

A Plenitude da Ordem Jurídica

CLENICIO DA SILVA DUARTE

Consultor Jurídico do DASP

SUMÁRIO: 1. O Direito como um sistema fechado de normas. 2. O Direito Penal como disciplina em que não pode ocorrer lacunas, em decorrência do princípio da reserva legal. 3. O problema das lacunas. 4. Necessidade de adequação da lei ao fato. A regra do art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro. 5. A dimensão valoradora da jurisprudência. A interpretação progressiva. O art. 1º do Código Civil Suíço. 6. Lógica formal e lógica jurídica. O **logos** do humano e do razoável (RECASENS SICHES). Se uma é cega aos valores (lógica formal), a outra se exerce através de juízos axiológicos (lógica jurídica). 7. O processo de preenchimento das lacunas no Direito brasileiro. 8. A analogia como primeiro recurso de interpretação, no silêncio da lei. 9. **Analogia legis** e **analogia juris**. Distinção entre analogia e interpretação extensiva. 10. O costume como recurso para o preenchimento de lacuna legislativa, se não obviada esta pela analogia. 11. Os princípios gerais de direito — seu conceito. A equidade como um desses princípios. 12. Conclusão.

1. É princípio fundamental de qualquer ordem jurídica que, em caso algum, poderá o juiz deixar de sentenciar, sob pretexto de que inexistente norma jurídica preformulada, aplicável ao caso concreto que lhe foi submetido à apreciação. Em alguns ordenamentos jurídicos, é explícito o princípio;¹ noutros, se acha subentendido, mas em qualquer deles as lacunas legislativas terão de ser preenchidas pelo intérprete, ora tendo em vista a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito, nessa ordem preferencial,² ora segundo apenas os

¹ A nossa antiga Lei de Introdução dispunha, no seu art. 5º: "Ninguém se escusa, alegando ignorar a lei; nem com o silêncio, a obscuridade ou a indecisão dela se exime o juiz de sentenciar ou despachar". A atual reproduziu a primeira parte, no mesmo sentido, embora com outras palavras (art. 3º), omitindo-se quanto à segunda. Era evidente a desnecessidade do texto suprimido do momento em que a disposição do artigo seguinte (art. 4º) sobre o modo de preencher as lacunas pressupunha a obrigatoriedade de decisão judicial do caso concreto, mesmo porque a norma já se continha no art. 113 do Cód. de Proc. Civ.

² Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro (Decreto-lei nº 4.657, de 4-9-1942), art. 4º

princípios gerais de direito,³ ou a eqüidade,⁴ ou o direito natural,⁵ ou, ainda, segundo o costume e, na falta deste, de acordo com as regras que o juiz formularia se fosse legislador.⁶

Dessa obrigatoriedade jurisprudencial de preencher as lacunas do sistema jurídico respectivo⁷ resulta o princípio da Plenitude da Ordem Jurídica Positiva, segundo o qual o Direito é um sistema fechado de normas que atende a todas as exigências da disciplinação da vida em sociedade. A essa necessidade de se encontrar, através dos princípios de hermenêutica, a norma adequada ao caso concreto, chamava SAVIGNY o princípio da universalidade⁸. Dizia o grande mestre alemão: "Se as fontes são insuficientes para a solução de uma questão de direito, devemos preencher essa lacuna, pois a universalidade do direito é uma condição não menos essencial que sua unidade (§ 42). Mas a dificuldade é de saber como proceder a respeito".⁹

2. Não se argua que o princípio da plenitude da ordem jurídica positiva não seria válido para todo o Direito e, assim, não poderia ter essa denominação genérica, por isso que adstrito apenas à esfera de atuação do Direito Privado, ou, pelo menos, inconciliável com o Direito Penal, cujas lacunas seriam impreenchíveis em decorrência do princípio superior da reserva legal (**nullum crimen, nulla poena sine lege**), com o que só seria lícito afirmar que há um sistema fechado de normas relativamente ao Direito Privado, o que, pela restrição, excluiria a referência à ordem jurídica positiva em sentido amplo.

A impugnação não teria procedência, pois o que ocorre com o Direito Penal é, precisamente, a impossibilidade de lacunas nesse ramo da Ciência Jurídica, em razão mesmo do princípio da reserva legal. Como assinala FERRARA, "se a lei penal não pune um certo fato, ainda que, segundo a consciência social merecesse punição, não se pode falar em lacuna da

³ Códigos espanhol, argentino, mexicano e peruano.

⁴ Código Civil de Honduras.

⁵ Código Civil da Áustria.

⁶ Código Civil Suíço.

⁷ Mesmo nos sistemas em que não se prevê como se preencherem as lacunas, vigora o princípio de que não poderá o juiz deixar de sentenciar sob pretexto de lacuna legislativa.

⁸ SAVIGNY, *Traité de Droit Romain*, trad. francesa de GUENOUX, Paris, 1855, tomo I, §§ 42 e 46.

⁹ Aut., ob. e tomo cits., § 46, p. 279.

não se desfigure o conteúdo normativo,¹³ ou a que lhe reconheça a imprevisão, para chegar-se à omissão legislativa relativamente à hipótese concreta, procedendo-se, no caso do Direito Brasileiro, tendo em vista a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.¹⁴ Nunca, entretanto, aplicando a norma como inicialmente interpretada, se esse procedimento vulnera o valor fundamental do Direito, que é a Justiça. As circunstâncias diversas ao infinito que cercam, às vezes, determinado fato devem ser todas sopesadas, para que se não distorça a atividade interpretativa, inadequando a lei ao fato como apresentado, o que resultaria num desserviço ao Direito, pelo incontestável alcance ao seu fim último.

Se não é lícito ao intérprete, nos sistemas jurídicos como o nosso, que não permitem se alce o juiz à posição de legislador,¹⁵ criando a norma na omissão legislativa, também lhe é recusado aplicá-la servilmente, quando as circunstâncias que emolduram o fato tornariam iníqua ou inadequada essa incidência.

Ou a norma pode sofrer exegese capaz de, sem violentar-lhe o conteúdo, adequá-la ao fato, ou se deverá concluir pela omissão legislativa, para proceder-se como previsto no sistema jurídico de que se cogite. Jamais, no entanto, por comodismo ou timidez, aplicar a interpretação que leve à injustiça do caso concreto, visto que não deve escapar ao hermeneuta a finalidade para a qual se criou o Direito.¹⁶

¹³ Adverte SAVIGNY, ob. e tomo cit. § 50, p. 311: "O intérprete que pretende corrigir o pensamento e não a letra da lei, sua realidade mesma e não sua aparência, põe-se acima do legislador e desconhece os limites. Não se trata aí de interpretação, mas de verdadeira formação do direito". Veja-se, igualmente, a observação de VON TUHR, **Teoria General del Derecho Civil Aleman**, trad. argentina, 1946, vol. I, t. I, p. 64. "A diferencia del pretor, nuestro juez no está ubicado por encima de la ley, sino que debe obedecerla aun cuando ésta no corresponda a su propia concepción de lo justo."

¹⁴ Lei de Introd. ao Cód. Civ. Bras., art. 4º

¹⁵ A teoria da livre indagação científica, além de contrária a toda a tradição do nosso Direito, seria, entre nós, de enganada inconstitucionalidade, pela vulneração que acarretaria do princípio da separação de poderes, como definido na nossa Lei Maior.

¹⁶ É certo que, variando o conceito de Justiça segundo a concepção filosófica do intérprete, bem como a que orienta o sistema jurídico de que se trate, nem sempre será fácil a conciliação. Na divergência, todavia, deve preponderar, sem sombra de dúvida, a orientação filosófica do sistema contra a particular do intérprete.

lei, mas em imperfeição da lei".¹⁰ O princípio da reserva legal é inconciliável com a existência de lacunas, donde se conclui que o Direito Penal não se constitui em exceção ao princípio da plenitude da ordem jurídica, mas numa afirmação dele, pois, por si só, já é um sistema fechado de normas, podendo, entretanto, ser perfeito ou imperfeito, o que é outra história, do momento em que a plenitude da ordem jurídica positiva nada tem a ver com a perfeição ou imperfeição do sistema legal de que se trate.

3. Por mais metucioso que seja um dado sistema jurídico, sempre se hão de nele encontrar deficiências, pois não seria possível preverem-se todos os casos imagináveis.¹¹

A existência ou inexistência de lacunas, ao examinar o intérprete o caso concreto, em face do direito objetivo, é constatada após a primeira etapa do processo de interpretação da lei, segundo os princípios científicos modernos que o informam. Deverá ter-se presente a advertência de CORNIL, citando TEOFRASTO, segundo a qual não são os fatos que devem ajustar-se às leis, mas, ao contrário, estas é que se amoldam àquelas.¹² Daí possíveis perplexidades, ao se deparar o observador com um direito jurisprudencial à margem do direito legislado e, não raro, em aparente contradição.

4. Se a função do juiz e do intérprete de um modo geral é tão-somente a de aplicar a lei, o exercício dessa atividade não ocorre passivamente, sem uma análise ampla e percuciente do fato objeto da incidência do preceito legal e do verdadeiro alcance e significado do comando jurídico de que se trate, não segundo as possíveis intenções legislativas que justificaram, à época, a criação da norma, mas de acordo com o significado que, porventura, passou a ter na coletividade em que impera, em decorrência de um sem número de fatores de evolução ou transformação social. Se, em razão de todas essas mutações, a primitiva interpretação transfigurou-se, é lícita a exegese que promova a adequação da lei ao fato, desde que, evidentemente,

¹⁰ FRANCESCO FERRARA, *Trattato di Diritto Civile Italiano*, vol. I, e único, Roma 1921, ps. 224 e 225.

¹¹ Observa RECASENS SICHES, *Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho*, Fondo de Cultura Económica, México, p. 218: "A ilusão do legislador é criar totalmente o Direito. Esta ilusão suscita outra no juiz: a de que vai poder extrair todo o Direito da lei".

¹² GEORGES CORNIL, *Le Droit Privé*, Paris, 1924, p. 75.

Se, por um processo de reajustamento de exegese, segundo a evolução social e científica, não pode o intérprete adequar a lei ao fato, sem que ou exorbite da função interpretativa, criando direito novo, ou incorra em evidente impropriedade entre a norma e o fato, a conclusão inarredável é a da omissão legislativa, para seguir-se, como dito, o processamento relativo aos casos de lacuna no sistema jurídico.

O acerto da decisão interpretativa é a peça mestra do funcionamento da ordem jurídica como prevista no sistema legislativo de uma dada sociedade, embora possa não ser justo, em termos abstratos, o ato jurisdicional decorrente, porque já o não era, **de lege lata**, o sistema. Daí não prescindir o intérprete de profundo conhecimento da Ciência Jurídica, além da imprescindível formação humanística, pois, como bem lembra VINOGRADOFF,¹⁷ o estudo do Direito não se constitui num simples expediente acadêmico, com o objetivo apenas de iniciar os principiantes no conhecimento dos termos e distinções principais de sua arte, mas se dirige no sentido de descobrir a interdependência racional entre as leis e o seu significado último.

A atividade jurisprudencial, quer na esfera judiciária ou na administrativa, deverá exercer-se na busca incessante da perfeita adequação da norma ao fato, examinado este em todas as circunstâncias que o rodeiam, desprezando-se a conclusão fácil e cômoda da exata adequação da norma à espécie, se alguma circunstância peculiar induz ao desacerto dessa conclusão. Se não é absolutamente idêntico o fato ao que se teria constituído na **ratio juris** provocadora da norma, sendo, de evidência, a injustiça da aplicação desta a esse caso concreto, está o intérprete diante de uma lacuna, devendo agir em consequência.

5. Embora não se confunda a função de dizer o direito, quer seja contenciosamente (jurisdicional), quer de ofício (administrativa), com a de criá-lo (legislativa), é inegável que ambas aquelas funções têm uma dimensão valoradora, ainda que, **ultima ratio**, não-inovadora. E não é só com a teoria da livre indagação científica extremada, — evidentemente inaceitável e sem mais seguidores, pelo arbítrio de que se reveste, usurpando o intérprete as funções do legislador — que se identifica a exis-

¹⁷ PAUL VINOGRADOFF, *Introducción al Derecho*, Fondo de Cultura Económica, México, ps. 12 e 13.

tência de valorações na hermenêutica jurídica. A interpretação é sempre realizada através de juízos axiológicos.¹⁸

A censura de HAURIUO, secundado por CORNIL,¹⁹ no sentido de que os juízes estão abandonando os códigos para seguir a jurisprudência e que esta não respeita mais as prescrições da lei, deve ser recebida com reservas, pois a jurisprudência é o resultado, como Direito vivo, da adaptação da norma ao fato, variando essa interpretação se mudou o conjunto de circunstâncias que, no **momento** e no **meio (occasio legis)**, influíram no aparecimento da norma, bem como se são outras as razões que ditaram o comando jurídico (**ratio legis**).²⁰ A interpretação progressiva melhor se afina com o dinamismo

¹⁸ Ninguém melhor estudou o assunto do que o eminente RECASENS SICHES, quer na sua notável **Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho**, citada na nota 11, supra, quer no seu magistral **Tratado General de Filosofía del Derecho**, México, Editorial Porrúa, 1965. Vejam-se, na primeira obra acima mencionada, Capítulo V, ps. 202 a 251, e, no Tratado, ps. 313 a 321. Alguns excertos a respeito são bem ilustrativos do pensamento do grande mestre espanhol radicado no México, o que nos permitimos reproduzir em seguida, extraído de sua **Nueva Filosofía**, citada: ... "se é um fato necessário que o juiz ao ditar uma sentença acrescenta à norma contida na decisão ingredientes que não figuravam na norma geral, resulta então patente com plena clareza que a função judicial tem dimensões criadoras" (p. 210). E, mais adiante: "se analisarmos, com efeito, o que realiza o juiz para ditar a sentença e o que contém a sentença, nós nos daremos conta de que, de fato e necessariamente, a função judicial inclui valorações, e advertiremos que a sentença, conseqüentemente, contém valorações, e que ela própria é também um juízo axiológico" (p. 226).

¹⁹ GEORGES CORNIL, ob. cit., ps. 73 e 74.

²⁰ "Da **ratio legis**, que constitui o fundamento racional objetivo da norma deve distinguir-se a **occasio legis**, que é a circunstância histórica que deu estímulo exterior à criação da lei. (...) A **ratio legis** pode mudar com o tempo. O intérprete, examinando uma norma existente há um século, não está vinculado incondicionalmente a indagar que razão induziu o legislador de então, mas, sim, qual o fundamento racional de agora. Assim pode acontecer que uma norma ditada por um certo objetivo adquira posteriormente uma destinação e função diversas. A **ratio legis** é uma **força viva móvel** que anima a disposição, acompanhando-a em toda a sua vida e desenvolvimento, é como uma linfa que mantém sempre verde a planta da lei e faz desabrocharem sempre novas flores e novos frutos. A disposição assim pode ganhar com o tempo um sentido novo ou aplicar-se a casos novos. Sobre esse princípio se baseia a chamada interpretação evolutiva" (FERRARA, ob. cit., ps. 215 e 216).

jurídico, visto que o direito, como ciência social, está em constante e perpétua transformação, devendo acompanhar, **pari passu**, a vertiginosa evolução da sociedade humana²¹, atenta às influências do progresso tecnológico.

O fato de não haver vingado a teoria da livre indagação científica²² acolhida, em parte,²³ pelo Direito suíço, segundo a qual, na omissão da lei, o juiz deve formular a norma que elaboraria se fosse legislador, não significa que a função juris-

²¹ A respeito, assim se expressa ANGEL LATORRE, **Introducción al Derecho**, Barcelona, 1968, p. 90: "...a interpretação das leis vai mudando ao compasso das exigências sociais. Essa "jurisprudência progressiva" é um elemento básico na vida jurídica de todo Estado moderno". A propósito do mesmo assunto, opina RECASENS SICHES, **Nueva Filosofía**, cit. p. 218: "uma lei não pode conservar indefinidamente o sentido e alcance que teve quando foi ditada quando tudo mudou ao seu redor: os homens, as coisas, o juiz, o legislador mesmo. Suscitam-se novas questões, os velhos problemas já não se equacionam como no passado, e chega um dia em que a aplicação de um velho texto, em seu sentido original, surge razoavelmente como impossível. Uma lei indeformável só se pode conseguir numa sociedade estática".

²² Essa teoria, se houvesse prevalecido, teria praticamente retirado do Direito um dos seus valores mais elevados e, mesmo, fundamental para sua existência, que é a segurança jurídica. Sem um mínimo de segurança, o Direito só conteria mero jogo de palavras, sendo um terreno propício ao arbítrio.

²³ O famoso art. 1º do Código Civil Suíço está assim redigido: "La loi régit toutes les matières auxquelles se rapportent la lettre ou l'esprit de l'une de ses dispositions. A défaut d'une disposition légale applicable, le juge prononce selon le droit coutumier et, à défaut d'une coutume, selon les règles qu'il établirait s'il avait à faire acte de législateur. Il s'inspire des solutions consacrées par la doctrine et la jurisprudence." Como se vê, não se trata de ampla liberdade inovadora, pois que o dispositivo condiciona essa atividade às soluções consagradas pela doutrina e jurisprudência, não podendo, evidentemente, exercer-se **contra legem**. Na inexistência de costumes e da opinião doutrinária e jurisprudencial a respeito é que, e tão-somente, é livre a atividade criadora do juiz. No fundo, o que se autorizou ao juiz foi recorrer aos princípios gerais de direito...

CLAUDE DU PASQUIER, magistrado e ilustre professor suíço (apud ALÍPIO SILVEIRA, **Hermenêutica no Direito Brasileiro**, Revista dos Tribunais, 1968, vol. I, p. 379), assim se manifesta sobre a experiência helvética: "Os exemplos fornecidos pela jurisprudência federal mostra-nos que esse método é acertado (**sage**) e não leva, aliás, a resultados sensacionais; na maior parte dos casos em que faz uso do poder que lhe confere o Código em face de uma lacuna, é ainda pela analogia que o Tribunal Federal chegou à solução." E, mais adiante, acrescenta ALÍPIO SILVEIRA (ob. e vol. cit. p. 383): "A primeira vista pareceria que o Código Suíço dá maior liberdade ao aplicador, mas se atentarmos nas imprecisões que rodeiam a determinação dos princípios gerais do direito para os casos concretos, e no grau de flexibilidade exigida em sua aplicação, veremos que é realmente pequena a diferença entre ambas as fórmulas, tanto mais se considerarmos que o art. 1º não permite — segundo a doutrina e jurisprudência helvética — a decisão **contra legem**."

prudencial não seja criadora. Quando o intérprete, diante do caso concreto, toma uma decisão, muitas vezes difícil pela novidade do caso, alicerçada em conhecimentos filosófico-jurídicos de alta indagação, renovando, não raro, o sentido jurisprudencial então predominante, está exercendo função criadora de relevo, dentro da lógica jurídica em que se baseou para chegar a essa decisão. A interpretação progressiva, que se vai alterando segundo a evolução social e jurídica, não obstante não se haja modificado o texto legal que a motivou, é uma contribuição renovadora da jurisprudência para a evolução da Ciência do Direito, que, como disciplinação mais importante da convivência social, também acompanha toda a extraordinária evolução científica, que é uma característica de nossa época.

Ao contrário do que já se sustentou, a lógica do juiz não é uma atividade mecânica, segundo a qual se aplicaria um mero silogismo em que a premissa maior seria a lei; a menor, o fato social sobre que incidiria a norma, e o corolário, a sentença. A orientação estática da hermenêutica jurídica que predominou no século XIX, desde a famosa escola francesa de exegese,²⁴ que se atinha servilmente ao texto literal da lei, numa obra de idolatria do Código Civil Francês, cedeu passo à interpretação dinâmica, que procura na lei, como norma disciplinadora da vida em sociedade, o seu objetivo social, segundo as aspirações da coletividade a que se destina. Entre nós, a formulação legal dessa orientação se acha expressa no art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, e assim se enuncia: "Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum".

Dentro de orientação semelhante, foi possível, com todo o liberalismo do Código de Napoleão, construir-se a teoria do abuso do direito, que não teria guarida, contra toda a finalidade social do Direito, na velha escola de exegese.²⁵

Deixar o hermeneuta atado a um sistema jurídico rígido, sem que lhe fosse lícito interpretar a lei de modo a preencher-lhe as lacunas, seria ou desconhecer a falibilidade da obra

²⁴ ou a Jurisprudência Analítica, na Inglaterra e Estados Unidos e a Jurisprudência dos Conceitos, na Alemanha (Cf. RECASENS SICHES, *Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho*, cit., ps. 181 e segs.).

²⁵ Essa aplicação mecânica da lei se construiu em decorrência da perfeição a que se atribuía ao Código de Napoleão e pelo receio, por outro lado, do arbítrio dos magistrados (Cf., ao propósito, ALÍPIO SILVEIRA, ob. cit., vol. I, ps. 45 e 46).

humana, ou impedir o progresso jurídico, levando o exegeta a uma perplexidade que se não compadece com o espírito científico de nossa época.²⁶ Os recursos que se entregam ao intérprete para retirar da lei o conteúdo normativo mais condizente com a evolução social e o bem da coletividade sujeita ao sistema jurídico de que se trate, na ausência de disciplinação expressa, são o fruto do progresso da ciência, que deve ficar à disposição da melhoria de condições de vida do ser humano. Se a suprema aspiração do Direito é alcançar a Justiça em sentido abstrato, por ser esta o valor mais elevado na respectiva escala axiológica, por que, então, se subtrairiam os meios para esse desiderato? Nem se argua que os processos de preenchimento de lacunas, quer através da analogia, quer dos costumes ou dos princípios gerais de direito, redundam em vulnerar outro valor imprescindível à nossa Ciência, sem o qual inexistente ordenamento jurídico digno desse nome, que é a segurança jurídica.²⁷ Não ocorre tal, pois o recurso a esses processos de interpretação só se verifica quando há lacuna na lei e não se exerce pelo arbítrio, mas segundo regras predeterminadas e familiares aos juristas.

6. Ao dedicar-se ao processo interpretativo, deve ter presente o exegeta a diferença fundamental entre a lógica formal, de tipo silogístico, tradicional, e a lógica jurídica, embora aquela constitua também, como lembra RECASENS SICHES,²⁸

²⁶ Felizmente, a doutrina ultralegalista, mediante a qual se defendia a inserção de todo o Direito exclusivamente nas leis e que, por esse efeito, a função do juiz era meramente mecânica, na aplicação do Direito através da lógica formal, por um processo silogístico comum, já constitui fato do passado, perdido e enterrado no século XIX (Cf. RECASENS SICHES, *Nueva Filosofía*, cit., especialmente ps. 212 e segs.).

²⁷ Quando nos referimos à segurança jurídica, não queremos significar que esse valor seria tomado em termos absolutos. Estamos atentos à lição de RECASENS SICHES, pois não poderia a sociedade, essencialmente mutável, alicerçar-se em bases de uma segurança jurídica perfeita, mesmo porque, como advertiu DEMOGUE, citado pelo grande mestre espanhol, "a segurança perfeita representaria a absoluta inamovibilidade da sociedade" (*Nueva Filosofía*, cit., p. 283). Se mudam as realidades sociais, por que não mudaria o Direito? Mas o que não se pode deixar de preservar, sob pena mesmo de ausência de ordem jurídica, é um mínimo de segurança, que é, no dizer de RECASENS SICHES, "a motivação inicial ou a razão de ser formal do Direito, o valor funcional deste, ainda que não seja o seu fim supremo" (ob. cit., p. 276).

²⁸ Sobre a diferença entre lógica formal e lógica jurídica, que denomina de lógica do humano, lógica do razoável, remetemos o leitor para os dois livros citados de RECASENS SICHES (*Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho*, capítulo III, ps. 128 e segs., e *Tratado General de Filosofía del Derecho*, ps. 641 e segs.), onde a matéria é estudada com profundidade e cuja teoria também acolhemos.

um instrumento indispensável para conhecer e compreender a essência do Direito.

A lógica tradicional, ao contrário da jurídica, não contém valorações, desenvolvendo-se segundo princípios matemáticos, sem qualquer consideração de ordem axiológica.

Para ilustrar a diferença, relata-nos RECASENS SICHES um caso simples, mas muito significativo, referido por RADBRUCH, e que oferece nítida idéia da distinção.²⁹ Ei-lo: À entrada da gare de uma estação ferroviária, na Polônia, havia um letreiro, que reproduzia um artigo do regulamento das estradas de ferro, assim redigido: "É proibido o ingresso, na gare, com cachorros". Certo dia, pretendeu alguém penetrar na gare acompanhado de um urso domesticado. O empregado que vigiava a porta impediu o acesso. Protestou a pessoa interceptada, alegando que o artigo transcrito do regulamento somente proibia a entrada de cachorros, mas não de outra espécie de animais. Surgiu, então, um conflito jurídico, que se centralizou em torno da interpretação do dispositivo regulamentar.

Examina minuciosamente o caso o emérito professor da Faculdade de Direito da Universidade Autônoma do México, mostrando a diversidade de conclusões a que se teria de chegar, se se aplicassem exclusivamente os instrumentos da lógica tradicional, ou se, ao contrário, o **logos** do humano, o **logos** do razoável. Na primeira hipótese (lógica tradicional), ter-se-ia de reconhecer que a pessoa interceptada tinha indiscutível direito a entrar com o urso na gare, visto que não há como incluir um urso no conceito de cachorro. Raciocinando ainda segundo os critérios da lógica matemática, para a inclusão na proibição de ursos deveria o artigo ter adotado outra redação: ou usando a palavra "ursos", ou a expressão "animais que possam incomodar os viajantes", ou simplesmente "animais". Referindo-se apenas a cachorros, estava o preceito, sem sombra de dúvida, excluindo da proibição de passagem os outros animais que se não identificassem com os cães. Na segunda hipótese, isto é, aplicando a lógica do humano, o **logos** do razoável, a conclusão é diametralmente oposta. É que a lógica jurídica impõe critérios valorativos, a que é cega a lógica tradicional. Terá o intérprete de concluir, dentro da esfera do Direito, que o defeito de redação do dispositivo não impede a solução acertada do caso, que outra não seria senão a da proibição de ingresso com o urso. O intérprete terá de aten-

²⁹ Nueva Filosofía, cit., p. 156.

der, na exegese de um dispositivo, não só às circunstâncias históricas e do meio que determinaram a criação da norma (**occasio legis**), como ao fundamento racional objetivo dela (**ratio legis**), com o que corrigirá as deficiências gramaticais ou lingüísticas e outras circunstâncias que destoem dos critérios valorativos que integram a lógica jurídica. Qualquer leigo, intuitivamente, concluiria que a proibição de entrada com cachorros levaria, **a fortiori**, à vedação de ingresso com ursos, visto que a evidente finalidade da norma era não permitir a criação de condições que viessem a perturbar os passageiros e seus acompanhantes. E se um cachorro impediria o cumprimento dessa finalidade, muito mais, ainda, um urso.

7. No Direito brasileiro, se o intérprete, na perquirição da norma adequada ao fato, conclui pela omissão legislativa, terá de proceder na forma do art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, que dispõe: "Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito".

A ordem enumerada no artigo é a preferencial para a hermenêutica, vale dizer, o intérprete só recorrerá aos costumes, se o processo analógico não for suficiente para preencher a lacuna, e aos princípios gerais de direito, na falha dos outros dois.

A declaração expressa da vontade legislativa no sentido do recurso à analogia é despicienda, do momento em que, como refere RUGGIERO, já se constitui ela num "meio natural de integração do Direito" e numa "necessidade iniludível em relação aos casos estudados e, por isso, é sempre implícita em todo ordenamento".³⁰

8. A analogia é processo regular de interpretação da lei no silêncio desta,³¹ quer esteja autorizado no sistema jurídico de que se cogite, quer nenhuma referência nele haja ao princípio, porque, como assinala RUGGIERO no trecho acima mencionado, é um meio natural de integração do Direito, implícito em qualquer ordenamento jurídico.

³⁰ ROBERTO DE RUGGIERO, *Instituciones de Derecho Civil*, trad. espanhola da 4ª ed. italiana, Tomo I, p. 153.

³¹ Sobre a analogia como processo regular de interpretação da lei, cf. nossos *Estudos de Direito Administrativo*, Imprensa Nacional, vols. I, ps. 433 a 438, e II, ps. 61 a 63.

Dessa orientação não discrepa o eminente FERRARA, quando ensina:³²

“A analogia não é **criação** de direito novo, mas **descoberta** de direito **existente**. O juiz, aplicando normas por analogia, não formula, com **livre** atividade, normas jurídicas, mas desenvolve normas latentes que se encontram já no sistema. O direito é, pois, não só o conteúdo imediato das disposições expressas, mas o conteúdo virtual das normas não-expressas, mas insitas no sistema” (os grifos são do próprio autor).

Já, para GÉNY, a analogia não seria essa descoberta do direito existente, implícito no sistema, mas um processo intermediário entre a interpretação e a criação mesma do direito.³³ GÉNY procura separar a analogia da interpretação da lei. Para ele, a analogia não é interpretação, mas “instrumento independente da elaboração jurídica”.³⁴ Embora assim entendendo, acaba por indagar: “à quoi bon exclure ces procédés du champ de l'interprétation de la loi, si, par ailleurs, vous le conservez dans votre système d'élaboration juridique?”³⁵

Sobre a importância da analogia, é muito significativo o depoimento de GÉNY:

... “se fosse preciso mostrar, por suas próprias aplicações, toda a fecundidade da analogia, teríamos, na verdade, de percorrer o domínio inteiro de nosso direito privado. A cada passo, a analogia lá se encontra, necessária que é para desenvolver os princípios contidos em gérmen nas disposições legais positivas, e para multiplicar-lhes as conseqüências, ora trabalhando sobre textos especiais e precisos, para descobrir o gérmen de soluções mais amplas (**Gesetzesanalogie**, na terminologia alemã), ora procurando, num golpe de vista mais vasto, as regras latentes, que animam todo o conjunto de um sistema legal (**Rechtsanalogie**)”.³⁶

³² FERRARA, ob. cit., ps. 231 e 232.

³³ FRANÇOIS GÉNY, *Méthode d'Interprétation et Sources en Droit Privé Positif*, 2ª ed., Paris, 1932, Tomo I, nº 107, p. 310.

³⁴ Ob. e tomo cit., nº 107, p. 313.

³⁵ Id., ibid. nº 108, p. 314.

³⁶ Ob. cit., Tomo II, nº 166, p. 122.

Para que se possa recorrer à analogia, é necessário, segundo FERRARA:³⁷

“1º) que falte uma disposição precisa de lei para o caso a decidir. Se se pode aplicar a interpretação extensiva, não se recorre ao processo analógico;

2º) que haja igualdade jurídica em essência entre o caso regulado e o a regular.”

Segundo COVIELLO,³⁸ para que ocorra analogia:

“1º) é necessário, antes de tudo, que se trate de um caso que o legislador jamais previu: se tivesse sido previsto, ainda que não-claramente compreendido na letra da lei, tem lugar a interpretação extensiva;

2º) a relação não-contemplada, embora diversa daquelas contempladas, deve, no entanto, apresentar semelhança com uma delas, deve ter um elemento de identidade;

3º) O elemento de identidade não deve ser qualquer um, mas o elemento de fato que o legislador tomou em consideração para estabelecer uma dada norma relativamente à relação contemplada, à qual se quer comparar aquela não-contemplada.”

9. Divide-se a analogia³⁹, segundo as normas invocadas para sua aplicação, em:

a) analogia legal (**analogia legis**), a que se verifica em razão da incidência ao caso concreto de norma particularizada da lei;

b) analogia jurídica (**analogia juris**), quando a fundamenta um complexo de princípios jurídicos sintetizados no inteiro sistema jurídico.

É comum a confusão entre analogia e interpretação extensiva, embora se trate de espécies completamente diversas.

O processo analógico é utilizado pela inexistência de norma precisa para o caso concreto a decidir; na hipótese de interpretação extensiva, apenas se ampliam os casos indicados

³⁷ Ob. cit., p. 229.

³⁸ Apud ALÍPIO SILVEIRA, ob. cit., vol. I, p. 295.

³⁹ Sobre a distinção, cf., entre outros, além do texto transcrito mais acima, de GÉNY: FERRARA, ob. cit., p. 228; RUGGIERO, ob. e tomo cit., p. 152, e CLÓVIS, **Código Civil Comentado**, 8ª ed., 1949, vol. I, p. 115.

na lei, abrangendo o que deixou de ser referido por deficiência literal. No primeiro caso (analogia), não há norma que contemple o caso concreto, embora esteja implícita na lei (**analogia legis**), ou no sistema jurídico (**analogia juris**); no segundo (interpretação extensiva), o caso só não se acha expressamente contemplado no dispositivo por formulação inexata, isto é, entende-se a enumeração exemplificativa, e não taxativa.

SAVIGNY⁴⁰ assim se manifesta sobre a distinção:

“A interpretação extensiva não tem por fim preencher uma lacuna da lei, mas retificar uma expressão imprópria pelo pensamento verdadeiro da lei. Quando, pelo contrário, empregamos o método analógico, supomos a ausência de toda e qualquer disposição legislativa, e queremos supri-la em virtude da unidade do direito.”

Para GÉNY, enquanto a analogia “visa a criar, com sua decisão, ou com o conjunto de seu sistema, uma regra nova e distinta, fundada sobre a identidade da razão jurídica (**ubi eadem ratio, idem jus**)”,⁴¹ a interpretação extensiva consiste em servir-se o intérprete de elementos extrínsecos à lei, que descobrem a vontade do legislador, para alargar, no sentido dessa vontade, a fórmula de um texto concebido muito restritivamente”.⁴²

Não discrepam, de um modo geral, os autores quanto a essa distinção,⁴³ embora, não raro, se veja entre doutos a confusão nos casos práticos.

10. Segundo a regra do art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro, na impossibilidade de preenchimento da lacuna pela analogia, recorrerá o intérprete aos costumes, devendo esclarecer-se, quanto a estes, que se admitem **secundum legem, praeter legem**, mas nunca **contra legem**.⁴⁴

⁴⁰ Ob. cit., tomo I, § 46, p. 282.

⁴¹ Ob. cit., vol. II, nº 107, p. 305.

⁴² Id., ibid., p. 304.

⁴³ Cf. EDUARDO ESPÍNOLA, **Sistema do Direito Civil Brasileiro**, 4ª ed., 1961, vol. I, ps. 206 e 207, e ALÍPIO SILVEIRA, ob. cit., vol. I, ps. 223 e segs.; vol. II, ps. 204-207.

⁴⁴ Cf., sobre o assunto: RUGGIERO, ob. e tomo cit., ps. 80 e segs.; GÉNY, ob. cit., vol. I, nº 18, ps. 36 a 38; FERRARA, ob. cit. ps. 125 a 149; RECASENS SICHES, **Tratado General de Filosofia del Derecho**, ps. 286 a 288; Clóvis, **Teoria Geral do Direito**, 3ª ed., Ministério da Justiça, 1966, ps. 22 e segs.; EDUARDO ESPÍNOLA, ob. cit., vol. I, ps. 136 e segs. e ALÍPIO SILVEIRA, ob. cit., vol. I, ps. 333 e segs.

11. Por princípios gerais de direito entendemos as regras mais gerais e admitidas pela **communis opinio** como fundamentais ao Direito, como fenômeno universal.⁴⁵

FERRARA entende que o recurso aos princípios gerais de direito nada mais é do que uma forma de **analogia juris**.⁴⁶

Na expressão feliz de CHIRONI,⁴⁷ os princípios gerais de direito são os "fixados pelo estudo filosófico do direito, e os materiais da análise e da síntese, em que se reúnem como resultado, são fornecidos pela consciência do direito vigente e de todos os motivos que o impuseram ou aconselharam".

Discute-se sobre a inclusão da equidade entre os princípios gerais de direito. Embora muitos autores condenem essa inserção, parece-nos, com os que sustentam a tese oposta, que a equidade é um dos princípios gerais de direito, e o mais importante, pela sua definição, que a identifica com a justiça para o caso singular, quando a aspiração do direito é a atribuição de justiça.⁴⁸

12. De todo o exposto se conclui que o Direito, como ciência destinada à disciplinação da vida em sociedade, orienta-se de tal modo, para prevenir a falibilidade da obra humana, que fornece ao intérprete meios adequados para preencher as lacunas da legislação, de modo que não se omita a justiça em qualquer hipótese. E esses recursos que a ciência fornece exigem de quem os utiliza uma boa formação humanística e profundos conhecimentos da Ciência do Direito. Daí o afirmar-se que o Direito é um sistema fechado de normas, havendo, assim, uma plenitude da ordem jurídica positiva, que se exerce, no dizer de ANGEL LATORRE,⁴⁹ "no sentido de que um ordenamento deve permitir os meios de revolver todos os casos concretos. Não é que a obrigação de sentenciar derive do princípio da plenitude da ordem jurídica, mas o contrário: do fato de que os sistemas modernos impõem essa obrigação deriva o termos de considerar a ordem jurídica capaz de facilitar soluções a todos os casos da prática".

⁴⁵ Cf. CLÓVIS, *Teoria Geral do Direito Civil*, cit., ps. 38 e 39.

⁴⁶ Cf. ob. cit., p. 228. Assim não entendemos, pois, se se houvesse de admitir a analogia como um princípio geral de direito, o que, entre nós, só seria **contra legem** (V. Lei de Introdução ao Código Civil, art. 4º), há princípios gerais de nossa ciência que se não identificariam com a **analogia juris**.

⁴⁷ Citado por EDUARDO ESPÍNOLA, ob. cit., vol. I, p. 147.

⁴⁸ Cf., ao propósito, ALÍPIO SILVEIRA, ob. cit., vol. I, ps. 382 e 383.

⁴⁹ Ob. cit., p. 86.

