

Resenha

RESENHA

DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro interpretada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 89 a 173 (Arts. 4º e 5º).

*Luciana Mendes Pereira Roberto**

A Professora Doutora Maria Helena Diniz é Titular de Direito Civil da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Professora de Direito Civil Comparado, de Filosofia do Direito e de Teoria Geral do Direito nos cursos de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Coordenadora da sub-área de Direito Civil Comparado dos Cursos de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Diante de breve exposição do currículo da autora, resta clara a sua experiência e sabedoria no que pertine ao tema da Lei de Introdução ao Código Civil - Decreto-Lei nº 4657 de 04 de setembro de 1942, a qual brilhantemente discorre nesta obra.

Ao interpretar o **Art. 4º¹** da referida lei, trata da integração e o problema das lacunas no Direito, referindo o fato de quando o magistrado não encontra norma aplicável a um caso concreto, não sendo possível subsumir o fato a nenhum preceito, esta-se diante do problema das lacunas, que pode ocorrer pela falta de conhecimento sobre um *status* jurídico de certo comportamento, um defeito do sistema, uma ausência de norma ou uma disposição legal injusta ou em desuso. Para tanto deverá haver um desenvolvimento aberto, uma consciência da modificação que as normas experimentam para a aplicação do Direito. Essa integração, de acordo com os limites estabelecidos pelo Direito, de criar uma norma individual, em consonância com o ordenamento, é que suprirá a lacuna, atendo-se aos subconjuntos valorativo, fático e normativo que compõem o sistema jurídico.

Em seguida aborda a localização sistemática do problema das lacunas jurídicas, o levantamento das questões relativas à lacuna dentro da ordenação jurídica e das questões desencadeadas paralelamente a ela. Há o problema das lacunas com a própria concepção do Direito (se o direito constitui ou não uma ordem limitada), tendo em vista o prescrito no Art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, e o problema lógico da completude ou da incompletude do sistema. Admitindo as lacunas, há os problemas de sua constatação, de seu preenchimento, da legitimidade de seu uso; e, assim, distingue três questões básicas para tanto: da existência, constatação e preenchimento das lacunas.

O tema discute a questão da existência das lacunas, o qual sub-divide em quatro partes. Inicia com considerações gerais sobre a existência das lacunas, ou seja, traça perguntas sobre a completude do sistema, sobre o dinamismo ou estática do sistema jurídico, entre outras, mostrando que deve haver a discussão do Direito como um ordenamento. Assim, o problema da existência de lacunas vai depender da concepção que se tem do ordenamento jurídico, ou sob um prisma pragmático (preenchimento), e que ambos constituirão as bases das investigações sobre o problema das lacunas. A seguir trata da lacuna como problema inerente ao sistema jurídico, ou seja, depende de consciência da mobilidade e temporalidade do sistema. Para tanto há duas correntes antitéticas: uma que afirma a inexistência da lacuna (plenitude hermética do Direito - Kelsen) e outra que sustenta sua existência (concepção de sistema aberto e incompleto).

187

* A resenhista é Advogada. Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina. Especialista em Direito Empresarial e em Bioética pela Universidade Estadual de Londrina. Docente na Universidade Estadual de Londrina e no Centro Universitário Filadélfia - UNIFIL.

¹ Lei de Introdução ao Código Civil: Art. 4º. Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.



Há lacuna nos casos em que o direito objetivo não oferece uma solução de pronto para o caso concreto, uma determinada circunstância não encontra satisfação na ordem jurídica. A autora defende a corrente da existência das lacunas, entendendo que o Direito é uma realidade dinâmica, dentro de um contexto de atualização com as mudanças da vida das pessoas em sociedade, que traz novas situações, como alterações nos fatos, nos valores e nas normas, considerando que o Direito não é estático, está sob constante progresso.

É apresentado, de forma gráfica, o que traz bastante clareza ao leitor, que o sistema normativo é aberto e está relacionado com os sistemas fático e de valores (axiológico). Assim, quando o juiz aplica o Direito ao caso concreto não se baseia somente no sistema normativo, mas também no fático e no axiológico, não sendo relevante apenas se determinada conduta é proibida ou permitida no sistema normativo, mas sim se há possibilidade de solução pelos outros sistemas. Presente a lacuna, o juiz transita pelos “subsistemas”, até supri-la, e dessa forma a lacuna fica com caráter sempre provisório, pois o Direito tem uma temporalidade própria. Fica expresso o entendimento, pela autora, que o Direito é lacunoso, sob uma análise dinâmica.

Há o apontamento de três espécies de lacunas: a normativa (ausência de norma); ontológica (a norma não corresponde aos fatos sociais) e axiológica (há ausência de norma justa). Apresenta, ainda, a lacuna como problema de jurisdição, considerando-a uma questão processual, pois é este que, na aplicação das normas, levanta o problema da lacuna. Refere-se a Kelsen que a princípio afasta a idéia da existência de lacunas, mas acaba por admiti-la como mera ficção, estabelecendo limites ideológicos à atividade judicial, ou seja, reconhece a incompletude do sistema.

A colmatação de lacunas, em um determinado processo judicial, soluciona um problema individualmente e não tem a finalidade de eliminar conflitos. Dessa forma, o Direito será sempre lacunoso e, ao mesmo tempo, sem lacunas. Isso implica em dizer que a lacuna faz um fato indecidível, e cabe ao Judiciário torná-lo decidível.

Trata, assim, da aporia das lacunas (raciocínios coerentes, conclusões contrárias): “[...] o Direito é sempre lacunoso, mas é também, ao mesmo tempo, sem lacunas”, de forma que o sistema jurídico não é completo, mas completável, exercendo as lacunas dupla função, ora fixando os limites para as decisões dos magistrados, ora justificando a atividade do Legislativo.

O fato de que o termo lacuna, trata-se de uma aporia é porque alberga idéias conflitantes, “uma questão sem saída a que não há resposta unânime”. No entender da autora, todas as doutrinas pertinentes aos temas, na realidade se compartilham, partindo de parâmetros diferentes.

Na seqüência, escreve sobre a constatação e preenchimento das lacunas, mostrando que o primeiro passo é a identificação (constatação) da lacuna, a partir da admissão de sua existência. Para tanto se faz necessária a análise de duas situações: o ordenamento jurídico e a existência de fato da lacuna (ausência de norma tida como lacuna), resultante de um juízo de apreciação e de integração. A constatação e o preenchimento das lacunas são aspectos correlatos, mas independentes e indicados pela própria lei (Art. 4º Lei de Introdução do Código Civil).

Quanto aos meios supletivos das lacunas, mostra que são eles:

A analogia, consistente na aplicação de uma norma prevista para uma situação distinta, a um caso que não seja contemplado por norma jurídica, a este semelhante. Envolve duas fases: a constatação e um juízo de valor das lacunas, levando à decisão do magistrado, que atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum. É um processo revelador de normas implícitas, com fundamento na igualdade jurídica, em “razões relevantes de similitude” e na teleologia. Se o caso *sub judice* não estiver previsto em norma jurídica, se houver uma semelhança com outro previsto, que esse elemento de identidade entre eles for fundamental, será o caso da aplicação da analogia. Esta pode ser distinta em *analogia legis* (aplicação de uma norma existente) e a *analogia juris* (conjunto de normas, do qual se extrai elementos de aplicabilidade no caso concreto não contemplado e similar). Na realidade toda analogia é *juris*, devido ao fato de que toda aplicação prescinde do sistema jurídico que o envolve. Cita também os argumentos analógicos: *argumentum a simili ad simile* (razão), *argumentum a fortiori* (as notas convenham ao segundo caso em grau distinto do primeiro; podem ser *a maiori ad minus* e *a minori ad maius*), e *argumentum a contrario* (instrumento integrador do sistema, uma “redução teleológica”).

O costume, está em plano secundário, e é também uma fonte jurídica decorrente do uso pelo interessado, pelos tribunais e doutrinadores, formada por dois elementos necessários: o uso e a convicção jurídica, sendo que de acordo com o Art. 4º da LICC, deve ser aplicado “conforme usos e costumes” e em “respeito aos bons costumes”, respeitando sua continuidade, sua uniformidade, sua diuturnidade, sua moralidade e sua obrigatoriedade, levando em conta os fins sociais, as exigências do bem comum, os ideais de justiça e de utilidade comum. Existem em três espécies: o *secundum legem* (previsto na lei), o *praeter legem* (supre a lei em caso de omissão) e o *contra legem* (em sentido contrário à lei: norma de costume oposta à lei ou o não-uso formal da lei, respectivamente *consuetudo abrogatoria* e *desuetudo*). É útil não apenas para o caso da lacuna normativa, mas também para a lacuna axiológica (injustiça ou inconveniência da aplicação da lei vigente) e para a lacuna ontológica (incompatibilidade entre fatos e normas). Assim, nota-se que a aplicação dos costumes, para a integração do sistema normativo, exige sensibilidade e atualidade social por parte do aplicador.

Os princípios gerais de direito, estão contidos de forma imanente no ordenamento jurídico e são úteis quando da falha da analogia e do costume no preenchimento da lacuna. Eles não têm existência própria, sendo vitalizados pelo juiz, ao descobri-los. Devem conter uma resposta segura para o caso duvidoso e não podem apresentar oposição ao disposto no ordenamento. Devido à imprecisão de seu caráter, os princípios gerais de direito possuem diversas concepções pelas escolas jurídicas. Há doutrinadores que simplesmente combatem a concepção de princípios gerais de direito; há a escola que os identifica com as normas de direito natural; há a que os entende como normas baseadas na equidade, a própria equidade (a autora é contrária a esse entendimento, pois considera a equidade meio diverso de preenchimento de lacunas); há a que os considera como tendo caráter universal, ditados pela ciência e pela Filosofia do Direito; há a que os caracteriza como princípios historicamente contingentes e variáveis e norteadores extraídos das diversas normas do ordenamento jurídico; há, ainda, uma posição eclética, que busca conciliar todas as demais posições. Porém, existe um elemento comum a todas as doutrinas, que é a *justiça*.

Maria Helena Diniz ensina a multiplicidade da natureza dos princípios gerais de direito, que podem ser decorrentes das normas do ordenamento jurídico, derivados das idéias políticas e sociais vigentes e reconhecidos pelas nações civilizadas com historicidade comum. Isso significa que recaem sobre os sistemas normativo, fático e valorativo, preenchendo as lacunas. Ocorre que muitos dos princípios gerais do direito encontram-se prescritos em normas e, mesmo não estando positivadas, guiam o magistrado pelo senso de justiça, pelo valor genérico que integram o sistema jurídico. O magistrado deve procurar, ao aplicá-los, primeiramente buscar os princípios fundamentais do ordenamento positivado do caso *sub judice*, atingir os princípios que informam o diploma onde se insere a instituição, procurar os princípios de direito consuetudinário, recorrer ao direito internacional e invocar os elementos de justiça.

A equidade, conforme se posicionou a autora, trata-se de meio diverso de preenchimento de lacunas, devendo ser utilizada nos casos em que o juiz, constatando semelhança entre fatos diversos, faz um juízo de valor, e assim não consegue usar a analogia, o costume e os princípios gerais de direito. Há três acepções que ligam a equidade (Alípio Silveira): a *latíssima* (suprema regra de justiça), a *lata* (idéia absoluta de justiça) e *estrita* (a justiça no caso concreto). Pode ser dividida em (Agostinho Alvim): legal (contido no texto da norma) e judicial (o legislador permite o seu uso no caso concreto), sendo que o pressuposto de qualquer das duas é a flexibilidade da lei. Apresenta, ainda, os requisitos da equidade (Limongi França): decorrência do sistema e do direito natural; inexistência de texto claro e inflexível sobre a matéria; omissão, defeito ou generalidade acentuada da lei; apelo para as formas complementares de expressão do direito antes da livre citação da norma equitativa; elaboração científica em harmonia com o sistema e com os princípios o objeto da decisão. O legislador, ao elaborar uma lei, deve ter em conta todos os fatores econômicos e morais, as atualizações da vida em sociedade, as tendências, a vontade, a consciência do povo. Assim, a equidade exerce influência da elaboração legislativa, além de desempenhar importante papel na interpretação das normas, destacando a finalidade da lei sobre a sua letra e a preferência da mais favorável e humana interpretação. Exercendo, assim, a adaptação da norma ao caso concreto, ao caso *sub judice*, suplementando a lei, integrando o sistema jurídico. Nessa função integrativa que exerce, a equidade preenche as lacunas voluntárias (pelo próprio



legislador), além dos casos que fogem à previsão do elaborador da norma. Nesse contexto, é a equidade o poder conferido ao magistrado para revelar o direito latente, um poder discricionário, mas de forma alguma arbitrário, que se utiliza no preenchimento das lacunas, relacionando os sistemas normativo, fático e valorativo.

Na seqüência, registra-se a interpretação do **Art. 5^o** da referida Lei de Introdução ao Código Civil, expondo a princípio a utilidade prática do citado artigo.

A autora ensina que a ciência do Direito surge como uma teoria hermenêutica por ter a tarefa de interpretar normas, verificar a existência da lacuna jurídica e afastar contradições normativas; é a teoria da decisão. Para tanto, deverá estabelecer a sistematização de normas, daí a sua função de organização, com a finalidade de decisão, ou seja, da busca de condições de possibilidade de resolução de conflitos. A ciência do Direito não se separa da técnica, o conhecimento e domínio de meios para atingir certo objetivo, sendo instrumento de viabilização do Direito. A dogmática jurídica tem uma função social, no dever de limitar as possibilidades de variação na aplicação do Direito e de controlar a consciência das decisões, com base em outras decisões.

É apresentada uma interessante construção silogística (Engisch): norma geral (premissa maior); caso conflitivo (premissa menor) e conclusão (decisão), referindo-se à subsunção da norma ao caso concreto, em que a grande dificuldade é encontrar a premissa maior, conduzindo a dois problemas para a efetiva decisão jurídica: a qualificação jurídica e as regras decisórias. Quanto à qualificação jurídica, a dificuldade está no emprego de linguagem natural ou comum e falta de informação sobre os fatos do caso, remediada pelas presunções legais. Diante de tais apontamentos, entende-se que o jurista fará uma consideração dinâmica do Direito (sistemas normativo, fático e valorativo), para fornecer os caminhos da decisão, aplicando a norma ao caso concreto, e atendendo à finalidade social e ao bem comum.

Em continuidade, analisa-se o conceito, funções e caráter necessário da interpretação. Tanto a lei clara como a obscura devem ser interpretadas; porém à obscura deverá ser somada certa dose de atividade intelectual, pois tal norma contém palavras fora de seu significado, apresenta imprecisões, fórmulas falhas, pensamento incompleto ou confuso, ou, ainda, ambigüidade, que pode aparecer na letra da lei ou no seu pensamento ou conteúdo.

190

Interpretar é, então, descobrir o sentido e o alcance da norma, buscando o significado dos conceitos jurídicos, que se adaptam a mudanças com a evolução e o progresso da sociedade, extraíndo da norma o sentido apropriado que leve a uma decisão. As funções da interpretação são conferir a aplicabilidade da norma às relações sociais, estender o sentido da norma a relações novas, temperar o alcance do preceito normativo.

A hermenêutica é a teoria científica da arte de interpretar, a ela deve ser somada a intersubjetividade, ou seja, o intérprete deve levar em conta os fatores valorativos e sociais contidos na norma, baseado no momento histórico em que está vivendo, garantindo, ainda, seus fins sociais. A interpretação pode ser considerada não-autêntica (Kelsen: determinar o quadro das significações possíveis da norma geral) e autêntica (cria direito para o caso concreto).

O texto destaca a liberdade do Judiciário, que não ficará dependente de decisões anteriores, pois o magistrado é o intérprete necessário e permanente da lei, com a obrigação apenas de fundamentar suas decisões, podendo interpretar diversamente em casos concretos semelhantes. Interpretar é estabelecer uma norma individual, assim a interpretação é um ato normativo. E em seguida passa a tratar, então, a questão da vontade da lei ou do legislador como critério hermenêutico, em duas teorias: a subjetiva (vontade do legislador) e a objetiva (vontade da lei, concentrada em quatro argumentos: a vontade, a forma, a confiança e a integração). Ambas são criticadas, a primeira por favorecer ao autoritarismo e a segunda por favorecer ao anarquismo. Os dogmas (caráter objetivo) e a liberdade (caráter subjetivo) levam ao caráter deontológico e normativo da interpretação, em que um ato de vontade se efetiva por razões axiológicas e cria uma norma individual (decidibilidade), com um mínimo de perturbação social.

Com referências às técnicas interpretativas, estas podem ser: gramatical, lógica, sistemática, interpretativa histórica, sociológica ou teleológica. Tais processos interpretativos se completam, são operações distintas que devem atuar conjuntamente na descoberta do sentido e alcance da norma.

2 Art. 5º. Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.



Destaca, a seguir, a técnica interpretativa teleológica e integração da lacuna ontológica e axiológica, mostrando que o Art. 5º da LICC indica o critério do fim social e o do bem comum, para a adaptação da lei às novas exigências sociais e aos valores positivos, mostrando que a finalidade da norma não é ser dura, mas justa e de acordo com as necessidades fático-sociais vigorantes na sociedade no momento de aplicação jurídica.

Quanto ao fim social, ensina a autora que não há lei que não contenha uma finalidade social imediata, e é aí que está presente a necessidade de sua correta aplicação a um dado caso, pois o aplicador deverá ter por escopo a felicidade da sociedade política, a busca do fim social.

O bem comum, por sua vez, é a liberdade, a paz, a justiça, a segurança, a utilidade social, a solidariedade, almejados pela sociedade, ficando acima dos interesses particulares dos indivíduos. Assim, são justas as leis que têm por finalidade o bem comum, que atendam ao interesse social; e, no caso da solução de conflitos duvidosos, o intérprete deverá seguir o caminho que mais se aproxime da utilidade comum dos cidadãos, da coletividade em geral. O bem comum é a preservação dos valores positivos vigentes na sociedade, que dão sustento a determinada ordem jurídica.

Ao tratar dos efeitos do ato interpretativo, o texto esclarece que, tanto na interpretação extensiva quanto na restritiva, deve ser considerado o fim e os valores da criação e da aplicação da norma. O hermeneuta deverá observar o espírito do texto normativo, a equidade, o interesse geral, o paralelo entre a norma interpretanda e outras, e ao tipo da disposição normativa interpretanda, e assim chegará a uma interpretação declarativa com a correspondência entre a expressão lingüístico-legal e a vontade da lei.

O papel da ideologia, na aplicação jurídica, é neutralizador do valor, pois é o universo dos valores possíveis de uma pessoa, um grupo, uma cultura. A decisão a ser proferida deverá obedecer às exigências legais, atendendo aos fins sociais e valorativos do direito. Haverá ideologia quando se neutraliza uma escolha no estabelecimento de objetivos (fim social, bem comum).

Finalizando a análise do Art. 5º da LICC, trata da discricionariedade judicial, devido ao fato de que cabe ao Judiciário, no caso de lacunas, adequar o Direito em relação à realidade, fática, social e normativa, selecionado a melhor solução que a lei comporte, buscando a justiça.

Diante de todo o aduzido, conclui-se que a função jurisdicional, seja de subsunção, seja de integração, é ativa, tendo em vista as mudanças sociais e a atividade intelectual do juiz ao aplicar a norma individual, nos limites de sua jurisdição, conforme a lei e o Art. 4º e o Art. 5º da Lei de Introdução do Código Civil, que trazem contribuições valiosas para a referida aplicação no Brasil.

