



COORDENAÇÃO GERAL

Celso Fernandes Campilongo

Alvaro de Azevedo Gonzaga

André Luiz Freire

ENCICLOPÉDIA JURÍDICA DA PUCSP

TOMO 1

TEORIA GERAL E FILOSOFIA DO DIREITO

COORDENAÇÃO DO TOMO 1

Celso Fernandes Campilongo

Alvaro de Azevedo Gonzaga

André Luiz Freire

ENCICLOPÉDIA JURÍDICA DA PUCSP
TEORIA GERAL E FILOSOFIA DO DIREITO

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA
DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO

DIRETOR
Pedro Paulo Teixeira Manus
DIRETOR ADJUNTO
Vidal Serrano Nunes Júnior

ENCICLOPÉDIA JURÍDICA DA PUCSP | ISBN 978-85-60453-35-1

<https://enciclopediajuridica.pucsp.br>

CONSELHO EDITORIAL

Celso Antônio Bandeira de Mello	Nelson Nery Júnior
Elizabeth Nazar Carrazza	Oswaldo Duek Marques
Fábio Ulhoa Coelho	Paulo de Barros Carvalho
Fernando Menezes de Almeida	Ronaldo Porto Macedo Júnior
Guilherme Nucci	Roque Antonio Carrazza
José Manoel de Arruda Alvim	Rosa Maria de Andrade Nery
Luiz Alberto David Araújo	Rui da Cunha Martins
Luiz Edson Fachin	Tercio Sampaio Ferraz Junior
Marco Antonio Marques da Silva	Teresa Celina de Arruda Alvim
Maria Helena Diniz	Wagner Balera

TOMO DE TEORIA GERAL E FILOSOFIA DO DIREITO | ISBN 978-85-60453-36-8

Enciclopédia Jurídica da PUCSP, tomo I (recurso eletrônico)
: teoria geral e filosofia do direito / coords. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro
Gonzaga, André Luiz Freire - São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017
Recurso eletrônico World Wide Web
Bibliografia.
O Projeto Enciclopédia Jurídica da PUCSP propõe a elaboração de dez tomos.

1. Direito - Enciclopédia. I. Campilongo, Celso Fernandes. II. Gonzaga, Alvaro. III. Freire,
André Luiz. IV. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

LACUNAS NO DIREITO

Luiz Sergio Fernandes de Souza

INTRODUÇÃO

A palavra “lacuna” designa “falta”, “omissão”, “vácuo”, e também “falha”. O direito busca regular as condutas humanas a fim de pacificar o convívio em sociedade. Se há um fato para o qual o ordenamento não dá tratamento pode-se dizer que, a princípio, configurada está a deficiência normativa. A ressalva justifica-se porque a ideia de *omissão*, de *falha* traz embutido um juízo de valor. Saber se o direito haveria de regular certo ato ou fato implica uma estimativa acerca da relevância deste acontecimento para a realização das finalidades do direito.

Decerto, mesmo quando o ato ou fato revela-se como novidade do ponto de vista da experiência social, com a qual o legislador não poderia contar – diante da imprevisibilidade da trajetória humana –, trata-se de saber se haveria o ordenamento jurídico de contemplar uma solução para o caso concreto. O aspecto valorativo também se mostra presente na consideração do que venha a ser ordenamento jurídico, expressão que alguns consideram sinônima de ordenamento normativo.

Para os que estabelecem essa relação de sinonímia, bastaria que determinada norma do sistema autorizasse o recurso a certos meios de integração normativa, a exemplo da analogia, dos princípios gerais de direito, dos costumes e da equidade, para que se pudesse conceber a completude do ordenamento jurídico, com o que até mesmo o propósito do legislador de não regular de pronto determinada matéria ver-se-ia atendido.

Subsiste para alguns, entretanto, o mesmo problema inicial, consistente na identificação da existência de uma lacuna, pressuposto do emprego dos meios de integração. Trata-se, no limite, de uma questão hermenêutica, cabendo adiantar que, embora houvesse, no direito romano clássico, a ideia da necessidade da integração das omissões da lei (Pompônio, D. 19.5.11; Palpiano, D. 22.5.13), é a partir do período do direito racional, no qual se dá a distinção entre *direito* e *ciência*, que a reflexão sobre a

lacuna assume propriamente um caráter aporético.¹

SUMÁRIO

Introdução.....	2
1. A ideia de lacuna como problema.....	3
1.1. Positivção do direito e lacuna jurídica.....	4
1.2. Discussões em torno da completude do direito.....	7
1.3. Insuficiência dos critérios de ordenação racional.....	11
2. Os instrumentos de integração normativa.....	23
2.1. Analogia.....	26
2.2. Princípios gerais de direito.....	34
2.3. Costumes.....	38
2.4. Equidade.....	42
Referências.....	46

1. A IDEIA DE LACUNA COMO PROBLEMA

As questões aporéticas, se bem representam uma dificuldade do ponto de vista da racionalidade, abrem-se para disputas que se põem no campo da retórica, da argumentação, reabilitada pelo direito na segunda metade do século XX, graças à elaboração dos chamados juristas filósofos.

Enquanto a demonstração se desenvolve no pressuposto da existência de um

¹ Orientará nossa exposição, no tópico seguinte, a propósito, precisamente, desse caráter aporético das reflexões acerca das lacunas no direito, a elaboração teórica de Tercio Sampaio Ferraz Jr. (*Localização histórica e sistemática do problema das lacunas*; v. também, DINIZ, Maria Helena. *As lacunas no direito*, pp. 5 a 17, e FREIRE, Carlos Coelho Miranda. *Influência da doutrina jurídica nas decisões judiciais*, p. 28). Todos esses autores partem da obra de Gilissen (*Le problème des lacunes du droit dans l'évolution du droit médiéval et moderne. Le problème des lacunes du droit*).

único sistema, a argumentação tem curso no ambiente de diversos sistemas; enquanto a demonstração se vale da noção de verdade, a argumentação recorre ao verossímil; enquanto a demonstração trabalha com conclusões necessárias, a argumentação opera com opiniões; por fim, enquanto a demonstração rejeita a ideia de contradição, a argumentação busca conciliar os opostos.

Razoável pensar, assim, que o problema das lacunas se apresenta em situações de diferenciação entre o sistema normativo e o sistema social, mas que, paradoxalmente, encontra respostas nesse mesmo ambiente.

1.1. Positivção do direito e lacuna jurídica

A noção mais remota que se tem de *lacuna* encontra-se no período das ordálias, do julgamento divino.² Ocorre que, embora o juízo das ordálias fosse utilizado tanto para suprir a prova dos fatos como as regras jurídicas, nessa época não havia condições para tal distinção. Sem ao menos uma diferenciação interna do sistema jurídico, sem a separação dos domínios dos fatos e do direito, a referência à ideia de lacuna está muito distante da realidade que hoje conhecemos.

Na fase do direito costumeiro (séc. XIII a XVI), já se esboça certa autonomia do sistema jurídico, que, paralelamente, desenvolve um processo de identificação interna. Assim, era o senhor feudal quem aplicava as normas por ele editadas, nos limites do seu feudo. Contudo, a presença predominante do direito costumeiro não escrito torna difícil a percepção da ocorrência de lacunas. A questão, sob este prisma, é vista como simples desconhecimento ou ignorância de um costume existente por pressuposição.

Durante a Idade Moderna e início da Idade Contemporânea, especificamente no período compreendido entre os séculos XVI e XVIII, surge um grande número de normas escritas, fruto da redação oficial da maior parte dos costumes, da recepção do direito romano e da edição de novas regras jurídicas. Tem-se, neste contexto, uma situação propícia ao aparecimento da questão relativa às lacunas em termos efetivamente

² O juízo das ordálias, prova judiciária praticada pelos antigos, sobretudo no processo germânico, feito com base em suplícios que recorriam a elementos da natureza (teste da água fervente, do fogo da cruz, do ensacamento com submersão no rio, do caminhar sobre brasas, etc.), submetia o acusado à força do acaso (interpretada como manifestação divina da inocência ou da culpa).

problemáticos. Para usar a expressão de Tercio Sampaio Ferraz Jr., em uma alusão a Gilissen, “a fixação do direito em textos escritos, ao mesmo tempo em que aumenta a segurança e a precisão de seu entendimento, aguça também a consciência dos limites”.³ Cresce o número de fontes do direito e, por consequência, surge a ideia de hierarquia. Multiplicam-se, nesta fase, as regras de integração do ordenamento.

Entretanto, faltam ainda alguns requisitos para que a lacuna apareça como problema. Isto porque a simples constatação de dificuldades não resolúveis por regras próprias é insuficiente para caracterizar esta situação. Tercio Sampaio Ferraz Jr. esclarece que, na verdade, o problema das lacunas diz respeito não à *lingua-objeto*, mas à *metalingua*. Em outras palavras, apenas quando surge a preocupação com uma reflexão científica sobre o direito, vale dizer, somente quando o direito e sua linguagem passam a ser objeto de elaborações que se põem no plano de uma produção linguística problematizadora, é que se tem lançadas as condições para a compreensão do que hoje entendemos por *lacunas*.

Assim, a inexistência de normas para regular determinada situação e o recurso a regras suplementares não é suficiente para identificar o caráter problematizante da reflexão sobre as lacunas. O aspecto metalinguístico revela-se, de outra forma, na relação que se estabelece entre a ausência de normas e o uso de regras suplementares para o preenchimento da lacuna. As condições para a apreensão deste problema somente vão surgir mais tarde, já no fim do séc. XVIII.

O fenômeno da positivação do direito lança as bases para a consolidação do problema das lacunas como o entendemos hoje. Os princípios de organização política, incorporados pelo direito, a ideia de soberania nacional e de separação de poderes, somados ao primado da lei, como expressão da vontade popular, e à concepção do direito como sistema normativo, propiciam as condições políticas e jurídicas para o amadurecimento das reflexões acerca das lacunas.

A separação dos poderes, inserida na concepção de soberania nacional, implica um crescente processo de neutralização do judiciário, garantindo, assim, uma nítida distinção entre direito e política. Mas a desconfiança em relação ao espírito reacionário

³ GILISSEN, John. Le problème des lacunes du droit dans l'évolution du droit médiéval et moderne. *Le problème des lacunes du droit*, apud FERRAZ JR., Tercio Sampaio Ferraz. *Localização histórica e sistemática do problema das lacunas*, p. 5.

dos juízes acabou suscitando um problema de ordem prática, relativo, precisamente, ao preenchimento das lacunas. Nestes termos, para além das preocupações referentes à identificação das lacunas e aos instrumentos de integração normativa, surge uma metaquestão, que consiste no questionamento sobre a legitimidade destes instrumentos, considerada a neutralização política do judiciário. Em outras palavras, surge, neste ponto, o terreno para a polémica a respeito da criação do direito pelo Poder Judiciário.

A par da centralização organizada da legislação, a dogmática jurídica desenvolve uma série de princípios e conceitos, relativos à proibição da decisão *contra legem*, da denegação de justiça e da criação de direito pelo aplicador da norma. Todas estas circunstâncias estão ligadas ao fenómeno da positivação do direito, considerado em seu sentido histórico.

Mas se, de um lado, um conjunto finito de normas, considerado à vista de um sem número de situações novas, pode representar uma circunstância embaraçosa, de outro lado, a ideia de um direito posto por convenção e as construções dogmáticas em torno da norma, flexíveis e maleáveis, possibilitam ao *intérprete-aplicador* um alto grau de pormenorização dos comportamentos passíveis de tratamento jurídico.

É certo que a nova conformação do direito não resolve o problema das lacunas, que subsiste de forma ainda mais angustiante, uma vez que se coloca, então, a questão da legitimidade dos instrumentos de integração normativa, à vista do primado da lei. Mas foi, sem dúvida, a concepção do direito como sistema de normas que permitiu a compreensão teórica de uma questão que, antes, somente havia se manifestado na prática.

Assim é que a ideia de um conjunto de normas, provido de uma ordem interna, distante da realidade, bastante em si mesmo, a exemplo do modelo do positivismo jurídico, criou condições para o aparecimento de teses a respeito da completude lógica do direito. O inevitável confronto entre este sistema e a práxis jurídica fez com que surgissem novas construções dogmáticas, mais elásticas e resilientes, com vista à adaptação do sistema à realidade social.

A formulação do direito como sistema bastante em si mesmo, uma caixa hermeticamente fechada, sem pontos de contato com a realidade social, dentro da qual existem normas derivadas da mesma fonte (norma-origem) permitiria, desta perspectiva, contornar o problema da “contradição entre enunciados normativos”. Sob outro aspecto, esse mesmo modelo, em que as normas são reguladas por uma estrutura infensa às

injunções sociais (o sistema jurídico não teria contato com o sistema social), dá a ideia de completude, porquanto todas as demandas jurídicas seriam supostamente reguladas no interior daquela caixa fechada.

Porém, os fatos, em bem pouco tempo, desautorizaram aquele tipo de formulação, demonstrando que o direito não pode renunciar ao contato com o sistema social, e mais, permitindo entender que se, de um lado, a relação entre o jurídico e o social põe a nu as inconsistências e déficits de regulação do direito, de outro, é precisamente essa aproximação que permite conciliar os conflitos normativos e preencher as lacunas do direito.

Mas desta tentativa de acomodação surgiu uma série de problemas teóricos e práticos referentes ao âmbito do que é propriamente jurídico, ao comportamento inqualificado, à esfera da liberdade, à distinção entre legiferação e integração normativa, etc., o que nos autoriza a concluir que o *problema das lacunas* no direito assume contornos bem definidos na tensão entre *problemas sociais* e *concepção sistemática* do direito.

1.2. Discussões em torno da completude do direito

A questão que se coloca, em termos genéricos, a propósito do tema das lacunas, é saber se existem *vazios* no direito, quer por ausência de disposição normativa, quer pela contradição entre as existentes.

O dogma da unidade e coerência do ordenamento jurídico, que se destacou com a Escola da Exegese, ganhando novos adeptos com a chamada *jurisprudência dos conceitos*, tem exercido, ainda hoje, grande influência sobre o pensamento jurídico. As mudanças por que passou a sociedade a partir do século XIX, fruto do processo de industrialização, não tardaram a demonstrar o idealismo destas construções e, ao mesmo tempo, a sua operacionalidade.

Na base da ideia de um legislador racional, da ideologia da lei e da suficiência do ordenamento, a dogmática jurídica opera a noção da completude do direito, que vem ao encontro de dois valores essenciais da cultura liberal-burguesa, segurança e certeza jurídica. Entretanto, desde as obras de Ehrlich e Geny, este tipo de concepção começou a ser questionado. Ou seja, não se tratava mais de se discutir a existência de várias normas,

regulando a mesma situação, dificuldade da qual a velha jurisprudência romana, utilizando critérios voltados à solução de antinomia, dava conta. De outro modo, discutia-se a possibilidade de inexistência de norma para regular uma determinada situação.

François Geny e Ehrlich, contestando a chamada plenitude lógica do ordenamento jurídico, sustentaram que o direito positivo tem lacunas materiais que somente podem ser preenchidas pela livre investigação científica e pela livre interpretação do direito, respectivamente.

Com efeito, à medida que as relações sociais se tornaram cada vez mais complexas, foi possível perceber a insuficiência dos códigos diante da realidade. Ademais, a organização dos sindicatos, dos grupos de pressão, dos pequenos partidos, demonstrou, àqueles que se ocupavam em estabelecer regras de conduta ou em interpretá-las, uma verdade inexorável: o direito é fato social, que não pode ser enquadrado nas molduras rígidas do ordenamento jurídico traçado pelo Estado. Nascia, assim, a *Escola da Livre Investigação Científica*, cujas relações com a sociologia jurídica são bastante estreitas.

Com o objetivo de adequar o direito às novas necessidades sociais, Geny contrapôs-se à ideia de um ordenamento jurídico completo, bastante em si mesmo. Seu método de interpretação pode ser assim resumido: primeiramente, caberia ao juiz indagar da existência da norma expressa a ser aplicada ao caso concreto; na falta, o julgador deveria recorrer aos costumes; à falta deles, à autoridade e à tradição, ou seja, à doutrina e à jurisprudência atuais ou antigas, respectivamente; inexistindo, estaria aberto, então, o caminho à “livre investigação científica do direito”.⁴

Contudo, não se tratava de uma criação arbitrária, e sim condicionada a certos princípios controláveis pelos tribunais e pela doutrina.⁵ A investigação era *livre* à medida que não se submetia às normas. *Científica* porque recorria às ciências afins e a dados objetivos e controláveis, a exemplo dos princípios da razão, do direito natural, das normas e princípios de lógica, etc.⁶

As ideias de Geny influenciaram os trabalhos de Ehrlich e Kantorowicz. Este

⁴ GENY, François. *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, t. I, p. 77, *apud* MOUCHET, Carlos; BECU, Ricardo. *Introducción al derecho*, pp. 271 e 272; MAYNES, García. *Introducción al estudio del derecho*, pp. 333 a 346.

⁵ MAYNEZ, García. *Op. cit.*, pp. 344 a 346.

⁶ *Ibidem*.

último, em um panfleto publicado no ano de 1906, sob o título *Der Kampf um die Rechtswissenschaft (A luta pela ciência do direito)*, propugnava a tese de que somente o direito livre estava em condições de preencher as lacunas da legislação. O dogma da completeza deixava, assim, de representar o velho obstáculo à adaptação do direito às exigências sociais.⁷

A reação a estas ideias não tardou a surgir. De fato, há autores que negam a existência de lacunas no ordenamento jurídico, mediante fundamentações bastante diversas. É o caso de Zitelmann, Enneccerus, Stammler, Donati, Brunetti, Santi Romano, Del Vecchio, Recaséns Siches, Kelsen, Bergbohm e García Maynez.

Em resposta à crítica formulada pela chamada “corrente do direito livre”, surgiu, em 1892, a obra de Karl Bergbohm, intitulada *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*. Segundo o autor, até onde o direito alcança com as suas normas inexiste lacuna. A partir dessa concepção, surge a ideia de um *espaço jurídico vazio*.⁸ Consiste este em admitir que “toda norma jurídica representa uma limitação à livre atividade humana; fora de esfera regulada pelo direito, o homem está livre para fazer o que quiser”.⁹ Assim, sob o ponto de vista jurídico, existiriam duas esferas do comportamento humano: em uma delas, estaria ele vinculado por normas jurídicas (espaço jurídico cheio); em outra, o homem estaria livre para agir como melhor lhe aprouvesse. Vale dizer, ou há o vínculo jurídico ou há absoluta liberdade (*tertium non datur*). O *espaço vazio* não poderia, pois, ser visto como *lacuna*, porquanto representa um limite natural do ordenamento, e não uma deficiência.¹⁰

Zitelmann, Donati e Brunetti partem de um ponto exatamente oposto. Enquanto Bergbohm sustentava que a ausência de lacunas pode ser explicada pela ausência de direito (ou seja, pelo fato de que, onde inexiste ordenamento jurídico, falta o próprio direito), os primeiros autores esclarecem que o direito nunca falta.¹¹ Com efeito, Zitelmann, Donati e Brunetti, partindo da distinção entre lei e ordenamento jurídico, sustentam que é possível encontrar lacunas no ordenamento legislativo, mas não no

⁷ BOBBIO, Norberto. *Teoria dell'ordinamento giuridico*, p. 140.

⁸ *Idem*, p. 143; a propósito, examinar também as considerações de Karl Engisch sobre o chamado *espaço ajurídico (Introdução ao pensamento jurídico)*, pp. 225 e 226).

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ Bobbio esclarece que, na Itália, essa orientação influenciou o pensamento de Santi Romano (*idem*, p. 143).

¹¹ *Idem*, p. 148.

ordenamento jurídico. A este cabe corrigir as imperfeições da lei.¹²

Assim, segundo Zitelmann, citado por Maynez, toda controvérsia submetida à decisão de um tribunal deve ser resolvida juridicamente. Desse ângulo, chega-se sempre à conclusão de que o direito não tem lacunas, porque os vazios da lei devem ser preenchidos pelo juiz, não de maneira arbitrária, mas por meio da aplicação de princípios jurídicos. Antes disto, diante das deficiências da lei, o direito parece ter lacunas, mas quando são colmatadas, mostra-se perfeito.¹³

Essa também é a posição de Del Vecchio e Recaséns Siches, para quem o direito não tem lacunas porque oferece meios para que o magistrado possa eliminá-las.¹⁴ Na visão de García Maynez, trata-se de aplicar o conhecido princípio ontológico, formulado por Zitelmann, segundo o qual “o que não está proibido, está permitido”. Por força dele, preenchidos os casos omissos, de acordo com os recursos que o ordenamento coloca à disposição do juiz, e, mesmo assim, persistindo a ausência de previsão para determinada conduta, tem de admitir-se que o comportamento está permitido.¹⁵

Para Kelsen, que reduz o ordenamento jurídico ao ordenamento normativo, a ideia de *lacuna* nada mais é do que uma ficção. O objetivo dessa construção teórica, segundo Kelsen, é estabelecer limites ideológicos à atividade do juiz. Na verdade, a noção de um espaço vazio no direito é inconcebível, sob o aspecto lógico, porquanto desconsidera o chamado *principio de clausura*,¹⁶ segundo o qual o que não está proibido é permitido.

Ainda sob o ponto de vista da completude do ordenamento jurídico, é possível falar na ideia de uma *norma geral exclusiva*, desenvolvida por Donato Donati, que também opera com o princípio lógico do terceiro excluído. Após tecer algumas considerações críticas sobre a teoria do *espaço jurídico vazio*, formulada por Bergbohm, dizendo que, de acordo com ela, nos casos não previstos em lei, estaria o juiz desobrigado

¹² Zitelmann Donati e Brunetti citados por Karl Engisch (*Introdução ao pensamento jurídico*, p. 225), Zitelmann, citado por García Maynez (*Introducción al estudio del derecho*, pp. 335-338); Miguel Reale (*Lições preliminares de direito*, p. 283) e Paulo Dourado Gusmão (*Introdução à ciência do direito*, pp. 134-143); Donati. *Lacune della legge*. *Digesto italiano*, v. VII, pp. 529-530.

¹³ MAYNEZ, García. *Introducción al estudio del derecho*, p. 359.

¹⁴ SICHES, Recaséns. *Introducción al estudio del derecho*, p. 207.

¹⁵ Registre-se que García Maynez, após breve análise da obra de Geny, entende que as lacunas da lei devem ser colmatadas com o recurso à livre investigação científica. Serve ela à orientação do intérprete do direito (*op. cit.*, pp. 333-346).

¹⁶ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, pp. 338-343.

de julgar, podendo, assim, negar justiça, Donati parte para o exame de duas outras teorias, na tentativa de contornar essa dificuldade.¹⁷

Uma delas sustenta que, no caso de uma lacuna no ordenamento legal, é possível recorrer a uma fonte subsidiária, não emanada do Estado, mas reconhecida no direito natural. A ela devem recorrer os súditos e os juízes, no caso de lacuna no ordenamento legal. Segundo outra teoria, que Donati considera intermediária, não é certo afirmar que, na ausência de norma, o aplicador possa recorrer a fontes diversas do ordenamento legal. No caso, a norma deve ser criada pelo juiz diante de cada situação concreta.

À posição de Bergbohm Donati opõe a seguinte evidência: embora a ausência de norma implique a liberdade da conduta, de modo que até o exercício da violência não se revela ilegítimo, fato é que todas as legislações proíbem a violência. Contra a segunda doutrina, exposta no parágrafo imediatamente anterior, observa que ela não se concilia com o caráter exclusivamente estatal do direito e com o princípio da exclusiva soberania do Estado. Quanto à terceira, também ali desenvolvida, sustenta que ela não resolve o problema, porque a norma criada pelo juiz, enquanto norma nova, surte efeitos somente para o futuro. Assim, em relação ao passado, permanece a lacuna.¹⁸

Donati propõe, então, outra solução para o problema, qual seja, a existência de uma norma que, ao mesmo tempo em que regula determinadas condutas, exclui a possibilidade de qualquer outro comportamento. Desta forma, a cada norma particular que se ocupa de determinada situação, corresponderia uma norma geral que, por sua vez, excluiria a aplicação da anterior para os demais casos. Na conformidade desse modelo, não é possível falar em uma *esfera vazia do direito*, uma vez que, além da norma particular, há uma série de ações reguladas pelas *normas gerais exclusivas*.¹⁹

1.3. Insuficiência dos critérios de ordenação racional

A posição daqueles que, por uma razão ou por outra, sustentaram a completude do ordenamento jurídico, ou seja, a sua capacidade para regular todas as ocorrências, tem sido objeto de diversas críticas.

¹⁷ Donati. *Lacune della lege. Digesto italiano*, v. VII, pp. 529-530.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ *Ibidem*.

Para Norberto Bobbio, somente existe sentido na alusão à completude se se partir do pressuposto de que o juiz está obrigado a julgar todas as controvérsias com base em uma norma pertencente ao sistema jurídico. Entende que se o magistrado estiver autorizado a julgar segundo a equidade, o problema da completude nem se coloca.²⁰

Parece, entretanto, que este pressuposto não resolve a polêmica. Na base das divergências encontra-se uma discussão mais ampla. Envolve ela a própria concepção de sistema jurídico. Para Zitelmann e Donati, por exemplo, o sistema jurídico não se limita ao ordenamento legal. De outra parte, mesmo para aqueles que reduzem o direito à lei, a simples existência de uma norma legislada, que suprisse eventual omissão do ordenamento, seria o bastante para comprovar a autossuficiência do sistema jurídico. É o que ocorre, por exemplo, no direito nacional, porquanto a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro remete o juiz à aplicação da analogia, dos costumes e dos princípios gerais de direito. Vê-se, assim, que normas deste tipo servem à ideia de completude.

Ao problema de ausência de critérios para preencher a eventual omissão do ordenamento – ou seja, àquilo que alguns autores denominam de *lacuna de segundo grau*²¹ – costuma-se responder com a possibilidade de colmatação pelo próprio juiz, caso a caso. É a posição, como já vimos, de Zitelmann, Del Vecchio e Recaséns Siches.

Essas ideias foram objeto da crítica – acima referida – de Donati. Na mesma linha crítica, Roberto José Vernengo esclarece que o fato de o juiz decidir a questão que lhe é submetida, seja pela procedência ou improcedência, não autoriza dizer que inexistem lacunas. Essa posição, diz Vernengo, confunde a existência de casos não regulados pelo ordenamento (e aí a identificação da lacuna) com a constatação de que há órgãos que podem suprir a omissão. Aqueles que se colocam nessa posição, não negam a existência de lacunas normativas, limitando-se a afirmar que há técnicas para preenchê-las.²²

A estas críticas somam-se as objeções formuladas por Santiago Nino e por Alchourrón e Bulygin, observando os dois últimos que a tese da inexistência de lacuna, com base na possibilidade de sua colmatação, assemelha-se à ideia de que “as calças não podem ter buracos porque sempre existem alfaiates que as remendam”. Vale dizer, do

²⁰ BOBBIO, Norberto. *Teoria dell'ordinamento giuridico*, pp. 130-131.

²¹ *Idem*, p. 155.

²² VERNENGO, Roberto. *Curso de teoría general del derecho*, pp. 383-384.

fato de que existem remédios jurídicos para solucionar os casos de lacuna não se pode retirar que elas não existam.²³

A teoria do *espaço jurídico vazio*, como vimos, também faz referência ao positivismo jurídico, que identifica as noções de ordenamento legal e ordenamento jurídico. A seu respeito, são interessantes as críticas formuladas por Bobbio.²⁴ Entende o jusfilósofo italiano que a tese parece partir da falsa identificação do jurídico com o obrigatório, ao dizer que aquilo que não é obrigatório, mas sim permitido ou lícito, não pode ser considerado juridicamente relevante. Mas se assim fosse, a permissão não seria mais havida como categoria jurídica, ou, então, far-se-ia necessário distinguir entre uma permissão juridicamente relevante, ao lado de outra juridicamente irrelevante.

Bobbio questiona a possibilidade da distinção, sustentando que não se concebe a existência de uma situação que não seja nem lícita nem ilícita; uma *liberdade protegida* ao lado de uma *liberdade não protegida*. E explica: a primeira forma de liberdade, pressupõe-se, deve ser garantida por meio de coação jurídica contra eventuais impedimentos por parte de terceiros. Estes teriam a obrigação de respeitá-la. Ao contrário, a *liberdade não protegida* não implicaria qualquer obrigação, por parte de terceiros, no sentido de abster-se do impedimento do seu exercício. O exercício da coação, no caso, seria ilícito.²⁵

Do exposto, sucede uma verdadeira inversão da relação direito-dever. Quando se fala que, em alguns casos, a força privada é lícita, isto significa admitir que, nestas hipóteses, a liberdade de um não está protegida, mas sim a força do outro. Em consequência, ao invés do dever do terceiro de respeitar a liberdade dos outros, tem-se o direito deste terceiro em violá-la. De outra parte, no lugar do direito que tem o outro de

²³ ALCHOURRÓN, Carlos E.; BULYGIN, Eugenio. *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, apud NINO, Carlos Santiago. *Introducción al análisis del derecho*, p. 284.

²⁴ BOBBIO, Norberto. *Teoria dell'ordinamento giuridico*, pp. 144-148.

²⁵ von Wright, partindo desta distinção, utiliza as expressões *permissão forte* e *permissão fraca*. Esclarece que, no primeiro caso, inexistente proibição para a prática de determinado ato. Por via do princípio enunciado (o que não está proibido está permitido), a conduta estaria autorizada. De outra forma, quando se fala em *permissão forte*, há uma referência àquelas permissões de caráter positivo. Esclarece, todavia, que em ambos os casos existe uma situação de tolerância do Estado, em relação à conduta (WRIGHT, Georg Henrik von. *Norma y acción: una investigación lógica*, pp. 100-107). Nas edições mais recentes da *Teoria Pura do Direito*, Kelsen acena com a existência de normas permissivas distintas da formulação de regulação negativa (princípio de clausura). Tratar-se-ia, no caso, de outra categoria jurídica, a permissão positiva.

exercer a própria liberdade, existe o dever de aceitar a violação do terceiro.²⁶ Observa Bobbio que o fato de a liberdade não estar protegida não torna a situação juridicamente irrelevante. Isto porque, no momento em que a liberdade de agir de um não está protegida, a liberdade do outro (para exercer a força) está. Há, nestas hipóteses, simples inversão entre o direito e o dever, e não um espaço jurídico vazio.

De fato, a tese de um *espaço juridicamente livre*, de uma *situação extrajurídica* ou de um *espaço ajurídico* é bastante discutida. José de Oliveira Ascensão²⁷ estabelece uma diferença entre as ideias de *lacuna* e *situação extrajurídica*. Para ele, não basta dizer que a primeira revela um caso não previsto pelo direito, ou não regulado normativamente. Isto porque a maior parte das situações da vida não são previstas nem reguladas pelo direito. “Debalde, procuraremos nas leis regras sobre passos de dança ou preparação para o casamento”. Ao direito – argumenta – não interessa a reclamação daquele que diz que o outro não o cumprimenta. Mas nem por isso dizemos que há uma lacuna (o exemplo também é utilizado por Larenz).

A lei – prossegue o autor – ao impor ao juiz o dever de julgar mesmo quando houver lacuna, tem em vista a *verdadeira lacuna*, e não a situação extrajurídica. Em ambas as hipóteses, há falta de regra específica, mas só o caso lacunoso deve ser juridicamente regulado. Esta distinção, mais ou menos óbvia, não se alicerça, entretanto, numa diferenciação doutrinária. Daí porque se torna extremamente difícil saber quais os casos que devam ou não ser regulados. O critério, para Ascensão, torna-se fundamentalmente valorativo. À vista de uma situação, tem de perscrutar-se sobre algum indício normativo que permita concluir que o sistema jurídico requer a consideração e solução daquele caso.

Com isto – conclui o jurista português – pode dizer-se que a lacuna é uma incompletação do sistema normativo que contraria o plano desse sistema. Por conseguinte, a própria afirmação da existência de lacunas resulta de uma tarefa de valoração. Só valorando poderemos dizer se determinada ausência de disciplina contraria ou não o plano ou a concepção do sistema jurídico.²⁸

²⁶ Daí porque Tercio Sampaio Ferraz Jr. não vislumbra, nestas situações de liberdade, um direito subjetivo, uma pretensão dirigida contra o Estado, a fim de obrigá-lo a garantir o exercício da conduta permitida (*Teoria da norma jurídica: ensaio da pragmática da comunicação normativa*, p. 89).

²⁷ ASCENÇÃO, José de Oliveira. *O direito. Introdução e teoria geral*, pp. 229-305 e 346-377.

²⁸ No mesmo sentido Canaris, citado por Ascensão (*Idem*, p. 347).

Karl Larenz,²⁹ recorrendo à noção de um *espaço juridicamente livre*, também admite a existência de *lacunas no ordenamento jurídico*, apontando para as mesmas dificuldades teóricas. Esclarece que os dois conceitos não se confundem. Na hipótese do espaço juridicamente livre, não sujeito a uma regulação, ocorre que, segundo a convicção social, variável, certas matérias nem sempre merecem ser apreciadas pelo direito, mas só pela moral. Diferente é a situação das lacunas, que podem representar até mesmo um *silêncio eloquente da lei*. Ou seja, nestes casos, fica claro que o legislador não quis regular a questão, ou porque a matéria é nova ou em razão de parecer-lhe útil reservar a solução para a construção jurisprudencial, à luz do caso concreto. Pode acontecer, também, nos casos de enumeração taxativa, por exemplo, que a ausência de disposição queira indicar que o caso não se subsume àquela hipótese legal.

Como já observamos, à ideia de um *espaço jurídico vazio*, Donati contrapõe a *norma geral exclusiva*. Esta teoria também é vulnerável, conforme as procedentes críticas de Norberto Bobbio.³⁰ É que no ordenamento jurídico não existem somente normas particulares inclusivas e uma correlata norma geral exclusiva. Há, também, as *normas gerais inclusivas*, a exemplo daquelas que permitem ao juiz, na hipótese de ausência de previsão legal, recorrer à analogia (art. 4º da LINDB, v.g.). A função da norma geral inclusiva é a de regular os casos não compreendidos na norma particular, mas parecidos com aqueles que estão na esfera da sua abrangência.

Assim, diante de uma lacuna, se se aplicar a norma geral inclusiva, o caso não regulado será resolvido de maneira semelhante à hipótese prevista na norma. Por outro lado, se o intérprete recorrer à norma geral exclusiva, o caso não regulado será solucionado de forma diferente, ou seja, a ele não será garantido o mesmo tratamento jurídico previsto para a hipótese legal semelhante. E na base da escolha entre a aplicação de uma ou outra norma está a indagação quanto à similitude entre o caso regulado e o não regulado, e mais, a indagação acerca da relevância da semelhança existente entre os casos, a par da indagação acerca da existência de dessemelhanças irrelevantes para o estabelecimento da analogia.

Bobbio conclui, então, que a lacuna remanesce, e consiste precisamente na

²⁹ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*, pp. 428-431.

³⁰ BOBBIO, Norberto. *Teoria dell'ordinamento giuridico*, pp. 152-153.

ausência de uma regra que permita acolher uma entre as duas soluções, pelo menos em bases racionais.

Assim – exemplificamos –, é conhecida a regra do processo civil brasileiro segundo a qual, na falta de normas jurídicas particulares, o juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece (art. 375 do CPC). O dispositivo versa matéria probatória. Examinando o Código de Processo Penal brasileiro não encontramos disposição semelhante. Seria o caso de indagar se a previsão normativa é aplicável também à apreciação da prova criminal. Se aplicássemos a tese da norma geral exclusiva, poderíamos afirmar que não. De outra forma, ao aplicar a norma geral inclusiva, chegaríamos à conclusão oposta.

Outra não é a dificuldade de uma teoria geral do processo, à medida que a aplicação de normas de uma determinada codificação a codificação diversa pressupõe a valorização do intérprete. Vê-se, pois, que um ordenamento, apesar da norma geral exclusiva, pode ser incompleto. No caso do processo penal brasileiro, admite-se a analogia, amplamente, por disposição expressa (art. 3º do CPP).

À vista de tudo o que foi dito, é possível chegar à noção de uma *incompletude insatisfatória*. Para além da falta de uma norma válida a ser aplicada, ou de critérios válidos para decidir qual norma deve ser aplicada, há uma referência à falta de uma norma justa, ou seja, de uma norma que, de acordo com as intenções do aplicador, deveria existir.

Essa ideia serviu, em um primeiro momento, à tese daqueles que sustentaram a completude do ordenamento jurídico. Quem se ocupa do tema é Brunetti, ao distinguir as lacunas *de iure condito* e *de iure condendo*.³¹ O autor esclarece que a noção de incompletude do ordenamento jurídico somente aparece quando se o compara com um ordenamento jurídico ideal. Mas, então, as lacunas que surgem não revelam propriamente uma incompletude, pelo menos no sentido que possa interessar ao jurista. Trata-se, em verdade, de lacunas ideológicas.

Mas, para Brunetti, poder-se-ia indagar, dessa última perspectiva, acerca da perfeição técnica da lei, ou seja, procurar saber se o ordenamento jurídico produzido pelo Estado contém tudo aquilo que à ordem jurídica estatal compete regular. Neste caso, a

³¹ BRUNETTI. *L'asserita completezza dell'ordinamento giuridico* e La funzione del diritto naturale ecc., *Rivista int. Filos, Dir.*, 124, 1-26, apud ASCARELLI, Tullio. Il problema delle lacune e l'art. 3 disp., prel. Cod. Civ. (1865) nel diritto privato. *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, pp. 209-248.

questão da completude não tem em conta o ordenamento como um todo, mas somente o ordenamento legal. E conclui dizendo que, sob o ponto de vista do ordenamento como totalidade, não há sentido em levantar a questão. Isto porque o ordenamento jurídico deve ser considerado em si mesmo, e não à vista de um outro ordenamento ideal.

Karl Engisch também se ocupou do tema, referindo-se à ideia de *incompletude insatisfatória*.³² *Lacunas*, para o autor, são falhas ou falta de conteúdo de regulação jurídica para determinadas situações de fato. Tem elas de ser removidas por meio de uma decisão judicial. Aparecem, pois, quando nem a lei nem o direito consuetudinário dão uma resposta para o caso. Nas hipóteses em que o legislador, por meio de conceitos normativos indeterminados, ou, ainda, através de cláusulas gerais e cláusulas discricionárias, dá ao juiz certa margem de escolha, não se pode falar em lacunas, mas sim em uma proposital ausência de regulação.

Engisch sugere, ainda, que possa haver uma inexistência planejada de norma. Às vezes – explica – gostaríamos de ver uma conduta tipificada como punível, mas ela assim não é considerada pelo direito positivo. Em consequência, se esta impunibilidade contraria as nossas expectativas, fala-se em *lacuna político-jurídica* ou em *lacuna crítica, imprópria*. Enfim, trata-se de uma lacuna *de lege ferenda* e não *de lege lata*, que pode apenas motivar o legislador a uma reforma do direito. O juiz, entretanto, não estaria obrigado a preenchê-la. Para Engisch, nestas circunstâncias, não haveria propriamente uma lacuna.

Mas as mudanças na concepção de vida podem fazer surgir lacunas que anteriormente não haviam sido notadas. Fala-se, aqui, não mais em *lacunas jurídico-políticas*, mas em lacunas do direito vigente, mais propriamente em *lacunas secundárias*, contrapostas às primárias, que existem desde o nascimento das normas (Klug). Pode ocorrer, igualmente, que o magistrado, mesmo após recorrer à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito, não consiga encontrar uma solução jurídica para uma situação concreta. Em ambos os casos, seria possível identificar uma *lacuna autêntica*. Ao juiz caberia preenchê-la, recorrendo, para tanto, à valoração pessoal.

Por último, àqueles que procuram justificar a completeza do ordenamento normativo com base no recurso ao princípio *tertium non datur*, como é o caso de

³² ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*, p. 227.

Zitelmann e de Kelsen, costuma-se opor o fato de que *o princípio de clausura* não constitui um preceito positivo, como qualquer uma das disposições que integram o ordenamento legal. Trata-se de um juízo enunciativo, de um princípio ontológico. García Maynez observa que “basta que um determinado ordenamento disponha o contrário para colocar por terra o referido preceito”. É o que acontece em grande parte dos sistemas jurídicos de tradição romano-germano-canônica, na área do direito público, ramo no qual “o que não está expressamente permitido está implicitamente proibido”.³³

Outros tantos juristas, numa perspectiva lógica, demonstram a fragilidade desses princípios. É o caso de Alchourrón, Bulygin e von Wright. Para os primeiros, a expressão *permitido*, que se retira do *princípio de clausura*, dá lugar a dois entendimentos. Um deles faz referência à ideia de *não proibido*, e outro, à existência de uma *autorização positiva* que permita a prática da ação. Substituindo-se, na frase “tudo que não está proibido está permitido”, o termo *permitido* por *não proibido*, ter-se-ia uma tautologia do tipo “tudo que não está proibido não está proibido”. O acianismo do enunciado resulta do princípio lógico da identidade, e nada esclarece. Assim, essa interpretação do princípio de clausura não impede a existência de um sistema jurídico que não contenha nem uma norma que proíba a ação nem uma norma que a permita. Tem-se, no caso, uma lacuna.³⁴ A partir do segundo significado de *permitido*, o princípio de clausura poderia ser enunciado da seguinte forma: “se em um sistema jurídico não existe uma norma que proíba certa conduta, é ela permitida por outra norma que integra o próprio sistema”. Para Alchourrón e Bulygin, trata-se de um enunciado empírico, cuja verdade estaria condicionada ao exame de um determinado ordenamento jurídico. Assim – argumentam –, é possível exemplificar com uma infinidade de ordenamentos nos quais o princípio não é verdadeiro. Ou seja, o enunciado é contingente e não universal.³⁵

Von Wright, contestando Alf Ross, para quem a permissão é simples negação da obrigação,³⁶ esclarece que a permissão constitui modalidade deôntica independente da *obrigação* e da *proibição*. Segundo ele, “a opinião de que uma permissão de fazer

³³ MAYNEZ, García. *Introducción al estudio del derecho*, pp. 361-362.

³⁴ ALCHOURRÓN, Carlos E.; BULYGIN, Eugenio. *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, apud NINO, Carlos Santiago. *Introducción al análisis del derecho*, pp. 199-201 e 282-284.

³⁵ *Idem*, p. 284.

³⁶ ROSS, Alf. *Lógica de las normas*, p. 114.

determinada coisa é o mesmo que a falta de uma proibição de fazê-la (...) é um sério erro”. Isto porque “não é possível fazer um inventário de todos os atos genéricos concebíveis. Novas espécies de atos aparecem, à medida que as possibilidades humanas vão se desenvolvendo e as instituições e formas de vida vão mudando. Um homem não poderia se embriagar antes de se descobrir como destilar o álcool. Em uma sociedade promíscua, não existe a possibilidade de cometer-se adultério. Conforme vão surgindo novas espécies de atos, o editor das normas pode sentir a necessidade de ordená-los, permiti-los ou proibi-los”.³⁷

Assim, para von Wright, há condutas que são previstas em normas, e outras não. Dentre as primeiras, algumas são obrigatórias, outras proibidas ou permitidas. No segundo caso, incide o princípio da permissão, diante da não proibição. Como já observamos (nota 25), na esfera da regulação positiva existem as *permissões fortes*, que comportam *graus crescentes de força*. Em um primeiro grau, poderíamos assim dizer, o legislador, ao permitir positivamente uma conduta, não faz mais do que declarar que tolerará o ato. Um tipo mais forte de permissão ocorre quando a declaração de tolerância vem combinada com uma proibição, dirigida a terceiros, no sentido de não impedir o ato tolerado, bem como com uma autorização que habilite o agente a realizá-lo. Neste último caso, Wright refere-se à existência do direito a uma ação (pretensão). Em um terceiro grau, coloca aqueles tipos de permissão em que a promessa de não interferência do legislador, na fruição da liberdade, constitui uma espécie de autocompromisso do Estado, uma *autoproibição* de impedir o ato, enunciada pelo próprio Estado.³⁸

Para melhor entender o sentido da categoria jurídica da *permissão*, de uma perspectiva lógica, buscaremos, em breves linhas, estabelecer algumas relações entre lógica alética, lógica modal e lógica deôntica, sem a pretensão de maior aprofundamento. Nas proposições declarativas, que têm em conta o juízo de verdade (*aletheia*), estabelece-se uma relação entre quantidade e qualidade: A – “Todo S é P”; I – “Algum S é P”; O – “Algum S é não P”; E – “Nenhum S é P”. A elas correspondem, no campo da lógica modal, que tem em conta juízos de necessidade e possibilidade (modo): A – “S é

³⁷ WRIGHT, Georg Henrik von. *Norma y acción: una investigación lógica*, p. 101.

³⁸ *Idem*, p. 103 e ss. Para Miguel Reale, a *atributividade* é uma importante nota distintiva do direito, pois a garantia de que alguém possa fazer valer em juízo uma determinada faculdade é um dos traços em que se diferenciam a moral e o direito (*Lições preliminares de direito*).

necessariamente P”; I – “S é possivelmente P”; O – “S é possivelmente não P”; E - “S é necessariamente não P”. A correspondência, na esfera da lógica deôntica, que opera com proposições normativas, encontra-se nas seguintes proposições: A – “Todo S deve ser P”; I – “Algum S pode ser P”; O – “Algum S pode ser não P”; E – “Nenhum S é P”.

Neste modelo – que alguns teóricos do direito ensaiam – a correspondência, no concernente à proposição universal afirmativa (A) e à proposição universal negativa (E) – ambas objeto da lógica alética – com o *obrigatório* (A) e com o *proibido* (E) – os dois funtores objeto da lógica deôntica –, embora problemática, não denuncia propriamente a insuficiência que queremos aqui apontar.

O problema da correspondência assim estabelecida consiste em que o enunciado normativo deriva de um ato de vontade, e não de uma formulação do pensamento, como se dá no campo da lógica alética. A proposição apofântica (mundo do ser) indica, descreve, ao passo que a proposição deôntica (mundo do dever ser) impõe, prescreve. Uma coisa é o ato de cognição, e outra, o ato de volição. A proposição apofântica ou é falsa ou é verdadeira, ao passo que a norma ou é válida ou inválida. A verdade e a falsidade são propriedades do enunciado apofântico, ao passo que a validade e a invalidade são categorias relacionadas à própria existência da norma. Uma afirmação falsa é, mesmo assim, uma afirmação; de outra forma, a ideia de “norma inválida” configura uma contradição em termos. Alguns teóricos vislumbram a possibilidade de aplicação da lógica às proposições descritivas formuladas pela ciência do direito. Mas, então, já não se cogitaria de uma lógica deôntica, e sim da lógica alética mesma.³⁹

Todavia, reside na tentativa de estabelecer a correspondência, no concernente à proposição particular afirmativa (I) e à proposição particular negativa (O) – ambas objeto da lógica alética –, com a *permissão para fazer* (I) e com a *permissão para não fazer* (O) – os dois funtores objeto da lógica deôntica – a grande limitação que nos interessa apontar, pois o modelo que viemos até aqui desenvolvendo não oferece resposta para a distinção entre o *comportamento inqualificado* e o *comportamento indiferente*, diferença esta que importa no momento de identificar a existência de uma lacuna.

Enfim, se é certo que a lógica deôntica de von Wright, em que pesem as

³⁹ A propósito desta discussão, v. Kelsen (09.06.1965) – Manuscrito Direito e Lógica. *Normas jurídicas e análise lógica (correspondência trocada entre o Srs. Hans Kelsen e Ulrich Klug)*, pp. 60-84.

vigorosas críticas de Alf Ross,⁴⁰ possibilita, de um lado, ampliar a discussão acerca da validade teórica do chamado *princípio de clausura*, de outro, esbarra nas mesmas dificuldades daqueles que admitem a regulação negativa (tudo o que não está proibido, está permitido). De qualquer forma, Wright entende que as chamadas *permissões fracas* não são normas ou prescrições normativas. Disto resulta que existem condutas que não são objeto do direito legislado. A partir dessa constatação, voltamos às teorias já desenvolvidas para justificar essa *ausência de direito*, bem como a suas subsequentes críticas, particularmente aquelas formuladas por Norberto Bobbio, às quais já se fez referência.

Há, ainda, aqueles que vislumbram na questão das lacunas um problema de ordem processual. Ou seja, para autores como Robert Legros, a percepção das lacunas somente aparece no momento da aplicação do direito a um caso concreto. Isto reafirma o reconhecimento da atividade judicial como fonte do direito.⁴¹ Sob outro ângulo, conduz também a dois tipos de questionamento: seriam a interpretação e a integração normativa dois momentos ou duas operações intelectuais distintas? Seria possível estabelecer uma separação entre criação e interpretação do direito?

A partir desse breve panorama sobre as lacunas no direito é possível observar que, para além do desacordo de crença quanto à possibilidade de inexistir regra jurídica para a solução de um determinado caso concreto, há um desacordo de atitudes diante daquilo que venha a ser o direito.⁴² De um lado, para os que entendem que o direito se esgota no ordenamento normativo, o que está fora dele ou é simplesmente inqualificado ou é permitido porque não proibido. De outro, para os que percebem a existência de um descompasso entre um conjunto finito de normas (ordenamento) e a realidade social

⁴⁰ ROSS, Alf. *Lógica de las normas*, pp. 115-118.

⁴¹ LEGROS, Robert. Considerations sur les lacunes et interpretation en droit penal. *Le problème des lacunes du droit*, pp. 365 e 55, *apud* FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Localização histórica e sistemática do problema de lacunas*, p. 16. O autor brasileiro esclarece que a opinião dos teóricos, neste aspecto, também se divide. Enquanto Geny afirma que a plenitude logicamente necessária da legislação escrita é um postulado, uma ficção aceita de um ponto de vista puramente prático, Kelsen, ao contrário, sustenta que a ficção reside precisamente na ideia de lacuna, haja vista que o direito é sempre completo. O objetivo desta construção teórica, segundo Kelsen, é estabelecer limites ideológicos à atividade do juiz.

⁴² A distinção entre *disagreement on belief* e *disagreement on attitude*, feita por Charles Stevenson, indica que, em discussões de natureza ética, estão sempre presentes diferentes cosmovisões, pelo que a circunstância de os polemistas eventualmente concordarem quanto à existência de um fato não necessariamente indica que o avaliem da mesma forma (STEVENSON, Charles. *Ethics and language*, Cap. 1). Saber se falta norma para regular um caso concreto é avaliação que depende do tipo de concepção que se tem do direito.

(justificável, porque o tempo social é diferente do tempo jurídico), a lacuna existe, residindo precisamente nesta diferenciação entre os dois sistemas – que mantém, todavia, relações de troca – a possibilidade de preenchimento de lacunas.

Disto decorre que o sistema jurídico não pode ser visto como bastante em si mesmo. A crença na plenitude do ordenamento não é, assim, uma questão lógica, mas somente um ideal.

De fato, a análise lógica não se revela adequada ao tratamento do tema relativo às lacunas no direito, ao contrário do que o senso comum poderia indicar. Como tive oportunidade de demonstrar em um trabalho produzido na década de 90, a partir do ensaio desenvolvido por Amedeo Conte, intitulado *Saggio sulla completezza degli ordinamenti giuridici*, trata-se de uma questão aporética, que exige um modelo mais compreensivo, não propriamente lógico. Não me parece oportuno reproduzir aqui o exercício desenvolvido naquele trabalho, bastando, para a exata compreensão do que agora afirmo (a respeito da insuficiência da análise lógica), o exame de aspectos envolvidos na chamada inseminação artificial, tema que, embora tenha inegável repercussão no campo médico, científico, social, demográfico, econômico, político, ético e jurídico, não conta com regulação no ordenamento brasileiro.⁴³

Não se pode negar que a conformação da família, de uns tempos para cá, alterou-se bastante. As relações familiares, que antes transcorriam sob bases biológicas, agora têm em conta o valor da afetividade. O casamento, além disto, já não é necessariamente condição social para a procriação, o que deu origem, no campo do direito, à chamada *família monoparental* e à *procriação unilateral*. Neste novo cenário, muitas pessoas que vivem relações homoafetivas, querendo ter filhos, também se valem da chamada reprodução humana artificial. Tudo isto revolve o terreno que sedimentara, a propósito da definição do marco inicial da vida humana, a disputa entre a teoria concepcionista e a teoria natalista (respectivamente, tese da proteção do embrião desde a concepção e tese da proteção do embrião após o nascimento da criança), tema intrinsecamente ligado à destinação que se dará aos embriões excedentes no processo de reprodução realizada em

⁴³ O exercício lógico a que me refiro, encontra-se no livro *O papel da ideologia no preenchimento das lacunas no direito*, pp. 195-218. A propósito do tema relativo à inseminação artificial, v. BIANCHINI, Gisele Marques. *A responsabilidade na reprodução humana eugênica: aspectos éticos e jurídicos*, e também Álvaro Moreno e Júlio Fernández. *A vida artificial como projeto para a criação de uma nova biologia universal. O que é vida?: para entender a biologia do século XXI*.

clínicas.

Essa nova configuração da família não é fato que ao direito possa se afigurar indiferente. A inseminação artificial toca em questões delicadas do ponto de vista do direito à identidade genética, da gestação de substituição, do direito ao anonimato do doador, da reprodução assistida *post mortem*, da responsabilidade do geneticista, da criopreservação (congelamento de embriões). E inexistente regulação legal a respeito, tudo não passando de regras de deontologia médica (Res. 2.121/15, editada pelo CFM) e de normas administrativas que tratam da questão do registro civil (Prov. 52/16 da Corregedoria Nacional de Justiça),⁴⁴ a desafiar a capacidade do direito na formulação de novos tipos normativos necessários à resolução dos conflitos.

Veja-se, pensando aqui nas elaborações da chamada Escola da Livre Investigação Científica, que não se pode contar com o costume para preencher a lacuna, pois a inseminação artificial é questão relativamente recente, sobretudo no Brasil. A doutrina vem se formando. Tampouco jurisprudência existe sobre o tema, cuidando-se de recorrer, pois, aos dados objeto das ciências afins, na tentativa de construir soluções para o caso concreto.

Trataremos de examinar agora, precisamente, como opera o juiz no exame de situações das quais o ordenamento jurídico não se ocupa.

2. OS INSTRUMENTOS DE INTEGRAÇÃO NORMATIVA

Como já foi dito, é o contato com a realidade que permite identificar a existência das chamadas lacunas. Em outras palavras, um sistema, em si mesmo, não é completo nem incompleto. A sua insuficiência surge no processo de aplicação da norma. Como também já adiantamos, se é certo que somente a intersecção entre os sistemas jurídico e social dá lugar à percepção da *lacuna*, certo também é que precisamente a partir desse contato revela-se possível desenvolver fórmulas para colmatá-la. Na prática, é difícil estabelecer a separação entre estes dois momentos. Mais que isto, há quem diga que, sendo o direito estrutura social, ou mesmo um sistema aberto, não há lugar para a ideia

⁴⁴ A Lei 11.105/2005, ao tratar das questões relativas à reprodução humana assistida, regula espaços de permissão, mas não esgota o tratamento de todos os aspectos que o tema da inseminação artificial sugere.

de *lacuna*. O momento da aplicação seria também um momento de criação da norma, consentida por esta permeabilidade do sistema.

Disto resulta – como já fizemos sentir – não só a dificuldade em identificar a ausência de norma, como também a dificuldade em distinguir interpretação e integração normativas. Para além destes aspectos, admitindo-se o consenso em torno da ausência de normas, surge a controvérsia sobre a legitimidade da integração, bem como sobre os instrumentos apropriados para suprir a falha do legislador.

Para entender melhor a perspectiva da qual nos propomos a enfrentar o problema da integração normativa, impõe-se estabelecer a distinção entre *dogmática* e *zetética* jurídica, valendo-nos, para tanto, dos modelos epistemológicos desenvolvidos, sob diferentes prismas, por Miguel Reale⁴⁵ e por Tercio Sampaio Ferraz Jr.⁴⁶

Aquilo que os teóricos do direito convencionaram chamar de *dogmática jurídica*, ou analítica jurídica, faz referência à elaboração de institutos e categorias jurídicas voltadas à aplicação. Trata-se de uma teoria geral do direito, concebida como teoria do ordenamento jurídico, diversa daquela que se propõe a pesquisar os aspectos meramente formais e funcionais do discurso jurídico, os quais, conquanto indispensáveis à formulação metodológica do direito, não se envolvem diretamente com a experiência jurídica mesma.

Já a *zetética* jurídica é composta de disciplinas gerais que interessam a outras áreas do conhecimento humano, e não só ao Direito. Instituições como a família, a sociedade, o Estado apontam para relações, complexas e infinitas, também objeto de estudos no campo da antropologia, da história, da sociologia, da economia, da política, da geografia humana, etc. Quando o estudioso do direito se ocupa daquelas instituições, na perspectiva de melhor conhecê-las, parte de um universo de questões já inscritas no quadro das ciências universais.

Impossível o desenvolvimento de uma hermenêutica jurídica crítica – como aquela com a qual se trabalha neste verbete – sem que se tenha em conta a importância da antropologia jurídica, da sociologia jurídica e da história do direito (disciplinas integrantes do campo da *zetética* empírica) e de suas aplicações; o relevo da filosofia do

⁴⁵ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*, pp. 317-333.

⁴⁶ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*, pp. 45-48.

direito, da metodologia jurídica e da lógica jurídica (as quais compõem a esfera da zetética analítica) e de suas aplicações. Bem por isto, a ideia de uma *construção* jurídica na base de *dados* com os quais também trabalham ciências que guardam afinidade com o direito, presente na zetética sociológica de François Geny, abre-se para um modelo jurídico expandido, no qual a relação com os fatos sociais vê-se iluminada pela contribuição de outras disciplinas das chamadas ciências humanas.

O modelo zetético, lançando luzes sobre as discussões dogmáticas, permite identificar diferentes tipos de análise, dos quais o senso comum dos juristas não se ocupa. Do ponto de vista da semiótica, por exemplo, trata-se de examinar o discurso jurídico sob três enfoques. Há, em um primeiro plano, o aspecto sintático, que se limita à relação entre normas, vistas como comportamentos deonticamente qualificados. Em um segundo plano, o semântico, discute-se a relação entre as normas e o fato social. Surgem aqui os questionamentos acerca da concepção de sistema jurídico, fechado ou aberto, lógico-formal ou lógico-prudencial, piramidal ou circular, rígido ou flexível, etc. A análise pragmática permite discutir o momento ideológico da questão das lacunas, revelando que o ponto nodal das dissensões entre os juristas, muito além das avaliações lógico-teóricas sobre o direito, encontra-se na atitude dos polemistas diante do direito. Trata-se de perguntar o que o saber jurídico representa em termos sociais, e, inclusive, de perquirir sobre a responsabilidade social do cientista do direito.

Todas estas preocupações, que estão na base da ideia de “ausência de norma”, “criação do direito” e “neutralização política do judiciário”, repercutem sobre o próprio estatuto epistemológico do direito e, mais especificamente, sobre os chamados instrumentos de integração normativa.

Admitindo-se que seja a atuação do aplicador da norma o ponto de contato entre o direito e a realidade, cuida-se de verificar agora a maneira pela qual os instrumentos de integração, parafraseando o texto normativo, conseguem estabelecer o consenso em torno de determinados significados.

A doutrina, de maneira geral, refere-se à autointegração e à heterointegração, conforme o preenchimento das lacunas se valha de elementos internos ou externos ao ordenamento. Esta terminologia se deve a Carnelutti, que, em seu conhecido *Sistema*, ensina que “ou a lacuna da lei se colmata com a lei mesma ou com matéria diversa. Tal distinção pode ser representada de modo eficaz, falando de *auto integrazione* e *etero*

integrazione”.⁴⁷ A propósito do primeiro conceito, discorre sobre a analogia e sobre o argumento *a contrario*. No que concerne à segunda noção, refere-se aos costumes e à equidade.⁴⁸ Esta classificação é relativa, porquanto não se pode desconsiderar o fato de que o critério de semelhança, que está na base da analogia, revela uma opção pessoal do aplicador. Mais não fosse, a classificação reacende a polêmica em torno da própria questão da lacuna, pois, como observa Tercio Sampaio Ferraz Jr., “haverá quem diga que o sistema é sempre completo, a constatação e o preenchimento serão então, necessariamente, procedimentos exteriores ao sistema, segundo Kelsen”.⁴⁹

Por isso, adotamos a posição do ilustre professor, dividindo os instrumentos de integração normativa em *quase-lógicos* e *institucionais*. Poder-se-ia objetar que ambos são institucionais, à medida que têm previsão no ordenamento. Mais que isto, seria possível dizer – como, de resto, sugere o autor da classificação por nós adotada – que tal previsão implicaria inexistência de lacuna. Ocorre que a distinção leva em conta a maneira pela qual o jurista argumenta, e tão-só; os instrumentos *quase-lógicos* têm uma aparência de raciocínio formal, enquanto os institucionais desenvolvem argumentos materiais.⁵⁰

Cabe advertir que a orientação do presente trabalho, no que concerne ao exame dos instrumentos de integração normativa, não é sistemática. Não há aqui a preocupação de desenvolver uma resenha das ideias sobre cada um dos temas. Busca-se somente o senso comum dos juristas, na perspectiva de identificar o seu aspecto valorativo. Para uma análise mais descritiva, reportamos o leitor a outras obras.⁵¹

2.1. Analogia

⁴⁷ CARNELUTTI, Francesco. *Sistema di diritto processuale civile*, v. I, p. 116.

⁴⁸ *Idem*, pp. 116-118; no mesmo sentido BOBBIO, Norberto Bobbio. *Teoria dell'ordinamento giuridico*, pp. 165-171. BETTI, Emilio. Interpretación de la ley y de los actos jurídicos. *Revista de derecho privado*, pp. 140-142.

⁴⁹ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão e dominação*, pp. 272.

⁵⁰ *Idem*, p. 273.

⁵¹ DINIZ, Maria Helena. *As lacunas no direito*; FRANÇA, Rubens Limongi. *Formas e aplicação do direito positivo*; MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*; SILVEIRA, Alipio. *Hermenêutica no direito brasileiro*, v. I e II; PEDROSO, Antonio C. de C. *Integração normativa*; SIDOU, J. M. Othon. *O direito legal: história, interpretação, retroatividade e elaboração das leis*; LIMA, Hermes. *Introdução à ciência do direito*; LATORRE, Ángel. *Introdução ao direito*; NÓBREGA, J. Flóscolo da. *Introdução ao direito*; GUSMÃO, Paulo Dourado. *Introdução à ciência do direito*; TELES JUNIOR, Goffredo Teles. *Iniciação na ciência do direito*; ASCENSÃO, José de Oliveira. *Introdução à ciência do direito*; MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*.

Não existe um consenso entre os juristas quanto à definição do termo. O que há são ideias aproximadas, pontos comuns entre os diversos conceitos. Assim, costuma dizer-se que “analogia é a operação lógica, em virtude da qual o intérprete estende o dispositivo da lei a casos por ela não previstos”.⁵² Define-se-a, também, como “aplicação de um princípio jurídico que a lei põe para certo fato a outro não regulado, mas semelhante, sob o aspecto jurídico, ao primeiro”.⁵³

A partir destes conceitos é possível verificar que o senso comum dos juristas identifica, na noção de *analogia*, pelo menos dois elementos: a *semelhança* entre a hipótese legal e aquela não regulada e a necessidade da aplicação de *um raciocínio lógico* para que se possa verificar esta relação.

Mas há, ainda, para alguns juristas, um pressuposto que chamaríamos de *axiológico*, qual seja, a igualdade como critério de justiça. Assim, para Ferrara, “o procedimento por analogia radica no conceito de que os factos de igual natureza devem ter igual regulamentação, e se um de tais factos encontra já no sistema a sua disciplina, esta forma o *tipo* do qual se deve inferir a disciplina jurídica geral que há de governar os casos afins”.⁵⁴ *Analogia*, assim, “é harmônica igualdade, paralelismo entre relações semelhantes”.⁵⁵ Esta concepção, que está na base das ideias de *semelhança essencial*, desenvolvidas em grande parte dos manuais,⁵⁶ implica algumas dificuldades. É que, por via dela, as controvérsias em torno do aspecto lógico da analogia ganham relevo.

Na concepção de Klug, por exemplo, “o emprego da analogia está na dependência da prévia definição e delimitação do círculo de semelhança. Conclui que, para tanto, os critérios utilizados não são lógicos, e sim teleológicos”.⁵⁷ A análise desta crítica pressupõe algumas considerações preliminares.

A pretensão do desenvolvimento de formas lógicas no estudo e aplicação do direito remonta à própria configuração epistemológica da moderna dogmática jurídica,

⁵² BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*, v. I, p. 115.

⁵³ FERRARA, Francesco. *Interpretação e aplicação das leis*, p. 158; no mesmo sentido, WINDSCHEID, Bernardo. *Diritto delle pandette*, v. I, p. 72.

⁵⁴ FERRARA, Francesco. *Op. cit.*, p. 158.

⁵⁵ *Ibidem*; MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*, p. 289.

⁵⁶ Ver, no campo do direito, MAXIMILIANO, Carlos. *Idem*, p. 206; PANIAGUA, José Maria Rodriguez. *Ley y derecho, interpretación e integración de la ley*, p. 107; no campo da Lógica, v. COPI, Irving. *Introdução à lógica*, pp. 318-322, e SALMON, Wesley. *Lógica*, pp. 97-101.

⁵⁷ KLUG, Ulrich. *Lógica jurídica*, p. 176.

como pudemos ver. A questão da analogia insere-se neste quadro.

Klug esclarece que os juristas, a respeito, dividem-se em três posições distintas: a) aqueles que admitem a possibilidade de um raciocínio lógico por meio da analogia; b) aqueles que o reputam impossível; c) aqueles que ocupam posição intermediária.⁵⁸

Segundo Klug, foi Aristóteles quem se ocupou detidamente desse tema, designando sob o nome de *paradigma* aquilo que conhecemos como raciocínio por analogia. Trata-se de uma conclusão obtida por silogismo, na base de raciocínios indutivos e dedutivos. Assim, inicialmente, haver-se-ia de fundar, valendo-se do primeiro tipo de raciocínio, um princípio que estabelecesse a relação de semelhança entre os casos regulamentados e não regulamentados. Ao depois, ter-se-ia de extrair deste princípio, por via do silogismo, a regulação concreta das hipóteses não previstas pela norma.⁵⁹

A dificuldade, segundo Klug, está no fato de que a obtenção deste princípio geral tem como pressuposto a experiência, na qual se baseia a indução. Neste mesmo contexto, ocorre observar que o raciocínio analógico, desenvolvido pelos juristas, guarda somente uma aparência de silogismo, pois tem de contar com quatro termos em vez de três. Bobbio ocupa-se em demonstrar este caráter defeituoso do silogismo analógico.⁶⁰

Bobbio adota, como ponto de partida, o clássico paradigma formulado no *Organon* de Aristóteles (*Analitici priores*, II, 24): “A guerra dos fócios contra os tebanos é má; a guerra dos atenienses contra os tebanos é semelhante à guerra dos fócios contra os tebanos; a guerra dos atenienses contra os tebanos é má”. Em termos esquemáticos teríamos: M é P; S é semelhante a M; S é P.

Observa o autor que a segunda premissa se funda em uma relação de semelhança, e não de identidade, o que implica admitir que por trás dos três termos do silogismo existem, em verdade, quatro. Isto porque a conclusão somente será possível se admitirmos que a semelhança entre as duas guerras mencionadas tem fundamento em uma qualidade que seja razão suficiente da parecença. Assim, exemplifica com o seguinte raciocínio *a simili*: os homens são mortais; os cavalos são semelhantes aos homens; os cavalos são

⁵⁸ KLUG, Ulrich. *Lógica jurídica*, p. 178.

⁵⁹ *Ibidem*; no mesmo sentido, BOBBIO, Norberto. *Teoria dell'ordinamento giuridico*, p. 173 e PANIAGUA, José Maria Rodriguez. *Ley y derecho, interpretación e integración de la ley*, pp. 112-113.

⁶⁰ BOBBIO, Norberto. *Op. cit.*, pp. 173-175; igualmente, PANIAGUA, José Maria Rodriguez. *Op. cit.*, pp. 114-115; FERRAZ JR., Tercio Sampaio. Verbete “analogia” (aspecto lógico-jurídico: analogia como argumento ou procedimento lógico). *Enciclopédia Saraiva do direito*, v. VI; *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão e dominação*, pp. 271-277 e 223-224.

mortais. Admitindo-se que a *semelhança relevante* entre os dois animais seja a condição de seres vivos, disto resulta que os termos do raciocínio não seriam somente *homem, cavalo e mortal*, mas sim *homem, cavalo, mortal e ser vivo*.

Mas ainda que se partisse de uma premissa maior fundada na lei, do tipo “os casos essencialmente iguais devem receber o mesmo tratamento”, para concluir que, “sendo o caso A igual ao caso B (premissa menor), devem ser tratados da mesma forma”, forçoso é convir em que a dificuldade subsistiria. A prova da igualdade ou semelhança das hipóteses não pode ser feita por via indutiva, como já demonstramos.

Admitindo-se, entretanto, que o direito não é transcendental aos fatos sociais, torna-se possível o emprego do raciocínio indutivo. Isto implicaria, contudo, uma conjugação de indução e dedução, que acabaria por tisonar a pureza analítica da chamada *analogia exata*. Entram em jogo, neste ponto, as valorações pessoais do intérprete com vista à decisão.

De fato, ao afirmar que o emprego da analogia exige a presença de semelhanças entre a entidades, fatos ou coisas comparadas, não se diz tudo, pois necessário também, a legitimar o recurso à analogia, que as semelhanças existentes sejam relevantes, e mais, que as dessemelhanças entre as entidades, coisas ou fatos comparados sejam irrelevantes. Vê-se, assim, que o aspecto valorativo – com todo o seu grau de subjetividade – interfere na construção do argumento. A par disto tudo, em certas situações, instaura um quadro de violência simbólica.

Tome-se como exemplo, no processo penal, a recusa do Ministério Público em aditar a denúncia, nas hipóteses de *mutatio libelli* (art. 384, parágrafo único, do CPP). Alguns entendiam que haveria de ser aplicado, por analogia, o art. 28 do mesmo Código, por força do qual caberia ao procurador-geral o juízo da conveniência do aditamento.

A polêmica acerca do assunto – hoje superada, diante da alteração promovida pela Lei 11.719/2008, que contemplou expressamente, no caso de recusa ao aditamento, a aplicação da regra do artigo 28 do CPP – envolve não só aspectos lógico-sistemáticos, concepções diversas sobre a natureza jurídica da ação e do processo penal, além de estimativas pessoais, mas uma relação de poder. Afinal, por trás do conceito de jurisdição está a ideia de imposição de complementaridade de um poder em relação ao outro (o juiz está acima das partes). Por outro lado, para além do questionamento acerca da posição processual do Ministério Público no processo penal (parte ou fiscal da lei), existe a

tentativa de questionar o próprio enunciado da norma segundo a qual “compete ao juiz assegurar às partes igualdade de tratamento”.

A semelhança entre o oferecimento da denúncia e o seu aditamento, percebe-se, não tem fundamento lógico, mas ideológico. O poder simbólico das diversas teorias, ora destinadas a fundar a analogia (semelhança entre oferecimento e aditamento, com base na titularidade da ação penal), ora desenvolvida para afastá-la (diferença entre ação e processo; distinção entre regra geral e regra excepcional), nada mais é do que uma espécie de força invisível, exercida com a cumplicidade daqueles que fingem não saber de sua existência, o que permite conseguir o equivalente daquilo que, em outras situações, somente seria obtido mediante a força explícita.

Neste contexto também se insere a chamada indução amplificadora, que parte da distinção, clássica na doutrina, entre *analogia legis* e *analogia juris*.⁶¹ A primeira diz com a ideia da aplicação de um único preceito legal a casos semelhantes, enquanto a segunda se refere ao procedimento pelo qual a nova regra é obtida, aplicável por analogia, o que implica o exame de todo o sistema ou de uma parte do sistema. Bobbio entende que, neste caso, trata-se do recurso aos princípios gerais de direito.⁶²

Segundo Tercio Sampaio Ferraz Jr., na chamada *analogia juris*, a partir do exame de casos particulares, obtém-se uma generalização (argumento indutivo), da qual resultam princípios. Estes, por via de dedução, aplicam-se aos casos então considerados análogos. Vê-se, assim, que a *analogia juris* ou a chamada indução amplificadora, tampouco se limita à aplicação de juízos puramente analíticos, recorrendo à experiência sensível e a valores, a partir dos quais o intérprete forma seu convencimento acerca da adequação do princípio aos casos não regulados por norma, o que torna o procedimento da *analogia juris* ainda mais complexo em relação à *analogia legis*.⁶³ Tal circunstância

⁶¹ Cf. WINDSCHEID, Bernardo. *Diritto delle pandette*, v. I, p. 73, nota 1 (a); FERRARA, Francesco. *Interpretação e aplicação das leis*, p. 159; BOBBIO, Norberto. *Teoria dell'ordinamento giuridico*, pp. 176-177. A propósito do tema, ver também FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*, p. 275, e Verbete “analogia” (aspecto lógico-jurídico: analogia como argumento ou procedimento lógico). *Enciclopédia Saraiva do direito*, v. VI, p. 363.

⁶² BOBBIO, Norberto. *Op. cit.*, p. 179. No mesmo sentido, FERRARA, Francesco. *Op. cit.*, p. 159; REALE, Miguel. *Op. cit.*, p. 294 e PANIAGUA, José Maria Rodriguez. *Ley y derecho, interpretación e integración de la ley*, p. 123.

⁶³ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*, p. 275 e Verbete “analogia” (aspecto lógico-jurídico: analogia como argumento ou procedimento lógico). *Enciclopédia Saraiva do direito*, v. VI, p. 363.

amplia sobremaneira o espaço argumentativo do aplicador da norma e, por via de consequência, o uso da violência simbólica, concebida como um processo de domesticação dos endereçados.⁶⁴

A propósito deste tema, valem ainda algumas observações, que a par de fornecer instrumentos para o exame da analogia, permitirão entender como funcionam os demais meios de integração normativa.

O argumento por analogia limita-se à inferência do provável. Embora desenvolvido sob um aspecto lógico, não está preocupado com a verdade de suas conclusões, mas somente com a verossimilhança. Assim, quanto maior a probabilidade de aceitação de suas conclusões, maior será a sua carga retórica, bem como a possibilidade de legitimação da tese desenvolvida. Este desempenho depende de uma série de fatores.⁶⁵

Primeiramente, importa considerar a quantidade de aspectos nos quais se diz que as hipóteses em questão são semelhantes. Dizer-se, por exemplo, que a relação conjugal e a relação homoafetiva estão baseadas na aliança amorosa e na comunhão de sentimentos, desejos e intenções é argumento que parece convencer da existência de analogia entre estes dois tipos de relação. Mas se a isto acrescentar-se que, em ambos os casos, há o objetivo de constituir uma família, então a analogia ganha força.

Um segundo critério, como já se adiantou, diz respeito às chamadas dessemelhanças, ou seja, ao número de pontos em que as hipóteses, quando comparadas, são desiguais. No mesmo exemplo da comparação entre a relação conjugal e a relação homoafetiva, alguém poderia suscitar o fato de que, no matrimônio, está-se tratando de homem e mulher, ao passo que, na relação homoafetiva, de pessoas do mesmo sexo. Também se poderia dizer que o matrimônio dá aos cônjuges a possibilidade de gerar prole, ao passo que, na relação homoafetiva, somente caberia a adoção ou a reprodução artificial.

Um último critério, como também já vimos, diz respeito à relevância das

⁶⁴ Para uma visão global, v. BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Sobre a repercussão do exercício do poder simbólico na área do Direito, v. FARIA, José Eduardo. *Eficácia jurídica e violência simbólica; o direito como instrumento de transformação social*.

⁶⁵ COPI, Irvin. *Introdução à lógica*, p. 319; no mesmo sentido PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Traité de l'argumentation*, p. 500, *apud* PANIAGUA, José Maria Rodriguez. *Ley y derecho, interpretación e integración de la ley*, p. 109 e SALMON, Wesley. *Lógica*, pp. 97-101.

semelhanças e à irrelevância das dessemelhanças. Saber, no caso que serve de exemplo, se é relevante a semelhança, existente entre o matrimônio e a relação homoafetiva, consistente no fato de que em ambos há uma aliança amorosa, comunhão de desejos, sentimentos e intenções, na tentativa de estender à relação homoafetiva todo o regime jurídico aplicável ao matrimônio, por exemplo, no limite, é uma questão valorativa, ideológica. Da mesma forma, na consideração da irrelevância das dessemelhanças há pouco apontadas (a união homoafetiva dá-se entre pessoas do mesmo sexo, que jamais poderão procriar) também atua uma determinada escala de valores.⁶⁶

Assim, não basta a aparência lógica do argumento, e nem mesmo um sem número de semelhanças entre a hipótese normativa e aquela não regulada. É necessário que estas semelhanças estejam de acordo com as mensagens do chamado *sistema simbólico*, a exemplo da religião, da moral, da linguagem, do direito, etc. Nas palavras de Paniagua: “a apreciação da igualdade essencial entre os casos haverá de atender aos interesses que, com a lei, se trata de proteger, à finalidade que a lei se propôs, que pode não ser de justiça ou de segurança, senão de implemento do bem-estar geral. Porém, todas estas fórmulas são demasiadamente vagas e, em sua apreciação concreta, haverão de entrar necessariamente as próprias idéias daquele que as aplica, acerca da missão do Direito em geral e acerca da missão e finalidade da vida humana mesma, em sua totalidade”.⁶⁷

Em outra passagem, Paniagua afirma que, por consequência, “pode dizer-se que a situação dos funcionários que aplicam uma disposição por analogia é, por vezes, comparada a de pequenos legisladores, quando não a de pequenos ditadores”.⁶⁸ Muito antes disto, a própria identificação da existência de uma lacuna jurídica, consistente no fato de o legislador não haver contemplado norma para disciplinar as relações homoafetivas, é uma questão nitidamente ideológica.

A dimensão lógico-retórica do direito ao mesmo tempo em que permite a manipulação deste espaço criativo, revela o papel de dominação das produções simbólicas, nas quais se inserem os instrumentos de integração normativa. Diante disto,

⁶⁶ A propósito da discussão relativa à aplicação da interpretação extensiva ou da aplicação da analogia ao tema da união homoafetiva v. julgamento conjunto, por parte do STF, da ADPF 132-RJ e da ADI 4277-DF, em 05.05.2011.

⁶⁷ PANIAGUA, José Maria Rodriguez. *Ley y derecho, interpretación e integración de la ley*, p. 118.

⁶⁸ *Idem*, p. 117.

tem-se acentuado o papel dos chamados limites à integração. É o que observam, dentre outros, Klug, Paniagua, Perelman e Tercio Sampaio Ferraz Jr.⁶⁹

Com efeito, já que não se pode condicionar o emprego da analogia às hipóteses expressamente previstas pelo legislador, trata-se de estabelecer parâmetros para sua utilização. Este controle do procedimento analógico, observe-se, não parte da elaboração normativa, mas sim de construções retóricas, legadas através dos séculos. Na práxis jurídica, elas aparecem como regras lógicas, mas a sua importância repousa, precisamente, em uma “força invisível”, que garante o consenso. No direito, não se há de falar propriamente em *teoria*, mas sim em *cadeias argumentativas* que partem de enunciados inquestionáveis, no caso, de princípios, brocardos ou lugares comuns consagrados pela doutrina.

Em suma, a integração analógica, preocupada com o provável, com o efeito da verossimilhança, opera instrumentos quase-lógicos de análise, visando a obter a adesão do receptor normativo. Estes, dada a imprecisão da linguagem, a sua carga emotiva e o próprio fetichismo do direito, possibilitam o exercício do poder simbólico tanto ao nível do conteúdo quanto do aspecto temporal e social do discurso jurídico.

Assim, à medida que a complexidade do sistema social avança, exige-se, por parte do direito, um grau cada vez maior de generalidade, no que muito contribuem a noção de *lacuna* e os instrumentos de integração. Disto resulta o surgimento de diversas normas-origem, integrantes de múltiplas cadeias normativas. A perspectiva incremental do direito soube apropriar-se, sem dúvida, desta justaposição de normas. Assim é que o instrumentalismo jurídico, baseado em uma ética de convicção, aproveitou-se deste terreno para garantir a legitimação de seus projetos.

Por outro lado, os efeitos perversos desta modelagem do direito não tardaram a demonstrar a necessidade de controles. Ressurge, neste ponto, a importância dos limites à integração normativa, em uma espécie de retomada da *ética de responsabilidade*.

Mas, como observa Tercio Sampaio Ferraz Jr., os princípios de exclusão da analogia não são absolutamente rígidos, porquanto “as normas, emanadas numa língua

⁶⁹ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*, pp. 278-280; PANIAGUA, José Maria Rodriguez. *Ley y derecho, interpretación e integración de la ley*, p. 118 a 120.

em parte técnica em parte natural, sempre trazem alguma ambigüidade e vaguidade”.⁷⁰ Isto permite ao jurista o exercício de um espaço retórico no qual procura conciliar a demanda crescente dos conflitos sociais com uma concepção aparentemente formal do direito. Reaparece aqui, com toda sua força, o caráter ideológico da produção jurídica.

A doutrina, de maneira geral, costuma referir-se à proibição da analogia no âmbito das normas penais, como decorrência do princípio da legalidade. Fala-se ainda na impossibilidade de estabelecer-se o procedimento analógico nas hipóteses de normas excepcionais, bem como de normas “odiosas”, a exemplo daquelas que versam matéria fiscal.

2.2. Princípios gerais de direito

É a estrutura do sistema jurídico que responde pela organização das diversas cadeias normativas, garantindo a ideia de unidade e completude. Isto explica a convivência de normas de conteúdo contraditório e mesmo – como vimos – a validade dos costumes *contra legem*. Os chamados *princípios gerais de direito*, a exemplo do princípio da economia processual e do princípio da instrumentalidade dos atos, integram esta estrutura. Trata-se de uma pauta de aplicação das normas, que serve como critério de decisão.

Os juristas controvertem acerca da natureza e fundamento dos princípios gerais de direito. A expressão *princípios* é imprecisa. Carrió aponta sete focos de significação: 1) *propriedade fundamental* ou *parte integrante de algo*; 2) *regra, guia* ou *orientação*, 3) *causa, origem*; 4) *finalidade, propósito*; 5) *premissa, axioma, essência*; 6) *regra prática de conteúdo evidente*, 7) *máxima, aforismo*.⁷¹

Carrió sustenta que os *princípios gerais de direito* fazem referência a todas essas ideias, que, de resto, também se aplicam a outras áreas de conhecimento. Dasquelas se apropria o jurista, ao falar em princípios legais tais como separação de poderes, inamovibilidade dos juízes, etc. (primeiro significado), ou na essência dos conceitos jurídicos, considerados como entidade, nos moldes da jurisprudência dos conceitos

⁷⁰ FERRAZ, JR., Tercio Sampaio. *Op. cit.*, p. 279.

⁷¹ CARRIÓ, Genaro. *Princípios jurídicos y positivismo jurídico*, pp. 33-34.

(quinto significado). Fala-se também no princípio da bagatela e da moralidade, que expressam generalizações ilustrativas, obtidas com o recurso à estrutura do sistema, embora entre nós não contassem com previsão normativa até bem pouco tempo (primeiro e segundo significados). É comum, igualmente, a referência à *ratio legis* ou a *mens legis*, que expressam a ideia de finalidade, propósito, objeto do quarto significado e que, da mesma forma, não têm previsão normativa.⁷²

Outras vertentes da expressão *princípios*, muito utilizadas pelos juristas, embora sem previsão normativa, dizem respeito aos juízos de valor que reconhecem *exigências básicas de justiça*, tal como a ideia de “consciência jurídica popular”, “consciência jurídica coletiva” (segundo e terceiro significados), ou às máximas que provêm da tradição jurídica (sétimo significado).⁷³

Em estreita conexão com o problema da *natureza* dos princípios gerais de direito está a questão relativa aos seus *fundamentos*. Alguns entendem que eles se radicam no direito nacional. Outros procuram buscá-los no direito comparado. Sob um aspecto diverso, há aqueles que os veem como expressão do direito posto, enquanto outros tantos recorrem ao direito natural. Não faltam mesmo os que adotam critérios de hierarquia e prevalência entre os diversos princípios gerais.⁷⁴

Bobbio, identificando os princípios gerais de direito com a *analogia juris*, sustenta que, na realidade, a designação é imprópria, porquanto se trata de normas

⁷² CARRIÓ, Genaro. *Princípios jurídicos y positivismo jurídico*, pp. 35-38. Foi com a Constituição Federal de 1988 que o princípio da moralidade ganhou expressa previsão no ordenamento jurídico (art. 37, *caput*). É certo, todavia, que parte da doutrina já o inscrevia no campo do direito administrativo, antes mesmo do advento da atual Constituição (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*, pp. 61-63). Celso Antônio Bandeira Mello, discordando dessa posição, dizia que os atos praticados em desafio à moralidade apenas quando investissem contra o princípio da legalidade ou contra o princípio da finalidade poderiam ser impugnados (*Elementos de direito administrativo*, p. 32).

⁷³ A propósito, v. FRANÇA, Rubens Limongi. *Brocardos jurídicos: as regras de Justiniano*, e TOSI, Renzo. *Dicionário de sentenças latinas e gregas*.

⁷⁴ A respeito dos mencionados critérios, consultar FRANÇA, Rubens Limongi. *Princípios gerais de direito*, pp. 217-222. Paniagua, após criticar a classificação proposta por F. de Castro (princípios de direito natural, princípios tradicionais e princípios políticos), sugere uma distinção entre princípios estatais e sociais. Dentre os primeiros, classifica os explícitos e implícitos. Sob outro ponto de vista, os princípios estatais podem ser institucionais ou comuns a todos os ordenamentos, conforme reservados a um determinado ramo do direito ou não. Quanto aos princípios sociais, diferenciam-se, por seu fundamento, em éticos, lógicos, científicos, etc. Os éticos pressupõem maior dose de decisão subjetiva, no sentido de eleição dos fins do julgador. Os lógicos e científicos não demandam juízos de valor propriamente ditos, senão operações lógicas ou adaptações técnicas dos meios à consecução de determinados fins, que se pressupõem, mas não entram em questão (PANIAGUA, José Maria Rodriguez. *Ley y derecho, interpretación e integración de la ley*, pp. 131-132).

jurídicas, e não de princípios. Cita, em abono a sua tese, a análise de Crisafulli, ponderando que se os chamados princípios gerais são obtidos por meio de uma generalização sucessiva, a partir de diversas normas do sistema, não há como negar que das normas somente se pode extrair normas, “assim como da espécie animal se obtém sempre animal, e não flores ou estrelas”.⁷⁵

Carrió demonstra a insuficiência dessa análise, esclarecendo que nem todos os princípios gerais são extraídos, por indução, das normas que integram o ordenamento. Identifica duas espécies de princípios. A primeira, adotada pelo positivismo jurídico, indica como deve entender-se, aplicar-se e complementar as normas. Trata-se de pautas de segundo grau. Na segunda, tem-se um rol de propósitos, objetivos, metas, enfim, um conjunto de regras ligadas às exigências de justiça e moral, além de certas máximas da sabedoria jurídica tradicional.⁷⁶

Para Carrió, o reducionismo dos positivistas nos proporciona uma imagem empobrecida do ordenamento jurídico e uma visão distorcida do trabalho jurisdicional.⁷⁷ Se é certo que o juiz está obrigado a decidir, e, neste sentido, que a jurisdição é completa (o que lembra a posição defendida por Zitelmann, Del Vecchio e Recasén Siches, vista há pouco), certo também é que não está obrigado a aplicar este ou aquele princípio geral. Vale dizer, ao lado de normas e princípios obrigatórios, existem também princípios permissivos, que funcionam como pautas de razoabilidade, não integrantes do direito posto.

Esta profusão de entendimentos a respeito dos princípios gerais de direito tem dificultado uma análise sistemática por parte da doutrina, como observa Limongi França, que se refere ao caráter fragmentário do trabalho dos juristas.⁷⁸ Não obstante, o próprio autor reconhece que não se pode “cair (...) em um excessivo teorismo, inadequado ao tratamento de um problema cujo aspecto prático é, tanto quanto o teórico, de suma importância”.⁷⁹

De fato, a riqueza operacional dos princípios gerais consiste, precisamente, nesse espaço tópico. O seu ponto de partida, na dicção de Viehweg, é o *sensus communis*, que

⁷⁵ BOBBIO, Norberto. *Teoria dell'ordinamento giuridico*, pp. 181-182.

⁷⁶ CARRIÓ, Genaro. *Princípios jurídicos y positivismo jurídico*, pp. 41 a 45.

⁷⁷ *Idem*, p. 51.

⁷⁸ FRANÇA, Rubens Limongi. *Princípios gerais de direito*, p. 239.

⁷⁹ *Idem*, p. 238.

manipula o verossímil, contrapõe pontos de vista conforme os cânones da tópica retórica, ensinando a considerar um estado de coisas de ângulos diversos, isto é, como trama de perspectivas.⁸⁰

A estrutura do sistema normativo, a par dos princípios que integram o próprio repertório – como são as normas programáticas e os princípios constitucionais tributários, por exemplo, dispersos por todo o texto da Constituição – abriga uma série de lugares-comuns, constituídos de brocados, construções doutrinárias, presunções, que permitem ao jurista argumentar dialeticamente. Nas expressões de Viehweg: “[r]aciocínios dialéticos são aqueles que têm como premissas opiniões acreditadas e verossímeis, que devem contar com a aceitação (*endoxa*). *Endoxa* – diz Aristóteles – são proposições que ‘parecem verdadeiras a todos ou a maior parte ou aos sábios e, dentre estes também, a todos ou a maior parte ou aos mais conhecidos e famosos’ (*Top.* I, 1.5.3). Aristóteles parte, pois, da afirmação de que a tópica tem por objeto raciocínios que derivam de premissas que parecem verdadeiras com base em uma opinião reconhecida”.⁸¹ Fala-se, neste ponto, não propriamente em método, mas em estilo de argumentação, que busca o consenso para legitimar a opção por este ou aquele princípio geral.

Tome-se como exemplo desta disputa tópica a polêmica travada entre os penalistas, a propósito da chamada *torpeza bilateral*. Trata-se da hipótese em que agente e vítima estão de má-fé, a exemplo das personagens criadas por Ariano Suassuna, no *Auto da Compadecida*. Aqui, a avidez pelo lucro fácil envolve “João Grilo” e “Chicó” na venda de um “gato que descomia dinheiro”. Alguns juristas sustentam que a fraude recíproca afasta o crime, na base do adágio *si duo dolo malo facerint, invincem de dolo non agent*. Assim, quem se coloca à margem da lei não pode invocá-la em seu favor. Na linguagem de Hungria, *a torpeza pune a torpeza*.⁸² De outro lado, colocam-se aqueles que entendem que a simples intenção do comprador, que pretende adquirir uma “máquina de fazer dinheiro”, por exemplo, não é apta a ilidir a configuração do estelionato, na prática do vendedor. Magalhães Noronha, entre estes, argumenta que não se pode dizer que o patrimônio juridicamente protegido é somente aquele que serve a fins lícitos. “A

⁸⁰ VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*, pp. 20-21.

⁸¹ *Idem*, p. 25. A propósito de uma análise do Direito Constitucional brasileiro a partir do exame dos princípios gerais de direito, v. BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*.

⁸² HUNGRIA, Nélon. *Comentários ao Código Penal*, v. VII, p. 193.

afirmação esquece que, na grande maioria dos casos, este fim ilícito não passou de mera intenção, e se para o próprio agente a simples intenção não é punível, por que o será para quem teve prejuízo, para quem foi lesado?”⁸³ Afinal, já diziam os romanos, *cogitationis poenam nemo patitur*, ou, como dizem os italianos, *pensiero non paga gabella*.

Na pauta destas discussões existe uma série de lugares comuns que não integram o ordenamento, pelo menos como normas ou mesmo *standards*. São juízos de valor, máximas colhidas da experiência, que, muitas vezes, afrontam o próprio dispositivo legal, quando a solução por este proposta não parece adequada aos fins do aplicador. No caso da chamada *torpeza bilateral*, Hungria trata de demonstrar que, ao contrário daquilo que sustenta Magalhães Noronha, o tipo do art. 171 do Código Penal pressupõe a boa-fé da vítima, ao dizer “induzindo ou mantendo alguém em erro”. Disto resulta que a posição daqueles que sustentam a caracterização do crime de estelionato estaria em confronto com a letra da lei.⁸⁴

Em suma, os princípios gerais de direito, entendidos como pauta de segundo grau para aplicação do direito, integram a estrutura do sistema jurídico. Nela se processa uma série de estratégias de neutralização, ligadas, principalmente, à ideia de reputação de quem argumenta, ao uso competente da língua. A oposição entre os diversos princípios gerais é regulada pelas regras de calibração do sistema jurídico.⁸⁵

2.3. Costumes

Trata-se de um meio institucional de integração normativa que não recorre à aparência lógica. Windscheid define o direito consuetudinário como sendo aquele que é usado *de fato*, sem que, para tanto, tenha o Estado de instituí-lo.⁸⁶

Segundo os comentários de Clóvis Beviláqua: “a concepção moderna do costume requer para a sua existência, apenas, que seja constantemente observado, durante um espaço longo de tempo, como norma jurídica, porque elle se destina a completar ou

⁸³ NORONHA, Magalhães. *Direito penal*, v. II, p. 373.

⁸⁴ HUNGRIA, Nélon. *Comentários ao Código Penal*, p. 198.

⁸⁵ A propósito deste modelo v. CAPELLA, Juan-Ramon. *El derecho como lenguaje: un análisis lógico*, pp. 104-146; FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Teoria da norma jurídica: ensaio da pragmática da comunicação normativa*, pp. 93-181.

⁸⁶ WINDSCHEID, Bernardo. *Diritto delle pandette*, v. I, p. 50.

interpretar o direito escripto, e pela repetição exprimir que corresponde, realmente, a uma necessidade. Apresentando estes caracteres, o costume é direito, tem força de coagir à obediência os particulares e deve ser applicado pelo juiz”.⁸⁷

Desse conceito costuma-se extrair os seguintes elementos: a) a prática reiterada e uniforme (objetivo); b) a convicção jurídica da imprescindibilidade do uso, vale dizer, a *opinio necessitatis* (subjetivo).⁸⁸

Na chamada dogmática jurídica de tradição continental, é possível localizar mais um requisito, qual seja, *a conformidade ao direito vigente*. Com efeito, Clóvis Beviláqua, comentando a antiga Lei de Introdução ao Código Civil, observa que, embora o legislador não fizesse referência ao costume, como instrumento de integração do direito, “não podia impedir que elle se formasse porque é um modo natural de revelação do direito”. Entretanto, “o costume, que preenche as lacunas da lei ou a corrige, dando uma interpretação conforme às necessidades sociaes, que se modificam no correr dos tempos, é, ainda, o costume *secundum legem*, isto é, aquelle a que a lei, expressamente, se refere”.⁸⁹

Assim, segundo o autor do Projeto do Código Civil de 1916, “o que o art. 4.º da *Introdução* repele é a autoridade revogatória do costume (*consuetudo abrogatoria, desuetudo*). Deste tema já se ocupavam os romanos (*Digesto*, 1, 3, 32, 1; *Gaio*, 1, 111; 2, 103; 3, 17; *Ulpiano*, 16, 1).⁹⁰

Na base da discussão sobre os fundamentos do costume, é possível identificar o questionamento acerca das razões de sua força compulsória. Savigny sustenta que ela reside na convicção de que a norma usada é direito, e mais, que o costume é a revelação espontânea, imediata da consciência jurídica do povo. Köhler também se refere ao costume como *consciência do povo*, e, por isso mesmo, uma formação social espontânea.

⁸⁷ BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*, v. I, p. 106.

⁸⁸ Nas expressões de Savigny, estes elementos exprimem a prática uniforme e reiterada de determinados atos (elemento objetivo) e a convicção jurídica de imprescindibilidade do uso (elemento subjetivo), *Sistema del derecho romano actual*, t. I, § 7 a 30.

⁸⁹ BEVILÁQUA, Clóvis. *Op. cit.*, p. 106.

⁹⁰ CORRÊA, Alexandre; SCIASCIA, Caetano. *Manual de direito romano*, v. I, p. 23; Savigny, ao que parece, refuta a ideia de um costume *contra legem*, ao advertir sobre a forma pela qual os súditos se opunham ao soberano, na tentativa de usurpar um dos ramos do poder supremo: “ora, um fato tão perigoso precisa de uma legitimação bem ponderada, que só se pode encontrar no consentimento do legislador, consentimento este que não se contém no próprio costume (como sucede nas repúblicas), mas lhe deve ser acrescido extrinsecamente” (*op. cit.*, § 28).

Geny, criticando o misticismo da *Teoria da Vontade Popular*, propõe que se veja, na própria natureza das coisas, a autoridade do costume como fonte do direito objetivo.⁹¹ Planiol, por sua vez, explica que o fundamento do costume está na sanção judicial.⁹²

As objeções a estas ideias são as mais diversas possíveis. Costuma-se dizer, em geral, no que se refere à teoria de Savigny, que “certos modos, atitudes ou comportamentos se observam em determinada comunidade, durante longo tempo, sem ser, a sua observância, julgada como um dever pelos membros desta comunidade, os quais os praticam como todos fazem, sem julgá-los. A *opinio juris*, segundo estes autores, é simples mística, sem conteúdo real”.⁹³

Contra a *teoria da sanção judicial*, defendida por Planiol, opõe-se o fato de que os juízes e tribunais não criam o costume, limitando-se a aplicá-lo.⁹⁴ Observa-se também que a mencionada teoria inverte a ordem de precedência entre a autoridade e a norma costumeira, esvaziando a força do direito costumeiro.⁹⁵

À tese de Köhler objeta-se que o direito escrito, assim como o costume, também é expressão da *consciência coletiva*. Mais que isto, o direito costumeiro não é espontâneo, pois se forma de um modo refletido, pela jurisprudência dos tribunais e pela opinião dos escritores.⁹⁶ Por último, a teoria de Geny “é tão vaga e tão insuficiente quanto a da Escola Histórica”.⁹⁷

Por tudo isto, a convicção sobre o aspecto normativo do costume não pode ser buscada no seu caráter obrigatório. Para além das críticas formuladas, Tercio Sampaio Ferraz Jr. observa que a noção é tautológica, já que a ideia de obrigatoriedade é ínsita à noção de norma. Caminha, então, para uma análise zetética-empírica do problema, que o conduz à ideia de institucionalização.

Os usos implicam a ideia de *expectativa cognitiva*. Variam conforme o espaço

⁹¹ BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria geral do direito civil*, v. I, pp. 32-33.

⁹² MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*, v. I, p. 19.

⁹³ FERRARA, Francesco. *Trattato di diritto civile*, v. I, pp. 128-133, *apud* RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*, p. 291.

⁹⁴ MONTEIRO, Washington de Barros. *Op. cit.*, p. 19.

⁹⁵ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*, p. 217.

⁹⁶ BEVILÁQUA, Clóvis. *Op. cit.*, v. I, p. 33.

⁹⁷ *Idem*, p. 32. Para um aprofundamento da discussão dos juristas em torno do conceito de *consciência coletiva*, inicialmente elaborado por Durkheim, mais particularmente a propósito do debate travado entre Léon Duguit e François Geny, v. SOUZA, Luiz Sergio Fernandes de. *Abuso de direito processual: uma teoria pragmática*, pp. 312-315.

social e temporal, adaptando-se às transformações da sociedade. A norma escrita cristaliza um determinado momento destas atitudes sociais, a partir de um processo de valoração que se desenvolve na produção legislativa da regra jurídica emanada do Estado. Os ideais de segurança e certeza reclamam do direito uma generalização não adaptativa, como garantia da durabilidade das expectativas.⁹⁸

O direito, como estrutura do sistema social, está aberto também às expectativas cognitivas. Entretanto, a contingência deste sistema exige do jurista algumas formas de controle, na absorção dos usos e práticas sociais. A *continuidade e uniformidade*, por si sós, revelaram-se insuficientes, a despeito da referência a um determinado lapso temporal, como tentativa de estabelecer parâmetros. Falava-se, assim, na necessidade de reiteração das práticas pelo lapso de cem anos (Lei da Boa Razão) ou cinquenta anos (leis comerciais).

O recurso ao aspecto subjetivo, como vimos, esbarrou na dificuldade de fundamentação. Tratava-se aqui de perguntar porque alguns costumes obrigariam e outros não. Em outras palavras, à concepção sistemática do direito, fundada em uma legitimidade racional, impunha-se uma explicação não mais empírica e sim analítica.

A ideia de institucionalização permite entender a convicção da obrigatoriedade. Repousa ela em um poder de controle que o emissor exerce sobre o receptor normativo. Assim, a relação de complementaridade, que se processa no nível cometimento das normas jurídicas, dá ensejo à neutralização do endereçado, desqualificando suas expectativas no que concerne à correção, à verdade e à justiça de determinadas práticas sociais. Nesta medida, alguns costumes passam ou não a fazer parte do sistema, conforme a regulagem dada pelas regras de calibração.

A validade do costume, sua existência ou obrigatoriedade, não está ligada, pois, à ideia de competência, mas sim à ideia de imperatividade. Como decorrência disto, é possível pensar em diversas normas-origem, criadas ora por autorização ora por recepção. A despeito da multiplicidade de relatos, o sistema subsiste, flexível e rígido, cambiante e estático, conforme as demandas sociais. Daí porque, embora a dogmática jurídica somente admita o costume *secundum legem* (interpretação) e *praeter legem* (integração

⁹⁸ Para a distinção entre *expectativa cognitiva* e *expectativa normativa*, v. LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I* e FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Teoria da norma jurídica: ensaio da pragmática da comunicação normativa*, pp. 39-47.

normativa), não é raro encontrar, na práxis jurídica, vários exemplos de decisão *contra legem*, que acabam fazendo escola.

A jurisprudência, sensível às dificuldades práticas na aplicação do texto legal, procura contornar a rigidez da estrutura do sistema jurídico, argumentando com o princípio da instrumentalidade das formas, com o princípio da economia processual, ou com o brocardo *utile per inutile non vitiatur*. Tem-se aqui regras jurídicas que inauguram novas cadeias normativas, verdadeiras *fontes do direito*, na acepção que lhes é tradicionalmente reservada pela dogmática jurídica.⁹⁹

A percepção desta realidade, entretanto, nem sempre é muito clara e, neste ponto, os princípios mencionados cumprem uma importante função no quadro do poder simbólico, escamoteando a atitude dos juristas diante da relação direito-realidade. Ao generalizar o dissenso, o discurso jurídico, potencializando todas as vicissitudes da linguagem, procura impor determinados significados como legítimos, sem que o receptor normativo se aperceba desta manipulação ideológica.

2.4. Equidade

Há autores que analisam o tema no âmbito dos princípios gerais de direito, como é o caso de Clóvis Beviláqua e de Castanheira Neves.¹⁰⁰ Esta perspectiva parece limitada. Não porque o emprego da equidade esteja, em algumas legislações (como é o caso da brasileira), adstrito a situações previstas em lei. A objeção não é meramente formal. O que nos parece é que o espectro de aplicação da equidade é um pouco mais amplo, pelo fato de que nela o julgador, por exemplo, não está preso a fórmulas culturalmente construídas, tais como o princípio da irretroatividade das leis, da igualdade entre as pessoas, e outros, consubstanciados em máximas que o emprego através dos séculos consagrou.

A equidade, para citar Aristóteles, “é a justiça do caso concreto”, a “justa

⁹⁹ Para o desenvolvimento de uma teoria do ordenamento jurídico pautada na existência de diversas normas-origem, que dão lugar a diferentes cadeias normativas, ver a bibliografia indicada na nota 85, que se reporta a autores que também trabalham o conceito de *calibração*, aqui empregado.

¹⁰⁰ BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados do Brasil comentado*, v. I, p. 116; CASTANHEIRA NEVES. *Questão-de-facto: questão de direito ou o problema metodológico da juridicidade*, v. I, p. 137, *apud* ASCENSÃO, José de Oliveira. *Equidade. Enciclopédia Saraiva do direito*, v. 32, p. 395.

retificação do justo rigorosamente legal”, ou, em uma síntese, é a correção da justiça legal, adaptada à particularidade de cada fato ocorrente. Funciona, na figura de linguagem de Aristóteles, assim como uma régua flexível, que se ajusta às irregularidades dos objetos.¹⁰¹ Assim, “a absoluta dependência do juiz perante a lei não se compadece nem com a teoria aristotélica nem com a prática jurídica romana, porquanto Aristóteles não tem o juiz por simples aparelho de subsunção. Tanto assim que, a despeito da disposição geral, muitas vezes não será possível atendê-la, e até admite a correção do texto legal”.¹⁰²

Do que dissemos, ficou claro o conceito de equidade não se confunde com o de princípios gerais de direito; mas é inegável que entre ambos existem pontos de contato. Nenhum deles, por exemplo, prende-se ao texto normativo. Nessa ordem de considerações, vã será a tentativa do legislador no sentido de enquadrar a equidade nos moldes rígidos do ordenamento, dizendo por exemplo, “que o juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei”, como faz o Código de Processo Civil (art. 140, par. único). Mas é necessário reconhecer que a previsão deste enquadramento, que poderia parecer uma perversão do conteúdo da ideia de justiça, cumpre uma função retórica, porquanto o aplicador, ainda que adotando o critério do *jus est ars aequi et boni*, terá sempre de argumentar com a norma, dando, assim, a impressão de que o direito reto também é certo. Destarte, quer naquilo que diz respeito à correção da lei como à integração de lacunas, não estará o aplicador jungido à autorização expressa.

Não se desconhecem as posições contrárias, fundadas na tese de que o juiz somente está autorizado a aplicar a equidade nos casos previstos em lei, o que, inclusive, reduziria a esfera da integração normativa. Fala-se, neste sentido, que, se por um lado, a aplicação da equidade tem a vantagem de permitir maior adequação no caso concreto, por outro, perturbaria a certeza do direito. Daí a preocupação generalizadora do legislador.¹⁰³ O argumento, por trás de uma posição doutrinária, deixa entrever uma atitude muito peculiar do discurso jurídico liberal e de todas as suas diversas formas de legitimação.

Agostinho Alvim, por exemplo, entende que algumas leis estão *informadas na equidade*, outras não. Ilustram as primeiras aquelas de enunciados flexíveis, nas quais o

¹⁰¹ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*, p. 123; no mesmo sentido ASCENSÃO, José Oliveira. Equidade. *Enciclopédia Saraiva do direito*, v. 32, p. 393.

¹⁰² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Sistema de ciência positiva do direito*, v. IV, p. 79.

¹⁰³ ASCENSÃO, José de Oliveira. Equidade. *Op. cit.*, p. 395.

legislador não fecha todas as hipóteses. As normas infensas à aplicação da equidade, ao contrário, são fechadas. As disposições relativas à guarda dos filhos, nos casos de separação judicial, ilustram a chamada equidade legal, embora sempre exista uma margem para o exercício do prudente arbítrio do juiz, nestes casos. De qualquer sorte, a própria norma procura combinar diversas situações, visando sempre ao interesse dos menores. De outra forma, a ordem de vocação hereditária é norma estanque, inflexível.

Sugere um exemplo.¹⁰⁴ “Alguém morre, deixando viúva e não deixando descendentes. Metade dos bens do casal irá ter às mãos dos ascendentes do cônjuge falecido. Ora, suponha-se que a morte se tivesse dado no próprio dia do casamento; suponha-se que o falecido nada tivesse levado para o casal e que a viúva tivesse levado alguma coisa; suponha-se mais, que os pais do falecido sejam arquivilionários e inimigos da nora viúva. Todas estas circunstâncias juntas não impediriam que a viúva, que não desfrutou o casamento, viesse a repartir do seu pouco com os sogros, ricos e desafetos seus. Esta lei não está informada na equidade. O legislador teria abrandado o preceito, se especificasse, se previsse hipóteses, a fim de evitar aquela consequência. Mas o certo é que não o fez. É o *dura lex, sed lex*”.

Para o autor, inexistente equidade *contra legem*. Esclarece que, mesmo no Direito Romano, “a lei era contrariada antes por um subterfúgio do que propriamente pela sua negação. Este método, aliás, é muito empregado na técnica judiciária de todos os tempos”.¹⁰⁵ Vê-se, nesta significativa passagem doutrinária, que os juristas estão sempre preocupados com uma espécie de *ethos* científico, sem atentar ao que realmente fazem e produzem. Surge, a todo momento, o idealismo, consistente em separar a teoria da práxis; a produção teórica de sua aplicação.

Nesta medida, o senso comum dos juristas procura sempre um princípio latente no direito, embora não expresso na lei. Diz-se, nesta medida, que “se concebermos a equidade judicial fora do direito, cairemos no subjetivismo absoluto, permitindo que o juiz leve em conta fatos e circunstâncias que ele valorizará, não segundo o critério recomendado pelo sistema do direito e sim de acordo com as suas convicções pessoais.

¹⁰⁴ ALVIM, Agostinho. Da equidade. *Revista dos Tribunais* 132/3 e 132/4. Hoje, o exemplo guarda somente importância histórica, pois a crítica acabou inspirando a alteração da regra de vocação hereditária, como se pode ver na norma dos artigos 1829, II, e 1836, ambos do Código Civil vigente.

¹⁰⁵ *Ibidem*.

Este seria, propriamente, o juiz legislador ou o juiz ditador”.¹⁰⁶

A doutrina e a jurisprudência, que se incorporam, no correr dos tempos, ao próprio objeto da ciência dogmática do direito, é rica em exemplos de aplicação do *justo* em frontal conflito com a letra da lei.

Para lembrar um dispositivo tão hermético como aquele que trata da ordem de vocação hereditária, cite-se a regra contida no art. 409 do Código Civil de 1916, que dispunha sobre a ordem da tutela legítima. A redação do artigo indica que a norma era cogente. Entretanto, os tribunais e a própria doutrina já entendiam que a ordem legal poderia ser alterada pelo magistrado, em benefício do menor e em atenção aos seus interesses (RT 338/175). O Código Civil vigente, seguindo a orientação doutrinária e jurisprudencial, temperou um pouco o rigor da disposição legal, ao permitir que o juiz, em se tratando de colaterais, decida de modo diverso daquele previsto em regra pelo legislador, isto sempre em atenção aos interesses do menor (art. 1731, II, do CC).

Outra hipótese interessante é aquela que diz respeito à interferência da separação de fato no dever de fidelidade conjugal. A Lei 6.515/1977 dispõe que o dever de fidelidade somente cessa com a separação judicial (art. 3.º). No mesmo sentido dispõe o Código Civil vigente, que se ocupou da matéria (art. 1576). Entretanto, expressiva doutrina há muito tem entendido que a fidelidade pressupõe vida em comum. Assim, cessada a coabitação, não pode subsistir a fidelidade.¹⁰⁷ Edgard de Moura Bitencourt, com a modernidade que o distinguiu entre os juízes paulistas, pondera: “(...) a posição do jurista é a de apurar a conjuntura humana, porque nem sempre a natureza está disposta a obedecer à lei dos homens; pesquisar as conseqüências econômicas; usar os princípios da moral, nem de tal forma superior que torne o Direito obra ilusória ou cruel, nem tão inferior que descambe na desagregação da família. Enfim, dar às soluções o caráter da justa adequação à finalidade do Direito”.¹⁰⁸

No direito penal, exemplo típico de aplicação da equidade contra norma expressa

¹⁰⁶ ALVIM, Agostinho. Da Equidade. *Revista dos Tribunais* 132/3 e 132/4.

¹⁰⁷ GOMES, Orlando. *Direito de família*, p. 201.

¹⁰⁸ BITENCOURT, Moura. *O concubinato no direito*, v. I, p. 80. Em acórdão datado de 29.08.66, já é possível encontrar a seguinte aplicação da *equidade contra legem*: “a exigência de fidelidade, em tais hipóteses de abandono do lar, atenta contra a inteligência, contra o consenso geral de nosso povo, contra as leis biológicas. A rigidez na interpretação legal, adotada para a solução da demanda, leva ao extremo de exigir a mais estrita castidade de pessoas separadas de fato, virtude só alcançada pelos que seguem este princípio moral” (TJSP, Ap. 51.219, Rel. Cardoso Rolim).

é a prática que ficou conhecida como *adoção à brasileira*. Trata-se da hipótese em que se registra como seu o filho de outrem, crime punido com pena de reclusão (art. 242 do CP). Embora exista previsão para o perdão judicial, fato é que muitos juízes, argumentando com a inexistência do elemento subjetivo do tipo, acabam por absolver o agente. A equidade, no caso, é aplicada por vias transversas, visto que se tem entendido que ela não se emprega na exegese dos textos em que se cominam penas de qualquer natureza.¹⁰⁹

Vê-se claramente, neste último exemplo, que o chamado *subterfúgio*, na expressão de Agostinho Alvim, nada mais é do que um expediente dogmático que permite encontrar uma solução plausível para o caso concreto, sem negar o dogma. Assim, a equidade, quer no plano da correção da norma, quer no plano da integração das lacunas, não se limita aos casos de jurisdição voluntária, à aplicação de leis trabalhistas, à arbitragem, etc., hipóteses em que existe expressa autorização do legislador para o emprego dela. A ideia de equidade é imprescindível à aplicação de uma ciência prática, tal como a dogmática jurídica moderna, em todos os seus momentos.

Será a lógica da persuasão que se encarregará de estabelecer o consenso em torno do significado da norma a ser aplicada. No fundo das disputas doutrinárias, obscurecidas por uma rede de conjuntos simbólicos, confrontam-se forças antagônicas, a exemplo do direito oficial e do direito não-oficial; da preservação e da mudança. Esta lógica prudencial, composta de juízos empíricos e axiológicos, processa-se por meio das regras de calibração do sistema jurídico, pelo que, a despeito do padrão legalidade, que orienta o direito racional do Estado Moderno, é possível, em determinados momentos, à vista de uma crise de legitimação do direito vigente, optar por outros padrões de funcionamento.

REFERÊNCIAS

ALCHOURRÓN, Carlos E.; BULIGYN, Eugenio. *Lagunas del derecho y análisis de los casos*. Buenos Aires: Tall, Graf. Buschi S/A, 1971.

ALVIM, Agostinho. Da equidade. *Revista dos Tribunais*, v. 132, , ano XXX. São Paulo, jul., 1941.

¹⁰⁹ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*, p. 326.

ANDRADE, Manuel Domingues de. *Ensaio sobre a teoria da interpretação das leis*. Coimbra: Arménio Amado, 1978.

ASCARELLI, Tulio. Il problema delle lacune e L'art. 3 disp. prel. Cod. Civ. (1865) nel diritto privato. *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*. Milão: Giuffrè, 1952.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Elementos de direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

BETTI, Emilio. *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*. Trad. por José Luis de los Mozos. Madrid: Revista de Derecho Privado, s.d.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado*. 8. ed. São Paulo: Francisco Alves, 1949. Volume I.

_____. *Teoria geral do direito civil*. Rio de Janeiro: Rio, 1980.

BIANCHINI, Giseli Marques. *A responsabilidade na reprodução humana eugênica: aspectos éticos e jurídicos*. Tese apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da PUC-SP. São Paulo, 2016.

BITTENCOURT, Edgar de Moura. *O concubinato no direito*. Rio de Janeiro: Jurídica e Universitária Ltda., 1969. Volume I.

BOBBIO, Norberto. *Teoria dell'ordinamento giuridico*. Turim: Copisteria Giappichelli, Litografia Diretto, 1960.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.

BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Trad. por Fernando Tomaz. Lisboa: DIFEL, 1989.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. As lacunas no direito constitucional. *Separata da Revista de informação legislativa*, nº 90, ano 23. Brasília: Senado Federal, abr./jun., 1986.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Trad. por António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

CAPELLA, Juan-Ramón. *El derecho como lenguaje: un análisis lógico*. Barcelona: Ariel, 1968.

CARNELUTTI, Francesco. *Sistema del diritto processuale civile*. Pádua: Cedan, Casa Editrice Dott, Antonio Milani, 1936. Volume I.

CARRIÓ, Genaro. I giudici creano diritto – esame di una polemica giuridica. *Diritto e analisi del linguaggio*. Uberto Scarpelli (org.). Milão: Edizioni di Comunità, 1976.

_____. *Principios jurídicos y positivismo jurídico*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, s.d.

_____. *Sobre los límites del lenguaje normativo*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1973.

COELHO, Luiz Fernando. *Lógica jurídica e interpretação das leis*. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

CONTE, Amedeo. *Saggio sulla completezza degli ordinamenti giuridici*. Turim: C. Giappichelli Editore, 1962.

COPI, Irving Marmer. *Introdução à lógica*. Trad. por Alvaro Cabral. 2. ed. São Paulo: Mestre Jou, 1979.

CORRÊA, Alexandre; SCIASCIA, Caetano. *Manual de direito romano*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1961. Volume I.

COSSIO, Carlos. *La plenitud del orden jurídico y la interpretación judicial de la ley*. Buenos Aires: Editorial Lousada, S.A., 1939.

DEL VECCHIO. *Los principios generales del derecho*. Trad. por Juan Ossorio Morales. Barcelona: Bosch, 1971.

DELMANTO, Celso. *Código Penal comentado*. São Paulo: Freitas Bastos, 1986.

DINIZ, Maria Helena. *As lacunas no direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

DONATI, Donato. Lacune della legge. *Digesto italiano*. Turim: Torinese, 1938. Volume VII.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Trad. por João Baptista Machado. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1964.

FARIA, José Eduardo. *Eficácia jurídica e violência simbólica: o direito como instrumento de transformação social*. Tese apresentada ao Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da Faculdade de Direito da USP. São Paulo: FADUSP, 1984.

FERNANDES DE SOUZA, Luiz Sergio. *Abuso de direito processual: uma teoria pragmática*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. *O papel da ideologia no preenchimento das lacunas no direito*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FERRARA, Francesco. *Interpretação e aplicação das leis*. Trad. por Manuel A. Domingues de Andrade. 3. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1978.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 1988.

_____. *Localização histórica e sistemática do problema das lacunas*. Mimeo, s.d.

_____. Verbetes “analogia” (aspecto lógico-jurídico: analogia como argumento ou procedimento lógico). *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1980. Volume VI.

_____. *Teoria da norma jurídica: ensaio da pragmática da comunicação normativa*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

FREIRE, Carlos Coelho de Miranda. *Influência da doutrina jurídica nas decisões judiciais*. João Pessoa: União Cia., 1977.

GOMES, Orlando. *Direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução à ciência do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959. Volumes VII e XVIII.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. por João Baptista Machado. 4. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1979.

KELSEN, Hans; KLUG, Ulrich. *Normas jurídicas e análise lógica*. Trad. por Paulo Bonavides. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

KLUG, Ulrich. *Lógica jurídica*. Trad. por García Bacca. Caracas: UEG, 1961.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Trad. por José Lamago. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1978.

LATORRE, Angel. *Introdução ao direito*. Trad. por Manuel de Alarcão. Coimbra: Livraria Almedina, 1978.

LIMA, Hermes. *Introdução à ciência do direito*. 31. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 1996.

LIMONGI FRANÇA, Rubens. *Formas e aplicação do direito positivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1969.

_____. *Princípios gerais de direito*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971.

_____. *Brocardos jurídicos: as regras de Justiniano*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*. Trad. por Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

MACHADO PAUPÉRIO, Arthur. *Introdução axiológica ao direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

MAGALHÃES NORONHA, Edgard. *Direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1982. Volumes I – III.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

MÁYNEZ, García. *Introducción al estudio del derecho*. México: Porrúa S/A., 1982.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 1975. Volumes I e V.

MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*. 33. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MORENO, Álvaro; FERNÁNDEZ, Júlio. A vida artificial como projeto para a criação de uma nova biologia universal. *O que é vida?: para entender a biologia do século XXI*. Charbel Niño El-Hani e António Augusto Passos Videira (org.). Rio de Janeiro: FAPERJ – Relume Dumará, 2000.

MOUCHET, Carlos; BECU, Ricardo. *Introducción al derecho*. Buenos Aires: Editorial Perrot, 1978.

NINO, Carlos Santiago. *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1974.

_____. *Introducción al análisis del derecho*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1984.

NÓBREGA, J. Flóscolo. *Introdução ao direito*. 7. ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1987.

OLIVEIRA ASCENSÃO, José de. *O direito: introdução e teoria geral*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1977.

_____. Eqüidade. *Enciclopédia Saraiva de Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977. Volume 32.

PANIAGUA, José María Rodríguez. *Ley y derecho, interpretación e integración de la ley*. Madrid: Editorial Tecnos, 1976.

PEDROSO, Antonio Carlos de Campos. *Integração normativa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

PERELMAN, Chaïm. *La lógica jurídica y la nueva retórica*. Trad. por Luis Díez-Picazo. Madrid: Civitas, 1979.

PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação*. Trad. por Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954. Tomo I.

_____. *Sistema de ciência positiva do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972. Tomo IV.

RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. São Paulo: Max Limonad, 1952. Volume I.

REALE, Miguel. A teoria da interpretação segundo Tulio Ascarelli. *Revista da Faculdade de Direito*, v. 75, São Paulo: 1979.

_____. *Filosofia do direito*. São Paulo: Saraiva, 1962.

_____. *Lições preliminares de direito*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1985.

ROSS, Alf. *Lógica de las normas*. Trad. por J. S. P. Hierro. Madrid: Tecnos, 1971.

SALMON, Wesley C. *Lógica*. Trad. por Leonidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. 6. ed. Rio de Janeiro: Zahar, s.d.

SAVIGNY, Friedrich Karl von. *Sistema del derecho romano actual*. Trad. por Jacinto Mesía y Manuel Poley. 2. ed. ts. I e III. Madrid: Centro Editorial de Góngora, s.d.

SCHMILL, Ulises; MANERO, Juan Ruiz. *El juez y las lagunas del derecho*. México: Distribuciones Fontamara, S.A., 2008.

SICHES, Recaséns. *Introducción al estudio del derecho*. México: Porrúa S/A, 1981.

SIDOU, J. M. Othon. *O direito legal: história, interpretação, retroatividade e elaboração das leis*. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

SILVEIRA, Alipio. *Da interpretação das leis em face dos vários regimes políticos*. São Paulo: Tipografia Paulista, 1941.

_____. *Hermenêutica no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968. Volumes I e II.

STENBERG, Theodor. *Introducción a la ciencia del derecho*. Trad. por José Rovira y Ermengel. Barcelona: Editorial Labor, 1930.

TELLES JR., Goffredo. *Iniciação na ciência do direito*. São Paulo: Saraiva, 2001.

TOSI, Renzo. *Dicionário de sentenças latinas e gregas*. Trad. por Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

VERNENGO, Roberto José. *Curso de teoría general del derecho*. Buenos Aires: Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1976.

_____. *La interpretación literal de la ley*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1971.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. Trad. por Tercio Sampaio Ferraz Júnior. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.

WARAT, Luis Alberto. *Abuso del derecho y lagunas de la ley*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1969.

_____. *Mitos e teorias na interpretação da lei*. Porto Alegre: Síntese, 1979.

WINDSCHEID, Bernhard. *Diritto delle Pandette*. Trad. por Cario Fadda e Paulo Emílio Bensa. v. I. Turim: Unione Tipografico – Editrice Torinese, 1925.

WRIGHT, Georg Henrik von. *Norma y acción: una investigación lógica*. Trad. por García Ferrero. Madrid: Tecnos, 1974.