



AS LACUNAS DA LEGISLAÇÃO: INEVITABILIDADE DO TEXTO NORMATIVO DIANTE DO INDETERMINISMO DA VIDA

MARIA HELENA DAMASCENO E SILVA MEGALE*

INTRODUÇÃO

Pelo menos, em dois sentidos pode-se dizer que o intérprete, ao mirar a legislação de um Estado, se vê diante de lacunas.

Primeiro, do ponto de vista da idealidade, o sistema posto apresenta-se carente ao ser comparado com um sistema ideal. Essa incompletude decorre do próprio modo de ser da pessoa humana. Ser, cujo modo é constituinte e se leva sempre a pôr projetos, os quais, uma vez em execução, alteram a existência e a coexistência, mediante a novidade mundanal que instalam.

O mundo instalado desvela-se surpreendente ao fazedor de mundos, que, ao prosseguir com seus projetos, igualmente se projeta no processo infinito de possibilidades, que marca o ser do homem. Ser, cuja essência é ter de ser sempre.

A ontologia heideggeriana mostra como aparece esse ser na existência, marcado por insuperável indefinibilidade.¹

* Doutora e Professora na UFMG

¹ HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. 4 ed. Petrópolis: Vozes, 1993, p. 29.



O homem é indefinível na medida em que a sua existência escapa a determinismos conceituais. A indeterminabilidade do ser do homem decorre da sua dotação ética, gerada na liberdade.

Segundo, a legislação é de igual modo lacunosa, porque precisa do intérprete para, então, pôr-se como sentido, resposta ao caso concreto a clamar por solução justa.

Se o texto normativo pode ser tomado como portador de sentido, esse será aquele achado pelo intérprete, de modo intencional.

Seguindo as trilhas da fenomenologia husserliana, a consciência, pode-se dizer, é sempre doadora de sentido ao mundo.²

A existência natural do mundo pressupõe a existência autorizada pela consciência, domínio transcendental do conhecimento.

A consciência é nutriz para o mundo, na intencionalidade, é ela que lhe dá sentidos. Pode parecer paradoxal dizer que o texto porta o sentido que é dado pela consciência do intérprete. Trata-se, na verdade, de uma situação bastante singular. Percebeu-a LÉVINAS de um modo bastante sutil, ao afirmar que no processo de compreensão “ao mesmo tempo que recebe algo que lhe é estranho, o espírito na evidência é igualmente a origem daquilo que recebe”.³

No processo hermenêutico, o texto normativo não é um puro nada, como dizia HUSSERL. Mas o sentido que ele porta é aquele achado pelo intérprete mesmo, como resposta consciente para o caso concreto.

2 MEGALE, Maria Helena Damasceno e Silva. *Fenomenologia e Hermenêutica Jurídica*. Belo Horizonte: Edições Valle Ferreira, 2007, p. 27.

3 MEGALE, *op. Cit.*, p. 33.

A resposta, porém, só alcança objetividade na argumentação feita pelo intérprete.

Do contrário, permaneceria na intimidade do sujeito sem servir de solução justa ao caso sob apreciação, pois a justiça não se compatibiliza com o que é dado no segredo. A publicidade faz parte do seu caráter.

Nessas perspectivas, pode-se afirmar ser sempre lacunosa a legislação.

Em uma e noutra, não há de se negar algo positivo. Com efeito, o sentido justificado na argumentação daquele que o revela pode trazer o peso da universalidade, quando esta é possibilitada pela linguagem, na qual se dão o sujeito e o objeto. Linguagem é o lugar em que as coisas aparecem com objetividade, onde o Direito igualiza e se publiciza. Isso se dá sempre na presença do intérprete que preenche a legislação.

Então, a legislação, como texto, é lacunosa, só se completa mediante a interpretação doadora de sentido, feita pela doutrina ou pelo juiz, ou seja, por uma autoridade-prestígio ou por uma autoridade-poder.⁴

O tema das lacunas pressupõe a reflexão sobre esses dois aspectos, ou seja, o desvelamento do sentido e a carência do real em face do ideal, com o objetivo de aperfeiçoamento do exercício da justiça.

Além disso, o tema comporta as denominadas lacunas reais, que constituem uma das mais sérias dificuldades enfrentadas pelos intérpretes, a merecerem cuidadoso tratamento.

4 Cf. MARINELLI, Vincenzo. *Il Problema dell'ermeneutica giudiziaria*. In: *Analisi e Diritto: * di giurisprudenza analítica*. Torino: G. Giappielille Editore, 1998, p. 154.

Na família dos direitos codificados, a legislação, que constitui sua fonte dominante, nem sempre é suficiente, tendo em vista a incapacidade humana para antecipar o futuro, apesar da textura aberta dos ordenamentos jurídicos.⁵ A expressão textura aberta deve ser entendida como incompletude. Diferente daquela outra acepção de sistema aberto (precedentes) em oposição a sistema fechado (codificado).⁶

Com efeito, embora se possa, como o disse DEL VECCHIO⁷, emitir um juízo sobre o justo e o injusto em toda relação humana, ou afirmar, segundo VILLELA, que, a rigor consideradas, não existem ações humanas juridicamente indiferentes, nem toda a conduta está legalmente regulada.

Diz-se completo o ordenamento dotado de soluções para todos os casos levados a juízo.

Diante do ordenamento completo, o juiz é capaz de extrair a norma aplicável a todo tipo de questão submetida à sua apreciação. Diante da interpretação do caso concreto, pode-se afirmar que o direito compreende norma impositiva (impõe a ação ou proíbe a omissão da ação) ou norma permissiva. Uma ou outra: imposição ou permissão.

Segundo Norberto BOBBIO⁸, constata-se a completude de um sistema quando jamais se verifica o caso de que a ele não se pode comprovar pertencente nem uma certa norma que proíbe nem a norma que permite. Segundo BOBBIO, para o

5 Cf. HART, H. L. *O conceito de direito*. Lisboa: Fundação Colouste Gulbenkian, 1986, p. 143.

6 Cf. CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito*. 2. ed. Lisboa: Fundação Colouste Gulbenkian, 1996, p. 104.

7 Cf. DEL VECCHIO, Giorgio. *Los principios generales Del Derecho*. 3. ed. Barcelona: Bosch, 1971, p. 76-7.

8 Cf. BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 6. ed. Brasília: UnB, 1995, p. 115.

ordenamento jurídico italiano, caracterizado pelo princípio da obrigatoriedade de o juiz julgar todas as questões a ele submetidas com fundamento em norma pertencente ao sistema, a completude consiste numa necessidade.⁹

O dogma da completude está intimamente ligado ao dogma da onipotência do legislador.¹⁰

Lourival VILANOVA, por outro lado, afirma que enquanto a completude puramente lógica é completude sintática satisfeita se, havendo duas normas contraditórias, uma delas é necessariamente válida (pela lei de exclusão de terceiro), a completude jurídica é de ordem semântica e ontológica. “Há completude semântica de um sistema S, em face do universo da conduta humana (tempo-espacialmente determinado), tem para qualquer conduta uma proposição normativa”.¹¹

Convém lembrar a distinção entre o sistema que descreve normas e o sistema de direito como objeto. Nesse último é possível a convivência de duas normas contraditórias, ambas válidas, aplicável ao caso concreto aquela que resulta adequada segundo o intérprete, após considerar a antinomia constatada.

Para Carlos E. ALCHOURRÓN¹² e Eugênio BULYGIN, a completude deve ser vista como um ideal racional, fundado na razão suficiente, isento de conotações políticas ou filosóficas. Baseados em CARNELUTTI, eles partem da distinção entre a afirmação de que todo o ordenamento é completo e a afirmação da exigência de que todo o ordenamento seja completo. Assim,

⁹ *Op. cit.*, p. 118.

¹⁰ Cf. BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de Filosofia do Direito*. São Paulo, Ícone, 1995, p. 74.

¹¹ VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do Direito Positivo*. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 176.

¹² *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Buenos Aires: Editorial Astraca, 1974, p. 225-41.

a completude não é entendida como fato, mas como deve ser um sistema normativo. Com fundamento numa regra ideal (que não é nem prescrição, norma de conduta, nem enunciado descritivo de alguma realidade). Tal regra indica quais as características ou propriedades o ordenamento jurídico deve reunir para ser considerado um bom sistema normativo. A existência dos três conhecidos princípios que entram na pauta de exigências com os juízes (o de inescusabilidade, o de justificação ou fundamentação da sentença e o de legalidade) pressupõe a completude do ordenamento jurídico, o que os autores citados reconhecem não ser verdadeiro. Vigora tão-só como ideal.

Para ALCHOURRÓN e BULYGIN, a expressão princípio da legalidade é tomada em sentido amplo: “legalidade aqui significa a própria juridicidade, pois não se limita às leis.” Portanto, não se deve confundir este princípio da legalidade com o princípio da legalidade do Direito Penal¹³. O princípio da legalidade dirigido ao juiz comporta, no sistema romano-germânico, a fonte nele dominante, que é a legislação, vocábulo de significação mais ampla. O juiz no direito brasileiro está vinculado à legislação nacional, cujo descumprimento lhe é inescusável (art. 3º da Lei de Introdução ao Código Civil, de 4 de setembro de 1942, e art. 337 do Código de Processo Civil). Princípio semelhante encontra-se, em geral, nos diversos códigos do direito continental. Ressalte-se o disposto nos artigos acima citados: “Art. 3º Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece” (LICC). “Art. 337. A parte, que alegar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário, provar-lhe-á o teor e a vigência, se assim o determinar o juiz” (CPC).

O juiz ao sentenciar deve valer-se em primeiro lugar da legislação como fonte dominante do direito, sendo-lhe

¹³ *Op. cit.*, p. 237.

inescusável a não aplicação em virtude de desconhecimento da existência da norma legislada.

No entanto, o magistrado não está obrigado a conhecer outras fontes do Direito, como os costumes. Nessa exceção incluem-se igualmente as leis locais da federação (municipais e estaduais) e as estrangeiras, por força de disposição presente no Direito brasileiro, desde as Ordenações do Reino (Livro 3^o, Título 53, §§ 8^o e 9^o).

1 TEORIA DO ESPAÇO JURÍDICO VAZIO

A partir do final do século XIX, estudiosos do Direito, em várias partes do mundo, preocuparam-se com possíveis rupturas na observância do princípio da legalidade, justificados pela presença de movimentos que se opunham ao fetichismo da lei, aos dogmas da suficiência normativa dos códigos e ao da onipotência do legislador, nascidos com as codificações modernas, principalmente com a francesa. Contra esses movimentos, como o do Direito Livre, surgiram teorias defensoras do legalismo jurídico, sustentadas por juristas em diversas partes do mundo. Exemplificam essas reações as derivadas de KARL BERGBOHM, na Alemanha, e SANTI ROMANO, na Itália.

A doutrina do espaço vazio, intensamente repetida nas obras do Direito Penal, é bastante difundida na literatura jurídica que trata da teoria do ordenamento jurídico.

Segundo as formulações dessa doutrina, se há ordenamento jurídico, não há de existir lacunas. Isso porque ou o ordenamento regula a atividade humana ou não a regula. Em outras palavras: existem dois olhares do Direito sobre o comportamento do homem; um é de relevância, o outro é de indiferença total. O último é de total desinteresse para o Direito, e não existe nenhuma possibilidade de outro olhar entre os dois descritos. Não há, portanto, lacuna. Os atos humanos ou são regulados

pelo Direito, ou são totalmente livres. Jamais ocorre a possibilidade de serem, cumulativamente, regulados e livres. Os atos que são regulados pelas normas jurídicas são os juridicamente relevantes. Aqueles não alcançados pelas normas do Direito são juridicamente irrelevantes. Não há lugar para deficiências no ordenamento jurídico. O ordenamento jurídico, assim, consiste no conjunto de normas disciplinadoras de uma certa porção dos atos humanos e fatos sociais. Ele é pleno ou não existe. O âmbito da atividade humana não alcançado pelas normas jurídicas é o espaço vazio, ambiência na qual o homem goza de liberdade jurídica plena. Não há interseção entre o espaço pleno (do ordenamento jurídico) e o espaço vazio (do não ordenamento jurídico). Não há espaço intermediário que possa alojar as chamadas lacunas. O ordenamento jurídico limita-se para dar lugar aos contornos do espaço vazio. Assim, ele não é eivado de lacunas, mas dotado de limite, por si mesmo.¹⁴

Para Carlos COSSIO, é característica do ordenamento jurídico a plenitude hermética, com o axioma ontológico nela preso de que tudo o que não está proibido está juridicamente permitido¹⁵. BOBBIO inicia sua crítica à teoria do espaço jurídico vazio afirmando que tal formulação nasce da falsa identificação do jurídico com o obrigatório.¹⁶

Com efeito, a sustentação da tese do espaço vazio obriga excluir uma das funções do dever ser, isto é, a permissão.

Surge a indagação: haveria então ao lado da liberdade juridicamente relevante, uma outra juridicamente irrelevante? Em outras palavras: uma liberdade originadas no seio do ordenamento jurídico e outra além dos seus limites? Segundo

14 Cf. BOBBIO, *Op. cit.*, p. 129.

15 COSSIO, Carlos. *La teoría egológica Del Derecho y el concepto jurídico de libertad*. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1964, p. 169.

16 *Op. cit.*, p. 130.

BOBBIO, a primeira impressão de que a liberdade baseada no espaço jurídico vazio não existe nasce do fato de SANTI ROMANO considerá-la da esfera daquilo que não é lícito nem ilícito¹⁷. Uma liberdade, então, sem a mínima importância para o Direito.

No entanto, BOBBIO ressalta que dois termos contrários não se excluem mutuamente: se não podem ambos ser verdadeiros, também não são ambos falsos. Assim, uma situação não pode ser nem lícita nem ilícita ao mesmo tempo.

Prosseguindo em sua crítica, sugere a expressão “liberdade não-protégida” para definir a liberdade não jurídica. BOBBIO, com essa nova designação, irá reforçar a insustentabilidade da doutrina do espaço jurídico vazio.¹⁸

O jusfilósofo italiano começa por argumentar dessa vez apontando a coerção como instrumento garantidor da proteção jurídica, considerando que à esfera da permissão corresponde a esfera da obrigação, isto é, da obrigação de não impedir o exercício da ação em ilícita. Ao contrário, a liberdade não protegida significa a licitude do uso da força privada para impedir o seu exercício por parte do titular da permissão. Seria, assim, lícita a força empregada por terceiro para impedir o exercício da “liberdade não-protégida”, numa inversão da relação direito-dever, no sentido de que ao dever do terceiro de respeitar a liberdade dos outros sucede o direito de violá-lo, e ao direito do outro de exercer a própria liberdade sucede o dever de aceitar o impedimento do outro.¹⁹

Isso seria possível em um Estado que não monopolizasse a força. Mesmo nessa hipótese, conclui BOBBIO, em que a

17 *Op. cit.*, p. 130.

18 *Op. cit.*, p. 130.

19 *Op. cit.*, p. 132.

liberdade de agir não está protegida, mas a liberdade de exercer a força está, juridicamente relevante é esta e não a liberdade não-protégida. A relevância jurídica continua existindo, o que altera é a relação entre direito e dever.²⁰

2 TEORIA DO ESPAÇO JURÍDICO PLENO

A teoria do espaço jurídico pleno foi sustentada primeiramente na Alemanha, por E. ZITELMANN, na obra *As lacunas do direito*, e, mais tarde, por DONATO DONATI, na Itália, no livro *O problema das lacunas do ordenamento jurídico*, ambos no início do século passado.

A teoria do espaço jurídico pleno sustenta a tese de que não há lacunas no ordenamento jurídico, porque toda norma é uma norma particular que leva implícita uma norma geral exclusiva, que estabelece a consequência inversa para os casos não previstos nela, isto é, tudo o que não é proibido pelo Direito é juridicamente permitido. Tudo está, portanto, regulado pelo ordenamento jurídico, que é pleno.²¹

Ao lado da norma particular, inclusiva e positiva, que regula expressamente os casos, estabelecendo-lhes consequências jurídicas, comparece a norma geral, implícita, negativa e exclusiva, formando ambas um par de normas capazes de disciplinar todas as condutas humanas.

Se determinado caso não se enquadra num dispositivo particular, expresso no ordenamento jurídico, então estará sob o abrigo da norma geral exclusiva.

DONATI ilustra sua teoria com o seguinte exemplo. O ordenamento jurídico de um certo Estado de governo

²⁰ Op. cit., p. 132.

²¹ RODRIGUES PANIAGUA, José Maria. *Ley y Derecho*. Madrid: Tecnos, 1976, p. 78-9.

monárquico não contém norma particular, reguladora da sucessão ao trono na hipótese de extinção da família real. Verificada referida extinção, a quem cabe a coroa? Diante da inexistência de norma particular disciplinadora do caso, aplica-se-lhe a norma geral exclusiva. A solução cabível é a seguinte: a coroa não cabe a ninguém. Se a Constituição não contém norma que resolva o problema no sentido positivo, como fazem as Constituições de alguns Países citados pelo autor, o ordenamento jurídico contém uma norma que resolve a questão no sentido negativo.²²

As normas gerais exclusivas podem ser expressas numa única norma: é permitido tudo o que não é proibido nem obrigatório. Trata-se da chamada norma de clausura, visto que assegura completude.²³

BOBBIO considera passível de crítica a teoria da norma geral exclusiva, corrigindo-a com acréscimos e refutando seu argumento quanto à ausência de lacuna.

Afirma que o ordenamento jurídico, a par da norma particular inclusiva e da norma geral exclusiva, contém ainda norma geral inclusiva. O autor designa com esta última expressão uma norma como a que se extrai do art. 12 das disposições sobre a lei em geral do Código Civil italiano, segundo a qual, no caso de lacuna, o juiz deve recorrer às normas que regulam casos parecidos ou matérias análogas.²⁴

Em parte, o referido dispositivo do Direito italiano corresponde ao art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro.

22 *Il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico*. Milano: Società Editrice Libreria, 1910, p. 100-5.

23 BOBBIO. *O positivismo jurídico*, p. 209.

24 *Teoria do ordenamento jurídico*, p. 135.

Enquanto a norma geral exclusiva regula a matéria de modo oposto ao da norma particular, a norma geral inclusiva regula os casos não compreendidos na norma particular, mas semelhantes a eles de modo idêntico.

Decidir sobre a semelhança ou não dos casos cabe ao intérprete. Assim, é dele a decisão quanto à aplicação da norma geral exclusiva ou da norma geral inclusiva.

Para BOBBIO, existe lacuna no ordenamento jurídico pelo fato de o próprio ordenamento não definir qual das duas soluções deva ser adotada diante da concrecência dos casos. Falta, segundo ele, diretriz para se acolher uma solução e não outra.

Assim, a lacuna verifica-se não mais por falta de uma norma expressa para regulamentação de um determinado caso, mas pela falta de um critério para escolha de qual das duas regras gerais, a exclusiva ou a inclusiva.²⁵

3 Kelsen e a Regulação Negativa

Segundo HANS Kelsen, a regulação positiva dá-se mediante normas do ordenamento jurídico, que tem as funções de: imposição, autorização e permissão (no sentido positivo).

3.1 A Imposição

Imposição que pode ser de uma ação ou de uma omissão da ação. À luz da função da norma, ao falar-se da de imposição, está-se tratando de uma mesma função, quando se fala da ação ou da omissão. A imposição compreende a prescrição e a proibição, isto é, a imposição do fazer e a imposição do não fazer.

²⁵ *Op. cit.*, p. 137.

Do ponto de vista do objeto da norma, isto é, da conduta, a imposição pode significar ter uma pessoa de fazer algo ou de omitir fazer algo.

Afirma KELSEN que a proibição de uma determinada conduta é a imposição da omissão dessa conduta; a imposição de uma determinada conduta é a proibição da omissão dessa conduta.

3.2 A AUTORIZAÇÃO

A função normativa da autorização significa conferir a uma pessoa o poder de estabelecer e aplicar normas.

3.3 A PERMISSÃO

A permissão em KELSEN comporta dois sentidos: permissão no sentido positivo e permissão no sentido negativo.

3.3.1 A PERMISSÃO NO SENTIDO POSITIVO

Explicando o que vem a ser a norma permissiva no sentido positivo, KELSEN afirma que há permissão positiva quando a validade de uma norma que proíbe uma determinada conduta ou impõe a omissão desta é derogada por uma outra norma, de modo a cessar a proibição. A conduta proibida deixa de ser imposta, passando a ser permitida. Permissão positiva ocorre também no caso de a validade de uma norma proibitiva ser limitada por uma norma derogatória. KELSEN ilustra esta última hipótese com a norma que proíbe o homicídio (impõe a omissão de matar o ser humano) e a norma que permite matar em legítima defesa. KELSEN reconhece a permissão positiva como função de norma, facultativa, que, por isso mesmo, diferente do que ocorre em relação à norma impositiva, não pode ser nem cumprida nem violada. A permissão positiva exerce a função de derrogação, isto é, abolição ou limitação da validade de uma norma que proíbe uma conduta. Não pode uma norma

derrogatória ser nem cumprida nem violada; é norma pela qual a validade de outra norma é abolida ou limitada.²⁶

3.3.2 A PERMISSÃO NO SENTIDO NEGATIVO

Além da permissão positiva, há, no entendimento kelseniano, a permissão negativa. A conduta permitida negativamente não é objeto de uma norma jurídica, é livre, mas pode ser considerada como juridicamente regulada, uma vez que está sujeita a uma regulação legal no sentido de que pode ser objeto de uma norma impositiva de ação ou omissão, potencialmente regulada.

Para KELSEN, pode-se falar de uma plenitude do ordenamento jurídico, porque toda conduta de uma pessoa que está sob uma ordem jurídica - positiva ou negativamente - é juridicamente regulada. A conduta negativamente permitida é potencialmente subordinada ao ordenamento jurídico, e a pessoa é livre de direito para conduzir-se dentro dos limites que lhe são traçados por normas jurídicas, que a ela impõe uma certa conduta, proíbe, positivamente permite ou autoriza uma determinada conduta.

Ao questionamento referente à permissão negativa, que, de algum ponto de vista, deveria ser substituída por uma imposição (ação ou omissão), por tratar-se de uma lacuna, KELSEN apresenta argumento que tenta explicar a ausência de lacuna no ordenamento jurídico.

São suas as palavras:

“Uma lacuna no Direito, pois, significa que existe um conflito entre Direito e Moral, e isso quer dizer: entre um Direito Positivo e uma certa ordem político-moral; e não, porém, que o Direito Positivo neste caso não pode ser aplicado, mas apenas

26 Cf. *Teoria Geral das Normas*. Porto Alegre: Fabris, 1986, p. 120.

que a - sem dúvida possível - aplicação do Direito Positivo não deve resultar de certas razões, político-morais, que a aplicação do Direito Positivo, neste sentido, é indesejada; o que, por sua vez, pois, pode ser o caso, se uma conduta é regulada positivo-juridicamente, por exemplo; imposta mas é proibida pela norma de uma Moral.”²⁷

Pela mesma razão que a imposição (obrigação ou proibição) contida no texto normativo desencadeia condutas relacionais, a permissão, ainda que no sentido negativo, pressupõe, além do sujeito ao qual se permite algo, outro sujeito que deve respeitar a conduta então permitida.

Assim, “dada a estrutura lógica da relacionalidade, se se permite a um sujeito, proíbe-se correspectivamente a outro sujeito turbar o exercício lícito da permissão concedida.”²⁸

3.4 OS TIPOS DE LACUNAS

3.4.1 AS LACUNAS PRÓPRIAS E AS IMPRÓPRIAS

BOBBIO cita-as como reais e ideológicas respectivamente. Mas, ao defini-las, usa a nomenclatura em geral seguida pelos juristas, chamando-as de próprias e impróprias, como acima enunciadas. Própria é a lacuna encontrada dentro do sistema, no qual, ao lado da norma geral exclusiva, existe também a norma geral inclusiva, ocorrendo assim a possibilidade de o caso não regulado ser enquadrado numa ou noutra, dependendo do intérprete.

Lacuna imprópria é aquela constatada com base na comparação do sistema real com um sistema ideal. Encontra-se ilustração dessa lacuna no sistema penal, que se reduz a um código

²⁷ Op. cit., p. 167-9.

²⁸ VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do Direito Positivo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1977, p. 171.

de normas particulares inclusivas, às quais corresponde a norma geral exclusiva. Essas lacunas só podem ser preenchidas pelo legislador.

Para BOBBIO, diz-se incompleto um sistema em relação às lacunas próprias, mas estas podem desaparecer em razão da criatividade do aplicador das normas.²⁹ Assim, o sistema é completável, quando considerado em sua dinâmica.

3.4.2 AS LACUNAS PRIMÁRIAS E SECUNDÁRIAS

Na doutrina alemã é encontrada a distinção entre lacunas primárias e lacunas secundárias.³⁰

A existência das primárias coincide com o nascimento do ordenamento jurídico que as contém. As secundárias nascem posteriormente, em razão das circunstâncias geradas por novos fatores, econômicos (por exemplo, a inflação), progresso tecnológico, mudanças de ordem religiosa, social e outros.

Afirmam alguns que as chamadas lacunas secundárias são, na realidade, lacunas axiológicas, as quais nascem em virtude de mudanças valorativas. Há a solução, mas ela é insatisfatória.³¹

ALCHOURRÓN e BULYGIN entendem não ocorrer lacuna axiológica, mas defeito axiológico do sistema, quando o legislador, apesar de ter considerado todas as circunstâncias (que devem ser) relevantes do caso, regula-o mal, injustamente.

Para VILANOVA, é axiológicamente lacunoso aquele ordenamento que não é perfeito.³²

29 Op. cit., p. 143-5.

30 ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 7. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. 287.

31 ALCHOURRÓN & BULYGIN, Op. cit., p. 159.

32 Op. cit., p. 159.

3.5 O RECONHECIMENTO DE LACUNAS

A doutrina dominante reconhece que o legislador não prevê e não regula a totalidade dos casos que se apresentam na vida prática, admitindo, portanto, a existência de lacunas no ordenamento jurídico.

A Antiguidade já reconhecia a existência de lacunas e ensinava que, em falta de previsão legislativa, o juiz deveria decidir segundo a norma que o legislador estabelecerá se estivesse presente.³³

O problema das lacunas constitui fato que se apresentou também no Direito Romano. Os juristas reconheciam que as leis não compreendiam todos os casos possíveis.³⁴

Os códigos costumam reconhecer a existência de lacunas e geralmente indicam os meios para o seu provimento.

3.6 OS MEIOS SUPLETIVOS DAS LACUNAS

No Brasil, se se aplicar ao art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil a teoria do ordenamento jurídico formulada por BOBBIO, nele encontrar-se-á a chamada norma geral inclusiva do ordenamento pátrio, que estabelece “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito.”

3.7 A ANALOGIA

Mediante a analogia, o juiz pode aplicar a um caso não previsto, isto é, não regulado positivamente, aquela disposição aplicável a uma hipótese prevista, desde que haja semelhança

33 TOBENAS, José Castan. *Teoría de la aplicación e investigación de Derecho*. Madrid. Ed. Reus, 1947, p. 3.

34 MARTIN OVIEDO, José Maria. *Formación y aplicación Del derecho*. Madrid: Ed. Labor, 1933, p. 232.

entre eles e seja uma só a razão jurídica de ambos. A doutrina de modo enfático salienta a importância de o aplicador do Direito apreender aquilo que é verdadeiramente fundamental para que se afirme a semelhança entre os casos: o regulado e aquele para o qual se busca a solução jurídica. A semelhança apenas no plano accidental não justifica a aplicação da analogia. O juiz não há de aplicar norma expressa do sistema quando a razão de ser desta não coincidir com uma possível razão informadora do caso em apreciação. Na impossibilidade de aplicação analógica, o juiz recorrerá aos outros meios autorizados pelo Direito. Ao contrário, constatando, pela razão da norma existente, a semelhança fundamental entre a hipótese normativa e o caso a buscar direito, descobrindo na norma expressa no ordenamento jurídico seu espírito gerador e concluindo que este é aplicável ao caso em apreço, aproveita o juiz a formulação textualizada e preenche a lacuna legislativa.

A doutrina costuma fazer distinções entre a analogia e a interpretação extensiva.

Na sua teoria do ordenamento jurídico, BOBBIO ilustra a analogia e a interpretação extensiva com base em dois dispositivos do Código Civil italiano, para em seguida estabelecer as distinções usuais, principalmente considerando os efeitos de uma e de outra. Afirma o autor:

“Há quem pergunte se o artigo 1577 do Código Civil, que diz respeito às obrigações do locatário no tocante a reparos da casa alugada, pode estabelecer-se, com relação a obrigações da mesma natureza, ao comodatário: se for dada resposta afirmativa, fica criada uma nova regra disciplinadora do comodato, que antes não existia”.³⁵

35 BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 6 ed. Brasília: UnB, 1995, p. 155.

Se se perguntar se o art. 1754 do Código Civil, que define como mediador “aquele que coloca em contato duas ou mais partes para a conclusão de um negócio” se estende também àquele que “induz à conclusão do negócio depois que as partes iniciaram os contatos por si ou por meio de outro mediador”, caso se responda afirmativamente, não se criou uma regra nova, mas simplesmente se alargou o alcance da regra dada. O primeiro exemplo é de analogia; o segundo, de interpretação extensiva.³⁶ Com relação ao primeiro exemplo ilustrado com dispositivo que define obrigações do locatário, tudo indica que o autor se refere ao art. 1576, que dispõe sobre reparos a cargo do locador e as obrigações do locatário nesse mesmo sentido, não ao art. 1577, como mencionado no texto.

Vejam-se as distinções apontadas pelo autor. A analogia leva à criação de uma nova norma jurídica; a interpretação extensiva apenas estende uma norma a casos por ela não previstos.

A interpretação extensiva ampliou, no exemplo dado, o conceito de mediador, enquanto no exemplo sobre locação e comodato (analogia) não se ampliou o conceito daquela.

É notória a sutileza presente na distinção do procedimento analógico e da interpretação extensiva. Em ambos a criatividade pervaga todo o esforço do intérprete para revelação da norma aplicável ao caso em apreciação. Não parece que o poder criativo presente na função interpretativa seja de grau diferente nos dois casos, apenas conduz à revelação de uma nova norma no caso da analogia.

Descobrir a norma, tornando-a adequada ao espaço social e ao tempo do jurisdicionado e da sociedade aos quais deve servir,

³⁶ *Op. cit.*, p. 155-6.

é imposição àquele que não tem o direito de se escusar do cumprimento de uma das prestações essenciais incluídas nos deveres do Estado - a prestação jurisdicional. Em ambos os casos, tanto através da analogia como da interpretação extensiva, o juiz estabelece, com a sentença, uma norma individual, como, de resto, em qualquer hipótese decisional, presente ou não lacuna na legislação.

Considerando os dois exemplos citados, percebe-se que, no caso da interpretação extensiva, a categoria em questão - a mediação - já havia sido tratada expressamente pela lei. O comodato, diferentemente da locação, não recebera regulação relativa a um aspecto decorrente de sua finalidade, a qual é semelhante à que se dá na locação: o uso de coisa alheia. Semelhantemente, ambos são categorias negociais, especificamente, contratos. Diferem, porém, quanto à natureza - a locação é onerosa, o comodato gratuito. Não há sinalagma em relação a este último. O que aproxima as duas categorias: ambas pertencem ao mesmo ramo do Direito, o Direito Civil; estão alojadas em idêntico setor - o dos contratos; igualmente, são fontes de obrigações; as duas perseguem o mesmo escopo, que consiste no uso de coisa alheia. O que as distingue: especificamente, a gratuidade do comodato e a onerosidade da locação.

O artigo citado por BOBBIO determina caber ao locador, durante a locação, os reparos necessários na coisa locada, ressalvados aqueles de pequena manutenção, que são de responsabilidade do locatário.

Confrontando as duas categorias, a locação e o comodato, que guardam entre si uma semelhança essencial, vê-se que se distinguem pela gratuidade do último. Torna-se esse aspecto decisivo para o intérprete, enquanto deve buscar não apenas propiciar o julgamento, mas emitir a sentença com o propósito de realizar a finalidade do Direito.

Trata-se de uma pesquisa ontoaxiológica por parte dos juízes, em busca da decisão que realize os valores do Direito.

No caso da analogia, há de existir semelhança, não identidade, cuja presença não daria lugar à lacuna.

No exemplo da interpretação extensiva, as categorias em questão são uma mesma, só que, pela letra, a norma parece dizer menos que seu espírito realmente determina, ainda que implicitamente.

Não deve ocorrer analogia com base em dispositivos que limitam a liberdade. Não se admite aplicação por analogia e a interpretação extensiva para incriminar algum fato ou tornar mais severa sua punição.³⁷ No caso de lacuna há de se preservar a norma geral exclusiva.

Já as leis processuais, inclusive a Penal, admitem a analogia e a interpretação extensiva. Nesse sentido, o art. 3º do Código

37 No sentido do texto, DELMANTO, Celso *et al.* *Código Penal Comentado*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 4. Basileu Garcia sustenta ainda que “Quanto aos resultados, a interpretação da lei que pune não deve ser extensiva. É uma decorrência do princípio contido no art. 1º do nosso Código. Não se pode dar ao texto penal interpretação que lhe confira maior amplitude do que a que resulta naturalmente da sua força compreensiva”. E diz, mais adiante: “declarativa ou estrita deve ser a interpretação” (*Instituições de direito penal*, t. 1. São Paulo: Max Limonad, 1963, p. 159). Urge frisar, contudo, que existe doutrina em sentido contrário, sustentando a aplicação da interpretação extensiva no Direito Penal. Para Nelson Hungria, a interpretação analógica e a interpretação extensiva são perfeitamente válidas no Direito Penal brasileiro. Nesse sentido, fornece exemplos claros de interpretação extensiva: “Quando o Código incrimina a *bigamia* (artigo 235) está necessariamente implícito que abrange na incriminação a *poligamia*; quando incrimina o *rapto* (artigo 219), sem outra distinção que a referente aos meios executivos, compreende não só o rapto *per abductionem* (com remoção da vítima de um lugar para outro) como o rapto *per obsidionem* (com arbitrária *retenção* da vítima em lugar aonde fora por sua livre vontade); quando um fato é incriminado por criar uma situação de perigo (*v.g.*: o fato previsto no art. 130 do Código Penal), também o é, não obstante o silêncio da lei, quando cria uma *situação de dano efetivo (crime exaurido)*” (HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*, v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1949, p. 70)

de Processo Penal e o art. 126 do Código de Processo Civil. Os processualistas costumam afirmar que a interpretação das leis processuais se faz comumente sem restrições.³⁸

Não se confundem a analogia *legis* e a analogia *juris*. Tratou-se anteriormente da primeira. Com a segunda, a doutrina costuma designar o procedimento pelo qual o intérprete busca a regulação autorizada pelo sistema, na falta de dispositivo nele expresso a servir como elemento de comparação com o caso a ser solucionado. A analogia *juris* aproxima o intérprete dos chamados princípios gerais do direito.

A analogia, como adverte MIGUEL REALE,

“não se reduz a mero processo lógico- formal, inserindo-se, ao contrário, no processo axiológico ou teleológico do sistema normativo, em virtude de algo mais profundo ligado à estrutura da experiência jurídica, e não apenas como consequência formal de semelhanças entre um caso particular e outro”.³⁹

3.7.2 O COSTUME

O costume, que constituiu a fonte principal e quase única do Direito, se viu praticamente abolido nos países da família romano-germânica, após a codificação francesa, conservando-se como fonte supletiva do Direito.

“O costume, segundo DU PASQUIER, é o uso implantado a uma coletividade e considerado por esta como juridicamente obrigatório”.⁴⁰

38 Cf. CINTRA, Antônio Carlos de Araújo et alii. *Teoria Geral do Processo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998, p. 103; MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1975, p. 32-33.

39 *Lições preliminares de Direito*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 132.

40 DU PASQUIER, Claude. *Introduction à la Théorie Générale et à la Philosophie du Droit*. 3. ed. Paris: Ed. Delachaux & Niestlé, 1948, p. 49.

Da definição do costume jurídico nota-se que para o mesmo existir é essencial que confluam os dois elementos: um subjetivo - *opinio juris*; outro objetivo - *consuetude*. Portanto, só se pode falar em costume jurídico quando houver repetição habitual de um comportamento, marcada pela convicção de sua obrigatoriedade jurídica.

Há três espécies de costume: o *secundum legem*, o *praeter legem* e o *contra legem*. Os dois primeiros são aceitos nos Direitos modernos e chamados a dar soluções aos casos práticos: quando a própria lei remete o juiz à sua observância; ou quando, no silêncio da lei, para disciplinar determinado caso, o juiz acata solução oferecida pelo costume, que, assim, supre a lacuna do ordenamento jurídico positivo. O costume *contra* ou *adversus legem* não recebe, em geral, acolhida na teoria.

O costume exerce função muito limitada nos domínios do Direito Privado, com exceção do Direito Comercial. No campo do Direito Público desempenha papel menos limitado. É rara a aplicação do Direito Penal, onde vigora o princípio da legalidade.

No campo processual, notadamente na parte procedimental, tanto no Poder Judiciário como nas Casas Legislativas, comparece, por vezes, o costume, na praxe forense ou legislativa, respectivamente.

No campo do Direito Internacional Público, o costume atinge, não raro, um grau de generalidade jamais desfrutado pelas normas contratuais.⁴¹

Na verdade, a partir das codificações, com a maior garantia do exercício da liberdade delas decorrente, a legislação instalou-se como categoria dominante das fontes do Direito. Como afirma

⁴¹ BOSON, Gerson de Britto Mello. *Direito Internacional Público: O Estado em Direito das Gentes*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 191.

JOAQUIM CARLOS SALGADO, após analisar a crítica hegeliana ao Historicismo Jurídico, “a lei é a forma para si do direito, plenamente conhecida ou posta ao conhecimento de todos”.⁴²

3.7.3 OS PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO

O tema do qual se ocupa neste espaço constitui matéria de difícil abordagem. Deveras é seara movediça em que os conceitos nem sempre se agasalham coerentemente. Partindo dos equívocos nos quais incorre o legislador, a doutrina titubeia, não raro, sem convencer se achou o fio da meada. Igualmente os tribunais sentem-se inseguros por vezes. PAULO EMÍLIO RIBEIRO DE VILHENA aponta falha técnica no art. 8º da Consolidação das Leis do Trabalho, onde se acham incluídos na mesma qualificação a jurisprudência, a analogia, a equidade e os princípios gerais de direito, “como se jurisprudência, a analogia e equidade fossem princípios gerais de direito”.⁴³

Muitas são na literatura jurídica as concepções sobre o sentido e a gênese dos princípios gerais de direito. Fundamentalmente, porém, os autores dividem-se em dois grupos: o positivista e o jusnaturalista.

Para ALESSANDRO GROPPALI, os princípios gerais de direito são aqueles princípios superiores do Direito Positivo.⁴⁴

FERRARA, muito claramente, afirma que os referidos princípios são princípios de direito, portanto, do Direito Positivo, de normas da legislação vigente.⁴⁵

Afirmando que os princípios do jusnaturalismo vivem no próprio Direito Positivo, constituindo o fundamento deste, já

42 Cf. *A idéia de justiça em Hegel*. São Paulo: Ed. Loyola, 1996, p. 348.

43 *Princípios de Direito e outros estudos*. Belo Horizonte. Ed. RTM, 1997, p. 20.

44 *Filosofia del Diritto*. Milano: Ed. Ambrosina, 1944, p. 309.

45 *Interpretação e aplicação das leis*. 2. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1963, p. 160.

que se orientam segundo a idéia do Direito, HELMUT COING entende-os como proposição jurídica para o preenchimento das lacunas do Direito Positivo.⁴⁶

Para LEGAZ Y LACAMBRA, definitivamente os princípios gerais de direito são direito natural.⁴⁷

DEL VECCHIO foi um dos maiores defensores da gênese jusnaturalista dos princípios gerais de direito.⁴⁸

No entanto, o jusfilósofo italiano apresenta algumas asserções justificadoras do seu ponto de vista, principalmente com o objetivo de dispensar o receio de ruptura na unidade sistêmica e de incerteza jurídica pela adoção da gênese naturalista, que mais enfraquecem o seu discurso argumentativo, notadamente em razão das inaceitáveis contradições.

Com relação à quebra da unidade que a investigação jusnaturalista possa causar, afirma que, sempre que houver contradições intransponíveis entre normas sancionadas pelo Direito Positivo e os princípios derivados da razão jurídica, deve o juiz conservar-se obediente ao Direito Positivo, protegendo, assim, a unidade do sistema jurídico.⁴⁹

Acrescenta o antigo professor da Universidade de Roma quanto à preocupação com a perda da certeza jurídica esclarecendo que o trabalho do intérprete, enquanto aspira a compreender e completar um sistema historicamente determinado, não pode ser cerebrina ou arbitrariamente individual: não pode consistir na afirmação de um direito natural que cada qual formula a seu capricho e contra o qual a lógica jurídica teria muita razão em protestar. O critério e fundamento adequados para a investigação

46 *Fundamentos de Filosofía del Derecho*. Barcelona. Ed. Ariel, 1961, p. 176-7.

47 *Filosofía del Derecho*. 3. ed. Barcelona. Bosch, 1972, p. 606.

48 *Los principios generales del Derecho*. 3.ed. Barcelona: Bosch, 1971, p. 113-122.

49 *Op. cit.*, p. 118.

dos princípios encontram-se tão-só naquele corpo de doutrina geral acerca do Direito, que não é obra artificiosa de um pensador isolado, mas que responde a uma verdadeira e sólida tradição científica, intimamente ligada à gênese das próprias leis vigentes.⁵⁰

Segundo FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO, também dentro do enfoque do direito natural, os princípios gerais de direito constituem a base de normas jurídicas legais e consuetudinárias, oferecem os meios para interpretá-las e são, enfim, o recurso sempre utilizável à falta de normas formuladas.⁵¹

A divergência em torno do manancial de onde brotam os princípios gerais de direito deve encontrar resposta na interpretação da questão do ponto de vista não apenas lógico mas também axiológico.

Ora, do ponto de vista da lógica jurídica, entendendo-se necessária a unidade do ordenamento jurídico, não há como buscar fora dele fundamento para a referida unidade.

Assim, a unidade do sistema encontra seu fundamento na sua norma positiva superior, que é a Constituição. Do ângulo axiológico, buscar origem exógena para os princípios gerais de direito é colocar em risco valores universalmente consagrados na experiência jurídica do Direito ocidental, como o da segurança ou certeza jurídica e outros.

É verdade que um comando supranacional pode ditar alteração no Direito interno, mas essa situação deve ser admitida em razão tão-somente de norma do Direito Internacional. Os tratados, uma vez ratificados e incorporados ao Direito interno, tornam-se obrigatórios.⁵²

⁵⁰ *Op. cit.*, p. 73.

⁵¹ *Derecho Civil de Espana*. 3. ed. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1955, p. 464, T. 1.

Exemplificando, o art. 5º, inciso III, da Constituição da República deve ser interpretado à luz da Convenção Internacional contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (Decreto n. 40, de 15 de fevereiro de 1991), que passa a nortear a atividade do magistrado como também a do legislador e, de resto, das demais autoridades internas, em todas as instâncias de poder. A interação que deve existir entre os dois planos normativos pode ser ilustrada com casos concretos submetidos à jurisdição contenciosa da Corte Interamericana em matéria de direitos humanos nos últimos anos da década passada.

Por força da decisão de 17 de setembro de 1997 da Corte Interamericana, no caso *LOAYZA TAMAYO versus PERU*, este Estado liberou a prisioneira LOAYZA, detida com fundamento na legislação peruana que tipifica os crimes de traição à pátria e terrorismo. Em razão de outra sentença, de 12 de novembro de 1997, dessa mesma Corte, no caso *SUÁRES ROSERO versus EQUADOR*, a Corte Suprema equatoriana declarou a inconstitucionalidade de um dispositivo da legislação penal antidrogas, que violava garantias jurídicas do detento quanto à duração da detenção.⁵³

EDUARDO GARCIA MAYNEZ traz contribuição importante para o tema aqui tratado ao distinguir os princípios gerais sobre o ser do Direito (princípios lógicos e ontológicos)

52 A emenda constitucional 45 de 08 de dezembro de 2004 estabeleceu a possibilidade de os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada casa do congresso nacional, em dois turnos de votação, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serem equivalentes às emendas constitucionais (art. 5º, § 3º, CRFB/88).

53 CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. *Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional*. In: Revista da Faculdade de Direito da UFMG. Belo Horizonte: V. 36, 1999, p. 55-60.

dos princípios gerais sobre o dever ser jurídico (princípios axiológicos).

Os lógico ou ontológico-jurídicos expressam conexões essenciais de índole formal entre os preceitos do Direito e as modalidades do permitido, do proibido, do ordenado e do potestativo. GARCIA MAYNEZ dá o seguinte exemplo de enunciado da ontologia-jurídica: “Ninguém está obrigado ao impossível”, que jamais pode ser objeto de uma prescrição. Igualmente, da perspectiva lógica, o enunciado “o que não está juridicamente proibido está juridicamente permitido” não é norma, mas um juízo sobre a identidade do não proibido juridicamente e o juridicamente permitido. Sendo assim, não pode ser chamado a preencher lacunas da lei.⁵⁴

GARCIA MAYNEZ traça algumas diferenças entre as duas modalidades de princípios em sua obra *Ensayos Filosófico-Jurídicos*, que merecem ser observadas:

“Os princípios gerais do direito, que são normativos, estão implícitos nas prescrições vigentes ou podem ser incorporados, como pautas integradoras, aos ordenamentos legais”.⁵⁵

Já os ontológico-jurídicos e lógico-jurídicos não são normas e, por isso, não fazem parte do ordenamento de normas. No entanto, devem ser observados pelos legisladores, juízes e demais intérpretes do Direito porque “expressam uma série de conexões necessárias entre as diversas formas da conduta juridicamente regulada e entre os preceitos integrantes de cada sistema”, expressando, assim, verdades universais de índole apriorística.⁵⁶

54 *Filosofia del Derecho*. 3. ed. México: Editorial Porrúa, 1980, p. 311-21.

55 MAYNEZ, Eduardo Garcia. *Ensayos Filosófico-jurídicos*. México: Universidad Veracruzana, 1959, p. 292-299.

56 Op. cit., p. 292.

O legislador pode derogar as normas, tornar permitido ou proibido o que antes era obrigatório. Não há, porém, como violar as legalidades lógicas. Não pode, por exemplo, determinar que a omissão dos atos que prescreve não se encontre juridicamente proibida, ou que a conduta vedada ostente igualmente o atributo positivo da licitude. Os tribunais não podem aplicar um preceito contraditório, ou impedir que de dois dispositivos incompatíveis um seja válido e o outro não.

Os princípios da Ontologia Formal do Direito e da Lógica Jurídica não são normas, por isso não podem ser objeto de prescrição. Não é correto afirmar que “o que está legalmente prescrito deve estar legalmente permitido”, pois o fato de o juridicamente ordenado estar permitido não é matéria de um comando, mas expressão de uma necessidade. Assim como o obrigatório não pode ser necessário, o necessário não pode ser obrigatório.

Os preceitos jurídicos de ordem lógica não se aplicam à integração da lei. Sua aplicação no Direito, por outro lado, é possível, mas sempre pressupõe a existência de normas jurídicas. O princípio lógico-jurídico de contradição, por exemplo, ensina que dois preceitos contraditórios não podem ser ambos válidos, mas não indica qual dos dois é válido. De modo semelhante, o ontológico-jurídico de inclusão limita-se a expressar que se uma conduta se encontra juridicamente ordenada está juridicamente permitida, mas não serve para diferenciar quando uma determinada conduta é obrigatória. Como a aplicação do princípio ontológico pressupõe o conhecimento da existência da norma para se constatar se a conduta é juridicamente permitida, obrigatória ou proibida, ela não se dá com a finalidade de preencher lacunas.

O preenchimento ocorre antes. Só depois de preenchida a lacuna existente a norma aplicável ao caso concreto, é que pode

ocorrer a aplicação do princípio ontológico. O princípio lógico-jurídico, porque se refere à validade ou invalidade de preceitos jurídicos, só se aplica a normas já existentes.

Devem-se distinguir os chamados princípios gerais de direito, que se acham implícitos no ordenamento jurídico, dos princípios jurídicos. Estes últimos são expressamente contemplados na legislação. A Constituição da República prescreve um número expressivo de princípios jurídicos, que disciplinam vários setores da realidade. Entre outros, constituem preceitos constitucionais obrigatórios: a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III); a repartição dos poderes do Estado (art. 2º); a prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais (art. 4º, inciso II); a igualdade entre homens e mulheres (art. 5º, inciso I); o direito adquirido (art. 5º, inciso XXXVI); os princípios processuais, como o do devido processo legal e do contraditório (art. 5º, incisos LIV e LV respectivamente); o sufrágio universal para escolha dos representantes do povo (art. 14); o da função social da propriedade (art. 170, inciso III); o da defesa do consumidor (art. 170, inciso V); o da defesa do meio ambiente (art. 170, inciso VI). Esses princípios, ao lado das demais regras do ordenamento, são regras jurídicas positivas. As regras e os princípios gerais de direito, implícitos, latentes no ordenamento, descobertos pelo intérprete, são normas jurídicas. Portanto, as regras e os princípios gerais de direito são normas jurídicas.

São valiosas as exposições de EROS ROBERTO GRAU⁵⁷ e de JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO⁵⁸ para a compreensão do tema.

57 *A ordem econômica na Constituição de 1988 – interpretação e crítica*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990, p. 92-134.

58 *Direito Constitucional*. 5. ed. Coimbra.: Livraria Almedina, 1992, p. 171-206.

Os princípios gerais de direito são descobertos no interior do próprio ordenamento jurídico, considerados neste não apenas o direito legislado, como também o consuetudinário, a jurisprudência, a doutrina, as regulações provenientes dos negócios jurídicos, dos atos administrativos, assim como das convenções coletivas no âmbito do Direito do Trabalho.

É verdade que, revestida de grande importância, a doutrina isolada e diretamente não constitui fonte de direitos e deveres. Mas do seu manancial brotam diretrizes, descortinam-se caminhos, irradia luz que aclara os indícios, na superação das dificuldades que se antepõem à descoberta da razão jurídica perquirida em cada caso.

A jurisprudência, não obstante compor-se de elementos só obrigatórios enquanto individualizados na sentença para o caso determinado, é fonte de direitos e deveres neste caso, e repertório de consulta e argumento para o intérprete. Ela traduz a concretude judicial, revelando o modo como os tribunais descobrem o direito para os casos que se lhes apresentam em busca de solução jurídica. Ao intérprete cabe a pesquisa atenta a essa fonte. Não apenas deve acolher no decisório a essência com possibilidade de irradiação para o caso em apreciação, mas todas as centelhas de direito dele propagadas, levadas em conta ou não na decisão concludente e definitiva, como os votos vencidos. Muitas vezes, nestes últimos encontra-se a chama a iluminar ponto crucial que a maioria não percebeu ou não teve motivos para descobrir.

A existência normativa dos princípios gerais de direito deve ser descortinada na pureza da visibilidade, não derivando jamais de atividade hermética, estranha à objetividade. Que o lugar do seu repouso e percurso seja acessível a todos. O lugar onde o aplicador do direito vai buscar a norma não deve ser separado por barreira nenhuma que dificulte a compreensão das

suas razões ou escolhas. A fundamentação do intérprete revelará os caminhos percorridos até a extração da norma para o caso dado e justificá-la-á. Não se deve, nessa busca, descuidar da cultura na qual se apresenta o caso, como faz notar DWORKIN, ao afirmar que: “Toda comunidade tem seus paradigmas de Direito, proposição que na prática não podem ser contestadas sem sugerir corrupção ou ignorância”.⁵⁹

Ainda o mesmo autor chama a atenção para um aspecto complexo, porquanto exige de cada um visão crítica e amadurecida sobre o próprio direito. “O direito naufragaria se as várias teorias interpretativas em jogo no tribunal e na sala de aula divergissem excessivamente em qualquer geração”. Por outro lado, completa: “Mas o direito estagnaria, acabaria naufragando de um modo diferente, se caísse no tradicionalismo [...]”.⁶⁰

Não só os princípios gerais de direito como os princípios expressamente positivos devem nortear a atividade interpretativa, elucidando o todo, que é o ordenamento jurídico, de onde será extraída a norma para o caso concreto.

Tome-se para ilustrar a matéria o relato de CHAÏM PERELMAN⁶¹ sobre um acórdão da Corte de Cassação da Bélgica, prolatado logo após o término da Primeira Grande Guerra, em 11 de fevereiro de 1919, pelo qual foram considerados inconstitucionais os decretos editados pelo Rei, enquanto exerceu sozinho o Poder Legislativo daquele Estado.

No exemplo citado, foram questionados os decretos-leis expedidos pelo Rei, sob alegação de infringência do art. 26 da Constituição belga, que determinava o exercício do Poder

59 DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 110.

60 *Op. cit.*, p. 111.

61 *Lógica Jurídica – Nova Retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 105-8.

Legislativo conjuntamente pelo Rei, pela Câmara e pelo Senado. Considerando ainda que os poderes do Estado deveriam ser exercidos pelo modo estabelecido na Constituição (art. 25) e que a Constituição não poderia ser suspensa nem parcial nem totalmente (art. 130).

Durante a guerra de 1914-1918, como a Bélgica estava quase toda ocupada pelas tropas alemãs, sem a possibilidade de se reunirem os membros do Poder Legislativo, o Rei legislou sozinho.

A Corte não hesitou em afirmar que “foi pela aplicação dos princípios constitucionais que o Rei, tendo permanecido durante a guerra como único órgão do Poder Legislativo que conservou sua liberdade de ação, tomou as disposições que a defesa do território e os interesses vitais da nação exigiam imperiosamente”.

PERELMAN⁶² apresenta as conclusões expostas antes do aresto pelo procurador-geral, em razão de seu caráter geral e fundamental. Ressaltem-se alguns pontos da defesa:

“Uma lei-constituição ou lei ordinária nunca estatui senão para períodos normais, para aqueles que ela pode prever. Obra do homem, ela sujeita-se, como todas as coisas humanas, à força dos acontecimentos, à força maior, à necessidade.

Ora, há fatos que a sabedoria humana não pode prever, situações que não pode levar em consideração, nas quais, tornando-se inaplicável a norma, é necessário, de um modo ou de outro, afastando-se o menos possível das prescrições legais, fazer frente às brutais necessidades do momento e opor meios provisórios à força invencível dos acontecimentos”.

62 *Lógica Jurídica: Nova Retórica. Op. cit.*, p. 106.

O procurador-geral alinhou três princípios do Direito belga, os quais considerou axiomas do Direito Público e, por isso, deveriam prevalecer na situação posta:

- “ I - a soberania da Bélgica jamais foi suspensa .
- II - uma nação não pode dispensar seu governo .
- III - não há governo sem lei, isto é, sem poder legislativo.

*Vê-se imediatamente que desses axiomas vai decorrer a necessidade inelutável de que o Rei legisfe sozinho, quando os dois outros ramos do poder legislativo estão impedidos de desempenhar sua função”.*⁶³

Não só as situações emergenciais contam com a valência dos princípios gerais de direito. Também em épocas tranquilas há sempre a possibilidade de sua presença como recurso à colmatagem de lacunas.

Já os princípios jurídicos expressos, antes mencionados e exemplificados, diuturnamente constam da pauta do intérprete, seja na necessidade de elaboração legislativa, seja na jurisdição.

É importante lembrar, por outro lado, que as reformas legislativas, notadamente as de ordem constitucional, costumam operar de forma expressiva no ordenamento jurídico, abrindo lacunas ou provocando a aparência de exuberância normativa, a qual força o aplicador a selecionar a norma válida para o caso concreto.

No campo do Direito Privado, por exemplo, assiste-se a significativas alterações em todos os seus setores. Alterações resultantes principalmente do incessante questionamento de ordem axiológica. Aumentam as reflexões críticas de institutos e categorias jurídicas. Entre estas mencionem-se as de cunho sociológico, em evidência nos tempos atuais. Com ou sem acerto,

⁶³ *Lógica Jurídica: Nova Retórica. Op. cit.*, p. 107.

NIKLAS LUHMANN e JURGEN HABERMAS apontam suas críticas.

O primeiro, por exemplo, em sua análise dos direitos subjetivos na perspectiva da teoria da sociedade, pela recorrente falta de equilíbrio e reciprocidade de direitos e deveres nas relações intersubjetivas, seja no contrato, seja no exercício dos direitos reais, como o de propriedade, acaba por afirmar que o direito subjetivo é o direito injusto, é o direito que não guarda em si mesmo equilíbrio. Aponta o fato de que a empresa não arca com as externalidades, assumindo apenas as obrigações tradicionalmente institucionalizadas, como as fiscais, além naturalmente dos salários dos empregados. Lembra como constatação lapidar a da Constituição de Weimar: a propriedade obriga (art. 153, inciso III).⁶⁴

Parece, no entanto, que o mais criticável não é o pagamento pelas externalidades, como ocorre em relação àquele que polui contra pagamento, mas o descaso da administração Pública diante das causas dos danos provocados pela atividade empresarial, que, jamais, é constrangida a não prosseguir com a sua atuação antisocial.

Talvez, a rigor, merecesse maior atenção o direito objetivo e a sua interpretação.

Já HABERMAS⁶⁵ aponta modificações no Direito com o surgimento de novas áreas (como é o caso do Direito Econômico, Social e do Trabalho). O autor salienta que houve uma mistura e uma união de princípios que antes estavam subordinados ao Direito Privado ou ao Direito Público. Veja-se com que lucidez se opõe pensamento exemplar da doutrina nacional à segunda afirmação do autor alemão.

⁶⁴ *La differenziazione del Diritto – contributi alla Sociologia e alla Teoria Del Diritto*. Bologna: Società Editrice il Mulino, 1995, p. 299-313.

⁶⁵ *Direito e democracia: entre a facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1977, p. 134, V. 2.

Com efeito, JOÃO BAPTISTA VILLELA, na década de setenta, diante da frequente afirmação do processo evolutivo do Direito Civil como sendo fenômeno de publicização, esclareceu que “público não é sinônimo de social, nem privado é sinônimo de individual”. Completando com nítida precisão:

*“A publicização de um ramo do direito não importa, assim, necessariamente, na sua melhor adequação aos valores sociais e humanos. Pode até exprimir uma direção inversa. Por isso é que se disse que a apregoada publicização não surpreende a evolução no que ela tem de mais importante”.*⁶⁶

No campo do Direito Civil chama a atenção, em particular, o Direito de Família, pelos reflexos das inovações nele operadas, especialmente nas relações pessoais e patrimoniais entre os cônjuges, assim como as voltadas para a tutela da prole.

Os princípios da liberdade e igualdade no casamento ilustram o substrato das reformas realizadas em vários Estados da família romano-germânica, nas últimas décadas.

O novo Direito, a par de introduzir inovações, revoga expressa ou tacitamente disposições com as quais entra em choque. Daí o possível surgimento de lacunas, como nota ENGISCH⁶⁷ ao mencionar o ocorrido no Direito de Família alemão que, segundo o autor, se apresentou com um complexo de lacunas após a adoção constitucional do princípio da igualdade entre o homem e a mulher, até que se criasse regulamentação compatível com o novo Texto Fundamental.

⁶⁶ *Por uma nova teoria dos contratos*. Separata da Revista de Direito e de Estudos Sociais. Coimbra, ano XX, abr-dez, 1975, p. 330-1.

⁶⁷ ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 7. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. 276.

3.8 O IMPRESCINDÍVEL PAPEL DO INTÉRPRETE

As lacunas da legislação decorrem do próprio texto normativo.

Toda palavra, escrita ou não, depende de compreensão, sob pena de existir apenas na virtualidade do signo. A palavra só se atualiza mediante o sentido que lhe dá o intérprete. Enquanto faltar a interpretação atual o texto normativo permanecerá lacunoso em relação ao caso concreto do presente.

Daí a grande importância da atividade hermenêutica contemporânea ao caso submetido à jurisdição que, por isso, deve ser tomado na sua singular concretude. Essa razão, coerente com o indeterminismo da vida, não pode aceitar soluções previamente determinadas, dispostas a partir de uma pseudo analogia, uma vez que o procedimento analógico se justifica quando o intérprete analisa possibilidades decisórias de um caso presente, comparando-as com a decisão que no momento daria, caso se encontrasse diante de uma dada previsão legal.

As soluções judiciais pré-fixadas são incompatíveis com as subjetividades em jogo, diante de casos concretos submetidos ao Poder Judiciário. Daí a injustificação da súmula vinculante, imposição normativa contrária à dignidade humana.

A adoção da súmula vinculante a título de remédio para desafogar o Poder Judiciário ou para aliviá-lo de qualquer outro mal não se justifica, pois a sua aplicação não seria resposta para a interpelação daquele que pede um dizer jurídico para o seu caso, tampouco suposta solução para outros problemas alheios ao objeto visado. A súmula vinculante atravessa e subjuga a subjetividade de quem tem o dever constitucional de dizer o Direito, tornando ainda mais problemática a prestação jurisdicional. O método fenomenológico é adequado para detectar a causa dos problemas, porque visa alcançar as coisas

mesmas, em si, sem arremedos, sem faz-de-conta ou desvios de intenção. Se, ao lado de possíveis outros, o maior problema do Poder Judiciário é a impossibilidade de dizer o Direito aos suplicantes em tempo suficiente para a garantia da justiça concreta, obstaculizada pelo acúmulo de ações distribuídas para um número cada vez mais insuficiente de magistrados (assoberbados com o volume de ações), há de buscar, antes de tudo, a gênese desse grande problema. Na verdade, ao lado desse há outros, mas esse é o problema mais cruel de todos, e não se trata simplesmente de uma dificuldade de ordem técnica. Não que os poderes estatais estejam livres de questões dessa natureza, mas o problema que mais chama a atenção nesse contexto é aquele de índole ética referente à prestação jurisdicional. É crueldade contra o jurisdicionado não se ouvir a resposta pedida dentro do tempo razoável, mormente quando esta deveria ser prestada imediatamente e não pode ser proferida por um órgão legalmente imposto, sem outras possibilidades legais para a dissolução de conflitos. Nesse caso, a lei põe-se como absurda violência.⁶⁸ O Estado, por comparecer nessa relação na qualidade de único detentor do poder de resposta, apresenta-se como responsável pelos danos do silêncio.

Na verdade, do ponto de vista ético, não só o Estado vem contribuindo para a desordem no Judiciário como outras pessoas há que são igualmente responsáveis pelo caos ali estabelecido, principalmente aquelas detentoras do poder econômico. Sem dúvida, entre os responsáveis encontram-se os intolerantes, os omissos e os desonestos. Para o Estado, porém, qualquer vício pesa mais do que pesaria para outras pessoas, em razão do poder e das funções a ele outorgadas.

O chamado emperramento do Judiciário é provocado principalmente pelo desvio de comportamento daqueles que

68 DERRIDA, Jacques. *Força de lei*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

dominam os núcleos decisórios na sociedade, caracterizado pelo abuso do poder em todas as modalidades e esferas de incidência. Abuso do poder econômico e do administrativo, tanto no campo privado como no público. Neste último, com o agravamento dado pelo seu caráter, o que o distingue de todas as demais pessoas, aparecendo, desde logo, como juridicamente responsável, independentemente da apuração de culpa. A culpa do Estado em razão do acúmulo de ações é visível, haja vista o número de ações nas quais ele comparece no pólo passivo, porque não admitiu, espontânea ou administrativamente provocado, adimplir obrigações ou deveres, desvirtuando o Estado de Direito e instaurando o calote da dívida interna, o que faz perdurar o autor no malogro, ainda que este venha a ser reconhecido na via judiciária, como ilustram os famigerados precatórios. Enquanto isso, o Estado vai-se estabilizando na conduta eticamente reprovável. Nessa seara, o seu histórico tem sido constrangedor, sobretudo pela omissão, que se alastra em setores vinculados estreitamente à dignidade da pessoa humana, como saúde, segurança e educação, sem deixar de lado a questão dos direitos políticos, que mostra outra face sombria do histórico estatal, a partir da mal resolvida questão sobre as condições de elegibilidade.

No momento da interpretação/aplicação, para o agente do Direito, na qualidade de detentor do poder de decidir, buscando extrair do ordenamento jurídico a norma aplicável ao caso concreto, é de grande importância a adoção do método fenomenológico, que lhe proporciona o conhecimento do caso em si, que dificilmente será igual a outro. Na verdade, sempre tem sido diferente. Daí o sentido meramente instrumental com que se devem tomar as súmulas e os prejudgados em geral, dados que servem para auxiliar, e não para vincular. Resta claro que a adoção do método fenomenológico corresponde a trabalho no sentido genuíno do termo, porque o intérprete/aplicador não aceitará nada previamente, sem exame pessoal exaustivo, não

admitindo injunções de qualquer ordem, nem permitindo que assessores ou estagiários direcionem suas decisões ou elaborem expressões de qualquer natureza com a sua assinatura, como próprias do julgador, que venham a ser tomadas com efeitos legais. Enfim, não acatará contribuições exógenas, desvirtuadas de sua autenticidade no ato de julgar.

A atividade jurisdicional estruturada para realizar-se fenomenologicamente resultará em justiça para o caso concreto, pois, rigorosamente, o este-aqui (a decisão) terá aparecido como dado na evidência da consciência daquele a quem compete decidir cada caso em sua concretude, após examiná-lo na sua ipseidade, para dar-lhe sentido. É exclusivamente do intérprete que deve partir a decisão achada na sua consciência, como decorre da aplicação do método fenomenológico. Na caminhada para descobri-la na clareira da consciência, o sujeito que julga deve pôr-se em atitude de abertura para outras subjetividades, o que esbarra, é certo, no solipsismo husserliano. Essa disposição para o outro se manifesta mediante o exame do que se apresenta nos autos processuais, sempre redutível às subjetividades correspondentes (partes, peritos, testemunhas e outros), em conformidade com as competências das legitimidades em jogo, assim como por meio de consultas e dados jurisprudenciais em geral, sem perder de vista o diálogo doutrinal e os princípios informadores do Direito. Daí a impropriedade da súmula vinculante, que impede a decisão do juiz como autêntica expressão dada como coisa vivida na consciência, na evidência do eu que julga, para, ao contrário, limitar-se a simples pronunciamento e, como tal, vazio de conteúdo intuitivamente intencionado ao caso concreto, portanto invólucro oco, sem preenchimento vivido na consciência do julgador.

É na evidência da *cogitatio* que reside a fundamentação do conhecimento. Toda decisão judicial depende do que se evidencia na consciência do julgador. A validade da decisão é dada pela

evidência, que ocorre quando há consciência da intuição, ou seja, consciência de que o objeto se apresenta para o eu como um “isto-aqui”, cuja existência é indubitável. A intuição não consiste na simples intenção significativa ou signitiva, mas intenção com a presença do objeto, ou seja, intencionado como um “isto-aqui”, presente, dado no verdadeiro sentido.⁶⁹

Como se disse no início, a legislação é lacunosa, porque precisa do intérprete. É este que lhe dá sentido, tendo em vista o texto normativo e a singularidade de cada caso concreto. Retirar essa doação do intérprete é provocar insanável ruptura no próprio ordenamento jurídico, notadamente quando se pensa o Direito da família romano-germânica.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALCHOURRON, Carlos E., BULYGIN, Eugenio. *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Buenos Aires: Editorial Astraca, 1974.
- BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: Lições de Filosofia do Direito*. São Paulo, Ícone, 1995.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 6 ed. Brasília: UnB, 1995.
- BOSON, Gerson de Britto Mello. *Direito Internacional Público: O Estado em Direito das Gentes*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito*. 2. ed. Lisboa: Fundação Coloustre Gulbenkian, 1996.

⁶⁹ Cf. HUSSERL, Edmund. *L'idée de la phénoménologie*. Paris: Universitaire de France, 1970, § 35, p. 59.

- CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. *Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional*. In: Revista da Faculdade de Direito da UFMG. Belo Horizonte: V. 36, 1999, p. 55-60.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 5. ed. Coimbra.: Livraria Almedina, 1992.
- CASTRO Y BRAVO, Federico de. *Derecho Civil de Espana*. 3. ed. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1955.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo et alii. *Teoria Geral do Processo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.
- COING, HELMUT. *Fundamentos de Filosofia del Derecho*. Barcelona. Ed. Ariel, 1961.
- COSSIO, Carlos. *La teoria egológica Del Derecho y el concepto jurídico de libertad*. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1964.
- DEL VECCHIO, Giorgio. *Los principios generales Del Derecho*. 3 ed. Barcelona: Bosch, 1971.
- DONATI, Donato. *Il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico*. Milano: Societá Editrice Libreria, 1910.
- DU PASQUIER, Claude. *Introducion à la Théorie Générale et à la Philosophie du Droit*. 3. ed. Paris: Ed. Delachaux & Niestlé, 1948.
- DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 7. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.
- FERRARA, Francesco. *Interpretação e aplicação das leis*. 2. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1963.

- GARCIA MAYNES, Eduardo. *Filosofia del Derecho*. 3. ed. México: Editorial Porrúa, 1980.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988 – interpretação e crítica*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990.
- GROPPALI, Alessandro. *Filosofia del Diritto*. Milano: Ed. Ambrosina, 1944.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre a facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1977.
- HART, H. L. O conceito de direito. Lisboa: Fundação Colouste Gulbenkian, 1986.
- HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. 4 ed. Petrópolis: Vozes, 1993.
- HUSSERL, Edmund. *L'idée de la phénoménologie*. Paris: Universitaire de France, 1970.
- KELSEN, Hans. *Teoria Geral das Normas*. Porto Alegre: Fabris, 1986.
- LEGAZ Y LACAMBRA, Luis. *Filosofia del Derecho*. 3. ed. Barcelona. Bosch, 1972.
- MARTIN OVIEDO, José Maria. *Formación y aplicación Del derecho*. Madrid: Ed. Labor, 1933.
- MARINELLI, Vincenzo. *Il Problema dell'ermeneutica giudiziaria*. In: *Analisi e Diritto: * di giurisprudenza analítica*. Torino: G. Giappielille Editore, 1998.
- MAYNEZ, Eduardo Garcia. *Ensayos Filosófico-jurídicos*. México: Universidad Veracruzana, 1959.
- MEGALE, Maria Helena Damasceno e Silva. *Fenomenologia e Hermenêutica Jurídica*. Belo Horizonte: Edições Valle Ferreira, 2007.

- PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica: nova retórica*. Trad. de Verginia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1986.
- RODRIGUES PANIAGUA, José Maria. *Ley y Derecho*. Madrid: Tecnos, 1976.
- SALGADO, Joaquim Carlos. *A idéia de justiça em Hegel*. São Paulo: Ed. Loyola, 1996.
- TOBEÑAS, José Castan. *Teoría de la aplicación e investigación de Derecho*. Madrid. Ed. Reis, 1947.
- VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do Direito Positivo*. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 1997.
- VILLELA, João Baptista. *Por uma nova teoria dos contratos*. Separata da Revista de Direito e de Estudos Sociais. Coimbra, ano XX, abr-dez, 1975.