

Meta-regras hermenêuticas: incompletude e incoerência do sistema jurídico¹

Hermeneutic meta-rules: incompleteness and incoherence of the legal system

João Maurício Leitão Adeodato²

¹ Recebido em: 13/10/2021. Aprovado em: 21/12/2021.

² Graduado pela Faculdade de Direito do Recife (1977), mestrado (1980), doutorado (1986) e livre docente (2011) pela Faculdade de Direito da USP e pós-doutorado na Universidade de Mainz pela Fundação Alexander von Humboldt (1988-1989). Fez outros estágios pós-doutorais de curta duração (três a quatro meses) nas Universidades de Mainz (1991), Freiburg (1995), Heidelberg (2000, 2003, 2006, 2009 e 2011), Hagen (2014) e Frankfurt (2018). Doutor Honoris Causa pelas Faculdades Metropolitanas Unidas de São Paulo (2009). Professor assistente (1983) e titular (1990) por concursos públicos da Faculdade de Direito do Recife, da qual se aposentou em 2016. Orientador de mais de uma centena de teses de doutorado e dissertações de mestrado, monografias de Especialização e TCCs, tendo criado o programa de iniciação científica da Faculdade de Direito do Recife (1986). Pesquisador do CNPq desde 1984. Pesquisador I desde 1990 e Pesquisador I-A desde 1997. Criador e líder de grupo de pesquisa sobre retórica jurídica. Professor Permanente da Faculdade de Direito de Vitória e da Universidade Nove de Julho. Professor Colaborador da Escola Paulista de Direito. Professor Colaborador do LL.M. Legal Theory da Universidade de Frankfurt. No exterior, professor convidado nas Universidades de Göttingen (1991, 2000, 2015 e 2019), Freiburg im Breisgau (1995), Frankfurt am Main (1995, 2011 e 2015), Duquesne Pittsburgh (1999), Coimbra (2000), Pablo de Ollavide de Sevilla (2000), Augsburg (2000), Kiel (2000 e 2018), Lecce (2004), Nacional del Comahue de Bariloche (2006 e 2013), Patras, Grécia (2006), de los Andes e Católica de Chile (2008), Bielefeld (2009), Frankfurt (2011 e 2015), Buenos Aires (2011), Lisboa (2012, 2014), Minho (2014), Salzburg (2012, 2014, 2015 e 2019) e no Instituto Tecnológico Autónomo de México (2012). Consultor ad hoc da CAPES para reconhecimento de programas de pós-graduação (1990-1998), seleção de pesquisadores, bolsas no país e no exterior (desde 1990). Representante da Área de Direito no Comitê de Ciências Sociais Aplicadas do CNPq (1992-1995 e 2000-2003). Presidente do mesmo Comitê e membro do Conselho Diretor do CNPq (1994-1995). Consultor ad hoc de dezenas de Fundações Estaduais de Amparo à Pesquisa (desde 1990). Avaliador do Deutscher Akademischer Austauschdienst (DAAD) para a área de direito (2003-2004). Membro da Comissão para Concessão do Kyoto Prize da Inamori Foundation (2016). Membro da Comissão de Educação Jurídica do Conselho Federal da OAB (1995-2000, 2005-2007, 2010-2015). Coordenador da Comissão de Implementação das Disciplinas do Eixo Fundamental no Exame de Ordem (2011-2012). Membro honorário do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito - CONPEDI (2009). Membro do Comitê Executivo da Associação Internacional de Filosofia Jurídica e Social (IVR) (2011-2015, 2016-2019). Títulos de Cidadão dos Estados de Pernambuco e do Piauí e da Cidade de Olinda. Diretor do Departamento Jurídico da Secretaria de Educação do Estado de Pernambuco no segundo Governo Miguel Arraes (1987-1988). Coordenador dos Cursos de Direito da UniNassau (2003-2011). Coordenador Científico dos Cursos de Pós-Graduação da Escola da Magistratura de Pernambuco (2004-2010). Parecerista e consultor jurídico. Músico. E-mail: jmadeodato@gmail.com

Resumo

Este artigo situa-se no âmbito de teoria do direito e estuda os problemas de incompletude e incoerência no direito positivo. Parte da concepção de sistema, de larga aplicação na dogmática jurídica, e sugere os conceitos de regra e meta-regra como ferramentas para tratar o problema das antinomias dentro da teoria das lacunas e sua necessidade de integração no sistema jurídico. Na trilha de uma metodologia retórica erística, explicada ao longo do texto, oferece vários exemplos práticos esclarecedores e conclui com a análise da questão da retroatividade e seus impedimentos clássicos, construídos no Estado democrático de direito: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada.

Palavras-chave: Impedimentos. Retroatividade. Ordenamento jurídico. Lacunas. Antinomias. Meta-regras.

Abstract

This article, within the scope of legal theory, studies the problems of incompleteness and inconsistency in positive law. It starts from the conception of system, with wide application in legal dogmatics, and suggests the concepts of rule and meta-rule as tools to deal with the problem of antinomies within the theory of legal gaps and its objective of integrating the legal system. Following an eristic rhetorical methodology, explained throughout the text, it offers several clarifying practical examples and concludes with an analysis of the issue of retroactivity and its classic impediments, built in the democratic rule of law: acquired right, perfect legal act and res judicata.

Keywords: Impediments. Retroactivity Legal system Gaps. Antinomies. Meta-rules.

Introdução

O objetivo deste texto é estudar a evolução do conceito de sistema em relação ao problema das chamadas lacunas do direito e tentar construir uma ponte entre as concepções dogmáticas já tradicionais e uma visão crítica analítica, sob perspectiva retórica e realista. A dogmática tradicional tem muito a dizer e, para criticá-la, é preciso conhecê-la, assim como as ferramentas que oferece para lidar com a prática jurídica.

No direito dogmaticamente organizado, o conceito de sistema desempenha papel importante no tratamento de duas questões principais: uma é a da incoerência, ou das antinomias, isto é, possibilidade de acordo ou contradição entre os elementos sistêmicos – que são textos de normas, os chamados “dogmas”; a outra é a da incompletude, a falta de dogmas a que reportar a decisão, o que a doutrina denomina lacunas.

A metodologia, empregada e esclarecida ao longo do texto, e uma das mais antigas na história ocidental das ideias, é aqui denominada “retórica”. Implica utilizar a técnica erística do *dissoi logoi* (δισσοὶ λόγοι), expressão traduzida por “argumentos divergentes”, que é o título de um tratado de autoria desconhecida, escrito entre os séculos V e IV a.C. Designava o confronto de visões contrárias, visando suspender a posição pessoal (*epoché*) e construí-la posteriormente de maneira mais apropriada e livre de preconceitos e emoções.³

³ SEXTUS EMPIRICUS. **Grundriß der pyrrhonischen Skepsis**, eingeleitet und übersetzt von Malte Hossenfelder. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1985, p. 101 s.; LAËRTIOS, Diôgenes. **Vidas e doutrinas dos filósofos ilustres**, trad. Mário da Gama Kury. Brasília: Ed. UnB, 1977, p. 274.

1. A concepção de sistema no direito dogmaticamente organizado: regras e meta-regras.

Há muitas maneiras de entender o que se quer dizer com a palavra sistema e um bom começo é a etimologia.

Do grego σύστημα, significa desde sempre um todo composto de partes inter-relacionadas. Como toda palavra, ainda mais tão antiga, seu significado foi se contextualizando e especializando ao longo de sua história. Seu emprego aparece a princípio no contexto da música, especificamente em Platão⁴. Na passagem já se percebe a dicotomia partes / inter-relações entre partes, na ideia explícita de harmonia como regra básica para um sistema, pois é preciso conhecer “que sons são altos e baixos, e o número e natureza dos intervalos e seus limites ou proporções, e os sistemas compostos a partir deles... sob o nome de harmonias.”

Ainda na Grécia clássica a palavra é aplicada em sentido político, a *polis* entendida como sistema, uma organização de partes. O estoicismo helenista posterior enfatiza o sentido ético da palavra e vai além da ideia de partes inter-relacionadas de um todo, vez que o conteúdo ético é essencial: a vida do sábio, por exemplo, constitui um sistema de ações probas e razoáveis. O conceito de sistema não é importante na filosofia medieval, mas reaparece a partir do Renascimento, na astronomia de Nicolau Copérnico e Tycho Brahe, assim como nos textos da Reforma Protestante de Martinho Lutero e Felipe Melanchthon, que traduzem o termo grego por “ordem” e ressaltam sua importância como componente da técnica.⁵

A partir do século XVII o conceito de sistema passa a ter utilização generalizada por parte de racionalistas e idealistas como Gottfried Leibniz, Christian Wolf e Immanuel Kant, que o conectam à ideia de conjunto de verdades e princípios básicos do conhecimento e da ética. Desde Francis Bacon, empiristas como John

⁴ PLATO. **Philebus** (17d), in *The dialogues of Plato*, translated by Benjamin Jowett, *Great Books of the Western World*, Chicago: Encyclopaedia Britannica, 1990, vol. 6, p. 609-639, p. 612.

⁵ RITTER, Joachim; GRÜNDER, Karlfried. **Historisches Wörterbuch der Philosophie**. Basel: Schwabe & Co., 1998, Band 10, p. 824.

Locke, George Berkeley e David Hume combatem essas generalizações e não utilizam o conceito; uma exceção é o também empirista Thomas Hobbes, que aborda o conceito de sistema no capítulo XXII de seu *Leviathan* e assim o define: “Por *sistemas* entendo qualquer número de homens reunidos por um interesse ou um negócio.”⁶

A despeito dos adversários empiristas, o conceito se tornou importante a ponto de, já no século XVIII, ter sido criada por J. H. Lambert, a disciplina sistemática, cujo objeto era exatamente a busca de um conceito de sistema. Ele conclui por esses dois componentes da definição: haver partes, elementos componentes; e haver um objetivo comum, que ele denomina “intenção”, o qual conecta esses elementos.⁷ A capacidade de sistematizar passa a ser vista pelo racionalismo dominante como característica essencial da razão humana e não como algo contingente.

Relevante observar que a teoria dos sistemas contemporânea, criada nos anos 1930 como modelo teórico definido, não provém da tradição racionalista, mais antiga e mais ampla, em torno do conceito de sistema.⁸ Essa tradição racionalista, importante em diversas áreas, talvez tenha alcançado seu apogeu na teoria do direito. E foi com base nela e em sua concepção de sistema que se tornaram tão centrais os conceitos de lacuna e antinomia em relação ao de ordenamento jurídico.

A tradição mais recente, de viés funcionalista, observa como o ordenamento jurídico, que se expressa pelo conjunto das fontes dogmáticas do direito, transmuda a violência social pura em poder. As decisões apoiadas ou produzidas por ele quase sempre se impõem no ambiente e controlam a complexidade. Esses dados podem então ser explicados por uma linguagem sistêmica, organizada em torno de

⁶ HOBBS, Thomas. *Leviathan*, or, matter, form and power of a commonwealth ecclesiastical and civil. London / Chicago / Toronto: Robert Hutchins / Encyclopaedia Britannica, 1993, p. 117: “By *systems*, I understand any number of men joined in one interest or one business.”

⁷ RITTER, Joachim; GRÜNDER, Karlfried. Verbete “System”. *Historisches Wörterbuch der Philosophie*. p. 835.

⁸ UEDING, Gert (Hrsg.). *Historisches Wörterbuch der Rhetorik*. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 2009, Band 9, p. 383.

instituições e procedimentos, sem prejuízo de outros modelos teóricos.⁹ Em outras palavras, as duas concepções de sistema podem ser compatibilizadas.

Os problemas de antinomias e lacunas dizem respeito a certas meta-regras estruturantes do sistema jurídico, tais como a pretensão de racionalidade expressada na não-contradição, a necessidade de uma resposta para os conflitos submetidos ao direito – a “plenitude hermética” do ordenamento, vinculada à proibição do *non liquet* ou obrigatoriedade de decidir – e o “axioma ontológico” do direito: “o que não é juridicamente proibido é permitido”.

Os dois problemas, costumeiramente separados pela doutrina dogmática, podem ser reduzidos a um só, pois, de uma perspectiva realista, antinomias só aparecem quando não há uma regra para solucioná-las, ou seja, há lacuna. A incoerência não está na aparente existência de antinomias, mas na falta de meta-regras para tratamento delas. Pode-se entender, como a maior parte da doutrina, que nem toda lacuna é assim, porém somente as “lacunas de colisão”. Lacunas que se deixem solucionar por meta-regras como *lex superior derogat inferiori* ou *lex posterior derogat priori* não seriam lacunas de colisão. As lacunas em sentido estrito merecem esse nome porque aplicar uma delas não se justifica e aplicar as duas levaria a flagrante contradição.¹⁰

O ordenamento jurídico, visto como um sistema, compõe-se de um repertório de elementos (partes) e uma estrutura que os mantém unidos em torno de determinado objetivo ou função (inter-relações), para usar o par de conceitos colocado acima. Tais elementos são aqui chamados regras. E as diretrizes que as organizam são as meta-regras. As regras se dirigem às condutas das pessoas, referindo dados empíricos ou fatos juridicamente relevantes, para solucionar seus conflitos; as meta-regras se dirigem às regras, não visam diretamente aos conflitos

⁹ LUHMANN, Niklas. Systemtheoretische Beiträge zur Rechtstheorie. In LUHMANN, Niklas. In **Ausdifferenzierung des Rechts**. Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie. Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1981, p. 241-272.

¹⁰ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Die Feststellung von Lücken im Gesetz** – Eine methodologische Studie über die Voraussetzungen und Grenzen der richterlichen Rechtsfortbildung praeter legem. Berlin: Duncker & Humblot, 1983, p. 65.

humanos, mas buscam resolver conflitos de regras, dizer que regra deve ser aplicada naquele caso.

São exemplos de regras os textos que determinam as alíquotas do imposto de renda e a proibição do furto. São exemplos de meta-regras a proibição do *non liquet* e “a lei posterior revoga a anterior”.

Algumas meta-regras estão positivadas na própria lei, como “a lei não prejudicará o ato jurídico perfeito”, mas podem também ser positivadas pela jurisprudência, como, no caso brasileiro atual, “não existe direito adquirido a regime jurídico”. E podem também se originar da doutrina ou de antigas tradições e lugares-comuns, *topoi*, e virem a se positivar ao serem adotadas e aplicadas pela lei ou jurisprudência, como “quem pode o mais pode o menos” ou “ninguém pode transferir mais direitos do que tem”.

2. Incompletude do sistema e tipos de lacunas

No ambiente da plenitude hermética da dogmática jurídica, patrocinada pelo Estado moderno, antinomias e lacunas brotam da necessidade de relacionar decisões concretas e textos jurídicos prévios. A decisão a partir de textos genéricos é sempre única e cada caso vai parecer mais ou menos próximo a uma suposta literalidade dos textos em tela.

A doutrina, naturalmente, procura fixar caixas conceituais que agrupem os casos individuais, e assim fala em três classes, segundo esse critério de mais ou menos fidelidade à literalidade. Interpretação *secundum legem* é aquela que necessariamente ocorre, para enfrentar a vagueza e a ambiguidade da linguagem, mas pressupõe que haja textos especificamente adequados e que a decisão tomada se dê a partir deles, próxima a eles. Por isso a doutrina alemã utiliza a expressão *Rechtsfindung*, do verbo “encontrar” (*finden*) algo que já existe previamente.

A norma resultante do preenchimento de uma lacuna não deve ser confundida com a norma criada *secundum legem* pela aplicação de um texto específico ao caso concreto. Este é o procedimento comum no sistema dogmático, como mostra o conceito de criação/aplicação normativa de Kelsen, acontece

invariavelmente. A concepção de sistema de Kelsen recusa a discussão anterior, restrita ao horizonte da separação de poderes, sobre o legislativo criar e o judiciário aplicar o direito, argumentando que toda decisão jurídica é ao mesmo tempo criação em relação às normas inferiores, pois não existia antes, e aplicação das superiores, que a fundamentam na hierarquia:

Como anteriormente verificado, uma ordem jurídica é um sistema de normas gerais e individuais, que estão ligadas entre si pelo fato de que a criação de qualquer norma pertencente a esse sistema é determinada por uma outra norma do sistema e, em última linha, pela sua norma fundamental.¹¹

Nessa estrutura, exemplificando, a sentença cria direito ao decidir que determinados bens de tal empresa sejam levados a leilão, pois ela não tinha obrigação de entregar os bens e isso só aconteceu agora por força da sentença. Mas a sentença também é aplicação de uma lei geral anterior, a qual estatui que, nesses e nesses casos, os bens da empresa serão levados a leilão. Esta lei anterior, por sua vez, criou a possibilidade de levar bens coercitivamente a leilão e ao mesmo tempo aplicou a Constituição, norma superior que comanda o Código Civil a disciplinar os conflitos de caráter cível, sob competência da União.

No outro extremo, a norma criada resultante do preenchimento de uma lacuna tampouco se confunde com a norma ou costume *contra legem*, pois preencher lacunas pressupõe partir de elementos preexistentes no sistema, não se pode ir contra a lei.

Em um nível intermediário estaria o cerne da teoria das lacunas, pois o conceito de lacuna preenche uma função importante como pré-requisito da criação

¹¹ KELSEN, Hans. **Reine Rechtslehre**. Wien: Verlag Österreich, 2000, p. 239: "Wie im Vorhergehenden schon festgestellt wurde, ist die Rechtsordnung ein System von generellen und individuellen Normen, die miteinander dadurch verbunden sind, daß die Erzeugung jeder zu diesem System gehörigen Norm durch eine andere Norm des Systems und in letzter Linie durch seine Grundnorm bestimmt ist."

praeter legem do direito.¹² Aí ocorre a integração, há a criação de uma norma para o caso concreto, uma norma decisória que previamente não existia e que supostamente parte de um caso semelhante com decisão pacificamente estabelecida ou de princípios normativos geralmente aceitos. Pelo menos é assim que o preenchimento da lacuna é alegado, sempre como *praeter legem*.

É compreensível que a dogmática jurídica prefira apelar para a figura da decisão *praeter legem*, porém algumas situações podem ser mais bem compreendidas por meio de um quarto conceito, o da livre criação do direito (*Freierechtsfindung*). Aqui a dogmática se vê forçada a aceitar uma orientação casuística, a partir do problema, quando não houve anteriormente a menor previsão da relevância daquele conflito, por exemplo, diante de uma descoberta científica imprevista, imprevisível. Como, no Brasil, aconteceu no debate sobre a “antecipação terapêutica do parto” (HC nº 124.306/RS).¹³ No caso da “barriga de

¹² CANARIS, Claus-Wilhelm. **Die Feststellung von Lücken im Gesetz** – Eine methodologische Studie über die Voraussetzungen und Grenzen der richterlichen Rechtsfortbildung *praeter legem*. p. 21.

¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). Habeas Corpus 124.306/RS. Ementa: Direito processual penal. Habeas corpus. Prisão preventiva. Ausência dos requisitos para sua decretação. inconstitucionalidade da incidência do tipo penal do aborto no caso de interrupção voluntária da gestação no primeiro trimestre. Ordem concedida de ofício. 1. O habeas corpus não é cabível na hipótese. Todavia, é o caso de concessão da ordem de ofício, para o fim de desconstituir a prisão preventiva, com base em duas ordens de fundamentos. 2. Em primeiro lugar, não estão presentes os requisitos que legitimam a prisão cautelar, a saber: risco para a ordem pública, a ordem econômica, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal (CPP, art. 312). Os acusados são primários e com bons antecedentes, têm trabalho e residência fixa, têm comparecido aos atos de instrução e cumprirão pena em regime aberto, na hipótese de condenação. 3. Em segundo lugar, é preciso conferir interpretação conforme a Constituição aos próprios arts. 124 a 126 do Código Penal – que tipificam o crime de aborto – para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre. A criminalização, nessa hipótese, viola diversos direitos fundamentais da mulher, bem como o princípio da proporcionalidade. 4. A criminalização é incompatível com os seguintes direitos fundamentais: os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, que não pode ser obrigada pelo Estado a manter uma gestação indesejada; a autonomia da mulher, que deve conservar o direito de fazer suas escolhas existenciais; a integridade física e psíquica da gestante, que é quem sofre, no seu corpo e no seu psiquismo, os efeitos da gravidez; e a igualdade da mulher, já que homens não engravidam e, portanto, a equiparação plena de gênero depende de se respeitar a vontade da mulher nessa matéria. 5. A tudo isto se acrescenta o impacto da criminalização sobre as mulheres pobres. É que o tratamento como crime, dado pela lei penal brasileira, impede que estas mulheres, que não têm acesso a médicos e clínicas privadas, recorram ao sistema público de saúde para se submeterem aos procedimentos cabíveis. Como consequência, multiplicam-se os casos de automutilação, lesões graves e óbitos. 6. A tipificação penal viola, também, o princípio da proporcionalidade por motivos que se acumulam: (i) ela constitui medida de

aluguel”, contratar uma mulher para ter um óvulo fecundado inseminado em seu útero era impossível e mesmo impensável. Natural o legislador antever um pai e uma mãe em situações de conflito pela guarda de menor, jamais em duas mães, configurando-se clara lacuna. Da mesma forma, embora sempre tenha havido fetos mero-encefálicos, anencefálicos e com outras malformações, a ciência não possibilitava que os pais soubessem desses dados antes do parto.

Diferente da livre criação do direito é o conceito de decisão *contra legem*, no sentido de contra a leitura literal da lei, o que dificilmente será alegado por um tribunal de modo explícito. Mas ocorre no mundo empírico. A própria lei reconhece efeitos lícitos a atos ilícitos, como, no Brasil, no caso do trabalho do menor, ou seja, o sistema legitima consequências de atos *contra legem*. Decisões casuísticas que contrariam a letra da lei, por seu turno, são muito comuns, principalmente no contexto dos países periféricos, alegando-se os mais diferentes motivos.

Esse direito *contra legem* chancelado pelo Estado não se confunde com decisões eficazmente tomadas à margem do Estado, por outras instâncias coercitivas concorrentes, no contexto do pluralismo jurídico subdesenvolvido, caracterizado, dentre outros fatores, pela ineficiência da justiça estatal. Líderes comunitários, milícias, traficantes e mesmo órgãos estatais organizam microssistemas jurídicos menos complexos, não apenas ignorando, mas contrariando diretamente o direito estatal dogmático.

duvidosa adequação para proteger o bem jurídico que pretende tutelar (vida do nascituro), por não produzir impacto relevante sobre o número de abortos praticados no país, apenas impedindo que sejam feitos de modo seguro; (ii) é possível que o Estado evite a ocorrência de abortos por meios mais eficazes e menos lesivos do que a criminalização, tais como educação sexual, distribuição de contraceptivos e amparo à mulher que deseja ter o filho, mas se encontra em condições adversas; (iii) a medida é desproporcional em sentido estrito, por gerar custos sociais (problemas de saúde pública e mortes) superiores aos seus benefícios. 7. Anote-se, por derradeiro, que praticamente nenhum país democrático e desenvolvido do mundo trata a interrupção da gestação durante o primeiro trimestre como crime, aí incluídos Estados Unidos, Alemanha, Reino Unido, Canadá, França, Itália, Espanha, Portugal, Holanda e Austrália. 8. Deferimento da ordem de ofício, para afastar a prisão preventiva dos pacientes, estendendo-se a decisão aos corréus. (HC 124306, Relator(a): Marco Aurélio, Relator(a) p/ Acórdão: Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 09/08/2016, Processo Eletrônico DJe-052 Div. 16-03-2017 Pub. 17-03-2017). Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12580345>. Acesso em 20 set. 2021.

O que se menciona aqui é o direito *contra legem* – novamente: entendido como contra a letra da lei – criado pelo próprio sistema jurídico oficial. O Supremo Tribunal Federal e outros tribunais superiores, mesmo em decisões com repercussão geral e eficácia *erga omnes*, têm tomado decisões assim, como no reconhecimento da entidade familiar de pessoas do mesmo sexo diante do texto “homem e mulher” do art. 226, § 3º da CF¹⁴ (ADI 4.277¹⁵ e ADPF 132¹⁶) e na proibição do financiamento eleitoral por pessoa jurídica (ADPF 4.650¹⁷). Os exemplos aqui se concentram nos tribunais superiores e nos casos mais rumorosos, mas não se esqueça de que a grande maioria dos casos julgados no país se dá na primeira instância e outro tanto na segunda, sem ganhar notoriedade.¹⁸

Toda decisão precisa ser fundamentada, mas esse fundamento pode ser mais ou menos vinculado a um texto jurídico normativo. Na *Freierechtsfindung* a decisão também pode alegar textos normativos do sistema, mas o significado desses textos (sentido e alcance) não tem qualquer vinculação literal e é definido pela própria decisão, alegando termos e princípios segundo a conveniência do momento.

Resumindo, a relação entre o texto e a decisão concreta é o critério: se o texto deve ser ignorado (*contra legem*), inexistente (livre criação), se está mais distante (*praeter legem*) ou mais perto (*secundum legem*) da literalidade. Como em toda classificação, a pertinência a uma ou outra classe (alcance da palavra) é ela mesma

¹⁴ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 20 set. 2021

¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277/DF**. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em 20 set. 2021.

¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132/RJ**. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>. Acesso em 20 set. 2021.

¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 4.650/DF**. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10329542>. Acesso em 20 set. 2021.

¹⁸ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números 2020**: ano-base 2019. Brasília: CNJ 2020. <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/08/rel-justica-em-numeros2020.pdf> Acesso em 20. set. 2021.

uma decisão, pois qualquer termo linguístico é ambíguo, e só pode ser determinada no caso.

Podem-se resumir aqui três grandes classes de lacunas, destacadas pela doutrina em geral: 1. A lacuna em sentido estrito ocorre quando não há texto, como, p. ex., determinar os direitos de um ser humano clonado, pois, vez que o fato relevante não ocorreu até hoje, provavelmente não haverá previsão. Se vier a ocorrer, há uma lacuna, evidentemente. 2. A antinomia: tem-se mais de um texto, de teores antagônicos, referentes ao caso em questão, e não há um texto (meta-regra) para decidir que texto prevalece. 3. Há texto pertinente, mas sua aplicação caracterizaria uma injustiça maior do que sua não aplicação, lacuna que não decorre da ausência de texto, porém de um juízo de valor do intérprete. Por isso mesmo, tais lacunas axiológicas são objeto de muita discussão.

Descrever um exemplo real ajuda a entender este último tipo, a lacuna quando há claramente uma lei: a interpretação literal do art. 1º da Lei 8.009/1990¹⁹, segundo o qual é preciso que a pessoa resida no imóvel financiado para manter-lhe a impenhorabilidade. A lei visa proteger o dinheiro público contra eventuais especuladores e parece plenamente justificada em sua generalidade do ponto de vista finalístico.

Uma senhora comprara uma casa, na cidade de Caçapava do Sul, com recursos emprestados da Caixa Econômica Federal (CEF). A senhora alugou a casa a terceiro e, com o aluguel recebido, passou a ser inquilina em outra, na cidade de Canoas, onde o filho cursava a universidade. O juiz de primeira instância seguiu a letra da lei e concedeu à CEF o direito de penhorar o imóvel, pois não era residência da família: lei, fato e subsunção muito claros.

O relator da segunda instância, do Tribunal em Porto Alegre, cita expressamente o artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil²⁰ (Decreto-Lei nº

¹⁹ BRASIL. **Lei nº 8.099, de 29 de março de 1990**. Dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8009.htm. Acesso em 20 set. 201.

²⁰ BRASIL. **Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em 20 set. 2021.

4.657, de 04.09.1942), hoje reproduzido na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB, Lei nº 12.376, de 30 de dezembro de 2010²¹), “o juiz deve se ater aos fins sociais”, cita a interpretação teleológica e critica a literalidade.²² A finalidade última da lei seria garantir o direito à moradia, que restaria insatisfeito caso houvesse o despejo, pois sem o aluguel da primeira casa não seria possível pagar a segunda.

Ambas as decisões são fundamentadas e têm seus valores-fins, apesar de contraditórias. Mais uma vez o problema de relacionar um texto geral prévio a um caso concreto único. Esse caso pode ser apontado como exemplo de decisão *contra legem*, diante da lei 8.009/1990, mas pode-se argumentar que é *secundum legem* em relação ao direito à moradia, protegido pelo art. 6º da Constituição²³, lei superior. É também um exemplo de decisão por equidade, a “justiça do caso concreto”: a norma geral é justa, mas sua aplicação no caso concreto levaria a uma injustiça.

Também se coloca o aspecto valorativo e psicológico de que a lacuna é imprevista, na própria definição do conceito: não é só ver que algo falta, há o juízo de valor de que deveria haver algo ali, porque algo pode faltar e não haver a convicção de que aquela falta precisa ser preenchida.²⁴ Se o sistema jurídico não trata do traje para ir à missa, não há lacuna, mas simples irrelevância do fato diante do axioma “o que não está juridicamente proibido está juridicamente permitido”.

Nesse sentido, ao definir as lacunas, o mesmo autor apela à imprevisibilidade e argumenta que elas ocorrem “contra o planejamento” (*Planwidrigkeit*). O problema é o jurista detectar empiricamente essa característica, o que vai depender das circunstâncias e do hermeneuta do momento. Detectar ou não o planejamento será

²¹ BRASIL. **Lei nº 12.376, de 30 de dezembro de 2010**. Altera a ementa do Decreto-Lei no 4.657, de 4 de setembro de 1942. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12376.htm. Acesso em 20 set. 2021.

²² BRASIL. TRIBUNAL DE ALÇADA (RS). Mandado de Segurança nº 191153659/1991, 4ª Câmara Cível, São Sepé (RS).

²³ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.

²⁴ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Die Feststellung von Lücken im Gesetz** – Eine methodologische Studie über die Voraussetzungen und Grenzen der richterlichen Rechtsfortbildung praeter legem. p. 16 e 31.

também um relato atual sobre relatos referentes ao passado, e esse relato presente pode modificar o relato passado e ter “assertividade garantida” (*warranted assertability*). Significa dizer que o apelo ao passado e a intenções supostamente baseadas em evidências são argumentos atualizados nos relatos do presente.²⁵

Para melhor compreender, detectar e lidar com lacunas, a doutrina tem sugerido uma variedade de classificações, conforme se tentou aqui logo acima. Esses tipos de lacunas, como todo conceito associado a uma palavra, dependem de quem elabora a classificação e trazem os habituais problemas de sentido e alcance, ou seja, precisam de acordo sobre a definição da palavra e sobre a que eventos aquela palavra pode ser associada. Não é um objetivo aqui dissecar esses critérios, mas alguns problemas referentes a eles merecem ser mencionados, pois esclarecem dados específicos no conceito de lacunas.

O primeiro deles refere-se a classificações axiológicas, aquelas que alegam a superioridade de determinados valores sobre a literalidade do texto normativo e fundamentam interpretações que objetivam desconsiderá-la, utilizando conceitos como os de equidade e princípios, dado já apontado. Essa ideia aparece, com peculiaridades de cada autor, em classificações como lacunas críticas, de justiça, éticas, políticas, teleológicas, *de lege ferenda*... Para os críticos, a rigor não são lacunas, mas sim livre criação do direito (*Freierechtsfindung*). Aliás, o próprio conceito de lacuna da dogmática tradicional seria por inteiro inadequado.²⁶

Outro critério importante é a divisão das antinomias em reais (de colisão) e aparentes, para concluir que só nas antinomias reais há lacunas, pois naquelas aparentes, como o nome diz, o próprio sistema ofereceria meios – meta-regras – para solucionar o conflito normativo.²⁷ Ora, ocorre que não existem antinomias

²⁵ ADEODATO, João Maurício. **Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo**. São Paulo: Noeses, 2014, p. 23. RUSSELL, Bertrand. **History of Western Philosophy - and its Connection with Political and Social Circumstances from the Earliest Times to the Present Day**. London: Routledge, 1993, p. 780.

²⁶ KELSEN, Hans. **Reine Rechtslehre**. Wien: Verlag Österreich, 2000, p. 251 s.; DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 448 s.

²⁷ FERRAZ Jr., Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito – técnica, decisão, dominação**. 10. ed. São Paulo: Gen/Atlas, 2018, p. 177 s.

reais, toda antinomia é aparente diante das meta-regras da plenitude hermética do ordenamento jurídico e da proibição dogmática do *non liquet*. A obrigatoriedade de decidir é corolário da pretensão de monopólio do direito que caracteriza o Estado moderno. Meta-regras não são apenas superioridade, posteridade e especialidade. Logo, a distinção não parece importante.

Invariavelmente o texto é vago e ambíguo, por isso não faz sentido chamar de lacuna algo que constitui uma característica de toda linguagem humana. No mesmo sentido parece irrelevante o critério de que há lacuna “ordinária” sempre que o texto se revela incerto e com diferentes sentidos. Tampouco é útil a classificação de lacunas “genuínas” como o efetivo silêncio da lei ou ausência de texto sobre aquele acontecimento no ordenamento jurídico.²⁸ A primeira classificação revela sub-repticiamente a crença de que há textos em que a incerteza não acontece, ou seja, que é possível um texto unívoco, diante do qual não haveria “lacuna”. A segunda contraria o já mencionado “axioma ontológico do direito”, isto é, “o que não está juridicamente proibido está juridicamente permitido”, uma das meta-regras mais importantes do direito no Estado democrático moderno.

Merece menção aqui a teoria do diálogo das fontes, cuja estratégia consiste em o intérprete diligenciar para que sejam neutralizados aparentes conflitos entre os textos de norma, sempre que se refiram a direitos humanos e fundamentais e à proteção de vulneráveis. Trata-se de superar a visão “antinômica”, que releva o conflito e procura fazer prevalecer um texto sobre o outro, por meio das meta-regras explicadas adiante, em prol da tentativa permanente de coordenação entre eles.²⁹ Essa postura hermenêutica, por louvável que seja, não parece trazer muita novidade em relação aos axiomas da coerência e da plenitude hermética, ensejados pelo método sistemático, e ignora dois aspectos incontornáveis: primeiro, existem textos clara e efetivamente conflituosos e um tem que ser escolhido em detrimento

²⁸ RAZ, Joseph. **The authority of law**: Essays on law and morality. London: Clarendon Press, 1979, part II, 4, p. 53 s.

²⁹ BENJAMIN, Antonio Herman; MARQUES, Cláudia Lima. A teoria do diálogo das fontes e seu impacto no Brasil: uma homenagem a Erik Jayme. **Revista de Direito do Consumidor**, vol. 115, ano 27, p. 21-40. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan-fev 2018.

de outro; depois, nem todos os elementos do ordenamento jurídico dizem respeito a direitos humanos e fundamentais.

Observa-se que os conceitos não são tão simples. Definições como “um sistema jurídico é juridicamente completo se existe uma resposta completa a todas as questões jurídicas sobre as quais os tribunais têm jurisdição” ou “não existem lacunas jurídicas acerca da qualificação de certa ação se e somente se existem respostas completas para essa ação”³⁰ podem ser corretas, mas seu caráter tautológico não as faz muito úteis na prática: não há lacunas se o sistema é completo, há lacunas se não o é.

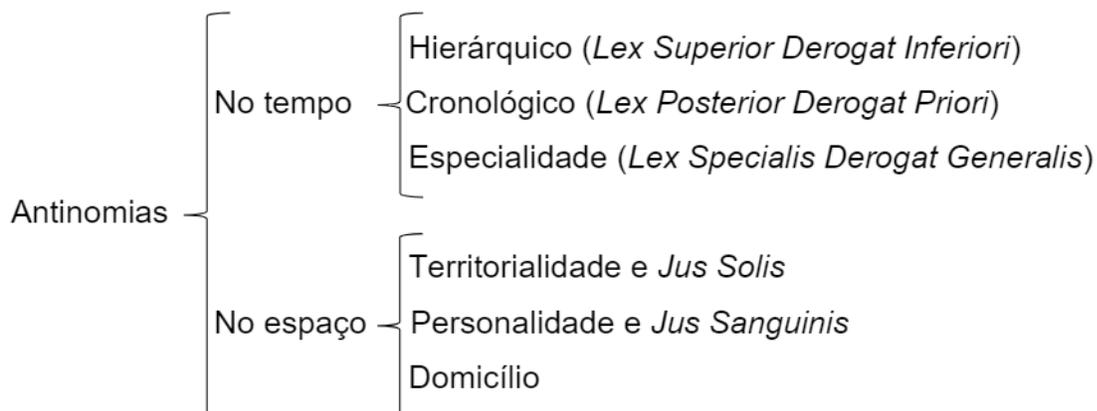
3 Antinomias entre fontes do direito são lacunas de meta-regras

Normalmente os juristas tratam o problema das antinomias separadamente do problema das lacunas, pois nas antinomias há normas demais e nas lacunas, de menos. Porém, numa visão realista como aquela já esboçada neste texto, antinomias são um tipo especial de lacunas,³¹ aqui vistas como lacunas de meta-regras.

A teoria dogmática desenvolveu critérios para tratamento de antinomias entre fontes, em geral divididas em antinomias no tempo e no espaço, que ocorrem entre leis, decisões judiciais, contratos, mas até entre costumes são possíveis, como no caso de regras costumeiras de direito de família que imigrantes pretendem manter tal como no país de origem. As antinomias no tempo, também chamadas “direito intertemporal”, “direito transitório”, dentre outras denominações, ocorrem dentro do mesmo “espaço”, ou seja, dentro de um mesmo ordenamento jurídico. As antinomias no espaço dizem respeito ao direito internacional, pois ocorrem entre ordenamentos jurídicos diferentes.

³⁰ MORESO, José Juan; NAVARRO, Pablo E.; REDONDO, Maria Cristina. Sobre la lógica de las lagunas em el derecho. **Crítica** – Revista Hispanoamericana de Filosofía, vol. 33, n. 99 (diciembre 2001), p. 47-73.

³¹ MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. **Conflitos de leis no espaço e lacunas (inter)sistêmicas**. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 197. ASCENSÃO, José de Oliveira. **Introdução à ciência do direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 523.



Fonte: Elaborado pelo autor.

Esses critérios não correspondem cada um a uma meta-regra, mas antes são feixes de meta-regras. A meta-regra da hierarquia, por exemplo, consiste de outras meta-regras correlatas, como “as regras jurídicas não têm o mesmo nível de importância dentro do sistema”, “regras jurídicas em diferentes âmbitos de jurisdição ou competência não entram em conflito de hierarquia” ou “uma decisão precisa ser produzida” (proibição do *non liquet*). A meta-regra de que deve prevalecer a lei do domicílio do agente inclui meta-regras corolárias como “toda pessoa tem um domicílio”, “não há espaço sem lei que o regule” ou “domicílio deve ser juridicamente entendido com a residência com ânimo de permanência”.

E há problemas com as meta-regras que compõem esses critérios. De início, saber se as fontes em conflito têm ou não a mesma hierarquia, pois este é o critério de maior peso na concepção de ordenamento como sistema. Segundo os interesses envolvidos, sempre há a possibilidade de argumentar que as fontes em conflito pertencem a esferas de jurisdição ou competência diferentes, com o objetivo de aplicar uma fonte inferior. Se uma lei ordinária diz que determinado imposto deve incidir com alíquota de 15% e uma portaria municipal diz que é de 10%, o fisco vai alegar o critério da hierarquia e o contribuinte pode argumentar que o fato gerador é competência exclusiva da portaria municipal e não há antinomia.

Depois, esses próprios metacritérios podem entrar em conflito. Uma pessoa residente em um país estrangeiro quer praticar determinado ato jurídico, como o casamento, mas o país onde nasceu adota o *jus solis* e o país onde vai casar o *jus sanguinis*. Ou, no caso da prática de um crime, se a lei do lugar diz que deve ser aplicada a lei do país de origem do agente e esta diz que deve ser aplicada a territorialidade, isto é a lei do local da prática do crime. A lei superveniente e inferior faz conflitar o critério do *lex posterior* com o *lex superior*. A lei especial inferior coloca a antinomia entre o *lex specialis* e o *lex superior*. E assim multiplicam-se os exemplos práticos.

Os conflitos de hierarquia têm se mostrado com importância crescente, sobretudo no Brasil, principalmente em relação à Constituição, pois muitas matérias anteriormente ordinárias foram e continuam sendo constitucionalizadas, não só por meio da legislação, mas também da jurisdição constitucional. Porém os conflitos mais comuns tradicionalmente envolvem as meta-regras cronológicas e a prevalência dos textos de norma mais recentes sobre os mais antigos, tanto na legislação quanto na jurisprudência. Daí se poder dizer que o parâmetro padrão (ou *default*) do ordenamento jurídico como sistema é a meta-regra da retroatividade, que será comentada mais à frente: a lei nova prevalece sobre a mais antiga.

Se o conflito no tempo é a antinomia mais comum, surge a relevância dogmática de saber quando um texto começa a valer, pois só assim se pode pensar em um critério cronológico para comparar textos em conflito. Isso porque haverá sempre casos nos quais alguns interesses em jogo preferirão a lei anterior e outros preferirão a lei posterior.

E pode haver antinomias entre leis simultaneamente elaboradas, colocando em dúvida até qual delas nasceu primeiro. Isso porque o processo legislativo é dividido em etapas e até parece pacífico que termina com a publicação do texto. Mas há uma curiosa discussão sobre publicação ou promulgação como momento de exigibilidade da lei, o que passa a ter grande relevância prática quando se está diante de uma antinomia. Suponham-se duas leis contraditórias, de mesmo nível ordinário. Pela meta-regra *lex posterior derogat priori*, o mais lógico é que prevaleça

a lei mais nova e vamos supor que há acordo sobre esse postulado. Pode acontecer, porém, que a penúltima fase do processo legislativo, a promulgação, da lei X ocorra antes da promulgação da lei Y. E a última fase do processo legislativo, a publicação, da lei X ocorra depois da lei Y.

Aí os juristas discutem se a lei já produz efeitos a partir de sua promulgação ou se é preciso esperar a publicação. Ficando no exemplo acima, um caso prático e importante no Brasil é o das Leis nº 8.069/1990³² (Estatuto da Criança e do Adolescente) e nº 8.072/1990³³ (Lei de Crimes Hediondos): esta foi publicada antes e aquela foi promulgada antes. Nas antinomias entre as duas leis, qual deve prevalecer, qual é a *lex posterior*? A própria meta-regra encontra interpretações divergentes.

Aliando a lógica aos dados empíricos, sabe-se que a publicação é fase posterior à promulgação, pois só se pode divulgar o que já se completou. A publicação é essencial por significar a chancela final e pública ao que foi internamente decidido. Tudo o que vem antes é processo legislativo, cada fase com suas características. E nem basta somente a publicação: se houver validade com vacância o processo legislativo só termina com a vigência, a entrada em vigor.

O argumento de que a lei está pronta e acabada com a promulgação é difícil de conciliar com a meta-regra de que uma lei só pode ser exigida após sua publicação: “A promulgação é mero ato executório da tramitação legislativa.” E “Contam-se da publicação e não da promulgação os prazos estabelecidos na lei.”³⁴ A função da publicação, corolário ao objetivo da publicidade, é também dotar a lei de exigibilidade, coercitividade.

³² BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.** Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em 20 set. 2021.

³³ BRASIL. **Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990.** Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm. Acesso em 20 set. 2021.

³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança 983.** Relator: Ministro Ribeiro da Costa. Acórdão de 08 de junho de 1949. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/12089/11008>. Acesso em 30.09.2021.

Ora, com a promulgação, diz-se que a lei se torna executória, mas é somente depois de publicada que ela adquire obrigatoriedade, porque, como acentua Bevilacqua, sem ser conhecida, não poderia reclamar obediência aos seus preceitos.³⁵

A primeira tarefa do hermenêuta, então, ao abordar um conflito entre fontes do sistema, é determinar-lhes a hierarquia, considerando, repita-se, todas as meta-regras que compõem esse grande feixe de meta-regras que é o critério hierárquico. Caso se conclua que as fontes em conflito, no mesmo âmbito de incidência, têm hierarquias distintas, prevalecerá aquela que ocupa o nível superior no sistema, a *lex superior derogat inferiori*; caso se decida pela mesma hierarquia, prevalecerá a mais recente, *lex posterior derogat priori*.

O próximo passo, que diz respeito ao problema do alcance ou vagueza da linguagem, é apreciar se um texto é mais específico do que o outro, tendo em vista a meta-regra *lex specialis derogat generali*. Lembre-se que essas estratégias para tratar antinomias específicas e lacunas em geral são gestadas em um ambiente hermenêutico tradicional, no qual a doutrina dominante considera a própria interpretação um procedimento seletivo, a ser aplicado diante de

(...) lei obscura por defeitos de sua redação, ou duvidosa com relação aos fatos ocorrentes ou silenciosa. Por conseguinte, [a interpretação] não tem lugar sempre que a lei, em relação aos fatos sujeitos ao seu domínio, é clara e precisa.³⁶

Um exemplo de que, no aparente conflito entre textos de normas da mesma hierarquia, a norma especial prevalece sobre a geral: o princípio geral está no art. 5º, XXXVIII da CF³⁷, estatuindo a competência do tribunal do júri nos crimes dolosos contra a vida praticados pelos cidadãos comuns; as normas especiais são aquelas dos foros privilegiados por prerrogativa, pelas quais a mesma Constituição Federal

³⁵ FRANÇA, Rubens Limongi. **Hermenêutica jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 81.

³⁶ BAPTISTA, Francisco de Paula. **Compêndio de hermenêutica jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 4, que critica Savigny pela afirmação de que a interpretação é sempre necessária, mostrando que o debate já existia no século XIX.

³⁷ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.

exclui o tribunal do júri para juízes e outras autoridades pela prática dos mesmos crimes comuns. Essas normas estão nos textos do artigo 102, inciso I, alíneas “b” e “c”, que dão competência ao Supremo Tribunal Federal para processar e julgar originariamente as determinadas autoridades federais; do artigo 105, inciso I, alínea “a”, que atribui a mesma competência ao Superior Tribunal de Justiça para julgar outras autoridades; do art. 108, inciso I, alínea “a”, que disciplina que autoridades devem ser julgadas pelos Tribunais Regionais Federais; e do art. 96, inciso III, que enumera as autoridades a serem julgadas pelos Tribunais de Justiça estaduais.

Há discussão sobre isso, mas certamente prevalece o entendimento do foro privilegiado. Mesmo que contrarie até meta-regras de alto nível como a da isonomia, pois o art. 5º da CF³⁸ afirma que “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza...” É peculiar como o sistema assumiu o relato de que o tribunal do júri é mais duro para o réu, pois a lei quer privilegiar pessoas liberando-as dessa forma de julgamento.

Pode acontecer que os textos da lei se contradigam dentro de um mesmo diploma legal, se interpretados literalmente, e cabe à jurisprudência e à doutrina promover a conciliação da antinomia. Por exemplo: o art. 24 da Constituição³⁹ afirma que “Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: I – direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico;” E logo adiante, no art. 30: “Compete aos Municípios: III – instituir e arrecadar os tributos de sua competência (...)” O problema é que só se podem instituir tributos por meio de lei, é o “princípio da legalidade” ou “da reserva legal”, e o município não está incluído no rol dos que têm competência para legislar sobre a matéria.

Mais do que no âmbito da mesma lei, há exemplo de conflito no mesmo artigo, como no art. 2º do Código Civil de 2002⁴⁰, que já estava presente no código anterior, de 1916: “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.” Ora, a

³⁸ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.**

³⁹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.**

⁴⁰ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em 26 mai. 2021.

personalidade é pressuposto da capacidade (de ter direitos), conforme expressa todo o capítulo I do título I do livro I da parte geral do Código Civil⁴¹. Em outras palavras, pode haver pessoa sem capacidade, mas não direito subjetivo sem personalidade: se somente uma pessoa pode ser sujeito de direito, como a personalidade começa com o nascimento com vida e o nascituro, que ainda não nasceu, não é pessoa, tem direitos?

Um último exemplo: a própria Constituição brasileira garante a prevalência de normas gerais supervenientes, ou posteriores, sobre normas especiais anteriores, ou seja, faz a norma geral prevalecer sobre a especial, quando a geral é posterior: em outras palavras, faz prevalecer a meta-regra da *lex posterior* sobre a da *lex specialis*, contrariando a meta-regra de que a lei especial prevalece sobre a geral. Ao tratar das competências, no art. 24, § 4º, a Constituição⁴² afirma que “A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário.” Isso significa que, se a União não exerceu sua competência para disciplinar de forma geral determinada matéria, o estado-membro é livre para legislar. Se, porém, a União lança norma geral que contradiz aquela anteriormente elaborada pelo estado-membro, seja em aspectos gerais ou especiais, a lei da União prevalecerá. Para complicar, o § 2º do art. 2º da LINDB⁴³ parece ir em sentido contrário ou pelo menos exigir uma conciliação: “A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior.”

Imagine-se que a União publique uma lei (geral), estabelecendo a gratuidade da justiça para toda e qualquer demanda no Brasil. Essa lei, nos termos do § 4º do art. 24 da Constituição⁴⁴ mencionado acima, deverá revogar todas as leis estaduais que estabeleçam alíquotas para pagamento de custas judiciais. Apesar de o texto falar de “superveniência de lei federal sobre normas gerais...”, a lei federal

⁴¹ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.**

⁴² BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.**

⁴³ BRASIL. **Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942.**

⁴⁴ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.**

prevaleceria também sobre as normas especiais de cada estado-membro a respeito das alíquotas de cobrança.

Essas falhas no entendimento literal da lei há tempos provocavam críticas à única resposta correta da *École d'exégèse* e seu "método tradicional", inclusive na doutrina francesa: "E primeiro pretendo combater esse *fetichismo da lei escrita e codificada*, que constitui o primeiro traço distintivo, ao mesmo tempo que o mais saliente, do método tradicional".⁴⁵ Essa visão crítica ao legalismo fez reconhecer a existência de lacunas, em um sistema incompleto e contraditório, a ponto de a própria lei, depois de proibir até a interpretação, na versão inicial do Código Civil napoleônico, passar a mencionar expressamente as vias para integração do sistema jurídico.

4. Vias dogmáticas para tratamento de lacunas: integração do ordenamento jurídico

A distinção entre integração e interpretação em sentido estrito está conectada à distinção entre decisão *secundum legem* (interpretação) e *praeter legem* (integração). Em outras palavras, a interpretação parte de um texto expresso, que se adequa especificamente ao caso concreto, enquanto na integração esse texto precisa ser criado pela decisão do caso e ali mesmo exaure sua eficácia.⁴⁶ Sobre a integração, o sistema jurídico brasileiro diz que "Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito." Este texto vem da Lei de Introdução ao Código Civil e permanece até hoje no art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro⁴⁷, que alterou somente a ementa do referido Decreto-Lei. Ou seja, tem uma longa tradição no direito positivo brasileiro.

⁴⁵ GENY, François. **Méthode d'interprétation et sources em droit privé positif**. Paris: Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence, 1932, Tome Premier, p. 70.: "*Et d'abord, j'entends m'attaquer à ce fetichisme de la loi écrite et codifiée, qui forme le premier trait distinctif, em même temps que le plus saillant, de la méthode traditionnelle.*"

⁴⁶ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. São Paulo: Forense, 2017, p. 196.

⁴⁷ BRASIL. **Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**.

Enumeradas expressamente, as vias para integrar ou inteirar o ordenamento jurídico, para todo e qualquer problema juridicamente relevante, são assim a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito.

A equidade foi acrescentada às três vias integradoras pelo inciso IV do art. 108 do Código Tributário Nacional⁴⁸ (CTN, Lei 5172 de 25 de outubro de 1966). Característica importante no direito brasileiro, a emenda constitucional nº 1/1969 criou a figura da lei complementar, que é vista como hierarquicamente superior à lei ordinária. O CTN⁴⁹ foi criado antes de existir a figura da lei complementar, logo, é uma lei ordinária, do ponto de vista formal no sistema. Porém, como a Constituição de 1967 determinou que toda legislação tributária de caráter geral tivesse o *status* de lei complementar, considera-se o CTN⁵⁰ recepcionado, até hoje, com o nível de lei complementar. O art. 146, III, da Constituição⁵¹ atual, mantém que “cabe à lei complementar estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária.”

Esses artigos hermenêuticos do CTN⁵² são considerados, à semelhança da LINDB⁵³ e da antiga Lei de Introdução ao Código Civil, “lei das leis”, aplicáveis ao sistema jurídico estatal brasileiro em geral e não apenas ao direito tributário. A respeito das vias para integração de lacunas, o CTN tem teor semelhante à LINDB, com três diferenças importantes: 1. Exclui o costume, que não pode ser fonte do direito tributário, devido à meta-regra conhecida como “estrita legalidade” ou “reserva legal”: tributos só podem ser criados por legislação. 2. Acrescenta a equidade como meio de integração, além dos princípios gerais do direito tributário. 3. E estabelece uma hierarquia expressa entre os meios integradores, nesta ordem: analogia, princípios gerais de direito tributário, princípios gerais de direito público e equidade (art. 108 do CTN⁵⁴).

⁴⁸ BRASIL. **Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966.** Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm. Acesso em 30 set. 2021.

⁴⁹ BRASIL. **Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966.**

⁵⁰ BRASIL. **Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966.**

⁵¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.**

⁵² BRASIL. **Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966.**

⁵³ BRASIL. **Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942.**

⁵⁴ BRASIL. **Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966.**

Essas vias têm a função de responder à proibição do *non liquet* pretendida pelo Estado moderno, a qual leva à necessidade pragmática de decidir mesmo diante de lacunas, ou seja, o órgão estatal não se pode eximir de decidir alegando lacuna: tem que preenchê-la e conciliar antinomias.

A Lei de Introdução⁵⁵ traz também outras importantes meta-regras hermenêuticas como o art. 3º, “Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece”, e o art. 5º, “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

A primeira via integradora é a analogia, que se emprega quando não é desejável ou possível utilizar a interpretação extensiva. Esta deve ser a primeira opção porque o aplicador toma um texto existente e apenas amplia seu alcance para atingir o caso semelhante que tem diante de si. Aí não se fala em lacuna, trata-se de uma interpretação *secundum legem*. Se o texto normativo proíbe cães no recinto e o sujeito surge com um lobo, não é necessária a criação de uma norma concreta, a interpretação extensiva decorrerá do método teleológico, pois é clara a finalidade da lei.

A interpretação extensiva não cria nova norma, apenas amplia o alcance de um texto pré-existente no sistema para um caso que provavelmente não foi pensado pelo legislador anterior. Já a analogia é forma de integração de lacuna, e assim, por definição, cria nova norma.

Por óbvio o pensamento analógico não é empregado apenas como uma das vias para preenchimento de lacunas, ela pode também ajudar na interpretação de um texto preexistente ou até, no outro extremo, na livre determinação do direito, quando há total ausência de texto. Quase sempre, porém, a analogia é chamada a suprir lacunas, pois invariavelmente ultrapassa o sentido literal do texto.⁵⁶

⁵⁵ BRASIL. Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942.

⁵⁶ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Die Feststellung von Lücken im Gesetz** – Eine methodologische Studie über die Voraussetzungen und Grenzen der richterlichen Rechtsfortbildung praeter legem. Berlin: Duncker & Humblot, 1983, p. 25.

A segunda via de integração posta no sistema jurídico brasileiro é o costume. Quando a Lei de Introdução⁵⁷, do ano 2000, repete a antiga ideia legalista, de 1942, de que o costume é uma via para preenchimento de lacuna, fica nítida a concepção exegética do legislador, que considera o costume como fonte secundária e reduz o direito à lei. Isso impressiona mais ainda em um país no qual o Estado não consegue monopolizar a distribuição do direito e costumes imperam aqui e ali, inclusive com caráter *contra legem*. Para um positivismo mais amplo, ainda que tradicional e não necessariamente de viés sociológico, o costume é uma fonte formal do direito,⁵⁸ pois se existe costume, há norma, logo, não há lacuna nem necessidade de integração do sistema, o costume é direito. De toda forma, a lei brasileira comanda a utilização do costume para suprir lacunas na legislação.

Uma terceira maneira de integrar o sistema em casos de lacuna são os chamados princípios, princípios gerais do direito. Há um debate sobre se faria sentido distinguir princípio de norma ou de regra jurídica. De acordo com o critério tradicional, que se pode chamar de grau de generalidade, os princípios seriam mais gerais e, pelo maior alcance, mais importantes do que as normas comuns.⁵⁹ Esse critério para conceituar os princípios é, contudo, muito ambíguo e há situações em que não se consegue determinar o que é mais ou menos genérico.

Um critério mais qualitativo distingue princípios e regras como espécies de normas. Em comum, são expressões de dever ser. Diferem na medida em que “princípios são normas que comandam que algo seja realizado na maior medida possível, em relação às possibilidades jurídicas e fáticas. Por conseguinte, princípios são *mandamentos de otimização*.” E regras, por seu turno, “são normas que sempre podem ser obedecidas ou não”.⁶⁰

⁵⁷ BRASIL. **Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942.**

⁵⁸ AFTALIÓN, Enrique e VILANOVA, José. **Introducción al Derecho**, ed. Julio Raffo. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2. ed. 1998, p. 693.

⁵⁹ BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. 2.ed. São Paulo: Edipro, 2003, p. 81.

⁶⁰ ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1986, p. 73 e 75-76.

Para outros autores, não há uma distinção de conteúdo, pois a efetiva diferença entre princípio e regra está na forma verbal, na linguagem empregada. Mais do que o grau de generalidade, é forçoso reconhecer que os enunciados dos princípios são mais vagos e ambíguos justamente para ensejar decisões de livre criação do direito no manuseio das lacunas.

A corrente contrária ao que consideram excesso de alegações de princípios para fundamentar decisões, afirma que essa estratégia traz insegurança e dificulta a fundamentação. Muitas vezes existe regra específica para o caso, mas a decisão toma um significado diferente, em referência a um princípio vago como “dignidade da pessoa humana”, e alega-se a superioridade hierárquica do princípio em relação à regra específica. Daí sua extrema “indeterminação normativa”.⁶¹ Do ponto de vista da prática jurídica, alegar princípios não constitui apenas um caminho para preencher lacunas, mas também para encontrá-las.⁶²

Conflitos entre regras são diferenciados de conflitos entre princípios, desde que se aceite a distinção entre regra e princípio, o que é objeto das mencionadas discussões, que não cabem ser analisadas aqui.⁶³ Os conflitos entre regras só podem ser tratados de duas formas: ou por uma “cláusula de exceção” (meta-regra), que diga qual das regras conflitantes deve prevalecer, ou declarando uma das regras inválida para fazer prevalecer a outra. No conflito entre princípios isso não acontece, pois nem é necessário um meta-princípio nem que um dos princípios em conflito seja invalidado. A solução está no peso de cada princípio naquele caso específico, fazendo com que um prevaleça e outro se retraia.⁶⁴ Mesmo se

⁶¹ SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo para céticos**. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 60 e 62.

⁶² CANARIS, Claus-Wilhelm. **Die Feststellung von Lücken im Gesetz** – Eine methodologische Studie über die Voraussetzungen und Grenzen der richterlichen Rechtsfortbildung praeter legem. Berlin: Duncker & Humblot, 1983, p. 93-94.

⁶³ Para isso, v. BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro/ São Paulo/ Recife: Renovar, 2005.

⁶⁴ ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1986, p. 77-79. ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios** – Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 54.

procedente a distinção entre regras e princípios, portanto, não há antinomias de princípios nem relevância para o problema das lacunas.

A equidade, última via para decidir antinomias e integrar lacunas, tem como uma de suas características mais importantes a necessidade de ser *pro bono*, isto é, para o bem da parte envolvida. Não se pode alegar equidade para aumentar o rigor da decisão, ela só pode ser invocada para suavizá-lo. Em alguns casos a equidade pode ser uma via efetiva para tratamento de lacunas: chega-se a duas soluções diferentes e aí deve prevalecer a mais benevolente. Em outros, a equidade não preenche lacuna propriamente, mas sim uma lacuna de valor, axiológica ou inautêntica, já comentada acima, quando o aplicador dispõe de um texto específico, mas sua aplicação parece flagrantemente injusta.

Observe-se o texto do art. 16 da Lei 8.213/1991⁶⁵, que disciplina os beneficiários da pensão por morte. A lei coloca expressamente os pais da (o) segurada (o) falecida (o) em segundo lugar na hierarquia, na “classe 2”, após a (o) companheira (o), e disciplina em seguida que se houver alguém habilitado na “classe 1”, as demais classes são excluídas. Contra a letra da lei, um exemplo de equidade é conceder o benefício à mãe idosa e dependente que vivia com o (a) segurado (a), separado de fato da (o) companheira (o), com a (o) qual não tinha qualquer contato, mesmo tendo declaração de união estável.

Outro exemplo é aquele caso da ação judicial entre a cidadã de Caçapava do Sul e a Caixa Econômica Federal exposto acima. No mesmo sentido, há vários trechos da legislação, no direito penal ou inclusive no art. 112 do CTN⁶⁶, dentre outros, que comandam seja feita a interpretação mais favorável ao acusado.

⁶⁵ BRASIL. **Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991.** Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm. Acesso em 30 set. 2021.

⁶⁶ BRASIL. **Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966.**

5. Retroatividade da lei e impedimentos: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada

Para introduzir alguns problemas práticos que são gerados pelos conflitos entre textos de normas, um dos temas mais importantes, e que ocorre em todos os ramos do direito, é o dos impedimentos à retroatividade, isto é, exceções à meta-regra genérica, já referida, de que as fontes mais recentes devem prevalecer sobre as mais antigas, desde que tenham a mesma hierarquia. Fácil perceber por que ocorrem esses conflitos.

(...) as situações jurídicas que entretecem o mundo da intersubjectividade, consideradas em relação ao seu conteúdo ou aos efeitos que produzem, também têm o seu tempo de vida – que, em regra, não coincide exatamente com o tempo de vigência das normas que se lhes referem.⁶⁷

Nesses casos de conflito de leis no tempo, sempre a lei anterior será mais benéfica para alguns e a lei posterior, para outros. Foi dito que a meta-regra básica é que a lei posterior prevalece, mas aí vêm as três exceções, que no Brasil têm dignidade constitucional (art. 5º, XXXVI⁶⁸): o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

Esses dois últimos impedimentos à retroação são mais fáceis de detectar, como se vai observar a partir de sua definição. O grande problema hermenêutico é determinar o direito adquirido. Isso porque, caso o sistema decida que se trata de uma expectativa de direito, prevalece a lei nova, que retroage; caso determine que se trata de direito adquirido, a lei anterior permanece valendo para aquele caso, mesmo com a vigência da lei nova. É possível ordenar estes conceitos em sequência cronológica: em primeiro lugar, tem-se a expectativa do direito, depois o direito adquirido e, por fim, o direito consumado ou ato jurídico perfeito. Se o direito for questionado, o sistema decidir reconhecê-lo e extinguirem-se os prazos de todos os recursos possíveis, fala-se em coisa julgada.

⁶⁷ BRONZE, Fernando José. **Lições de introdução ao direito**. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 769.

⁶⁸ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**

Saber se o caso é de direito adquirido ou ato jurídico perfeito não tem tanta importância prática, pois em ambos os casos a nova regra está impedida de retroagir, assim como no caso de coisa julgada.

Um bom exemplo da doutrina tradicional mais simples sobre os impedimentos à retroatividade está nos debates ocorridos no STF.⁶⁹ O problema surgiu do cipoal de decisões legais e judiciais sobre as malfadadas experiências de governos ineficientes e seus até hoje festejados economistas, cujos planos, além de não funcionarem, trouxeram inúmeros problemas de lacunas sobre antinomias.

O STF decidiu que o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), ao contrário do que sucede com as cadernetas de poupança, não tem natureza contratual, mas, sim, estatutária, por decorrer da lei e por ela ser disciplinado. Assim resolveu aplicar jurisprudência do próprio STF no sentido de que não há direito adquirido a regime jurídico. Esta é a posição do Supremo Tribunal Federal, que rejeita a retroação quando a lei nova pretender alterar efeitos futuros de fatos consolidados no âmbito da lei antiga, independentemente da natureza da lei nova.

A tese contrária, alegada pela parte derrotada, defende que não se pode alegar direito adquirido ou ato jurídico perfeito diante de “leis de ordem pública”, conceito confuso cujo significado parece apenas se referir a problemas de interesse do governo.

Este é um exemplo de meta-regra criada pela jurisprudência, com eficácia *erga omnes*, vale dizer, reflexos em diversos outros casos: não há direito adquirido a regime jurídico.

Os impedimentos à retroatividade visam garantir a segurança do direito diante de sua mutabilidade: alterar o regime legal de uma relação jurídica pode prejudicar efeitos jurídicos de fatos consolidados antes da lei nova.⁷⁰

⁶⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). Recurso Extraordinário (RE) 226.855-7/RS. (Relator: Ministro Nelson Jobim. Acórdão publicado no **Diário da Justiça** de 13/10/2000, p. 270, publicado também na **Revista Trimestral de Jurisprudência**, volume 174, tomo III, p. 916 s.

⁷⁰ RÁO”, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 367-369.

Expectativa de direito é como a dogmática jurídica denomina a situação em que sobrevém um novo texto, modificando o tratamento jurídico da matéria, porém o fato aquisitivo do direito ainda não se completou. Aí o efeito previsto na norma não se produz, pois seu fato gerador permanece inacabado.

Na expectativa de direito, faltam um ou mais elementos essenciais à constituição daquele direito subjetivo. E ela não é protegida contra a retroatividade da lei, não é um impedimento. Interessante observar que, em situações específicas, mesmo que não proteja contra a lei nova, a expectativa de direito, apesar do nome, é um direito subjetivo efetivo, oponível contra terceiros.

Um exemplo: o Código Civil⁷¹, em seu art. 125, estatui que “Subordinando-se a eficácia do negócio jurídico à condição suspensiva, enquanto esta se não verificar, não se terá adquirido o direito, a que ele visa.” Em outras palavras, é expresso que não existe direito adquirido quando há condição suspensiva. Entretanto, o art. 130 diz: “Ao titular do direito eventual, nos casos de condição suspensiva ou resolutiva, é permitido praticar os atos destinados a conservá-lo.” Embora o sujeito tenha apenas uma expectativa de direito, portanto, ele pode entrar em juízo para proteger essa expectativa, ou seja, tem um direito subjetivo, a faculdade de fazer ou omitir algo sob a proteção do direito objetivo, no caso, da lei. Imagine-se um pai que faz doação de um imóvel ao filho, condicionando o ato a ele se formar em medicina. Se esse imóvel é invadido por terceiro, o filho tem direito de tomar medidas, por exemplo, entrar com uma ação reivindicatória para proteger o bem sobre o qual não tem direito adquirido, mas mera expectativa, até satisfazer a condição suspensiva de se formar em medicina.

Um segundo exemplo está no art. 549, também do Código Civil⁷²: “Nula é também a doação quanto à parte que exceder à de que o doador, no momento da liberalidade, poderia dispor em testamento.” Tal doação, chamada “inoficiosa”, prejudica uma expectativa de direito, aquela que os herdeiros têm obrigatoriamente em relação a uma parte da herança, por isso mesmo sendo chamada de

⁷¹ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

⁷² BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

“necessária”. Se o doador tem um patrimônio de 10 mil reais e faz uma doação de 8 mil, o ato é válido até 5 mil (a metade disponível) e nulo quanto aos 3 mil que atingem a metade necessária. O direito objetivo anula a doação de pessoa viva para proteger futuros herdeiros, os quais não têm direito adquirido, mas mera expectativa de direito.

O direito adquirido decorre de fatos jurídicos passados, cujas consequências ainda não se efetivaram. O fato sucedeu, mas não se fez valer em sua plenitude. No direito adquirido todos os elementos estão presentes, mas o titular ainda não começou a exercer seu direito. Ele existe, pois o fato aquisitivo aconteceu por completo, mas por alguma razão ainda não se operaram os efeitos dele resultantes. Nesta hipótese, a Constituição assegura que tais efeitos se produzam regularmente, ao tempo próprio, tal como previsto na norma que regeu a sua formação, nada obstante a existência da lei nova.

Suas duas características: o direito adquirido é líquido, quer dizer, disponível, está pronto para ser exercido; e certo, ou seja, garantido pelo direito objetivo, pela lei. Mas, apesar de líquido e certo, o direito adquirido é um direito subjetivo que ainda não se fez valer em todos os seus possíveis efeitos, não foi inteiramente realizado. Se o tiver sido, já se torna direito consumado ou ato jurídico perfeito.

O problema aqui é dizer se todos os elementos essenciais estão presentes para substituir a expectativa de direito pelo direito adquirido, pois “A distinção entre direito adquirido e mera expectativa é muito difícil de traçar.”⁷³ Vejam-se os argumentos que sempre ressurgem na discussão sobre a aposentadoria dos funcionários públicos e os diferentes interesses envolvidos, partindo da assertiva de que a lei nova é sempre mais prejudicial ao funcionário. Quando a expectativa de direito (à qual faltam um ou mais elementos essenciais) se torna direito adquirido (líquido e certo, porém ainda não exercido)? Indo da hermenêutica mais favorável para a mais desfavorável ao funcionário, o direito adquirido se constitui: quando o

⁷³ ASCENSÃO, José de Oliveira. **Introdução à ciência do direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 540.

funcionário concursado é nomeado. Depois, quando o período aquisitivo se completou. Depois, só se o funcionário, além de completar o período aquisitivo, requereu a aposentadoria. Depois, somente se a aposentadoria foi deferida, mesmo que o funcionário ainda não tenha se aposentado. Finalmente, só tem direito adquirido quando se aposentou definitivamente.

E nada impede de imaginar, sobretudo no Brasil, que as próprias aposentadorias consolidadas sejam atingidas e diminuídos os direitos de seus titulares, isto é, desrespeito a direitos adquiridos e até a atos jurídicos perfeitos, desde que haja interesse político e acordo entre os poderes. Veja-se o caso dos 11% da contribuição previdenciária ao INSS: depois de algumas idas e vindas, aposentados que não pagavam há anos passaram a pagar e o sistema judiciário consolidou a jurisprudência de que os aposentados não tinham direito adquirido ao não pagamento.

O ato jurídico perfeito já foi efetivado em uma ou mais situações, produzindo todos os seus efeitos, e por isso pode ser claramente comprovado. Era chamado de direito consumado. A expressão foi considerada imprecisa, pois, embora consumado naquela ocasião concreta, o direito subjetivo protegido como ato jurídico perfeito voltaria a ser usado, não estava consumado no sentido de para sempre consumido, extinta sua eficácia.

Como exemplo, imagine-se o caso do direito de alguém ao diploma de advogado, após obter o diploma de bacharel em direito e a aprovação no exame da OAB.

De estudantes do terceiro ou quinto ano que estão fazendo o curso de direito a bacharéis inscritos para fazer o exame de ordem, todos têm expectativa de direito às condições legais do momento. Se vier uma lei nova que exige um segundo exame de ordem para advogar em tribunais superiores, esses estudantes e bacharéis não estão protegidos contra ela e terão que fazer os dois exames.

Outro é o caso de um advogado que passou no exame de ordem único e, quando vai receber o diploma de advogado, é publicada a lei nova que exige o

segundo exame. Este advogado tem direito adquirido às regras anteriores e não precisará fazer o segundo exame.

Um advogado diplomado que já atuou em uma causa tem mais do que um direito adquirido, no sentido de que seu direito já produziu efeito e foi incorporado ao ordenamento jurídico, é o caso do ato jurídico perfeito. Aqui tanto o fato aquisitivo quanto seus efeitos já ocorreram, o que garante mais firmemente ainda a imunização contra a lei nova.

A separação entre esses conceitos limítrofes é sempre complexa, mas o crucial aqui é determinar se uma situação configura expectativa de direito ou direito adquirido, pois isso significará a incidência da lei velha ou da lei nova, conforme já salientado acima.

O emaranhado de conceitos desenvolvidos pela dogmática jurídica moderna não se tem mostrado capaz de lidar com os problemas da sociedade ocidental e mundial hipercomplexas, em constante e vertiginosa transformação. As lacunas, aí incluídas as antinomias, tornam-se onipresentes e os critérios tradicionalmente utilizados para tratá-las vão se tornando disfuncionais. Como o significado das palavras escapa da literalidade para o arbítrio dos interesses, só o desenvolvimento de instituições⁷⁴ sólidas que fixem os significados dos conceitos jurídicos podem controlar o arbítrio hermenêutico, tais como respeito ao texto, rígida isonomia, submissão à jurisprudência dos tribunais, abolição de privilégios legalizados e muitas outras.

⁷⁴ GEHLEN, Arnold. Mensch und Institutionen. In: GEHLEN, Arnold. **Anthropologische Forschung** – Zur Selbstbegegnung und Selbstentdeckung des Menschen. Reinbeck bei Hamburg: Rowohlt, 1961, p. 69-77.

Referências:

ADEODATO, João Maurício. **Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo**. São Paulo: Noeses, 2014.

AFTALIÓN, Enrique e VILANOVA, José. **Introducción al Derecho**, ed. Julio Raffo. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2. ed. 1998.

ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1986.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Introdução à ciência do direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios** – Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2009.

BAPTISTA, Francisco de Paula. **Compêndio de hermenêutica jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1984.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro/ São Paulo/ Recife: Renovar, 2005.

BENJAMIN, Antonio Herman; MARQUES, Cláudia Lima. A teoria do diálogo das fontes e seu impacto no Brasil: uma homenagem a Erik Jayme. **Revista de Direito do Consumidor**, vol. 115, ano 27, p. 21-40. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan-fev 2018.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. 2.ed. São Paulo: Edipro, 2003.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 20 set. 2021.

BRASIL. **Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em 20 set. 2021.

BRASIL. **Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966**. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm. Acesso em 30 set. 2021.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.** Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em 20 set. 2021.

BRASIL. **Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990.** Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm. Acesso em 20 set. 2021.

BRASIL. **Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991.** Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm. Acesso em 30 set. 2021.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em 26 mai. 2021.

BRASIL. **Lei nº 12.376, de 30 de dezembro de 2010.** Altera a ementa do Decreto-Lei no 4.657, de 4 de setembro de 1942. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12376.htm. Acesso em 20 set. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277/DF.** Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em 20 set. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132/RJ.** Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>. Acesso em 20 set. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 4.650/DF.** Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10329542>. Acesso em 20 set. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). **Habeas Corpus 124.306/RS.** (HC 124306, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 09/08/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-052 DIVULG 16-03-2017 PUBLIC 17-03-2017). Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12580345>. Acesso em 20.09.2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança 983**. Relator: Ministro Ribeiro da Costa. Acórdão de 08 de junho de 1949. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/12089/11008>. Acesso em 30.09.2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). **Recurso Extraordinário (RE) 226.855-7/RS**. (Relator: Ministro Nelson Jobim. Acórdão publicado no Diário da Justiça de 13/10/2000, p. 270, publicado também na Revista Trimestral de Jurisprudência, volume 174, tomo III, p. 916 s.

BRASIL. TRIBUNAL DE ALÇADA (RS). **Mandado de Segurança no 191153659/1991**, 4ª Câmara Cível, São Sepé (RS).

BRONZE, Fernando José. **Lições de introdução ao direito**. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Die Feststellung von Lücken im Gesetz** – Eine methodologische Studie über die Voraussetzungen und Grenzen der richterlichen Rechtsfortbildung praeter legem. Berlin: Duncker & Humblot, 1983.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números 2020**: ano-base 2019. Brasília: CNJ 2020. <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/08/rel-justica-em-numeros2020.pdf> Acesso em 20. set. 2021.

FERRAZ Jr., Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito** – técnica, decisão, dominação. São Paulo: Gen/Atlas, 2018.

FRANÇA, Rubens Limongi. **Hermenêutica jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

GEHLEN, Arnold. Mensch und Institutionen. In: GEHLEN, Arnold. **Anthropologische Forschung** – Zur Selbstbegegnung und Selbstentdeckung des Menschen. Reinbeck bei Hamburg: Rowohlt, 1961.

GENY, François. **Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif**, Tome Premier. Paris: Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence, 1932.

HOBBS, Thomas. **Leviathan**, or, matter, form and power of a commonwealth ecclesiastical and civil. London / Chicago / Toronto: Robert Hutchins / Encyclopaedia Britannica, 1993.

KELSEN, Hans. **Reine Rechtslehre**. Wien: Verlag Österreich, 2000.
LAÉRTIOS, Diôgenes. **Vidas e doutrinas dos filósofos ilustres**, trad. Mário da Gama Kury. Brasília: Ed. UnB, 1977.

LUHMANN, Niklas. Systemtheoretische Beiträge zur Rechtstheorie. In LUHMANN, Niklas. In **Ausdifferenzierung des Rechts**. Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie. Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1981.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. São Paulo: Forense, 2017.

MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. **Conflitos de leis no espaço e lacunas (inter)sistêmicas**. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

MORESO, José Juan; NAVARRO, Pablo E.; REDONDO, Maria Cristina. Sobre la lógica de las lagunas em el derecho. **Crítica** – Revista Hispanoamericana de Filosofía, vol. 33, n. 99 (diciembre 2001).

PLATO. **Philebus**, in The dialogues of Plato, translated by Benjamin Jowett, Great Books of the Western World, Chicago: Encyclopaedia Britannica, 1990, vol. 6, p. 609-639.

RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

RAZ, Joseph. **The authority of law: Essays on law and morality**. London: Clarendon Press, 1979.

RITTER, Joachim; GRÜNDER, Karlfried. **Historisches Wörterbuch der Philosophie**. Basel: Schwabe & Co., 1998, Band 10.

RUSSELL, Bertrand. **History of Western Philosophy - and its Connection with Political and Social Circumstances from the Earliest Times to the Present Day**. London: Routledge, 1993.

SEXTUS EMPIRICUS. **Grundriß der pyrrhonischen Skepsis**, eingeleitet und übersetzt von Malte Hossenfelder. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1985.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo para céticos**. São Paulo: Malheiros, 2012.

UEDING, Gert (Hrsg.). **Historisches Wörterbuch der Rhetorik**. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 2009, Band 9.