

AS CHAMADAS "LACUNAS" DO DIREITO

JOSÉ DOMINGOS DA SILVA MARINHO
Promotor de Justiça — SP

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Sistema jurídico; 3. Dois princípios gerais de Direito; 4. As "lacunas"; 5. Classificação das "lacunas"; 6. Normas gerais de Norberto Bobbio; 7. Quando é que se coloca o problema das "lacunas"?; 8. As "lacunas" do juiz; 9. Inexistência das denominadas "lacunas" autênticas; 10. "Lacunas" do Direito — uma questão de interpretação; 11. A resposta do juiz; 12. Conclusões.

1. INTRODUÇÃO

Questão das mais polêmicas dentro do Direito é a das chamadas "lacunas", a começar pela discussão de sua existência que, sendo afirmada por muitos autores, é negada por outros tantos, de sorte a torná-la um dos temas mais fascinantes e desafiador da ciência jurídica.

Nossa abordagem do tema será parcial, não só porque parciais hão de ser todos os temas que pretendam ser específicos, em razão da abrangência universal do Direito, o que implica reconhecer que suas partes ou elementos estão em conexão, a um só tempo, entre si e com o todo, mas, principalmente, porque apenas o que se escreveu sobre a matéria já forma um universo demasiado grande para as nossas limitações.

Mas, em que pese a abrangência universal de que se falou, paradoxalmente, vamos encontrar uma noção de Direito em todo e qualquer ser humano, por mais ignorante que possa ser, de forma que embora impossível conhecer todo o Direito, ter ao menos uma noção do todo do Direito, decorrentemente, terá que ser possível.

Esta conclusão é até confortadora porque, falar de "lacuna" do Direito é, ao mesmo tempo, falar do todo do Direito, mais apropriadamente denominado sistema jurídico.

2. SISTEMA JURÍDICO

Norberto Bobbio, versando o tema das lacunas e, conseqüentemente o do sistema jurídico, diz que, nos tempos modernos, o dogma da completude do ordenamento jurídico tornou-se parte integrante da concepção estatal do direito, segundo a qual a produção jurídica é monopólio do Estado, apontando críticas a esse

dogma, principalmente de autores franceses e alemães, concluindo que, hoje, esse dogma já não existe. (1)

Ao falar de concepção estatal do direito, ou de produção jurídica como monopólio do Estado, o jurista italiano deixa evidente que está falando apenas do direito legislado, a propósito desse dogma, o que também em nossa doutrina, segundo parece, é coisa do passado.

Não se pode perder de vista, por exemplo, que a própria lei posta pelo Estado incorpora ao sistema jurídico outras normas como os costumes, a analogia e os princípios gerais de Direito, o que em nosso ordenamento vem disposto no artigo 4.º da Lei de Introdução ao Código Civil, e em alguns casos até a equidade (artigos 127 e 1.109 do CPC, por exemplo).

A simples menção a esses dispositivos já indica que não podemos nos limitar ao direito posto pelo Estado, se queremos traçar um perfil e compreender o Direito como um todo, devendo, por isso, ser outro o nosso ponto de partida.

Aliás, a esse respeito, Miguel Reale leciona:

"O que cumpre desde logo desfazer é o equívoco da redução do ordenamento jurídico a um sistema de leis, e até mesmo a um sistema de normas de direito entendidas como simples "proposições lógicas"."

"Mais certo será dizer que o ordenamento é o sistema de normas jurídicas *in acto*, compreendendo as fontes de direito e todos os seus conteúdos e projeções." (2)

Assentado que para esse autor as fontes do Direito são a lei, os costumes, a jurisprudência e o contrato, (3) já temos um campo de abrangência mais vasto, sem olvidar, entretanto, que a lei é a mais importante das fontes, e que, apenas as duas primeiras são fontes genéricas indiscutíveis, com reconhecimento doutrinário pacífico.

Não obstante, queremos crer que o sistema jurídico ainda é um pouco mais amplo, o que vamos descobrir examinando com alguma profundidade o artigo 4.º da Lei de Introdução ao Código Civil, que diz:

"Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito."

(1) Teoria dell'ordinamento giuridico, págs. 131/141, Torino, Giappichelli, sem data.

(2) Lições preliminares de direito, págs. 189/190, 13.ª ed., São Paulo: Saraiva, 1986.

(3) Ob. cit., págs. 155/181.

Vamos deixar de lado a analogia e os costumes para fixarmos-nos naquilo que o dispositivo chama de princípios gerais de Direito.

Segundo Carlos Maximiliano o aplicador do texto pode recorrer aos seguintes princípios gerais: "a) de um instituto jurídico; b) de vários institutos afins; c) de uma parte do Direito Privado (Civil ou Comercial); ou de uma parte do Direito Público (Constitucional, Administrativo, Internacional, etc.); d) de todo o Direito Privado, ou de todo o Direito Público; e) do Direito Positivo, inteiro; f) e, finalmente, do Direito em sua plenitude, sem distinção nenhuma." (4)

Queremos nos ocupar, por ora, apenas destes últimos, dos princípios do Direito na sua plenitude e, restringindo ainda mais o campo de pesquisa, tão-somente de dois princípios que, a nosso ver, são os mais importantes.

3. DOIS PRINCÍPIOS GERAIS DE DIREITO

Se mergulharmos fundo no Contrato Social de Rousseau vamos descobrir, aí, algumas verdades que talvez ainda não tenham sido ditas. Mas, para a introdução ao assunto, vamos dar a palavra ao próprio Rousseau, na tradução de Lourdes Santos Machado:

"Se separar-se, pois, do pacto social aquilo que não pertence à sua essência, ver-se-á que ele se reduz aos seguintes termos: "Cada um de nós põe em comum sua pessoa e todo o seu poder sob a direção suprema da vontade geral, e recebemos, enquanto corpo, cada membro como parte indivisível do todo." (5)

Ora, o próprio Rousseau diz que esse contrato pressupõe a unanimidade; que esse entregar a sua pessoa e todo o seu poder equivale a alienar-se completamente; e que, receber cada membro como parte indivisível do todo se equipara a receber o equivalente de tudo que se deu. (6) Tudo isso conectado forma um encadeamento que nos conduz à conclusão de que foi o próprio Contrato Social que instituiu o Direito, de modo que não é lícito falar-se em direito antes dele. Na verdade, para pressupor a unanimidade, o órgão, entidade ou ordem instituída só poderia ter em vista a defesa de dois princípios fundamentais que são a liberdade e a igualdade de todos os homens perante o órgão instituído. A unanimidade não poderia ser obtida se o instituto visasse preservar os privilégios já existentes, fossem quais fossem tais privilégios.

De consequência, liberdade e igualdade são dois princípios que ingressaram no Contrato como princípios mas, instituída a

(4) *Hermenêutica e aplicação do direito*, pág. 295, 9.^a ed., Rio de Janeiro: Forense, 1980.

(5) *Do contrato social*, Livro I, Capítulo VI, São Paulo: Abril Cultural, 1983 (Os Pensadores).

(6) Ob. e Livr. cit., Capítulos V e VI.

entidade que é seu fim, entidade que podemos designar por estado, ordem jurídica, sistema jurídico ou Direito, dessa entidade os princípios saíram como direitos e, por isso, são os direitos capitais da humanidade.

Como esse contrato é apenas uma suposição, isto é, não tem uma celebração histórica, nada obsta que ele retroaja à formação mesma da sociedade, de forma a entendê-lo instituidor do Direito. De qualquer sorte, os fundamentos maiores do Direito sempre traz alguma coisa de transcendental, como a "norma fundamental" de Kelsen, que apenas pode ser pressuposta. (7)

Por isso, então, liberdade e igualdade são dois princípios gerais de Direito, conclusão que, embora sem esses fundamentos, encontramos implícita nas obras dos juristas, como, por exemplo, deixa entrever este trecho de Alaôr Caffé Alves:

"Neste quadro, a organização política, ao regular as relações contratuais, que exigem liberdade e igualdade formais das partes, essenciais para a acumulação e reprodução capitalista, encontraria obstáculos insuperáveis nas relações indispensáveis à reprodução do próprio sistema; isso seria uma contradição intolerável e, na verdade, dissolveria a própria noção de Estado. Eis porque os princípios básicos da teoria do Estado, em contraposição às teorias políticas anteriores, são os princípios da liberdade e da igualdade, com denúncia aberta contra a desigualdade dos homens por natureza." (8) (Os grifos são nossos.)

Não é de outra coisa que nos fala Ivan Lins, com precisão de mestre: "... e esta inviolabilidade de que me revisto, ou essa proibição feita a meus semelhantes, eis precisamente o que constitui o meu direito. Este princípio não carece de demonstração; brilha, pela sua própria evidência, como um axioma geométrico." (9)

Aliás, Rousseau já dissera que as cláusulas do Contrato Social, "... embora talvez jamais enunciadas de maneira formal, são as mesmas em toda parte, e tacitamente mantidas e reconhecidas em todos os lugares." (10) *Mutatis mutandis*, esta sentença tem inteira aplicação aos princípios da liberdade e da igualdade, ou; se tivermos em conta que esses princípios não sobrevivem isoladamente, porque têm uma relação de implicância mútua, isto é, não há liberdade sem igualdade e nem igualdade sem liberdade, concluindo, por isso, que um único direito saiu do pacto social,

(7) HANS KELSEN, *Teoria pura do direito*, págs. 268/285, trad. de JOÃO BAPTISTA MACHADO, 6.^a ed., Coimbra: Armênio Amado, 1984.

(8) *Estado e ideologia*, pág. 220, São Paulo: Brasiliense, 1987.

(9) *Direito, conceito absoluto, individualista, ou, ao contrário, relativo e social?*, "in" *Revista Brasileira de Filosofia*, págs. 458/470, vol. VII, Fasc. IV, n. 28.

(10) Ob. e Livr. Cit., Capítulo VI.

enunciado como direito de igual liberdade; ao princípio da igual liberdade.

Se isto for verdade, aqui temos dois princípios reduzidos a um, não só do direito positivo, mas também do direito natural. O direito positivo, resultado de condicionamentos históricos e ideológicos mutantes, de conflitos sociais, de lutas de classes e de caprichos de detentores momentâneos do poder, deixa muitas vezes de trilhar esse caminho, chegando até a negar tal princípio. O direito natural, todavia, é o sistema construído a partir e sobre esse princípio fundamental, com a utilização da razão e do método detutivo, sobrevivendo sempre na consciência ou até na inconsciência do homem, de tal modo que dele todos os juristas falam, alguns para inutilmente tentar negá-lo.

Pois bem, a nosso ver o sistema jurídico compreende também o direito natural que nele é introduzido através dos princípios gerais de direito, por força do disposto no artigo 4.º da Lei de Introdução ao Código Civil, para falar especificamente do nosso ordenamento. Mas ainda que não houvesse essa disposição expressa, por meio da hermenêutica e dos inúmeros métodos de interpretação, utilizados pelo juiz na prestação jurisdicional, a porta continuaria aberta ao direito natural.

Tércio Sampaio Ferraz Júnior parece pensar dessa forma quando, ao dissertar sobre o direito objetivo, cujo conceito, a nosso ver coincide com o de sistema jurídico, diz:

“Em síntese, se é que pode haver uma, o direito objetivo pode ser entendido: (...) como o conjunto das normas de um ordenamento, vigente ou não, positivo ou natural, incluindo-se aqui normas legais, consuetudinárias, individuais e gerais;...” (11)

Por outro lado, esta conclusão é confirmada também por Robert Legros, jurista francês, nesta passagem:

“Il est intéressant de relever ici que l'extension favorable au prévenu révèle parfois l'existence de véritables droit naturels. Non pas de droits vaguement inhérents à la nature humaine, mais de droits que le juge reconnaît précisément en vertu des principes généraux qui inspirent l'interprétation extensive. C'est ainsi qu'il arrive que le juge décide contra legem, en faisant appel à un principe général, celui-ci apparaissant donc comme supérieur à la loi positive, ce qui est la vraie caractéristique du droit naturel.” (12)

4. “AS LACUNAS”

Como dissemos, inúmeros autores entendem que o Direito é lacunoso, mas alguns reduzem as “lacunas” a uma questão de

(11) Enciclopédia Saraiva do Direito, verbete Direito objetivo.
 (12) Considérations sur les lacunes et l'interprétation en droit pénal, item 22, “in” Études publiées par CH. Perelman, le problème des lacunes en droit, Bruxelles: Émile Bruylant, 1968, págs. 363/400.

interpretação, afirmando e negando, ao mesmo tempo, a existência das “lacunas”, de que é exemplo essa conclusão de Maria Helena Diniz:

“O direito apresenta lacunas, porém, concomitantemente, sem lacunas. O que poderia parecer paradoxal se se captar o direito estaticamente. É ele lacunoso, mas sem lacunas, porque o seu próprio dinamismo apresenta solução para qualquer caso sub judice, dada pelo Poder Judiciário ou Legislativo. O próprio direito supre seus espaços vazios, mediante a aplicação e criação de normas. De forma que o sistema jurídico não é completo, mas completável.” (13)

Outros, porém, como Engisch, dizem que há uma lacuna quando o sistema jurídico não dá uma resposta a uma questão jurídica:

“Se, pelo contrário, ao falarmos de “Direito”, pensarmos no “Direito positivo” na sua totalidade, o qual, além do Direito legislado, também abrange o Direito consuetudinário, então só teremos uma lacuna jurídica quando nem a lei nem o Direito consuetudinário nos dêem resposta a uma questão jurídica.” (14)

Vejamos mais uma definição, precisamente a de Norberto Bobbio:

“Per ‘completezza’ s'intende la proprietà per cui un ordinamento giuridico ha una norma per regolare qualsiasi caso. Poichè la mancanza di una norma si chiama di solito ‘lacuna’.” (15)

“Lacuna”, portanto, seria a inexistência, no ordenamento jurídico, de uma norma para regular um caso concreto. Em outras palavras, seria a existência de um caso concreto que não encontrasse, no sistema jurídico, uma solução.

Apenas na hipótese de afirmarmos a possibilidade da ocorrência de um tal fato é que o sistema jurídico seria incompleto e, via de consequência, lacunoso. Se, pelo contrário, as nossas especulações nos levarem a uma resposta negativa, isto é, se pudermos concluir com segurança que é impossível a ocorrência de um fato que não encontre solução no sistema jurídico, teremos, então, afirmado a inexistência das “lacunas” e, conseqüentemente, a completude do ordenamento jurídico, sem almejarmos, neste artigo, discutir se se trata ou não de um sistema fechado.

(13) As lacunas no direito, págs. 258/259, São Paulo: Rev. dos Tribunais, 1981.
 (14) KARL ENGISCH, Introdução ao pensamento jurídico, pág. 224, 3.ª ed., Lisboa: Coluste, 1972, trad. de J. BAPTISTA MACHADO.
 (15) Ob. cit., pág. 125.

5. CLASSIFICAÇÃO DAS "LACUNAS"

Tércio Sampaio Ferraz Júnior, reportando-se a Zitelmann, classifica as lacunas em autênticas e não-autênticas: "Uma lacuna autêntica ocorre quando a lei não permite uma resposta, quando a partir dela uma decisão não é possível, quando uma decisão não pode ser encontrada. Uma lacuna não-autêntica, por seu lado, se dá quando um fato-tipo (Tabbestand) é previsto pela lei, mas a solução é considerada como falsa. A doutrina costuma aceitar como lacuna propriamente dita apenas a primeira espécie (de lege lata), sendo a segunda considerada uma lacuna crítica ou de política jurídica (de lege ferenda)." (16) Esta é chamada também de lacuna ideológica, ou seja, uma lacuna do sistema jurídico que temos em relação àquele que queremos, ou ainda, decorrente da comparação do sistema jurídico como ele é e de como deveria ser. (17)

As lacunas poderiam, ainda, ser classificadas em intencionais e não-intencionais, estando o critério diferenciador fundado na vontade do legislador histórico que, conscientemente, pode ou não deixar uma questão em aberto. (18)

Vamos excluir, desde logo, estas últimas lacunas da discussão, porque ao condicioná-las à vontade do legislador, a classificação deixa claro que se trata de lacuna da lei formal, enquanto emanação de um Poder Legislativo constituído, segundo regras previamente fixadas numa Constituição, de forma que não se trata de "lacunas" do sistema jurídico que tem maior amplitude. O costume, por exemplo, cujo reconhecimento como fonte do Direito é tranqüilo na doutrina, já estaria fora.

É verdade que a palavra lei foi utilizada também nos conceitos de "lacunas" autênticas e não-autênticas, mas como o que nos interessa é saber se o sistema jurídico tem ou não "lacunas", podemos substituir, até por convenção, para o nosso objetivo, a palavra lei por Direito ou por sistema jurídico. Não podemos, todavia, fazer o mesmo em relação àquelas, porque elas são classificadas com base na vontade do legislador histórico, portanto não podem ser outra coisa que não lei posta pelo Estado.

Também não vai interessar a este estudo, exceto unicamente para dizer que determinada "lacuna" é deste tipo, as lacunas ideológicas. Estas só não existirão o dia que tivermos um sistema jurídico ideal, ou seja, um sistema jurídico perfeito. Como a perfeição é inatingível para o homem, dada a condição de falível

(16) *Direito, retórica e comunicação*, págs. 139/140, tese apresentada ao concurso de livre-docência do Depto. de Filosofia e Teoria Geral do Direito da Fac. de Direito da USP, São Paulo, 1973.

(17) Cf. NORBERTO BOBBIO, *Ob. cit.*, págs. 157/158.

(18) TERCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR, *últ. ob. cit.*, pág. 140.

de que se reveste, segue-se que lacunas ideológicas o nosso e qualquer outro sistema jurídico vai apresentar sempre.

Assim, restringimos o nosso campo de pesquisa às "lacunas" autênticas, com a ressalva de que o faremos em relação ao sistema jurídico como um todo e não em relação à lei posta pelo Estado.

6. NORMAS GERAIS DE NORBERTO BOBBIO

Norberto Bobbio, na sua obra já citada, desenvolve interessante discussão a propósito de duas normas gerais, uma denominada "norma geral exclusiva" e, a outra, "norma geral inclusiva", que vale a pena conferir.

Define a primeira com citação de Zitelmann, dizendo que à base de toda norma particular que sancionar uma ação com uma pena ou com a obrigação de indenizar os danos, ou atribuindo qualquer outra consequência jurídica, está, sempre, subentendida, uma norma fundamental, geral e negativa, segundo a qual, com exceção da ação (conduta) sancionada, todas as outras estão isentas da sanção estipulada. Cada norma positiva, com a qual é atribuída uma pena ou uma indenização é, neste sentido, uma exceção daquela norma fundamental, geral e negativa. (19) Em outras palavras, a norma geral exclusiva traz, sempre, o enunciado de que tudo que não é proibido é permitido pelo Direito.

Já quanto ao segundo tipo de norma geral diz o autor:

"Chiamiamo 'norma generale inclusive' una norma come quella espressa nel nostro ordinamento nell'art. 12 Disp. prel., secondo cui in caso de lacuna il giudice deve ricorrere alle norme che regolano casi simili o materie analoghe." (20)

Em outros termos, a norma geral inclusiva é aquela que determina a aplicação da analogia, como é o caso do artigo 4.º da nossa Lei de Introdução ao Código Civil.

Argumentando que as leis normalmente nada esclarecem sobre as semelhanças dos casos e que, ao deparar com um fato não regulado pela lei o intérprete tem sempre a possibilidade de escolher entre a aplicação da norma geral inclusiva ou da norma geral exclusiva, conclui:

"Ma poichè le soluzioni, in caso de comportamento non regolato, sono di solito due, la lacuna consiste proprio nella mancanza di una regola che permetta di accogliere una soluzione piuttosto che l'altra."

(19) *Ob. cit.*, pág. 150.

(20) *Ob. cit.*, pág. 152.

"In questo modo, non solo ci pare impossibile escludere le lacune, in contrasto con la teoria della norma generale esclusiva, mas vi si è venuto precisando il concetto stesso di lacuna: la lacuna si verifica non già per la mancanza di una norma espressa per la regolamentazione di un determinato caso; ma per la mancanza di un critério per la scelta di quale delle due regole generali, quella esclusiva e quella inclusiva, debba essere applicata." (21) (O grifo é do original.)

A lacuna, então, segundo essa conclusão, já não seria a falta de uma norma, mas a falta, dentro do sistema jurídico, de um critério para a escolha de qual das duas normas gerais, a exclusiva ou a inclusiva, teria, em relação à outra, uma antecedência lógica. O autor afirma a inexistência do critério e conclui que a decisão fica ao arbítrio do juiz.

Data venia, com isso não concordamos.

O só fato de estar prevista, expressamente, no ordenamento jurídico, a aplicação da analogia, ou seja, a aplicação da norma geral inclusiva, já evidencia que ela tem precedência lógica em relação à norma geral exclusiva.

Mas não é só. A proibição da analogia no Direito Penal, pelo próprio Bobbio considerada na discussão da questão, é outra regra dentro do próprio sistema a indicar a antecedência lógica da norma geral inclusiva. Dizer que no campo penal não se admite a analogia é, a um só tempo, dizer que em matéria penal, a abrangência do proibido é apenas o que vem rigorosamente expresso pelas leis penais, e poderíamos estender o raciocínio para outros ramos do direito onde fosse vedada a analogia, de sorte que, ao mesmo tempo e por inferência lógica, a norma que proíbe a analogia no Direito Penal está definindo, também, o campo do proibido fora da exceção que coloca, como sendo aquele formado pelas normas expressas mais as normas implícitas, de maneira que a norma geral exclusiva só incidirá depois de afastada a possibilidade da aplicação das normas gerais inclusivas. Concluimos no plural porque o artigo 4.º da nossa "Lei de Introdução ao Código Civil" prevê outras hipóteses de normas gerais inclusivas, como os costumes e os princípios gerais de Direito.

Conseqüentemente, também sob este enfoque, negamos a existência das "lacunas".

7. QUANDO É QUE SE COLOCA O PROBLEMA DAS "LACUNAS"?

Uma das questões mais importantes no estudo das "lacunas" do Direito, que parece não ter merecido, até agora, uma atenção

(21) Ob. cit., págs. 154/155.

especial, é a de saber, com precisão, quando é que se coloca o problema. Apenas a partir dessa identificação é que podemos analisar, também com a precisão desejável, se o Direito tem ou não "lacunas".

Por exemplo, se um comentador do Código Penal emite a opinião de que um fato praticado constantemente no meio social não está previsto como crime em nenhuma lei penal, mas deveria sê-lo porque o considera moralmente reprovável e entende que a ordem jurídica deveria reprimi-lo, isto seria uma "lacuna"?

Abstraindo-se o fato de ser esta uma opinião subjetiva, vamos lhe dar a objetividade necessária para comportar a discussão do problema, admitindo que esta seja a opinião unânime da doutrina, estaríamos diante de uma "lacuna"?

Ainda que com toda a objetividade possível, parece inquestionável que, se de lacuna aqui podemos falar, à toda evidência, será de uma lacuna ideológica, ou seja, uma lacuna do sistema que temos em relação àquele que queremos.

Não é aí, então, que se coloca o problema da "lacuna".

O exemplo foi dado para o Direito Penal, mas é aplicável, segundo parece, a qualquer ramo do Direito.

Imaginemos uma outra hipótese, partindo da noção de conteúdo da norma jurídica de Kelsen, para quem "as normas de uma ordem jurídica regulam a conduta humana", (22) temos, como conseqüência, uma incidência constante do Direito sobre todas as condutas humanas. Nesse sentido, todo ato praticado pelo homem pode estar em conformidade ou em desconformidade com o Direito, de sorte que será um ato lícito ou ilícito em face do Direito. Quando surge o ilícito, se essa ilicitude é, por exemplo, apenas civil, surge com ele a obrigação de indenizar. Nesta hipótese, se o autor do ilícito indeniza o prejudicado que aceita a indenização sem qualquer reclamação, segue-se que a ordem jurídica atuou e foi observada espontaneamente, o que equivale dizer, ainda não foi aí que o problema se colocou. Pouco importa, no caso em exame, se a solução encontrada era ou não aquela estabelecida pelo Direito, porque o problema não chega a existir.

Entretanto, nessa mesma hipótese, pode ocorrer que as partes envolvidas no fato não cheguem a um acordo e, por isso, aquele que se sente prejudicado pode pedir a prestação jurisdicional para a solução do conflito. Se o fizer, só aí, então, é que o problema da "lacuna" pode se colocar. O juiz, para decidir a questão, pode constatar a inexistência de uma norma jurídica a regular a hipótese. Se chegar a essa conclusão, então estaríamos diante

(22) Ob. cit., pág. 57.

de uma "lacuna" autêntica, de forma que vale a pena determo-nos neste assunto.

8. AS LACUNAS DO JUIZ

Como é da resposta que o juiz vai dar ao pedido de prestação jurisdicional que vai depender a conclusão de que o Direito seja ou não lacunoso, cumpre, antes de passar à frente, examinar a figura do juiz.

A primeira observação que se impõe é que o juiz é um homem e, como todos da espécie, também é falível. Nesse contexto e, em consonância com o tema que estamos examinando, acreditamos poder-se afirmar que, o que são sempre lacunosos, por mais amplos que possam ser, porque inerente à sua condição de falível, são os conhecimentos jurídicos do juiz. Aliás, apenas por ficção e impossibilidade material de outra solução, é o juiz encarregado de interpretar a ordem jurídica e dizer, no caso concreto, qual ou quais as normas jurídicas que incidiram naquele caso e quais as conseqüências advindas dessa incidência. Esta ficção fica tanto mais evidente quanto mais examinamos as decisões dos tribunais, inclusive as do Supremo Tribunal Federal que, só diz a última palavra na matéria porque não existe nenhum outro órgão superior. Mas, mesmo dizendo a última palavra, porque é um órgão colegiado, inúmeras são as decisões não unânimes, e, inúmeros os votos vencidos, muitos dos quais, segundo o nosso entendimento subjetivo, mais jurídicos e com melhores fundamentos científicos do que os próprios e respectivos acórdãos.

Tudo isso levado em conta traz, por conseqüência lógica, a possibilidade do juiz afirmar a existência de uma "lacuna" sem que ela exista. Entretanto, mesmo que afirme a existência da "lacuna", a resposta que der ao pedido de prestação jurisdicional, qualquer que seja ela, será prova mais que evidente exatamente do oposto, ou seja, da inexistência de "lacunas" no Direito, pelo menos daquelas denominadas autênticas, como demonstraremos a seguir.

9. INEXISTÊNCIA DAS DENOMINADAS "LACUNAS" AUTÊNTICAS

As "lacunas" reconhecidas pela doutrina como autênticas na realidade não existem e, apenas figurativamente pode-se admitir o uso da expressão. Como diz Kelsen, "... uma ordem jurídica pode sempre ser aplicada por um tribunal a um caso concreto, mesmo na hipótese de essa ordem jurídica, no entender do tribunal, não conter qualquer norma geral através da qual a conduta do demandado ou acusado seja regulada de modo positivo, isto é, por forma a impor-lhe o dever de uma conduta que ele, segundo a alegação do demandante privado ou do acusador público, não realizou. Com efeito, neste caso, a sua conduta é regulada pela

ordem jurídica negativamente, isto é, regulada pelo facto de tal conduta lhe não ser juridicamente proibida e, neste sentido, lhe ser permitida." (23)

Concluindo o autor depois de mais algumas considerações:

"A aplicação da ordem jurídica vigente não é, no caso em que a teoria tradicional admite a existência de uma lacuna, logicamente impossível. Na verdade, não é possível, neste caso, a aplicação de uma norma jurídica singular. Mas é possível a aplicação da ordem jurídica — e isso também é aplicação do Direito." (24)

Entretanto, tanto a demonstração de Kelsen, ora transcrita, quanto a de Bobbio com citação de Zitelmann a propósito da norma geral exclusiva, são corretas mas não são completas, surgindo, por isso, teorias como a do espaço jurídico vazio (25) e a dos chamados comportamentos juridicamente indiferentes. (26) Ambas totalmente improcedentes. Com efeito, faltou ser demonstrado que, quando a ordem jurídica permite, só a palavra permite é insuficiente para expressar toda a carga jurídica contida nessa permissão, de forma que melhor seria dizer que permite garantindo. Na verdade, quando a ordem jurídica permite uma conduta, ela não só permite mas, antes, garante o direito de realizar a conduta permitida. Nessa garantia é que reside a maior parte da juridicidade da conduta permitida, dando-nos, aliás, uma idéia da inexorabilidade do Direito: nenhuma conduta humana escapa da incidência do Direito, de sorte que há um conteúdo jurídico em tudo o que fazemos. O jurídico é parte integrante de nossa vida, tal qual o ar que respiramos. O ar que respiramos, embora não consigamos vê-lo, sentimos a sua existência pelo simples fato de estarmos vivos. A presença do jurídico, todavia, é mais sutil e nós nem enxergamos e nem sentimos a sua existência, mas ele

(23) Ob. cit., pág. 338.

(24) Ob. cit., pág. 339.

(25) NORBERTO BOBBIO, no trabalho já várias vezes citado nestas linhas, define, com citação de KARL BERGBOHM, o que seria o espaço jurídico vazio, segundo a qual, o âmbito da atividade do homem pode ser considerado, do ponto de vista do Direito, dividido em dois compartimentos: aquele no qual está vinculado por normas jurídicas, que pode ser chamado de espaço jurídico cheio, e aquele no qual está livre, que pode ser chamado de espaço jurídico vazio. Segundo esta teoria, ou há o vínculo jurídico ou há a absoluta liberdade, esta sem incidência do jurídico. (Ob. cit., págs. 141/148).

(26) TERCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR, em *A ciência do direito*, 2.^a ed., São Paulo, Atlas, 1986, a pág. 81, a propósito diz: "A questão se refere ao problema dos chamados comportamentos juridicamente indiferentes. Poderíamos dizer, por exemplo, que fumar em sua própria casa é um desses comportamentos. Há autores, porém, que dizem que o direito regula os comportamentos de dois modos: ou proibindo e obrigando ou, se nem proíbe nem obriga, permitindo. Ora, fumar na própria casa seria um comportamento juridicamente permitido, nada havendo de indiferente para o direito".

está presente em cada ato de nossa vida, de maneira que não há conduta juridicamente indiferente e nem espaço jurídico vazio. Isto é um tanto quanto difícil de aceitar porque a ordem jurídica não atua por si mesma, dependendo, para tal, de seres humanos que, sendo falíveis, a aplicam falivelmente.

Entretanto, talvez fique mais compreensível a nossa ilação quando percebermos que o sistema jurídico dispõe dos meios eficazes para aquela garantia, pelo menos dos meios normativos, o que em nosso Direito é composto pelo princípio da legalidade, expressamente previsto na Constituição Federal, segundo o qual, "Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei" (artigo 153, § 2.º), e pelo crime de constrangimento ilegal tipificado no Código Penal, cujo artigo 146 reza: "Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda: Pena — detenção, de três meses a um ano, ou multa, de mil cruzeiros a dez mil cruzeiros." (O grifo é nosso.)

Ora, parece fora de dúvidas que estas duas normas foram estabelecidas para proteger e garantir a liberdade quando não é a própria lei que a restringe. Se a lei permite uma determinada conduta, ninguém, nem mesmo os homens que estão investidos de autoridade por ela mesma, poderão impedir essa conduta, sob pena de incidir no crime e ficar sujeito a uma sanção. A aplicação da sanção já é uma questão de execução da lei, o que é confiado a seres humanos, como se disse, e por via de consequência, sujeita à falhas. Mas isto não faz com que o crime impune deixe de ser crime. A ordem jurídica sanciona, se se executa é um problema de homens.

É verdade que, sendo o sistema jurídico tão complexo que nem os grandes juristas chegam a um acordo quanto à sua abrangência, a questão de se saber se uma conduta determinada é ou não permitida pode ser duvidosa, mas isto nada tem a ver com a obrigação do Estado (da ordem jurídica) de proteger a prática da conduta permitida.

10. "LACUNAS" DO DIREITO — UMA QUESTÃO DE INTERPRETAÇÃO

Na verdade, os autores que reconhecem a existência das "lacunas", reduzem-nas a uma questão de interpretação, (27) como é o caso de Karl Engisch que nega a existência de lacuna quando a interpretação é extensiva e, em contrapartida, afirma

(27) Neste sentido MARIA HELENA DINIZ, retro n. 4 e nota 13.

essa existência quando a interpretação é analógica ou por aplicação dos princípios gerais do Direito. Diz ele:

"As lacunas aparecem, portanto, quando nem a lei e nem o Direito consuetudinário nos dão uma resposta imediata a uma questão jurídica. Como já notamos, a lei fornece uma resposta quando esta dela é retirada por interpretação, mesmo que seja uma interpretação extensiva. Na medida em que a interpretação baste para responder as questões jurídicas, o Direito não será, pois, lacunoso. Pelo contrário, a "analogia" possui já uma função integradora. Ela não exclui as lacunas, mas fecha-as ou colmata-as. O mesmo vale dizer daquelas considerações jurídicas que se apoiam nos "princípios gerais do Direito." (28)

Não deixa de ser interessante a distinção, mas a conclusão de que na primeira hipótese não há e nas demais há "lacunas" não tem a mais mínima consistência. Em todas estamos diante de interpretação, apenas com fundamentos diferentes. Em todas estamos interpretando o sistema jurídico como um todo e, extraíndo dele, os princípios preponderantes num determinado caso. O fato de apontarmos determinados princípios de hermenêutica, expressamente, não quer dizer que os demais não foram considerados, mas apenas que aqueles expressos como fundamentos de determinada conclusão ou inferência são os preponderantes na aplicação do Direito àquela situação fática específica. Os demais, por não serem preponderantes, naquele caso, ficam ocultos, mas a decisão contém a pressuposição de que foram levados em conta. O mesmo se dá com a aplicação de uma norma ou uma lei, que pressupõe a aplicação do sistema jurídico por inteiro e não da norma ou da lei isoladamente, como se estivesse deslocada do sistema jurídico em que se insere.

Por isso, aliás, a necessidade de interpretar não evidencia a existência de "lacuna", porque essa necessidade, embora muitas vezes passe despercebida, é comum à solução de todos os casos submetidos à decisão jurisdicional. Ainda que aparentemente a lei seja clara, muitas vezes não será em face do sistema como um todo.

Além disso, sob a aparência de grande clareza da lei, pode esconder-se uma inconstitucionalidade e, por essa razão, ainda que aparentemente a interpretação fosse dispensável, a lei não deveria e nem poderia ser aplicada, declarando-se, outrossim, a sua inconstitucionalidade, o que torna evidente a necessidade da interpretação em todo e qualquer caso.

Nesse sentido é a expressiva e precisa lição de Tércio Sampaio Ferraz Júnior:

(28) Ob. cit., pág. 226.

"É hoje um postulado quase universal da ciência jurídica a tese de que não há norma sem interpretação, ou seja, toda norma é, pelo simples fato de ser posta, passível de interpretação. Houve, é verdade, na antiguidade, exemplos de rompimento radical desta tese, como a conhecida proibição de Justiniano de que se interpretassem as normas do seu Corpus Juris. Contudo, sabemos hoje, não só não se conseguir evitar que aquelas normas se submetessem ao domínio do exegeta, como também, como nos mostra Johanes Stroux no seu admirável ensaio sobre as relações entre a jurisprudência romana e a retórica grega, não desejou romper com o postulado em tela, afirmando tão-somente que se reconhecia como vinculante apenas a interpretação do próprio imperador: a proibição de interpretar não era uma supressão mas um limite." (29)

Conseqüentemente, porque a interpretação do Direito como um todo é pressuposto de qualquer decisão judicial, não se pode, validamente, erigir sobre ela a conclusão de que o Direito é lacunoso.

Na verdade, os exemplos de "lacunas" do Direito apontados pela doutrina, ou não são "lacunas" ou, então, são lacunas ideológicas, como, v.g., são estas mencionadas por Maria Helena Diniz:

"Partindo dessas considerações e do reconhecimento de que o legislador, por mais sagaz que seja, não pode conhecer e prever todos os fatos, conflitos e comportamentos que são capazes de surgir nas relações sociais, bem como do entendimento de que, dentro de uma visão dinâmica do direito, é impossível pretender que no ordenamento existam normas regulando e preservando todas as relações jurídicas presentes e todas as que o progresso trará, entendemos que o direito será sempre lacunoso." (30)

Ora, dizer que o legislador não previu e nem poderia prever todos os conflitos que poderiam ocorrer nas relações sociais no presente e no futuro, em que pese a autoridade da ilustre autora, não evidencia mais do que lacunas do legislador e não do Direito. Deste, no máximo, poder-se-ia vislumbrar aí lacunas ideológicas. Primeiro porque a não previsão do legislador é indiferente à aplicação do sistema jurídico ao caso concreto. Pouco importa que tenha ou não sido prevista a hipótese com que se depara reclamando aplicação do Direito, porque independentemente da previsão, o Direito deve ser aplicado, ou reconhecendo-se a ilicitude da conduta ou, ao contrário, reconhecendo-se a licitude. Se esta for a solução encontrada pelo juiz, como o juiz fala em nome da ordem jurídica, então a ordem jurídica e, portanto, o Estado,

(29) A ciência do direito, pág. 68.

(30) Ob. cit., pág. 94.

tinha a obrigação de proteger a prática da conduta que ele próprio permitia. Depois porque, se a conduta está ou não prevista como proibida pela ordem jurídica, é uma tarefa da hermenêutica jurídica e não do legislador.

Então, em termos de "lacuna", o máximo que se pode ver como decorrência das falhas do legislador histórico, será uma lacuna ideológica. Jamais, entretanto, uma autêntica "lacuna".

Já estamos, agora, em condições de examinar a resposta que o juiz dará àquele pedido de prestação jurisdicional, propositalmente deixada em aberto.

11. A RESPOSTA DO JUIZ

Em primeiro lugar cabe ponderar que ao juiz é defeso recusar a prestação jurisdicional, por força do que dispõe o artigo 126 do CPC, segundo o qual "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 de direito."

Conseqüentemente, mesmo que subjetivamente o juiz entenda que a hipótese é de lacuna, não poderá dizê-lo na sentença, exceto figurativamente como pressuposto da decisão que vai adotar. Isto é, seguindo a doutrina em torno do assunto, poderá dizer que há uma "lacuna" do Direito naquele caso e, por isso, vai fazer uma interpretação integrativa ou colmatar a lacuna. Entretanto, a conclusão de sua sentença há de ser, necessariamente, de procedência ou de improcedência do pedido.

No exemplo por nós figurado, a procedência significa que a conduta examinada era ilícita diante do Direito e, portanto, estava proibida pelo Direito. A improcedência, por seu turno, terá o significado de que a conduta era lícita e, por conseguinte, o direito de praticá-la era garantido pela ordem jurídica, de maneira que em nenhuma das duas hipóteses estaremos diante de uma "lacuna" propriamente dita.

Dessa decisão poderá haver recurso e o tribunal poderá inverter a situação, transformando a improcedência em procedência e vice-versa. Essa decisão invertida, entretanto, em nada muda a situação em termos de "lacunas" que, em qualquer hipótese, se existir, só poderá ser ideológica.

12. CONCLUSÕES

Dentro de um enfoque, por assim dizer, Kelseniano do tema, conceituamos o sistema jurídico a partir de duas perspectivas distintas: de uma teoria estática e de uma teoria dinâmica do

Direito. A primeira, "as normas reguladoras da conduta humana, ..., conforme o conhecimento é dirigido às normas jurídicas produzidas, a aplicar ou a observar por actos de conduta humana" (31) e, a segunda, "...a conduta humana regulada pelas normas", conforme o conhecimento é dirigido aos actos de "... aplicação ou observância determinados por normas jurídicas." (32)

Sob o primeiro enfoque, dissemos que o sistema jurídico compreende as leis postas pelo Estado, os costumes e os princípios gerais de Direito, com atenção especial para estes últimos, onde acreditamos que a doutrina é mais titubeante, buscando no *Contra Social* de Rousseau dois desses princípios, ou seja, os princípios da liberdade e da igualdade que reduzimos a um só direito, enunciado como **direito de igual liberdade**. Dissemos mais, que este direito é base fundamental não só do direito positivo, mas também do direito natural que, através do artigo 4.º da Lei de Introdução ao Código Civil e das decisões judiciais, ainda que implicitamente, é introduzido no sistema.

Conseqüentemente, nosso sistema jurídico abrangeria o direito positivo, para usar a terminologia tradicional que, talvez, não seja tão adequada em face da conclusão, e o direito natural.

Não obstante, pela ótica estática do Direito, a diferença de abrangência com que conceituarmos o sistema jurídico não terá qualquer conseqüência na conclusão quanto à não existência de "lacunas" autênticas que se fundamenta na ótica dinâmica. Por exemplo, se estaticamente definirmos o sistema jurídico composto apenas pelas leis postas pelo Estado, a conclusão quanto às "lacunas" continuará inteiramente válida.

Quanto ao enfoque dinâmico, dissemos que a conduta humana em face do Direito assume uma de duas condições: ou é proibida e, portanto, ilícita, ou é permitida e, por via de conseqüência lícita. Se assume esta última condição, então tem mais uma característica, que é a de ser um lícito garantido pelo Direito, ou com maior precisão técnica, inclusive para evitar problemas com o obrigatório, assume uma **licitude-garantida pelo Direito**.

Com isto, temos a pretensão de haver demonstrado que o Direito não tem "lacunas", porque o permitido assume a mesma carga de juridicidade do proibido, com a ressalva de que esta conclusão vale apenas para aquelas que seriam as "lacunas autênticas".

(31) HANS KELSEN, ob. cit., pág. 110.

(32) Autor, ob. e pág. cit.