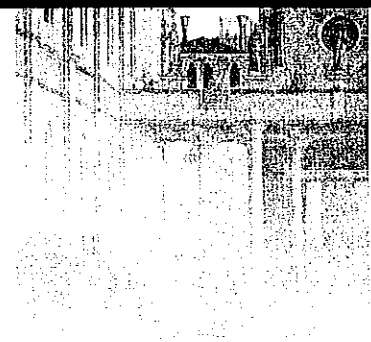


# XI
# LACUNAS DO DIREITO

## 1. NOÇÃO

Completude e incompletude são propriedades dos sistemas normativos em geral e dos sistemas jurídicos especialmente. Diz-se 'completo' o sistema jurídico que não tem "lacunas"[169].

169 Na vastíssima literatura sobre lacunas é suficiente aqui assinalar: C. A. Alchourrón/E. Bulygin, *Lagunas del derecho y análisis de los casos* (Lacunas do direito e análise dos casos), Buenos Aires, 1971; C. A Alchourrón/E. Bulygin, *Normative Systems* (Sistemas normativos), Springer Verlag, Viena – Nova York, 1971; C. A. Alchourrón/E. Bulygin, *Introducción a la metodologia de las ciencias jurídicas y sociales* (Introdução à metodologia das ciências jurídicas e sociais), Editorial Astrea, Buenos Aires, 1974; N. Bobbio , *Teoria dell'ordinamento giuridico* (Teoria do ordenamento jurídico), Giappichelli, Turim, 1960; N. Bobbio, *Lacune del diritto* (Lacunas do direito), em *Novissimo digesto italiano*, vol. IX, UTET, Turim, 1963; N. Bobbio, *Il positivismo giuridico* (O positivismo jurídico), 2ª ed., Giappichelli, Turim, 1979; P. Comanducci/R. Guastini, *L'analisi del ragionamento giuridico. Materiali ad uso degli studenti* (A análise do raciocínio jurídico. Materiais para uso dos estudantes), vol. II, Giappichelli, Turim, 1989; E. Bulygin, *Incompletezza, contraddittorietà, e indeterminatezza degli ordinamenti normativi* (Incompletude, contraditoriedade e indeterminação dos ordenamentos normativos), em G. di Bernardo (ed.), *Logica deontica e semantica*, Il Mulino, Bolonha, 1977; A. G. Conte, *Saggio sulla completezza degli ordinamenti giuridici* (Ensaio sobre a completude dos ordenamentos jurídicos), Giappichelli, Turim, 1962; A. G. Conte, *Incalificación e indiferencia*

Pode-se convir que um sistema jurídico seja um conjunto de normas. Ora, uma norma pode ser concebida, alternativamente, ou como um enunciado que qualifique deonticamente um certo comportamento ("É obrigatório fazer x", "É proibido fazer y", "É permitido fazer z", etc.), ou como um enunciado sintaticamente condicional que liga uma conseqüência jurídica a uma hipótese, ou seja, a uma circunstância ou a uma combinação de circunstâncias ("Se se verifica a hipótese f, resulta então a conseqüência jurídica g").

Adotando um ou outro conceito de norma, pode-se definir 'lacuna' em um ou outro dos modos seguintes: (a) num sistema jurídico há uma lacuna quando um dado comportamento não é deonticamente qualificado de algum modo por alguma norma jurídica desse sistema; ou (b) num sistema jurídico há uma lacuna quando para um dado caso particular não é prevista alguma conseqüência jurídica por alguma norma pertencente ao sistema.

Pode-se, portanto, considerar-se 'completo': (a) um sistema jurídico em cujo âmbito qualquer comportamento seja deonticamente qualificado por uma norma; ou (b) um sistema jurídico em cujo âmbito a qualquer caso particular esteja ligada uma conseqüência jurídica.

(Inqualificação e indiferença), em "Dianóia", 9, 1963; A. G. Conte, *Decisión, completude, clôture* (Decisão, completude, remate), em "Logique et analyse" (Lógica e análise), 9, 1966; A. G. Conte, *Completezza e chiusura* (Completude e remate), em *Scritti in memoria di Widar Cesarini Sforza* (Escritos em memória de Widar Cesarini Sforza), Giuffré, Milão, 1968; A. G. Conte, *Completezza* (Completude), em *Digesto*, 4ª ed., UTET, Turim, 1988; Ch. Perelman (ed.), *Le problème des lacunes em droit* (O problema das lacunas em direito), Bruylant, Bruxelas, 1968; U. Scarpelli, *Il permesso, il dovere, e la completezza degli ordinamenti normativi* (A permissão, o dever, e a completude dos ordenamentos normativos), em "Rivista trimestrale di diritto e procedura civile" (Revista trimestral de direito e processo civil), 17, 1963.





De um ponto de vista diferente – do ponto de vista da aplicação do direito – diz-se às vezes 'completo' (c) um sistema jurídico em cujo âmbito o juiz possa sempre encontrar numa norma preexistente a solução de qualquer controvérsia a ele submetida ou, como dizem alguns (por exemplo, R. Dworkin), um sistema jurídico que contenha a "resposta justa" (*right answer*) a qualquer questão de direito.

Com respeito a isso, encontra-se por vezes na literatura teórica geral uma distinção entre "o direito" e "a lei": a lei – diz-se – pode bem ser incompleta, ao passo que o direito é sempre completo. Esta tese é suscetível de diversas interpretações. Em primeiro lugar, pode ser entendida em sentido jusnaturalista: as lacunas da lei podem ser preenchidas voltando-se ao direito natural (encontram-se traços deste modo de ver no art. 7 do Código Civil austríaco, 1811). Em segundo lugar, pode ser entendida em sentido realista: uma vez que o direito não é outra coisa senão o conjunto das decisões judiciárias, as lacunas da lei podem ser (e, de fato, são) preenchidas por meio do direito jurisprudencial.

Quando se discute a completude ou incompletude do sistema jurídico, é preciso esclarecer preliminarmente de qual sistema jurídico se está falando, já que, neste contexto, a expressão 'sistema jurídico' pode assumir dois significados bastante distintos.

Por um lado, 'sistema jurídico' pode referir-se ao que se costuma chamar de um "ordenamento jurídico", ou seja, pode referir-se a um sistema jurídico nacional considerado no seu conjunto e num dado momento de sua existência (por exemplo, o sistema jurídico italiano hoje).

Por outro lado, a mesma expressão pode referir-se a um conjunto de normas menor, retalhado por um jurista no âmbito do inteiro ordenamento jurídico com o objetivo de encontrar a disciplina jurídica de uma certa "matéria", ou seja, de um dado

conjunto de hipóteses (por exemplo, a disciplina da compra e venda de imóveis, a disciplina da promulgação da lei, etc.).

## 2. O DOGMA DA COMPLETUDE

Tradicionalmente, o problema da completude do direito é enfrentado *ex professo* por teóricos e filósofos do direito. E estes o enfrentam do ponto de vista do ordenamento jurídico, do sistema jurídico no seu conjunto. A tese mais aceita entre os teóricos do direito (e, de resto, entre os próprios juristas), após a difusão do "positivismo jurídico" no seio da cultura jurídica européia do século XIX, é o dogma da completude (ou do "fechamento") do direito, ou seja, a crença de que todo ordenamento jurídico é necessariamente completo.

O dogma da completude do direito está estreitamente ligado, do ponto de vista histórico, à codificação do direito (especialmente do direito civil) e, do ponto de vista ideológico, ao liberalismo jurídico, isto é, à doutrina do Estado de direito moderno: mais em particular, a uma série de princípios gerais (às vezes) constitucionais que o caracterizam e sobre os quais convém chamar a atenção.

(a)Em primeiro lugar, a obrigação do juiz de decidir qualquer controvérsia a ele submetida. Declara o art. 4 do Código de Napoleão (1804): "O juiz que se recusar a julgar, sob pretexto do silêncio, da obscuridade ou da insuficiência da lei, poderá ser processado como culpado de denegação de justiça". No nosso ordenamento, o mesmo princípio pode, segundo alguns, ser considerado implícito no combinado disposto pelos arts. 55 do Código de Processo Civil (que prevê a responsabilidade civil do juiz que, "sem justo motivo, refuta, omite ou retarda, diante de solicitações ou instâncias das partes e, em geral, a realização de um ato de seu ministério"), e 328 do Código Penal (que pune a omissão ou a recusa de atos de ofício). Se o direito não fosse completo, fatalmente haveria controvérsias indecidíveis e, portanto, o juiz não poderia realizar a sua obrigação de julgar sempre de maneira ou outra.





(b)Em segundo lugar, o princípio de legalidade da jurisdição, que obriga o juiz a motivar toda sua decisão e, mais precisamente, a baseá-la numa norma jurídica preexistente. Se o direito fosse incompleto, haveria controvérsias não decidíveis com base em normas já dadas. Essas controvérsias exigiriam a criação de uma norma nova da parte do juiz (como prevê o art. 1 do Código Civil suíço, 1907).

(c)Em terceiro lugar, o princípio da separação dos poderes, que exclui a jurisprudência do número das fontes de direito. A criação do direito é monopólio dos órgãos legislativos (em geral, Assembléias representativas), enquanto os juízes (órgãos burocráticos, em geral escolhidos por concursos) não estão autorizados a criar direito: têm, antes, a obrigação de se limitar a aplicar o direito que já encontram feito por obra do legislador. Se o direito fosse incompleto, os juízes teriam a oportunidade e a possibilidade de completá-lo criando normas novas *ad hoc* para resolver algumas das controvérsias a eles submetidas.

É necessário frisar que o princípio da separação dos poderes pressupõe, evidentemente, uma distinção conceitual entre criação e aplicação do direito. Esta última, em particular, é concebida como uma atividade que requer exclusivamente o conhecimento de normas preexistentes, e não comporta a criação (mediante interpretação) de normas novas. Em outros termos, a separação dos poderes pressupõe que a interpretação, e por isso, também a aplicação do direito sejam atividades não normativas, mas simplesmente cognoscitivas: este modo de ver não distingue entre o texto normativo (a fonte, as disposições) e o seu conteúdo de significado (a norma verdadeira e própria).

A completude do ordenamento, além disso, garante a assim chamada "certeza do direito" (num dos significados desta expressão), ou seja, a possibilidade de prever as decisões judiciárias e, portanto, de prever as conseqüências jurídicas das próprias ações. Por outro lado, sendo a criação jurisprudencial de direito necessariamente uma espécie de legislação *ex post facto*, a completude do ordenamento garante, ademais, a não retroatividade do direito.

## 3. Doutrinas da completude

O dogma da completude do direito (entendido como sistema jurídico total) foi sustentado com uma variedade de argumentos.

(a)Uma primeira doutrina, que é também a mais difundida, funda o dogma da completude no argumento da "norma geral negativa" (ou "exclusiva"). Segundo esta doutrina, todo ordenamento jurídico inclui uma norma geral (na maioria das vezes implícita) de conteúdo negativo: "Tudo o que não é proibido é permitido". Uma tal norma exerce obviamente o efeito de "fechar" o ordenamento: todo comportamento necessariamente cai ou sob o domínio de uma norma particular que o proíbe, ou sob o domínio da norma geral negativa que o permite. Essa doutrina resolve-se numa política *de sententia ferenda*, numa recomendação, dirigida aos juízes, de empregar sistematicamente o *argumentum a contrario*, e, por isso, de repelir a demanda do agente toda vez que esta não estiver fundada numa norma específica que imponha uma obrigação à pessoa chamada a juízo.

Segundo alguns, a norma geral negativa não é nada mais do que um princípio lógico e, portanto, uma verdade necessária, já que 'proibido' e 'permitido' são conceitos interdefiníveis: 'permitido' significa exatamente 'não proibido' e, por conseguinte, é





inegável que tudo aquilo que é não proibido é permitido. Este modo de ver, todavia, não distingue entre dois significados do termo 'permitido'. (a) Em sentido forte, uma conduta se diz "permitida" quando existe uma norma jurídica que precisamente a qualifica como permitida. (b) Em sentido fraco, uma conduta se diz "permitida" quando não existe alguma norma jurídica que a qualifica como proibida. Portanto, no sentido forte da palavra, o "permitido" é o conteúdo de uma norma jurídica, ao passo que no sentido fraco o "permitido" alude antes à ausência de uma norma. Disso se conclui que uma conduta não proibida é "permitida" somente em sentido fraco, e isso significa precisamente que há uma lacuna (falta uma regra que qualifique como proibida essa conduta).

Por conseqüência, a assim chamada norma geral negativa não é absolutamente uma verdade necessária, porém mais simplesmente um princípio jurídico contingente, eventual – em suma, um princípio que é positivamente estabelecido somente em alguns ordenamentos jurídicos (por exemplo, o art. 5 da *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* (Declaração dos direitos do homem e do cidadão) de 26 de agosto de 1789, até hoje vigente na França, estabelece: "Tudo o que não é proibido pela lei não pode ser impedido, e ninguém pode ser constrangido a fazer o que ela não ordena"), e/ou somente em alguns setores do direito, ao passo que não vale em outros ordenamentos e/ou em outros setores.

Em geral, pode-se dizer que um tal princípio valha somente nos ordenamentos jurídicos liberais e somente no âmbito do direito penal ("nullum crimen, nula pena, sine legge"). Por exemplo, os arts. 7 e 8 da *Declaração dos direitos do homem e do cidadão* estabelecem que "nenhum homem pode ser acusado, preso nem detido a não ser nos casos determinados pela lei" e que "ninguém pode ser punido a não ser em virtude de uma lei".

No nosso ordenamento, o art. 25, parágrafo 2 da Constituição, estabelece, entre outras coisas, que "ninguém pode ser punido a não ser por força de uma lei", e o art. 1 do Código Penal dispõe que "ninguém pode ser punido por um fato que não seja expressamente previsto como delito contra a lei, nem mediante penas que não sejam por esta estabelecidas".

Em contrapartida, no âmbito do direito civil (e, seja como for, fora dos Estados liberais), a maior parte dos ordenamentos jurídicos inclui, pelo contrário, o princípio, por assim dizer, oposto à norma geral negativa, ou seja, o princípio que autoriza o juiz a estender as normas jurídicas particulares mediante analogia (*argumentum a simili*).

(b)Uma segunda doutrina (na realidade, nada mais do que uma variante da doutrina anterior) funda o dogma da completude no argumento chamado de "espaço jurídico vazio", ou melhor, de "espaço vazio de direito" (*Rechtsleerer Raum*). Segundo esta doutrina, toda conduta que não seja juridicamente qualificada é, muito simplesmente, juridicamente indiferente. As normas jurídicas qualificam deonticamente um "espaço" determinado (ou seja, uma área, um conjunto, de comportamentos); no interior deste espaço "repleto" de direito evidentemente não há lacunas. Mas também além deste espaço não há lacunas do direito pela simples razão de que não há tampouco direito. Além da área dos comportamentos positivamente disciplinados, tudo que resta é um espaço "vazio" de direito, "deonticamente neutro" (assim se exprime A. G. Conte): em síntese, um conjunto de comportamentos que são, para o direito, irrelevantes, que o direito não leva absolutamente em consideração. Como se vê, essa doutrina não "resolve" o problema da completude, mas – pode-se dizer – em vez disso, "dissolve-o".

(c)Uma terceira doutrina funda o dogma da completude na obrigação dos juízes de decidir qualquer controvérsia e a decidir





com base unicamente no direito existente. Evidentemente, se o direito não fosse completo, essa obrigação não poderia ser cumprida. Apesar disso, o princípio em questão não pode funcionar como norma de fechamento do ordenamento jurídico, já que, na presença de uma lacuna, o juiz não tem nenhuma obrigação específica de decidir a controvérsia de um modo de preferência a um outro (ele pode, indiferentemente, acolher ou repelir a demanda do agente). Nesta circunstância, o juiz tem somente a obrigação genérica de decidir, mas pode decidir de um modo qualquer (a ausência de uma norma que imponha uma obrigação à pessoa chamada a juízo não constitui, por si só, razão suficiente para repelir a demanda). Portanto, o juiz pode decidir a controvérsia apenas modificando o direito existente, e precisamente acrescentando a ele uma nova norma. De todo modo, é necessário frisar que a proibição de "denegar justiça" não é um princípio de "lógica jurídica" nem qualquer coisa do gênero; trata-se somente de uma norma jurídica positiva contingente (que pode valer ou não valer nos diferentes ordenamentos).

(d) Uma quarta doutrina, enfim, defende o dogma da completude sustentando que o ordenamento jurídico não é um sistema de normas "consumado", finalizado de uma vez por todas, sendo, ao contrário, um sistema capaz de uma expansão ilimitada (essencialmente por meio da analogia, seja da chamada *analogia legis*, seja da chamada *analogia juris*). O juiz pode sempre descobrir uma (e somente uma) "resposta justa" ou "correta" para a questão de direito que a ele é submetida recorrendo aos "princípios gerais do direito". Em outros termos, um caso dúbio ou difícil (um *hard case*, como se costuma dizer na literatura anglo-saxã), ou seja, um caso que não pode ser resolvido com base numa norma jurídica particular pode, entretanto, ser resolvido a partir dos princípios gerais. Estes princípios não estão explicitamente formulados em nenhuma

fonte do direito, mas estão implícitos, latentes, no ordenamento jurídico total, uma vez que constituem os valores que dão fundamento ético e/ou político às diversas normas particulares expressamente promulgadas[170].

Deve-se observar, antes de tudo, que essa tese não é adequada para fundamentar a completude do ordenamento jurídico. Na realidade, essa tese admite a incompletude do direito (ou, ao menos, a incompletude da lei), afirmando ao mesmo tempo que o direito é, a despeito disso, sempre completável da parte dos juízes por meio da interpretação (de uma interpretação criadora, ou integradora).

A tese em questão, além disso, supõe tacitamente que os ordenamentos jurídicos sejam totalidades coerentes, que todas as normas particulares de um ordenamento estejam fundadas numa doutrina ético-política unívoca e imutável. De fato, se o direito não fosse coerente, seria perfeitamente possível elaborar, a partir das normas existentes, uma pluralidade de princípios incompatíveis entre si, e destes depois extrair soluções diferentes para uma mesma controvérsia. Esta doutrina, portanto, negligencia o fato de que todo ordenamento jurídico é o resultado de uma multiplicidade de doutrinas e de orientações políticas absolutamente distintas e conflitantes.

## 4. O PROBLEMA DA COMPLETUDE NO MICROSSISTEMA

À guisa de conclusão, o dogma da completude não parece fundamentado, ao menos se olharmos o ordenamento jurídico no seu conjunto. Por outro lado, os juristas, no seu trabalho cotidia-

170 Na literatura recente, esta tese foi defendida por R. Dworkin, *Taking Rights Seriously* (Levando os direitos a sério), 2ª ed., Duckworth, Londres, 1978; Id., *A Matter of Principle* (Uma questão de princípio), Harvard U.P., Cambridge (Mass.), 1985.





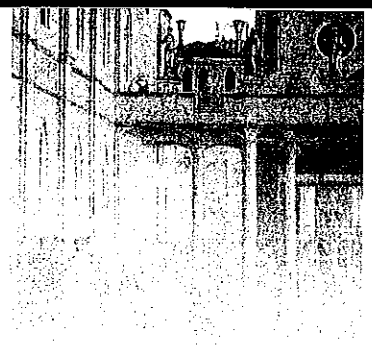
no, não estão nunca seriamente interessados no ordenamento jurídico na sua completa inteireza; habitualmente estão, pelo contrário, ocupados em analisar sistemas jurídicos bastante mais restritos, como, por exemplo, o conjunto das normas que disciplinam uma certa "matéria", uma série determinada de casos particulares. Deste ponto de vista, o problema da completude do sistema jurídico não diz respeito mais à relação entre a totalidade das normas existentes e a totalidade dos casos particulares, ou das ações humanas, possíveis, porém mais simplesmente diz respeito à relação entre um pequeno número de normas (um micro-sistema) e um pequeno número de ações ou casos particulares.

A completude ou incompletude de um microssistema normativo depende de três variáveis: (a) a controvérsia cuja solução se busca e as circunstâncias avaliadas como relevantes para identificar o caso particular; (b) as fontes do direito (os documentos normativos) levados em consideração; (c) as normas extraídas dessas fontes mediante interpretação, ou seja, decidindo o seu conteúdo de significado. Por conseguinte, completude e incompletude dependem, em última análise, das avaliações, das escolhas e das decisões do intérprete.

Em geral, pode-se dizer que um microssistema normativo ficará incompleto toda vez que se leve em consideração uma circunstância que não foi julgada relevante pelo legislador (entendendo-se legislador em sentido lato como qualquer órgão investido de competências normativas). Diante de uma lacuna, o microssistema pode ser completado de diversas maneiras. (a) Em primeiro lugar, ampliando a base de documentos normativos com os quais se trabalha: pode acontecer que outras fontes diferentes das que foram inicialmente levadas em consideração forneçam a norma que se está buscando. (b) Em segundo lugar, mudando a interpretação dos documentos normativos utilizados, reinterpretando-os, de modo a extrair deles também a nor-

ma apta a fornecer a solução do caso em questão. (c) Em terceiro lugar, elaborando uma norma nova (por exemplo, mediante analogia) e juntando-a ao sistema.





# XII
# Princípios de direito

## 1. Noção

No uso comum, a expressão 'princípios de (do) direito' apresenta um significado fugaz. Antes de tudo, os princípios "não constituem absolutamente uma categoria simples e unitária: pelo contrário, por essa expressão entendem-se freqüentemente coisas muitos distintas"[171]. Além disso, na linguagem comum dos juristas (fato próprio, ademais, do legislador: veja-se, por exemplo, o art. 117, par. 1 da Constituição), costuma-se caracterizar os princípios em contraposição às normas. Contudo, não parece possível traçar uma linha precisa de demarcação entre estes e aquelas[172].

171 N. Bobbio, *Principi generali del diritto* (Princípios gerais do direito), em *Novissimo digesto italiano*, XIII, UTET, Turim, 1966, p. 893-894. Cf., ademais, G. Lazzaro, *Argomenti dei giudici* (Argumentos dos juízes), extraído dos trabalhos da investigação sobre "Argumentação jurídica" patrocinada pelo C. N. R., Turim, 1970, pp. 3-29; R. Guastini, *Sui principî di diritto* (Sobre princípios de direito), em "Diritto e società" (Direito e Sociedade), nova série, n. 4, 1986, pp. 601-624.

172 Em geral, no que diz respeito a princípios, tive presentes: G. R. Carrió, *Principî di diritto e positivismo giuridico* (Princípios de direito e positivismo jurídico) (1970) agora em R. Guastini (ed.), *Problemi di teoria del diritto* (Problemas de teoria do direito), Il Mulino, Bolonha, 1980; A Peczenik, *Principles of Law. The Search for Legal Theory* (Princípios do