

REGRAS CIENTÍFICAS DA HERMENÊUTICA

Alberto Marques dos Santos

Texto publicado em: **Revista Judiciária do Paraná**. Curitiba: Associação dos Magistrados do Paraná, Ano 2, vol. Especial, nov. 2007 (Edição comemorativa dos 50 Anos) 1.

Como citar: SANTOS, Alberto Marques dos. *Regras científicas da hermenêutica*. Disponível em: <albertosantos.org>. Acesso em: (colocar a data de hoje).

I – A hermenêutica, sua função e natureza das suas normas.

1. – A interpretação do direito é a operação que tem por fim solucionar uma dada questão jurídica, mediante a compreensão clara, exata e completa da norma estabelecida pelo legislador. Consiste em determinar o *sentido* e o *alcance* da expressão jurídica (MAXIMILIANO), porque se interpreta o direito em dois momentos ou níveis diferentes, correspondentes cada um a uma das “partes”, componentes ou fragmentos da norma: a *hipótese de incidência* e a *disposição*. Primeiro é preciso interpretar a hipótese de incidência da norma, para saber se o caso em exame nela se enquadra – isto é, definir o *alcance* da regra. Confirmando-se que a norma trata do caso em exame, interpreta-se-a de novo, na sua parte dispositiva, para entender qual a solução que manda aplicar ao caso (qual é o *sentido* da norma).

A interpretação do direito não é tarefa das mais simples, e está sujeita à constante controvérsia. O direito, objeto da interpretação, é um edifício construído com tijolos fluidos e maleáveis, que são as palavras, suscetíveis de interpretações as mais diversas. A comprovação da dificuldade que cerca a interpretação do direito está na própria complexidade do sistema montado para executar essa função: o duplo grau de jurisdição, a exigência do juiz natural, a garantia do contraditório, e o titânico emaranhado de correntes, doutrinas, teorias, teses, súmulas, incidentes de uniformização de jurisprudência, etc., atestam quão escorregadio e movediço é o chão que se pisa ao interpretar o direito 2.

¹ Também disponível em <<http://www.amapar.com.br/images/stories/RevJudiciaria50Anos.pdf>> e ainda em <<https://issuu.com/revistajudiciaria/docs/revjudiciaria02>>.

² Na data em que escrevemos este texto o Supremo Tribunal Federal já editou 736 enunciados da sua Súmula de Jurisprudência Dominante, cujo início data de 1963, além de 14 enunciados da Súmula de Jurisprudência Vinculante. O STJ, com 20 anos de existência somente, já editou 368 enunciados. Vê-se que cada um dos Tribunais mais altos do país edita, em média,

2. — Para tornar mais previsível e realizável a arte de interpretar os textos jurídicos criou-se uma ciência, a hermenêutica. Hermenêutica significa, genericamente, a arte de interpretar o sentido das palavras: é uma arte de interpretação de textos. Já a hermenêutica jurídica é a ciência que tem por objeto o estudo e a sistematização dos processos que tornam a interpretação do Direito mais fácil e eficiente. É, portanto, uma ciência, e seu objeto de estudo são os métodos e técnicas de interpretação do Direito. A hermenêutica é o setor das ciências que investiga a interpretação do Direito, à busca de instrumentos e técnicas que a tornem mais fácil e eficiente.

Como ciência que é, a hermenêutica não traça *regras*, no sentido em que usualmente utilizamos esse termo - *regra* como norma imperativa e garantida por sanção. A hermenêutica estuda o fenômeno interpretativo, e *sugere* procedimentos que o tornam mais eficaz. Esses *procedimentos sugeridos* é que constituem as chamadas regras da hermenêutica, que não são regras jurídicas, mas regras técnicas como as que indicam os métodos de trabalho mais aceitos em cada profissão ou ofício. As leis da hermenêutica não são “leis de fim”, como as normas jurídicas, mas “leis de causa”, ou “leis indicativas ou causais” (na terminologia de GENY), tal como a lei da oferta e da procura na economia, ou a lei das partidas dobradas na contabilidade. As regras de hermenêutica não são ‘chaves mágicas’ que resolvem todos os problemas intercorrentes no labor interpretativo. São só ferramentas que auxiliam no trabalho de interpretação.

É sabido que um argumento convincente é aquele que utiliza, como premissa maior, uma tese que se sabe de antemão ser aceita pelo interlocutor. A utilidade das regras de hermenêutica decorre de serem parte daquele grupo de premissas aceitas pacificamente pela comunidade jurídica. Premissas úteis, portanto, como pontos de partida para argumentações consistentes.

3. — As regras da hermenêutica são, portanto, fruto de elaboração científica.

17 enunciados por ano. Ora, os enunciados da Súmula de Jurisprudência dominante contém, cada um, a solução pacificada de uma polêmica doutrinária e jurisprudencial que se arrastou por anos. Cada polêmica dessas é uma questão controvertida sobre a interpretação do direito. A superabundância das Súmulas confirma a complexidade da tarefa interpretativa. Para agravar a complexidade do caso, o jornal *Valor Econômico* anunciava, em sua edição de 6/10/2006, que “de 1988 para cá, foram editadas nada menos do que 3.510.804 normas, entre leis ordinárias, complementares e delegadas, medidas provisórias, decretos, emendas constitucionais nos âmbitos federal, estaduais e municipais, de acordo com um levantamento anual do IBPT - Instituto Brasileiro de Planejamento Tributário. Comparando com o balanço de 2005, isso equivale a dizer que somente nos últimos 12 meses o país ganhou 75.999 novas normas locais, regionais ou gerais” (Disponível em: <<http://www.apesp.org.br/Imprensa/newletter06-10-06.htm>>. Acesso em 6/3/2009). E, por fim, nem o sustentáculo do sistema, que é a Constituição da República, está “completo”, pois, após quase 21 anos, ainda falta regulamentar por lei 142 dispositivos do texto constitucional, e destes 80 ainda nem têm projeto de lei apresentado, segundo levantamento feito pelo gabinete do senador Demóstenes Torres (notícia divulgada pelo saite Espaço Vital em março de 2009. Fonte: <http://www.espacovital.com.br/noticia_ler.php?id=14077>. Acesso em 02.03.09).

São conclusões doutrinárias, conclusões dos estudiosos. Algumas delas datam de milhares de anos. Muitas, porque tradicionais e respeitadas, ecoaram no trabalho pretoriano e se converteram naquilo que, adiante, será chamado de “regras da jurisprudência”, mas não são, na verdade, criação dos Tribunais: são fragmentos de doutrina consagrados pelo uso pretoriano, que lhes acrescenta prestígio e autoridade. Algumas das regras doutrinárias acabaram, em outros tempos, convertidas em texto de lei, quando se pensou que conviria redigir normas cogentes que disciplinassem a interpretação do Direito. Essa idéia – regulamentar a interpretação – não vingou entre nós, e as antigas regras legais de hermenêutica hoje são reminiscências. Há mesmo quem defenda, como SICHES, que o legislador carece essencialmente de competência para ordenar como deva ser feita a interpretação, porque se trata de matéria afeta à competência do órgão julgador. De outro lado, a lei é o *objeto* da interpretação. Uma lei que viesse explicar *como se interpretam as leis* teria também de ser interpretada. Haveria um círculo vicioso. Mas as antigas regras legais de hermenêutica têm grande valor, como fontes de doutrina, porque consolidam a experiência jurídica de muitos séculos.

No presente as regras legais de hermenêutica são raras, mas há pelo menos duas delas de alta relevância. Estão no art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil⁴ e no preâmbulo e nos arts. 1º e 3º da Constituição.

³ Estamos nos referindo, aqui e adiante, apenas às normas legais de hermenêutica aplicáveis a todo o ordenamento jurídico, e não às normas legais relativas à interpretação de apenas certos segmentos ou ramos do direito. Excepcionalmente aparecem, em normas específicas, regras particulares de interpretação, relativas ao micro-sistema ali versado. Assim acontece no art. 6º do ECA (Lei nº 8069/90) (“na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento”). São também normas de conteúdo ou utilidade hermenêutica as que introduzem certos micro-sistemas, e que têm função principiológica, indicando os princípios regentes da matéria relativa a um sub-sistema legal. Os princípios, é sabido, são vetores de interpretação, e funcionam como “super-normas”, que não apenas esclarecem o sentido das demais, como prevalecem sobre elas em caso de aparente conflito. As normas principiológicas, no mínimo, fornecem indicação segura a respeito dos “fins sociais” do sub-sistema a que se referem. Vide, p.ex., os princípios do art. 4º do Código do Consumidor (Lei Federal nº 8078/90), do art. 2º da Lei dos Juizados Especiais (Lei Federal nº 9099/95), do art. 1º da Lei de Execução Penal (se a “execução penal tem por objetivo ... proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”, todas as normas a ela referentes têm como “fim social” proporcionar essa mesma integração), do art. 1º e §§ do Estatuto da Terra (Lei Federal nº 4504/64, cujo artigo 1º expressa o fim da norma: “para os fins de execução da Reforma Agrária e promoção da Política Agrícola”, conceituando, nos parágrafos, esses dois institutos), etc..

⁴ LICC, Decreto-lei nº. 4.657, de 04 de setembro de 1942. A regra do art. 4º da LICC, frequentemente lembrada pela doutrina, não é, realmente, uma regra de Hermenêutica. Dispõe, na verdade, sobre integração do ordenamento, e integração é uma operação específica da aplicação do Direito.

II – Os fins sociais da lei.

4. — O art. 5º da LICC dispõe que “na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”. Como a aplicação consiste em transformar a norma abstrata, contida na lei, em norma concreta, para o caso particular, ela exige a prévia interpretação: impossível aplicar a lei sem primeiro interpretá-la. Logo, a regra do art. 5º incide sobre a interpretação: é preciso interpretar a lei à luz dos seus fins sociais, para poder aplicá-la atendendo a tais fins. Essa primeira parte do dispositivo em exame consagra o método teleológico de interpretação.

A expressão *teleologia* refere-se ao estudo dos fins, dos objetivos, das metas. Diz-se que a interpretação é teleológica quando ela busca o sentido de uma expressão jurídica analisando quais os objetivos, os fins, a que se destina a referida expressão. A interpretação teleológica parte de uma premissa: toda norma visa proteger um interesse, um valor. Se identifico qual o valor que a norma visa proteger, qual o interesse que ela quis fazer valer, posso compreender melhor o comando contido na norma. Toda a doutrina admite que existe, por trás do texto legal, um algo mais: uma intenção, um fim, uma meta, um valor que a norma quer tutelar⁵. Esgota-se aí o consenso. Há controvérsia sobre o que exatamente vem a ser esse algo mais, e, principalmente, sobre como identificá-lo nos casos concretos.

Esse algo mais que a interpretação teleológica quer identificar é, para uns, a *mens legislatoris*: a vontade do legislador⁶. Mas atualmente predomina o entendimento, a que nos filiamos, pelo qual o elemento teleológico não busca a vontade do legislador, mas sim a vontade da lei, a *voluntas legis* ou *ratio legis*. Enxerga-se, aí, uma vontade da lei *independente* da vontade de seu criador. A lei, uma vez promulgada, projeta vida autônoma, liberta-se do seu criador, e passa a valer por si só⁷. A lei é uma “coisa viva”, que pode, assim, evolver, para aten-

⁵ No magistério de DWORKIN, “qualquer norma se fundamenta em um princípio” (DWORKIN, Ronald. *Los Derechos em Serio*. Barcelona : Ariel, 1977, p.4)..

⁶ Para essa corrente, a norma é a expressão da vontade do legislador, e quando se a interpreta se está buscando identificar que vontade era aquela. Esse é um modo de pensar muito adequado ao “segundo momento” da evolução do pensamento jurídico, que sucedeu a Revolução Francesa, e que representou uma resposta à idéia do poder divino do soberano. No núcleo dessa tese está a idéia de que somente o Legislativo pode expressar a vontade do povo, e que qualquer vontade que não seja a do legislador não é a do povo. Buscar, na lei, uma outra vontade, que não seja essa, é usurpar o poder emanado do povo. Contra esse modo de pensar pode-se dizer que a vontade do legislador é uma abstração, porque centenas votam uma lei, e cada um deles pode querer aprová-la visando um resultado diferente, a proteção de um interesse diferente. Pode-se também objetar que se a vontade do legislador fosse o fator predominante, ficariam as gerações futuras presas a soluções que eram adequadas no passado, mas restaram superadas nos dias de hoje.

⁷ Já era nesse sentido, nos primeiros anos do século XX, a lição de CLÓVIS (BEVILÁQUA, CLÓVIS. *Teoria Geral do Direito Civil*. Edição histórica fac-similar. Rio de Janeiro : Editora Rio, 1980, p.48-50). No mesmo sentido FERRARA, citando SCHLOSSMANN: “a lei não é o que o legislador quis ou não quis exprimir, mas tão somente aquilo que ele exprimiu em forma de lei” (FERRARA, FRANCESCO. *Como Aplicar e Interpretar as Leis*. Belo Horizonte: Líder, 2002, p. 26).

der, no futuro, finalidades não imaginadas no tempo da sua feitura. A vontade da lei é identificada de acordo com o texto, com o sistema de que o texto faz parte, com a idéia que transparece do conjunto, do micro-sistema em que o fragmento está inserido. Mas é uma “vontade atualizável”, para que a lei não fique ancorada ao tempo da sua feitura. Assim, a lei antiga pode solucionar problemas inimagináveis no tempo do seu advento, porque sua *ratio* pode ser pesquisada à luz do contexto atual ⁸. Esse entendimento é amplamente dominante atualmente.

5. — Logo, pelo argumento teleológico busca-se entender o significado da norma identificando qual o valor que ela quer proteger, ou o resultado que quer produzir. O sentido, o significado, que encontro na norma, tem que estar de acordo com a razão de ser dessa norma. Se a leitura do texto leva a uma interpretação que aniquila, ou prejudica, o interesse ou valor que a norma visa proteger, então essa leitura – *i.e.*, essa interpretação – é incorreta. Do ponto de vista teleológico só é correta a interpretação que proteja o interesse que a norma visa proteger, que resguarde o valor que ela pretende resguardar, que faça prevalecer o objetivo que a norma traz ínsito em seu texto.

Identificar o valor que a norma quer proteger, e qual o seu objetivo, não é tarefa simples, e contém sempre um componente ideológico. É justamente a esse respeito – a identificação do valor protegido, do fim da norma, da *mens* – que se controverte com mais frequência. É que por ser um elemento fluido, subjetivo, a tal *mens* serve de ponto de partida para as interpretações mais díspares. Funciona como um “espelho mágico” onde cada um enxerga exatamente o que quer enxergar. É justamente aí que os paradigmas pessoais mais interferem. O “liberal” enxerga no “espírito” da norma um conteúdo liberal, enquanto o “conservador” enxerga ali uma mensagem conservadora ⁹.

De qualquer sorte, a norma do art. 5º da LICC, embora de conteúdo um tanto “metafísico”, como assinalou MARIA HELENA DINIZ, tem duas conseqüências

⁸ Basta ver, p.ex., a necessidade de aplicar à *internet* e problemas jurídicos que ela gera leis criadas ao tempo em que tal tecnologia não existia (vide, a propósito, exemplos na nota de rodapé n. 70 *infra*. Outra interessante exemplificação de como a vontade da lei pode ser atualizada para enfrentar uma realidade social nova aparece num acórdão do TRF da 3ª Região, que discute o significado atual da expressão “vadiagem”, contida no art. 323, IV, do CPP, afirmando que, nos tempos atuais onde o desemprego campeia, a expressão não pode ter o mesmo significado que tinha nos tempos de emprego farto dos anos 40, época da confecção da norma (*Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre : Editora Síntese, nº 23, dez.-jan./2004, pág. 127). Outro exemplo de atualização da *mens legis* aparece na nota de rodapé nº 69, *infra*. Esses exemplos demonstram o que dizia FERRARA: “pela sua aplicação a lei desprende-se do legislador e contrapõem-se a ele como um produto novo, e por isso a lei pode ser mais previdente do que o legislador” (FERRARA, FRANCESCO. *Como Aplicar e Interpretar as Leis*. Belo Horizonte: Líder, 2002, p.30).

⁹ Materializando-se aí, como antevisto por FERRARA, de que “o perigo [...] de que o intérprete, deixando-se apaixonar por uma tese, trabalhe de fantasia e julgue encontrar no direito positivo idéias e princípios que são antes o fruto das suas locubrações teóricas ou das suas preferências sentimentais” (FERRARA, FRANCESCO. *Como Aplicar e Interpretar as Leis*. Belo Horizonte: Líder, 2002, p. 25).

relevantes para a hermenêutica: primeiro, condena a exegese puramente literal, afirmando a primazia de outros métodos interpretativos; segundo, consagra o argumento teleológico como o prioritário dentre os métodos de interpretação. De todos os métodos ou técnicas de interpretação que a hermenêutica sugere, apenas um, o teleológico, tem sua aplicação ordenada *expressamente* na lei. Isso pode representar pouco, hoje, mas é preciso considerar que há poucas décadas ainda era forte a corrente exegética literal. Ao menos a LICC tem o mérito de condenar, no nosso sistema, os postulados daquela doutrina.

Do texto do art. 5º da LICC extraem-se, pois, dois postulados que interferem na aplicação de todas as normas jurídicas:

a) a aplicação de todas as normas jurídicas pressupõe e requer, em todos os casos, a interpretação teleológica;

b) num eventual conflito entre os resultados interpretativos apurados pela interpretação teleológica e qualquer outro método interpretativo (gramatical, histórico, lógico, sistemático), a primeira é que prevalece, porque, dentre todos os métodos, foi o único consagrado expressamente pela lei.

III - Os vetores constitucionais para interpretação das leis.

6. — O preâmbulo da Constituição da República é também parte da Lei Maior. Ou seja: o preâmbulo também é norma, e, no caso, norma constitucional¹⁰. Não é, a rigor, uma norma a respeito da interpretação dos textos jurídicos, mas é uma declaração de princípios.

Os princípios, é sabido, são vetores de interpretação de todas as normas, constitucionais ou infraconstitucionais, e funcionam como “super-normas”, que não apenas esclarecem o sentido das demais, como prevalecem sobre elas em caso de aparente conflito. Os princípios “são os elementos fundamentais da cultura jurídica humana em nossos dias” (CLÓVIS BEVILÁQUA), “os pressupostos lógicos e necessários das diversas normas legislativas” (COVIELLO), “a manifestação do próprio espírito de uma legislação” (BOULANGER), ou a “cristalização, em termos abstratos, do conjunto de preceitos normativos do ordenamento legal” (ORLANDO GOMES). No dizer de BANDEIRA DE MELLO o princípio é um mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. Os princípios revelam-se como normas de valor genérico, não ditadas explicitamente pelo legislador, mas contidas de forma imanente no ordenamento jurídico, que orientam a compreensão do sis-

¹⁰ Referindo-se não ao preâmbulo constitucional, mas aos preâmbulos legais em geral, SERPA LOPES no início dos anos 50 já lembrava o antigo aforismo *rubrica legi est lex* (SERPA LOPES, *Curso de direito civil*, Rio : Freitas Bastos, 1998, v.I, p.132).

tema jurídico, sua aplicação e integração (MARIA HELENA DINIZ), porque são núcleos de condensações nos quais confluem valores e bens constitucionais, e constituem a síntese ou a matriz de todas as demais normas do subsistema, que aos princípios podem ser direta ou indiretamente reconduzidas (CANOTILHO). Como ensinou GERALDO ATALIBA (citando GORDILLO): “o princípio é muito mais importante do que uma norma [...]. O princípio é uma norma; mas é mais do que uma norma, uma diretriz, é um norte do sistema, é um rumo apontado para ser seguido por todo o sistema. Rege toda a interpretação do sistema e a ele deve se curvar o intérprete, sempre que se vai debruçar sobre os preceitos contidos no sistema”.

7. — Assim, as normas principiológicas fornecem indicação segura a respeito dos “fins sociais” do sistema a que se referem. Será, portanto, incorreta (inconstitucional) a interpretação cujo resultado for contrário aos valores enunciados no preâmbulo constitucional. O mesmo se diga dos arts. 1º e 3º da Carta Magna, que enunciam, respectivamente, os fundamentos do Estado brasileiro e os objetivos da República. Será inconstitucional a interpretação de lei que contrariar esses fundamentos e objetivos. Dizem tais textos:

“Preâmbulo: nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil. [...]

Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político; [...]

Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”

O preâmbulo constitucional, e o art. 3º da CF, enunciam os objetivos fundamentais da República. Ora, todas as leis são apenas instrumentos do Estado para realizar seus objetivos. E todas as leis (consoante o art. 5º da LICC) devem ser interpretadas/aplicadas de forma a atender aos seus fins. Não se imagina, nem se pode conceber, que os fins de uma determinada lei, ou de um dado artigo de lei, sejam contrários aos “fins maiores”, que são os da própria República. Se a lei é um instrumento para realizar os fins do Estado, os fins da lei não podem ser diferentes dos fins do Estado, nem contrariá-los. E estes são os contemplados no

preâmbulo constitucional e no art. 3º da Carta Magna.

Qualquer interpretação de lei que leve a um resultado contrário à *igualdade* e à *justiça*, declaradas pelo constituinte como valores supremos do Estado brasileiro, será uma interpretação que contraria os fins do Estado, e, por conseqüência, os fins da lei; portanto, uma interpretação equivocada e inconstitucional.

Será também inconstitucional, e vedada pelo art. 5º da LICC, qualquer solução interpretativa que estimule preconceitos (é objetivo do Estado e da lei fundar uma sociedade sem preconceitos, diz o Preâmbulo), ou que atente contra a cidadania, a dignidade da pessoa humana, ou os valores sociais do trabalho (fundamentos da República brasileira, segundo os incisos II, III e IV do art. 1º da CF).

É inconstitucional e viola o art. 5º da LICC a interpretação de lei que não busque fazer dela instrumento para realizar os grandes objetivos do Estado, que incluem, segundo o art. 3º da Lei Maior, construir uma sociedade livre, justa e solidária, erradicar a marginalização, reduzir as desigualdades sociais e promover o bem de todos.

O sumário que se extrai, do confronto dos dispositivos constitucionais citados com o art. 5º da LICC, é este: o intérprete está obrigado a aplicar a norma de maneira a realizar os seus fins. E os fins de toda norma jurídica terão de ser sempre aqueles previstos nos arts. 1º e 3º e no Preâmbulo da Carta Magna, ou outros que deles descendam e com eles sejam compatíveis, e jamais um fim que os contradiga. É inconstitucional uma norma jurídica cujo fim conflite com os fins da República, de que todas as normas são meros instrumentos. É equivocada, portanto, a interpretação que enxergar, numa norma jurídica qualquer, um fim incompatível com o preâmbulo constitucional e os arts. 1º e 3º da Constituição 11.

IV - As regras científicas da hermenêutica

8. — Passamos a enfocar, agora, quinze das mais tradicionais regras de hermenêutica de origem científica ou doutrinal. Dentre elas são sempre lembradas as normas que constavam da Consolidação das Leis Civis, de 1890 12. São regras

11 O STJ invocou o preâmbulo constitucional que prevê a proscrição das desigualdades e a proteção à dignidade humana contidas para afirmar a legitimidade do Ministério Público para mover ação civil pública em caso relacionado com a saúde infantil (REsp nº 577836), e para dar provimento a outra ação civil pública que visava garantir o direito de acesso a creches (REsp nº 575280), e a uma outra que visava obrigar município a prestar contínua e eficientemente o serviço de coleta de lixo (REsp nº 575998). E o TJSC aplicou a idéia *supra* defendida para decidir pela inaplicabilidade, em certos casos concretos, da Súmula nº 648 do Supremo Tribunal Federal (Ap.Cív. nº 2001.021164-5; Ap.Cív. nº 2004.015828-9; Ap.Cív. nº 2002.004049-5; Ap.Cív. nº 2002.012230-6).

12 Citadas por LIMONGI FRANÇA (FRANÇA, R. Limongi. *Hermenêutica Jurídica*, Ed. Saraiva). Contudo, antes mesmo do advento dessa Consolidação, em 1880 o CONSELHEIRO RIBAS já listava quase todas as regras da hermenêutica aqui examinadas (RIBAS, JOAQUIM. *Direito civil brasileiro*

que, entre nós, já foram lei vigente, e deixaram de sê-lo com a entrada em vigor do Código Civil de 1917. Prevalecem, todavia, como regras científicas, principalmente porque representaram, a seu tempo, a consolidação da tradição hermenêutica que vinha do império, do Direito português e da tradição do Direito medieval e romano. Algumas das regras citadas provêm dessa fonte. Outras regras doutrinárias são herança romana. No ano de 530 d.C. o Imperador JUSTINIANO constituiu uma comissão de juristas para compilarem numa só obra todo o Direito romano. A obra que resultou, o *Corpus Juris Civilis*, consolidou 1400 anos de experiência jurídica dos romanos, e tornou JUSTINIANO célebre para sempre. LIMONGI FRANÇA encontrou, no *Corpus Juris Civilis*, várias regras relativas à interpretação do Direito. Citamos algumas delas, de maior aplicabilidade atual. Por fim, na jurisprudência nacional repercutem as lições da doutrina a respeito da interpretação do Direito. Algumas das regras que aparecem na jurisprudência foram selecionadas por WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, e também são lembradas abaixo.

1ª regra *É incorreta a interpretação que conduz ao vago, inexplicável, contraditório ou absurdo.*

9. — Na interpretação deve-se sempre preferir a inteligência que faz sentido à que não faz. Essa regra tem relação com uma passagem do jurista PAULO, no *Digesto*: nas proposições obscuras se costuma investigar aquilo que é verossímil, ou o que é de uso ser feito o mais das vezes. BARROS MONTEIRO a atualiza dizendo que “deve ser afastada a exegese que conduz ao vago, ao inexplicável, ao contraditório e ao absurdo”. E SAN TIAGO DANTAS lembrava que o brocardo *o legislador não pode ter querido o absurdo* é quase sempre verdadeiro¹³.

Na interpretação de uma norma freqüentemente o operador deve optar entre mais de um possível sentido para o texto. Dentre os entendimentos que se pode extrair de uma norma, deve ser descartado aquele que conduz ao absurdo. Por *absurda*, aqui, se entende a interpretação que:

a) leva à ineficácia ou inaplicabilidade da norma, tornando-a supérflua ou sem efeito (como será visto na 2ª regra, a lei não tem palavras nem disposições inúteis);

b) conduz a uma iniquidade: o preâmbulo constitucional diz que a justiça é um valor supremo da sociedade brasileira, e o art. 3º, I, da Constituição diz que é objetivo permanente da República (e de suas leis, por extensão) *construir uma sociedade justa*;

c) infringe a finalidade da norma ou do sistema;

ro. Edição histórica fac-similar, Rio de Janeiro : Editora Rio, 1977, p.188/189). Quase todas essas regras, com sua formulação latina, são também lembradas por SERPA LOPES (*Curso de direito civil*, Rio : Freitas Bastos, 1998, v.I, p.134 e s.).

¹³ DANTAS, SAN TIAGO. *Programa de Direito Civil*. Rio de Janeiro : Editora Rio, 1979, v.I, p.139.

d) conduz a um resultado irrealizável, impossível, ou contrário à lógica;

e) conduz a uma colisão com princípios constitucionais ou regentes do sub-sistema a que se refere a norma: os princípios são vetores de interpretação, e constituem super-normas que indicam os fins e a lógica específica de um determinado sistema ou sub-sistema;

f) conduz a uma antinomia com normas de hierarquia superior, ou com normas do mesmo texto legal, situações onde não pode haver antinomia (vide a 3ª regra, *infra*);

g) conduz a uma fórmula incompreensível, de inviável aplicação prática ¹⁴.

10. — Veja-se, p.ex., o art. 44 do CPP que diz: “a queixa poderá ser dada por procurador com poderes especiais, devendo constar do instrumento do mandato o nome do querelante e a menção do fato criminoso”. O texto, interpretado literalmente, exige o óbvio: não pode haver instrumento de mandato sem o nome do outorgante, do mandante, e no caso de que trata o artigo o mandante é o querelante. Logo, o nome do querelante teria que constar do mandato, ainda que a norma não o dissesse, porque sem essa informação o instrumento não teria valor jurídico. Logo, interpretar literalmente a norma em questão leva a um resultado absurdo, contraditório, porque infringe uma das regras da hermenêutica (a 2ª regra, *infra*). Essa interpretação literal, portanto, não faz sentido, e está incorreta. Outra técnica interpretativa – no caso, a interpretação lógica – terá de ser empregada, para concluir que é o nome do querelado que deve constar do mandato.

11. — A mesma regra contribui na solução da controvérsia sobre caber, na segunda fase da ação de prestação de contas, sentença de cunho e efeito revisional do contrato discutido. A sentença, nessa fase, deveria definir, em seu dispositivo, o saldo líquido da relação existente entre as partes, dizendo quem é credor de quem, e por qual valor. Para tal desiderato é indispensável examinar a legalidade de cláusulas do contrato, e dos débitos incluídos na conta em exame.

Não procede, pois, a objeção segundo a qual a ação de prestação de contas não tem, ou não poderia ter, caráter revisional. Tal objeção funda-se numa interpretação que viola a regra hermenêutica em exame, pois supõe que a adoção de determinado rito processual implicaria na retirada de um dos poderes/deveres inerentes à jurisdição, que é exatamente o poder-dever de, diante dos fatos provados, dizer qual a lei aplicável. Se os fatos provados, na ação de rito A ou de rito B, conduzem à conclusão de que o contrato desrespeitou a lei, e contém cláusulas que a lei não consente, não há como deixar de aplicar, a esse

¹⁴ Em todas essas situações aplica-se a lição de FERRARA, para quem “Se as palavras empregadas são equívocas ou indeterminadas, se todo o princípio é obscuro, se resultam conseqüências contraditórias ou revoltantes, a interpretação literal não poderá remediar esta situação. Será preciso recorrer à interpretação lógica” (FERRARA, FRANCESCO. *Como Aplicar e Interpretar as Leis*. Belo Horizonte: Líder, 2002, p. 34).

caso concreto, os efeitos previstos em lei. E isso não se altera, qualquer que seja o rito eleito pela parte. É que em qualquer rito vigora o antigo e consagrado princípio enunciado pela fórmula tradicional *narra mihi factum, dabo tibi ius*, ou seja, a aplicação do direito é assunto que compete exclusivamente ao juiz, cabendo às partes somente formular e provar as questões de fato, a partir das quais o juiz deve aplicar o direito. A subsunção do fato à norma, a categorização jurídica do fato, é tarefa do julgador ¹⁵.

Conclusão em contrário implica no absurdo de admitir que cobranças ilegais e abusivas impostas ao consumidor do serviço bancário variarão entre o lícito e o ilícito, dependendo de o lesado escolher o rito “certo” para apresentar sua pretensão. Se escolher o rito ordinário, será protegido dos abusos do fornecedor e merecerá o amparo da lei. Se, todavia, escolher o rito “errado”, o da prestação de contas, estará desamparado, e o que era abuso se converterá em justo, o que era ilegal se converterá em lícito, porque — assim pensam alguns — não cabe revisão de cláusulas contratuais em ação de prestação de contas.

O absurdo dessa concepção, já bem evidente pela sua simples enunciação, torna-se ainda mais notório quando se acrescenta o dado seguinte: a coisa julgada impedirá que, numa segunda tentativa, o consumidor lesado busque a proteção, agora pelo rito “certo”, porque a relação de direito material já foi objeto de sentença na ação “errada”.

Tal entendimento, que privilegia a forma em detrimento do fundo, que dá primazia ao instrumento (que é o rito) ainda que com sacrifício do escopo (que é a aplicação do direito ao caso concreto), contradiz a regra hermenêutica que ensina ser equivocada a exegese que conduz ao resultado prático absurdo. Diante de uma possível solução absurda, e outra que não incide nesse vício, a segunda é a adequada. E na análise das possíveis soluções, a fim de averiguar qual delas “faz sentido”, há de se ter em vista, como adverte BARROS MONTEIRO, *aquilo que ordinariamente sucede no meio social*.

Afinal, como pontificou CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, “O processo civil moderno quer ser um processo de resultados, não um processo de conceitos ou de filigranas” ¹⁶. E afirmou o STJ, por seu turno, que “A concepção moderna do processo, como instrumento de realização da justiça, repudia o excesso de formalismo, que culmina por inviabilizá-la” ¹⁷.

2ª regra *A lei não contém frase ou palavra inútil, supérflua ou sem efeito.*

12. — Um dos expedientes de que se pode valer o mau intérprete para alte-

¹⁵ Nesse sentido: J. J. CALMON DE PASSOS, *Comentários ao CPC*, Forense, 3ª edição, vol. III, p. 218, nº 122.3.

¹⁶ *A Reforma do Código de Processo Civil*, São Paulo, Malheiros, 1995, p.20.

¹⁷ Ementa citada por THEOTONIO NEGRÃO em *CPC e Legislação Processual em Vigor*, São Paulo, Malheiros, 1994, pág. 217.

rar, na interpretação, o sentido da norma, é o de “fechar os olhos” para uma palavra ou um trecho do texto. Nas questões onde a redação da norma é deficiente, em especial, acode a tentação de “esquecer” a palavra ou expressão que cria uma dificuldade interpretativa (ou conduz a um resultado indesejado pelo intérprete).

Por isso é que a experiência jurídica mult centenária consagrou a regra em exame. Todas as palavras contidas na lei são lei, e todas têm força obrigatória. Nenhum conteúdo da norma legal pode ser esquecido, ignorado ou tido como sem efeito, sem importância ou supérfluo. A lei não contém palavras inúteis. Como ensinava CARLOS MAXIMILIANO, “devem-se compreender as palavras [da lei] como tendo alguma eficácia”¹⁸. Só é adequada a interpretação que encontrar um significado útil e efetivo para cada expressão contida na norma.

13. — Um exemplo de violação da regra hermenêutica em exame aparece na questão relativa à redução da pena abaixo do mínimo abstrato do tipo, por força de atenuantes genéricas. A interpretação dominante, resumida na Súmula 231 do STJ, toma por inúteis, supérfluas ou sem efeitos a palavra “sempre” que aparece no art. 65 do Código Penal (“são circunstâncias que *sempre* atenuam a pena”), e a palavra “base” no *caput* do art. 68 do mesmo código (“a pena-base será fixada atendendo-se ao critério do artigo 59 deste Código”). A interpretação consagrada na Súmula preconiza que as circunstâncias do art. 65 *nem sempre* atenuam a pena, e que os critérios do art. 59 valem para todas as duas primeiras etapas da fixação da pena, e não somente para a primeira etapa (a fixação da pena-base)¹⁹.

No exemplo citado para ilustrar a 1ª regra *supra*, a respeito do art. 44 do CPP, a interpretação literal incide no defeito de concluir que a lei contém uma palavra supérflua ou sem efeito (a palavra *querelante*), e por isso tal interpretação está equivocada.

14. — Outro exemplo: a norma do art. 5º § 1º do Código Penal diz que “para os efeitos penais, consideram-se como extensão do território nacional [...] as aeronaves e as embarcações brasileiras, mercantes ou de propriedade privada, que se achem, respectivamente, *no espaço aéreo correspondente ou em alto-mar*”. A expressão *no espaço aéreo correspondente* não faz sentido, porque não há menção a nenhum dado, no texto precedente do dispositivo, que possa *corresponder* ao espaço aéreo. A interpretação literal levaria a crer que o espaço aéreo ali mencionado seria o que se situa sobre o território nacional. Mas, se assim fosse, a frase seria supérflua ou sem efeito, porque o referido parágrafo tem o escopo de criar uma extensão ficta do território nacional, e o espaço aéreo que sobrejuz ao território em sentido estrito já é considerado automaticamente sujeito à soberania nacional, sem necessidade de criação de uma regra de extensão ou presunção

¹⁸ CARLOS MAXIMILIANO. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1993, p. 250.

¹⁹ Sobre o tema vide nosso artigo *Atenuantes e pena mínima*, in: Revista Jurídica, Porto Alegre : Editora Notadez, volume 288, outubro de 2001, p.75 e s..

como a do cânone em exame. Logo, a interpretação literal, aqui, não pode prevalecer, porque violaria a regra hermenêutica ora em exame. A análise lógica do texto revela que o espaço aéreo a que se refere é aquele sobrejacente ao alto-mar, de forma que o texto significa “em alto-mar ou no espaço aéreo correspondente”²⁰.

15. — A regra hermenêutica em estudo ajuda a entender que a publicação tardia do ato que declara inexigível a licitação não torna nula a contratação. É que a lei fala em eficácia, não em validade, como efeito/função da publicação. Dispõe o art. 26 da Lei Federal nº 8666 que as dispensas de licitação ou situações de inexigibilidade justificada “deverão ser comunicados, dentro de 3 dias, à autoridade superior [...] como condição para a eficácia dos atos”.

Ora, o legislador empregou, na redação do dispositivo, a expressão “condição de eficácia” para descrever os efeitos da publicação. Deve-se interpretar o dispositivo de maneira que tal expressão tenha efeito e utilidade. O legislador não disse que a publicação é elemento da existência do ato, ou requisito da sua validade. Atribuiu à publicação a qualidade de fator de eficácia. *A contrario sensu*, à falta da publicação a lei atribuiu, como efeito, a ineficácia, não a invalidade ou inexistência do ato. Ineficaz não é sinônimo de inválido. Eficácia não é o mesmo que validade, ineficácia não é o mesmo que nulidade/invalidade. A eficácia decorre de fatores externos à formação do ato, que não são exigidos para fazê-lo existente ou válido, mas apenas para permitir que ele produza os efeitos jurídicos esperados. Tendo a lei erigido a publicação do ato como fator de eficácia da contratação sem licitação, a falta da publicação apenas torna ineficaz a contratação, i.e., impede que produza seus efeitos, até que o fator de eficácia se materialize. Mas não a invalida, não a torna nula. E não sendo nula, mas sim válida a contratação, a publicação posterior integra o fator de eficácia que faltava, e permite a convalidação dos efeitos produzidos. É que no caso em exame a formalidade que foi postergada, i.e., a publicação do ato, é uma *conditio juris* suspensiva, da qual depende o início da produção dos efeitos jurídicos do ato²¹.

A interpretação em contrário viola a regra hermenêutica em exame, porque ignora a expressão “eficácia” contida no dispositivo interpretado.

16. — Um derradeiro exemplo a ilustrar a aplicação da regra em comento. Diz o art. 15 da Lei Federal nº 5474:

“Art. 15. A cobrança judicial de duplicata ou triplicata será efetuada de conformidade com o processo aplicável aos títulos executivos extrajudiciais [...] quando se tratar: [...] II - de duplicata ou triplicata não aceita, contanto

²⁰ Nesse sentido: MIRABETE, *Manual de direito penal*, v.1, p.78.

²¹ Como ensinam JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA (*Invalidez e ineficácia do negócio jurídico*. Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil, Porto Alegre: Síntese, nº 23, mai.-jun. 2003, p.118 et seq.), MARÇAL JUSTEN FILHO (*Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1993, p. 353); também ODETE MEDAUAR (*Direito administrativo moderno*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p.153-154) e HELY LOPES MEIREILLES (*Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 1990, p.88).

que, cumulativamente: a) haja sido protestada; b) esteja acompanhada de documento hábil comprobatório da entrega e recebimento da mercadoria”.

A lei diz que a duplicata sem aceite só é título executivo extrajudicial se vier acompanhada cumulativamente do comprovante da entrega da mercadoria e do protesto. A lei não contém palavras inúteis. *Cumulativamente* não pode significar *alternativamente*, de modo que duplicata sem aceite só é título se protestada. Não basta, pois, a exibição do comprovante de entrega das mercadorias 22.

3ª regra *Prevalece a interpretação que compatibiliza normas aparentemente antinômicas.*

17. — Na expressão da antiga Consolidação das Leis Cíveis, “devem concordar os textos das leis, de modo a torná-los conformes e não contraditórios, não sendo admissível a contradição ou incompatibilidade neles”. A regra acima indica que não se presumem, nem se admitem sem melhor exame, antinomias entre normas jurídicas. O direito é um sistema, e as normas que o compõem devem idealmente se complementar, e não se contradizer. Não se admite, em princípio, que duas normas jurídicas se contrariem. Antes de concluir pela contradição, pela antinomia, pela inconciliabilidade entre as disposições de duas normas, o intérprete deve realizar todo esforço hermenêutico possível para buscar uma interpretação, um sentido, um significado para ambas que permita a sua convivência, que as torne conciliáveis e compatíveis.

É certo que o sistema prevê princípios que solucionam as antinomias normativas, determinando, em cada caso, a norma que prevalece: trata-se dos princípios *hierárquico* (entre normas de categoria diversa, prevalece a de mais alta hierarquia), *cronológico* (a lei mais nova revoga a lei mais antiga, tacitamente, quando for com ela incompatível) e *da especialidade* (a norma especial prevalece, no seu âmbito restrito de atuação, sobre a norma geral em sentido contrário). Mas a aplicação dessas três vias de solução pressupõe que haja incompatibilidade real, e não aparente, entre as normas. Somente depois de esgotados os recursos da hermenêutica, na busca infrutífera de um modo de interpretar que compatibilize as duas regras, é que se confirma a antinomia, e se declara a prevalência de uma das regras, segundo aqueles critérios 23.

Por outro lado, não pode existir jamais antinomia entre duas normas que

22 Nesse sentido é a jurisprudência. P.ex.: TJBA, Ap. Cív. nº 29.654-9/2005 (13.776); TJDF, Ap. Cív. nº 19980510003776 (Ac. 209883); TJMG, Ap. Cív. nº 2.0000.00.499564-0/000, Ap. Cív. nº 1.0432.02.001543-9/001, Ap. Cív. nº 1.0470.03.013627-4/001; TJMS, Ap. Cív. nº 2003.003824-8; STJ, REsp nº 427440, REsp nº 327720, REsp nº 140080, REsp nº 4492, REsp nº 115767, REsp nº 599597.

23 Sobre a distinção entre antinomia real e antinomia aparente, e sobre os critérios *supra* mencionados para solução de antinomias, consulte-se DINIZ, MARIA HELENA, *Lei de introdução ao Código Civil brasileiro interpretada*, São Paulo : Saraiva, 1994, p.67 e s..

constem do mesmo diploma ²⁴. Os artigos de uma mesma lei são todos contemporâneos, e, portanto, não podem revogar uns aos outros. Normas contemporâneas, e da mesma hierarquia, têm que ser compatíveis. Cabe ao intérprete buscar, com os instrumentos hermenêuticos, uma interpretação que concilie as normas concomitantes e aparentemente antinômicas ²⁵.

18. — A regra hermenêutica em estudo é útil para solver a aparente antinomia entre o art. 8 § 1º e o art. 3º II da lei 9099/95. O art. 8º § 1º previu a regra geral segundo a qual somente as pessoas físicas estão admitidas a figurar no pólo ativo, nas demandas perante o Juizado Especial Cível. Todavia, o art. 3º II afirma a competência (absoluta, segundo uma corrente) do Juizado Especial Cível para conhecer das causas enumeradas no art. 275 II do CPC, onde aparece, dentre outras, a ação para cobrança de débito condominial. Note-se que em todas as demais hipóteses do citado art. 275 II figuram demandas em que o autor pode ser pessoa física ou jurídica. De forma que para todas as outras situações do art. 275 II do CPC é fácil conciliar a regra do art. 3º II com a do art. 8º § 1º da Lei 9099: é da competência do Juizado a causa enumerada no art. 275 II do CPC, quando o autor for pessoa física capaz. Mas na situação da cobrança de dívida condominial parece haver um paradoxo, porque o credor sempre será o condomínio, e o condomínio nunca será pessoa física. Sua qualificação como pessoa jurídica é discutida na doutrina ²⁶ mas, com certeza, pessoa física não é. Logo, parece estar excluído da competência do Juizado Especial Cível.

Duas alternativas hermenêuticas aparecem, então: a primeira, entender que as normas já mencionadas são antinômicas, e interpretar a regra do artigo 3º II da lei 9099 como querendo dizer que o Juizado é competente para as hipóteses do art. 275 II do CPC, menos na hipótese do seu inciso *b*; a segunda, conciliar as regras em conflito, enxergando na hipótese do art. 275 II *b* do CPC uma exceção à regra do art. 8º § 1º da Lei dos Juizados. A primeira das soluções é inadequada: para adotá-la, seria preciso considerar não escrita uma parte da lei, e revogar interpretando, ou interpretar revogando, o que não é admissível, porque viola a regra de hermenêutica ora em estudo ²⁷: admitir-se-ia uma antinomia,

²⁴ Na verdade, dos três métodos de solução de antinomias antes vistos (cronológico, hierárquico e da especialidade), os dois primeiros são inúteis – porque inaplicáveis – às antinomias entre normas contidas no mesmo diploma legal. Apenas o terceiro método, o da especialidade, é que pode ser de utilidade nesse caso, mediante a apuração, no caso concreto, de que uma das regras contemporâneas antinômicas representa exceção à outra, que é regra geral. Tal se dá, p.ex., quando a norma contida no parágrafo contraria a contida no seu *caput*: a organização topológica das disposições revela que o parágrafo excepciona a norma geral do *caput*. Nesse caso, e a 13ª regra, vista adiante, que ajuda a solucionar a questão.

²⁵ O STF já afirmava, há muito: “Hermenêutica. Dispositivos aparentemente antagônicos de uma mesma lei. Se possível, deve-se optar pela interpretação que se concilia” (RMS nº 15825/PE, Relator Ministro Lafayette de Andrada. Publicação DJ 19/10/1966).

²⁶ Mas diz o enunciado 90 da I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal que “deve ser reconhecida a personalidade jurídica ao condomínio edilício” (atualizado pela III Jornada, maio de 2004).

²⁷ E ainda cria uma distinção que a lei não criou, incidindo em infração a outra regra hermenêutica a ser estudada adiante, na 4ª regra.

que levaria à ineficácia de uma das normas, quando há outra interpretação cabível e razoável que compatibiliza as regras em choque. Já a segunda alternativa encontra conforto na interpretação sistemática dos textos legais. A regra da hermenêutica que vamos estudando ensina que no sistema não devem existir incongruências. Essas incongruências aparentes devem ser harmonizadas pela interpretação sistemática. Ademais, a lei que criou a regra pode criar a exceção. A lei 9099 estatuiu a regra geral, pela qual somente as pessoas físicas capazes podem demandar perante o Juizado cível. Ao prever, no art. 3º, a competência do mesmo Juizado para as causas enumeradas no art. 275 II do CPC, entre as quais figura uma em que o reclamante tem que ser pessoa jurídica (ou ente despersonalizado, ou, enfim, pessoa “não física”), estatuiu uma exceção à sua própria regra geral. E, pela interpretação sistemática, chega-se à seguinte interpretação da regra: somente as pessoas físicas capazes, e o condomínio na hipótese do art. 275 II *b*, podem postular perante o Juizado Especial Cível²⁸. Uma conclusão que não viola a vontade da lei, porque opta por dar aplicação harmônica a todas as suas disposições, ao invés de preferir uma regra em detrimento da outra.

19. – Um outro exemplo de normas contemporâneas e aparente antinômicas aparece no art. 81 §§ 1º e 2º do Código Penal, que tratam da revogação e da prorrogação do prazo do *sursis*. Dizem os citados dispositivos:

§ 1º. A suspensão poderá ser revogada se o condenado descumpre qualquer outra condição imposta ou é irrecorrivelmente condenado, por crime culposo ou por contravenção, a pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos.

§ 2º. Se o beneficiário está sendo processado por outro crime ou contravenção, considera-se prorrogado o prazo da suspensão até o julgamento definitivo.

A regra do § 2º tem que ser interpretada restritivamente: a prorrogação do período de prova, em virtude de processo por contravenção, só ocorre se a pena cominada *in abstracto* for de prisão simples. É que a prorrogação no caso de processo por contravenção sujeita somente a pena de multa criaria uma antinomia do § 2º com o § 1º. Este último prevê a facultatividade da suspensão quando houver condenação por contravenção, mas só se for imposta pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos. Se a condenação a pena de multa por contravenção não justifica a revogação do *sursis*, seria anti-lógico que levasse à prorrogação do prazo do benefício. Logo, a interpretação que cabe é a restritiva, acima sugerida²⁹, que preserva a compatibilidade entre os dispositivos aparentemente antinômicos.

20. – A jurisprudência, como se sabe, inclinou-se majoritariamente pelo en-

²⁸ Foi nesse sentido o Enunciado 9 do XXII Encontro Nacional de Coordenadores de Juizados Especiais do Brasil, em 2007.

²⁹ Lição de TOMAZ SHINTATI, *Curso de direito penal*, p.3.

tendimento de que o art. 309 do CTB (Lei nº. 9503/97) revogou o art. 32 da LCP (Decreto-lei nº. 3688/41) ³⁰. Com o devido respeito aos defensores da tese majoritária, a melhor solução, conforme a regra hermenêutica em exame, é a que vê compatibilidade plena entre os dois dispositivos (32 da LCP e 309 do CTB), já que o segundo cobre os casos de direção não habilitada geradora de perigo concreto, e o primeiro os casos onde falta esse perigo concreto. Tal solução dá plena aplicação à regra hermenêutica de que não se reconhece antinomia quando podem as normas ser aplicadas concomitantemente sem contradições. No caso, há uma norma subsidiária mais abrangente, a do art. 32, tipificando o dirigir sem habilitação como infração de mera conduta; e uma norma menos abrangente, a do CTB, incriminando uma conduta mais estrita, que é a de produzir perigo concreto ao dirigir sem habilitação. São hipóteses diferentes, porque têm âmbitos diferentes, e, assim, as normas podem conviver sem conflitar ³¹.

4^a regra *Quando a lei não fez distinção o intérprete não deve fazê-la.*

21. – Quando a lei não fez distinção o intérprete não deve fazê-la (segundo a multacentenária parêmia latina *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*). A mesma regra foi assim expressa por BARROS MONTEIRO: onde a lei não distingue, o intérprete não deve igualmente distinguir. Não deve o intérprete criar, na interpretação, distinções que não figuram na lei. Se o legislador não distinguiu, não deve o operador do direito fazê-lo. Essa regra adverte para a aplicação geral, sem exceções, da regra cujo sentido é geral, e para a qual o legislador não previu exceções. Distinguir, nesse tema, quer dizer excepcionar, tratar de forma dessemelhante, tratar como exceção. E a regra indica que não se presumem exceções ³². As exceções a uma regra geral devem estar previstas na lei – embora não se ignore que a) não precisam estar previstas na mesma lei, b) podem estar previstas de forma implícita, e c) podem decorrer da interpretação sistemática da mesma ou de outras normas.

A regra em exame é freqüentemente invocada em precedentes jurispruden-

³⁰ Vide, p.ex.: STF, RHC 80362/SP, Relator Min. Ilmar Galvão, j. 14/02/2001, Pleno; STJ, HC 35.929/SP, Rel. Ministro Nilson Naves, Sexta Turma, julgado em 16/11/2004, DJ 07/03/2005 p. 350; STJ, HC 16.550/MG, 2001/0046996-5, Rel.: Min. Jorge Scartezini, Quinta Turma, Decisão de 17.02.2003, DJ de 03.05.2004, p. 187; STJ, EDHC 23.164/SP, 2002/0075842-3, Rel.: Min. Felix Fischer, Quinta Turma, Decisão de 16.12.2003, DJ de 09.02.2004, p. 193.

³¹ Nesse sentido houve dezenas de precedentes, inclusive no STJ: ERESP 227564, RHC nº 8.316, HC 12470, HC 12516, ERESP 230140, ERESP 221589, HC 11183, REsp nº 247505, REsp nº 221610, REsp nº 234345, REsp nº 221608, RHC 9464, EI 045.494-0. No mesmo sentido é também a lição da doutrina: CARLOS ERNANI CONSTANTINO, *Direção não habilitada de veículo: o artigo 309 do CTB revogou o artigo 32 da LCP?*, Revista Jurídica, nº 252, out./1998, pág. 35; MÁRCIO ROGÉRIO DE OLIVEIRA BRESSAN, *Art. 309 do CTB não revoga o art. 32 da LCP*, Juris Síntese nº 24, jul.-ago./2000.

³² Nesse sentido a lição de LAURENT (*apud* SERPA LOPES, *Curso de direito civil*, Rio : Freitas Bastos, 1998, v.I, p.135).

ciais 33.

22. — O STJ aplicou a regra hermenêutica em questão ao decidir, interpretando o novo art. 475-J do CPC, que “transitada em julgado a sentença condenatória, não é necessário que a parte vencida, pessoalmente ou por seu advogado, seja intimada para cumpri-la. Cabe ao vencido cumprir espontaneamente a obrigação, em quinze dias, sob pena de ver sua dívida automaticamente acrescida de 10%”, mencionando o voto condutor que “tampouco é permitido ampliar regalias, além do que concedeu o legislador”, e que “o art. 475-J não previu, também, a intimação pessoal do devedor para cumprir a sentença”, de forma que a intimação não é necessária “porque não há previsão legal para tal intimação, o que já deveria bastar” 34.

23. — Por tal regra se conclui que o título executivo extrajudicial pode servir de base à execução de alimentos, como preleciona IWAO SUZUKI:

“Não distinguiu o legislador de 1973 entre títulos executivos judiciais e extrajudiciais, servindo-se apenas da expressão genérica (‘título executivo’) para indicar o primeiro requisito necessário para realizar qualquer execução. Assim, devem ser descartadas interpretações que busquem excluir o título executivo extrajudicial como título hábil a embasar a executiva de alimentos, tendo em vista o supramencionado parágrafo único do art. 580 do CPC, que apenas menciona o gênero (‘título executivo’), sem distinguir as espécies (judicial ou extrajudicial). Atente-se para o fato de que o comando normativo transcrito disciplina a questão do interesse processual, impondo a regra geral para a validade da execução o inadimplemento, sem estabelecer exceções acerca da natureza do título, que deveriam ser expressas, por tratar-se de Direito Público.

A lei não distinguiu entre as duas espécies de título executivo, e sim proibiu o credor de iniciar ou de prosseguir a execução antes do inadimplemento, a teor dos arts. 581 e 582 do CPC, cabendo, nesse caso, a aplicação da regra de hermenêutica segundo a qual ‘onde a lei não distingue, não pode o intérprete fazer distinções’: *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*” 35.

33 P.ex.: Juris Síntese, ementas n.ºs. 189087162, 116009543, 132019346, 132019349, 93024647, 93021960, 172318, 41002844.

34 REsp 954859/RS, Rel. Ministro Humberto Gomes De Barros, Terceira Turma, julgado em 16/08/2007, DJ 27/08/2007 p. 252.

35 SUZUKI, Iwao Celso Tadakyio Mura. *O título executivo extrajudicial pode embasar ação de execução de alimentos?*. In: *Jornal Síntese*, Porto Alegre : Editora Síntese, n.º 61, março/2002, pág. 5. No mesmo sentido: LUCIANO MARINHO DE BARROS E SOUZA FILHO. *Breves considerações acerca da prisão civil por inadimplemento de pensão alimentícia*. Juris Plenum, Caxias do Sul: Plenum, v. 1, n. 104, jan./fev. 2009. 2 CD-ROM. Em sentido contrário, todavia, ressaltando que cabe a execução de alimentos previstos em título extrajudicial, mas não pelo rito do art. 733 do CPC, que prevê a prisão civil: TJPR, 12ª C.Cív., A.I. n.º 0453644-7, Londrina, Rel.: Des. Clayton Camargo, v.u., j. 20.08.2008; TJMG, Ap. Cív. n.º 1.0702.07.400677-7/001(1), Rel. Des. Antônio Sérvulo, DJ 08/07/2008; TJRS, Ap. Cív. n.º 70021923669, 7ª Câmara Cível, Relator Sérgio Fer-

24. — GUILHERME FELICIANO invoca também o brocardo *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus* para afirmar que o art. 307 do CPP, ao prever que o juiz deverá lavrar auto de prisão em flagrante quando o crime for praticado em sua presença, ou contra ele, não distinguiu entre juízes criminais e juízes sem jurisdição penal, razão porque o juiz do trabalho também detém o poder-dever contemplado nesse dispositivo ³⁶.

25. — Aplicando a mesma regra hermenêutica aqui estudada, e invocando o mesmo brocardo, decidiu o STJ que “nos termos do art. 665 IV, CPC, é requisito indispensável do auto de penhora a nomeação do depositário do bem, assim como a assinatura no termo, independentemente da natureza do bem penhorado”, seja este corpóreo ou incorpóreo, porque a lei não fez distinção a respeito ³⁷.

26. — A regra em exame é freqüentemente lembrada na jurisprudência superior. No STJ, p.ex., foi invocada recentemente: *a)* para reconhecer a ex-combatente pensão especial estabelecida do art. 53, II, do ADCT independentemente do porte da embarcação utilizada, porque a lei não faz tal distinção ³⁸; *b)* para conceder reforma *ex officio* por incapacidade definitiva a militar portador do vírus HIV independente de ser mero portador do vírus HIV ou de já ter desenvolvido a doença, porque Lei n.º 7670/88 não distinguiu tais situações ³⁹; *c)* para reconhecer que os requisitos do auto de penhora são os mesmos, independentemente da natureza do bem penhorado, corpóreo ou incorpóreo ⁴⁰; *d)* para afirmar que a violência de que trata o inciso I do artigo 44 do Código Penal é a real, porque violência, no Código Penal, tem sempre o sentido de emprego de força sobre a coisa ou pessoa, não havendo nesse caso distinção autorizada por lei ⁴¹.

nando de Vasconcellos Chaves, DJ 21/12/2007; TJRS, Ap. Cív. n.º 70007532021, 8ª Câmara Cível, Relator Rui Portanova, j. 18/12/2003; TJMG, Ap. Cív. n.º 1.0000.00.229879-2/000(1), Rel. Des. Pinheiro Lago, DJ 10/05/2002.

³⁶ FELICIANO, GUILHERME GUIMARÃES. *Aspectos penais da atividade jurisdicional do juiz do trabalho*. In: Síntese Trabalhista, Porto Alegre : Editora Síntese, n.º 159, set./2002, pág. 23.

³⁷ STJ, Juris Síntese, ementa n.º 116009543.

³⁸ AgRg no REsp 768419/SC, Rel. Ministro Hélio Quaglia Barbosa, Sexta Turma, julgado em 14/02/2006, DJ 06/03/2006 p. 485.

³⁹ REsp 662566/DF, Rel. Ministro Hélio Quaglia Barbosa, Sexta Turma, julgado em 19/10/2004, DJ 16/11/2004 p. 343.

⁴⁰ REsp 420303/SP, Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, julgado em 06/06/2002, DJ 12/08/2002 p. 223.

⁴¹ RHC 9135/MG, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, Sexta Turma, julgado em 06/04/2000, DJ 19/06/2000 p. 210.

5^a regra *A norma especial prevalece sobre a norma geral.*

27. — Interpretar a norma, como foi dito no princípio, inclui determinar o seu alcance, ou seja, seu âmbito de incidência. Implica, em suma, em determinar a que casos se aplica a norma. Há, como é sabido, normas gerais e normas especiais, as primeiras feitas para cobrir um universo amplo de situações, e as segundas para tratar de situações particulares, específicas, desmembradas daquele universo. Se temos uma lei geral (o Código Civil) tratando de contratos, e várias leis especiais (a Lei do Inquilinato, o Código do Consumidor, p.ex.) tratando também de contratos, devemos observar que *situações especiais* resolvem-se segundo as regras especiais, e as *situações* gerais resolvem-se pela regra geral. A regra geral só incide quando não houver regra especial cobrindo uma determinada hipótese. Num conflito entre regra geral e regra especial (entre regra e exceção, na prática), a exceção prevalece, a regra especial é a preferente ⁴². A regra geral se aplica no silêncio da regra específica, ou onde for compatível com esta.

Há, p.ex., uma norma geral (o Código de Processo Penal) prevendo um rito para o procedimento de apuração judicial de crimes. Mas se o crime a ser julgado for, p.ex., o de abuso de autoridade, não se aplicam as normas procedimentais do CPP, porque a Lei 4898 tem regras especiais aplicáveis para essa situação específica. O mesmo se pode dizer de todas as leis que disciplinam procedimentos especiais (tóxicos, juizado especial, crimes contra a honra), que prevalecem, nos casos específicos de que tratam essas normas, sobre as disposições do CPP. O homicídio culposo praticado na condução de veículo automotor não se submete à regra do art. 121 § 3º do Código Penal, porque há para a hipótese regra especial, no art. 302 do Código de Trânsito. Em suma, a norma geral, nesses casos como em todos os casos semelhantes, só prevalece no silêncio da regra específica, ou onde for compatível com esta.

28. — Aplicando o princípio em comento encontram-se numerosos precedentes, como, p.ex.: a) do TJPR, afirmando a inconstitucionalidade da contribuição previdenciária incidente sobre pensão, porque a regra do art. 195 II da Constituição da República é especial a respeito do tema ⁴³; b) “no caso dos eletricitários, por haver norma especial disciplinando a matéria, o adicional de periculosidade deve ter como base de cálculo a remuneração e não o salário-base, não incidindo na espécie as disposições do art. 193 da CLT, porquanto prevalece o princípio da especialidade” ⁴⁴; c) “A competência para a ação que exige reparação de danos por quebra contratual segue a regra do art. 100, inciso IV, alí-

⁴² Aplicando a regra em exame, aresto do STJ: “O art. 1º do Decreto-Lei nº 4240/41, por ser norma especial, prevalece sobre o art. 125 do CPP e não foi por este revogado eis que a legislação especial não versa sobre a mera apreensão do produto do crime, mas, sim, configura específico meio acautelatório de ressarcimento da Fazenda Pública, de crimes contra ela praticados. Os tipos penais em questão regulam assuntos diversos e têm existência compatível”. (STJ, Juris Síntese, ementa nº 116005487)

⁴³ Juris Síntese, ementa nº 153009013.

⁴⁴ Juris Síntese, ementa nº 24011893.

nea *d*, do CPC, que por ser norma especial, prevalece sobre a da alínea *a*, de caráter geral” 45; *d*) “nas ações de reparação do dano sofrido em razão de acidente de veículos, será competente o foro do domicílio do autor ou do local do fato (par. único, art. 100, CPC). O autor pode optar pelo domicílio do réu. Mas, este, inversamente, não pode pretender que a ação seja proposta no foro do seu domicílio, porque a norma especial prevalece sobre a geral do art. 94 do CPC” 46.

Também por aplicação do princípio em estudo sabe-se que a inicial da execução fiscal não precisa ser instruída com a memória do cálculo, porque a exigência do art. 614 II do CPC, aplica-se às execuções regidas pelo CPC (norma geral), e não às regidas pela LEF (Lei Federal nº 6830, de 1980), que é lei especial 47.

6ª regra *No todo se contém a parte.*

29. — Essa regra se baseia no argumento *a majori ad minus*, que parte da premissa de que a solução ou regra aplicável ao todo é também aplicável às suas partes. A norma que incide sobre um determinado contrato, incide sobre cada cláusula daquele contrato. Buscar afastar da incidência da norma uma parte do “todo” de que ela trata significa realizar uma distinção, criar uma exceção. As exceções não se presumem, devem estar previstas – ainda que implícita ou sistematicamente – no ordenamento jurídico (como visto anteriormente, *supra*, 4ª regra). Sob um outro aspecto, a norma em exame também implica que a regra que impõe ou exige o mais também exige ou impõe o menos, a regra que conduz à consequência “toda” também conduz às partes ou derivações necessárias dela. P.ex.: a norma que impõe o despejo do inquilino necessariamente implica no despejo dos seus familiares, dos seus móveis, dos seus animais domésticos, etc.; a norma que impõe o segredo de justiça em relação a um processo também implica no segredo da audiência, que é parte do processo; a norma que decreta a nulidade de um certo contrato afeta também a validade da cláusula penal inserida nesse contrato; a cláusula que confere o poder de receber inclui o poder de dar quitação ao pagante.

30. — Lembrando a regra hermenêutica em comento temos repellido a fre-

45 Juris Síntese, ementa nº 86027462.

46 Juris Síntese, ementa nº 11001658

47 Nesse sentido é a jurisprudência: STJ, RESP 290.141/RS, Relator Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, DJ de 31.03.2003; TRF 4ª R., AC 2003.04.01.003827-0, PR, 5ª T., Rel. Juiz Ricardo Teixeira do Valle Pereira, DJU 10.03.2004, p. 505; TRF 4ª R., AC 2001.71.08.007911-5, RS, 2ª T., Rel. Des. Fed. Dirceu de Almeida Soares, DJU 04.02.2004, p. 525; TRF 3ª R., AC 909308, (2000.61.13.006416-7), 3ª T., Rel. Des. Fed. Carlos Muta, DJU 18.03.2004, p. 516; TRF 3ª R., AC 812729, (2002.03.99.026871-3), 3ª T., Rel. Des. Fed. Carlos Muta, DJU 03.03.2004, p. 211; TRF 3ª R., AC 638.794, (2000.03.99.063384-4), 3ª T., Rel. Juiz Carlos Muta, DJU 04.04.2001, p. 291; TRF 4ª R., AC 2001.72.03.001073, SC, T.Esp., Rel. Des. Fed. Dirceu de Almeida Soares, DJU 30.07.2003, p. 433.

qüente alegação de que os bancos não teriam o dever de conservar documentos antigos das suas contas correntes. Tal alegação funda-se numa injustificada confusão entre os conceitos de obrigação e ônus. O banco tem a obrigação de prestar contas ao correntista, consoante jurisprudência sumulada, de todo o período não abrangido pela prescrição. Quanto à guarda dos documentos necessários para instruir a prestação de contas, representa um ônus daquele que é obrigado a prestá-las. Se a norma jurídica obriga à prestação de contas, essa mesma norma cria o ônus de guarda dos documentos necessários àquela prestação, porque no todo (o dever de prestar as contas) está abrangida a parte (apresentar os documentos é parte indissociável do ato de prestar contas). Cabe, por analogia, invocar o multacentenário brocardo “quem pode o mais, pode o menos”, já que, como consequência, ele conduz à conclusão de que quem deve o mais, deve o menos: quem deve prestar contas deve provar que as contas são boas.

31. – Outro exemplo aparece na possibilidade de mudança do pedido, antes da citação do réu, para conversão do requerimento de falência em ação ordinária de cobrança, como sustenta FREDIE DIDIER JR. lembrando a regra hermenêutica aqui estudada:

“[...] não há qualquer óbice para – depois de exercitado o direito processual do autor de, antes da citação, modificar a causa de pedir ou o pedido – se adotar um outro procedimento. Em outras palavras: na hipótese de ainda não ter sido o réu chamado a integrar o processo, motivos não existem para se proibir a alteração do procedimento, afinal, repita-se, nessa fase vige expressa permissão legal à transformação do libelo (alteração do pedido e da causa de pedir). Logo, por esse prisma, é perfeitamente possível a alteração procedimental na demanda deduzida em juízo. Com efeito, incide, aqui, o velho argumento *a maiori ad minus*: se pode o autor transpor processo de execução em processo de conhecimento, ainda com maior tranqüilidade poderá ele postular a troca de requerimento de falência por pedido de cobrança, haja vista se tratar ambos de ação de conhecimento – pelo menos, quanto à primeira fase daquela”⁴⁸.

TÚLIO LIMA VIANNA utiliza a regra hermenêutica em questão ao defender que, como os dados informáticos se enquadram no conceito de “coisa” (ou seja, o todo, o gênero “coisa” contém a parte, os dados informáticos, espécie de “coisa”), a conduta de destruir, inutilizar ou deteriorar tais dados alheios é típica para o art. 163 do CP⁴⁹. ALDEMARIO ARAUJO CASTRO utiliza a regra hermenêutica em exame para defender que o documento eletrônico deve receber a mesma validade que o documento em forma tradicional, pois o direito admite até

⁴⁸ FREDIE DIDIER JR.. *Pedido de falência frustrado pelo encerramento das atividades da empresa: conversibilidade de rito, desconsideração da personalidade jurídica e litisconsórcio eventual*. Publicada no *Juris Síntese* nº 36, jul/ago de 2002.

⁴⁹ VIANNA, TÚLIO LIMA. *Do delito de dano e de sua aplicação ao Direito Penal informático*. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 482, 1 nov. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5828>>. Acesso em: 06 mar. 2009.

mesmo o contrato verbal 50.

7ª regra *O que é conforme ao espírito e letra da lei se compreende na sua disposição.*

32. — A regra em exame convoca à interpretação analógica, pela qual se conclui que determinada hipótese, não prevista literalmente no texto da lei, se enquadra na sua disposição, por ser semelhante às hipóteses explicitamente mencionadas no texto. Essa regra aparecia, na extinta Consolidação das Leis Civis, expressa em outros enunciados que têm o mesmo sentido: os casos compreendidos na lei estão sujeitos à sua disposição, ainda que não os especifique, devendo proceder-se de semelhante a semelhante, e dar igual inteligência às disposições conexas; o caso omissis na letra da lei se compreende na disposição quando há razão mais forte; à identidade de razão corresponde a mesma disposição de direito. A última frase é, talvez, a que melhor expressa o princípio embutido na regra: *ubi eadem ratio, ibi eadem dispositio* (onde vigora a mesma razão, deve-se aplicar a mesma disposição, a mesma solução). As hipóteses, mesmo as não previstas literalmente, que se assemelharem àquela de que trata a norma, devem ser atendidas pela mesma norma 51.

A regra hermenêutica em exame serve de esteio para o chamado argumento *a simile* ou *a pari ratione*, que é fundado na analogia e defende que dois casos merecem a mesma solução porque são similares. É recurso largamente utilizado na retórica forense nos casos em que se sustenta que dois casos devem ser assimilados porque a ambos se aplica a mesma *ratio legis*. Tem esteio forte na regra constitucional da isonomia (duas situações iguais devem receber tratamentos iguais), e também na interpretação lógica do Direito.

A regra em estudo é a que fundamenta a aplicação da interpretação analógica, admitida inclusive no direito penal. Leciona NELSON HUNGRIA que “Quando o Código incrimina a bigamia (artigo 235) está necessariamente implícito que abrange na incriminação a poligamia; quando incrimina o rapto (artigo 219), sem outra distinção que a referente aos meios executivos, compreende não só o rapto *per abductionem* (com remoção da vítima de um lugar para outro) como o rapto *per obsidionem* (com arbitrária retenção da vítima em lugar aonde fora por sua livre vontade); quando um fato é incriminado por criar uma situação de perigo (v.g.: o fato previsto no art. 130 do Código Penal), também o é, não obs-

50 *O documento eletrônico e a assinatura digital*. Fonte: <http://jusvi.com/artigos/1065>. Acessado em 26/2/2009.

51 Questão outrora controvertida, e relacionada com a aplicabilidade da regra em exame, foi a respeitante a haver ou não analogia entre as penas criminais e a medida sócio-educativa do ECA, para fins de aplicação do instituto da prescrição a estas últimas. Prevaleceu a tese da analogia: “A prescrição penal é aplicável nas medidas sócio-educativas” (Súmula n. 338/STJ). Fundamentando o cabimento da prescrição: PACAGNAN, ROSALDO ELIAS. *Prescrição e remissão no estatuto da criança e do adolescente*. Revista Jurídica. Porto Alegre : Editora Síntese, nº 211, mai./1995, pág. 22.

tante o silêncio da lei, quando cria uma situação de dano efetivo (crime exaurido)”^{52 53}.

33. — Essa regra aplica-se na discussão sobre se a pretensão de revisão de cláusulas contratuais, apontadas como abusivas, pode abranger contratos extintos pelo pagamento⁵⁴. É que os arts. 1007 e 1008 do Código Civil revogado, correspondentes ao art. 367 do novo Código Civil, prevêm que não podem ser objeto de novação obrigações nulas. É pacífico que a novação não convalida as cláusulas nulas dos contratos que ela extingue⁵⁵. Ora, a novação é forma de extinção da obrigação. Também o pagamento o é. Se uma das formas de extinção, a novação, não convalida nulidades do contrato que fulmina, também o pagamento não as convalida. Logo, contratos pagos também podem ser revisados, para expurgar as cláusulas nulas⁵⁶.

34. — Outro exemplo vem do art. 6º do Código Penal: “considera-se praticado o crime no lugar em que ocorreu a ação ou omissão, no todo ou em parte, bem como onde se produziu ou deveria produzir-se o resultado”. O artigo diz que basta parte da ação ocorrer no Brasil para o crime ser considerado sujeito às leis nacionais. Quanto ao resultado, a lei não se refere ao resultado parcial. Contudo, se a execução parcial do crime no Brasil leva à aplicação do efeito previsto na norma (considerar-se o crime praticado aqui), por identidade de razão a realização de parte do resultado no país também produz o mesmo efeito jurídico.

Outros exemplos: a) se o casamento entre vítima e agressor extingue a punibilidade do estupro, a *pari razione* a união estável entre ambos deve produzir o

⁵² HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*, v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1949, p. 70.

⁵³ Outros exemplos: o reconhecimento da prática do crime de racha (Código de Trânsito Brasileiro, art. 308) não apenas através de “corrida automobilística”, mas também de outros veículos automotores (motocicletas, caminhões etc.); a inclusão das armas impróprias (chave inglesa, bisturi, foice, etc.) no conceito de arma, para efeito de majoração da pena do crime de roubo (CP, art. 157, § 2º, I); a admissão, como vítima do crime de omissão de socorro, de qualquer pessoa, mesmo válida ou sem ferimentos, desde que em grave e iminente perigo de vida; a forma qualificada de lesão corporal mesmo quando não ocorra, propriamente, aceleração de parto (já tratei do assunto no capítulo anterior), mas sua inesperada e perigosa antecipação, por força da violência sofrida pela gestante (CP, art. 129, § 1º, IV); a forma qualificada de receptação não só na hipótese em que o agente “deve saber” mas, como parece óbvio, na hipótese em que efetivamente “sabe” que a coisa receptada é produto de crime (CP, art. 180, § 1º). Todos mencionados por: BASTOS, JOÃO JOSÉ CALDEIRA. *Interpretação e analogia em face da lei penal brasileira: visão teórico-dogmática e crítico-metodológica*. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1474, 15 jul. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10130>>. Acesso em: 06 mar. 2009.

⁵⁴ A Súmula 286 do STJ afirma que sim: “A renegociação de contrato bancário ou a confissão de dívida não impede a possibilidade de discussão sobre eventuais ilegalidades dos contratos anteriores”.

⁵⁵ STJ, REsp nº 513023.

⁵⁶ Nesse sentido: STJ, REsp nº 293778.

mesmo efeito 57; b) se a instauração de novo processo-crime contra o réu prorroga o prazo do *sursis*, a *simile* deve também prorrogar o prazo da suspensão condicional do processo 58; c) se o aborto é lícito na gravidez resultante de estupro, *a pari* é também lícito na resultante de atentado violento ao pudor.

8ª regra *Quando a lei é obscura, interpreta-se-a restritivamente.*

35. — A fórmula tradicional dessa norma, no direito romano, era “nas coisas obscuras sempre seguimos o mínimo”. Por incontáveis razões, eventualmente a redação do texto legal é falha, ou contém erros que lhe prejudicam a compreensão, ou é redigida em termos extremamente dúbios ou subjetivos, que dificultam uma interpretação objetiva. Ainda assim uma lei imperfeitamente redigida é lei, e obriga. Cabe ao operador do direito buscar uma interpretação que torne a regra aplicável, efetiva. Mas, adverte a regra cunhada por ULPIANO, nas situações onde a redação for truncada, visivelmente defeituosa, impossível de ser compreendida logicamente, “seguimos o mínimo”. Ou seja, a norma defeituosa na sua construção textual deve ser interpretada restritivamente, para englobar apenas os casos indiscutivelmente nela previstos, e produzir apenas os efeitos e conseqüências literalmente contempladas no texto. Garante-se, assim, que uma norma imperfeita na redação produza o menor malefício possível.

9ª regra *Não deve, àquele a quem o mais é lícito, deixar de ser lícito o menos.*

36. — A regra, vulgarmente expressa na frase “quem pode o mais pode o menos”, indica que onde a lei confere a alguém determinado poder, direito ou prerrogativa, essa atribuição inclui também os aspectos acessórios, e necessariamente decorrentes, desse poder, direito ou prerrogativa. Reprisando um exemplo já citado, quem pode despejar o inquilino pode “despejar-lhe” os móveis e animais domésticos. A norma que dá a alguém direito sobre o imóvel, salvo exceção expressa também dá direito às benfeitorias. Quem tem direito ao

⁵⁷ Vide, a respeito: FARIAS, CRISTIANO CHAVES DE. *A união estável como forma extintiva da punibilidade*. In: Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal, Porto Alegre : Editora Síntese, nº 05, dez.-jan./2001, pág. 38. O STJ já decidiu no sentido defendido no texto: Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal, Porto Alegre : Editora Síntese, nº 23, dez.-jan./2004, pág. 89. Decidiu também no mesmo sentido no HC 17.299/RJ, rel. Min. Vicente Leal, DJU 1/4/02. E o STF já se pronunciou no mesmo sentido, no Recurso Extraordinário no HC 79.788-1/MG, rel. Min. Nelson Jobim, DJU 17/8/01.

⁵⁸ Vide, a respeito: PIVA, PAULO CESAR. *Revogação da suspensão condicional do processo - prorrogação do período de prova*. In: Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal, Porto Alegre : Síntese, nº 10, out.-nov./2001, pág. 42.

recebimento do principal também tem direito aos juros. Ou, por outro prisma, como ensina Ferrara, “quem tem direito ao mais, tem direito ao menos (*argumentum a maiori ad minus*)”, e “legitimado um fim, legitimados estão os meios indispensáveis para se conseguir esse fim” 59.

A regra em exame é lembrada em muitos precedentes pretorianos, como nestes exemplos:

“Se a orientação majoritária no STJ, em relação a questão da concessão da assistência judiciária gratuita, é a de que a simples afirmação da necessidade da justiça gratuita é suficiente para o deferimento do benefício, então, – corolário lógico do adágio popular de que ‘quem pode o mais, pode o menos’ –, o deferimento do pagamento de custas a final, partindo-se da afirmação da parte de que não pode arcar com as custas processuais sem prejuízo de seu sustento e de sua família, mostra-se perfeitamente correto, uma vez que negar esse direito constitucionalmente previsto obstará seu acesso a jurisdição” 60.

“Sendo competente a Justiça Comum Estadual para decidir sobre concessão de benefício acidentário, por óbvio resta também competente, futuramente, para o reajuste do mesmo benefício, pois quem pode o mais pode o menos [...]” 61.

“Se os poderes [do mandatário] para administrar abrangem até os necessários para alienar, neles se compreende os de apresentar defesa em juízo, porquanto, quem pode o mais pode o menos” 62.

“A previsão constitucional do § 7º do artigo 150, reproduzida no artigo 10 da LC 87/96, admite a restituição do imposto recolhido em regime de substituição tributária quando o fato gerador presumido não se realizar. Se assim previu a Lei Maior, com muito mais razão deve ser deferida a restituição ou a compensação nas hipóteses em que a operação ocorre a menor, pois quem pode o mais, pode o menos” 63.

37. – Num mandado de segurança em que se discutia o regime de substituição tributária nas operações relacionadas com derivados de petróleo, dizia a impetrante que a referida substituição era inconstitucional porque sua instituição dependeria de lei complementar, não tendo esse *status* o Convênio nº 66/88. Esse Convênio, editado com base nos amplos poderes conferidos pelo art. 34 §§ 3º e 8º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, permitiu aos Estados estabelecerem a cobrança antecipada do ICMS. Não acatamos o argumento de que a abrangência do convênio tinha de circunscrever-se só à instituição do imposto, sem legitimidade para disciplinar também a substituição tributária, porque se a permissão constitucional para a celebração de convênio estende-se

59 FERRARA, FRANCESCO. *Como Aplicar e Interpretar as Leis*. Belo Horizonte: Líder, 2002, p.46.

60 Juris Síntese, ementa nº 27198439.

61 Juris Síntese, ementa nº 86026725.

62 Juris Síntese, ementa nº 11011463.

63 STJ, Juris Síntese, ementa nº 116009678.

à toda a matéria compreensiva da própria instituição do ICMS, nessa permissão se insere outra, menor, para a instituição de mecanismos operacionais de tributação mais convenientes e eficazes, seja por sujeição direta, seja por sujeição indireta. É aplicação da norma hermenêutica em exame, traduzida em outros termos: quem atribui o fim, dá os meios, e quem pode o mais, pode o menos. Se aos Estados a Constituição da República deferiu ampla competência para a disciplina provisória do imposto, nela se contém a autorização para a adoção de técnicas tendentes a facilitar a arrecadação, como a transferência da obrigação tributária a contribuinte ligado à cadeia de consumo e com melhores condições de cumpri-la.

10^a regra *Leis excepcionais ou especiais devem ser interpretadas restritivamente.*

38. — Já se disse, em mais de uma passagem, que não se presumem exceções, e que estas devem estar previstas na lei de forma clara. *Clara* não quer dizer *explícita*. Uma exceção pode ser evidente, embora esteja implícita num texto que não a menciona *literalmente*. De qualquer sorte as leis excepcionais são as que se prendem a eventos ou situações anormais e transitórias para as quais cunham-se regras “de ocasião”, que se prendem à efeméride que as motivou. Essas regras excepcionais (como as criadas em situação de calamidade pública, guerras, revoluções, inundações, epidemias, etc.) devem ser interpretadas de forma estrita, para abrangerem somente os casos nelas literalmente contemplados, e produzir somente as conseqüências expressamente previstas. Já as leis especiais são aquelas que, ao contrário das normas ditas *gerais*, não tratam da universalidade de casos e situações, mas de um setor ou fragmento dessa universalidade, para o qual se criam regras próprias. Assim, as regras do Código Civil sobre os contratos são gerais, e as regras do Código do Consumidor são especiais, porque tratam somente de determinados contratos. As disposições da LCH são especiais porque se aplicam apenas a um determinado contingente de crimes e criminosos, e não a todos os crimes e criminosos, como o Código Penal, que é norma geral. Dentre as normas especiais, para as quais a doutrina sempre preconizou a interpretação restritiva, estão as leis fiscais ou tributárias e as normas penais incriminadoras.

Para as normas excepcionais e especiais, antes exemplificadas, a hermenêutica sempre preconizou a regra pela qual tais normas só admitem a interpretação restritiva, isto é, aquela que retira do conteúdo da norma o mais estreito significado possível, quer quanto ao âmbito de incidência da norma, quer quanto à extensão das suas conseqüências. Mas, como adverte SACHA CALMON NAVARRO COELHO ⁶⁴ interpretação literal não é interpretação mesquinha ou meramente gramatical, mas, sim, interpretação estrita e nunca extensiva. As exceções de-

⁶⁴ *Curso de Direito Tributário Brasileiro*. Rio de Janeiro : Forense, p.576.

vem ser compreendidas com extrema rigidez. Sendo possível mais de uma interpretação razoável e ajustada aos elementos sistemático e teleológico, deve prevalecer aquela que mais se aproximar do elemento literal, como ensina HUGO DE BRITO MACHADO ⁶⁵.

Assim, p.ex., entendeu o STJ que a norma que prevê aposentadoria especial para o professor “é de caráter excepcional e de privilégio, com interpretação restritiva” ⁶⁶. Também já se decidiu que a anistia tributária tem seus efeitos limitados ao texto da norma que a concede, merecendo interpretação estrita, por ser de natureza excepcional ⁶⁷.

39. — Outro exemplo de aplicação da regra em comento: devedor que dá imóvel impenhorável (bem de família) em hipoteca ao credor renuncia ao privilégio de invocar, contra o credor hipotecário, a impenhorabilidade do bem. O ato da constituição da hipoteca, tal qual o ato de oferta do bem impenhorável à penhora, afasta a impenhorabilidade em prol do credor beneficiado. Mas a outorga de hipoteca em prol de um credor torna o bem penhorável por qualquer outro credor? Não, porque a regra sob interpretação é excepcional, e deve ser interpretada estritamente. A hipoteca torna o imóvel penhorável apenas pelo credor hipotecário. Para todos os demais credores, inclusive o embargado, a impenhorabilidade permanece hígida ⁶⁸.

11^a regra *Prevalece a interpretação que melhor atenda à tradição do direito.*

40. — Essa norma complementa a 1^a regra: nas questões duvidosas, ao invés da interpretação que conduza ao absurdo, prefere-se a que está conforme a tradição do direito. A norma convoca ao atendimento do método histórico de interpretação. Na frase de MAXIMILIANO, só quem não conhece o Direito acredita na possibilidade de se fazerem leis inteiramente novas. O Direito presente é uma reprodução, ora integral, ora modificada, ora melhorada, ora piorada, de um sistema pré-existente, e que vem evoluindo ao longo dos séculos. O direito contemporâneo tem raiz no Direito do Império, que tem raiz no Direito português, que tem raiz no Direito comum medieval, que tem raiz no Direito romano. Na Babilônia de 3 mil anos atrás o contrato de compra e venda entre pais e

⁶⁵ *Curso de Direito Tributário*. 22^a ed., São Paulo : Malheiros, 2003, p. 105.

⁶⁶ Juris Síntese, ementa nº 116005736.

⁶⁷ Apelação Cível/Reexame Necessário nº 1.0024.02.808591-8/001, 4^a Câmara Cível do TJMG, Belo Horizonte, Rel. Almeida Melo. j. 22.04.2004, unânime, Publ. 18.05.2004.

⁶⁸ Nesse sentido: TJSC, Mand. de Segurança n. 7.552, Comarca de Ituporanga, Ac. unân., 4a. Câm. Cív., Rel: Des. João José Schaefer, Impte: Agostinho Waldemar Feliciano, Adv: Nelson José Fachini, Impdo: Juiz de Direito da Comarca, Advs: Norton Candemil Pereira e outros, Fonte: DJSC, 01.07.94, pág. 03. Ainda: TAPR, Ap. Cível n. 0065732-5, Comarca de Centenário do Sul, Ac. 4563, 1a. Câm. Cív., unân., Rel: Juiz Roberto Costa Barros, conv., j. em 17.05.94, Fonte: DJPR, 03.06.94, pág. 48.

filhos já era passível de anulação. Quando falamos em fiança, arras, arrendamento rural, estamos falando de mais de 25 séculos de história, de institutos jurídicos que remontam à Grécia de 600 anos antes de Cristo. Assim, o passado explica o presente. Quando interpretamos um fragmento da lei de hoje, temos de compreendê-lo não só como um ramo numa grande árvore que é o Direito positivo vigente: temos que compreender esse fragmento como um fruto de uma árvore cujas raízes estão fincadas no passado. O método histórico é a técnica interpretativa que indaga das condições de meio e momento da elaboração da norma legal, e das causas pretéritas da solução dada pelo legislador. Parte da premissa de que estudando o passado se compreende o presente. Desdobra-se na busca da *origo legis* (entender o significado da norma que regula o tema, hoje, estudando sua evolução na história do direito) e da *occasio legis* (visa compreender, analisando o momento histórico da confecção da norma, as razões que inspiraram o legislador àquela solução legislativa).

É preciso frisar, contudo, que a lei não representa a vontade do legislador, um “testamento” de uma geração para outra. Uma vez promulgada, a lei torna-se independente de seus autores. A vontade da lei desprende-se da vontade do legislador, e esta última deixa de importar. A lei passa a valer pelo seu conteúdo, não é “um pensamento morto” (MAXIMILIANO). Por isso, a interpretação histórica é principalmente uma interpretação histórico-evolutiva, que busca adaptar os conceitos da lei antiga ao momento atual e às exigências da sociedade atual ⁶⁹. Daí resulta, p.ex., a aplicação à *internet* e problemas jurídicos que ela

⁶⁹ Um excelente exemplo de como a vontade da lei deve ser atualizada para atender às exigências da realidade presente, que é diversa da realidade do tempo em que foi criada a lei, está na questão da relativização da presunção de violência por menoridade da vítima, nos crimes sexuais. São lapidares, a respeito, as lições deste aresto: “O fundamento da ficção legal de violência, no caso dos adolescentes é a *innocentia consilii* do sujeito passivo, ou seja, a sua completa insciência em relação aos fatos sexuais, de modo que não se pode dar valor algum ao seu consentimento. [...] E agora, passados outros 50 anos, pode o intérprete continuar a considerar esse limite de 14 anos de idade ideal e adequado para efeito de autodeterminação sexual? Transformações sexuais, alteração dos padrões sócio-culturais do mundo atual não poderiam determinar um nova leitura daquele preceito legal? É mais do que claro que no dias atuais, não se pode mais afirmar que uma pessoa, no período de vida correspondente à pré-adolescência, continue, como em 1940, a ser uma insciente das coisas do sexo. Como antes mencionado, sexo, na atualidade, deixou de ser o tema preconceituoso e até ‘imoral’ de antigamente, para situar-se numa posição de grande destaque na família, onde é discutido livremente, até por uma questão de sobrevivência, em virtude do surgimento de uma moléstia letal; nas escolas, onde adquiriu o *status* de matéria curricular e nos meios de comunicação de massa, onde se tornou assunto corriqueiro. A quantidade de informações, de esclarecimentos, de ensinamentos sobre o tema ‘sexo’ flui rapidamente e sem fronteiras, dando às pessoas, até com menos de 14 anos de idade, uma visão teórica da vida sexual, possibilitando-a ‘rechaçar’ as propostas e agressões que nessa esfera produzirem-se e a uma consciência bem clara e nítida da disponibilidade do próprio corpo. Sob pena de conflitemos lei e realidade social, não se pode mais afirmar que se exclui completamente, nos crimes sexuais, a apuração do elemento volitivo da pessoa ofendida, de seu consentimento sob o pretexto de que continua não podendo dispor livremente de seu corpo, por faltar-lhe capacidade fisiológica e psico-ética. A pressão exercida pela realidade social tem sido de tal ordem que a presunção de violência decorrente da circunstância da pessoa da ofendida dispor de idade inferior a 14 anos se relativizou. [...] a tais situações de relativização da presunção, deve ser acrescida uma outra, ou seja, exclui-se a presunção de violência quando a pessoa ofendida,

gera leis criadas ao tempo em que tal tecnologia não existia, como a Lei de Imprensa ⁷⁰.

41. – O texto da Lei Federal nº. 1.060/50 diz que gozam do benefício da assistência judiciária gratuita os nacionais e estrangeiros residentes no país, mas não afirma expressamente que o dito benefício é exclusivo da pessoa física. Aplicando a regra aqui enfocada – prevalece a exegese que melhor atende à tradição do direito – decidiu o TRT da 2ª Região:

“A garantia constitucional da assistência judiciária (na qual se compreende a justiça gratuita) foi sempre instituída apenas em favor das pessoas físicas. Historicamente, as Constituições que cuidaram do tema (1934, 1946 e a de 1967, com a Emenda 1/69), restringiram o benefício aos ‘necessitados’, cujo conceito, firmado pela Lei nº. 1.060/50, abrange aqueles ‘cuja situação econômica não lhe permita pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio e da família’ (art. 2º, parágrafo único). A concepção da garantia, portanto, pela interpretação lógica e histórica, não alcança as pessoas jurídicas” ⁷¹.

42. – Já se decidiu, também, atendendo à regra aqui estudada, que a declaração de inconstitucionalidade de norma tributária opera efeitos *ex tunc*, uma vez que, segundo a tradição do direito brasileiro, “norma jurídica inconstitucional é nula” ⁷². Também se entendeu que “pela tradição do direito do trabalho (CLT, 59, § 2º), o acordo de compensação [de horas de trabalho] deve ser escrito e pode ser individual” ⁷³. O STF, por seu turno, entendeu que “na tradição do direito brasileiro”, somente as infrações político-administrativas dos prefeitos, previstas no art. 4º, do Dec.-Lei nº. 201/67, é que podem ser denominadas de crimes de responsabilidade ⁷⁴. Também se decidiu que “é de tradição do direito processual brasileiro que o julgamento dos tribunais seja feito através de órgão

embora com menos de 14 anos de idade, deixa claro e patente ter maturidade suficiente para exercer a sua capacidade de auto-determinar-se no terreno da sexualidade. [...] O consentimento, ou a adesão da pessoa ofendida mostra-se, nesses casos, relevante e eficaz. Considerar-se, portanto, a presunção de violência mais um vez relativa não lesiona o texto legal e permite colocar o juiz em sintonia com a realidade em que está inserido” (TJSP, AC 93.117-3, Rel. Des. MÁRCIO BÁRTOLI, *apud*: SILVA FRANCO ET ALLII, *Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial*, p.2531-32).

⁷⁰ Nesse sentido, p.ex.: “Penal. Injúria. Publicação ofensiva. Site da internet. Aplicação da lei de imprensa. Decadência. Extinção da punibilidade. Uma entrevista concedida em um chat (sala virtual de bate-papo), disponibilizada de modo *on line*, na *home page* de um jornal virtual, se reveste de publicidade bastante para se subsumir ao art. 12 da Lei nº 5250/67 e, pois, atrair a incidência do prazo decadencial de três meses (art. 41 § 1º)” (STJ, AgRg na APn 442/DF, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, Corte Especial, julgado em 07/06/2006, DJ 26/06/2006 p. 81). Também aplicando a Lei da Imprensa a crime praticado pela internet: STJ, REsp 957.343/DF, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, julgado em 18/03/2008, DJe 28/04/2008; e 1ª Câmara Cível do TJDF, processo nº 20030110566068.

⁷¹ Juris Síntese, ementa nº 193003951.

⁷² TJRJ, Juris Síntese, ementa nº 17026055.

⁷³ Juris Síntese, ementa nº 24014774.

⁷⁴ Juris Síntese, ementa nº 5007964.

colegiado”, razão porque não caberia o indeferimento, de plano, de ações rescisórias por ausência de condições da ação ⁷⁵. Há precedente afirmando que basta a prova da posse para que se admitam os embargos de terceiro, porque “desde as Ordenações Filipinas, é tradição do direito luso-brasileiro, antiga e aceita, que os embargos de terceiro são remédio processual à disposição do possuidor” ⁷⁶. E é da jurisprudência que consoante “a tradição do direito processual civil brasileiro, a avaliação não se repetirá salvo quando provados erro ou dolo do avaliador, diminuição por qualquer motivo do valor do bem após a realização da penhora, ou fundada dúvida sobre o valor a ele atribuído” ⁷⁷.

12^a regra A ementa da lei facilita sua compreensão.

43. — Já foi dito que determinar o fim visado pela norma é questão das mais complicadas e sujeitas a controvérsia. Dentre os instrumentos que podem auxiliar na tarefa de descobrir o fim da norma está a sua ementa, onde a lei anuncia, em breves palavras, qual o seu objetivo e âmbito de incidência. SERPA LOPES já lembrava o antigo aforismo: *rubrica legi est lex* ⁷⁸. De uma ementa que reza “dispõe sobre a proteção do consumidor” (Lei 8.078/90) compreende-se que as normas ali tratadas têm por fim social proteger, nas questões jurídicas relacionadas ao consumo, um dos pólos da relação, que é o consumidor. Interpretar as disposições da dita lei de forma a proteger o fornecedor em detrimento do consumidor implica em infringir a teleologia indicada pela ementa.

44. — Um outro exemplo de ementa que ilustra a questão é a da LCH (Lei dos Crimes Hediondos, Lei Federal nº. 8.072/90), que reza: “dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do artigo 5º, XLIII, da CF”. Ao advertir que a lei trata da matéria dos crimes hediondos atendendo ao comando do art. 5º, XLII da CF, a ementa está indicando que o conteúdo da lei deve ater-se aos limites da norma constitucional que regulamenta. A ementa, assim, auxilia a compreender o âmbito da lei: ela disciplina a matéria, atendendo ao comando constitucional, devendo estar, portanto, limitada por aquele comando. Pois o citado dispositivo constitucional determinou a elaboração de lei definindo os crimes hediondos, para torná-los “inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia”. Quando a LCH, pretendendo atender ao comando constitucional, vedou a progressão de regime nos crimes de que trata, na verdade infringiu os limites daquele comando, que não previa essa consequência para os crimes hediondos. A ementa, além de outros argumentos, ajuda a revelar a inconstitucionalidade da dita ve-

⁷⁵ Juris Síntese, ementa nº 2022764.

⁷⁶ Apelação Cível nº 000.299.736-9/00, 2ª Câmara Cível do TJMG, Uberlândia, Rel. Francisco Figueiredo. j. 03.04.2003, unânime, Publ. 06.05.2003.

⁷⁷ Agravo de Instrumento nº 2002.017677-5, 1ª Câmara de Direito Comercial do TJSC, Florianópolis, Rel. Des. Túlio Pinheiro. j. 18.12.2003, maioria, DJ 12.01.2004.

⁷⁸ SERPA LOPES, *Curso de direito civil*, Rio : Freitas Bastos, 1998, v.I, p.132.

dação da progressão de regime.

45. — Um artigo de lei que preconiza que “é proibida a prestação de serviços gratuitos, salvo os casos previstos em lei” parece ter um âmbito de incidência (um “alcance”, na terminologia de MAXIMILIANO) muito grande, que a ementa da lei revela ser, na realidade, muito mais restrito. Trata-se, aqui, do art. 4º da Lei 8112/90, cuja ementa esclarece que a lei “dispõe sobre o regime jurídico dos Servidores Públicos Civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais”, limitando, assim, a vedação dos serviços gratuitos à esfera abrangida pelo tema da lei.

46. — A regra hermenêutica em exame foi lembrada pelo STJ como um dos argumentos para concluir que as cooperativas de crédito fazem parte do Sistema Financeiro Nacional, porque “A ementa da Lei nº. 7102/83 é clara quando estende a aplicação do diploma legal a todas as instituições financeiras e não somente aos estabelecimentos bancários”⁷⁹. O TRF da 1ª Região, usando como um dos argumentos a leitura da ementa da norma aplicável, decidiu pela inexistência de direito dos servidores públicos federais ao reajuste de vencimentos previstos no art. 9º da Medida Provisória nº. 1053⁸⁰.

47. — Embora sem fazer referência expressa à regra hermenêutica em estudo, o STJ a aplicou, ao concluir que a Medida Provisória nº. 1963-17/2000 (atualmente reeditada sob o nº. 2170-36/2001, e de vigência perenizada pelo art. 2º da Emenda Constitucional nº. 32, de 12 de setembro de 2001), que admitiu a capitalização mensal de juros, não é aplicável aos contratos de abertura de crédito, porque a referida Medida “destinou-se a fixar regras sobre a administração dos recursos do Tesouro Nacional, não sendo razoável, portanto, a interpretação de que o artigo 5º tem aplicação em qualquer operação financeira”⁸¹. A interpretação que o STJ fez da regra restringiu seu âmbito de aplicabilidade com base no enunciado da ementa.

13ª regra *A posição do dispositivo no texto esclarece seu alcance.*

48. — A regra conclama à interpretação sistemática, que, em certa medida, inclui uma interpretação “topológica”. O lugar em que determinada disposição

⁷⁹ STJ, REsp nº 714286/PR (2005/0001808-8), 2ª Turma do STJ, Rel. Min. Castro Meira. j. 03.03.2005, unânime, DJ 13.06.2005.

⁸⁰ Apelação Cível nº 200334000074599/DF, 2ª Turma do TRF da 1ª Região, Rel. Des. Fed. Assusete Magalhães. j. 24.03.2004, unânime, DJU 18.04.2005.

⁸¹ AgRg no REsp nº 609379, Pádua Ribeiro, j. 15/4/2004. No mesmo sentido: STJ, AgRg no REsp nº 598155, Gomes de Barros, j. 3/6/2004; AgRg no REsp nº 586728, Pádua Ribeiro, 14/9/2004.

é inserida, dentro do texto legal, pode indicar algo a respeito da sua abrangência e alcance. O texto legal é organizado em partículas principais, os artigos, que podem ser subdivididos em sub-partes, fragmentos subordinados, que são os parágrafos, os incisos, as alíneas. É intuitiva a noção de que as disposições de um inciso têm abrangência limitada às hipóteses ou à situação contemplada no artigo a que o inciso está subordinado. Um artigo e seu parágrafo subordinado guardam, geralmente: *a)* uma relação de regra geral/exceção, onde o parágrafo institui regras que contrariam a norma geral do seu *caput*, excepcionando-a; ou *b)* uma relação de genérico/específico, onde o *caput* estabelece os contornos gerais de um mandamento, e os parágrafos explicitam aspectos ou desdobramentos da hipótese ⁸².

A posição de um comando legal permite compreender a abrangência que o legislador quis lhe dar. O texto legal é articulado e sub-articulado, *i.e.*, dividido em fragmentos de mensagem, cada qual devendo tratar de uma idéia específica. Esses fragmentos não são todos da mesma hierarquia e abrangência. Compreende-se intuitivamente que o parágrafo, como fragmento subordinado ao *caput* de um artigo, tem seu âmbito de aplicabilidade restrito – em princípio – ao âmbito de aplicabilidade do seu *caput* subordinante. Assim, p.ex., dois parágrafos do art. 1º da Lei da Ação Popular (Lei Federal nº. 4717/65), dispõem:

§ 3º. A prova da cidadania, para ingresso em juízo, será feita com o título eleitoral, ou com documento que a ele corresponda.

§ 4º. Para instruir a inicial, o cidadão poderá requerer às entidades a que se refere este artigo, as certidões e informações que julgar necessárias, bastando para isso indicar a finalidade das mesmas.

É evidente que, interpretados fora do seu contexto, as disposições desses fragmentos normativos aparentam ter abrangência muito maior do que realmente têm. É a sua condição de regras inseridas em parágrafos – fragmentos subordinados – que revela seu verdadeiro âmbito de aplicação. O título eleitoral prova a cidadania em juízo para os fins do *caput*, que se refere somente à ação popular, e não a outro gênero de litígio. O cidadão não poderá requerer as certidões e informações para instruir a inicial de qualquer processo, mas somente para instrução da inicial da ação popular: é dessa ação, e não de outra, que fala o *caput*.

49. – O argumento topológico tem sido -- incorretamente ao nosso ver -- utilizado pela jurisprudência para negar a possibilidade do furto simultaneamente qualificado e privilegiado ⁸³. Diz essa corrente que as disposições do § 2º do art. 155 não podem ser aplicadas às hipóteses do § 4º do mesmo artigo, por-

⁸² O Decreto nº 4.176, de 28 de março de 2002, que “estabelece normas e diretrizes para a elaboração, a redação, a alteração, a consolidação e o encaminhamento ao Presidente da República de projetos de atos normativos de competência dos órgãos do Poder Executivo Federal”, consolida regras de boa técnica na elaboração de textos legais, e esclarece o sentido e a função da ementa legal, da articulação do texto normativo, e as funções e subordinações de cada segmento do texto.

⁸³ Tese prevalecente no STJ. P.ex.: HC 102863, HC 100455, REsp 931733.

que os termos de um parágrafo se aplicam aos dispositivos que o precedem, mas não aos que o sucedem. Semelhante modo de pensar não tem apoio nas regras tradicionais da hermenêutica. Em verdade, segundo pensamos, é tradicional que o conteúdo do parágrafo tenha incidência limitada apenas pelo âmbito do *caput* respectivo, e não pela ordem dos diversos parágrafos. Diga-se, a propósito, que a construção do texto do art. 155, em relação à posição topológica das privilegiadoras e das qualificadoras, segue o mesmo modelo empregado no art. 121. E, em relação ao homicídio, é pacífico que a precedência do parágrafo privilegiador em relação ao que lista as qualificadoras não impede a compatibilidade entre a figura privilegiada e a qualificada, desde que as qualificadoras sejam de natureza objetiva. Parece-nos, portanto, perfeitamente admissível a figura do furto simultaneamente qualificado e privilegiado ⁸⁴.

50. — Num caso que julgamos a autora, auditora fiscal da Receita Estadual disse ter direito de exercer jornada de trabalho não superior a oito horas diárias, e quarenta semanais, sem se sujeitar a plantões que levem a carga semanal a superar o limite semanal de 40 horas. O art. 35 do Estatuto da carreira a que pertence a autora (Lei Complementar Estadual nº 92, de 5/7/2002), dispõe:

Art. 35. A duração do trabalho normal do Auditor Fiscal não excederá a oito horas diárias e quarenta semanais.

§ 1º. Nos plantões de fiscalização, a prestação do trabalho ocorrerá em qualquer dia da semana e em período de vinte e quatro horas, garantido o descanso imediatamente posterior de setenta e duas horas, salvo negociação.

O *caput*, com efeito, limita a jornada diária e semanal, nos termos expostos pela impetrante. O parágrafo, contudo, está no texto para cumprir a sua função de norma subordinada, que é a de esclarecer, minuciar ou excepcionar a norma do *caput*. No caso em exame, a função do parágrafo, segundo se extrai da interpretação sistemática, é a de criar exceção à regra geral do *caput*. Assim é que, em geral (nos casos não excepcionados), a jornada não superará oito horas/dia ou quarenta semanais. No caso excepcional do parágrafo, que disciplina o serviço em regime de plantão, a jornada rege-se pela regra especial. É princípio curial da hermenêutica a prevalência da regra especial sobre a geral. E a regra especial

⁸⁴ No sentido que defendemos há vários precedentes, como, p.ex.: *Juris Síntese*, ementas nºs 116033363 e 16155445 (ambas do STJ); também: STJ, RESP 125934, RS, 6ª T., Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJU 18.02.2002, p. 00519; STJ, Res nº 25.980-SP, Rel. Min. Vicente Leal, DJ, julg. em 5.6.1966, 14.478); TJRJ, ACr 62067/97, Reg. 160498, Cód. 97.050.62067, Trajano de Moraes, 6ª C.Crim., Rel. Des. Eduardo Mayr, J. 04.12.1997; TACRIMSP, Ap 1222015/2, 15ª C., Rel. Juiz Paulo Vitor, DOESP 19.02.2001; TJRJ, ACr 4220/2000, 3ª C.Crim., Rel. Des. Álvaro Mayrink da Costa, J. 12.06.2001; TJRS, ACR 70001837459, 7ª C.Crim., Rel. Des. José Antônio Paganella Boschi, J. 04.10.2001; TJRS, ACR 70001494061, 6ª C.Crim., Rel. Des. Ivan Leomar Bruxel, J. 28.06.2001; TACRIMSP, Ap 1232003/1, 12ª C., Rel. Juiz Junqueira Sangirardi, DOESP 15.02.2001; TACRIMSP, Ap 1209783/4, 2ª C., Rel. Juiz Érix Ferreira, DOESP 20.09.2000. No mesmo sentido as decisões de RT 603/344, 550/331, 588/351, 594/338. O STJ também já decidiu no sentido oposto: *Juris Síntese*, ementas nºs 116031685, 116026904. Note-se que, a prevalecer o entendimento defendido pela tese oposta, não existiria furto de energia qualificado: a equiparação do § 3º também aparece antes do § 4º, e, para aplicar a mesma regra topológica, não poderia ser combinada com a regra do § 4º, que vem depois.

em exame diz que, no trabalho em regime de plantão de fiscalização, a jornada será de vinte e quatro horas, sucedidas por repouso de setenta e duas. Assim, se a escala de plantões respeita, como admite a inicial, o intervalo de 72 horas de repouso entre cada 24 horas de trabalho em regime de plantão, a norma está atendida.

51. — A regra hermenêutica em exame foi também lembrada por MAIRA GARCIA para defender que é cabível o oferecimento da denúncia, havendo descumprimento da medida imposta na transação penal, pois a transação, aí, não implica em renúncia ao direito de queixa ou representação, já que o parágrafo único do artigo 74 da Lei Federal nº 9099 deve ser aplicado ao próprio artigo 74, que trata da composição dos danos civis, e não ao artigo 76, que trata da transação penal ⁸⁵.

14^a regra *A equidade não permite o enriquecimento sem causa.*

52. — Essa norma indica, simplesmente, que se deve interpretar o direito de maneira a não permitir o enriquecimento sem causa. O locupletamento imotivado, sem justa causa, consiste em iniquidade. Embora se possa controverter, como se controverte, durante séculos e sem conclusão, sobre o significado e o conteúdo da expressão *justiça*, é pacífico que o objetivo maior do sistema jurídico é produzir justiça e conduzir à justiça. Logo, a interpretação que conduz à iniquidade é incorreta.

Diz o artigo 30 do CDC que toda informação ou publicidade suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação, com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado. O artigo 35 da mesma lei dá ao consumidor o direito de exigir o cumprimento forçado do contrato, nos termos da publicidade ou oferta. Suponhamos que uma pequena loja de eletrodomésticos distribua panfletos anunciando uma liquidação, e por erro da gráfica uma das ofertas, que era um TV colorido por R\$ 1.000,00, saia anunciando o televisor por R\$ 1,00. Uma interpretação literal dos artigos já citados do CDC levaria à conclusão de que o comerciante é obrigado a vender os televisores por um real aos consumidores que exigirem o cumprimento do anunciado. Mas essa mesma interpretação incide em ofensa à regra da hermenêutica ora em estudo, porque propicia o enriquecimento sem causa de tais

⁸⁵ GARCIA, MAIRA JUNQUEIRA MORETTO. *Efeitos do descumprimento da pena convencional em transação penal*. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 355, 27 jun. 2004. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5415>. Acesso em: 27 fev. 2009.

consumidores ⁸⁶.

Com base na mesma regra hermenêutica a jurisprudência tem dispensado a prova do erro, reclamada pelos arts. 877 do Código Civil em vigor e 965 do Código Civil revogado, como condição para repetição do que o consumidor pagou indevidamente, nos casos de ação revisional julgada procedente, com declaração de nulidade de cláusula contratual ⁸⁷.

15^a regra *Nas causas penais a interpretação deve ser a mais benigna para o réu.*

53. — A regra já aparecia no Digesto, com esta formulação: “sempre que seja dúbia a interpretação referente à liberdade, a favor desta deve ser o pronunciamento”. É postulado pacífico que nas questões que envolvem o direito à liberdade, especialmente afetas ao direito criminal, a interpretação é restritiva, e as questões duvidosas devem ser interpretadas *pro reo*. Mas advirta-se que as questões duvidosas, de que fala a regra, são somente aquelas que, enfrentadas tenazmente com todas as ferramentas hermenêuticas, continuam indecifráveis. E tais situações são raras. Onde o esforço hermenêutico conduzir a uma interpretação segura da norma, é essa interpretação que se aplica, ainda que seja gravosa para o réu. O *in dubio pro reo* na interpretação do direito criminal é remédio extremo, e não uma panacéia. Não justifica o abandono ou a postergação das técnicas interpretativas usualmente empregadas em todos os setores do direito, nem se sobrepõe a elas. Somente quando o esforço interpretativo honesto e diligente conduzir a duas soluções igualmente amparadas pelos argumentos hermenêuticos, é que se prefere, dentre elas, a favorável ao acusado.

V - Conclusão.

54. — Como visto, as regras da hermenêutica não são “chaves mágicas” que resolvem todos os problemas intercorrentes no labor interpretativo. São só ferramentas que auxiliam no trabalho de interpretação. Mas sua principal utilidade decorre de serem parte daquele grupo de premissas aceitas pacificamente pela comunidade jurídica. É sabido, conforme a lição de PERELMAN, que a argumentação jurídica eficiente é somente aquela que utiliza, como ponto de par-

⁸⁶ A vedação do enriquecimento sem causa e a equidade têm sido lembrados nos julgamentos de casos afetos ao direito do consumo, como se vê de Juris Síntese, ementas nº 134000263 e 2020699.

⁸⁷ STJ, REsp nº 453782; REsp nº 205990, 4ª T., Rosado, 2000. No mesmo sentido STJ, REsp nº 537113; REsp nº 88160, Ribeiro, 1998; REsp nº 187717, Direito, 1999; REsp nº 187281, Direito, 2000; REsp nº 176459, Rosado, 1999; AgRg no REsp nº 586728, Pádua Ribeiro, 2004.

tida, uma premissa que se sabe de antemão ser aceita pelo interlocutor cuja adesão se busca conquistar. As regras estudadas, portanto, como postulados herdados da experiência multimilenar dos juristas, são premissas úteis como pontos de partida para argumentações consistentes.

Obras citadas

- BASTOS, Cleverson L. & Keller, Vicente. *Aprendendo Lógica*, Ed. Vozes.
- BASTOS, João José Caldeira. *Interpretação e analogia em face da lei penal brasileira: visão teórico-dogmática e crítico-metodológica*. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1474, 15 jul. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10130>>. Acesso em: 06 mar. 2009
- BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria Geral do Direito Civil*. Edição histórica fac-similar. Rio de Janeiro : Editora Rio, 1980
- BRESSAN, Márcio Rogério de Oliveira. *Art. 309 do CTB não revoga o art. 32 da LCP*, *Juris Síntese* n.º. 24, jul.-ago./2000.
- CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e Argumentação*, Ed. Renovar.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Roteiro de Lógica Jurídica*, Ed. Max Limonad.
- CONSTANTINO, Carlos Ernani. *Direção não habilitada de veículo: o artigo 309 do CTB revogou o artigo 32 da LCP?*, *Revista Jurídica*, n.º. 252, out./1998, pág. 35;
- DANTAS, San Tiago. *Programa de Direito Civil*. Rio de Janeiro : Editora Rio, 1979, v.I.
- DIDIER JR., Fredie. *Pedido de falência frustrado pelo encerramento das atividades da empresa: conversibilidade de rito, desconsideração da personalidade jurídica e litis-consórcio eventual*. *Juris Síntese*, edição n.º. 36, jul/ago de 2002.
- DINIZ, Maria Helena. *Lei de introdução ao Código Civil brasileiro interpretada*, São Paulo : Saraiva, 1994.
- FALCÃO, Raimundo Bezerra. *Hermenêutica*, Ed. Malheiros.
- FARIAS, Cristiano Chaves de. *A união estável como forma extintiva da punibilidade*. In: *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre : Editora Síntese, n.º. 05, dez.-jan./2001, pág. 38.
- FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Aspectos penais da atividade jurisdicional do juiz do trabalho*. In: *Síntese Trabalhista*, Porto Alegre : Editora Síntese, n.º. 159, set./2002, pág. 23.
- FERRARA, Francesco. *Como Aplicar e Interpretar as Leis*. Belo Horizonte: Líder, 2002.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Argumento, verbete*, in *Enciclopédia Saraiva do Direito*, v. 7, p.461-468.
- FRANÇA, R. Limongi. *Hermenêutica Jurídica*, Ed. Saraiva.

- GARCIA, Maira Junqueira Moretto. Efeitos do descumprimento da pena convencional em transação penal. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 355, 27 jun. 2004. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5415>. Acesso em: 27 fev. 2009.
- HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*, v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1949.
- LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil*, Rio : Freitas Bastos, 1998, vol. I.
- MARQUES, Alberto. *Atenuantes e pena mínima*, in: *Revista Jurídica*, Porto Alegre : Editora Notadez, volume 288, outubro de 2001, p.75 e s..
- MARQUES, Alberto. *Roteiro de hermenêutica*. Curitiba : Editora Juruá, 2003.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica Jurídica*. Rio de Janeiro, Ed. Forense.
- MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. *A Argumentação nas Decisões Judiciais*, Ed. Renovar.
- PACAGNAN, Rosaldo Elias. *Prescrição e remissão no estatuto da criança e do adolescente*. *Revista Jurídica*. Porto Alegre : Editora Síntese, nº. 211, mai./1995, pág. 22.
- PIVA, Paulo Cesar. *Revogação da suspensão condicional do processo - prorrogação do período de prova*. In: *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre : Síntese, nº. 10, out.-nov./2001, pág. 42.
- RIBAS, Joaquim. *Direito civil brasileiro*. Edição histórica fac-similar, Rio de Janeiro : Editora Rio, 1977.
- SUZUKI, Iwao Celso Tadayio Mura. *O título executivo extrajudicial pode embasar ação de execução de alimentos?*. In: *Jornal Síntese*, Porto Alegre : Editora Síntese, nº. 61, março/2002, pág. 5.