

“Quando a lei for omissa...”

Sobre a controvertida noção de princípio geral de direito

Fábio Perin Shecaira*

Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito. (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, artigo quarto)

1. Introdução

Não há consenso entre juristas brasileiros quanto ao sentido de “princípios gerais de direito”, expressão que aparece no artigo quarto da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) e descreve – assim como “analogia” e “costumes” – um dos *mecanismos institucionais de integração do direito*. Grifo “mecanismos institucionais de integração do direito” porque nessa expressão figuram conceitos que exigem elucidação. São conceitos técnicos, de teoria geral do direito.

(A) Os mecanismos em questão são *institucionais* porque são oficialmente reconhecidos como mecanismos de integração do direito. Sistemas jurídicos reais também podem incluir mecanismos não reconhecidos de integração do direito. Trata-se de materiais interpretativos ou métodos argumentativos que são frequentemente usados por juízes quando a lei é omissa, mas que não são oficialmente reconhecidos pelos próprios juízes, legisladores e demais agentes institucionais. Aliás, o artigo quarto da LINDB não diz nada sobre a jurisprudência. Isso sugere, à primeira vista, que a jurisprudência não é oficialmente reconhecida como mecanismo de integração do direito no Brasil¹. O mesmo costuma ser dito a respeito de

* Professor Adjunto da Faculdade Nacional de Direito (UFRJ). Doutor em filosofia (McMaster University, estágio doutoral em Harvard Law School). Mestre em filosofia (UFRJ). Bacharel em direito (UFRJ). E-mail: fabioshecaira@hotmail.com.

¹ Ou pelo menos não na maioria dos subsistemas do direito brasileiro. A Consolidação das Leis do Trabalho,

outros sistemas jurídicos da tradição romano-germânica que não tratam a jurisprudência oficialmente (nem na lei, nem na prática judicial) como fonte direta ou obrigatória do direito. Mas o discurso oficial pode enganar: não é incomum que em países da tradição romano-germânica os juízes usem precedentes judiciais quase da mesma forma que os juízes anglo-americanos², ainda que eles não digam claramente que estão usando “precedentes vinculantes”. Reconhecimento oficial não é, portanto, *necessário* para que um mecanismo de integração figure na prática judicial. Mas ele não deixa de ser importante: o reconhecimento institucional reveste o mecanismo de integração de uma força (no mínimo retórica) que, caso contrário, lhe faltaria.

(B) Os mecanismos em questão são mecanismos de *integração* porque servem para completar lacunas ou omissões. “Lacuna” é uma palavra ambígua³. Às vezes é usada de forma neutra, para indicar que o texto legal não regula claramente algum tipo de conduta: por exemplo, bicicletas elétricas são equiparáveis a motocicletas para efeitos legais?⁴ Às vezes “lacuna” é usada de forma não neutra, avaliativa. Imagine uma lei que proíbe o aborto exceto quando o parto gera grave risco à gestante. Essa lei, tomada literalmente, não permite que uma gestante faça um aborto com base na justificativa de que a gravidez a lança em depressão profunda e a faz pensar seriamente em suicídio. Alguém poderia dizer, no entanto, que a lei em questão é “omissa” (no sentido avaliativo) porque, apesar de textualmente clara, provavelmente foi criada sem que se levasse em consideração um cenário que *deveria* ter sido considerado – a saber, o cenário em que a gravidez gera risco de maneira oblíqua, não porque o parto será complicado, mas porque a gestante adquire tendências suicidas.

Neste artigo, eu uso “lacuna” (e “omissão”) em sentido neutro. No contexto da LINDB, o uso avaliativo de “lacuna” é, no mínimo, suspeito. Laura

no artigo oitavo, diz: “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 [...]” (grifo meu)

2 MERRYMAN; PÉREZ-PERDOMO, 2007, p. 41.

3 ALCHOURRÓN; BULYGIN, 1987, capítulo 6.

4 Esse é um exemplo de lacuna de reconhecimento: a lei, *ex hypothesi*, regula apenas o uso de “motocicletas”, termo de aplicação duvidosa no caso das bicicletas elétricas. De acordo com Alchourrón e Bulygin, há outros tipos de lacuna em sentido neutro. Não é necessário explorar a distinção sutil entre lacuna de reconhecimento e lacuna normativa, por exemplo. O contraste que mais nos interessa aqui é aquele entre lacuna em sentido neutro e lacuna em sentido avaliativo.

Pessoa, em um artigo recente, explica a lacuna como um fenômeno que decorre do fato de a legislação muitas vezes não se “harmoniza[r] com os anseios e as necessidades da comunidade a que se destina”⁵. Pessoa oferece como exemplo disso a legislação francesa do século XIX que, ao basear a responsabilidade civil na culpa provada pelo lesado, era “omissa” em relação aos frequentes casos de acidentes de trabalho em que os empregados eram incapazes de provar a culpa do empregador. Esse é um caso de lacuna no sentido avaliativo: a lei francesa era clara, mas moralmente inadequada. Mas Pessoa também quer deixar claro (e nisso eu a acompanho) que, ao integrar o direito, o juiz não deve “atua[r] de acordo com as suas convicções pessoais, nem subroga[r]-se na função do legislador, elaborando livremente a norma que este faria se tivesse previsto o caso”⁶. Mas como pode o juiz evitar invadir o terreno de atuação do legislador quando trata como omissa um texto legal cujo sentido literal é claro e – o que é ainda mais grave – decide a questão contrariamente ao sentido literal do texto⁷? Não nego que o juiz às vezes deva (por razões morais) corrigir os erros do legislador; mas é desonesto o juiz que o faz sob o pretexto de integrar uma lei omissa.

(C) Os mecanismos em questão são usados para integrar o *direito*. Assim eu os descrevo para acompanhar uma tendência disseminada na doutrina brasileira; mas há no uso de “o direito” uma sugestão enganosa que deve ser evitada. A LINDB fala em omissão “da lei”, não em omissão “do direito”. Os termos não são sinônimos, nem coextensivos (isto é, não se aplicam exatamente às mesmas coisas). Não há razão para pensar que o conteúdo do direito é esgotado pelo conteúdo da lei, e que, portanto, se a lei é omissa, então o direito é omissa. Não está implícito nessa advertência um endosso de qualquer forma de jusnaturalismo: não quero dizer que, além da lei, há direito natural a ser considerado. Quero dizer que, além da lei, ainda há direito *positivo* a ser considerado – em particular, direito positivo jurisprudencial e direito positivo costumeiro.

A redução do direito ao direito legislado é atribuída às vezes aos juspositivistas. Mas esse é um erro grave: juspositivistas não igualam direito e legislação! Quem diz o contrário normalmente confunde a tese jusposi-

5 PESSOA, 2009, p. 2.

6 Idem, p. 2.

7 Note que Pessoa não apresenta indícios de que o legislador francês não tivera a intenção de excluir a responsabilidade civil objetiva. Se tais indícios existissem, haveria menor risco de usurpação de poder legislativo por parte de juizes que instituissem a responsabilidade objetiva a despeito do texto legal.

tivista de que todo o direito é criado pelo homem com a tese implausível de que todo o direito é legislado⁸. Para os juspositivistas, todo o direito é, sim, positivo; e direito positivo é, sim, criado pelo homem. Mas nem todo o direito é criado pelo homem *por meio de legislação*. O direito positivo jurisprudencial é criado por juízes na medida em que oferecem soluções a questões jurídicas suscitadas no contexto de litígios concretos. Em muitos sistemas jurídicos, sobretudo naqueles que adotam formalmente a doutrina do *stare decisis*, juízes são capazes de criar direito sem legislar: costumam ter por objetivo decidir casos concretos, mas justificam suas decisões por meio de argumentos que se apoiam em normas gerais. São essas normas que ajudam a compor o direito positivo⁹.

Aliás, para que algo conte como direito positivo, sequer é necessário que tenha sido criado *deliberadamente* pelo homem, como costuma ocorrer com a legislação e a jurisprudência¹⁰. Dizer que o direito positivo nem sempre é deliberadamente criado pelo homem é dizer que ele nem sempre é criado por meio de atos de vontade que têm por objetivo *gerar* direitos e obrigações *até então inexistentes*. O direito costumeiro, por exemplo, é direito positivo; mas é criado de maneira não intencional. Indivíduos criam costumes quando se envolvem em práticas que tratam como (já sendo) obrigatórias. Aqueles que participam de um costume não criam normas por meio de decisões pontuais e solenes; agem pensando que é assim que devem agir e, na medida em que o fazem, criam normas que pensam apenas seguir¹¹.

Feitos esses esclarecimentos iniciais, é possível anunciar os propósitos deste artigo. Proponho uma interpretação do artigo quarto da LINDB – em especial, da expressão “princípios gerais de direito”. De maneira bastante

8 Suspeito que Chaïm Perelman, por exemplo, cometa um erro desse tipo (PERELMAN, 2004, pp. 92-96; 118).

9 O absurdo que existe na alegação de que juspositivistas só admitem a lei como fonte de direito se manifesta no fato de que o juspositivismo tem uma presença forte no mundo anglo-americano, onde é quase trivial dizer que precedentes judiciais criam direito.

10 GARDNER, 2007.

11 Não estou dizendo, é claro, que não há nenhum ato intencional envolvido na criação de um costume. Tome, por exemplo, o costume de se retirar o chapéu antes de entrar na igreja. Cada ato de remover o chapéu antes de entrar na igreja é intencional. O ato de censurar quem não tira o chapéu também é intencional. Mas – e é isso que importa para a nossa discussão – o ato de criar uma norma geral que obriga a tirar o chapéu ao entrar na igreja *não* é intencional. A intenção (de quem tira o chapéu e censura quem não tira) é de seguir uma norma pré-existente, não de criar uma norma nova.

concisa, este é o meu argumento: a expressão “princípios gerais de direito” é ambígua; ela está sujeita a duas leituras plausíveis, uma que pode ser descrita como positivista e outra que, por oposição, pode ser dita não positivista. A ambiguidade deve ser eliminada a favor da leitura positivista pelo simples motivo de que a leitura não positivista torna o artigo quarto da LINDB redundante.

Um problema que afeta todo projeto intelectual cujo objetivo é formular uma interpretação de um texto legal controvertido decorre do fato de que a interpretação jurídica pode ser realizada de acordo com diferentes métodos ou estratégias¹². Em outro trabalho, descrevi e analisei em detalhe cinco métodos possíveis de interpretação jurídica, métodos esses que podem ser divididos em dois grandes grupos: os métodos formalistas e os não formalistas¹³. Os métodos do segundo grupo tendem a oferecer mais discricionariedade, ou poder de escolha, aos intérpretes que os utilizam. Todos esses métodos ainda me parecem abstratamente plausíveis; mas nem todos são adequados para o propósito da interpretação da legislação brasileira, sobretudo de um dispositivo legal de segunda ordem que visa a orientar juízes na tarefa de aplicar e integrar outros dispositivos legais.

Os métodos que têm por objetivo discernir as verdadeiras intenções do legislador histórico – os direitos e deveres que o legislador efetivamente quis gerar através da promulgação da lei – não se adequam muito bem à prática jurídica brasileira, onde juízes, advogados e juristas não são experientes, muito menos sistemáticos, na análise daquilo que constitui a principal fonte de evidências sobre intenções legislativas: a saber, os ditos *travaux préparatoires* (registros das deliberações parlamentares que antecedem a promulgação de uma lei)¹⁴. A expressão *mens legislatoris* certamente faz parte do léxico dos nossos juristas; mas ela normalmente aparece no contexto de argumentos especulativos ou de argumentos que apelam de

12 É possível defender a tese de que, na maioria dos sistemas jurídicos desenvolvidos, juízes dão prioridade a alguns desses métodos, sobretudo ao textualismo (SHECAIRA, 2012). Mas essa é uma tese controvertida que depende de um argumento bastante complexo.

13 SHECAIRA, 2010.

14 A falta de interesse jurídico em *travaux préparatoires* resulta na carência de compilações acessíveis dos debates parlamentares. Ou será, ao contrário, que é a falta desse tipo de publicação no mercado brasileiro que explica a atitude dos nossos juristas? É provável que a relação de causa e efeito corra simultaneamente nos dois sentidos. Meus comentários a respeito da forma como *travaux* são usados no Brasil não devem ser entendidos como meras críticas; eles encerram também a confissão de que, como membro da academia jurídica brasileira, faltam-me os materiais e as habilidades necessárias para a análise adequada de *travaux*.

maneira mais ou menos explícita às intenções hipotéticas de um legislador artificial e idealizado.

Nem todos compartilharão meu pessimismo genérico em relação ao uso de *travaux* no Brasil. Mas eu também tenho suspeitas específicas acerca do valor do uso das intenções legislativas na interpretação da LINDB e, particularmente, do seu artigo quarto. Originalmente um decreto-lei da Era Vargas, a LINDB sofreu retificações sucessivas desde a década de 40, tendo inclusive a sua ementa alterada: até pouco tempo a LINDB era conhecida como Lei de Introdução ao Código Civil (LICC). É duvidosa, portanto, a existência de consenso entre (as sucessivas gerações de) legisladores acerca dos objetivos centrais da LINDB. Está certo que o artigo quarto não foi alterado desde a promulgação da LICC. Por outro lado, ele instancia um modelo comum em países da tradição romano-germânica, onde se reconhecem costumes, analogias e princípios gerais como fontes subsidiárias do direito. Não há por que acreditar que os criadores da LINDB tivessem em mente uma noção de princípio geral de direito precisa o suficiente para resolver as dúvidas levantadas ao longo deste artigo. É mais provável que eles estivessem simplesmente reproduzindo uma lista tradicional de fontes cujo sentido (paradoxalmente) é motivo de controvérsia histórica na própria cultura jurídica que a consagrou.

Por outro lado, métodos não formalistas de interpretação, como aquele que envolve um apelo a princípios dworkinianos (noção esclarecida mais adiante), também são pouco recomendáveis. Não defendo o textualismo irrestrito, a aplicação literal da lei a qualquer custo; mas acredito que o textualismo deve ser aplicado com certo rigor no que diz respeito à interpretação de dispositivos legais cujo objetivo é precisamente o de estabelecer diretrizes para a interpretação, integração e aplicação de outros dispositivos. Esses dispositivos de segunda ordem são instrumentos de trabalho essenciais para aqueles atores políticos incumbidos da tarefa de desenhar as nossas instituições mais fundamentais, distribuindo poder decisório entre as demais autoridades. Flexibilizar a linguagem de dispositivos de segunda ordem equivale a negar aos seus criadores a capacidade de exercer justamente o papel que lhes coube como arquitetos institucionais.

Abordo a LINDB, portanto, de maneira essencialmente textualista. No que ela se mostra ambígua, prefiro a leitura que a representa da maneira linguisticamente mais atrante: isto é, livre de defeitos semânticos e embaraços pragmáticos. Como sugeri anteriormente ao dizer que o artigo quarto

está sujeito a apenas duas leituras plausíveis, ao longo do artigo algumas outras leituras serão descartadas como implausíveis. Isso será feito com base em critérios de interpretação que estão em harmonia com o meu textualismo, embora isso talvez não seja óbvio à primeira vista. Além de ter de encaixar-se dentro dos limites estabelecidos pelo sentido literal do texto abstratamente considerado, toda interpretação plausível tem de manter uma ligação significativa com a prática jurídica (isto é, com a prática da comunidade profissional cujos hábitos linguísticos ajudam a determinar o sentido dos textos legais). Não se deve propor uma interpretação de "princípios gerais de direito" que tome a referência dessa expressão como incluindo materiais argumentativos que juízes brasileiros simplesmente não usam. Afinal, o sentido de textos legais não é estático, mas, dentro dos limites estabelecidos pelo seu sentido literal abstrato, varia de acordo com a prática interpretativa das autoridades que os utilizam¹⁵. Em outras palavras, o artigo quarto da LINDB, considerado abstratamente, tem uma série de sentidos possíveis. Mas, no contexto brasileiro, dada a forma como juízes de fato procedem, a ambiguidade do artigo quarto é reduzida a um número mais limitado de alternativas: a saber, a leitura positivista e a leitura não positivista.

Eis, portanto, a estrutura do artigo. Na seção 2, as duas leituras, positivista e não positivista, são explicadas. Na seção 3, é discutida a noção de analogia: argumenta-se que analogias não podem ser defendidas sem o uso de princípios (no sentido não positivista). Na seção 4, leituras alternativas de "princípios" são descartadas da lista de candidatos plausíveis na disputa sobre como interpretar o artigo quarto da LINDB, restando apenas as leituras positivista e não positivista. Na seção 5, argumenta-se que, sendo analogias e princípios (não positivados) inseparáveis no terreno da argumentação jurídica, a melhor maneira de evitar a redundância do artigo quarto da LINDB é através de uma leitura positivista de "princípios gerais de direito". A seção 6 apresenta uma nota breve acerca da noção de direito implícito.

2. "Princípio" – dois sentidos

Princípios jurídicos normalmente são contrastados com regras jurídicas. Na verdade, há (pelo menos) duas maneiras diferentes de distinguir

15 SUNSTEIN, 1996, p. 20.

regra e princípio na teoria do direito: uma distinção fraca e outra, forte. De acordo com a distinção fraca, regras e princípios diferem apenas no que diz respeito ao grau de precisão dos termos em que são formulados – mais precisamente, o grau de precisão dos termos que descrevem os atos prescritos pelas normas¹⁶. “Não se deve ultrapassar 80 km/h” expressa um regra; “deve-se dirigir com cuidado”, um princípio. Regras e princípios, de acordo com essa distinção, são ambos normas gerais que fazem parte do direito positivo e são discerníveis de acordo com métodos tradicionais e relativamente simples de interpretação jurídica. Tanto é assim que uma mesma fonte do direito – mais do que isso, um mesmo dispositivo legal – pode encerrar a um só tempo uma regra e um princípio. Considere, por exemplo, o artigo quinto, inciso terceiro, da Constituição Federal: “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante”. A proibição da tortura corresponde a uma regra; a proibição de tratamento desumano ou degradante (noções significativamente menos precisas do que a noção de tortura) corresponde a um princípio. É claro que há casos duvidosos de tortura. Regras não são perfeitamente precisas: elas são *relativamente* precisas, isto é, precisas quando comparadas a princípios. Note que, de acordo com a distinção fraca, princípios podem ser encontrados no direito positivo de maneira geral, não apenas no direito legislado. Além da legislação, a jurisprudência (muitas vezes sob influência da doutrina) é uma fonte muito importante de princípios.

De acordo com a distinção forte, por outro lado, regras e princípios diferem no que diz respeito à sua origem e à forma como são identificados. Regras fazem parte do direito positivo, e são discernidas de acordo com métodos tradicionais e relativamente simples de interpretação. Já os princípios derivam de uma espécie de leitura moral do direito positivo; não é necessário que tenham sido incluídos no texto legislativo, nem reconhecidos na jurisprudência. Um princípio jurídico válido, para empregar uma terminologia dworkiniana, é aquela norma geral que melhor explica e justifica o direito positivo existente. Um princípio jurídico não é qualquer norma moral que pareça atraente ao juiz; é uma norma derivável, sim, da melhor teoria moral disponível ao juiz, mas que, ao mesmo tempo, é capaz de dar conta das fontes convencionais do direito. Dworkin já comparou o

16 Juristas norte-americanos às vezes formulam a distinção que eu tenho em mente em termos de regras e “standards” (SCHAUER, 2009, capítulo 10).

trabalho do juiz ao trabalho de um romancista que recebe a incumbência de terminar um romance iniciado por outro autor¹⁷. O romancista pretende escrever o melhor livro possível, é claro, mas ele não pode fazer isso se não houver harmonia entre a parte que lhe cabe e a parte herdada do primeiro autor. O romancista tem, portanto, de conciliar dois anseios que eventualmente conflitam: o anseio de terminar a obra da melhor maneira possível; e um segundo anseio de evitar que os esforços feitos no afã de realizar o primeiro anseio resultem em uma obra incoerente¹⁸.

Há diversas maneiras sutilmente diferentes de entender o raciocínio por meio do qual os princípios (de acordo com a distinção forte) são descobertos. Eu descrevo esse raciocínio de maneira superficial e imprecisa justamente para capturar aquilo que diferentes teorias de princípios parecem ter em comum. Na seção 3, exemplos concretos serão usados para ilustrar o que por enquanto permanece abstrato e, possivelmente, obscuro. A distinção fraca usa uma concepção de princípio que pode ser caracterizada como positivista, visto que ela toma o princípio como uma norma jurídica que, como qualquer outra norma jurídica familiar, faz parte do direito positivo. A distinção forte emprega uma concepção de princípio que pode ser caracterizada como não positivista, posto que ela concebe o princípio como resultante de argumentação que apela à justificação moral do direito positivo¹⁹.

Uma última nota acerca das diferentes concepções de princípio. Não são princípios (nem mesmo no sentido associado à distinção fraca) aquelas afirmações cujo único propósito é fazer referência sumária a uma série de regras válidas. Joseph Raz há muito chamou atenção para esse fato, que, aparentemente, explica por que alguns juristas sobrestimam o número de princípios que existem em sistemas jurídicos reais:

17 DWORKIN, 1986, pp. 228 e ss.

18 Note que eu *não* defino princípio (no que diz respeito à distinção forte) como uma norma imprecisa. Não é incomum que princípios sejam mais abstratos e, por isso mesmo, mais imprecisos do que as regras que eles justificam. Mas um grau alto de imprecisão não é uma característica necessária dos princípios (no que diz respeito à distinção forte).

19 Dworkin e outros proponentes da distinção forte entre regra e princípio já distinguiram os dois tipos de norma não só em função da sua origem ou modo de identificação – regras fazem parte do direito positivo; princípios são derivados por meio de argumentação moral –, mas também em função do seu modo de aplicação – regras se aplicam de “maneira tudo ou nada”; princípios têm dimensão de peso. Há, ainda, formas de fazer a distinção que, sem negar às regras uma dimensão de peso, atribuem-lhes uma estrutura lógica diferente daquela que caracteriza os princípios. Para os propósitos deste artigo, basta discutir o primeiro aspecto da distinção forte entre regra e princípio, aquele que diz respeito à origem ou modo de identificação.

Uma pessoa poderia dizer que, no seu país, o direito reconhece o princípio da liberdade de expressão. Para esclarecer, ela poderia dizer que as únicas normas que impõem limites à liberdade de expressão dizem respeito à difamação e à segurança militar; que a censura a filmes, livros e teatro pode se justificar quando visa à proteção de crianças; que há regulações detalhadas permitindo que pessoas de todas as tendências políticas tenham acesso aos meios de comunicação de massa; e assim por diante. A afirmação de que nesse país a liberdade de expressão é reconhecida pelo direito pode, portanto, ser vista como uma referência sumária a um grande número de normas, e não como a afirmação do conteúdo de uma única norma²⁰.

3. Analogia e princípio

Juristas brasileiros distinguem entre *analogia legis* e *analogia juris*. O conceito de princípio às vezes é explicitamente utilizado na definição da *analogia juris*:

Em geral, a doutrina entende que a *analogia legis* parte de um único preceito legal e aplica-o a casos semelhantes. Já a *analogia juris* parte de vários preceitos, obtendo, por indução, princípios que lhe são comuns [...]. Há quem diga, então, que [a *analogia juris*] não se trata de analogia, mas de aplicação de outro meio de integração, os princípios gerais do direito²¹.

Tércio Sampaio Ferraz Jr. parece ter em mente autores como Miguel Reale: “[a *analogia juris*], por mais que alguns tenham procurado demonstrar o contrário, outra coisa não é senão o procedimento pelo qual se supre a deficiência legal mediante o recurso aos princípios gerais do direito”²².

A opinião sumariamente descrita de alguns autores não basta para estabelecer a tese de que a *analogia juris* depende realmente de princípios gerais de direito. O que importa, no entanto, é que esses autores não reconhecem que a *analogia legis* também depende de princípios. O que tenho de mais controvertido a dizer diz respeito à *analogia legis* (doravante, simplesmente “analogia”). O meu objetivo nesta seção é mostrar que, a despeito do que

20 RAZ, 1972, p. 828, tradução livre.

21 FERRAZ JR., 2011, p. 278.

22 REALE, 2010, p. 298.

tendem a dizer os juristas brasileiros, a analogia não se faz – ou melhor, não se defende – sem o uso de princípios. O fato de a analogia, ao contrário da *analogia juris*, realizar-se caracteristicamente entre apenas duas normas não a torna menos dependente de princípios.

Digo que a *defesa* da analogia depende de princípios. Essa não é uma maneira de negar que as pessoas muitas vezes raciocinam por meio de analogias, e até formulam argumentos analógicos persuasivos, sem articular qualquer princípio. Estou persuadido, por exemplo, de que caminhões não devem ser permitidos em um parque público em que carros não podem ingressar por força de lei. O caso da entrada de caminhões no parque é suficientemente semelhante ao caso da entrada de carros no parque para que eles mereçam a mesma solução legal. A semelhança é forte e imediatamente percebida por quem compare os dois casos. Ou assim me parece. Caso alguém não aceite imediatamente a analogia, o próximo passo do argumento consiste em explicitar as semelhanças relevantes entre os dois casos: ambos, carro e caminhão, são capazes de poluir o parque e gerar risco aos pedestres. Com isso o proponente do argumento analógico se compromete com a norma geral – com o princípio – de acordo com o qual objetos poluentes que gerem risco aos pedestres não são permitidos no parque. Poluição e risco aos pedestres são os efeitos que se pretende evitar com a proibição de carros. A proibição de caminhões visa combater os mesmos efeitos. Quem defende as duas proibições com base nessas considerações deve defender, sob pena de incoerência, o princípio que diz que objetos poluentes que gerem risco aos pedestres devem ser sistematicamente evitados no parque²³.

A explicitação da semelhança entre dois casos ou normas – e, portanto, do princípio que os justifica – muitas vezes basta para a persuasão do interlocutor que, de início, duvidou da analogia. Mas é possível que o interlocutor não se satisfaça nem mesmo com a explicitação da semelhança e a ela oponha alguma diferença relevante entre os dois casos ou normas. Considere um caso em que semelhanças e diferenças relevantes podem ser opostas umas às outras. Frederick Schauer narra um evento real, ocorrido

23 Em termos mais técnicos, o anúncio de alguma semelhança relevante entre dois casos implica – pelo menos no contexto do direito, onde o particularismo é anátema (ver nota 14, abaixo) – que *todos os casos* que instanciarem as propriedades compartilhadas pelos casos semelhantes (e.g., objetos poluentes e perigosos) deverão (pelo menos *pro tanto*) ser solucionados da mesma maneira (e.g., os objetos deverão ser banidos do parque).

na década de 70, em que simpatizantes do nazismo buscaram permissão para realizar uma marcha em uma cidade americana habitada por numerosos sobreviventes do holocausto²⁴. O argumento dos nazistas, em uma disputa que acabou em juízo, era que a sua manifestação se assemelhava às manifestações de ativistas favoráveis à expansão dos direitos civis na década de 60. Qual era a semelhança entre os dois casos? Ambos envolviam manifestações de grupos pouco populares em protesto contra opiniões da maioria. Mas é claro que essa alegação foi combatida com a apresentação de uma diferença: a manifestação nazista, ao contrário do movimento pelos direitos civis, veiculava uma mensagem discriminatória.

O que ocorre no caso da marcha nazista é a oposição entre dois candidatos a princípio: um que permite a manifestação política de minorias impopulares e outro que proíbe esse tipo de manifestação em função dos propósitos que ela tem ou dos efeitos negativos que é capaz de gerar. A resolução do debate depende da formulação de argumentos em defesa de um princípio ou do outro – ou, alternativamente, da criação de um terceiro princípio que manifeste alguma espécie de transigência: por exemplo, um princípio que diz que é permitida toda manifestação de minorias impopulares que não envolva a negação dos direitos fundamentais dos membros da maioria. Seja como for, o que começou com uma simples analogia (marcha nazista = marcha por direitos civis da década de 60) gerou uma controvérsia sobre princípios, isto é, sobre normas relativamente abstratas que estão por trás de normas mais específicas (marchas nazistas são/não são permitidas, manifestações por direitos civis como as da década de 60 são/não são permitidas).

A tese de que a defesa de analogias depende de princípios é influente na teoria do direito contemporânea, mas não chega a ser objeto de consenso²⁵. Algumas das críticas que a ela se fazem são de natureza político-moral e, portanto, podem ser ignoradas neste artigo, que não tem por objetivo defender política ou moralmente qualquer método de argumentação jurídica, mas apenas discutir como juízes e advogados de fato argumentam. Outro tipo de crítica diz respeito ao fato de que, na prática judicial, analogias muitas vezes são feitas sem que nenhum princípio seja articulado. Acredito que uma resposta convincente a essa objeção já esteja encerrada

24 SCHAUER, 2009, p. 95.

25 LAMOND, 2008, 4.1 e 4.2.

na minha afirmação de que a *defesa* de analogias (e não simplesmente a sua feitura) exige princípios. Ainda que princípios não sejam formulados, juízes e advogados que fazem analogias minimamente controvertidas costumam anunciar as semelhanças que acreditam existir entre as normas em questão; e essa é uma maneira, ainda que oblíqua, de se comprometer com um princípio. Quando juízes e advogados não explicitam semelhança alguma, é possível concluir que a semelhança é persuasiva e a analogia não pede defesa²⁶.

Um terceiro tipo de crítica é resumida assim por Grant Lamond:

Considere a forma como as normas sobre estupro lidam com o caso de alguém que se finge de namorado [para estuprar]. Para saber se essa situação é análoga àquela em que alguém se finge de marido [para estuprar] é necessário considerar as razões pelas quais a segunda situação envolve vício no consentimento. Não é necessário que haja um único princípio subjacente à justificativa: ela pode se basear em uma série de fatores que reforçam a conclusão²⁷.

Talvez o problema aqui se baseie em um mero desencontro verbal acerca do uso da palavra "princípio". Eu não concebo princípios de uma forma que os impede de ter uma estrutura complexa. Lembre que um dos princípios que poderia resultar da análise do caso da marcha dos nazistas dizia que manifestações de minorias impopulares são permitidas *desde que* não sejam discriminatórias. Trata-se de um princípio complexo que leva em consideração fatores diferentes – no mínimo, o fator "popularidade dos manifestantes" e o fator "objetivo da manifestação"²⁸.

26 Bruce WALLER (2001) defende a tese de que, mesmo quando não explicitados, princípios integram argumentos analógicos como premissas entimemáticas. Não sei se Waller está certo em relação a isso (ver, por exemplo, GUARINI 2004, para uma crítica interessante da tese de Waller); mas acho que Waller é capaz de mostrar, no mínimo, que princípios não podem ser evitados nos debates que sucedem o uso de uma analogia. Os nazistas podem não ter formulado um princípio logo de cara, mas dificilmente poderiam evitar de fazê-lo em algum momento do debate jurídico em que se envolveram.

27 LAMOND, 2008, 4.2, tradução livre.

28 Princípios podem, portanto, refletir a consideração de diversos fatores. Exige-se apenas que esses fatores operem, todos, como razões de polaridade constante: por exemplo, o fato de os manifestantes fazerem parte de uma minoria impopular deve contar sempre a favor da permissibilidade da manifestação. Embora haja quem critique a ideia de que razões têm polaridade constante (DANCY 2009), esse não parece ser um elemento da crítica mencionada por Lamond. (Afinal, juízes e juristas dificilmente são particularistas assumidos.)

Um indício de que entre mim e Lamond só existe uma divergência terminológica está no fato de que ele se refere a Raz como exemplo de autor que rejeita a associação entre analogia e princípios. Mas veja o que diz Raz:

[...] o teste para a relevância das semelhanças está na justificação subjacente à regra que forma a base da analogia. O argumento por analogia é essencialmente um argumento que diz que, se uma certa razão é boa o suficiente para justificar uma regra, então ela é igualmente boa para justificar outra regra que similarmente se segue dela [isto é, da razão]²⁹.

Não há diferença real entre princípio (termo que eu prefiro) e justificação, razão, propósito, valor (termos usados, sem distinção, por Raz). Se o propósito por trás da norma que permite marchas de ativistas como aqueles da década de 60 é simplesmente o de permitir que minorias impopulares se expressem, então a marcha dos nazistas (que está de acordo com esse propósito) também deve ser permitida. Se o propósito por trás da primeira norma é mais estreito do que isso – e inclui apenas manifestações de minorias que respeitem os direitos fundamentais da maioria –, então a marcha dos nazistas (que não está de acordo com esse segundo propósito) deve ser proibida. Outra evidência importante de que Raz e eu não discordamos está no fato de que ele apresenta Dworkin como um exemplo de autor que expressa uma fé desmedida em argumentos analógicos³⁰. Os argumentos analógicos que Raz tem em mente são justamente aqueles argumentos por meio dos quais Dworkin visa encontrar seus famosos princípios.

4. Candidatos descartados

Como foi dito logo no início do artigo, não há consenso entre juristas brasileiros sobre como entender a expressão “princípios gerais de direito”, usada no artigo quarto da LINDB: “É difícil enumerá-los e ainda mais classificá-los. A expressão é difusa e costuma ser usada assim, sem especificação. Desse modo, cresce sua força persuasiva”³¹. No mesmo sentido: “Qual a origem e o fundamento dos ‘princípios gerais do direito?’ A maté-

29 RAZ, 2009, p. 204, tradução livre.

30 Idem, p. 205, nota 19.

31 FERRAZ JR., 2011, p. 280.

ria é bastante controvertida, sendo múltiplas as doutrinas. Vamos, porém, limitar-nos ao estudo de três correntes principais³².

Há, portanto, outras concepções possíveis além das duas, positivista e não positivista, expostas até aqui:

Há grande divergência entres os autores a respeito da natureza desses princípios. Assim, segundo uns, são os do direito natural (Del Vecchio); os da equidade (Osilia, Maggiore); os acolhidos pelos povos cultos; os estabelecidos pela jurisprudência (Pacchioni); os do direito romano (ou os do direito comum) e, por fim, segundo a opinião tradicional, os que informam a legislação, descobertos com o emprego de processo lógico de abstração e generalização progressiva partindo das singulares normas do direito positivo³³.

Não há razão para considerar cada uma das várias concepções enumeradas por Paulo Dourado de Gusmão. Algumas delas são muito idiossincráticas (por exemplo: princípios acolhidos pelos povos cultos, princípios do direito romano), mas outras merecem um pouco de atenção. Os princípios do direito natural e os princípios de equidade não são candidatos promissores no debate sobre a interpretação do artigo quarto da LINDB pelos seguintes motivos. Primeiro, princípios de direito natural e considerações sobre equidade – isto é, sentimentos de justiça adequados ao caso concreto³⁴ – pertencem ao terreno da moralidade crítica ou ideal, em oposição à moralidade positiva ou social. Direito natural e equidade não dizem respeito aos sentimentos morais atuais da sociedade, mas a normas que refletem ideais político-morais objetivos e, por isso mesmo, universalmente aplicáveis. O problema está no fato de que, na cultura jurídica brasileira, aquilo que efetivamente é tratado como princípio geral de direito não é, nem pretende ser, universal. Às vezes os diferentes sistemas jurídicos cultivam princípios homônimos, mas os entendem e aplicam de forma muito diferente. Por exemplo, caso fosse disseminada a informação de que aquilo que entendemos como o princípio da legalidade em direito penal é bastante diferente daquilo que os anglo-americanos entendem pelo princípio da

32 REALE, 2010, p. 306.

33 GUSMÃO, 2009, p. 241.

34 FERRAZ JR., 2011, p. 281.

legalidade³⁵, em nada mudaríamos a forma como usamos o princípio aqui, nem a nossa opinião a respeito da validade do princípio homônimo em jurisdições anglo-americanas.

Há outras evidências de que juízos sobre direito natural e equidade figuram de maneira muito limitada na prática jurídica brasileira. Juízes no Brasil – e também fora do Brasil – argumentam institucionalmente, formalisticamente ou legalisticamente (como queira)³⁶. Isso significa que, na justificação de suas decisões, juízes preferem argumentos que apelam a normas previamente estabelecidas em fontes convencionais do direito (legislação, jurisprudência, doutrina). Juízes dificilmente empregam argumentos morais ou políticos abertamente, sem ao menos tentar associá-los – por mais remota que seja a associação – a fontes convencionais do direito. Princípios não positivistas, tal como eu os concebo, têm o mérito de retratar a preocupação institucional de juízes que, na falta de orientação legislativa, apelam apenas a considerações de natureza política e moral que possam ser plausivelmente apresentadas como parte da razão de existir da própria legislação ou de outras fontes convencionais. Numa palavra, uma interpretação razoável da LINDB exige que se associem os princípios gerais de direito a um tipo de material argumentativo que juízes de fato empregam. Direito natural e equidade, ainda que essas noções surjam ocasionalmente no discurso oficial brasileiro³⁷, são candidatos improváveis.

Algo deve ser dito, também, sobre aquilo que Gusmão descreve como a opinião tradicional, de acordo com a qual princípios são derivados por *abstração lógica* a partir de normas singulares do direito positivo. Essa concepção se assemelha àquela que venho descrevendo como a concepção não positivista de princípio. Mas não sei se são idênticas, pois não é fácil saber o que exatamente Gusmão entende por “abstração lógica” – trata-se de um tipo de raciocínio que, por ser *lógico*, não envolve nenhum tipo de juízo de valor? De fato, às vezes parece possível abstrair um princípio a partir de normas singulares sem que se faça qualquer juízo de valor: “Uma

35 DUBBER, 2006, pp. 21-26.

36 Essa afirmação é defendida em STRUCHINER & SHECAIRA, 2012.

37 Diz a Consolidação das Leis do Trabalho: “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 [...]” (grifo meu)

regra que impede o uso de veículos, instrumentos musicais, rádios e alto-falantes em um parque seria quase certamente uma regra cujo propósito é evitar o barulho..."³⁸. O exemplo de Schauer ilustra como, a partir de uma série de normas específicas ou regras – é proibida a entrada de veículos no parque, é proibido o uso de rádios no parque etc. –, é possível extrair por abstração lógica um único princípio – é proibido entrar no parque com objetos barulhentos.

Mas note, antes de mais nada, como é artificial a regra imaginada por Schauer; regras de direito positivo não costumam incluir listas tão específicas (e pitorescas) de objetos. Schauer selecionou cuidadosamente os objetos com o objetivo de garantir que a partir deles fosse possível induzir um único princípio. As normas com que lidamos na vida real não costumam permitir que princípios sejam identificados por meio de mera abstração lógica, sem o apoio de algum juízo (minimamente controvertido) de valor. Uma norma proíbe que frequentadores do parque alimentem os animais. Outra proíbe que os frequentadores toquem nos animais. Qual é o princípio por trás dessas normas? Frequentadores não devem realizar condutas que coloquem os animais em risco? Frequentadores não devem colocar-se em risco? As duas coisas? Como definir a questão sem perguntar-se qual é o princípio mais desejável? Considere também o caso da marcha nazista. Lá, o princípio proposto pelos nazistas enfrentava a resistência daqueles que viam uma diferença fundamental entre a marcha nazista e as manifestações da década de 60. O princípio preferido pelos nazistas só podia ser defendido através de argumentos político-morais que o apresentassem como desejável.

Pois, se antes eu defini princípio não positivista como aquele que decorre de uma leitura moral do direito positivo, talvez seja melhor alterar a definição com o objetivo de acomodar exemplos curiosos como o de Schauer. Princípio não positivista é, portanto, aquele que se induz a partir de normas específicas de direito positivo; mas é preciso notar que a indução normalmente tem de ser complementada por argumentos de natureza moral ou política (já que é incomum que a abstração lógica baste para que se identifique e defenda um princípio no contexto de debates jurídicos).

38 SCHAUER, 2009, p. 161, tradução livre.

5. Fim da ambiguidade

Com isso, as duas concepções de princípio, a positivista e a não positivista, emergem como os principais candidatos na disputa sobre como interpretar o artigo quarto da LINDB. Minha aposta é na concepção positivista, na concepção que toma os princípios como normas relativamente imprecisas que fazem parte do direito positivo. É claro que os “princípios” de que fala a LINDB não poderiam fazer parte da legislação, pois eles são indicados como meios de integração a serem usados quando a própria “lei for omissa”. Os princípios de direito positivo que tenho em mente são, portanto, princípios amplamente reconhecidos pelos juízes, normalmente sob influência da doutrina.

Por que esses princípios e não os não positivistas? Porque os princípios não positivistas não são separáveis da analogia, que a LINDB também lista entre os meios de integração do direito. Admitida a leitura não positivista, e aceito o argumento que mostra a ligação íntima entre analogia e princípios, o artigo quarto diria algo como: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia (que não se defende sem princípios), os costumes e os princípios (que fazem parte da defesa de analogias).” O artigo adquiriria, portanto, conteúdo redundante.

Consigno prever uma objeção a esse argumento. Talvez o artigo quarto deva ser entendido, alternativamente, como dizendo que “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a *analogia legis* (que não se defende sem princípios), os costumes e os princípios gerais de direito (que fazem parte da *analogia juris*).” Afinal, qualquer princípio serve para justificar uma analogia entre duas normas; mas só princípios *gerais* justificam uma série mais extensa de normas e, em última instância, *o direito* como um todo³⁹.

39 Na verdade, a ideia de que há princípios que justificam o direito como um todo (ou até mesmo todo um subsistema do direito, como o direito penal, o direito tributário etc.) é uma ideia muito suspeita. A escola norte-americana dos estudos jurídicos críticos (*Critical Legal Studies*) ficou famosa por denunciar as profundas e incontornáveis incoerências principiológicas que subjazem ao direito positivo. Mesmo quem hoje não compartilha essa visão sombria costuma reconhecer que o direito, como qualquer prática humana, é incapaz de ser perfeitamente coerente (DUFF 1998, pp. 158-162). Isso significa que sempre haverá normas dentro de um mesmo sistema jurídico que não compartilham a mesma *ratio legis*. (Note que normas que não se baseiam em princípios coerentes não prescrevem, necessariamente, condutas incompatíveis entre si; isso permite que tais normas perdurem como parte do mesmo sistema jurídico sem gerar problemas sérios de ordem prática.)

Não é possível refutar essa interpretação com base em critérios de avaliação exclusivamente semânticos; ela não torna o artigo quarto nem redundante nem inconsistente. Mas, ainda assim, a interpretação parece suspeita. Não há diferença lógica entre a *analogia legis* e a *analogia juris*. Elas envolvem os mesmos tipos de inferência – um passo indutivo (de abstração lógica) normalmente complementado pela introdução de algum juízo de valor. A *analogia juris* envolve um número maior de premissas na sua etapa indutiva; fora isso, nada muda em relação à *analogia legis*. O natural, portanto, é interpretar “analogia”, tal como a palavra aparece na LINDB, de maneira suficientemente ampla para abarcar tanto a *legis* quanto a *juris*. O uso não qualificado de “analogia”, somado ao fato de que os princípios gerais de direito aparecem no elenco do artigo quarto como uma categoria distinta da analogia, implica (não semântica, mas talvez pragmaticamente) que a diferença entre eles é mais substancial do que aquela que existe entre os dois tipos de analogia.

6. Conclusão: uma breve nota sobre a noção de direito “implícito”⁴⁰

Princípios gerais de direito, na minha concepção, são normas formalmente reconhecidas e sistematicamente aplicadas por juízes, sob influência da doutrina. São, portanto, em certo sentido, normas *explícitas*: isto é, normas cuja força jurídica deriva do fato de já terem sido articuladas e empregadas por juízes no exercício das suas atribuições oficiais. Elas não foram, é claro, cristalizadas na lei, a mais canônica e solene das fontes do direito positivo – mas isso não faz delas normas implícitas. Por outro lado, podem ser ditos implícitos os princípios usados na defesa de analogias, visto que o seu poder persuasivo, a sua força no contexto da argumentação jurídica, não depende de prévia enunciação por autoridades legais.

Na tradição romano-germânica, onde a jurisprudência costuma ser tratada como uma fonte menor de direito, tudo o que não ganha expressão legislativa corre o risco de ser taxado de “implícito” ou “não expresso”. Até mesmo autores sofisticados cometem esse erro:

40 Emprego a concepção de direito implícito usada por Josep Regla: “A noção de norma implícita que nos interessa é aquela de normas invocadas pelos juristas, que não são o significado de uma formulação de normas dada por uma autoridade (quer dizer, não são uma norma explícita) e que não são meras consequências lógicas das mesmas” (REGLA, 2000, p. 146, tradução livre).

Ao lado dos princípios gerais expressos há os não expressos, ou seja, aqueles que se podem tirar por abstração de normas específicas [...] Entendemos que os princípios gerais de que fala o artigo 12 [dispositivo do Código Civil italiano análogo ao artigo quarto da LINDB] são somente os não-expressos. O artigo 12 diz respeito às lacunas e aos meios para completá-las: quando os princípios gerais são expressos, exatamente pelo fato de que são normas como as demais, não se pode falar de lacuna. [...] Se o princípio geral é expresso, não haveria diferença entre julgar o caso com base nele ou com base numa norma específica⁴¹.

Bobbio parece igualar *princípio expreso* a *princípio expreso na legislação*. É por não conceber a possibilidade de princípios cuja validade jurídica depende de enunciação judicial que Bobbio salta à conclusão de que o referido artigo 12 só poderia tratar de princípios implícitos – isto é, princípios deriváveis de normas explícitas por meio de abstração lógica (com a ajuda, eu acrescentaria, de juízos de valor)⁴².

7. Referências bibliográficas

- ALCHOURRÓN, Carlos & BULYGIN, Eugenio. *Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales*. Buenos Aires: Astrea, 1987.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*, 10^a edição, Maria Celeste Santos (trad.). Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.
- DANCY, Jonathan. Moral Particularism, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Spring Edition) 2009, Edward N. Zalta (ed.), Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/archives/spr2009/entries/moral-particularism/>>. Acesso: 24 mai. 2012.
- DUBBER, Markus Dirk. Comparative Criminal Law, *Oxford Handbook of Comparative Law*, 2006. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=876110>>. Acesso: 24 mai. 2012.

41 BOBBIO, 1999, pp. 159-160.

42 Versões anteriores deste artigo foram lidas por colegas que contribuíram com comentários e críticas de valor inestimável. As seguintes pessoas forneceram comentários detalhados por escrito: Fernando Leal, Lucas Miotto, Adrian Sgarbi, além de dois pareceristas anônimos. Outros me arguíram em um seminário realizado na PUC-Rio no segundo semestre de 2012: Marcelo de Araujo, Marcelo Brando, Pedro Chrismann, Felipe Drummond, Fernando Gama, Rachel Herdy, Rachel Nigro, Noel Struchiner e Rodrigo Tavares.

- DUFF, Antony. Principle and Contradiction in the Criminal Law: Motives and Criminal Liability” in Antony Duff (ed.), *Philosophy and the Criminal Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998.
- DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986.
- FERRAZ JR. Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*, 6ª edição. São Paulo: Atlas, 2006.
- GARDNER, John. Some Types of Law. In: EDLIN, Douglas (Ed.) *Common Law Theory*. New York: Cambridge University Press, 2007.
- GUARINI, Marcello. A Defence of Non-deductive Reconstructions of Analogical Arguments 24 *Informal Logic*, 2004.
- GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao Estudo do Direito*. 41.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- LAMOND, Grant. Precedent and Analogy in Legal Reasoning. *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Fall Edition) 2008, Edward N. Zalta (ed.), Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/archives/fall2008/entries/legal-reas-prec/>>. Acesso em: 24 mai. 2012.
- MERRYMAN, John Henry & PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *The Civil Law Tradition. An Introduction to the Legal Systems of Europe and Latin America*, 2007.
- PERELMAN, Chaïm. *Lógica Jurídica*. 2.ed. Trad. Vergínia Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- PESSOA, Laura. Os Princípios Gerais do Direito na Integração das Normas. 20 *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, 2009.
- RAZ, Joseph. Legal Principles and the Limits of Law. 81 *The Yale Law Journal*, 1972.
- _____. *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*. 2ª edição. New York: Oxford University Press, 2009.
- REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*, 27ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010.
- REGLA, Josep Aguiló. *Teoría General de las Fuentes del Derecho (y del Orden Jurídico)*. Barcelona: Ariel, 2000.
- SCHAUER, Frederick. *Thinking Like a Lawyer. A New Introduction to Legal Reasoning*. Cambridge: Harvard University Press, 2009.
- SHECAIRA, Fábio. A Quem Cabe a Escolha? Sobre a Importância de Distinguir Métodos Alternativos de Interpretação Judicial. *Direito, Estado e Sociedade*, n.36, 2010.

- _____. Dealing with Judicial Rhetoric: A Defence of Hartian Positivism *Australian Journal of Legal Philosophy*, v. 37, 2012.
- STRUCHINER, Noel; SHECAIRA, Fábio. A Distinção entre Direito e Moral e a Distinção Moral do Direito. *Revista de Direito do Estado*, n. 22, 2012.
- SUNSTEIN, Cass. *Legal Reasoning and Political Conflict*. New York: Oxford University Press, 1996.
- WALLER, Bruce. Classifying and Analyzing Analogies. 21 *Informal Logic*, 2001.

Recebido em agosto de 2012

Aprovado em dezembro de 2012