

A APLICAÇÃO DA NORMA ABSTRATA NO CASO CONCRETO: ANÁLISE DO ARTIGO 5º DA LINDB.

APPLICATION OF THE ABSTRACT STANDARD IN THE CONCRETE CASE: ANALYSIS OF ARTICLE 5 OF LINDB.

RAFAEL ANTONIO DEVAL¹

RESUMO: O presente artigo se propõe a analisar a aplicação do art. 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro com ênfase aos institutos do Direito Privado. O objetivo geral é identificar a vigência e aplicação dos dispositivos legais. Os objetivos específicos são: verificar a recepção dos dispositivos legais pelo texto constitucional vigente; as formas de integração das normas e solução das lacunas dos direitos, por meios de exercícios de interpretação e hermenêutica jurídica; análise dos meios de aplicação das normas frente aos casos concretos, mediante a observância e aplicação dos fins sociais da norma e do bem comum. A metodologia aplicada é o método dedutivo, com técnica bibliográfica de cunho qualitativo. Sendo possível afirmar que identificada a lacuna, seu preenchimento deve levar em conta não só os elementos objetivos, mais também os elementos subjetivos da norma analisada e sua inserção no sistema jurídico nacional.

PALAVRAS-CHAVE: lacunas da lei, preenchimento, interpretação, hermenêutica jurídica, aplicação da lei.

ABSTRACT: This article proposes to analyze the application of art. 5 of the Law of Introduction to the Norms of Brazilian Law with emphasis on the institutes of Private Law. The general objective is to identify the validity and application of legal provisions. The specific objectives are: to verify the reception of legal provisions by the current constitutional text; ways of integrating norms and solving gaps in rights, through exercises of interpretation and legal hermeneutics; analysis of the means of application of the norms in the face of concrete cases, through the observance and application of the social purposes of the norm and the common good. The methodology applied is the deductive method, with a bibliographic technique of a qualitative nature. It is possible to say that once the gap is identified, its filling must take into account not only the objective elements, but also the subjective elements of the analysis norm and its insertion in the national legal system.

KEY-WORDS: law gaps, filling, interpretation, legal hermeneutics, law enforcement.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Da LICC à LINDB; 2.1. Natureza da LINDB; 2.2. Conteúdo e Funções da LINDB; 3. Análise do art. 5º da LINDB – interpretação e integração; 3.1. Razão e funções do Art. 5º da LINDB; 3.2. Necessidade e demanda da interpretação; 3.3. Critério hermenêutico. Distinção entre a vontade da lei e vontade do legislador; 3.4. Técnicas de interpretação e seu exercício; 3.5. Fim social; 3.6. Bem comum; 3.7. Efeitos do ato de interpretação; 3.8. A ideologia na aplicação da jurídica e sua função; 3.9. Discricionariedade judicial; 4. Considerações finais; 5. Referências

¹ Formado em Direito pelas Faculdade Integradas de São Carlos, Mestrado em Direito Civil pela PUC SP, Doutorado em Direito Civil pela PUC SP, Professor de Direito na UNICEP, onde atualmente cumula a função de Coordenador do Curso de Direito. Ministra aulas na Pós Graduação da UNAERP. Advogado e Consultor. E-mail: rafael.deval2@gmail.com. Curriculum Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7242920621650701>. ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-5252-2503>. PUC SP. Brasil.

1. Introdução

Por mais amplo que seja o rol de normas previstas no ordenamento jurídico brasileiro, é evidente que o legislador é incapaz de abranger todos os casos destinados à análise judicial, muito menos todos aqueles possíveis em razão do fato social. A partir do reconhecimento de tal premissa, também é possível reconhecer que não se admite a omissão do Direito na solução de conflitos encaminhados aos tribunais com base na ausência do dispositivo legal.

O art. 5º da LINDB, o qual é objeto da análise proposta no presente trabalho, é inicialmente destinado àqueles que exercem as atribuições do poder jurisdicional, para que haja a consolidação dos ideais de justiça e de democracia, em contraposição a uma aplicação neutra, isenta de fundamentação axiológica, comum nas primeiras codificações modernas, pelas quais o positivismo jurídico se consagrou, as leis deveriam ser aplicadas em seu sentido literal. O Código Civil francês, por exemplo, foi considerado por Napoleão uma obra legislativa completa, e que não necessitava de interpretação.

Em que pese às ponderações acima lançadas, deve ser pontuado que apesar de ser destinado inicialmente aos aplicadores do direito, mais precisamente aos julgadores, é certo que a regra contida no dispositivo em questão também tem como destinatários, ainda que em um segundo momento, os jurisdicionados, visto que, a inobservância das disposições contidas no art. 5º da LINDB, pode importar na verificação de uma decisão incorreta face ao caso concreto.

Como preceitua o dispositivo legal em exame, o juiz deve proferir suas decisões conforme as exigências do bem comum e atender aos fins sociais que lhe couberem. De forma a atingir o maior número de casos possíveis, o art. 5º é considerado pela doutrina como uma cláusula aberta, sendo papel do julgador adequá-la ao caso concreto.

Observa-se que o papel do juiz não mais se restringe à reprodução do texto normativo quando da aplicação da lei, ampliando sua função ao direcioná-lo a uma exegese que atenda aos valores clamados pela sociedade. É necessário, portanto, que o aplicador do Direito esteja atento aos novos princípios morais que passam a penetrar no campo social.

O dispositivo legal em análise representa a forma de se aplicar a lei, que deve para tanto, levar em conta a previsão contida no art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, diz respeito à segurança jurídica diante da proteção ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada, atuando como um rumo a ser seguido pelo julgador para que haja a consolidação dos ideais de justiça e de democracia, em contraposição a uma aplicação neutra, isenta de fundamentação axiológica.

Como preceitua o dispositivo legal em exame, o juiz deve proferir suas decisões conforme as exigências do bem comum e atender aos fins sociais que lhe couberem. De forma a atingir o maior número de casos possíveis, o art. 5º é considerado pela doutrina como uma cláusula aberta, sendo papel do julgador adequá-la ao caso concreto.

2. Da LICC à LINDB

Antes de tratar especificamente sobre o objeto do presente trabalho, faz-se necessário pontuar acerca da norma da qual são extraídos os dispositivos legais em comento, visto que, o Decreto Lei 4.657, de 04 de Setembro de 1.942, configura-se norma autônoma ou independente, não podendo ser tomada como norma de introdução ao Código Civil exclusivamente, visto que não trata exclusivamente de normas de Direito Privado, e deve ser tomada como lei de introdução às Leis (DINIZ, 2017, 30).

O texto original ao longo do tempo passou por algumas alterações, uma delas em especial, sem fazer qualquer alteração do texto normativo ou de sua estrutura alterou a denominação da até então denominada LICC – Lei de Introdução ao Código Civil, visto que, a Lei n. 12.376/2010 alterou a denominação da norma, a qual passou a ser distinguida como LINDB – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

Observa-se que a alteração nominal acima apontada não só efetivou a alteração apontada, como também ampliou seu campo de aplicação, conforme previsto no artigo 1º da Lei 12.376/2010, na medida em que, ainda que já reconhecida na seara jurídica sua aplicação tanto em questões de direito privado, quanto de direito público, a alteração da denominação da norma trouxe uma nova significação à própria norma, deixando claro que a mesma não se trata

de um instituto de direito civil, ou mesmo, apenas vinculada ao direito privado, mas sim, uma norma de introdução a todo o ordenamento jurídico.

Mais recentemente, a Lei n. 13.655/2018, introduziu onze novos dispositivos no texto da LINDB – artigos 20 a 30, os quais não dispõem de caráter revolucionário, visto que, apenas há a contemplação por meio das novas disposições legislativas, de caráter geral, oriundas de muitos ambientes – o do controle público, inclusive, as quais já vinham sendo feitas, e que traduzem as melhores práticas jurídicas. Segundo Carlos Ary Sundfeld (SUNDFELD, 2019), os novos dispositivos foi que o inovador foi levar novos temas para a velha LINDB, configurando uma espécie de porta de entrada do mundo jurídico.

2.1. Natureza da LINDB

A LINDB seria um conjunto de normas sobre normas, constituindo um direito sobre o direito, um superdireito, um direito coordenador do direito. O que também poderia ser traduzido através dos brocados: “ein Recht der Rechtsordnung”, “Recht uber Recht” Uberrecht, “surdroit”, “jus supra jura” (DINIZ, 2017, 32).

É comum na seara jurídica a vinculação da LINDB como norma a partir da qual é possível compreender todo o ordenamento jurídico, na medida em que a mesma estabelece critérios gerais de análise e aplicação da norma, inclusive indicando a solução para as situações em que aparentemente não há norma aplicável ao caso concreto, evitando assim o *non liquet*, vedado pelo direito nacional.

A Lei de Introdução é o Estatuto de Direito Internacional Privado; é uma norma cogente brasileira, por determinação legislativa da soberania nacional, aplicável a todas as leis (BEVILÁCQUA, 1956, p. 55).

2.2. Conteúdo e Funções da LINDB

O texto original da LINDB tinha apenas dezenove artigos, os quais tratam do início da obrigatoriedade da lei (art. 1º); do tempo da obrigatoriedade da lei (art. 2º); da garantida da eficácia global da ordem jurídica, não admitindo a ignorância da lei vigente, que a comprometeria (art. 3º); dos mecanismos de integração das normas, quando houve lacuna (art. 4º); art. 5º - dos critérios da hermenêutica jurídica (art. 5º); art. 6º - do direito intertemporal,

para assegurar a certeza, segurança e estabilidade do ordenamento jurídico-positivo, preservando as situações consolidadas em que o interesse individual prevalece (art. 6º); do direito internacional brasileiro (arts. 7º a 17); dos atos civis praticados, no estrangeiro, pelas autoridades consulares brasileiras (art. 18 e 19);

No ano de 2018, por meio da edição da Lei n. 13.655/2018, foram introduzidos onze novos dispositivos no texto da LINDB, os quais tratam de temas relacionados à gestão pública, política pública, consequências práticas das decisões, solução de obstáculos e dificuldades reais do gestor, em circunstâncias práticas e em alternativas das decisões (arts. 20 a 30).

Com base no conteúdo e a disposição deste no texto normativo, podemos concluir que a função da LINDB é auxiliar na aplicação da norma no caso concreto, oferecendo ferramentas de interpretação da norma abstrata, para que esta possa ser corretamente aplicada no caso concreto, observados assim os elementos da Teoria Tridimensional do Direito (REALE, 2012, 25).

3. ANÁLISE DO ART. 5º da LINDB – interpretação e integração

Para observarmos o objeto de pesquisa e desenvolver uma análise adequada, esta deve ter início pela busca do texto legal em questão, a seguir transcrito:

“Art. 5º Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.”

O texto legal acima transcrito indica que no exercício da atividade jurisdicional, o Estado-Juiz deve atender aos fins sociais e as exigências do bem comum, conceito os quais não são indicados com precisão objetivo, e eles também demandando análise e interpretação, para que seja buscado o conceito de fim social e bem comum, e assim verificar como tais conceitos são utilizados quando da aplicação da norma abstrata no caso concreto.

E para tanto, se mostra prudente e necessário analisar as razões pelas quais o dispositivo legal analisado indica a vedação ao *non liquet* e como a interpretação do ordenamento jurídico deve ser realizada.

3.1. Razão e funções do Art. 5º da LINDB

A partir do disposto no artigo 5º da LINDB é verificada a vedação ao *non liquet* no direito brasileiro, isso porque, o julgador não deve ater-se à letra fria da regra jurídica, mas se fixar no objetivo da lei e da justiça: manter a paz social. Para alcançar tal objetivo faz-se necessário considerar o direito não apenas como sistema normativo, mas também como sistema fático e valorativo.

A determinação contida no art. 5º condiciona o magistrado quando da aplicação da norma, buscar o vínculo entre a norma e o fato social sobre o qual é aplicada, e para tanto, indica a necessidade de análise do momento histórico, tanto da criação quanto da aplicação da norma, de sorte que a compreensão da norma pressupõe entendimento acerca dos fatos e valores que lhe deram origem e dos fatos e valores supervenientes, que ela compreende. Assim, a interpretação da norma é analisada sob o prisma da busca do real sentido e alcance desta, com adstrição ao seu caráter teleológico (ou sociológico).

A ciência do direito, articulada no modelo teórico hermenêutico, ao encarar a decidibilidade do ângulo de sua relevância significativa, relacionando a hipótese de conflito e a hipótese de decisão, tem a tarefa de:

- a) Interpretar a norma. Contudo, se valendo de quais métodos? i) gramatical; ii) lógica; iii) sistemática; iv) histórico-evolutiva; ou v) teleológica.
- b) Verificar a existência de lacuna jurídica, constatando-a e identificando os instrumentos integradores;
- c) Afastar as contradições normativas, indicando critérios para solucioná-las.

Conforme entendimento de Tércio Sampaio Ferraz Jr. (FERRAZ JR, 1988), os modelos acima indicados estão correlacionados, e devem ser aplicados a partir da constatação de que a ciência do direito exerce funções relevantes não só para o estudo do direito, mas também para a aplicação jurídica, assim, a função social da dogmática jurídica está no dever de limitar as possibilidades de variação na aplicação do direito e de controlar a consistência das decisões, tendo por base outras decisões.

Assim, a descoberta do direito no caso concreto é precedida por um processo deliberativo:

- a) Vaguidade – em razão do emprego por parte do elaborador da norma, de linguagem natural ou comum;
- b) A falta de informações sobre os fatos do caso, remediada pelos juristas que lançam mão de recursos práticos que permitem ao órgão aplicador suprir essa dificuldade – Presunção legal, esta que pode ser *juris tantum* ou *juris et juris*: i) a imprescindibilidade das provas; ii) a existência de técnica probatória que varia de instância para instância decisória; iii) a proibição do *non liquet*; iv) o princípio da legalidade.

Para que o jurista possa percorrer o caminho na aplicação do direito, o fará com fundamento no tridimensionalismo de Miguel Reale, uma consideração dinâmica do direito, além do subsistema normativo, o fático e valorativo.

3.2. Necessidade e demanda da interpretação

A partir do pressuposto de que *in claris non fit interpretatio*, na medida em que ainda toda a norma comporta interpretação, chega-se a conclusão de que interpretar é ato de descobrir o sentido e alcance da norma, procurando a significação dos conceitos jurídicos.

Segundo Kelsen interpretação se entende a fixação por via cognoscitiva do sentido, ou conteúdo, da norma, o seu resultado somente pode ser fixado de uma moldura legal dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação.

Assim, interpretar autenticamente não é apenas desvendar o sentido contido atrás da expressão legal, mas é a arte jurídica de eleger, dentro os significados possíveis albergados pela lei, o decisivo para dado caso concreto, por exteriorizar o sentido mais favorável ou adequado.

O art. 5º da LINDB permite a aplicação de solução justa ao caso singular *sub judice*, sem conflitar com o direito positivo e com o meio social.

3.3. Critério hermenêutico. Distinção entre a vontade da lei e vontade do legislador

Desde o século XIX há um questionamento entre os juristas: seria a vontade do legislador ou a da lei a meta da interpretação autêntica? Para a busca de tal resposta, devemos levar em conta a análise das Teorias Subjetiva e Objetiva aplicadas à interpretação.

A Teoria Subjetiva entende que a meta de interpretação é estudar a vontade histórico-psicológica do legislador expressa na norma. Assim, a interpretação deve procurar compreender o pensamento do legislador (*mens legislatoris*) sendo, portanto, *ex tunc* (desde então, ou seja, desde o aparecimento da norma).

Já a Teoria Objetiva – indica que na interpretação, deve-se ater à vontade da lei, à *mens legis*, que, enquanto sentido objetivo, independe do querer subjetivo do legislador, porque após o ato legislativo a lei dele se desliga, adquirindo existência objetiva.

Segundo Emilio Betti (BETTI, 1949), a norma não se confina em sua formulação primitiva, devido ao seu valor atual, acompanha as circunstâncias mutáveis da vida social presente a cujo serviço ela se encontra sempre. Dessa sorte, o sentido incorporado na norma é mais rico do que tudo o que seu criador pensou, sendo assim *ex nunc*, se fundaria em quatro argumentos:

- a) Vontade – não há legislador dotado de vontade própria;
- b) Forma – apenas manifestações de vontade vertidas na forma legal tem força obrigatória;
- c) Confiança – o destinatário da norma deve poder confiar na mesma
- d) Integração – uma só interpretação objetiva atende aos interesses de integração e complementação do direito pelo órgão competente.

Segundo Tércio Sampaio Ferraz Jr. (FERRAZ JR, 1988), nenhuma das teorias resolve de modo satisfatório, a questão de saber se é a *mens legis*, a *volunta legis*. Isso porque, a tensão entre o dogma (objetivo) e liberdade (subjetivo, segue-se que não norma sem sentido, nem sentido sem interpretação).

3.4. Técnicas de interpretação e seu exercício

As técnicas de interpretação do direito, e a forma como elas são realizadas e aplicadas são de suma importância, isso porque, visam garantir a aplicação da norma em razão do direito nela contido, e também que sua aplicação resulte naquilo que se espera em razão do fato social sobre o qual é aplicada a norma.

Diz Alberto Marques (2004, p. 37) as técnicas de interpretar o Direito:

“O que as técnicas interpretativas (ou argumentos hermenêuticos) têm em comum? São instrumentos e têm a mesma função. Essa função é dúplice. Consiste em i) permitir ao intérprete encontrar a solução mais adequada para aplicação do Direito e ii) fornecer-lhe argumentos 'válidos' para sustentar tai decisão.”

No mesmo sentido é verificada a lição de Carlos Maximiliano (2000, p. 54-55)

Já para Karl Larenz (1969, p. 365) “se a interpretação não deve abandonar-se ao talante do interprete, mas realizar-se de forma segura, controlável, portanto, metódica, necessita de determinados critérios, pelos quais o intérprete se deve guiar”. E acrescenta: “Já Savigny distinguiu na interpretação o elemento ‘gramatical, o 'lógico’ o 'histórico’ e o 'sistemático’, fazendo notar que estes diversos elementos têm que actuar sempre conjuntamente”.

Segundo José de Oliveira Ascensão (1977, p. 357), os métodos de interpretação se dividem em: gramatical e lógico, sendo que esta se subdividiria em sistemático, histórico e teleológico. Seguindo a posição adotada pela doutrina atual (MARQUES, 2004, p. 43-44), as técnicas se classificam em literal, lógica, sistemática, histórica e teleológica.

É certo que, ainda que existam várias correntes acerca dos métodos de interpretação da norma, deve se reconhecer que eles se inter-relacionam razão pela qual, devem ser analisados e aplicados um em seguida do outro, numa relação progressiva, caracterizando assim uma metodologia. Para uma melhor interpretação do direito, seja no momento em que ele é apenas objeto de estudo acadêmico, seja na sua aplicação no caso concreto, deveria levar em consideração estas técnicas para que haja uma interpretação condizente com as finalidades da ciência jurídica.

Para Lênio Luiz Streck (STRECK, 2001, p. 108), ao trabalhar a virada paradigmática, do Paradigma da Consciência para o da Linguagem, traça uma crítica a esta necessidade da doutrina tradicional em estabelecer critérios para interpretar bem como aponta a ausência de regras expressas que ordenam hierarquicamente o uso dos mesmos.

- a) Técnica gramatical: Consiste a interpretação gramatical do direito na análise de cada um dos termos que aparecem nos textos das leis, extraíndo, a partir de então, o significado daquelas e retirando delas o sentido da norma. Dessa forma, a partir da simples leitura, o intérprete extrai o seu significado. Cada parte contém um sentido. Por

isso o todo (a norma) deve ser entendido com base no sentido léxico de cada palavra que compõe o texto. Para este método, portanto, toda a norma está no texto.

- b) Processo lógico: Este método está estruturado com base na relação dedutiva que se estabelece entre a norma e o fato, sendo que aquela é consequência para se chegar a este. Da norma extrai-se o Direito aplicável ao caso através de dedução. O problema que se percebeu, na prática, segundo Carlos Maximiliano, foi um apego exacerbado aos silogismos, pois se acreditou que seria possível reduzir o Direito, ciência eminentemente social, nas chamadas premissas das ciências exatas.
- c) Processo sistemático: A interpretação sistemática consiste em se verificar o dispositivo objeto de análise com outros que tratam do mesmo assunto ou com os princípios que norteiam o ramo do Direito no qual está inserido ou, ainda, com o ordenamento jurídico como um todo, a fim de que se possa compreender o seu conteúdo. Baseia-se na ideia de que dito artigo de lei é parte de um todo harmônico e que, como tal, pode, em última análise, ser interpretado à luz deste.
- d) Técnica interpretativa histórica: Para tratar da interpretação histórica, nos valem do ensinamento de Luiz Albert Warat (1977, p. 69-71):

“O método histórico apresenta um leve indício anti-dogmático: surgiu na Alemanha pré-unificada, sem uma codificação comum, regida pelos costumes germânicos e historicamente influenciados pelo direito romano.
(...)”

“Os costumes, a tradição comum, a história, o espírito, é o que une o povo alemão, e não um código comum, um texto legal, ao qual há que render um culto reverencial, quase sagrado, como ocorreu na França com o Código de Napoleão. O direito não está na lei escrita, mas se origina no povo, em sua história, em seus costumes, e é a projeção e encarnação de seu espírito, segundo Puchta, discípulo de Savigny.”

- e) Processo sociológico ou teleológico: Segundo Miguel Reale, toda a interpretação jurídica é de natureza teleológica fundada na consciência valorativa do direito, operando-se numa estrutura de significações e não isoladamente, de modo que cada preceito normativo significa algo situado no todo do ordenamento jurídico. Assim, é reconhecido ao intérprete um papel de criação epistemológico, e, ao aplicador, o de criação real no processo hermenêutico.

3.5.Fim social

Partindo do pressuposto de que a norma deriva do fato social, é possível reconhecer que não existiria norma que não contenha um fim social imediato. Nesse sentido, o *fim social* é uma das preocupações precípua da ciência jurídica, como deve ser do aplicador do direito. Nesse sentido diz Aristóteles (ARISTÓTELES, *apud* DINIZ, 2017, P. 162): "O fim é a causa final ou aquilo em razão do qual algo se faz."

Dada à importância do fim social na interpretação da norma, este deve ser observado na condição de um princípio, o qual deve guiar a interpretação, e caso não seja observada na aplicação da norma, será verificada inobservância da própria norma, na medida em que deixa de atender ao fim normativo está desvirtuando a própria norma. Nesse sentido, o fim (*telos*), não poderia ser concebido em sentido oposto ao bem comum, nem ser antissocial, cabendo observar que para a filosofia social, o conceito de "fim social" equipara-se ao de "bem comum" (MACEDO, 1978, P. 391).

Caso não se verifique o "fim social" na norma em análise, deve o intérprete em cada caso concreto verificar se a norma objeto de análise atende a finalidade social, visto que, tal premissa pode variar em acordo com tempo e no espaço, aplicando-se ai critério teleológico na interpretação da lei, sem desprezar os demais processos interpretativos.

A aplicação da lei deve seguir a marcha dos fenômenos sociais, recebendo, de forma ininterrupta, vida e inspiração da sociedade, produzindo assim a maior soma possível de energia jurídica, nesse sentido, pontua Carlos Maximiliano (2000, p. 129-130):

“Desapareceu nas trevas do passado o método lógico, rígido, imobilizador do Direito: tratava todas as questões como se foram problemas de Geometria. O julgador hodierno preocupa-se com o bem e o mal resultantes do seu *verdictum*. Se é certo que o juiz deve buscar o verdadeiro sentido e alcance do texto; todavia este alcance e aquele sentido não podem estar em desacordo com o fim colimado pela legislação – o bem social.”

A necessidade de que haja representatividade entre as decisões judiciais e sentido jurídico da sociedade foi observado por Ihering. O sentimento jurídico é a raiz de toda árvore;

se a raiz nada vale, tudo o mais não passa de uma miragem. Venha uma tempestade e toda a árvore será arrancada pela raiz (IHERING, 2006, 60-65).

A aplicação da lei seguirá a marcha dos fenômenos sociais, receberá, continuamente, vida e inspiração do meio ambiente e poderá produzir a maior soma possível de energia jurídica.

3.6. Bem comum

Ao tomar-se como objeto de análise a indicação de observância do bem comum, como indicativo ao aplicador da norma, a primeira questão a surgir é: qual o significado e a extensão da expressão ‘bem comum’? A partir de tal questionamento, devemos observar que o conceito buscado guarda grande complexidade, visto que, busca conceito atrelado à metafísica e de difícil compreensão, cujo resultado dependerá da filosofia política e jurídica adotada. Com base nas regras constitucionais verificadas atualmente, podem ser reconhecidas como elementos do bem comum a liberdade, a paz, a justiça, a segurança, a utilidade social e a solidariedade.

O conceito de bem comum não é localizado a partir do conjunto de interesses individuais, como pretendia o individualismo, mas sim pode ser localizado a partir da coordenação do bem dos indivíduos, segundo um princípio ético. Todo sistema jurídico se inspira numa concepção do bem comum, isto é, nos fins pelos quais a sociedade optou, porque ela os considera bons.

Contudo, para alguns doutrinadores as exigências do bem comum são os elementos que impelem os homens para um ideal de justiça, aumentando-lhes a felicidade e contribuindo para o seu aprimoramento.

Segundo Gofredo Telles Junior, bem comum é a ordem jurídica, por ser o único bem rigorosamente comum, que todos os participantes da sociedade política desejam necessariamente, que ninguém pode dispensar. Sem ordem jurídica não há sociedade; logo somente a ordem jurídica é um bem comum (TELLES JR., 1979, 89-92).

A concepção de bem comum, para alguns, pode estar dividida a partir de duas disciplinas: a filosófica e a sociológica, entendendo que o bem comum não é o fim do direito, mas da própria vida social – o que concordamos na inteireza. A noção de bem comum introduz no direito um

princípio teleológico, passando a norma jurídica, sua interpretação e aplicação a ter uma dimensão finalista, colocando-se a seu serviço.

Nesse sentido, conclui Ronald Dworkin (1999, p. 492):

“A atitude do direito é construtiva: sua finalidade, no espírito interpretativo, é colocar o princípio acima da prática para mostrar o melhor caminho para um futuro melhor, mantendo a boa-fé com relação ao passado. É, por último, uma atitude fraterna, uma expressão de como somos unidos pela comunidade apesar de divididos por nossos projetos, interesses e convicções. Isto é, de qualquer forma, o que o direito representa para nós: para as pessoas que queremos ser e para a comunidade que queremos ter.”

A norma jurídica significa, na sua aplicação, uma axiologização da realidade social concreta, onde o intérprete-aplicador dará sentido à norma sem lhe conferir valor positivo ou objetivo. Logo, o ato interpretativo deverá fundar-se nesse objetivo do bem comum, que respeita o indivíduo e a coletividade, mediante um perfeito equilíbrio, tão necessário ao direito.

3.7. Efeitos do ato de interpretação

Segundo Francesco Degni (1909, p. 268), a interpretação extensiva e a restritiva exprimem o efeito obtido ou o resultado a que chegará o hermeneuta empenhado em desvendar o sentido e o alcance do texto normativo.

- a) Interpretação extensiva – verificada a partir do reconhecimento de que ela abrange certos fatos-típos, implicitamente. Assim, o intérprete, dentro dos limites jurídicos, adaptará tão somente a *ratio legis* às novas exigências da realidade socio-jurídica;
- b) Interpretação restritiva – limita-se a incidência do comando normativo, impedindo que produza efeitos injustos ou danosos, porque, suas palavras abrangem hipótese que nelas, na realidade, não se contêm.
- a) Interpretação declarativa – somente quando houver correspondência entre a expressão linguístico-legal e a *voluntas legis*, sem que haja necessidade e de dar ao comando normativo um alcance ou sentido mais amplo ou restrito.

3.8.A ideologia na aplicação da jurídica e sua função

Para Larenz (1969, p. 63), “a lei vale na verdade para todas as épocas, mas em cada época da maneira como esta a compreende e desimplica, segundo a própria consciência jurídica”.

Dessa sorte, não haverá penetração das preferências ou opiniões pessoais do jurista ou do aplicador na seleção e valoração dos fenômenos, objeto de sua investigação.

3.9. Discricionariedade judicial

A função jurisdicional quer seja ela de subsunção do fato à norma, quer seja de integração de lacuna normativa, ontológica ou axiológica, não é passiva, mas ativa, contendo dimensão nitidamente criadora de norma individual, uma vez que os juízes despendem, se forem necessários, os tesouros de engenhosidade para elaborar uma justificação aceitável de uma situação existente, não aplicando os textos legais ao pé da letra. Reconhecida a elasticidade.

4. Considerações finais.

A análise da aplicação da norma a partir do exercício da atividade jurisdicional, nos termos do art. 5º da LINDB, o qual indica que ao aplicar a lei, o juiz deve se ater aos fins sociais e ao bem comum.

O bem comum e a finalidade social da norma, conforme deduzidos no presente artigo não estão vinculados a somatório dos interesses individuais do sujeito do direito, e sim, a aplicação e análise conjunta de tais interesses frente ao caso concreto e à sua aplicação e efeitos perante o grupo social onde o sujeito está inserido e no qual a decisão produzirá seus efeitos.

Também deve ser levado em conta que para a busca do conceito de bem comum e fins sociais, devemos realizar os exercícios de interpretação da norma, iniciado pela técnica gramatical, onde se busca os sentidos dos termos utilizados na construção do texto normativo, e na sequência é buscada a análise histórica do texto, compreendendo o fato social a partir do qual a norma analisada tem sua origem, bem como a integrando e analisando-a a partir do ordenamento jurídico no qual foi criada e naquele em que esta sendo aplicada, sem perder de

vistas os valores axiológicos e ontológicos a serem observados, buscando assim, ainda que não haja alteração do texto normativo, que sua aplicação corresponda ao fato social sobre o qual é aplicada e os anseios do grupo social onde produzirá seus efeitos.

Por fim, não deve ser afastada a concepção de que o direito é identificado como ciência social aplicada, onde o indivíduo e a sociedade onde este se encontra são também componentes a serem observados quando da elaboração da norma, da verificação de eventual lacuna, e principalmente quando de sua aplicação, para que estejamos em um sistema onde haja segurança jurídica, e não aplicação ideológica e direcionada quando do preenchimento de eventuais lacunas e também na aplicação da norma no caso concreto, mantendo-se assim integra a atividade jurisdicional.

5. Referências

ASCENSÃO, Jose de Oliveira. **O Direito: introdução e teoria geral**. 1. ed. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 1977.

BETTI, Emilio. **Interpretazione dela legge e delgi atti giuridici**. Milano, Giuffré, 1949.

BEVILÁQUA, Clovis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado**. Rio de Janeiro : Francisco Alves, 1956, v. 1 e 2.

_____. **Trabalhos da Comissão Especial do Senado**. V. 3.

CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da; ISSA, Rafael Hamze; SCHWIND, Rafael Wallbach (Coords.). **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – Anotada: Decreto-Lei n. 4.567, de 4 de Setembro de 1942**. São Paulo : Quartier Latin, 2019.

DEGNI. **L'interpretazione della legge**. Napoli, Jovene, 1909.

DINIZ, Maria Helena. **Lei de introdução às normas do direito brasileiro interpretada**. 19. ed. – São Paulo : Saraiva, 2017

_____. **As lacunas do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980

DWORKIN, Ronald Dworkin. **O Império do Direito**. 1ª edição, São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. São Paulo, Atlas. 1988.

IHERING, Rudolf Von. **A luta pelo direito**. Tradução de João Vasconcelos. São Paulo: Forense, 2006.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 8ª ed. – São Paulo : Martins Fontes, 2018.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 2. ed. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 1969

LIMONGI FRANÇA, coordenador. **Enciclopédia Saraiva do Direito**. 1. ed. Saraiva, 1978.

MACEDO, Silvio. **Fim social, in Enciclopédia saraiva de direito**. 1. ed. Saraiva, 1978, v. 37.

MARQUES, Alberto. **Roteiro de Hermenêutica: técnica para interpretar o direito e construir argumentações jurídicas convincentes**. 1. ed. Curitiba, 2004.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 18. ed. Rio de Janeiro : Forense, 2000,

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. São Paulo, Saraiva, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crime: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 3. ed. rev. Porto Alegre; Livraria do Advogado, 2001.

TELLES JR., Goffredo. **Iniciação na ciência do direito**. 1972, fascs. 2, 3, 4 e 5. Postilas.

WARAT, Luiz Alberto. **A definição jurídica – Suas técnicas, texto programado**. Porto Alegre, Atrium, 1977.



Esta obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-SemDerivações 4.0 Internacional.