o intérprete ao legislador. O sentido do texto legal é o norte do juiz. A busca do conteúdo da norma deve ter por finalidade o encontro do seu significado. Rigaux (2003, p. 313-314) preleciona:

Não basta que o juiz tenha compreendido a vontade ou as intenções do legislador (se é que essas noções têm um sentido). Ele deve ainda transformá-las em uma decisão que lhe seja própria ao mesmo tempo que aplica a lei. O que, na falta de melhor, é denominado interpretação, não tem por objeto um texto isolado, mesmo apreendido em seu contexto, outro lugar-comum das doutrinas clássicas. O texto não é um quadro datado e assinado, mesmo inserindo-se na galeria de um colecionador. A aplicação do direito consiste necessariamente em fazer manobrar no interior de um caleidoscópio uma sucessão de operações interpretativas.

A interpretação não autêntica científica, ou simplesmente científica, é a realizada pelos doutrinadores, vale dizer, pelos cientistas jurídicos e autores de obras jurídicas, disciplinas e matérias que integram a Ciência do Direito. O valor da interpretação científica vai depender do reconhecimento público de quem a realiza, perante a comunidade jurídica ou forense. Quanto mais renomado, mais valor terá a interpretação.

Quanto aos meios, a interpretação pode ser: a) Lógica; b) Histórica; c) Teleológica ou finalística; d) Gramatical, literal ou sintática; e) Sistemática.

A interpretação lógica é procedida por intermédio do confronto das normas da lei com outras normas do mesmo diploma legal, sem se proceder à comparação com sistemas legais diversos. A histórica é obtida, levando-se em consideração os momentos e as etapas que antecederam sua edição, tais como os anteprojetos, as emendas, os debates parlamentares, a votação, os vetos e a exposição de motivos da lei. A teleológica leva em consideração a finalidade da lei, vale dizer, a razão da sua edição, ou, em outras palavras, sua causa.

Apesar da recomendação constante do art. 5º da LINDB – direcionada no sentido de que o aplicador deve se utilizar desse meio de interpretação para atingir os fins sociais a que a ela se destina e às exigências do bem comum –, urge ressaltar, mais uma vez, que no Positivismo Jurídico esse recado legal deve ser desprezado. A precitada norma jurídica com ele não se coaduna. O elemento finalístico deve sempre acenar para uma interpretação que considere, apenas, o objetivo da edição da lei.

A interpretação gramatical se traduz na busca do sentido das palavras utilizadas nos preceptivos pelo legislador. É o meio literal de se chegar ao conteúdo da norma. De acordo

com o estudo realizado, trata-se do mais relevante meio, traduzido na verdadeira interpretação textual. A interpretação sistemática é a que resulta do cotejo das normas jurídicas do sistema com os dispositivos legais de outros sistemas vigentes ou revogados, referentes à matéria tratada.

Quanto aos resultados, a interpretação pode ser: a) Declarativa; b) Extensiva; c) Restritiva.

A interpretação é declarativa quando se constata que a lei expressa exatamente o pensamento do legislador. Ainda que o intérprete conclua pela clareza da norma cujo conteúdo foi desvendado, não se pode negar ter sido procedido ao desvendamento da norma.

Na interpretação extensiva, se conclui que a norma poderia ser mais ampla, isto é, abranger situações não previstas. Nessa espécie de interpretação, infere-se que o intérprete pode aplicá-la a casos semelhantes. A interpretação extensiva se aproxima da interpretação extratextual ou integrativa, isto é, da analogia. No entanto, esta se diferencia daquela, por formular uma norma jurídica nova semelhante à já existente.

A interpretação é restritiva, quando se conclui que a lei se aplica apenas aos casos taxativamente previstos. Ela não pode ser estendida para decidir conflitos que se mostram assemelhados aos antevistos por uma de suas normas.

Declarativa, extensiva ou restritiva, relevante é que o intérprete da norma extraia o seu verdadeiro significado, dentro do texto legal. Mas não se trata de tarefa de qualquer um, requerendo autoridade (e intelectualidade) de quem vai desvendar o seu verdadeiro conteúdo, extraindo o seu significado para solucionar o impasse ou a questão submetidos à sua decisão. A propósito da autoridade que vai interpretar a norma para extrair o seu significado, registra Bauman (2010, p. 266):

A ideia de interpretação supõe que a autoridade que constitui o significado resida em outro lugar – no autor ou no texto; o papel do intérprete condensa-se, resume-se em extrair o significado. O bom intérprete é aquele que lê o significado da forma adequada – e não há necessidade (ou assim se pode esperar) de alguém para atestar as regras que orientam a leitura do significado e, deste modo, tornar a interpretação válida ou competente; alguém que peneire as boas interpretações, separando-as das ruins.

4.2. A integração da norma jurídica

O ordenamento jurídico pode se caracterizar pela completude quando a lei faz previsão de todas as situações possíveis de solução pelas suas normas jurídicas, ou pela presença de lacunas, vale dizer, quando ele não é completo, sendo mister proceder à sua integração. Integrar significa preencher a lacuna da lei com outra norma, haja vista sua omissão. Em outras palavras, restando constatado que no ordenamento não há norma jurídica para dar solução à questão apresentada ao juiz ou à autoridade administrativa, a estes fica permitido buscar norma que, ao lado das demais normas jurídicas, venha a se incorporar ao sistema normativo, para que possa ser aplicada ao caso concreto. Preleciona Diniz (2009, p. 97): “[...] essa permissão de desenvolver o direito compete aos aplicadores sempre que se apresentar uma lacuna, pois devem integrá-la criando uma norma individual, dentro dos limites estabelecidos pelo direito (LICC, arts. 4º e 5º)”.

Ao instituto de desenvolvimento do direito dá-se o *nomen juris* de integração, que pode se dar por meio de norma constante do próprio ordenamento ou de ordenamentos diversos. No primeiro caso, diz-se que há autointegração, procedida por meio da utilização de recursos internos; no segundo, heterointegração, que se procede por intermédio de recursos externos, *id est*, de outros ordenamentos jurídicos. Essas duas espécies de integração permitem ao juiz ou à autoridade administrativa proceder à união da norma ao sistema, formando um todo jurídico harmonioso.

A autointegração pode se servir da analogia *legis* e da analogia *juris*; a heterointegração, das normas do Direito comunitário e até mesmo de fontes diversas, como os costumes, a equidade judicial e a doutrina. Na heterointegração, a interpretação das normas jurídicas não é o seu único objetivo. Ainda que o ordenamento jurídico seja composto de diplomas legais, decretos, regulamentos, resoluções, provimentos e atos normativos, há que se buscar mais.

De acordo com o Positivismo Jurídico, na autointegração busca-se norma do próprio sistema; na heterointegração, a busca do suprimento da lacuna se dá pela busca da norma de sistema diferente, que mais se aproxima para dar solução à questão. A integração da norma jurídica é procedida pelo socorro das fontes secundárias do Direito. No Juspositivismo brasileiro se opera, sobretudo, pela analogia, erigida à categoria da mais elevada fonte secundária do Direito no plano hierárquico.

A analogia, consoante a ordem preferencial do legislador, objetivando preencher a lacuna da lei, em primeira mão, situa-se acima dos costumes e dos Princípios Gerais de Direito. A sobredita ordem, estabelecida no art. 4º da LINDB, posiciona a analogia como a via de integração mais hierarquizada. Quase no mesmo sentido, dispunha a Lei Processual Civil de 1973 (art. 126), revogada pelo Código de Processo Civil vigente (art. 140), que só se refere à equidade. Cumpre aludir, ainda, ao art. 108 do Código Tributário Nacional, que não se refere aos costumes como fonte de integração. Em se cogitando de Positivismo Jurídico, a fonte de integração da norma de maior envergadura é a analogia *legis*.

Em continuidade da análise das fontes de integração constantes do rol do art. 4º do DL n. 4.657/1942, tem-se que os costumes assumem a segunda posição, acima dos Princípios Gerais de Direito, que ocupam o terceiro e último lugar. Relevante, no entanto, que o intérprete proceda à integração, ainda que deixe de obedecer à ordem da norma inscrita na Lei de Introdução. Inadmitte-se a omissão do intérprete, que se vincula – desde que assumiu o cargo ou função que lhe credencia a aplicar a lei – a dar solução ao que lhe é requerido. Ao tratar dos Modos de Integração do Direito, Ferraz Junior (2007, p. 314) ensina:

Quando se refere aos meios de integração, a doutrina fala em analogia, costumes, equidade, princípios gerais de direito, indução amplificadora, interpretação extensiva etc. A distinção entre eles nem sempre é precisa, ora chamando-se analogia, o que para uns é interpretação extensiva e vice-versa, ora reconhecendo-se como equidade o que para outros é princípio geral de direito.

De acordo com esse entendimento, vê-se que a analogia pode ser acolhida como interpretação extensiva. Para o positivismo jurídico, a integração da norma jurídica é um exercício de interpretação, por se tratar de raciocínio lógico. Assim se pronuncia Bobbio (2006, p. 216):

Ora, o positivismo jurídico sustenta que a integração é uma atividade puramente interpretativa, porque o raciocínio por analogia é um raciocínio lógico, isto é, um raciocínio do tipo silogístico (hoje diríamos um juízo analítico ou uma tautologia), que se limita a evidenciar certas consequências já implicitamente presentes nas premissas dadas.

O legislador encarregou o Poder Judiciário do dever de proceder à integração da norma jurídica, assumindo, através dos seus órgãos, a incumbência da analogia *legis*. Não há referência à autoridade administrativa, que também pode interpretá-la, consoante o disposto no preceptivo inscrito no art. 23 da Lei de Introdução, acrescentado pela Lei n. 13.655/2018. A autoridade administrativa não está autorizada a proceder à integração da norma jurídica. Nenhum preceptivo da Lei n. 13.655/2018, que introduziu no DL n. 4.657/1942 os arts. 20 a 30, a autoriza a preencher a lacuna com analogia, *legis* ou *juris*.

O precitado art. 5º do Decreto-Lei n. 4.657/1942 reconhece no juiz o agente encarregado de conhecer e dizer o direito para solucionar caso concreto não previsto na norma jurídica. Estando o juiz incumbido de adotar a analogia *legis*, após verificar a existência de lacuna, pode tomar por empréstimo norma integrante do sistema legal e aplicá-la à situação não prevista, desde que se identifique com a situação prevista.

Melhor exemplificando, suponha-se que, em decorrência da prática de ato ilícito, o ofensor foi condenado a pagar pensão mensal vitalícia correspondente à redução da capacidade laborativa do ofendido. O Código Civil não dispõe de norma jurídica adequada ao arbitramento de pensão decorrente de comportamento desconforme com o direito, que corresponda à sobredita redução, como se infere da leitura dos arts. 186, 927 e 950, § único, que cuidam da matéria. O juiz pode se servir da norma do art. 1.694, § 1º, do mesmo diploma legal – que cuida dos alimentos do parentesco – e fixar percentual que atenda às necessidades do ofendido e aos recursos econômicos do ofensor.

No Positivismo Jurídico não há lugar para se proceder à integração da norma jurídica através dos costumes. Embora sirvam de relevante fonte de elaboração da norma jurídica, decorrente da prática reiterada de comportamento de um grupo social, os costumes representam a forma do direito não escrito, vale dizer, o Direito Consuetudinário, de nenhum valor para o Juspositivismo. O Direito Positivo adota os costumes como fonte secundária do Direito. O mesmo não ocorre com o Juspositivismo que tem no direito escrito a base da sua filosofia.

A analogia *juris*, via utilização dos Princípios Gerais de Direito, se mostra mais compatível com o Positivismo Jurídico, o que já não ocorre com a utilização dos costumes. Todos são reunidos para o agente aplicador buscar na lei a norma jurídica que serve de paradigma, de modo a extrair uma norma hipotética conclusiva para solucionar o caso submetido à sua apreciação, sem se afastar do conteúdo das normas constantes do sistema legal. Nenhum intérprete pode negar a aplicação do princípio *pacta sunt servanda*, isto é, de que o contrato é lei entre as partes, a casos em que não há norma em sentido contrário – como ocorre com as que constam do Código de Defesa do Consumidor – ou do *nemo censetur ignorare legis*, ou seja, que a ninguém é lícito ignorar a lei para deixar de cumpri-la. São princípios que, ao lado de outros, integram a analogia *juris*, que auxiliam o juiz a solucionar a questão, após proceder à analogia *legis* e não encontrar outra forma de integração da norma jurídica.

CONCLUSÃO

A interpretação e a integração da norma jurídica no Juspositivismo da Era Contemporânea continuam a se pautar pela formalidade, ou seja, pela estrita observância dos seus princípios e dos conceitos perfilhados nos textos analisados. O que estiver fora do sistema jurídico vigente é desinflante na busca do resultado perseguido, que é desvendar o conteúdo da norma ou integrá-la para preencher a lacuna da lei.

A interpretação antitextual, como restou analisado, é reprovada pelo Positivismo Jurídico, para não se comungar com a ditadura do intérprete, pois ocasionaria incomensuráveis prejuízos para os destinatários da norma jurídica submetida à interpretação, abalando o Estado Democrático de Direito, de que trata o art. 1º da Constituição Federativa. O mesmo ocorreria se fosse admitida a integração ampla e irrestrita da norma jurídica.

A interpretação e a integração da norma no Juspositivismo credenciam-se a receber mitigações. Embora o Positivismo Jurídico adote multifárias teorias que prestigiam o direito posto pelo Estado nos textos legais, tais como interpretação e integração desvinculadas do Direito Natural, realismo jurídico, jurisprudência dos interesses e pragmatismo jurídico, dentre outras, é forçoso convir que ele equiparou o Direito à lei, na procura de uma objetividade científica, afastando-o da Filosofia. Na Era Pós-Moderna, o Juspositivismo começou a decair, máxime depois da imputação de ter servido de instrumento para governos totalitários, sob o pretexto do permissivo da legalidade.

A adoção do Positivismo Jurídico, pautado na “pureza do direito” do pensamento kelseniano, não se mostra compatível com a Era Contemporânea. Nos dias coevos, o Direito não pode mais se afastar da vinculação que ele mantém com as ciências humanas e sociais (História, Filosofia, Sociologia, Antropologia, Ciências Políticas, Psicologia e Economia Política), em virtude das diversas relações sócio-político-jurídicas que se formam em pouco espaço de tempo no mundo globalizado. Consoante Habermas (2003, p. 323),

O direito não é um sistema fechado narcisisticamente em si mesmo, uma vez que se alimenta da “eticidade democrática” dos cidadãos e da “cultura política liberal”. Isto se torna claro, a partir do momento em que tentamos explicar de que modo o direito legítimo pode surgir da pura e simples legalidade. No entanto, para que o processo democrático de estabelecimento do direito tenha êxito, é necessário que os cidadãos utilizem seus direitos de comunicação e de participação num sentido orientado *também* para o bem comum, o qual pode ser proposto politicamente, porém não imposto juridicamente.

Mais coerente com a Era Hipermoderna, relativizando o Positivismo Jurídico puro, que se mostra incompatível com o Direito contemporâneo, é estimar o Pós-Positivismo, por intermédio da Teoria Estruturante do Direito, defendida por Dimoulis (2006, p. 81) e capitaneada por Müller:

A concretização da norma deve ocorrer levando em consideração elementos históricos e sociais, e exige que o intérprete desempenhe um papel ativo, atribuindo sentido ao texto da norma (*Normtext*) em virtude de considerações relacionadas com particularidades do caso concreto.

A Teoria Pós-Positivista se situa entre as concepções do Juspositivismo e do Jusnaturalismo. Concentra-se na ideia de resgatar valores na interpretação jurídica, fazer distinção qualitativa entre princípios e regras, prestigiar direitos fundamentais, reaproximar o Direito da Ética, promover a igualdade entre os indivíduos participativos e sua inclusão social. O Pós-Positivismo não abdica da reverência ao Direito e, ao mesmo tempo, dialoga com a Filosofia Moral e a Filosofia Política. A postura exclusivamente descritiva é posta em plano secundário, procurando conciliar a descrição com a avaliação do sistema jurídico.

A interpretação e a integração da norma jurídica, com supedâneo no Pós-Positivismo, vai além da legalidade, sem deixar de reverenciar o direito posto; comunga com o moralismo jurídico moderado e não hesita em afastar as proposições metafísicas. No caso brasileiro, a interpretação das normas constitucionais e infraconstitucionais, com esteio nessa Teoria Pós-Positivista, facilita à República atingir os objetivos que explicita no art. 3º da Lei Fundamental. Dentre eles, figuram: a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a garantia do desenvolvimento nacional; a erradicação da pobreza e da marginalização; a redução das desigualdades sociais e a promoção do bem-estar de todos, sem quaisquer formas de discriminação.

A adoção do pensamento pós-positivista na interpretação e na integração da norma jurídica, levando em conta, *exempli gratia*, os princípios da dignidade humana, da igualdade e da liberdade, em vista de tudo que foi exposto, se mostra bem compatível com a Era Contemporânea. Consequentemente, os indivíduos participativos, destinatários da norma que está sendo interpretada, certamente darão mais credibilidade ao Direito, sem que isso importe na ressurreição do Jusnaturalismo puro.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona: Gedisa Editorial, 1994.
- APEL, Karl-Otto. *Transformação da Filosofia 1: Filosofia Analítica, Semiótica, Hermenêutica*. Trad. Paulo Astor Soethe. 2. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2005.
- BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade e ambivalência*. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999.
- _____. *Tempos líquidos*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2007.
- _____. *Legisladores e intérpretes*. Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2010.
- BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito*. Tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006.
- _____. *Estado, governo, sociedade*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 14. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2007.
- _____. *Teoria Geral do Direito*. Trad. Denise Agostinetti. Revisão da tradução de Silvana Cobucci Leite. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Direito e poder*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- DANTAS, Francisco Clementino de San Tiago. *Programa de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo Jurídico: Introdução a uma Teoria do Direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. São Paulo: Método, 2006.
- _____. *Manual de Introdução ao Estudo do Direito*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro interpretada*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- DUTRA, Delamar José Volpato. *Manual de Filosofia do Direito*. Caxias do Sul: EDUCS, 2008.
- FARIAS, José Fernando de Castro. *Ética, Política e Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Estudos de Filosofia do Direito*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- _____. *Introdução ao Estudo do Direito*. 5. ed., São Paulo: Atlas, 2007.
- _____. *Introdução ao Estudo do Direito*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- FONSECA, Ricardo Marcelo. *Introdução teórica à História do Direito*. Curitiba: Juruá, 2011.
- GIDDENS, Anthony. *As consequências da Modernidade*. Trad. Raul Filker. São Paulo: Editora UNESP, 1991.
- GOYARD-FABRE, Simone. *Os fundamentos da ordem jurídica*. Trad. Claudia Berliner. Revisão da Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: Entre facticidade e validade*. V. I e II. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- HANSEN, Gilvan Luiz. *Modernidade, utopia e trabalho*. Londrina: CEFIL, 1999.
- HOBBS, Thomas. *Leviatã*. Trad. Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2007.
- KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Trad. Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2008.
- KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Trad. Luís Carlos Borges. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- _____. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- KUMAR, Krishan. *Da sociedade Pós-Industrial à Pós-Moderna*. Tradução de Ruy Jungmann e Carlos Alberto Medeiros (Capítulo I). 2. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2006.
- LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Trad. Javier Torres Naffarete. México: Herder, 2005.
- MALUF, Sahid. *Teoria Geral do Estado*. 22. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1993.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.
- MORRISON, Wayne. *Filosofia do Direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- NADER, Paulo. *Filosofia do Direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Gen Forense, 2010.
- NEVES, José Roberto de Castro. *Uma introdução ao Direito Civil*. Parte Geral. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2011.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Introdução ao Direito Civil. Teoria Geral do Direito Civil. 23. ed. revista e atualizada por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Gen Forense, 2009.
- PETTORUTI, Carlos Enrique; SCATOLINI, Julio César. *Elementos de introducción al derecho*. Buenos Aires: La Ley, 2005.
- RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo D. *Principios generales del derecho latinoamericano*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2006.
- RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. 3. ed. Nova tradução, baseada na edição americana revista pelo autor: Jussara Simões. Revisão técnica e da tradução: Álvaro de Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- RIGAUX, François. *A lei dos juizes*. Trad. Edmir Missio. 1. ed., 2. tir. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- VIEIRA, Sérgio Túlio Santos. Reflexões acerca da codificação civil brasileira: Da Era Moderna à Era Contemporânea. In: *Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*. V. 93, p. 13-38. Rio de Janeiro: Espaço Jurídico, 2012.
- _____. *A Administração Pública Contratual: Ética e moralidade discursiva*. Rio de Janeiro: EDS - Instituto de Pesquisa e Estudos de Empresa, Direito e Sociedade, 2021.
- WEBER, Max. *Economia e sociedade: Fundamentos da Sociologia Compreensiva*. V. 1 e 2. Trad. Regis Barbosa e Karen Elsbare Barbosa. Brasília: Editora UnB, 2009.