

Maria Helena Diniz

Mestre e Doutora em Teoria Geral do Direito e Filosofia do Direito pela PUCSP.

Livre-docente e Titular de Direito Civil da PUCSP por concurso de títulos e provas. Professora de Direito Civil no curso de graduação da PUCSP. Professora de Filosofia do Direito, Teoria Geral do Direito e de Direito Civil Comparado nos cursos de pós-graduação (mestrado e doutorado) em Direito da PUCSP. Coordenadora do Núcleo de Pesquisa em Direito Civil Comparado nos cursos de pós-graduação em Direito da PUCSP. Membro da Academia Paulista de Direito (cadeira 62 – patrono Oswaldo Aranha Bandeira de Mello), da Academia Notarial Brasileira (cadeira 16 – patrono Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda), do Instituto dos Advogados de São Paulo e do Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro. Presidente do Instituto Internacional de Direito.

AS LACUNAS NO DIREITO

10ª edição revista e atualizada

2019

saraiva  jur

ISBN 978-85-53607-48-8

DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO (CIP)
ANGÉLICA ILACQUA CR8-8/7057Av. das Nações Unidas, 7.221, 1º andar, Setor B
Pinheiros – São Paulo – SP – CEP 05425-902
SAC | 0800-0117875
De 2ª a 6ª, das 8h às 18h
www.editorasaraiva.com.br/contato

Direção executiva Flávia Alves Bravin
Direção editorial Renata Pascual Müller
Gerência editorial Roberto Navarro

Consultoria acadêmica Murilo Angeli Dias dos Santos

Edição Eveline Gonçalves Denardi (coord.)
Deborah Caetano de Freitas Viadana

Produção editorial Ana Cristina Garcia (coord.)
Luciana Cordeiro Shirakawa
Rosana Peroni Fazolari

Arte e digital Mônica Landi (coord.)
Claudirene de Moura Santos Silva
Fernanda Matajs
Guilherme H. M. Salvador
Tiago Dela Rosa
Verônica Pivisan Reis

Planejamento e processos Clarissa Boraschi Maria (coord.)
Juliana Bojczuk Fermino
Kelli Priscila Pinto
Marília Cordeiro
Fernando Penteado
Mônica Gonçalves Dias
Tatiana dos Santos Romão

Novos projetos Fernando Alves

Diagramação Fabricando Ideias Design Editorial
Revisão Arnélia Kassis Ward

Capa Tiago Dela Rosa

Produção gráfica Marli Rampim
Sergio Luiz Pereira Lopes

Impressão e acabamento Gráfica Paym

Diniz, Maria Helena

As lacunas no direito / Maria Helena Diniz. – 10. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2019.

1. Lacunas no direito I. Título

17-1363

CDU 340.132

Índice para catálogo sistemático:

1. Lacunas no direito 340.132

Data de fechamento da edição: 29-10-2018Dúvidas? Acesse www.editorasaraiva.com.br/direito

Nenhuma parte desta publicação poderá ser reproduzida por qualquer meio ou forma sem a prévia autorização da Editora Saraiva. A violação dos direitos autorais é crime estabelecido na Lei n. 9.610/98 e punido pelo art. 184 do Código Penal.

CL 604545 CAE 623428

SUMÁRIO

<i>Prefácio</i>	13
-----------------------	----

Capítulo I

O PROBLEMA DAS LACUNAS NO DIREITO: SUA LOCALIZAÇÃO HISTÓRICA E SISTEMÁTICA	15
--	----

Capítulo II

AS LACUNAS NA ETIOLOGIA HISTÓRICA DO DIREITO	20
A — A fase do sistema irracional	21
B — O período do direito consuetudinário	23
C — A fase dos tempos modernos	25
D — O período da preponderância da legislação	27

Capítulo III

A QUESTÃO DA LACUNA COMO PROBLEMA DO SISTEMA OU DA JURISDIÇÃO	34
A — Lacuna como uma problemática inerente ao sistema jurídico	36
1. Lacuna e sistema	38
2. O problema da exigência da completude do sistema como um ideal racional	43
a — Teorias negadoras da existência das lacunas e fundamentação do postulado da plenitude	44
a.1 — A concepção de Savigny	45
a.2 — Opinião de Karl Bergbohm, Brinz e Santi Romano	46
a.3 — Doutrinas de Zitelmann e Donati	48
a.4 — Consideração kelseniana sobre o problema das lacunas no direito	52
a.5 — Cossio e o princípio da plenitude	60
a.6 — Gény e a plenitude da legislação escrita	67

b — Análise do dogma da plenitude hermética do ordenamento jurídico e da norma que fecha o sistema...	69
3. A incompletude do sistema e a existência das lacunas.	82
a — A “incompletude insatisfatória” de Karl Engisch.	82
b — Sistema aberto e o caráter dinâmico do direito....	86
c — Espécies de lacunas.....	97
B — O problema das lacunas ao nível das decisões judiciais	110
C — A aporia das lacunas.....	123

Capítulo IV

O PROBLEMA DA CONSTATAÇÃO E DO PREENCHIMENTO DAS LACUNAS.....	134
A — Identificação da lacuna e busca da norma completiva ...	134
1. A tópica como forma de argumentação do órgão julgante.....	136
2. A intuição heurística.....	146
3. Os apogemas lógico-decisionais.....	149
B — O art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.....	149
C — Os meios supletivos das lacunas	154
1. A autointegração.....	155
1.A — Analogia.....	155
a.1 — Conceito e natureza jurídica	155
a.2 — Fundamentos e pressupostos.....	171
a.3 — Modalidades.....	179
a.4 — Argumentos analógicos: <i>argumentum a simili ad simile</i> ou <i>a pari</i> ; <i>argumentum a fortiori</i> ; <i>a maiori ad minus</i> e <i>a minori ad maius</i> ; <i>argumentum a contrario</i>	184
a.5 — Paralelo entre interpretação extensiva e analogia.....	193
1.B — Redução teleológica.....	198
2. Os métodos de heterointegração.....	200
2.A — Costume	200
a.1 — O costume como fonte subsidiária do direito	200
a.2 — Sua natureza jurídica.....	202
a.3 — Conceito e elementos.....	215

a.4 — Espécies	221
2.B — Princípios gerais de direito.....	230
b.1 — Os princípios gerais de direito como diretrizes para a colmatação de lacunas	230
b.2 — Diversas tendências doutrinárias	234
b.3 — Os princípios gerais de direito como norma.	243
b.4 — Método de sua investigação e aplicação	255
2.C — Equidade	263
c.1 — Conceito e espécies na legislação brasileira.	263
c.2 — Funções	275

Capítulo V

A NORMA INDIVIDUAL COMPLETANTE DO SISTEMA JURÍDICO	291
A — O problema da aplicação jurídica.....	291
1. Subsunção e integração.....	291
2. O papel da ideologia na tarefa integradora	304
3. Limites do ato de decisão judicial na complementação das lacunas	310
B — A função “criadora” do magistrado.....	313

Capítulo VI

CONCLUSÕES	320
<i>Bibliografia</i>	325