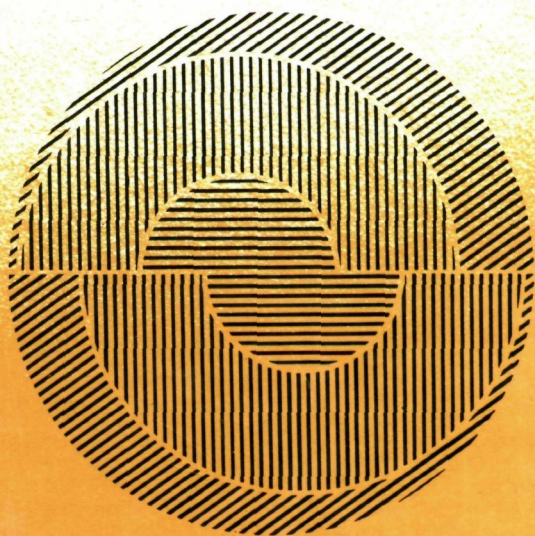


REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA



SENADO FEDERAL • SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS
JULHO A SETEMBRO 1988

ANO 25 • NÚMERO 99

O problema teórico das lacunas e a defesa do consumidor

O Caso do art. 159 do Código Civil

JOSÉ REINALDO DE LIMA LOPES

Advogado — Professor Assistente da Faculdade de Direito da USP

A questão das lacunas surge na teoria do direito a partir de pressupostos nem sempre explicitados. Por isso às vezes a questão mostra-se insolúvel ou sem sentido. Afinal, o que se esconde por trás deste tema é nada mais nada menos do que a própria idéia fundante do que é o direito e do método da ciência jurídica. Conforme a idéia do direito (objeto) e do modo de conhecê-lo (método) surge ou não a idéia de lacuna, surgem ou não hipóteses de explicação. Conforme acentua EMILIO BETTI⁽¹⁾, se a orientação for de caráter formalista, haverá uma série de processos relativos à interpretação e aplicação do direito, relegados à categoria de atos de vontade, arbitrários, insuscetíveis de racionalização e, portanto, de conhecimento verdadeiro. Uma outra orientação que incorpore ao ordenamento e à teoria do direito as regras de decisão e os próprios processos decisórios terá como efeito recolocar ou mesmo deslocar o problema das lacunas.

1. Norma jurídica, ordem jurídica e sentido da conduta

A primeira questão a examinar é uma idéia de direito a partir da qual se põem as lacunas. Sem dúvida é a idéia de direito como conjunto ou sistema de normas jurídicas, especificamente, a norma jurídica como critério de sentido da conduta. Que espécie de relação há entre norma jurídica e conduta? Trata-se de uma descrição? Trata-se de uma forma de compreen-

(1) BETTI, Emilio. *Interpretación de la Ley y de los Actos Jurídicos*. (Trad. José Luis de los Mozos). Madrid, Ed. de Derecho Reunidas, s.d.p. Cf. especialmente p. 127.

são? De fato, as normas não descrevem condutas. Tradicionalmente se diz que as normas são enunciados imperativos. O que significa isto? Pode-se ensaiar a resposta seguinte: a norma jurídica é um parâmetro, uma régua (*regula*, regra), medida a partir ou em comparação/confronto com a qual somos capazes de ler a realidade *sub specie juris*, sob o ponto de vista do direito. As normas — e os ordenamentos como sistemas de normas — são conceitos ideais, ou melhor, são enunciados sobre conceitos ideais, nos quais se lêem hipoteticamente as condutas sob o prisma da autorização, da obrigatoriedade ou da proibição. Neste sentido, as normas servem para reconstruir o significado da realidade e o sentido das ações dos homens. Reconstrução em forma jurídica. Acompanhando assim o pensamento de KELSEN, não há como entender coisa alguma do ponto de vista do direito, a não ser a partir do próprio direito, visto como um sistema de normas postas.

Isto estabelecido, pode-se deduzir ou inferir que não haveria condutas juridicamente sem sentido. Há aqui uma aparente solução do problema.

Evidentemente, a inexistência de um sem-sentido jurídico não implica, por seu turno, a necessidade de uma univocidade de sentido. Em outras palavras, dizer que não pode haver um sem-sentido jurídico não significa dizer que haja apenas um sentido para determinada conduta. É esta a linha de raciocínio de HANS KELSEN, como veremos.

De fato, a distinção radical e insuperável entre ser e dever-ser, sobre a qual se constrói a teoria pura do direito, permite afirmar que os fatos em si, participantes do mundo do ser, não têm qualquer sentido jurídico em si mesmos. É este, parece, o verdadeiro fundamento a partir do qual se pode desconstituir as lacunas como problema do ordenamento (e da teoria do direito) e não, como o próprio KELSEN às vezes sugere, a existência de uma “permissão geral”. Contrastemos as suas afirmações. No início de sua *Teoria Pura do Direito* vem claramente afirmado: “Simplesmente, este evento como tal (qualquer fato ou conduta), como elemento do sistema da natureza, não constitui objeto de um conhecimento especificamente jurídico — não é, pura e simplesmente, algo jurídico. O que transforma este fato num ato jurídico (lícito ou ilícito) não é a sua faticidade, não é o seu ser natural, isto é, o seu ser tal como determinado pela lei da causalidade e encerrado no sistema da natureza, mas o sentido objetivo que está ligado a esse ato, a significação que ele possui. O sentido jurídico específico, a sua particular significação jurídica, recebe-a o fato em questão por intermédio de uma norma que a ele se refere com o seu conteúdo, que lhe empresta a significação jurídica, por forma que o ato pode ser interpretado segundo esta norma” (2).

A partir desta afirmação essencial entendemos com clareza a sua explicação da inexistência de lacunas: não se trata de lacunas toda vez que o ordenamento como um todo possa ser aplicado, isto é, quando a partir do ordenamento como um todo se possa tirar um sentido jurídico, mesmo

(2) KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 5ª ed. (Trad. J. B. Machado). Coimbra, Armenio Amado Ed., 1979, p. 20.

que diverso para vários casos. Lacunas haveria se fosse impossível, logicamente (3), aplicar-se o ordenamento. Ora, para a teoria pura aplicar o direito é ao mesmo tempo produzir direito. "Com efeito, se deixarmos de lado os casos-límites — a pressuposição da norma fundamental e a execução do ato coercivo — entre os quais se desenvolve o processo jurídico, todo ato jurídico é simultaneamente aplicação de uma norma e produção, regulada por esta norma, de uma norma inferior" (4). Logo, as lacunas são logicamente impossíveis. Por quê? Porque seja lá qual for a variedade dos casos concretos, eles só fazem juridicamente sentido a partir do ordenamento/norma e isto quer dizer: não faltam normas capazes de dar sentido aos fatos. O que pode ocorrer é a "indesejabilidade" de uma solução. Esta indesejabilidade está, todavia, no aplicador ou no sujeito e não no ordenamento em si (5). Percebe-se que a solução vem de que o processo de interpretação, dentro do qual se pode inserir a lacuna, fica dissolvido num ato de criação de regra ou norma particular, limitado por uma norma superior, que não exclui o seu caráter propriamente criador.

Visto o direito como sistema de normas e vistas as normas como critério de interpretação jurídica da realidade, não há como falar-se — logicamente — em lacunas. Isto para uma teoria formal e apriorística, como a de KELSEN.

Haveria alguma diferença se entendêssemos o direito do ponto de vista de um realismo jurídico? Certamente haverá uma diferença.

2. *Lacunas como problema de decisão*

No caso de um ponto de partida realista, as lacunas tornam-se, de certa forma, um falso problema ou talvez um não-problema. Tomemos como paradigma o trabalho de ALF ROSS. Seu ponto de partida distingue-se do de KELSEN. Este vê o direito a partir de normas como enunciados essencialmente do dever-ser, distintos dos enunciados referentes ao mundo do ser, enunciados que seriam descritivos. Dada a sua matriz idealista, o fundamento do direito para KELSEN está numa norma *a priori*, que não pertence ao mundo das normas postas, senão do dever-ser em si, já que é norma fundamental pressuposta. A juridicidade é a validade derivada desta norma pressuposta. ROSS toma outro caminho e outro ponto de partida. O ponto inicial é a controvérsia. A controvérsia e sua decisão fazem a essência do direito, se fosse possível neste caso falar em essência sem ser mal compreendido. Ao contrário de KELSEN, para ROSS a efetividade e a eficácia serão o início determinante de um sistema (seria aqui um sistema diverso do sistema simplesmente lógico) jurídico. O papel da

(3) *Idem*, p. 339.

(4) *Idem*, p. 325.

(5) *Idem*, p. 339.

eficácia e da efetividade das decisões terá também uma certa lógica, mas subordinada à característica da força do Estado. De um lado ROSS poderá afirmar que a força não é o respaldo do direito, mas o direito é em si a organização da força ⁽⁶⁾. O papel do Estado, como ordem coativa, surge, de modo claro, na sua compreensão do ordenamento jurídico, como “conjunto de regras para o estabelecimento e funcionamento do aparelho de força do Estado” ⁽⁷⁾. Neste sentido, pode-se perceber uma aproximação com outras correntes positivistas e pode-se igualmente perceber o papel dominante que o direito estatal exerce sobre a sua teoria geral. Afinal, todos os juristas pagam, de boa ou má vontade, um tributo ao Estado moderno, que exige o desaparecimento ou a desconsideração de qualquer outro fenômeno jurídico paralelo. Isto seria, no entanto, uma discussão mais para a antropologia jurídica do que para um trabalho voltado para as lacunas (que pressupõem, em grande parte, justamente o direito e o Estado modernos).

Para ROSS o direito vigente confunde-se com as regras aplicadas. As regras não aplicadas deixam de ser direito. Ora, toda controvérsia requer uma aplicação de regra decisória, de modo que em todos os casos haverá a decisão, o que não permite falar em lacunas. Como haveria lacunas se cada nova decisão de controvérsia passa a integrar o direito vigente? Se estas decisões passam a ser tomadas como apoio à hipótese de que A ou B ainda é o direito vigente ⁽⁸⁾? Assim, as lacunas não são apenas logicamente impossíveis, como sugeria KELSEN; são também materialmente impossíveis, na medida em que o direito vigente abarca mais do que um sistema escalonado e piramidal de regras formalmente válidas. O direito é qualificado como direito vigente e esta qualificação faz toda a diferença. A vigência tem a ver com a faticidade, é uma “relação entre o conteúdo normativo ideal e a realidade social”. Sendo assim, não há mais distância insuperável entre a realidade e a norma: há entre elas uma relação de implicação, impedindo a existência de normas ineficazes e de fatos irrelevantes juridicamente. Não é pela lógica que se deduz a pertinência de uma norma ao ordenamento, mas é pela observação do seu uso. Com ROSS já deixamos para trás as lacunas como problema do ordenamento enquanto sistema lógico-formal e entramos no campo da decisão. As lacunas se resolvem na instância decisória. O direito é regra de decisão e não esquema de interpretação puro e simples. Abandona-se a ciência do direito como descrição de um sistema ordenado de normas postas e passa-se à observação de seu caráter tecnológico. Isto significa que a ciência do direito não [não] des-

(6) “Es evidente que el poder judicial precede siempre al legislador. El juez formaba originariamente su juicio de acuerdo con las reglas tradicionales de los costumbres”. ALF ROSS. *Sobre el Derecho y la Justicia*. 4ª ed. (Trad. Genaro Carrío). Buenos Aires, Eudeba, 1977, p. 88.

(7) *Idem*, p. 34.

(8) *Idem*, pp. 39 a 47.

creve ou ordena as normas postas, mas [que] prevê decisões a serem tomadas, levando em conta as regras de decisão usadas normalmente, isto é, o direito vigente. Desta perspectiva, a solução dada para a lacuna assume uma outra impositação. Considerado o direito como regra ou conjunto lógico sistemático de normas (enunciados imperativos hierarquizados entre si) que dá sentido jurídico ao mundo, a lacuna só pode parecer logicamente impossível. Contudo, considerado o direito como conjunto de decisões e regras de decisão voltadas para o futuro, tendo em vista sua aplicação também no futuro, a lacuna só pode existir se vier a faltar a decisão. A decisão “equivocada” nada tem a ver com as lacunas. O que tem a ver com as lacunas é a não-decisão, ou a indecisão. Ora, visto o direito como sistema de decisões — sem espaço para a indecisão —, tampouco resta espaço para a lacuna.

Chegamos, pois, por dois caminhos diversos, à eliminação das lacunas, quer pela sua impossibilidade fática (sempre há decisão), quer pela sua impossibilidade lógica (sempre há regras a aplicar). Mas aqui é preciso esclarecer com mais detalhe a hipótese já aventada por BETTI de que uma impositação teórica não formalista pudesse abordar de forma distinta o problema das lacunas. Na verdade o que BETTI parece querer dizer é que é viável constatar as lacunas e assumir a necessidade de preenchê-las. Esta é também, de um certo modo, a posição de BOBBIO. Esta posição, no entanto, continua a aceitar o pressuposto da divisão inicial do pensamento jurídico tradicional que faz a escansão insuperável entre ser e dever-ser. A razão está irremediavelmente dividida. Daqui para frente vamos enfrentar o desafio das lacunas como problema da interpretação. Elas se ligam ao espaço que vai da constatação do conflito à formulação de uma regra particular ou de uma decisão particular. Estamos, pois, no processo e no momento interpretativo-hermenêutico. Mesmo aqui os problemas não são poucos.

3. *As lacunas como problema da interpretação*

Para começar, toda interpretação parece carregar algo de irracional e não controlável. Ou pelo menos parece estar mais fundada em crenças e adesão a valores do que em saber científico. É verdade: o racional e o irracional aparecem hoje como dois hemisférios da razão sem que haja nada que ligue atos de inteligência e atos de vontade. Justamente por esta linha divisória poderia operar a hermenêutica. Ela pretende ser a descoberta de critérios para o entendimento e o conhecimento, na medida em que o conhecimento já não é mais externo e contemplativo do ponto de vista da relação sujeito-objeto, mas implicativo e intencional. Em outras palavras, a hermenêutica pressupõe mesmo a relação do sujeito com o objeto de forma absoluta, introduzindo a questão inafastável do “ponto de vista”. De tal maneira que o saber torna-se essencialmente motivado: isto implica uma idéia de que o saber e o conhecer partem de perguntas moti-

vadas e motivadoras e não de perguntas soltas. Assim a hermenêutica jurídica é a interrogação de um texto legal ou de uma regra decisória ou mesmo de um precedente a partir de motivações. E estas motivações podem ser divididas em duas espécies: a primeira é a necessidade da decisão e a segunda é a dos valores que o intérprete (seja o indivíduo, seja o próprio "sistema" de interpretação, ou seja uma espécie de intérprete impessoal que encobre os valores dominantes socialmente) pressupõe ao fazer a sua pergunta. Isto já carrega em si outra consequência: as perguntas em certa dimensão já trazem uma resposta. É, de fato, a maneira pela qual GADAMER formula o núcleo da atividade hermenêutica: "Uma das concepções fecundas da moderna hermenêutica é que todo enunciado deve ser considerado como uma resposta a uma pergunta e que a única via para entendê-lo consiste em fazer a pergunta da qual esse enunciado é uma resposta. Por conseguinte, uma primeira distinção a fazer com respeito à hermenêutica tradicional é o fato de que a hermenêutica filosófica está mais interessada nas perguntas que nas respostas. Ou melhor, interpreta os enunciados como respostas a perguntas que tem de compreender. Os fatos se encontram nos enunciados. Todos os enunciados são respostas. Porém, isso não é tudo. A pergunta a respeito da qual todo enunciado é uma resposta está, por sua vez, motivada; por conseguinte, em certo sentido toda pergunta é igualmente uma resposta. Responde a uma necessidade. Sem uma tensão interna entre nossas expectativas de sentido e as concepções amplamente difundidas, e sem um interesse crítico nas opiniões dominantes, não existiria qualquer pergunta" (9). Se assim é, abrem-se aqui novas perspectivas: passa a existir, no processo de interpretação, uma dimensão cognoscitiva subjetiva. Em outros termos: o saber tem sua direção e seu sentido a partir de motivações que o produzem. Desta forma, o problema das lacunas em direito surge justamente no espaço das questões colocadas pelo intérprete ao "ordenamento". Se a sua motivação não corresponde à "motivação" do "sistema", certamente aparecerão as lacunas. Caso contrário, as lacunas não aparecerão ou serão um problema inexistente, mesmo que apenas logicamente inexistente, porque, ao fazer suas perguntas na mesma chave de sentido do "ordenamento", tenderá a dar as mesmas respostas já dadas. Na mesma direção se pode afirmar que a "constatação da lacuna, embora aparentemente tenha um significado *descritivo*, representa, na verdade, um procedimento *inventivo*" (10).

As lacunas são, assim, típicas da "Ciência do Direito de modelo hermenêutico", em que "se distingue a atividade legislativa da executiva e judiciária" (11). Neste espaço de interpretação vai a lacuna. Como vai também

(9) GADAMER, Hans Georg. *A Razão na Época da Ciência*. (Trad. Angela Dias). Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1983, pp. 71 e 72.

(10) FERRAZ Jr., Tercio Sampaio. *A Ciência do Direito*. 2ª ed. São Paulo, Atlas, 1980, p. 85.

(11) *Idem*, p. 80.

o espaço criado “quando as necessidades de uma sociedade já em modificação começam a romper com uma espécie de admiração acrítica pelo jurista do direito positivo vigente” (12). Ambas as características — separação das fases de produção normativa ou sua “procedimentalização” e fixidez positivada de regras decisórias em contextos de mudança social — são específicas da moderna sociedade industrial. Parece, pois, bem típico o caso da interpretação do art. 159 do Código Civil brasileiro em situação de conflitos entre produtores e consumidores. É o que veremos a partir de um caso paradigmático.

4. *Interpretação do art. 159 do Código Civil*

A produção industrial de bens de consumo põe uma novidade em cena: danos e prejuízos causados aos consumidores por defeitos de fabricação. Em princípio são afastadas as regras da compra e venda (vícios ocultos da coisa vendida) por dois motivos: *a*) a relação fabricante-consumidor não existe juridicamente como um contrato (o consumidor compra de um intermediário); e *b*) os prazos dados na disciplina redibitória são incompatíveis com a manifestação de vícios ocultos em bens mais ou menos complexos. De outro lado, a regra da responsabilidade civil (art. 159 do C. Civil) fala em ação ou omissão voluntária, imprudência ou negligência. A produção em empresas não permite falar em “vontade”: quanto à negligência ou imprudência, como constatá-las, se, na mesma série de produtos, uns apresentam defeitos e outros não?

Que fazer? A evidência dos danos forçou um processo de interpretação do art. 159, que o ampliou sem falar em lacunas, mas cujo efeito foi exatamente impedir o “aparecimento” de uma lacuna, isto é, a constatação de uma decisão inconveniente, um “caso duvidoso”, uma “lacuna ideológica”, a falta de um texto legislativo explícito.

Podemos analisar o caso publicado na *Revista de Direito Mercantil* n.º 61 (S. Paulo, jan./mar. de 1986, pp. 61-63) e que ali comentamos. O tribunal decidiu da seguinte maneira: responsabilizou o fabricante e o vendedor de um medicamento em conjunto, um pelo vício oculto da coisa que vendera (responsabilidade contratual) e o outro pela ausência de cuidados na fabricação (responsabilidade extracontratual). Juntou, pois, duas espécies jurídicas e legalmente distintas numa só decisão. Fundou-se, para isso, em indícios, valendo-se do art. 136 do Código Civil. A confusão conceitual denuncia várias coisas que se podem explicar a partir da evidente recusa do tribunal de constatar uma “lacuna”, ou seja, uma previsão legislativa suficientemente expressa, clara e explícita (13) para o caso de defeitos de fabricação, ou seja, a recusa de denunciar pelo menos um caso de dúvida ou insuficiência de critérios legislativos. Em suma, recusou-se a falar em

(12) *Idem*, p. 81.

(13) BETTI. *Op. cit.*, p. 131.

caso "duvidoso". Daí valer-se de recursos a mais de uma espécie de responsabilidade, a critérios bem mal utilizados de distribuição de ônus da prova etc.

Quais as confusões originadoras deste julgamento? Se o tribunal fosse falar diretamente em responsabilidade do fabricante, teria que enfrentar de vez a responsabilidade por risco ou por resultado: ela vem disciplinada no Código Civil nos artigos 1.518 e seguintes e lá não se prevê responsabilidade por defeito de produto. Prevê-se a responsabilidade na guarda da coisa, mas um produto fabricado e consumido não é coisa da qual o fabricante tem a guarda. O produto está em circulação. De forma que expressamente as regras ali previstas não se aplicam claramente ao caso.

A saída foi o uso de uma regra de "negligência", via expressão "omissão de cuidados". O fabricante procurou safar-se da acusação de negligência alegando que não omitira cuidados, tanto que fabricara a coisa de acordo com fórmula aprovada pela autoridade pública e que, além disso, a fabricação estava sob fiscalização federal, que nada constatara de defeituoso. O tribunal rejeitou o argumento, dizendo que a autoridade fazia a inspeção por amostragem e não em cada unidade comercializada: uma delas poderia escapar. É fácil ver que se escapa uma ou outra, o fundamento da decisão não pode ser a omissão de cuidados que, de forma geral, foram aplicados na linha de fabricação. O verdadeiro fundamento é a atividade de fabricação, o risco de errar — involuntária e inevitavelmente — na fabricação em série de qualquer coisa. No entanto, para não negar o seu ponto de partida (o dogma da culpa) e ainda assim obter a decisão a favor do consumidor, o tribunal fez um esforço de integração, construiu uma decisão e evitou falar em lacuna da lei, para que não se constatasse um campo de decisão em aberto, decisão não regrada, arbitrária.

Outra observação curiosa: o tribunal faz um apelo aos indícios como meio de prova, de maneira bastante incompetente, errônea. Os indícios a que alude o art. 136 do Código Civil são os relativos à conclusão de "negócios" jurídicos. Ora, no caso, a compra e venda não estava em discussão: o que estava em dúvida era a prova da causa do dano, isto é, se o produto for a "causa causans" do evento. Ali se tratava de usar indícios para prova de um fato histórico e não de uma relação jurídica. Tratava-se, pois, de fazer apelo ao art. 335 do CPC, que permite justamente fazer conjecturas sobre fatos históricos. Era um juízo de probabilidade (empírico) que se fazia e não um juízo de certeza (lógico). Daí que a aplicação do art. 136 era evidentemente inadequada: todavia se explica pela confusão necessária para ocultar o verdadeiro motivo de decidir.

A simples observação deste caso permite-nos retomar o que fora dito na parte inicial deste trabalho: as lacunas dão-se como problema de interpretação e decisão, de aplicação do direito e só podem surgir para uma teoria jurídica (modelo) que não se reduza ao modelo analítico, seja ele mais ou menos formalista.