

## Ensaio sobre Hermenêutica Jurídica

### Essay on Legal Hermeneutics

Yumara Lúcia Vasconcelos<sup>a\*</sup>; Kleyvson José de Miranda<sup>b</sup>; Brenda Vieira Belo<sup>c</sup>

<sup>a</sup>Universidade Federal Rural de Pernambuco, PE, Brasil

<sup>b</sup>Universidade Católica de Pernambuco, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito, PE, Brasil

<sup>c</sup>Faculdade Integrada do Recife, PE, Brasil

\*E-mail: yumaravasconcelos@uol.com.br

#### Resumo

Este trabalho objetivou apresentar os recursos e técnicas de interpretação utilizadas na aplicação do Direito, com vistas à solução de hiatos e lacunas. Nesse intento, contemplou-se o olhar e perspectiva de diferentes autores. A pesquisa enquadrou-se como qualitativa, eminentemente bibliográfica. O recorte justificou-se pela constatação de que a norma nem sempre dá conta da realidade social, revelando lacunas. Assumiu-se a orientação de que é a interpretação que transforma e humaniza a prática do Direito, convertendo sua aplicação em uma realidade eficiente (nos âmbitos do interesse coletivo e individual). A revisão empreendida e o inventário de técnicas interpretativas confluíram para o entendimento de que as lacunas e os hiatos entre realidade fática e norma são vitais ao ordenamento jurídico, especialmente sob o ponto de vista de sua modernização. A interpretação e métodos de integração ampliam o campo de discricionariedade do magistrado, inserindo o componente de valoração pessoal e circunstancial, o que qualifica suas decisões.

**Palavras-chave:** Hermenêutica. Lacunas. Norma. Interpretação. Integração.

#### Abstract

*This study aimed to discuss about the tools and interpretation techniques used in applying the law, with a view to solving gaps. In this context, the look and perspective of different authors was investigated. The research is framed as a qualitative eminently literature, and the study was justified by the fact that the norm is not always aware of social reality, revealing gaps. It was assumed that the orientation is the interpretation that transforms and humanizes the practice of law by converting its application in an effective reality (concerning collective and individual interest). The review and the inventory of interpretative techniques converged to understanding that the gaps between objective reality and norm are vital to the legal system, especially from the point of view of its modernization. The interpretation and integration methods extend the field of discretion of the magistrate, by inserting the component of personal and circumstantial valuation, which qualifies magistrate decisions.*

**Keywords:** Hermeneutics. Gaps. Norm. Interpretation. Integration.

#### 1 Introdução

O conceito de hermenêutica guarda relação direta com o ‘sentido’, ‘significado’ atribuído à norma. As normas, quando elaboradas, alcançam o maior número possível de situações, todavia, sua abordagem será sempre genérica (ampla). Essa característica das normas demanda dos profissionais do Direito, especialmente dos magistrados, análise acurada das situações jurídicas apresentadas, relacionando o caso concreto à previsão legal. Essa conexão se viabiliza pela interpretação, da letra da norma e seu entorno (ambiência social).

A hermenêutica jurídica, objeto deste trabalho, sistematiza o conjunto de processos aplicáveis à interpretação da norma na análise de um caso concreto.

Entre o fato jurídico e a norma existe um universo subjetivo complexo, influenciado por aspectos culturais, costumes, crenças e valores (contexto de aplicação da norma). A apreensão desse universo subjetivo na elaboração da interpretação, e posterior decisão, humaniza a prática jurídica.

Esse esforço de contextualização, realizada pelos operadores do Direito, representa um *start* à revisão do próprio teor da norma no que tange à sua viabilidade aplicativa, conferindo sentido pragmático à norma.

Desta leitura, depreende-se que a conexão entre a realidade fática, sua correspondente realidade social e a norma, promovida pela interpretação, constitui fator determinante de sua eficácia (ALVARENGA, 2009; DINIZ, 2009).

A hermenêutica não se restringe à letra da norma porque esta nem sempre apresenta uma repercussão efetiva nas relações sociais (FRANÇA, 1988).

Apesar da ligação entre as expressões, ‘hermenêutica’ e ‘interpretação’, estas não se confundem, pois enquanto a primeira compreende o conjunto sistematizado de métodos, técnicas e procedimentos usados na interpretação, a segunda alcança o sentido ou significado propriamente dito do Direito (DINIZ, 2009; FALCÃO, 1997; FRANÇA, 1988; GERA, 2007; MACHADO 2012; MAXIMILIANO, 2004; SECCO, 2005).

A expressão hermenêutica tem origem grega, *hermeneúein*, que significa interpretar. O termo deriva de Hermes, Deus mitológico responsável pela interpretação da ordem divina (HERKENHOFF, 2004).

A interpretação jurídica, com o instrumental advindo da hermenêutica, visa à apreensão do real sentido da norma. “[...] buscar o ser que me fala e o mundo a partir do qual ele me fala; descobrir atrás da linguagem o sentido radical, ou seja, o discurso” (HERKENHOFF, 2004, p.6).

A interpretação é o objeto da hermenêutica, que instrumentaliza os operadores do Direito com princípios e regras que orientam à interpretação.

Este trabalho, oriundo de uma pesquisa qualitativa, eminentemente bibliográfica, objetivou apresentar os recursos e técnicas de interpretação utilizadas na aplicação do Direito. Nesse intento, contemplou apenas o olhar e perspectiva de diferentes autores, visitando decisões emblemáticas. O recorte justifica-se pela constatação de que a norma nem sempre dá conta da realidade social, revelando lacunas.

Compartilha-se o entendimento de que é a interpretação que transforma a prática do Direito em realidade eficiente (nos âmbitos do interesse coletivo e individual) por meio da compatibilização do conteúdo normativo à realidade posta (MAXIMILIANO, 2004).

O construto apresentado neste ensaio não se baseia na localização histórica das abordagens no tempo; dito de outra forma, não se presta a acompanhar ou descrever a evolução do tema-objeto desta pesquisa.

Independente do *modus* de aplicação do Direito e de seu lugar no tempo, a interpretação constitui recurso essencial à compreensão da norma no contexto em que ela se aplica, ainda que se apresente em um formato cogente ou imperativo de comunicação.

## 2 Desenvolvimento

### 2.1 Interpretação e suas técnicas

Interpretar uma norma significa identificar o seu real significado, alcançando a essência da letra. Assim, integra o cotidiano dos operadores do Direito na solução de conflitos, especialmente dos magistrados.

Em sentido pragmático, a função do magistrado, na elaboração de seu juízo de valor, é apreender o sentido da norma para a avaliação de um caso concreto. Para Gera (2007, p.26)

A interpretação é momento de contato direto do intérprete com a norma jurídica, ocorre quando o operador do direito procura encontrar, por meio de técnicas específicas, qual o real conteúdo e significado da norma jurídica. Por outro lado, a hermenêutica jurídica é a ciência formada pelo conjunto sistêmico de técnicas e métodos interpretativos.

A interpretação vivifica a norma, conferindo aplicabilidade no contexto das relações sociais que a originou. Nesse intento, estende o significado da norma, abrigando, muitas vezes, novas relações, ensejando correspondência às demandas atuais.

A preocupação do homem com a interpretação das normas e sua incompletude remete ao Direito romano, cujo teor reconhecia a existência de hiatos entre a realidade fática e norma, além de lacunas. *Quam vist sit manifestissimum edictum proetoris, attamen no nest neglienda interpretatio ejus*, cuja tradução literal aponta para a importância da interpretação independente da clareza do texto legal (OLIVEIRA, 2006).

A aplicação do Direito e a interpretação são componentes indissociáveis, independente do nível de transparência da norma, uma vez que

[...] as leis são impotentes para regular todas as situações da vida que exigem disciplina jurídica. Surgirão sempre hipóteses, que podem até ser muito numerosas, que não são previstas nem objeto de qualquer específica determinação (ASCENÇÃO, 2005, p.363).

Quanto às fontes, a interpretação classifica-se em interpretação autêntica, jurisprudencial e doutrinária. A interpretação autêntica é aquela realizada no âmbito legislativo. A interpretação é autêntica, também chamada interpretação legislativa, quando uma lei interpreta outra lei de sentido obscuro, duvidoso ou até mesmo controvertido (SECCO, 2009).

A norma que promove a interpretação da outra, em termos práticos, a revoga porque remete o aplicador e intérprete da norma aos seus efeitos (GUSMÃO, 2000; SECCO, 2009).

A interpretação jurisprudencial é aquela realizada pelos magistrados no curso dos julgamentos, quando da decisão de conflitos. Destaca-se dentre as demais porque revela a inclinação dos tribunais no tratamento de determinadas matérias.

As sentenças dos nossos juízes, os Acórdãos dos nossos Tribunais, as Súmulas dos Tribunais Superiores com as suas jurisprudências predominantes e firmes são amostras marcantes dessa espécie de interpretação porquanto retratam com fidelidade a maneira pela qual os magistrados concebem o real sentido da norma jurídica quando da sua aplicação ao caso concreto (SECCO, 2009, p.274).

A interpretação doutrinária é realizada por acadêmicos, pesquisadores e juristas reconhecidos pelo seu notório saber, não apresentando repercussão operativa obrigatória (ASCENÇÃO, 2005).

A doutrina impregna as petições e decisões de fundamento técnico.

Quanto aos meios ou técnicas interpretativas, estas se classificam em: gramatical ou literal, lógica, sistemática, histórica e teleológica ou sociológica.

A interpretação gramatical enseja uma compreensão literal do texto (direta e objetiva).

A interpretação lógica promove um exame do fato e da norma, à luz do bom senso, como o próprio nome sugere, de uma lógica norteadora.

A interpretação sistemática analisa o fato e a norma de modo metodologicamente organizado, em conformidade com o conjunto de normas aplicáveis.

A interpretação histórica examina os fatos e a norma dentro de um intervalo temporal, visando identificar necessidades, influências, motivos e fatores antecedentes aos mesmos. Assim, situa o fato na história.

A interpretação teleológica ou sociológica agrega, à análise da norma, uma conexão com sua finalidade e objetivos sociais pretendidos pelo legislador, com vistas a estabelecer uma relação casuística.

Com base nos resultados ou efeitos da interpretação, estas podem ser categorizadas em declarativas, extensivas e restritivas.

A interpretação declarativa ou coincidente será aplicada quando a redação de norma não acomoda subjetividades (SECCO, 2009).

A interpretação extensiva será aplicada quando a redação de norma (sua expressão literal) aparentemente comunica menos daquilo que deveria alcançar (incompletude intrínseca). O caso objeto de exame é previsto na norma, todavia o texto da lei padece de insuficiência verbal.

Analise-se o Art. 5º. da Constituição Federal “[...] a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial (BRASIL, 1988).

O legislador utilizou o vocábulo ‘casa’, em lugar de ‘domicílio’ (residencial ou profissional) ou ainda, ‘local de propriedade privada’. Não obstante essa seja a letra da Lei, sua aplicação estende o significado sugerido.

As opções terminológicas citadas assegurariam uma ampla aceção e enquadramento mais preciso.

Art. 150 - Entrar ou permanecer, clandestina ou astuciosamente, ou contra a vontade expressa ou tácita de quem de direito, em casa alheia ou em suas dependências:

§ 4º - A expressão ‘casa’ compreende:

III - compartimento não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade (BRASIL, 1940).

Nessa modalidade de interpretação, o que se dá é uma ampliação de sentidos, fazendo coincidir o espírito da norma e a *práxis* jurídica.

A interpretação extensiva decorre da insuficiência dos dispositivos normativos. As normas brasileiras são fecundas em exemplos de situações onde a interpretação extensiva se aplica.

Observa-se divergência entre a definição de vida (oriunda do senso comum) daquela expressa no Direito.

Na verdade, o texto da norma não define o momento de início da vida.

À luz de posições doutrinárias e jurisprudenciais, a vida principia precisamente no momento da fecundação e não após o nascimento, como usualmente se admite. Para Ribas (2008) embora existissem correntes em nossa Assembleia Constituinte no sentido de que o direito à vida deveria ser assegurado desde a concepção ou desde o nascimento, o legislador constituinte simplesmente o garantiu sem traçar qualquer outra referência,

delegando a demonstração do exato momento do surgimento da vida humana à doutrina e à jurisprudência, com a utilização dos conhecimentos científicos obtidos com os diversos ramos da ciência.

Como consequência, o embrião passou a ser objeto de tutela penal. Por esta razão, o aborto constitui crime contra a vida, contrariando o art. 5º. da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

Esse é um exemplo clássico de interpretação extensiva, onde a norma teve seu alcance semântico expandido.

A utilização desta técnica de decisão, entretanto, se esbarra em restrições de ordem práticas, como sugere o caso descrito

A 5ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho determinou que o juiz não pode dar interpretação extensiva da Lei 9.029/1995, que trata das práticas arbitrárias por padrões nas relações de trabalho. Com isso, reformou decisão do Tribunal Regional do Trabalho da Bahia que condenava a Academia Baiana de Ensino, Pesquisa e Extensão (Abep) por entender que a demissão de um de seus professores foi ato discriminatório.

O professor foi à Justiça do Trabalho por considerar sua demissão arbitrária. Ele contou que formou uma comissão de professores para discutir projetos pedagógicos por estar insatisfeito com a compra da faculdade onde lecionava pela Abep. Ele afirmou que, depois do negócio, o nível de ensino caiu e o projeto pedagógico passou a ser ruim para os alunos e para os professores. Foi demitido e processou a escola.

O juízo de primeiro grau negou o pedido de indenização do professor. Entendeu que o artigo 4º da Lei 9.029/1995, que prevê o pagamento em dobro dos salários pelo período de afastamento, não poderia ser aplicada ao caso. Isso porque, por mais que a demissão tenha vindo apenas por causa da participação do professor numa comissão, seu caso não se enquadra na lei.

O professor recorreu ao TRT, que lhe deu ganho de causa. Disse que, por mais que os fatos não possam ser “perfeitamente enquadrados” na lei, a indenização é devida. “O exercício do direito potestativo do empregador de despedir seus empregados não pode ser abusivamente exercido, de forma a violar o princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1º, inciso III, da Constituição”, afirmou o acórdão. Condenou, assim, a Abep ao pagamento de R\$ 30 mil por danos morais e pelo ato discriminatório.

Mas a decisão foi reformada pelo TST. O relator, ministro Emmanoel Pereira, manteve a condenação por danos morais, mas afirmou que a interpretação do artigo 4º da Lei 9.029/1995 não pode ser extensiva, mas exaustiva. A lei, disse o ministro, fala em discriminação por motivo de sexo, origem, raça, cor, estados civis, situação familiar ou idade, o que não aconteceu com o professor. “O julgador não pode aplicar interpretação extensiva, conforme fez o Tribunal de origem”, disse o relator. A decisão da 5ª Turma do TST foi unânime. Com informações da assessoria de imprensa do TST (REVISTA CONSULTOR JURÍDICO, 2013).

Interpretar é situar a norma no contexto social, atribuindo-lhe significado conceitual e operativo, mas sem perder suas referências de origem. No exemplo em tela, essa referência foi a enumeração prevista em Lei.

A interpretação restritiva corresponde ao inverso, sendo aplicada quando a redação de norma comunica além do seu real alcance (incompletude intrínseca).

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) considerou que não houve ilícito penal na conduta da professora do ensino fundamental que se recusou a receber uma aluna com deficiência auditiva

em sua classe. O episódio ocorreu na Escola Municipal Josafá Machado, no Rio Grande do Norte, no ano letivo de 2004. A aluna foi impedida de frequentar a classe sob a alegação de que já havia outra criança com necessidades especiais na turma e houve a recomendação de que os pais buscassem outra turma junto à mesma escola. Segundo a professora, não seria possível conduzir os trabalhos de forma regular com a presença da segunda criança com necessidades especiais na turma.

A professora ingressou com habeas corpus no STJ contra decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte (TJRN), que entendeu haver discriminação e violação a direitos fundamentais previstos constitucionalmente, devendo-se aplicar ao caso o artigo 8º, inciso I, da Lei 7.853/89. Segundo esse artigo, é crime a conduta de “recusar, suspender, procrastinar, cancelar ou fazer cessar, sem justa causa, a inscrição de aluno em estabelecimento de ensino de qualquer curso ou grau, público ou privado, por motivos derivados da deficiência que porta”. A pena prevista é de um a quatro anos de reclusão.

A defesa da professora alegou que não houve crime, segundo a legislação penal, porque não houve recusa em receber a criança pelo motivo da deficiência. Houve a recusa de receber a aluna em determinada classe por razões ligadas à condução dos trabalhos.

O TJRN considerou que a norma deveria ser entendida não de forma literal, mas de forma a justificar o objetivo do legislador, que foi o de proteger o portador de necessidades especiais. O parágrafo 1º do artigo 1º da Lei 7.853 determina que os julgadores devem considerar na aplicação e na interpretação dessa lei os valores básicos da igualdade de tratamento e oportunidade, da justiça social, do respeito à dignidade da pessoa humana, do bem-estar, e outros, indicados na Constituição ou justificados pelos princípios gerais de Direito.

Segundo a relatora, ministra Maria Thereza de Assis Moura, a norma de interpretação prevista pela Lei 7.843 não pode se sobrepor aos princípios de Direito Penal, devendo, portanto, amoldar-se a eles. De fato, na seara criminal, em virtude de se tratar de normas que podem levar à restrição da liberdade, sua interpretação não pode se dar de forma indiscriminada, sob pena de, por vezes, tudo ser crime, ou mesmo de nada ser crime, disse ela.

Assim, deve-se lidar com normas expressamente delineadas, ou com possibilidade restrita de interpretação, segundo o crivo do próprio legislador, que expressamente permite, em alguns casos, a utilização de interpretação analógica, fixando preceito casuístico seguido de norma genérica, prosseguiu.

A Sexta Turma considerou que não houve prejuízo quanto à inscrição da aluna da escola, nem ficou demonstrado nos autos que a professora tenha atuado no sentido de promover discriminação. Com esse entendimento, a Turma restabeleceu a decisão de primeiro grau, que havia rejeitado a denúncia (STJ, 2011).

A Lei 7.853/89 (artigo 8º, inciso I) apresenta a matéria supracitada, disciplinando-a de forma ampla, sem fazer menção a detalhes de enquadramento, o que remete a aplicação da interpretação restritiva.

Ressalte-se, entretanto que, a interpretação restritiva não diminui o campo de aplicação da norma, atribuindo-lhe tão-somente os limites de aplicação na correlação a um caso concreto. Essas fronteiras advêm das necessidades de enquadramento, aportando elementos da lógica doutrinária e consuetudinária, ensejando um juízo de valor mais justo (DINIZ, 2009).

Enquanto a interpretação extensiva amplia sentidos, a restritiva o delimita para aplicação a uma realidade particular – delimitação fática (não detalhada na norma original).

## 2.2 Lacunas do Direito

A norma prescreve condutas em âmbito geral, todavia a realidade é peculiar, rica em significados e minúcias. Então, por mais que se observe o esforço do legislador em abranger o maior número possível de hipóteses jurídicas, as lacunas serão inevitáveis. Esses vazios verificados do Direito decorrem do fato de que o mesmo não precede as relações sociais, embora nem sempre corresponda exitosamente às suas demandas (DINIZ, 2009; NADER, 2011; OLIVEIRA, 2006).

O grau de abstração das normas induz ao afastamento relativo da realidade e, em alguns casos, ineficácia operativa. Esse desalinhamento é provocado pela indeterminação semântica, imprecisão, vaguidade e até mesmo ambiguidade.

As normas, todavia, não permanecem inertes à dinâmica social, movimentando-se em harmonia com os ditames do caso concreto (DINIZ, 2009).

Significa que as lacunas tendem a ser superadas. A incompletude em relação à determinada situação permanece até o momento em que não se busca a solução, por meio dos critérios interpretativos postos à disposição do intérprete. Os ordenamentos tendem a estabilidade em razão dessa iniciativa de elucidação, realizada pelo hermeneuta.

Na interpretação em sentido lato, o operador busca a regra aplicável ao caso no ordenamento jurídico, visitando diferentes fontes. Na ausência de fontes, configurada, portanto, a presença de lacunas, recorrerá aos métodos de integração para alcançar uma conclusão.

Pressupõe-se que o jurista conhece as fontes vigentes e procura, por processos admitidos pelo ordenamento jurídico, a maneira de resolver a situação lacunosa. Fala-se em integração, pois se visa ‘integrar’ o complexo normativo (ASCENSÃO, 2005, p.366).

As lacunas podem decorrer de deficiências de previsão, de iniciativas intencionais para postergar a regulação sobre determinada matéria (pelo fato de estar ainda em evolução, apresentando abordagem incipiente) e do surgimento de situações novas. Torna-se arriscado legislar sobre matérias ainda fluidas. Fazê-lo pode tornar a norma inoperante e, portanto, ineficaz (ASCENSÃO, 2005).

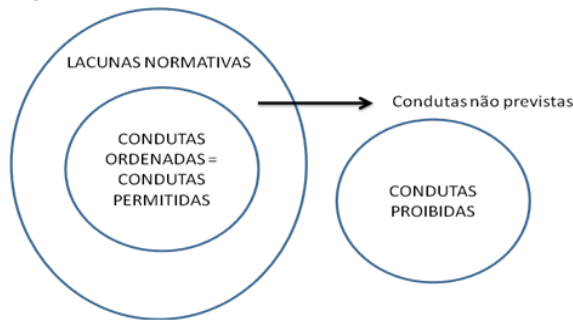
A necessidade de integração nasce quando se verifica que a regra não está expressa, ainda que implicitamente, nas fontes do Direito.

Observe que não é incomum encontrar nos textos jurídicos a restrição da existência dessas lacunas exclusivamente no campo das leis, quando na verdade alcança o universo das fontes.

O Direito regula disciplinarmente as relações sociais visando a harmonia social, segurança, justiça e o bem-estar do indivíduo, mas algumas vezes se mostra inócuo ou inerte à realidade configurada, colocando em crise seus institutos.

As lacunas têm origem na própria diferença entre norma e Direito. A norma é apenas parte do Direito. Compreende condutas permitidas ou proibidas, mas silenciam em relação a uma série de outras (Figura 1).



**Figura 1:** Lacunas do direito

Fonte: Os autores.

Esses espaços representam uma oportunidade de imprimir uma leitura renovada sobre a *práxis* jurídica, à luz da percepção do sujeito (perspectiva da valoração pessoal).

O Direito deve ser visto em sua dinâmica como uma realidade que está em perpétuo movimento, acompanhando as relações humanas, modificando-se, adaptando-se às novas exigências e necessidades da vida (DINIZ, 2002).

A lacuna não é necessariamente uma imperfeição da totalidade jurídica, posto que é nela que os operadores do Direito aproximam a norma, daquele paradigma de justiça institucionalizado no seio social nas práticas cotidianas. À vista do exposto, talvez fosse mais apropriado denominá-la de campo da discricionariedade do Direito.

Exigir perfeição ou exatidão da ciência jurídica é estabelecer limites culturais à mesma, por meio de contornos sociais objetivos.

O sistema jurídico é dinâmico, multifário e progressivo por natureza, inovando sob a égide das transformações sociais.

A adequação social ou eficácia do Direito, na consecução do objetivo de garantir a ordem e harmonia social, muitas vezes, reside na existência dessas lacunas. Significa afirmar que a incompletude, no que se refere à ausência de solução ou lastro normativo (base legal), enriquece, atualiza, contextualiza o exercício do Direito, incitando à colmatação desses espaços.

Diniz (2002, p.70), corroborando desse ponto de vista

Entende ser impróprio falar-se em lacunas, quando o legislador, utilizando conceitos normativos indeterminados, cláusulas gerais e discricionárias, reconhecendo a linha fronteira entre a aplicação do direito *secundum legem* e o preenchimento das lacunas *praeter legem*.

As lacunas, sob a égide dessa perspectiva, representam uma alternativa de o magistrado agregar valor à interpretação por meio de argumentos analógicos, doutrinários, advindos dos costumes (aprendizado social) ou mesmo da atribuição subjetiva de valor.

O próprio ordenamento, implicitamente, reconhece a existência da incompletude da regra positivada, ou seja, quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

A lacuna, por sua vez, não constitui motivo legítimo para

omissão do julgador, pois o juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei, cabe-lhe aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito (GOMES; FREITAS, 2010).

Somente após o esgotamento das possibilidades legais de fundamento é que se deve recorrer aos métodos de integração. O ordenamento brasileiro, nesse sentido, comunica uma ideologia liberal, não negando a importância da subjetividade da realidade social e do Direito consuetudinário.

Admitir a plenitude da regra positivada (norma) é considerar que esta responde eficazmente a todos os conflitos jurídicos existentes, com potencial de responder, inclusive, àqueles propensos a ocorrer. Mais que isso, seria denegar as propriedades da norma relativas à generalidade, abstratividade e hipoteticidade.

As relações sociais estão em constante movimento em face da própria evolução do homem. Esse processo evolutivo alimenta a vida cotidiana de fatos e conflitos novos, impelindo os legisladores à produção de leis inéditas; os juízes, à busca e aporte de novos fundamentos para formulação de decisões e os advogados, à elaboração de novas teses jurídicas.

As lacunas são forças motrizes necessárias à renovação do próprio Direito.

### 2.2.1 Espécies de lacunas

Do ponto de vista estático, as lacunas podem ser categorizadas em: autênticas e não autênticas.

As lacunas autênticas, como o próprio nome sugere, são aquelas cuja análise da norma não oferece base à decisão acerca de um caso concreto. Existem dentro do sistema jurídico (GOMES; FREITAS, 2010).

As lacunas não autênticas são aquelas cuja análise da norma oferece suporte à decisão do caso (existência de previsão legal), todavia, a solução é ineficaz, socialmente inadequada, insatisfatória ou mesmo inviável do ponto de vista da aplicação da lei (concretude). Decorrem da comparação do corpo normativo vigente com um padrão subjetivo (abstrato, ideal).

Em razão das características, as lacunas autênticas são denominadas de lacunas jurídicas ou próprias, e as inautênticas, de lacunas jurídico-políticas ou impróprias.

As lacunas inautênticas (de *lege ferenda*) estão atreladas a um Direito que oferece resposta ao problema; as inautênticas (*lege lata*) têm nascedouro na omissão do Direito vigente.

As lacunas de *lege ferenda* podem motivar o legislador à elaboração de novas leis, mas não servem adequadamente ao magistrado para fins de colmatação da referida lacuna.

As escolhas decisórias do magistrado promanam do fundamento técnico-doutrinário (fontes do Direito) e não a partir das expectativas dos sujeitos. Somente a *lege lata* enseja o preenchimento da lacuna no âmbito do processo judicial.

Bobbio (1995) estabelece a mesma classificação (utilizando o mesmo critério), todavia, atribuindo

denominações diferentes:

- Lacunas *jure condendo* (Direito a ser estabelecido), denominadas pelo autor de lacunas ideológicas;
- Lacunas *jure condito* ou lacunas reais (Direito já estabelecido); e
- As lacunas reais originam-se do anquilosamento do Direito, sentido na análise do caso concreto.

As lacunas podem, igualmente, ser classificadas em intencionais e não intencionais. Aquelas intencionais existem veladamente por iniciativa ou deliberação do legislador, em face da complexidade da matéria.

As lacunas voluntárias ou intencionais são as que o legislador, propositadamente, deixa em aberto, porque a matéria, por ser assaz complexa, exigiria normas excessivamente minuciosas ou porque, por não se sentir em condições adequadas, entende ser mais propício confiar ao juiz a missão de encontrar a norma mais específica (DINIZ, 2002, p. 86).

Aquelas não intencionais ou involuntárias decorrem da desatenção no dimensionamento do problema ou demanda social que motivou à elaboração da norma. Segundo Diniz (2002, p.87) nasce quando

[...] o elaborador da norma não observou o direito cabalmente (lacuna de previsão), seja porque a matéria não existiu na época (lacuna desculpável), seja porque não examinou o caso corretamente (lacuna indesculpável).

A doutrina é fecunda em classificações.

### 2.2.2 Métodos de integração

O magistrado, diante da realidade fática, é complexo e dinâmico, se deparando frequentemente com situações não previstas no ordenamento, o que o obriga a recorrer a instrumentos que objetivem a supressão e colmatação das lacunas observadas (ANTUNES, 2011).

Para preencher ou completar as lacunas observadas, lança-se mão de dois métodos: heterointegração e autointegração.

O método de heterointegração se apropria de elementos fora do ordenamento jurídico (Direito comparado, por exemplo), daqueles oriundos da doutrina especializada ou do próprio costume (fonte subsidiária da norma). Já o de autointegração aporta recursos dentro do âmbito do próprio ordenamento. A analogia constitui exemplo clássico de método de auto integração (BOBBIO, 1995; GARCIA, 2013).

A analogia, os costumes e os princípios do Direito são formas ou técnicas de integração, previstas em diferentes ramos. Os dois últimos constituem fontes naturais do Direito.

Art. 8º - As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.

Parágrafo único - O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste. (CLT - Decreto Lei nº 5.452 de 01 de Maio de 1943) [...]

Art. 108. Na ausência de disposição expressa, a autoridade competente para aplicar a legislação tributária utilizará sucessivamente, na ordem indicada:

I - a analogia;

II - os princípios gerais de direito tributário;

III - os princípios gerais de direito público;

IV - a equidade.

§ 1º O emprego da analogia não poderá resultar na exigência de tributo não previsto em lei.

§ 2º O emprego da equidade não poderá resultar na dispensa do pagamento de tributo devido (BRASIL, 1966).

A integração é um processo cuja função primordial é o preenchimento de lacunas normativas, por meio de uma lógica casuística contextualizada, aporte de fundamento doutrinário ou mesmo consuetudinário e argumentos oriundo de qualquer outra fonte do Direito.

Nader (2011) ressalta que as lacunas não decorrem necessariamente de atraso científico ou incompetência do legislador, mas sim do surgimento natural de situações que escapam aos parâmetros legais antes estabelecidos.

A evolução social produz esses espaços vazios no sistema jurídico. Assim, esse desalinhamento entre Direito e demandas sociais é inerente ao sistema *Civil Law*.

Nader (2011, p.194-195) complementa

Normalmente essas lacunas surgem em razão do desencontro cronológico entre o avanço social e a correspondente criação de novas regras disciplinadoras. O intervalo de tempo que permanece entre os dois momentos gera espaços vazios na lei. Outras vezes, aparecem em virtude do excesso de abstratividade da norma jurídica que, pretendendo alcançar elevado número de casos, deixa de contemplar diversas situações que, não se acomodando nos esquemas legais, passam a reclamar autonomia e tratamento próprio.

A analogia corresponde a um recurso técnico que consiste na aplicação de norma similar a um caso não previsto pelo legislador. O método não se confunde com fonte de Direito porque não contempla a produção normativa. Apenas instrumentaliza o intérprete à apreensão e aplicação do sentido da norma.

### 2.3 Analogia (analogia *juris*)

A analogia é o método pelo qual o aplicador do Direito, intérprete da norma, explora o ordenamento jurídico vigente visando localizar uma ou mais disposições legais aplicáveis a uma situação similar (análoga). Então, a norma é aplicada a uma hipótese não prevista por oferecer resposta a uma situação semelhante.

O magistrado transporta uma descrição legal para a avaliação de um caso concreto. (DINIZ, 2009; VENOSA, 2009)

Garcia (2013, p.172) relaciona os requisitos necessários ao uso desse método de integração:

-o fato em questão, a ser decidido, não é regulado de forma específica e expressa pela lei;

-a lei regula hipótese análoga, similar;

-semelhança essencial entre a situação não prevista e aquela prevista na lei, ou seja, deve existir entre os dois casos “semelhança relevante”, tendo em comum a mesma razão jurídica.

A aplicação do método reclama critério e respeito a uma lógica norteadora (*ubi eadem ratio legis ibi eadem dispositio*). Significa que o elo entre a situação hipotética e o caso concreto semelhante deve estar inequivocamente identificado na decisão do magistrado ou na tese elaborada.

Dois casos podem apresentar semelhanças irrelevantes, mas encerrar uma diferença material que altere completamente a configuração jurídica da hipótese (GARCIA, 2013).

Um exemplo de aplicação do método se deu em Cuiabá, onde o juiz reconheceu os pedidos do autor da ação, tendo em vista que o mesmo alegou sofrer agressões físicas, psicológicas e financeiras por parte da sua ex-mulher. Nesse intento, o magistrado respaldou-se na Lei 11.340/06, nominada de Lei Maria da Penha

O elo que uniu a hipótese prevista no referido diploma ao caso concreto foi a caracterização da violência doméstica e familiar, conforme fundamento exposto na decisão.

#### Decisão Interlocutória

Decisão interlocutória própria padronizável proferida fora de audiência. Autos de 1074 /2008 Vistos, etc. Trata-se de pedido de medidas protetivas de urgência formulada por CELSO BORDEGATTO, contra MÁRCIA CRISTINA FERREIRA DIAS, em autos de crime de ameaça, onde o requerente figura como vítima e a requerida como autora do fato.

O pedido tem por fundamento fático, as várias agressões físicas, psicológicas e financeiras perpetradas pela autora dos fatos e sofridas pela vítima e, para tanto instrui o pedido com vários documentos como: registro de ocorrência, pedido de exame de corpo de delito, nota fiscal de conserto de veículo avariado pela vítima, e inúmeros e-mails difamatórios e intimidatórios enviados pela autora dos fatos à vítima. Por fundamento de direito requer a aplicação da Lei de nº 11.340, denominada “Lei Maria da Penha”, por analogia, já que inexistente lei similar a ser aplicada quando o homem é vítima de violência doméstica. Resumidamente, é o relatório.

DECIDO: A inovadora Lei 11.340 veio por uma necessidade premente e incontestável que consiste em trazer uma segurança à mulher vítima de violência doméstica e familiar, já que por séculos era subjugada pelo homem que, devido a sua maior compleição física e cultura machista, compelia a “fêmea” a seus caprichos, à sua vilania e tirania.

Houve por bem a lei, atendendo a súplica mundial, consignada em tratados internacionais e firmados pelo Brasil, trazer um pouco de igualdade e proteção à mulher, sob o manto da Justiça. Esta lei que já mostrou o seu valor e sua eficácia, trouxeram inovações que visam assegurar a proteção da mulher, criando normas impeditivas aos agressores de manterem a vítima sob seu jugo enquanto a morosa justiça não prolatasse a decisão final, confirmada pelo seu trânsito em julgado. Entre elas a proteção à vida, a incolumidade física, ao patrimônio, etc.

Embora em número consideravelmente menor, existem casos em que o homem é quem vem a ser vítima da mulher tomada por sentimentos de posse e de fúria que levam a todos os tipos de violência, diga-se: física, psicológica, moral e financeira. No entanto, como bem destacado pelo douto causídico, para estes casos não existe previsão legal de prevenção à violência, pelo que requer a aplicação da lei em comento por analogia. Tal aplicação é possível?

A resposta me parece positiva. Vejamos: É certo que não podemos aplicar a lei penal por analogia quando se trata de norma incriminadora, porquanto fere o princípio da reserva legal, firmemente encabeçando os artigos de nosso Código Penal: “Art. 1º. Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.”

Se não podemos aplicar a analogia in malam partem, não quer dizer que não podemos aplicá-la in bonam partem, ou seja, em favor do réu quando não se trata de norma incriminadora, como prega a boa doutrina: “Entre nós, são favoráveis ao emprego da analogia in bonam partem: José Frederico Marques, Magalhães Noronha, Aníbal Bruno, Basileu Garcia, Costa e Silva, Oscar Stevenson e Narcélio de Queiróz” (DAMÁSIO DE JESUS -Direito Penal - Parte Geral -10ª Ed. pag. 48) Ora, se podemos aplicar a analogia para favorecer o réu, é óbvio que tal aplicação é perfeitamente válida quando o favorecido é a própria vítima de um crime. Por algumas vezes me deparei com casos em que o homem era vítima do descontrole emocional de uma mulher que não media esforços em praticar todo o tipo de agressão possível contra o homem. Já fui obrigado a decretar a custódia preventiva de mulheres “à beira de um ataque de nervos”, que chegaram a tentar contra a vida de seu ex-consorte, por pura e simplesmente não concordar com o fim de um relacionamento amoroso.

Não é vergonha nenhuma o homem se socorrer ao Poder Judiciário para fazer cessar as agressões da qual vem sendo vítima. Também não é ato de covardia. É sim, ato de sensatez, já que não procura o homem/vítima se utilizar de atos também violentos como demonstração de força ou de vingança. E compete à Justiça fazer o seu papel de envidar todos os esforços em busca de uma solução de conflitos, em busca de uma paz social.

No presente caso, há elementos probantes mais do que suficientes para demonstrar a necessidade de se deferir a medidas protetivas de urgência requeridas, pelo que defiro o pedido e determino à autora do fato o seguinte: 1) que se abstenha de se aproximar da vítima, a uma distância inferior a 500 metros, incluindo sua moradia e local de trabalho; 2) que se abstenha de manter qualquer contato com a vítima, seja por telefonema, e-mail, ou qualquer outro meio direto ou indireto. Expeça-se o competente mandado e consigne-se no mesmo a advertência de que o descumprimento desta decisão poderá importar em crime de desobediência e até em prisão. I.C. (DIREITO PÚBLICO, 2008)

O método, por sua vez, não alcança a norma penal incriminadora (*in malam partem*), em razão do princípio da legalidade. A analogia, entretanto, poderá ser utilizada para beneficiar o réu (*in bonam partem*) – analogia benéfica.

Nesta decisão, o magistrado utilizou a norma sob o argumento de que a norma favorece a vítima do crime, invocando fundamento doutrinário.

No Direito tributário, não se admite o método de analogia que repercute na exigência de tributo não previsto em lei, como preceitua o art. 108 § 1º do Código Tributário Nacional.

Outro exemplo de aplicação do método de analogia resultou no reconhecimento do direito a licença maternidade de uma trabalhadora não genitora, por força da necessidade de amamentar o filho gerado por sua companheira (união homoafetiva).

#### Decisão Interlocutória

‘Pode toda regra jurídica ser considerada como uma proposição que subordina a certos elementos de fato uma consequência necessária; incumbe ao intérprete descobrir e aproximar da vida concreta, não só as condições implícitas no texto, como também a solução que este liga às mesmas’ [1]

‘A atividade do hermeneuta é uma só, na essência, embora desdobrada em uma infinidade de formas diferentes. Entretanto, não prevalece quanto a ela nenhum preceito absoluto: pratica o hermeneuta uma verdadeira arte, guiada, cientificamente, porém jamais substituída pela própria ciência. Esta elabora as regras, traça as diretrizes, condiciona o esforço, metodiza as lucubrações; porém, não dispensa o coeficiente pessoal, o valor subjetivo, não reduz a um autômato o investigador esclarecido’ [2]

Cuida-se de mandado de segurança impetrado por A.H.S. contra suposto ato praticado pela GERENCIA DE PESSOAS DO HOSPITAL DE BASE DE BRASÍLIA, objetivando, em sede de tutela de urgência, a concessão da licença maternidade pelo período de 180 (cento e oitenta) dias.

Historia a impetrante, em breve síntese, ser servidora do Distrito Federal e que seu cônjuge, G.B.R.M., deu a luz a F.S.B., em cuja filiação consta esta última e a impetrante.

Informa ter pleiteado, administrativamente, a licença maternidade, mas não lhe foi dado resposta. Requer, assim, a concessão da liminar para que lhe seja concedida a licença maternidade.

Relatei. Decido.

De início, reitero o que tive ensejo de afirmar, já por diversas vezes, a respeito da confusão que, lamentavelmente, ainda paira nos meios jurídicos a respeito dos institutos de mandado de segurança e antecipação de tutela, e, em tal contexto, entre “direito líquido e certo” e “verossimilhança”. Não são eles idênticos nem intercambiáveis. O mandamus, por sua natureza mandamental, só é viável para proteção de direito líquido e certo, cuja existência, eficácia e exigibilidade possam ser aferidos já de imediato, no próprio ato da impetração, uma vez que o instituto não comporta dilação probatória nem manejo para assegurar a aplicação de princípios jurídicos como a razoabilidade e a proporcionalidade.

Precisamente para isso é que o legislador previu a possibilidade de outro instrumental jurídico, que vem a ser a antecipação de tutela, que se dá no curso de procedimento processual ordinário, onde se torna possível a invocação e obtenção liminar do direito perseguido, bastando para tanto que se demonstre sua verossimilhança (o direito buscado não é certo nem líquido, mas é verossível), uma vez que nele existe a possibilidade de dilação probatória e comprovação do alegado, a posteriori. Numa tutela antecipada, pela flexibilidade e plasticidade do instituto, aí sim, são invocáveis princípios como os da analogia, razoabilidade e da proporcionalidade, não sendo exigíveis peremptoriamente a liquidez e a certeza que devem necessariamente existir para o êxito de mandamus.

Este é precisamente o caso dos presentes autos.

Não há aqui, como facilmente se pode depreender, qualquer direito “líquido e certo”, porquanto o direito material de que se cuida, a rigor, é endereçado a mulher gestante, v.g., a mulher em estado de gravidez, na dicção tanto do art. 7º, XVIII, CF, quanto da Lei Complementar nº 790/08/DF. Gravidez ou prenhez é a condição da mulher (homens, seres masculinos, ao menos por ora, não são susceptíveis de engravidamento) que carrega no ventre um óvulo fecundado, e este, confessadamente, não é o caso da impetrante. Embora não se contenda sobre sua condição de co-mãe, quem engravidou e deu à luz a F.S.B. não foi ela, mas sua consorte, G.B.R.M. Nem há que se falar em ato ilegal ou abusivo da autoridade impetrada, pois o direito em discussão (direito de mãe não gestante a licença-maternidade) não foi ainda objeto de previsão legal estrita e sequer restou pacificado ainda na jurisprudência. Trata-se de tema novo e sujeito a controvérsia. A Administração se sujeita à observância estrita do que esteja estampado em texto legal, e a lei não contempla a pretensão da impetrante; não há, pois, como verberar ou censurar o procedimento da autoridade impetrada. Muito embora o favor legal receba o nomen juris de “licença-maternidade”, a mera condição de mãe não autoriza sua concessão; exige-se a condição de gestante.

Outra seria a hipótese se a impetrante tivesse se valido de ação ordinária com pedido de antecipação de tutela. Em tese, sua pretensão poderia ser acolhida liminarmente, ante o fato de que esse seu alegado direito, conquanto não líquido nem certo, apresentaria entretanto certa verossimilhança, o que poderia ser comprovável em fase probatória, e a antecipação poderia então ser concedida, fundando-se, a discrição do julgador, no *fumus boni iuris* e no *periculum in mora*, sendo-lhe permitido valer-se inclusive de mecanismos de analogia e de integração - razoabilidade e proporcionalidade - para conduzir e dar solução à lide.

De todo modo, e para além disso, de melhor exame do processo, constato que ele apresenta uma outra faceta. É que, no bojo da lide, faz-se presente um outro interesse, que é abarcado e afetado pela controvérsia ora posta em juízo, que vem a ser o direito de F.S.B., recém-nascido, com menos de um mês de vida. Trata-se, consoante os registros e relatórios médicos que acompanham a inicial, de criança de baixo peso, com dificuldade de sucção ao seio materno, a necessitar de cuidados especiais. Informa-se também que sua mãe biológica, G.B.R.M., por ser profissional autônoma, está impedida de atender às necessidades de aleitamento e cuidados do neonato, motivo pelo qual a impetrante optou por efetuar tratamento hormonal com vistas a produzir leite materno, e que está presentemente fornecendo ao filho aleitamento mediante a técnica de translação (relatório de fl. 17). Ora, esta é uma realidade fática que não pode ser encarada ou enfrentada com visão meramente formal ou acadêmica. Explanando sobre o novo Código Civil, Miguel Reale ressaltou a importância dos princípios que essa codificação instituiu ou que atualizou, com vistas a tornar o direito efetivo, real, concreto e operante:

“O novo Código Civil reconheceu e instrumentalizou novos princípios, ou revitalizou alguns já existentes, tais como a boa-fé, a eticidade e a operabilidade. Por operabilidade, deve ser entendido que, a partir de seu reconhecimento e aplicação, o CC não mais deve estar cingido ao “academicismo puramente teórico”, e sim à vida prática, vez que as leis têm por escopo servir à pessoa humana, e nunca o contrário. Isso foi títanicamente debatido quando da elaboração do projeto do novo Código Civil, onde restaram proclamados novos princípios informadores do Direito, entre os quais a eticidade, sociabilidade e operabilidade. O princípio da operabilidade entende que é da essência do Direito a sua realizabilidade. Realizabilidade, acrescente-se, proveniente de realizar, que vem significar pôr em prática, tornar real, executar, efetuar. Ou seja, a norma deixa de ser um modelo esquemático ou tão-somente uma moldura para a realidade, passando a ser um modelo funcional, ou seja, com vistas a uma realizabilidade”.

Precisamente em atenção a esse propósito de eliminar ou minimizar essas perplexidades é que os responsáveis pelo novo Código Civil optaram por edificar o chamado princípio da operabilidade. Na eventual indeterminação exegética, ou impossibilidade de se poder, com absoluta segurança, precisar-se o princípio ou regra aplicável a um caso concreto, há que se preferir, em caráter de decisão, aquele que permita melhor e mais justa composição da controvérsia. O tema, por sinal, havia sido objeto de discussão já na elaboração do novo CC, e teve aliás, como epicentro, a questão sobre prescrição e decadência. O princípio da operabilidade, nesse particular, deve se sobrepor à necessidade de separar ou estremar com rigor absoluto prescrição e decadência, como adverte Miguel Reale, o revisor do projeto do novo CC:

“O terceiro princípio que norteou a feitura deste nosso Projeto - e vamos nos limitar a apenas três, não por um vício de amar o trino, mas porque não há tempo para tratar de outros, que estão de certa maneira implícitos nos que estou analisando - o terceiro princípio é o “princípio da operabilidade”. ‘Ou seja, toda vez que tivemos de examinar uma norma jurídica, e havia divergência de caráter teórico sobre a natureza dessa norma ou sobre a convivência de ser enunciada de uma forma ou de outra, pensamos no ensinamento de Jhering, que diz que é da essência do Direito a sua realizabilidade: o Direito é feito para ser executado’ (grifei); ‘Direito que não se executa - já dizia Jhering na sua imaginação criadora - é como chama que não aquece, luz que não ilumina, O Direito é feito para ser realizado; é para ser operado’ (grifei). Porque, no fundo, o que é que nós somos - nós advogados? Somos operadores do direito: operamos o Código e as leis, para fazer uma petição inicial, e levamos o resultado de nossa operação ao juiz, que verifica a legitimidade, a certeza, a procedência ou não da nossa operação - o juiz também é um operador do Direito; e a sentença é uma renovação da operação do advogado, segundo



o critério de quem julga. Então, é indispensável que a norma tenha operabilidade, ‘a fim de evitar uma série de equívocos e de dificuldades, que hoje entravam a vida do Código Civil.

[...]

Isto posto, o princípio da operabilidade leva, também, a redigir certas normas jurídicas, que são normas abertas, e não normas cerradas, para que a atividade social mesma, na sua evolução, venha a alterar-lhe o conteúdo através daquilo que denomino “estrutura hermenêutica”. Porque, no meu modo de entender, a estrutura hermenêutica é um complemento natural da estrutura normativa. E é por isso que a doutrina é fundamental, porque ela é aquele modelo dogmático, aquele modelo teórico que diz o que os demais modelos jurídicos significam. Estão verificando que tivemos em vista esses três princípios, e outros também, que levam em conta a concreção humana. Poderia acrescentar, aqui, o” princípio da concretude “, que, de certo modo, está implícito no de operabilidade. Concretude é palavra que tem sido, às vezes discutida: há quem queira concretude. Mas, se nós formos ao Dicionário Aurélio, veremos que ele não registra” concretude “e sim” concretude “, assim como há” negritude “,” plenitude “, e assim por diante, segundo o espírito de nossa língua.

Concretude, que é? É a obrigação que tem o legislador de não legislar em abstrato, para um indivíduo perdido na estratosfera, mas, quanto possível, legislar para o indivíduo situado: legislar para o homem enquanto marido; para a mulher enquanto esposa; para o filho enquanto um ser subordinado ao poder familiar. Quer dizer, atender às situações sociais, à vivência plena do Código, do direito subjetivo como uma situação individual; não um direito subjetivo abstrato, mas uma (MIGALHAS, 2013).

Em sua decisão, o magistrado discorre sobre a atividade do hermeneuta, ressaltando a importância do ‘coeficiente pessoal’ na formação do juízo de valor atinente ao caso *sub judice*.

Não obstante a norma faça alusão ao direito consagrado da genitora (art. 7º XVIII da CF) não contemplando a condição de co-mãe, o magistrado entendeu que a lacuna observada decorre do fato de tratar-se de um tema novo, sem pacificação jurisprudencial. A carência de previsão legal estrita não prescinde o reconhecimento do direito.

Em síntese, na prática da analogia prerroga afinidade entre os fatos e uma identidade relacionada à lógica aplicada para enquadramento fático.

## 2.4 Costumes

Os costumes são uma antiga fonte do Direito (subsidiária ou supletiva), antecedendo ou motivando leis importantes, inspirando decisões judiciais. Trata-se, portanto, de um elemento fático relevante na formação do conhecimento jurídico (DINIZ, 2002).

Caracterizam-se por decorrer de prática uniforme, reiterada e de aplicação geral (SECCO, 2009).

A norma cumpre o papel de evitar a improvisação dos costumes, orientar e uniformizar condutas. Todavia, normas excessivamente rígidas e inflexíveis fecham os olhos para uma realidade social complexa, rica em detalhes e desdobramentos.

Deveras, a lei, por mais que se desdobre em artigos, parágrafos e incisos, jamais poderá conter toda a infinidade das relações emergentes da vida social, que necessitam de uma garantia jurídica, devido à grande exuberância da realidade, tão variável de lugar para lugar, de povo para povo (DINIZ, 2002, p.184).

O costume, transformado em norma, enseja garantia jurídica e consagra o aprendizado e consciência social. A justiça, sob esse enfoque, ratifica sua validade.

Em alguns países, inclusive, os costumes ascendem na hierarquia dos critérios de julgamento (especialmente aqueles que adotam o sistema *common Law*).

De fato, os costumes apresentam impacto maior ou menor, por força do sistema jurídico vigente. Nos países onde esse sistema é codificado, sua importância é relativamente menor, comparativamente àqueles onde o Direito costumeiro prevalece.

Os costumes têm diferentes nascentes: origina-se da vontade tácita ou presumida do povo, decorre da adesão consciente do indivíduo à regra ou da acomodação à norma preexistente.

O ordenamento brasileiro é composto por costumes *secundum legem* (previsto em norma, com força vinculante), *praeter legem* (que apresentam caráter supletivo, servindo nos casos de omissão da norma) e *contra legem* (que contrária a lei).

Independente da modalidade observa-se nessas práticas reiteradas, um componente interno (consciência, valoração social, significação) e outro externo (pressão social).

A seguir, relata-se um exemplo de decisão judicial baseada nos costumes.

Um agricultor firmou acordo de parceria com um fazendeiro, onde o primeiro se responsabilizou pela produção na propriedade do segundo, dividindo o resultado econômico.

O contrato foi estabelecido apenas oralmente, mas em presença de testemunhas.

O fazendeiro rompeu o acordo. O agricultor, inconformado, ingressou com ação reclamando indenização. Após o trâmite, o tribunal decidiu-se favoravelmente ao agricultor alegando que:

- Os contratos agrários são muitas vezes firmados verbalmente, por força do costume; e
- As transações e sua efetivação foram testemunhadas por terceiros, inclusive, aquela onde se dava a partilha dos frutos da lavoura. Essa constatação, proporcionada pelo conjunto probatório, configurou a existência da parceria agrícola.

O costume, nesse exemplo, foi determinante no convencimento acerca da existência da parceria agrícola.

Apesar do reconhecimento da importância dos costumes, sua utilização como fonte de integração apresenta dificuldades de ordem operacional, em face da incerteza na composição dos critérios.

## 2.5 Princípios gerais do Direito

Os princípios gerais do direito são macro-orientações ou coordenadas norteadoras da prática jurídica, com potencial de direcionar decisões (ASCENSÃO, 2005). Podem ser omnivalentes (válidos para os diferentes saberes), plurivalentes (aplicáveis a campos distintos do conhecimento)

ou monovalentes (válidos para uma ciência em especial).

Neste trabalho, serão abordados apenas os princípios monovalentes que, no caso do Direito, são enunciados de caráter normativo de alcance e valor genéricos, que também exercem função reguladora.

A função desses princípios é orientar a compreensão dos dispositivos contidos no ordenamento, visando uma aplicação eficiente. Desta maneira, fundamentam o processo de aplicação e integração da norma e sua própria elaboração, bem como a renovação do Direito.

Esses princípios estão expressos em diferentes diplomas legais (atinentes aos respectivos ramos) e se materializam na própria prática jurisdicional, na análise de casos concretos.

O Direito do Trabalho, por exemplo, se norteia por diferentes princípios: princípio *in dubio pro operário*, princípio da norma mais benéfica, princípio da primazia da realidade, dentre outros.

Há uma corrente de entendimento no sentido de que os princípios gerais de direito decorrem do Direito natural, sendo, assim, inerentes aos seres humanos, superiores e válidos por si, ou seja, independentemente da positividade pelo legislador, tendo em vista o ideal de justiça (GARCIA, 2013, p.122).

Por esta orientação, os princípios do Direito funcionam como vetores da justiça. Caracterizam-se por possuir elevado nível de generalidade e comportar atos e fatos em número indefinido, ensejando diferentes aplicações.

## 2.6 Equidade

Como apresentado alhures, a diversidade dos fatos sociais impede a regulamentação jurídica, compreendendo uma ampla catalogação casuística.

Nem todas as normas se ajustam rigorosamente aos casos práticos. Não fossem as lacunas da norma, a aplicação inflexível e automática da lei tornaria o Direito um instrumento da injustiça, contrariando sua função social.

A equidade surge como recurso de adaptação da norma, plena em sua generalidade e abstração, às condições requeridas para avaliação do caso concreto. Trata-se da justiça aplicada às peculiaridades do caso particular, porque alcança as circunstâncias da situação sob exame.

Trata-se de um critério de decisão, baseado na valoração pessoal, que orienta a aplicação justa e adequada da norma a uma situação concreta.

Vale lembrar que a equidade está associada à solução de um caso concreto com determinadas especificidades, reclamando a consideração das circunstâncias de sua ocorrência (com repercussão expressiva comparativamente) (DINIZ, 2009; MASCARO, 2013; SECCO, 2009, VENOSA, 2009;)

A equidade é um conceito multissignificativo, uma verdadeira cláusula geral, uma hipótese legal de ampla generalidade que se faz presente em todas as experiências jurídicas do mundo ocidental, interessando à filosofia e à teoria do Direito, particularmente no que tange à interpretação jurídica (AMARAL NETO, 2004, p.17).

Decidir por equidade, portanto, explora a significação da justiça para o julgador, ensejando a aplicação da norma com isonomia.

Ascensão (2005, p. 426) enfatiza

A intervenção da equidade não está limitada à matéria da integração das lacunas do sistema jurídico. Pode a equidade funcionar também quando há norma – quando se permite para certos casos a substituição de determinação legal por um ajuste equitativo, ou que a aplicação da norma deixe um espaço para a adequação às circunstâncias do caso concreto.

Uma decisão será qualificada como equitativa quando considerar em sua formulação as circunstâncias nas quais o fato ocorreu, alcançando intenções, significado e repercussão social, perspectivas e interesses das partes.

A equidade em geral é chamada como forma de integração de lacunas em situações muito específicas, cujas circunstâncias particulares, não previstas em regra geral, deformem resultados previstos por outras normas ou sejam flagrantemente desconfortáveis ao senso comum (MASCARO, 2013, p.164).

Desta forma, são funções da equidade: a) Ensejar um parâmetro para a interpretação da norma, utilizando um coeficiente de valoração pessoal; b) Conferir maior autonomia ao magistrado, com vistas a aumentar sua eficácia; e c) Proporcionar decisões mais justas e adequadas ao estágio evolutivo da sociedade.

A equidade, considerando a prática jurídica, se categoriza em: interpretativa, corretiva, integrativa e processual. Aplica-se a

[...] equidade interpretativa, quando o juiz, perante a dificuldade de estabelecer o sentido e o alcance de um contrato, por exemplo, decide com um justo comedimento; a equidade corretiva, que contempla o equilíbrio das prestações, reduzindo, por exemplo, o valor da cláusula penal;

A equidade quantificadora, que atua na hipótese de fixação do *quantum* indenizatório; a equidade integrativa, na qual a equidade é fonte de integração, e ainda a equidade processual, ou juízo de equidade, conjunto de princípios e diretivas que o juiz utiliza de modo alternativo, quando a lei autoriza, ou permite que as partes a requeiram, como ocorre nos casos de arbitragem (AMARAL NETO, 2004, p.17).

Usar a equidade como método supletivo de integração, visando o suprimento das lacunas do Direito, promove a harmonia entre “norma, fato e valor”, na análise do fato concreto (REALE, 2001).

[...] a vontade do legislador não esgota a tarefa do intérprete. Diante do caso concreto, havendo necessidade de se buscar o sentido ou o alcance da disposição legal, o aplicador do direito, invoca o auxílio da equidade. Quando se apregoa que à vontade do legislador deve subordinar-se à vontade da lei, a referência metafórica quer na verdade apontar as normas mais gerais e basilares que orientam o direito, ou seja, os princípios, nas ideias jurídicas fundamentais. Ressalte-se que não apenas a lógica formal ou silogística movimentam os princípios, mas a “lógica do razoável”. Nesse contexto, a equidade é equiparada aos princípios. Pois não é regra concretamente existente, mas concepção adotada nas consciências dos operadores do direito, que buscam a pacificação social tendendo aos fins sociais. Assim a natureza da equidade se mostra como fundamento genérico disponível nas hipóteses em que haja necessidade de se encontrar o real ou verdadeiro significado, do caso singular. (LIGERO, 2004, p.108).

Assim, decidir por equidade, em termos práticos, corresponde a 'atribuir pesos' à avaliação de situações (coeficiente de valoração pessoal), suavizando o rigor da norma, invocando uma postura mais reflexiva e humanística do magistrado (VENOSA, 2009).

O Direito, considerando sua função na sociedade, deve atender às demandas sociais, correspondendo exitosamente àquelas que visem o bem comum. Recorrer à equidade representa uma oportunidade de concreção dessa função. Aristóteles considerava a equidade como o corretivo do justo legal, ou seja, adequação da norma ao caso concreto da forma mais equânime e razoável possível. Ou seja, é a correção da norma quando esta se mostra omissa ou não razoável, fazendo que esta atinja o fim social a que fora destinada. A equidade se manifesta no plano concreto, no ato de aplicação da norma pelo juiz, que diz o que diria o legislador se ali estivesse diante do caso particular e concreto (ANTUNES, 2011).

A equidade difere dos demais métodos de integração porque possui finalidades com recortes sociais, visando o bem das coletividades, inculcando um olhar mais pragmático (aplicado no campo da discricionariedade do magistrado no desempenho de suas funções).

Não são poucas as decisões do Supremo Tribunal Federal que destacam o uso do método.

A possibilidade de decisão por equidade dinamiza a prática jurídica, imprimindo-lhe celeridade. Sua apropriação insere na formulação das decisões um componente saudável e salutar de criação, onde o intérprete explora aspectos não contemplados a contento pelo legislador.

De agente passivo, o intérprete passa a condição de agente ativo no processo de nomogênese jurídica.

Na prática da equidade, ao magistrado é atribuído poder (judicante) para apreciar determinadas situações dentro de um espectro de fundamentos, posicionados dentro e fora do ordenamento, visando alcançar o real significado e efetivo alcance da norma.

Entra-se aqui na metodologia da arte de legislar, que reconhece, ao lado dos preceitos jurídicos nos quais a hipótese de aplicação (*fattispecie*) é descrita com específica particularidade, outras formas de expressão legislativa que concedem maior autonomia ao intérprete<sup>8</sup>. São as chamadas 'Cláusulas gerais', disposições normativas abertas, fluidas, vagas, que permitem ao juiz criar, com maior liberdade, a norma jurídica adequada ao caso concreto que enfrenta. Indicam um critério de justiça, mas não impõem regras, delegando ao intérprete a função de criá-las (AMARAL NETO, 2004, p.17).

As disposições genéricas e abstratas abrigam uma plêiade de situações diversas, o que as tornam operativamente imprecisas.

A clareza da hipótese do fato jurídico é crucial à aplicação do Direito. Mas, são os interstícios observados que relativizam o conteúdo normativo, ensejando a plasticidade social necessária para albergar diferentes casos.

Essa abertura do Direito, que tem como marco a revisão e edição do Código Civil de 2002, sinaliza uma propensão

Ciência jurídica a uma prática menos formalista e mais integrada ao social.

A aplicação do Direito não é meramente um processo lógico-formal; praticá-lo seria admitir a completude do conjunto normativo, tal como defendem os positivistas.

Advoga-se que a aplicação dos métodos de integração são vetores de desenvolvimento do Direito, produzindo fontes mediatas de grande relevância e alcance social.

### 3 Conclusão

As normas existem dentro de uma realidade particular e suas respectivas relações, elementos determinantes de sua existência. Uma norma somente será compreendida e internalizada (adesão consciente ao seu teor) se enquadrada no ambiente social.

O ordenamento jurídico entrega diretivas de condutas baseadas na leitura desse contexto sob a perspectiva do legislador.

O repertório de normas não nasce do vazio, mas sim das demandas e sentidos sociais atribuídos. Nesse diapasão, a proposição jurídica (conteúdo da norma) é naturalmente incompleta e carente de interpretação, em razão da mutabilidade do ambiente para o qual foi elaborada.

A norma, para repercutir eficazmente, precisa comunicar-se com o fato.

A interpretação enseja aos operadores do Direito a identificação de normas, ou qualquer outro fundamento técnico-doutrinário ou mesmo consuetudinário, que aponte para a orientação que melhor albergue a situação concreta *sub judice*.

O sentido anima (atribui alma) as palavras.

A interpretar significa, então, apurar os sentidos, sem perder de vista a realidade social. O produto desta ação assume caráter disciplinar.

Depreende-se desta revisão de literatura que a incompletude legal é uma realidade, todavia, útil à renovação do próprio Direito.

Aumentar o alcance da norma demandaria um número significativo de detalhes, numa casuística interminável.

O Direito brasileiro não nega a existência das lacunas, reconhecendo-as expressamente, na lei de introdução ao ordenamento jurídico e em outras normas, oferecendo resposta a sua própria incompletude. Entretanto, o culto ao Direito legislado representa uma tradição.

Os métodos de integração incutem perspectivas de avaliação que motivam à atualização das disposições legais, alinhando as demandas advindas da realidade fática às 'respostas' oferecidas pelo Direito.

Normas inflexíveis podem acomodar injustiças, gerando inoperância (não adesão) e, portanto, ineficácia do ponto de vista do desempenho social. O ordenamento jurídico brasileiro é significativamente complexo. Por esta razão, essa dose de discricionariedade jurídica, seja no âmbito da interpretação, aplicação dos métodos de integração ou solução

das antinomias é tão relevante e saudável.

As técnicas de interpretação e os métodos de integração ampliam o campo de discricionariedade do magistrado, inserindo o componente de valoração pessoal ou circunstancial, o que qualifica suas decisões.

A revisão empreendida e o inventário de técnicas interpretativas confluíram para o entendimento de que as lacunas e os hiatos entre realidade fática e norma são vitais ao ordenamento jurídico, especialmente sob o ponto de vista de sua modernização.

## Referências

ALVARENGA, R.Z. Hermenêutica jurídica e direitos humanos sociais do trabalhador. *Âmbito Jurídico*, v.12, n.64, 2009.

ANTUNES, F.L. Equidade como instrumento de integração de lacunas no direito. *Ambito Juridico*, v.14, n.89, 2011.

AMARAL NETO, F.S. A equidade no Código Civil Brasileiro. *Revista do Conselho de Justiça Federal*. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/revista/numero25/artigo03.pdf>>. Acesso em: 17 jun. 2014.

ASCENSÃO, J.O. *Introdução à ciência do Direito*. São Paulo: Renovar, 2005.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Novo Código Civil Brasileiro. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm). Acesso em 24 jun. 2013.

BRASIL. *Constituição de 1988*. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília DE, 1988.

BRASIL. Consolidação das Leis do trabalho. Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm). Acesso em 24 jun. 2013.

BRASIL. Código Penal. Decreto Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940. 1940. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm). Acesso em 24 jun. 2014.

BRASIL. Código Tributário Nacional. Lei nº 5.172 de 25 de outubro de 1966. 1966. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/15172.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172.htm). Acesso em 24 jun. 2014.

BRASIL. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm). Acesso em 24 jun. 2013.

BOBBIO, N. *Teoria do ordenamento jurídico*. Brasília: UnB, 1995.

COSTA, E.F. *Analogia jurídica e decisão judicial*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1987.

DINIZ, M.H. *As lacunas do direito*. São Paulo: Saraiva, 2002.

DINIZ, M.H. *Compêndio de introdução à ciência jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2009.

DIREITO PÚBLICO. Lei Maria da Penha é aplicada para proteger homem. 2008. Disponível em: <http://direito-publico.jusbrasil.com.br/noticias/157860/lei-maria-da-penha-e-aplicada-para-protger-homem> Acesso em: 24 jun. 2014.

DIMOULIS, D. *Manual de introdução ao Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

FALCÃO, R.B. *Hermenêutica*. São Paulo: Malheiros, 1997.

FERRAZ JÚNIOR, T.S. *Introdução ao estudo do Direito*: técnica, decisão, dominação. São Paulo: Atlas, 2003.

FRANÇA, R.L. *Hermenêutica jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1988.

GARCIA, G.F.B. *Introdução ao estudo do Direito*: teoria geral do Direito. São Paulo: Método, 2013.

GERA, R.C.P. Hermenêutica constitucional. *Revista Panóptica*, v.1, n.4, 2007.

GOMES, M.F.; FREITAS, F.O. Lacunas no direito. *Âmbito Jurídico*, v.8, n.75, 2010.

GUSMÃO, P.D. *Introdução ao estudo do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

HERKENHOFF, J.B. *Como aplicar o Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

LIGERO, A.A.G. O juiz e a decisão por equidade. *Revista Jurídica da Unifil*, v.2, n.2, 2004.

MACHADO, H.B. *Introdução ao estudo do Direito*. São Paulo: Atlas, 2012.

MASCARO, A.L. *Introdução ao estudo do Direito*. São Paulo: Atlas, 2013.

MAXIMILIANO, C. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

NADER, P. *Introdução ao estudo do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MIGALHAS. Justiça concede licença-maternidade para mulher amamentar filho da companheira. 2013. Disponível em: <http://migalhas.jusbrasil.com.br/noticias/100310540/justica-concede-licenca-maternidade-para-mulher-amamentar-filho-da-companheira> Acesso em: 24 jun. 2013.

OLIVEIRA, J.M.L.L. *Introdução ao Direito*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006.

REALE, M. *Lições preliminares de Direito*. São Paulo: Saraiva, 2001.

REVISTA CONSULTOR JURÍDICO. Notícias: Atos Discriminatórios - Juiz não pode interpretar lei de forma extensiva, diz TST. 1º. de abril de 2013. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-abr-01/tst-veda-interpretacao-extensiva-lei-atos-patronais-discriminatorios> Acesso em: 24 jun.2013.

RIBAS, Â.M.P. O Direito à vida sob uma ótica contemporânea. *Âmbito Jurídico*, v.11, n.54, 2008.

SECCO, O.A. *Introdução ao estudo do Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

STJ - Superior Tribunal de Justiça. Coordenadoria de Editoria e Imprensa do STJ. *Professora que recusou na classe segunda aluna com necessidades especiais não cometeu crime*. 2011. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/noticias/2946794/professora-que-recusou-na-classe-segunda-aluna-com-necessidades-especiais-nao-cometeu-crime>. Acesso em: 24 jun. 2014.