



AS LACUNAS AXIOLÓGICAS

*Osmar Vieira da Silva**

Ou existe o ordenamento jurídico, e então não se pode falar de lacuna, ou há a chamada lacuna, e então não existe mais o ordenamento jurídico, e a lacuna não é mais tal, porque não representa uma deficiência do ordenamento, mas um seu limite natural.

O que está além dos limites das regras de um ordenamento não é uma lacuna do ordenamento, mas algo diferente do ordenamento, assim como a margem de um rio não é a falta do rio, mas simplesmente a separação entre o que é rio e o que não é.

Norberto Bobbio

RESUMO

O presente artigo tem como finalidade demonstrar que as lacunas jurídicas são uma questão sem saída, e que não há resposta unânime, devido à pluridimensionalidade do direito, que contém inúmeros elementos heterogêneos, o que dificulta uma abordagem unitária do tema. De forma que, quando o jurista se põe a pensar sobre o que deve ser entendido por lacuna, não pode tomar as posições doutrinárias como definitivas, tampouco adotar uma posição, excluindo as demais, mas sim lançar mão de um expediente muito simples: expor o tema sob uma forma problemática. Isso porque, as diversas doutrinas se completam e não se excluem, pois partem de critérios e premissas diversas e se sustentam racionalmente.

Palavras-Chave: Norma; ordenamento; valores; lacuna.

Professor. Coordenador do Curso de Direito da UniFil. Mestre em Direito Negocial pela UEL. Advogado. Doutorando em Direito das Relações Sociais pela PUC/SP.



ABSTRACT

This article aims at demonstrating there is no way out for the legal gaps and no agreement upon them due to the multi-dimensional feature of the law which contains innumerable heterogeneous elements, what make it difficult to find out an unitary approach of the theme. Therefore, when the jurist thinks about what must be understood by gap, it seems he can neither take the doctrinal positions as a definitive one, nor adopt a position excluding the others, but use a very simple expedient: to expose the theme as a problematic issue. This means that to us all doctrines complete one another and do not exclude themselves, as they come from several criteria and premises and they rationally sustain one other.

Key Words: Rule. Ordinance. Values. Gap

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Histórico. 3 Conceito. 4 A completude do ordenamento jurídico. 5 O espaço jurídico vazio. 6 A norma geral exclusiva. 7 As lacunas técnicas. 8 As lacunas do legislador. 9 As lacunas axiológicas. 10 O poder discricionário do juiz. 11 Conclusão. Bibliografia.

1 INTRODUÇÃO

No presente estudo, constata-se que a doutrina divide-se em duas principais correntes: a que afirma pura e simplesmente a inexistência de lacunas, sustentando que o sistema jurídico forma um todo orgânico sempre bastante para disciplinar todos os comportamentos humanos; e a que sustenta a existência de lacunas no sistema, que, por mais perfeito que seja, não pode prever todas as situações de fato, que constantemente se transformam, acompanhando o ritmo instável da vida.

O fenômeno da lacuna está correlacionado com o modo de conceber o sistema. Se se fala em sistema normativo como um todo ordenado, fechado e completo, em relação a um conjunto de casos e condutas, em que a ordem normativa delimita o campo da experiência, o problema da existência das lacunas fica resolvido para alguns autores, dentre eles Kelsen, de forma negativa, porque há uma norma que diz que “tudo o que não está juridicamente proibido, está permitido”, qualificando como permitido tudo aquilo que não é obrigatório, nem proibido. Essa norma genérica abarca tudo, de maneira que o sistema terá sempre uma resposta, daí o postulado da plenitude hermética do direito.

Ao contrário, se se conceber o sistema jurídico como aberto e incompleto, revelando o direito como uma realidade complexa, que contém várias dimensões, não só “normativa” como também “fática” e “axiológica”, aparecendo como um critério de avaliação, em que os fatos e as situações jurídicas devem ser entendi-

dos como um entrelaçamento entre a realidade viva e as significações do direito, no sentido de que ambas se prendem uma a outra, tem-se um conjunto contínuo e ordenado que se abre numa desordem, numa descontinuidade, apresentando um vazio, uma lacuna, por não conter solução expressa para determinado caso.

No presente estudo, a discussão sobre a existência (ou não) de lacunas no Direito assume relevância em dois aspectos: em primeiro lugar, a discussão é importante para a própria dogmática jurídica, na medida em que a tese das lacunas serve como forte elemento norteador e, também, como sustentáculo ao Direito, visto de maneira circular e controlado; em segundo lugar, serve, igualmente, como argumento desmistificador do próprio dogma do Direito, baseado no modelo napoleônico, pois pode-se entender, sem dúvida, que, quando o juiz está autorizado/obrigado a julgar nos termos dos arts. 4º da LICC e 126 do CPC (isto é, deve sempre proferir uma decisão), isso significa que o ordenamento é dinamicamente completável, através de uma auto-referência ao próprio sistema jurídico.

2 HISTÓRICO

O dogma da completude, isto é, o princípio de que o ordenamento jurídico seja completo para fornecer ao juiz, em cada caso, uma solução sem recorrer à equidade, foi dominante e o é, em parte, até agora, na teoria jurídica europeia de origem romana. Por alguns é considerado como um dos aspectos salientes do positivismo jurídico.

Regredindo no tempo, esse dogma da completude nasce provavelmente da tradição românica medieval, dos tempos em que o Direito romano vai sendo, aos poucos, considerado como o Direito por excelência, ao qual não há nada a acrescentar e do qual não há nada a retirar, pois que contém as regras que dão ao bom intérprete condições de resolver todos os problemas jurídicos apresentados ou por apresentar. A completa e fina técnica hermenêutica que se desenvolve entre os juristas comentadores do Direito romano, e depois entre os tratadistas, é especialmente uma técnica para a ilustração e o desenvolvimento interno do Direito romano, com base no pressuposto de que ele constitui um sistema potencialmente completo, uma espécie de mina inesgotável da sabedoria jurídica, que o intérprete deve limitar-se a escavar para encontrar o veio escondido.

Nos tempos modernos, o dogma da completude tornou-se parte integrante da concepção estatal do Direito, isto é, daquela concepção que faz da produção jurídica um monopólio do Estado. Portanto, admitir que o ordenamento jurídico estatal não era completo significava introduzir um Direito concorrente, quebrar o monopólio da produção jurídica estatal. O código é para o juiz um prontuário que lhe deve servir infalivelmente e do qual não pode afastar-se.

Os seguidores da escola da exegese acreditavam que o Direito não tivesse lacunas e que o dever do intérprete fosse somente o de tornar explícito aquilo que já estava implícito na mente do legislador.

A escola do Direito livre, fundada por Ehrlich, afirmava que o Direito constituído está cheio de lacunas e, para preenchê-las, é necessário confiar principalmente no poder criativo do juiz, ou seja, naquele que é chamado a resolver os infinitos casos que as relações sociais suscitam, além e fora de toda a regra pré-constituída.

O positivismo jurídico, ligado à concepção estatal do Direito, entendia que admitir a livre pesquisa do Direito, conceder cidadania ao livre Direito (isto é, a um Direito criado de vez em quando pelo juiz) significava quebrar a barreira do princípio da legalidade, que havia sido colocado em defesa do indivíduo, abrir as portas ao arbítrio, ao caos e à anarquia.

A completude não era um mito, mas uma exigência da justiça; não era uma função inútil, mas uma defesa útil de um dos valores supremos a que deve servir a ordem jurídica, a “certeza”.

3 CONCEITO

O conceito de lacuna é um conceito relacional: lacuna é uma inadequação em relação a alguma coisa. O conceito gênero é a inadequação normativa. As espécies decorrem do relacionamento do subsistema prescritivo com outros subsistemas¹.

Em conseqüência disso, para Bobbio, as lacunas se verificam não na falta de normas disciplinadoras de condutas, mas na falta de critério de escolha entre a norma geral exclusiva, que permite tudo que não for normativamente disciplinado como proibido, e a norma geral inclusiva, que dispõe sobre as condutas não disciplinadas normativamente².

Para Kelsen, o julgador só considera que há lacunas no ordenamento quando não o satisfaz a solução por este oferecida. Em termos mais precisos, as lacunas são vistas pelo pensamento kelseniano como uma *ficção*, a possibilitar a compatibilização dos pressupostos lógico-operacionais do direito com os postulados éticos de quem tem competência para o aplicar³.

1 FERRAZ JUNIOR. T. S. **Introdução ao estudo do direito**, p. 218.

2 COELHO. F. U. **Roteiro de lógica jurídica**, p. 69.

3 KELSEN. H. **Teoria pura do direito**, p. 341.

A expressão lacuna concerne a um estado incompleto do sistema ou, como diz Binder, há lacuna quando uma exigência do direito, fundamentada objetivamente pelas circunstâncias sociais, não encontra satisfação na ordem jurídica.

O vocábulo “lacuna” foi introduzido, com um sentido metafórico, para designar os possíveis casos em que o direito objetivo não oferece, em princípio, uma solução. Três são as espécies de lacunas:

1. normativa, quando se tiver ausência de norma sobre determinado caso;
2. ontológica, se houver norma, mas ela não corresponder aos fatos sociais (o grande desenvolvimento das relações sociais, o progresso tecnológico, etc.);
3. axiológica, ausência de norma justa, isto é, existe um preceito normativo, mas, se for aplicado, sua solução será insatisfatória ou injusta.

4 A COMPLETUDE DO ORDENAMENTO JURÍDICO

Por completude entende-se a propriedade pela qual um ordenamento jurídico tem uma norma para regular qualquer caso. Uma vez que a falta de uma norma se chama geralmente “lacuna”, “completude” significa “falta de lacunas”. Em outras palavras, um ordenamento jurídico é completo quando o juiz pode encontrar nele uma norma para qualquer caso que se lhe apresente, ou melhor, não há caso que não possa ser regulado com uma norma tirada do sistema⁴.

Para dar uma definição mais técnica de completude, é válido dizer que um ordenamento é completo quando jamais se verifica o caso de que a ele não se podem demonstrar pertencentes nem uma certa norma nem a norma contraditória. Especificando melhor, a incompletude consiste no fato de que o sistema não compreende nem a norma que proíbe um certo comportamento nem a norma que o permite.

De fato, se se pode demonstrar que nem a proibição nem a permissão de um certo comportamento são dedutíveis do sistema, da forma que foi colocado, é preciso dizer que o sistema é incompleto e que o ordenamento jurídico tem uma lacuna.

4 BOBBIO. N. *Teoria do ordenamento jurídico*, p. 115.

O nexó entre coerência e completude está em que a coerência significa a exclusão de toda a situação na qual pertençam ao sistema ambas as normas que se contradizem; a completude significa a exclusão de toda a situação na qual não pertença ao sistema nenhuma das duas normas que se contradizem. Diremos “incoerente” um sistema no qual existe tanto a norma que proíbe um certo comportamento, dir-se-á quanto àquela que o permite; “incompleto”, um sistema no qual não existe nem a norma que proíbe um certo comportamento nem aquela que o permite.

Segundo Savigny, o conjunto das fontes de direito

[...] forma um todo, que está destinado à solução de todas as questões surgidas no campo do Direito. Para corresponder a tal finalidade, ele deve apresentar estas características: unidade e completude... O procedimento ordinário consiste em tirar do conjunto das fontes um sistema de direito... Falta a unidade, e então trata-se de remover uma contradição; falta a completude, e então trata-se de preencher uma lacuna.

Na realidade, porém, essas duas coisas podem reduzir-se a um único conceito fundamental. De fato, o que se estabelece é sempre a unidade: “a unidade negativa, com a eliminação das contradições; a unidade positiva, com o preenchimento das lacunas”.

Segundo Bobbio⁵, a norma que estabelece o dever do juiz de julgar cada caso com base numa norma pertencente ao sistema não poderia ser executada se o sistema não fosse pressupostamente completo, quer dizer, com uma regra para cada caso. A completude é, portanto, uma condição sem a qual o sistema, em seu conjunto, não poderia funcionar. Num ordenamento em que o juiz está autorizado a julgar segundo a equidade, não tem nenhuma importância que o ordenamento seja preventivamente completo, porque é a cada momento completável.

O chamado postulado da plenitude hermética da ordem jurídica fracassa em seu empenho ao sustentar que todo sistema é uno, completo, independente e coerente. É importante assinalar, como o fizeram Alchourron y Boulygin, que há diferença entre o postulado da plenitude, de acordo com o qual todos os sistemas jurídicos são completos, e a exigência de que o sejam. O postulado, dizem eles, é uma mera ilusão que, não obstante, desempenha um papel ideológico definido no pensamento jurídico; a sua exigência responde a um ideal, puramente racional, independente de toda atitude política. A exigência da completude é um caso especial de um princípio mais geral, inerente a toda investigação científica como atividade racional⁶.

5 BOBBIO. Op. Cit., p. 118.

6 DINIZ. M. H. **As lacunas no direito**, p. 68.

5 O ESPAÇO JURÍDICO VAZIO

Até onde o Direito alcança com as suas normas, evidentemente não há lacunas; onde não alcança, há espaço jurídico vazio e, portanto, não há lacuna do Direito, mas a atividade indiferente ao Direito.

Ou existe o ordenamento jurídico, e então não se pode falar de lacuna, ou há a chamada lacuna, e então não existe mais o ordenamento jurídico, e a lacuna não é mais tal, porque não representa uma deficiência do ordenamento, mas um seu limite natural. O que está além dos limites das regras de um ordenamento não é uma lacuna do ordenamento, mas algo diferente do ordenamento, assim como a margem de um rio não é a falta do rio, mas simplesmente a separação entre o que é rio e o que não é⁷.

Não há lacunas porque onde falta o ordenamento jurídico, falta o próprio Direito e, portanto, deve-se falar mais propriamente de limites do ordenamento jurídico do que de lacunas.

Santi Romano, citado por Fabio Ulhoa⁸, por exemplo, distingue dois espaços jurídicos: o *pleno*, onde se encontram todas as condutas referidas pelas normas; e o *vazio*, que reúne as demais condutas. Ora, assim como o mar não é lacuna do continente, também o espaço jurídico vazio não pode ser considerado fator de incompletude do sistema jurídico.

Prossegue Bobbio, para afirmar que, do fato de algumas ações humanas não se encontrarem disciplinas especificamente por normas jurídicas, não se pode extrair a conclusão de que o direito seria lacunoso. Desse fato conclui-se, apenas, que existem ações irrelevantes para o direito. Dada, portanto, a conduta *p*, se ela se encontra no espaço jurídico pleno, será proibida, obrigatória ou permitida, segundo o disposto na norma; se ele encontra no espaço jurídico vazio, não desperta qualquer interesse para o direito.

6 A NORMA GERAL EXCLUSIVA

Outro raciocínio, para a inexistência de lacunas, afirma que uma norma que regula um comportamento não só limita a regulamentação e, portanto, as consequências jurídicas que dessa regulamentação derivam para aquele comportamento, mas ao mesmo tempo “exclui” daquela regulamentação todos os outros comportamentos. Uma norma que proíbe fumar exclui da proibição, ou seja, permite todos os outros comportamentos que não sejam fumar.

7 BOBBIO. Op. Cit., p. 130.

8 COELHO. **Roteiro**, p. 67.

Existem também as chamadas normas gerais inclusivas, aquelas previstas no Art. 5º da LICC, segundo a qual, no caso de lacuna, o juiz deve recorrer às normas que regulam casos parecidos ou matérias análogas. Enquanto que norma geral exclusiva é aquela norma que regula todos os casos não compreendidos na norma particular, mas os regula de maneira oposta, a característica da norma geral inclusiva é a de regular os casos não compreendidos na norma particular, mas semelhantes a eles, de maneira idêntica.

Frente a uma lacuna, se se aplicar a norma geral exclusiva, o caso não regulamentado será resolvido de maneira oposta ao que está regulamentado; se se aplicar a norma geral inclusiva, o caso não regulamentado será resolvido de maneira idêntica àquele que está regulamentado.

É impossível excluir as lacunas, em contraste com a teoria da norma geral exclusiva, mas fica mais claro o conceito de lacuna: a lacuna se verifica não mais por falta de uma norma expressa pela regulamentação de um determinado caso, mas pela falta de um critério para a escolha de qual das duas regras gerais, a exclusiva ou a inclusiva deva ser aplicada⁹.

Para Fabio Ulhoa Coelho¹⁰, as *lacunas* são definidas como ausência da lei para um caso concreto. Os elaboradores dos textos legais, com certeza, não podem antever todas as situações que a realidade irá oferecer e, por isso, surge a questão acerca de como resolver, juridicamente, os casos não previstos. O direito positivo, habitualmente, consagra a regra de analogia, apelo aos costumes ou aos princípios gerais, como a forma de decidir as pendências para as quais inexistia norma específica. No Brasil, esse parâmetro se encontra no Art. 4º da Lei de introdução ao Código Civil.

A possibilidade de lacunas no sistema compromete o seu caráter lógico, porque transgredir o princípio do terceiro excluído, segundo o qual, para um sistema ser tomado por lógico, ele deve conter o enunciado ou o seu contraditório. Especificamente, em relação ao sistema jurídico: dado o comportamento p , deve haver no sistema uma norma N , geral ou específica, que o sancione ou não o sancione. Para que o direito seja lógico e completo, portanto, é necessária a presença da norma $V(p)$ ou da norma $P(p)$ para “qualquer conduta” que se considere.

Dado algum ato humano, ele será ou sancionado pelo direito ou não-sancionado, estando definitivamente excluída a terceira alternativa. Em suma, a completude do direito depende da existência de uma norma-jurídica ou da norma contraditória, pertinente a qualquer ação ou omissão humana que se considere.

⁹ BOBBIO. Op. Cit., p. 137

¹⁰ Op. Cit., p. 65.

Existem duas maneiras básicas de se focar o problema das lacunas. De um lado, relacionando-se com o constante aperfeiçoamento do próprio direito. Essa idéia de progressividade leva a crer que, no futuro, quando os elaboradores normativos forem mais experientes, caprichosos e percucientes, as normas poderão ser melhor redigidas, de sorte a anteciparem todas as variáveis possíveis. Segundo essa primeira perspectiva, as lacunas caracterizam a etapa do artesanato normativo, que o progresso do direito deverá superar. A segunda maneira de se focar a questão das lacunas diz respeito às condições lógicas do sistema. Não se pressupõe o aperfeiçoamento da técnica legislativa, mas, ao contrário, a inafastável imprevisibilidade relativa das ações humanas (sempre haverá uma margem de casos não previstos especificamente pelas normas).

O operador do direito (juiz, advogado, promotor de justiça, etc.) costuma relacionar a negativa de lacunas com a afirmação de uma disciplina jurídica exaustiva, e a tese do direito lacunoso com a impossibilidade de uma ordem jurídica exaustiva. O senso comum jurídico, em outros termos, vincula a falta de lacunas com a criação de um ordenamento que contenha norma específica para cada situação juridicamente relevante e a presença de lacunas com a inexistência de normas específicas para todas as situações.

Curiosamente, o enfoque jusfilosófico que afirma a possibilidade de lacunas aponta para um direito exaustivamente disciplinador de todos os comportamentos: o que admite o direito com tal capacidade. Assim, os filósofos jurídicos, para os quais o direito poderá vir a ser exaustivo, admitem as lacunas, e os que rejeitam tal perspectiva as negam, invertendo as relações vislumbradas pelo senso comum dos operadores jurídicos.

Na filosofia do direito, a questão das lacunas não discute se o direito possui ou não uma norma com conteúdo específico, voltado a cada conduta humana, pois quanto a isso todos concordam na negativa. Rejeitar as lacunas não significa admitir a possibilidade desse conjunto abrangente e exaustivo de normas jurídicas. Muito pelo contrário, significa encontrar uma equação teórica pela qual o sistema jurídico possa se apresentar completo. Em outros termos, não se cuida de investigar a possibilidade de se contar com uma norma N pra cada ação p . Mas, isto sim, de poder qualificar juridicamente, como sancionada ou não-sancionada, qualquer ação p .

Zitelmann, citado por Ulhoa, nega as lacunas a partir da norma geral exclusiva. Quando o comportamento não se encontra *especificamente* referido por uma norma jurídica, ele é qualificado pela norma de âmbito geral do tipo “tudo que não é proibido, é permitido”, ou $\sim V(p) @ P(p)$. Ao decidir uma demanda judicial, o juiz irá aplicar ou a norma especialmente prevista pelo legislador para a hipótese ou a norma geral incorporada pelo sistema. Nesse sentido, qualquer comportamento p ou se encontra qualificado por uma norma N específica (e então, será proibido,

permitido ou obrigatório, segundo o prescrito nessa norma), ou se encontra qualificada pela norma geral exclusiva (e, então, será permitido *se* a norma geral permitir todos os comportamentos não proibidos).

Do ponto de vista lógico, portanto, se o ordenamento contém norma geral exclusiva, então não há a possibilidade de lacunas. No direito brasileiro de hoje, a norma geral exclusiva pode ser encontrada no princípio constitucional da legalidade, segundo o qual ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (Art. 5^a, II, da Constituição Federal). Isto é, se inexistir lei proibindo ou obrigando certa conduta, ela é permitida.

Ora, o juiz brasileiro, ao julgar o comportamento de qualquer pessoa, deve pesquisar se existe lei proibindo ou obrigando esse comportamento. Se a encontrar, evidente não há que se falar em lacunas. E se não a encontrar, o comportamento deve ser considerado permitido, e, nesse caso, também não há que se falar em lacunas. Portanto, é completo o direito que contém uma norma geral exclusiva, pela qual todas as ações não disciplinas de modo específico são, não obstante, juridicamente qualificadas.

Fabio Ulhoa Coelho¹¹ questiona, se assim é, qual seria o sentido de um dispositivo legal referente à omissão nas próprias leis? Um dispositivo como Art. 4^o, da Lei de Introdução ao Código Civil, que determina a aplicação da analogia e dos princípios gerais ou o socorro aos costumes? Como podem conviver esta regra de preenchimento de lacunas e a regra geral exclusiva?

Bobbio tem uma interessante resposta a tal indignação. Para ele a norma geral exclusiva não garante a completude do ordenamento jurídico, quando se prevê uma norma geral sobre o preenchimento das lacunas nesse mesmo ordenamento, a qual se reveste de natureza *inclusiva*. Isto é, ao dispor sobre os mecanismos de superação das lacunas, normas como as do Art. 4^o da Lei de Introdução ao Código Civil passam a considerar, como disciplinado pela ordem jurídica, a conduta que se encontrava fora do âmbito de incidência dessa. Em outros termos, *inclui* no campo das condutas normatizadas aquela para a qual não existe nenhuma norma específica.

Em conseqüência disso, para Bobbio, as lacunas se verificam não na falta de normas disciplinadoras de condutas, mas na falta de critério de escolha entre a norma geral exclusiva, que permite tudo que não for normativamente disciplinado como proibido, e a norma geral inclusiva, que dispõe sobre as condutas não disciplinadas normativamente.

11 COELHO. **Roteiro**, p. 68.

O seu entendimento, assim, sugere que a questão das lacunas envolveria, em última análise, um problema de conflito entre duas normas: a geral exclusiva e a geral inclusiva. Portanto, lacunas não existiriam por carência, mas sim por *abundância* de normas sobre a mesma conduta. Curioso registrar que a questão das antinomias reais, no mesmo Bobbio, pode ser reduzida a um problema de lacunas, já decorrente da falta de critério para a solução de certos conflitos normativo. Por tais vias, há num círculo vicioso, em que antinomias são, na verdade, lacunas, e estas são, na verdade, antinomias. Tal circularidade é consequência do estreito vínculo existente entre o princípio lógico da não-contradição (ao qual se liga a questão das antinomias) e do terceiro excluído (relacionado com a das lacunas).

Kelsen já apresenta uma resposta diferente à indignação sobre a conveniência da norma geral exclusiva e o Art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil. Segundo ele, todas as normas jurídicas podem ser reduzidas às sancionadoras; quer dizer, têm sempre a estrutura lógica $p \textcircled{R} q$, sendo p a descrição da conduta humana que se pretende proibir, e q , a definição de uma sanção. A norma proibitiva “matar alguém – reclusão de seis a vinte anos” é referida por $p \textcircled{R} q$, sendo p a ação de matar alguém, e q , a pena de reclusão de seis a vinte anos. A norma obrigatória “quem deseja construir deve obter a respectiva licença da Prefeitura, sob pena de multa” tem estrutura $p \textcircled{R} q$, sendo p o comportamento de construir sem licença da Prefeitura, e q , a sanção de multa.

E a norma permissiva “é facultado o estacionamento nessa área” consiste em $p \textcircled{R} q$, sendo p a ação da autoridade, impedindo o motorista de estacionar seu veículo na área em questão; e q , a sanção de invalidação da penalidade, eventualmente aplicada por essa autoridade.

Ora, se, todas as normas são o que se poderia chamar de imperativos sancionadores, então as condutas, relacionadas deonticamente (V ou F) com uma sanção, devem ser apenadas com a medida sancionatória prevista; e as demais condutas, por não encontrarem ligadas a qualquer sanção, não devem ser apenadas. O juiz, diante de uma conduta qualquer, deve considerar se o direito a liga à sanção. Em caso positivo, o julgamento deve ser no sentido de impor a pena estabelecida. Em caso negativo, se o direito não sanciona a conduta em foco, o julgamento deve ser considerá-la lícita. Em Kelsen, não existe possibilidade de lacunas, portanto.

Mas, prossegue o criador da teoria pura do direito, se a ordem não autoriza aos juízes a aplicação da analogia e dos princípios gerais ou apelo aos costumes em caso de omissão da lei, então não é possível ignorar essa regra autorizadora, devendo-se compatibilizá-la com o restante do sistema. Como todas as normas são reduzidas à estrutura de um imperativo sancionador (dado certo comporta-

mento, deve ser uma sanção), para o pensamento kelseniano, aquele juiz que enxerga lacuna no direito está, na verdade, pretendendo aplicar sanção a uma conduta não-sancionada, ou deixar de aplicar sanção a conduta sancionada. Ou seja, ele pretende inverter o sentido da norma. Se inexistem lacunas, falar nelas é procurar dar ao caso concreto solução *diferente* da prevista pela ordem jurídica.

Um exemplo ajudará na compreensão da teoria kelseniana das lacunas. A mulher A, fisicamente incapaz de ter uma gestação, contrata com a mulher B a implantação de seu óvulo fecundado no útero desta última que, por sua vez, se obriga a lhe entregar a criança assim gerada, logo após o nascimento. A, então, propõe ação judicial, reclamando perdas e danos por inadimplemento de obrigação contratual. Em sua defesa, B alega nulidade do contrato. Como deve o juiz julgar essa pendência?

O contrato será nulo, pela ótica de Kelsen. Se houver norma jurídica, sancionando com a nulidade o comportamento consiste em contratar a implantação do óvulo fecundado. Revirando a ordem em vigor, ele não encontra tal norma. Em princípio, portanto, deveria considerar válida a contratação feita e julgar procedente a ação proposta. Se essa solução, liberada pela ordem jurídica vigente, for adequada aos valores do juiz, com certeza ele a adotará em sua decisão. Mas, na hipótese inversa, caso considere tal solução agressiva aos seus valores, o juiz poderia evitá-la, ao cogitar da existência de uma lacuna. Para integrá-la, deveria aplicar a sanção de nulidade ao referido contrato, valendo-se da analogia, dos princípios gerais do direito ou dos costumes. Ou seja, em Kelsen, o julgador só considera que há lacunas no ordenamento quando não o satisfaz a solução por este oferecida. Em termos mais precisos, as lacunas são vistas pelo pensamento kelseniano como uma “ficção”, a possibilitar a compatibilização dos pressupostos lógico-operacionais do direito com os postulados éticos de quem tem competência para o aplicar.

A teoria pura não considera a questão das lacunas como pertinente à logicidade do sistema jurídico. Trata o tema, situando-o no capítulo da estrutura escalonada da ordem jurídica, no tópico reservado à jurisprudência. É assunto ligado ao direito positivo, que, segundo Kelsen, não se apresenta necessariamente lógico¹².

12 COELHO. F. U. **Para entender Kelsen**, p. 37.

Normalmente, as lacunas são identificadas pela doutrina tradicional como a ausência de norma jurídica geral para um caso particular. Supondo que determinado engenheiro genético consiga multiplicar um óvulo fecundado, para implante no útero de algumas mulheres e gestação de clones humanos. Ainda, que ele contrate, com um milionário excêntrico, a criação de um clone, mas que não receba o pagamento pelo serviço. Ao proceder à cobrança do valor contratado, o devedor contesta alegando a nulidade do negócio jurídico. Considerado o assunto pela ótica da legalidade, a doutrina tradicional afirmaria a inexistência de previsão legal sobre o tema e concluiria pela lacuna do direito. Daí, passaria à discussão acerca dos meios de integração da ordem jurídica (analogia, costumes, princípios gerais, etc.).

A teoria pura mostra, no entanto, que as lacunas, entendidas nesse sentido tradicional, são impossíveis. Como a estrutura da norma jurídica é a de ligação deontica entre a descrição de uma conduta e a sanção estatuída, então de duas uma: ou o comportamento em exame está ligado a certa pena e é proibido, ou não está e é permitido. A norma geral de permissão das condutas não proibidas (o que não está proibido está permitido) torna a idéia tradicional de lacunas inadmissível.

Para a formulação kelseniana, os órgãos judiciários aplicadores do direito, postados diante de ausência de norma específica sobre a conduta em julgamento, nem sempre consideram tal ausência como lacuna. Fazem-no, apenas, se a solução desenhada em termos gerais pelo legislador não coincidir com os seus valores ético-políticos. Em outros termos, apenas se o juiz não concordar com a falta de sanção do comportamento que está julgando, ele irá cogitar da existência de lacuna e, ao colmatá-la, dará ao caso particular a solução mais justa segundo o seu entendimento.

Com relação ao exemplo da clonagem, se o julgador considerar adequada a solução encontrada na ordem positiva (o contrato é permitido, porque não existe sanção estatuída), então reconhecerá a validade do negócio de clonagem; mas se essa solução agredir seus valores, ele identificará uma lacuna na ordem posta, e aplicará a sanção que lhe parece mais adequada (nulidade, anulabilidade ou ineficácia do contrato de clonagem).

Qualquer ausência de norma pode ser igualmente interpretada como imprevisão legislativa ou como deliberada permissão negativa. Não há critério algum, científico, que pudesse apontar para uma ou outra direção na apreciação de hipóteses singulares. Por vezes se falará em lacunas e por vezes em conduta permitida, em função exclusivamente dos valores do juiz competente para aplicar o direito.

O direito positivo brasileiro contém normas mencionando expressamente os meios de superação das lacunas (LICC, Art. 4º). Como se explicaria, em termos

kelsenianos, essa disposição, já que as lacunas são consideradas impossíveis? A resposta é que tais ordens jurídicas criaram uma ficção para compatibilizar os pressupostos lógico-operacionais do sistema jurídico, com a realização dos valores ético-políticos de quem o aplica. Ou seja, uma norma, definindo critérios de superação de lacunas, equivale à outorga de poderes para os juízes decidirem os casos submetidos à sua apreciação de acordo com os seus próprios valores. Mas isso não poderia ser afirmado pela norma sem o recurso à ficção, porque a tanto equivaleria o legislador renunciar à sua competência.

A interpretação não tem aqui a função de aplicar a norma a ser interpretada, mas, ao contrário, de eliminá-la para substituí-la por uma melhor, mais correta, mais justa, em poucas palavras, uma norma desejada por quem aplica um direito. Sob a aparência de contemplar o ordenamento jurídico, a norma original será revogada e substituída por uma nova. Uma ficção da qual se faz uso especialmente quando a modificação legal das normas gerais, por quaisquer motivos, for difícil ou impossível; pode existir por se tratar de direito consuetudinário, que não pode ser modificado de maneira alguma, por um processo racional ou porque as leis vigentes podem ser vistas como de origem santa ou divina, ou porque o aparelho legislativo não possa ser de modo algum movimentado ou por motivos outros.

De qualquer forma, pela equação teórica do espaço jurídico vazio, da regra geral exclusiva ou pela formulada por Kelsen, a negação das lacunas é condição da logicidade do sistema jurídico. Um sistema incapaz de ser caracterizável, de algum modo, como completo não será lógico.

7 AS LACUNAS TÉCNICAS

Além das lacunas propriamente ditas, distinguem-se, também, às vezes, lacunas técnicas às quais se nega, do ponto de vista positivista, a existência de autênticas lacunas, e cujo preenchimento é considerado possível por meio de interpretação. Elas ocorrem quando o legislador deixa de normatizar o que deveria ter normatizado, quando deve ser, em geral, tecnicamente possível aplicar a lei. Só que aquilo que se designa como lacuna técnica ou uma lacuna no sentido original da palavra, isto é, uma diferença entre o direito positivo e o direito desejado, ou aquela indeterminação que resulta “pó” esse caráter de moldura da norma¹³.

A primeira acontece quando, por exemplo, a lei regula a obrigatoriedade da venda, mas – como se costuma dizer – nada determina sobre o que arca com o risco quando a coisa vendida perecer, sem culpa das partes, antes da transferência. Porém, não acontece que o legislador “nada” determine sobre isso, mas que o

13 KELSEN. H. **Teoria pura do direito**: Versão condensada pelo próprio autor, p. 121.

vendedor se liberte da obrigação de entregar a mercadoria ou uma indenização; uma determinação que, muitas vezes, considera desejável quem aqui afirma haver uma “lacuna”, mas uma determinação que não precisa ser subentendida para tornar a lei aplicável. A lei sobre a obrigação do vendedor de entregar a mercadoria ou uma indenização; uma determinação que, muitas vezes, considera desejável quem aqui afirma haver uma “lacuna”, mas uma determinação que não precisa ser subentendida para tornar a lei aplicável. A lei sobre a obrigação do vendedor de entregar a mercadoria não abre nenhuma exceção, nem no caso mencionado de o vendedor assumir o risco.

A segunda espécie de lacuna acontece quando, por exemplo, a lei determina que o órgão deve ser criado por eleição, mas não regula o processo eleitoral. Isso significa que todo tipo de eleição, seja a proporcional ou da maioria, pública ou secreta, é legal. Para a realização da eleição, o órgão autorizado para ela pode determinar, arbitrariamente, o processo eleitoral. A determinação do processo eleitoral é autorizada para uma norma de grau inferior.

Outro exemplo: uma lei determina que um colegiado, para ser atuante, deve ser convocado por seu presidente, mas nada determina sobre a reunião do colegiado para o caso de não haver nenhum presidente. Não se pode atribuir a essa norma o sentido de que, caso não exista nenhum presidente, qualquer modo de reunião será legal, mas apenas o sentido de que, também nesse caso, o colegiado deve ser convocado por seu presidente, senão não poderá, de modo algum, funcionar legalmente. Aqui, porém, não existe nenhuma “lacuna”, pois a lei exige que o colegiado, mesmo que não possua presidente, deve por ele ser convocado. Se nada houvesse prescrito para esse caso, qualquer reunião seria legal. A lei prescreve aqui algo sem sentido, isto é, como as leis são obra humana, isso não está excluído. Uma norma pode ter também um conteúdo sem sentido. Nesse caso, nenhuma interpretação pode dar sentido a uma norma. E este sentido não pode ser suprimido pelo da interpretação, desde que já não estivesse contido nela.

O sistema jurídico brasileiro coloca-se como formalmente cerrado, é dizer, a combinação dos artigos 4º da LICC com o Art. 126 do Código de Processo Civil reproduz o “princípio do *non liquet*”.

Segundo Lenio Luiz Streck¹⁴, é necessário distinguir bem as fórmulas “lacunas da lei” e “lacunas do Direito”. De fato, a confusão que é feita por considerável parte da doutrina brasileira traz, de forma subjacente, várias questões, dentre elas, o entendimento acerca do papel efetivo que exercem no sistema os dispositivos

14 STRECK. L. L. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: Uma exploração hermenêutica da construção do Direito, p. 101.

legais de clausura e ausência (arts. 4º da LICC e 126 CPC). Em verdade, o conceito de lacuna “técnica”, elaborado por parte da doutrina, não pode conviver com os aludidos dispositivos legais. Isto porque só se poderia falar na inexistência de tais lacunas no Direito primitivo ou no Direito internacional, onde há ausência de órgãos centralizados de criação e aplicação de normas.

Essa ausência torna inútil o argumento da lacuna, posto que, no caso de ordens jurídicas como as mencionadas, o problema da lacuna é secundário, ou seja, em primeiro lugar, dever-se-ia decidir se há normas, para, só então, discutir a existência de algumas.

Portanto, não existem lacunas técnicas, sendo todas elas axiológicas. Sua colmatção passa, por critérios definidos hermeneuticamente, a ter relevância – retórica – os assim denominados princípios gerais do Direito, que, aliás, fazem parte da dicção do Art. 4º da LICC¹⁵. Esse texto é complementado pelo Art. 126 do CPC – com o que ocorre o fechamento do sistema, originalmente estabelecido pelo Art. 4º do Código Civil Napoleônico.

8 AS LACUNAS DO LEGISLADOR

Para Hans Kelsen¹⁶, embora as lacunas jurídicas não tenham existência, teoricamente, o legislador pode, determinado por uma falsa teoria, pressupor a existência de “lacunas”. Só que estas “lacunas” talvez sejam diferentes daquilo que o legislador entende como tais. Este pode encontrar – e as encontra, no caso, não raras vezes – quando não pode extrair nenhuma decisão da lei, como no Art. 6º do Código Civil Austríaco e no Art. 1º do Código Civil Suíço.

Se a lei permite ao juiz, como diz o Art. 1º, acima mencionado, no caso de uma “lacuna”, tomar uma decisão como o faria se fosse legislador, isso significa uma autorização, ao juiz, se considerar a aplicação da lei intolerável, de julgar por seu próprio arbítrio em lugar da lei. O bom legislador não tem condições de fazer correções à lei, mesmo em circunstâncias necessárias, pois deve contar, de antemão, como circunstâncias de fato, que não previu e nem poderia ter previsto; as normas gerais não podem tratar senão de casos comuns. Exatamente por isso ele não pode transcrever os casos em que tem de se colocar no lugar do aplicador do direito. Se pudesse fazê-lo, não precisaria fazer-se substituto dele.

¹⁵ Art. 4º, LICC – “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito”.

Art. 126, do CPC – “O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade na lei. No julgamento da lide caber-lhe-a aplicar as normas legais; nas as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito”.

¹⁶ KELSEN. Op. Cit., versão condensada. p. 122.

Nada mais lhe resta senão deixar a decisão para o aplicador do direito, sob o risco inevitável de que este também decida, como legislador, os casos em que o legislador original quisesse aplicar a lei. Com isso, naturalmente, o fundamento da legalidade e, portanto, a validade das normas gerais aplicadas pelos tribunais e autoridades administrativas, é colocada em questão, assim como o peso da produção do direito, desde o legislador geral até o aplicador individual do direito.

Para reduzir esse perigo, a autorização para eliminar a lei é formulada de modo que o aplicador do direito não se valha do extraordinário poder que lhe é realmente transferido. O executor do direito deve pensar que só não deve aplicar a lei nos casos em que não possa ser aplicada, por não conter em si mesmo nenhuma possibilidade de aplicação. Ele deve saber que só é livre quando ele próprio puder fazer as vezes do legislador, não, porém, sob outro aspecto: quando tiver de se colocar no lugar do legislador. Que ele, na verdade, esteja livre, também, nesse aspecto, é-lhe ocultado pela ficção da “lacuna”.

Do geral ao particular, falta a premissa lógica que todo ato de aplicação do direito representa. A denominada “lacuna” da lei é uma típica fórmula ideológica. A aplicação da lei, que nesse caso é apenas – pela estimativa do executor do direito – uma inconveniência jurídico-política, é apresentada como uma impossibilidade lógico-jurídica.

9 AS LACUNAS AXIOLÓGICAS

Segundo Bobbio¹⁷, entende-se por “lacuna” a falta não já de uma solução, qualquer que seja ela, mas de uma solução satisfatória, ou, em outras palavras, não já a falta de uma norma, mas a falta de uma norma justa, isto é, de uma norma que se desejaria que existisse, mas que não existe.

Quando os juristas sustentam, em nossa opinião, sem razão, que o ordenamento jurídico é completo, isto é, não tem lacunas, referem-se às lacunas reais e não às axiológicas.

Brunetti, citado por Bobbio¹⁸, sustenta que, para se poder falar de completude ou de incompletude de uma coisa qualquer, é necessário não considerar a coisa em si mesma, mas compará-la com alguma outra. Para se falar de completude ou não, ele aponta dois casos típicos:

1. quando se compara uma determinada coisa com o seu tipo ideal ou com aquele que deveria ser; tem sentido perguntar se uma dada mesa é perfeita ou não somente se a comparar com aquela que deveria ser uma mesa perfeita;

17 BOBBIO. Op. Cit., p. 140.

18 BOBBIO. Op. Cit., p. 141.

2. quando se compara a representação de uma coisa com a coisa representada, por exemplo, um mapa do Brasil com o Brasil. Ora, com relação ao ordenamento jurídico, caso se considere em si mesmo, sem compará-lo com alguma outra coisa, perguntar se é completo ou não torna-se sem sentido, como se perguntássemos se o ouro é completo, se o céu é completo.

Resumindo, o problema das lacunas tem três faces:

1. o problema de o ordenamento jurídico, considerado em si próprio, ser completo ou incompleto: o problema assim colocado não tem sentido;

2. o problema de ser completo ou incompleto o ordenamento jurídico, tal como ele é, comparado a um ordenamento jurídico ideal: esse problema tem sentido, mas as lacunas que aqui vêm à baila são lacunas ideológicas, que não interessam aos juristas;

3. o problema de ser completo ou incompleto o ordenamento legislativo, considerado como parte de um todo e confrontado com o todo, isto é, com o ordenamento jurídico: esse problema tem sentido e é o único caso em que se pode falar de lacunas no sentido próprio da palavra. Na realidade também esse terceiro caso pode ser enquadrado na categoria das lacunas ideológicas, isto é, na “oposição entre aquilo que a Lei diz e aquilo que deveria dizer para ser perfeitamente adequada ao espírito de todo o sistema”.

Portanto, o problema da completude é um problema sem sentido, e, lá onde tem sentido, as únicas lacunas, das quais se pode mostrar a existência, são lacunas ideológicas; e é um sentido tão óbvio que, se a isso se reduz o problema, não se justificariam todos os rios de tinta gastos com ele.

Para Bobbio¹⁹, as lacunas podem ser próprias ou impróprias. A lacuna própria é uma lacuna do sistema ou dentro do sistema; a lacuna imprópria deriva da comparação do sistema real com um sistema ideal.

Num sistema em que cada caso não regulamentado faz parte da norma geral exclusiva (como é geralmente um código penal, que não admite extensão analógica) não pode haver outra coisa além de lacunas impróprias.

19 BOBBIO. Op. Cit., p. 143.

O caso não regulamentado não é uma lacuna do sistema porque só pode pertencer à norma geral exclusiva, mas, quando muito, é uma lacuna que diz respeito a como deveria ser o sistema.

Tem-se a lacuna própria somente onde, ao lado da norma geral exclusiva, existe também a norma geral inclusiva, e o caso não regulamentado pode ser encaixado tanto numa como na outra. O que têm em comum os dois tipos de lacunas é que designam um caso não regulamentado pelas leis vigentes num dado ordenamento jurídico.

O que as distingue é a forma pela qual podem ser eliminadas: a lacuna imprópria somente através da formulação de novas normas; e a própria, mediante as leis vigentes. As lacunas impróprias são completáveis somente pelo legislador; as lacunas próprias são completáveis por obra do intérprete. Mas, quando se diz que um sistema está incompleto, diz-se em relação às lacunas próprias, e não às impróprias. O problema da completude do ordenamento jurídico é se há e como podem ser eliminadas as lacunas próprias.

Para Alchourron y Boulygin, citados por Jorge Luiz Rodrigues, revestem particular importância suas definições dos conceitos de *lacuna normativa*, como sendo um caso definido em termos das propriedades que tenham sido consideradas relevantes pelo legislador ao qual não tenha sido correlacionada nenhuma solução normativa, e de *lacuna axiológica*, que se produziria quando, ainda que existente no ordenamento jurídico uma solução para certo caso, tal solução é considerada axiologicamente inadequada em razão de que o legislador não tomou como relevante certa distinção que deveria ter sido considerada.

10 O PODER DISCRICIONÁRIO DO JUIZ

Não restam dúvidas de que os tribunais proferem os seus julgamentos de forma a dar a impressão de que as suas decisões são a consequência necessária de regras predeterminadas cujo sentido é fixo e claro. Em casos muito simples, tal pode se assim; mas na larga maioria dos casos que preocupam os tribunais, nem as leis, nem os precedentes, em que as regras estão alegadamente contidas, admitem apenas um resultado.

Nos casos mais importantes, há sempre uma escolha. O juiz tem de escolher entre sentidos alternativos a dar às palavras de uma lei ou entre interpretações conflitantes do que um precedente “significa”. É só a tradição de que os juízes “descobrem” o direito e não o “fazem” que esconde isto e apresenta as suas decisões como se fossem deduções feitas com toda a facilidade de regras claras preexistentes, sem intromissão da escolha do juiz.

Sob o entendimento de que existem lacunas, Hart²⁰ afirma, sob severas críticas de Dworkin, que, em qualquer sistema jurídico, haverá sempre certos casos juridicamente não regulados em que, relativamente a determinado ponto, nenhuma decisão, em qualquer dos sentidos, é ditada pelo direito e, nessa conformidade, o direito apresenta-se como parcialmente indeterminado ou incompleto.

Se, em tais casos, o juiz tiver de proferir uma decisão, deve exercer seu poder discricionário e criar direito para o caso concreto, em vez de aplicar meramente o direito estabelecido preexistente. Assim, em tais casos juridicamente não previstos ou não regulados, o juiz cria direito novo e aplica o direito estabelecido que não só confere, mas também restringe os seus poderes de criação do direito.

Esta imagem do direito, como sendo parcialmente indeterminado ou incompleto, e a do juiz, enquanto preenche as lacunas através do exercício de um poder discricionário limitadamente criador de direito, são rejeitadas por Dworkin, com fundamento em que se trata de uma concepção enganadora, não só do direito, como também do raciocínio judicial.

Ele pretende, com efeito, que o que é incompleto não é o direito, mas antes a imagem dele aceite pelo positivista, e que a circunstância, de isto sim emergirá da sua própria concepção “interpretativa” do direito, enquanto inclui, além do direito estabelecido explícito, identificado por referência à suas fontes sociais, princípios jurídicos implícitos, que são aqueles princípios que melhor se ajustam ao direito explícito ou com ele mantêm coerência, e também conferem a melhor justificação moral dele.

Nesse ponto de vista interpretativo, o direito nunca é incompleto ou indeterminado e, por isso, o juiz nunca tem oportunidade de sair do direito e de exercer um poder de criação do direito, para proferir uma decisão. É por isso, para esses princípios implícitos, com as suas dimensões morais, que os tribunais se deviam voltar nesses “casos difíceis”, em que as fontes sociais do direito não conseguem determinar a decisão sobre certo ponto do direito.

Segundo Hart²¹, é importante que os poderes de criação que ele atribui aos juízes, para resolverem os casos parcialmente deixados por regular pelo direito, sejam diferentes dos de um órgão legislativo: não só os poderes do juiz são objetos de muitos constrangimentos que estreitam a sua escolha, de que um órgão legislativo pode estar consideravelmente liberto, mas uma vez que os poderes do juiz são

20 HART. H. L. A. O conceito de direito, 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 2001, p. 335.

21 HART. op. Cit., p. 336.

exercidos apenas para ele se libertar dos casos concretos que urge resolver, ele não pode usá-los para introduzir reformas de larga escala ou novos códigos. Por isso os seus poderes são intersticiais, e também estão sujeitos a muitos constrangimentos substantivos.

Apesar disso, haverá pontos em que o direito existente não consegue ditar qualquer decisão que seja correta e, para decidir os casos em que tal ocorra, o juiz deve exercer os seus poderes de criação do direito. Mas não deve fazer isso de forma arbitrária, isto é, ele deve ter sempre certas razões gerais para justificar a sua decisão e deve agir como um legislador contencioso agiria, decidindo de acordo com as suas próprias crenças e valores. Se ele porém, satisfizer essas condições, tem o direito de observar padrões e razões para a decisão, que não são ditadas pelo direito e podem diferir dos seguidos por outros juízes, confrontados com casos difíceis semelhantes.

Dworkin dirige três críticas contra as idéias de Hart, no que diz respeito à sua concepção dos tribunais, enquanto exercem um poder discricionário tão limitado para resolver casos deixados incompletamente regulados pelo direito. A primeira é a de que esta concepção é uma falsa descrição do processo judicial e do que os tribunais fazem nos “casos difíceis”.

Para demonstrar isso, Hart afirma que Dworkin faz apelo à linguagem utilizada pelos juízes e pelos juristas para descrever a tarefa do juiz e à fenomenologia da elaboração de decisões judiciais. É dito que os juízes, ao decidirem os casos, e os juristas, ao insistirem com eles para os decidirem a seu favor, não falam do juiz com estando a “criar” direito, mesmo em casos dotados de novidade. Mesmo nos mais difíceis desses casos, o juiz não denuncia, com frequência, qualquer consciência de que há, como os positivistas sugerem, dois estádios completamente diferentes no processo de decisão: um em que o juiz descobre, em primeiro lugar, que o direito existente não consegue ditar uma decisão em qualquer sentido; e outro em que o juiz se afasta então do direito existente para criar direito para as partes de novo e *ex post facto*, em conformidade com a sua idéia do que é melhor.

Em vez disso, os juristas dirigem-se ao juiz, como se esse estivesse sempre preocupado em descobrir e dar execução ao direito existente e o juiz fala como se o direito fosse um sistema de direitos sem lacunas, em que se aguarda a descoberta pelo juiz de uma solução para cada caso, e não a pura invenção de tal solução pelo mesmo juiz.

Não há dúvida de que a retórica familiar do processo judicial encoraja a idéia de que não existem, num sistema jurídico desenvolvido, casos juridicamente não regulados. Mas com que grau de seriedade se deve aceitar tal idéia? Há uma longa tradição europeia e uma doutrina de divisão de poderes que dramatizam a

distinção entre o legislador e o juiz e insistem em que o juiz deve aparecer, em qualquer caso, como sendo aquilo que é, quando o direito existente é claro, ou seja, um mero porta voz do direito, que ele não cria ou molda.

Mas é importante distinguir a linguagem ritual utilizada pelos juízes e juristas, quando os primeiros decidem os casos, nos tribunais, das suas afirmações mais reflexivas sobre o processo judicial.

Uma consideração principal ajuda a explicar a resistência à pretensão de que os juízes, por vezes, não só criam, como aplicam direito, e elucida também os principais aspectos que distinguem a criação direito judicial da criação pelo órgão legislativo. Trata-se da importância caracteristicamente ligada pelos tribunais, quando decidem casos não regulados, ao procedimento por analogia, de forma a assegurarem que o novo direito que criam, embora seja direito novo, está em conformidade com os princípios ou razões subjacentes, reconhecidos como tendo já uma base no direito existente.

É verdade que, quando certas leis ou precedentes concretos se revelam indeterminados, ou quando o direito explícito é omissivo, os juízes não repudiam os seus livros de direito e desatam a legislar, sem a subsequente orientação do direito. Muito frequentemente, ao decidirem tais casos, os juízes citam qualquer princípio geral, ou qualquer objetivo ou propósito geral, que se pode considerar que determinada área relevante do direito exemplifica ou preconiza, e que aponta para determinada resposta ao caso difícil que urge resolver.

Nesse mesmo sentido, Larenz²² afirma que o juiz ficará adstrito aos princípios gerais que informam o ordenamento e à Constituição, para que não se afigure uma arbitrariedade:

[...] não se exige que o direito esteja expresso na forma de regras genéricas para que seja vinculatório, a codificação geral não pode, nunca, mesmo por pouco tempo, determinar exaustivamente o conteúdo da ordem jurídica. O juiz deve agir como descobridor e, ao mesmo tempo, conformador do direito que ele traz sempre de novo para a realidade, em um processo interminável a partir da lei, com a lei e, caso necessário, para além da lei. Não se pode dizer que nesses casos a decisão aja “contra legem”. Na verdade, esse desenvolvimento do direito é “extra legem”, no sentido de que exorbita ou restringe os fins

22 LARENZ, K. *Metodologia da ciência do direito*, p. 212

cognoscíveis da lei, mas está de acordo com o direito; “extra legem”, mas “intra ius”. Para que isso não leve à arbitrariedade, ao realizar o direito na decisão dos casos concretos, o juiz deve fazê-lo de acordo com os princípios fundamentais do ordenamento jurídico e com a Constituição, em suma, [...] deve poder integrar-se no ‘sistema intrínseco da ordem jurídica’.

As outras críticas de Dworkin à concepção de Hart de poder discricionário judicial condenam esta última, não por ser descritivamente falsa, mas por dar apoio a uma forma de criação de direito que é antidemocrática e injusta.

Afirma Dworkin, citado por Hart²³, que os juízes não são, em regra, eleitos e, numa democracia, segundo se alega, só os representantes eleitos do povo deveriam ter poderes de criação do direito. Existem muitas respostas a essa crítica. Que aos juízes devem ser confiados poderes de criação do direito para resolver litígios que o direito não consegue regular, pode ser encarado como o *preço* necessário que se tem de pagar para evitar o inconveniente de métodos alternativos de regulamentação desses litígios, tal como o reenvio da questão ao órgão legislativo, e o preço pode parecer baixo se os juízes forem limitados no exercício desses poderes e não puderem modelar códigos ou amplas reformas, mas apenas regras para resolver as questões específicas suscitadas por casos concretos.

Em segundo lugar, a delegação de poderes legislativos limitados ao Executivo constitui um traço familiar das democracias modernas e tal delegação ao Poder Judiciário não parece constituir uma ameaça mais séria à democracia. Em ambas as formas de delegação, um órgão legislativo eleito terá normalmente um controle residual e poderá revogar ou alterar quaisquer leis autorizadas que considere inaceitáveis.

Conclui Hart²⁴ que Dworkin formula outra acusação de que a criação judicial do direito é injusta e condena-a como uma forma de legislação retroativa ou de criação de direito *ex post facto*, a qual é, com certeza, considerada, de forma geral, injusta. Mas a razão para considerar injusta a criação de direito reside em que desaponta as expectativas justificadas dos que, ao agirem, confiaram no princípio de que as conseqüências jurídicas dos seus atos seriam determinadas pelo estado conhecido do direito estabelecido, ao tempo dos seus atos.

23 HART. Op. Cit., p. 338.

24 HART. Op. Cit., p. 339.

Essa objeção, todavia, mesmo que valha contra uma alteração retroativa do direito por um tribunal, ou contra um afastamento do direito estabelecido, parece bastante irrelevante nos casos difíceis, uma vez que se trata de casos que o direito deixou regulados de forma incompleta e em que “não há um estado conhecido do direito, claramente estabelecido, que justifique expectativas”.

11 CONCLUSÃO

De qualquer forma, pela equação teórica do espaço jurídico vazio, da regra geral exclusiva ou pela formulada por Kelsen, a negação das lacunas é condição da logicidade do sistema jurídico. Um sistema incapaz de ser caracterizável, de algum modo, como completo não será lógico. Porém, o direito é uma realidade dinâmica, que está em perpétuo movimento, acompanhando as relações humanas, modificando-as, adaptando-as às novas exigências e necessidades da vida, inserindo-se na história, brotando do contexto cultural.

A evolução da vida social traz em si novos fatos e conflitos, de modo que os legisladores, diariamente, passam a elaborar novas leis; juízes e tribunais, de forma constante, estabelecem novos precedentes, e os próprios valores sofrem transformações, devido ao grande e peculiar dinamismo da vida. Abarca o direito experiências históricas, sociológicas e axiológicas que se complementam. Logo, as normas, por mais completas que sejam, são apenas uma parte do direito, não podendo identificar-se com ele. O sistema jurídico não tem um aspecto uno e imutável, mas sim multifário e progressivo.

Na tridimensionalidade jurídica de Miguel Reale encontra-se a noção de que o sistema do direito se compõe de um subsistema de normas, de um subsistema de valores e de um subsistema de fatos, isomórficos entre si, por haver correlação entre eles. Portanto, tais elementos são interdependentes, de forma que, quando houver uma incongruência ou alteração entre eles, tem-se a lacuna e a quebra da isomorfia. Logo, o sistema normativo é aberto, está em relação de importação e exportação de informações com outros sistemas (fáticos, axiológicos etc.), sendo ele próprio parte de um subsistema jurídico.

Perante a lacuna, o juiz, ante o caráter dinâmico do direito, passa de um subsistema a outro (do subsistema legal ao subsistema consuetudinário ou ao subsistema axiológico ou ao subsistema fático), até suprir a lacuna. De maneira que esta é sempre provisória, porque o direito, *lectiona Tércio*, possui uma temporalidade própria.

Em face do Art. 126, do CPC, é conclusivo que o juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide, caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia,

aos costumes e aos princípios gerais do direito.

O legislador, reconhecendo a impossibilidade lógica de regulamentar todas as condutas, prescreve normas desse tipo com o escopo de estabelecer a “plenitude do ordenamento”. E a proibição da denegação da justiça pelo juiz pretende tão-somente estabelecer tal completude. Nesse contexto doutrinário, Vernengo não nega a existência de lacunas normativas, mas afirma tão-somente que há técnicas para colmatá-la.

A integração de uma lacuna, portanto, não se situa no plano legislativo, tampouco é uma delegação legislativa ao juiz; ele não cria novas normas jurídicas gerais, mas individuais, que só poderão ascender à categoria de normas jurídicas gerais em virtude de um subsequente processo de recepção e absorção dessas normas por uma lei ou jurisprudência, uma vez que as súmulas dos tribunais são tidas, por alguns autores, como normas gerais.

Portanto, se não se admitir o caráter lacunoso do direito, sob o prisma dinâmico, o Poder Legislativo, em um dado momento, não mais teria qualquer função, porque todas as condutas já estariam prescritas, em virtude do princípio de que “tudo o que não está proibido, está permitido”. E, além disso, a afirmação “não há lacunas porque há juízes, que, com base no Art. 4º da LICC, as vão eliminando”, conduz a uma falsa realidade, pois os magistrados apenas as colmatam.

O juiz cria norma jurídica individual que só vale para cada caso concreto, pondo fim ao conflito, sem dissolver a lacuna, pois o caso *sub judice* por ele resolvido não pode generalizar a solução para outros casos, mesmo que sejam idênticos. A instauração de um modelo jurídico geral cabe ao Poder Legislativo, bem como as modificações e correções da norma, procurando novas formas que atendam e satisfaçam às necessidades sociais.

As lacunas jurídicas são uma questão sem saída, a que não há resposta unânime, devido à pluridimensionalidade do direito, que contém inúmeros elementos heterogêneos, o que dificulta uma abordagem unitária do tema. De forma que, quando o jurista se põe a pensar sobre o que deve ser entendido por lacuna, parece que não pode tomar as posições doutrinárias como definitivas, tampouco adotar uma posição, excluindo as demais, mas sim lançar mão de um expediente muito simples: expor o tema sob uma forma problemática. Isto porque, as diversas doutrinas se completam e não se excluem, pois partem de critérios e premissas diversas e se sustentam racionalmente.



REFERÊNCIA

- BOBBIO, N. **Teoria do ordenamento jurídico**. 6.ed., Brasília: UnB, 1995.
- COELHO, F. U. **Roteiro de lógica jurídica**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- COELHO, F. U. **Para entender Kelsen**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- DINIZ, M. H. **As lacunas no direito**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- FERRAZ JUNIOR, T. S. **Introdução ao estudo do direito**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- HART, H. L. A. **O conceito de direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.
- KELSEN, H. **Teoria pura do direito**. 4. ed. Coimbra: Armênio amado Editor, 1976.
- _____. **Teoria pura do direito: Versão condensada pelo próprio autor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- LARENZ, K. **Metodologia do direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1978.
- STRECK, L. L. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: Uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.