

TEORIA DO ORDENAMENTO JURÍDICO

NORBERTO BOBBIO

TRADUÇÃO DE: **ARI MARCELO SOLON**
Professor de Filosofia e Teoria Geral do Direito
da Faculdade de Direito da USP

PREFÁCIO DE: **CEISO LAFFER**
Professor Titular da Faculdade de Direito da USP. Membro da
Academia Brasileira de Letras e da Academia Brasileira de Ciências

APRESENTAÇÃO DE: **TERCÍCIO SAMPAIO FERRAZ JUNIOR**
Professor Titular da Faculdade de Direito da USP

TEORIA DO ORDENAMENTO JURÍDICO

NORBERTO BOBBIO

TRADUÇÃO DE ARI MARCELO SOLOM

PREFÁCIO DE CELSO LAFER

APRESENTAÇÃO DE TERCIO SAMPAIO FERRAZ JUNIOR

© desta edição: Edipro Edições Profissionais Ltda. – CNPJ nº 47.640.982/0001-40

1ª Edição 2011

Editores: Jair Lot Vieira e Máira Lot Vieira Micales

Produção editorial: Murilo Oliveira de Castro Coelho

Revisão: Carolina Bravallieri da Silva

Arte: Karina Tenório e Simone Melz

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Bobbio, Norberto

Teoria do ordenamento jurídico / Norberto Bobbio : tradução de Ari Marcelo Solom, prefácio de Celso Lafer, apresentação de Tercio Sampaio Ferraz Júnior. – São Paulo: EDIPRO, 2011.

Título original: *Teoria della norma giuridica*.

ISBN 978-85-7283-751-4

1. Ordem jurídica I. Título. II. Série. 1. Ordem jurídica
I. Título. II. Série.

11-01403

CDD-340.11

Índices para catálogo sistemático:

1. Ordenamento jurídico 340.11

edipro

edições profissionais Ltda.

São Paulo: Fone (11) 3107-4788 – Fax (11) 3107-0061

Bauru: Fone (14) 3234-4121 – Fax (14) 3214-4122

www.edipro.com.br

“O livro é a porta que se abre para a realização do homem.”

Jair Lot Vieira

são ambas válidas, no sentido de que, apesar de seu conflito, ambas continuam a existir no sistema, e não há remédio para sua eliminação (além, é claro, da ab-rogação legislativa).

A coerência não é condição de validade, mas é sempre condição para a *justiça* do ordenamento. É evidente que quando duas normas contraditórias são ambas válidas, e pode haver indiferentemente a aplicação de uma ou de outra, conforme o livre-arbítrio daqueles que são chamados a aplicá-las, são violadas duas exigências fundamentais em que se inspiram ou rendem a inspirar-se os ordenamentos jurídicos: a exigência da certeza (que corresponde ao valor da paz ou da ordem) e a exigência da justiça (que corresponde ao valor da igualdade). Onde existem duas normas antinômicas, ambas válidas, e portanto ambas aplicáveis, o ordenamento jurídico não consegue garantir nem a certeza, entendida como possibilidade, por parte do cidadão, de prever com exatidão as consequências jurídicas da própria conduta, nem a justiça, entendida como o igual tratamento das pessoas que pertencem à mesma categoria. Há um episódio em *Ipponessi sposi* (*Os noivos*) que ilustra muito bem as razões morais pelas quais é bom que não haja antinomias no direito. É o episódio do homicídio praticado por frei Cristóvão (também chamado Ludovico). A rixa, seguida por um duplo homicídio, nasceu porque “os dois (Ludovico e seu adversário) caminhavam rente ao muro, mas Ludovico (notem bem) esbarrava nele com o lado direito, e isso, segundo um costume, dava-lhe o direito (até onde se vai enfiar o direito) de não ter de se afastar do dito muro para dar passagem a quem quer que fosse, coisa da qual se fazia, então, muita questão. Outro pretendia, ao contrário, que tal direito coubesse a si próprio, como nobre que era, e que Ludovico tivesse que andar pelo meio, e isso por causa de outro costume. Porque nisso, como acontece em muitos outros negócios, estavam em vigor dois costumes contrários, sem que fosse decidido qual dos dois era o certo, o que dava oportunidade de fazer uma guerra cada vez que um cabeça-dura encontrasse outro da mesma têmpera.”¹⁷

17. *Ipponessi sposi*, Turim, Einaudi, cap. IV, p. 58. O episódio é citado por C. Balossini, *Consuetudinária, prática, regole del costume*, 1958.

CAPÍTULO 4

A COMPLETEZUDE DO ORDENAMENTO JURÍDICO

1. O problema das lacunas

Nos dois capítulos anteriores, examinamos duas características do ordenamento jurídico: a unidade e a coerência. Resta-nos considerar uma terceira característica, a qual lhe é comumente atribuída: a *completezude*.

Por “completezude” se entende a propriedade pela qual um ordenamento jurídico tem uma norma para regular qualquer caso. Posto que a ausência de uma norma se chama, com frequência, de “lacuna” (em um dos sentidos do termo “lacuna”), “completezude” significa “ausência de lacunas”. Em outras palavras, um ordenamento é completo quando o juiz pode encontrar nele uma norma para regular qualquer caso que se lhe apresente, ou melhor, não há caso que não possa ser regulado com uma norma extraída do sistema. Caso queiramos dar uma definição mais técnica de completezude, poderemos dizer que um ordenamento é

completo quando nunca se verifica uma situação na qual não se possa demonstrar a pertinência *nem* de uma determinada norma *nem* de sua norma contraditória. Se quisermos especificar, a incompletude consiste no fato de que o sistema não compreende nem a norma que proíbe um determinado comportamento nem a norma que o permite. De fato, se se pode demonstrar que nem a proibição nem a permissão de um determinado comportamento podem ser deduzidas do sistema, tal como é posto, é preciso dizer que o sistema é incompleto, que o ordenamento jurídico tem uma lacuna.

A partir dessa definição mais técnica de completude, compreende-se melhor qual é o nexó entre o problema da completude e o da coerência, examinado no capítulo precedente. Podemos, efetivamente, definir a coerência como aquela propriedade pela qual nunca ocorre o caso em que se possa demonstrar a pertinência ao sistema *e* de uma determinada norma *e* da norma contraditória. Como vimos, encontramos-nos diante de uma antinomia quando nos damos conta de que ao sistema pertencem, ao mesmo tempo, tanto a norma que proíbe um determinado comportamento quanto aquela que o permite. Portanto, o nexó entre coerência e completude reside no seguinte: a coerência significa exclusão de toda situação em que pertençam ao sistema ambas as normas que se contradizem; a completude significa a exclusão de todas as situações nas quais não pertençam ao sistema nenhuma das duas normas que se contradizem. Chamaremos de “incoerente” um sistema no qual existem tanto a norma que proíbe um determinado comportamento quanto aquela que o permite; “incompleto”, um sistema no qual não existem nem a norma que proíbe um determinado comportamento nem aquela que o permite.

O nexó entre os dois problemas foi quase sempre negligenciado. Contudo, não falkam, na melhor literatura jurídica, alusões à necessidade de seu estudo comum. Por exemplo, no *Sistema* de Savigny se lê esta passagem, que me parece muito significativa: “[...] o conjunto das fontes do direito [...] forma um todo, que é destinado à solução de

todas as questões que se apresentam no campo do direito. Para responder a essa finalidade, deve apresentar estas duas características: *unidade e completude* [...]. O procedimento ordinário consiste em extrair do conjunto das fontes um *sistema de direito* [...]. Falta a *unidade*, e então trata-se de remover uma *contradição*; falta a *completude*, e então trata-se de colmatar uma *lacuna*. Porém, na realidade, essas duas coisas podem reduzir-se a um único conceito fundamental. De fato, o que procuramos estabelecer é sempre a unidade: a unidade negativa com a eliminação das *contradições*; a unidade positiva com o preenchimento das lacunas.”¹⁸

Carnelutti, na sua *Teoria generale del diritto*, trata dos dois problemas conjuntamente, e fala de incompletude por *exuberância* no caso das antinomias, e de incompletude por *deficiência* no caso das lacunas, de onde decorrem os dois remédios opostos da *purgação* [purificação] do sistema para eliminar as normas exuberantes, ou seja, as antinomias, e da *integração* para eliminar a deficiência de normas, ou seja, as lacunas.¹⁹ Carnelutti bem observa que o caso de antinomia é aquele em que existem mais normas do que deveriam existir, aquele que expressamos com as duas conjunções *e...e*, em que a tarefa do intérprete é a de suprimir aquilo que está em excesso; o caso de lacuna, ao contrário, é aquele em que existem menos normas do que deveriam existir, o qual expressamos com as duas conjunções *nem...nem*, em que a tarefa do intérprete é, ao contrário, acrescentar aquilo que falta.

Assim como, em relação ao caráter da coerência, o problema do teorico geral do direito é saber se e em que medida um ordenamento jurídico é coerente, da mesma forma, quanto ao caráter da completude, nosso problema é saber se e em que medida um ordenamento jurídico é completo. No que se refere à coerência, nossa resposta foi que a coerência era uma exigência, mas não uma necessidade, no sentido de que a exclusão total das antinomias não é uma condição necessária para a existência de um ordenamento jurídico: um ordenamento jurídico pode tolerar normas in-

18. F. C. Savigny, *Sistema del diritto romano attuale*, trad. it., vol. I, seção 42, p. 267.

19. F. Carnelutti, *Teoria generale del diritto*, 2 ed., 1946, p. 76.

compatíveis no seu interior, sem se extinguir. Frente ao problema da completude, se considerarmos um certo tipo de ordenamento jurídico, como o nosso, caracterizado pelo princípio de que o juiz deve julgar cada caso mediante uma norma pertencente ao sistema, a completude é algo mais que um funcionamento do sistema. A norma que estabelece o dever do juiz de julgar todos os casos com base em uma norma pertencente ao sistema não poderia ser executada se o sistema não fosse pressuposto como completo, ou seja, como detentor de uma regra para todo caso. Por conseguinte, a completude é uma condição sem a qual o sistema, em seu conjunto, não poderia funcionar. O protótipo dos ordenamentos fundados, como foi dito, no *dogma da completude*, é o Código Civil francês, cujo art. 4º diz: "O juiz que se recusar a julgar, a pretexto do silêncio, da obscuridade ou da insuficiência da lei, poderá ser processado como culpado por denegação da justiça." No nosso direito, esse princípio foi estabelecido no art. 113 do Código de Processo Civil italiano, que diz: "Ao se pronunciar sobre a causa, o juiz deve seguir as normas do direito, salvo se a lei lhe atribuir o poder de decidir segundo a equidade."

Em conclusão, a completude é uma condição necessária para aqueles ordenamentos em que valem estas duas regras:

1) o juiz é obrigado a julgar todas as controvérsias que se apresentam ao seu exame;

2) é obrigado a julgá-las com base em uma norma pertencente ao sistema.

Entende-se que, se uma das duas regras perder efeito, a completude deixa de ser considerada um requisito do ordenamento. Podemos imaginar dois tipos de ordenamentos incompletos; segundo falte a primeira ou a segunda das duas regras. Num ordenamento em que faltasse a primeira regra, o juiz não seria obrigado a julgar todas as controvérsias que se lhe apresentassem: poderia pura e simplesmente rejeitar o caso como juridicamente irrelevante, com um juízo de *non liquet*. Para alguns, o ordenamento internacional é um ordenamento desse tipo: o juiz internacional teria a faculdade, em alguns casos, de não punir nem dar razão a nenhum

dos litigantes, e esse juízo seria diferente (mas é discutível que o seja) do julgamento do juiz que daria razão a um, condenando o outro ou vice-versa. Em um ordenamento em que faltasse a segunda regra, o juiz seria, sim, obrigado a julgar todos os casos, mas não seria obrigado a julgá-los com base em uma norma do sistema. É o caso do ordenamento que autoriza o juiz a julgar, na falta de um dispositivo de lei ou da lei dedutível, segundo a equidade. Podem ser considerados ordenamentos desse tipo o ordenamento inglês e, embora em menor medida, o suíço, que autoriza o juiz a resolver a controvérsia, na falta de uma lei ou de um costume, como se ele mesmo fosse legislador. Em um ordenamento em que o juiz esteja autorizado a julgar segundo a equidade, subentende-se que o fato de que o ordenamento seja preventivamente completo não possui nenhuma importância, vez que pode ser completado a todo momento.

2. O dogma da completude

O dogma da completude, ou seja, o princípio de que o ordenamento jurídico seja completo para fornecer ao juiz, em todos os casos, uma solução sem que recorra à equidade, foi dominante, e em parte o é até hoje, na teoria jurídica continental, de origem romanística. Alguns o consideram como um dos aspectos salientes do positivismo jurídico.

Retrocedendo no tempo, esse dogma da completude nasceu provavelmente na tradição romanística medieval, quando o direito romano passa, pouco a pouco, a ser considerado o direito por excelência, enunciado em definitivo no *Corpus iuris*, ao qual nada há a acrescentar nem a tolher, pois contém as regras com que o bom intérprete é capaz de resolver todos os problemas jurídicos que já lhe foram apresentados e que irão se lhe apresentar. A completa e sutil técnica hermenêutica que se desenvolve entre os juristas comentaristas do direito romano, e depois entre os tratadistas, é especialmente uma técnica para a ilustração

e para o desenvolvimento interno do direito romano, partindo-se do pressuposto de que este constitui um sistema potencialmente completo, uma espécie de mina inexaurível da sabedoria jurídica, que o intérprete deve se limitar a escavar para encontrar o veio escondido. Se nos fosse concedido resumir com uma frase o caráter da ciência jurídica (*Gurisprudenz*) que se desenvolveu sob o Império e à sombra do direito romano, diríamos que ela desenvolveu o método da *extensio* em detrimento daquele da *equidade*, inspirando-se no princípio da autoridade em vez de naquele da natureza das coisas.

Nos tempos modernos, o dogma da completude tornou-se parte integrante da concepção estatal do direito, ou seja, daquela concepção que faz da produção jurídica um monopólio do Estado. À medida que o Estado moderno crescia em potência, iam se acabando todas as fontes do direito que não fossem a lei, ou melhor, o comando do soberano. A onipotência do Estado se reverteu para o direito de origem estatal, e não foi reconhecido outro direito que não aquele que era emanção direta ou indireta do soberano. Onipotente como o Estado de que era a emanção, o direito estatal deveria regular todos os casos possíveis: se tivesse lacunas, o que o juiz deveria fazer a não ser recorrer a fontes jurídicas extraestatais, como o costume, a natureza das coisas, a equidade? Admitir que o ordenamento jurídico estatal não era completo significava introduzir um direito concorrente, romper o monopólio da produção jurídica estatal. E é por isso que a afirmação do dogma da completude caminha passo a passo com a monopolização do direito por parte do Estado. Para manter o próprio monopólio, o direito do Estado deve servir a todos os usos. Uma expressão macroscópica desse desejo de completude foram as grandes codificações; e, observe-se, é justamente no interior de uma dessas grandes codificações que foi pronunciado o veredicto de que o juiz deve julgar permanecendo sempre dentro do sistema já dado. A miragem da codificação é a completez: uma regra para todo caso. O código é para o juiz um prontuário, que lhe deve servir infalivelmente e do qual não pode se afastar.

A cada grande codificação (da francesa de 1804 à germânica de 1900), desenvolveu-se entre os juristas e os juizes a tendência a se ater escrupulosamente aos códigos, naquela atitude dos juristas franceses em relação aos códigos napoleônicos; mas que se poderia estender a toda nação com direito codificado, que foi chamada de *fetichismo da lei*. Na França, a escola jurídica, que se foi impondo após a codificação, é frequentemente designada com o nome de *escola da exegese*, e se contrapõe à *escola científica*, que veio depois. O caráter peculiar da escola da exegese é a admiração incondicional pela obra realizada pelo legislador através da codificação, uma confiança cega na suficiência das leis, a crença definitiva de que o código, uma vez emanado, basta completamente a si mesmo; ou seja, não tenha lacunas, em uma palavra, o dogma da completude jurídica. Uma escola da exegese não existiu só na França, mas também na Itália e na Alemanha, entre outros. E existe até hoje, ainda que, como vemos, o problema das lacunas já tenha sido formulado criticamente. Diria que a escola da exegese e a codificação são fenômenos estreitamente conexos e dificilmente separáveis um do outro.

Quando, como veremos no próximo item, começou a reação ao fetichismo legislativo, e, ao mesmo tempo, ao dogma da completude, um dos maiores representantes dessa reação, o jurista alemão Eugen Ehrlich, num livro dedicado ao estudo e à crítica da mentalidade do jurista tradicional, *A lógica dos juristas (Die juristische Logik, Tübingen, 1925)*, afirmou que o raciocínio do jurista tradicional, ancorado no dogma da completude, era fundado sobre estes três pressupostos:

- 1) a premissa maior de todo raciocínio jurídico deve ser uma norma jurídica;
- 2) essa norma deve ser sempre uma lei do Estado;
- 3) todas essas normas devem formar, no seu conjunto, uma unidade.

Ehrlich, ao atingir a mentalidade tradicional do jurista, queria atingir aquela atitude de conformismo estatal, que havia precisamente gerado e enraizado na jurisprudência o dogma da completude.

3. A crítica à *completude*

O livro de Ehrlich, citado, é uma das expressões mais significativas daquela revolta contra o monopólio estatal do direito, que se desenvolveu, quase ao mesmo tempo, na França e na Alemanha no final do século passado, e que, embora chamada de diversos nomes, é conhecida, sobretudo, com o nome de *escola do direito livre*. O principal alvo dessa tendência é o dogma da *completude* do ordenamento jurídico. Se se quer atingir o feticheismo legislativo dos juristas, é necessário, antes de tudo, desfazer a crença de que o direito estatal seja completo. A batalha da escola do direito livre contra as várias escolas da exegese é uma batalha pelas lacunas. Consideravam os comentaristas do direito construído que o direito não tinha lacunas, e que a tarefa do intérprete era unicamente a de tornar explícito o que já estava implícito na mente do legislador? Pois bem, os defensores da nova escola afirmam que o direito construído está repleto de lacunas, e para preenchê-las é preciso confiar principalmente no poder criativo do juiz, ou seja, daquele que é chamado a resolver os infinitos casos que as relações sociais geram, para além e fora de toda regra pré-construída.

As razões pelas quais, no fim do século passado, esse movimento contra a *estratização* jurídica e o dogma da *completude* surge e se desenvolve são várias. Contudo, parece-me que as principais sejam estas duas. Em primeiro lugar, à medida que a codificação envelhecia (e isso vale, sobretudo, para a França), descobriam-se insuficiências. O que em um primeiro momento é objeto de admiração incondicionada, torna-se, pouco a pouco, objeto de análise crítica, sempre mais exigente, e a confiança na onisciência do legislador diminui ou deixa de existir. Na história do direito na Itália, basta confrontar o comportamento da geração mais próxima aos primeiros códigos, aquela entre 1870 e 1890, e o comportamento da geração seguinte. Falou-se, muitas vezes, da passagem de uma jurisprudência exegética para uma jurisprudência científica para indicar, entre outras coisas, o desenvolvimento de uma crítica livre em relação

aos códigos, que preparou sua reforma. Ainda hoje, quem comparar o comportamento do jurista atual com aquele dos primeiros anos após a emanção dos novos códigos não tardará em notar um maior desprendimento e um respeito menos passivo.

Em segundo lugar, paralelamente ao processo natural de envelhecimento de um código, é preciso considerar que na segunda metade do século passado ocorreu, por obra da chamada Revolução Industrial, uma profunda e rápida transformação da sociedade, que fez com que as primeiras codificações – que refletiam uma sociedade ainda principalmente agrícola e pouco industrializada – parecessem ultrapassadas, portanto, insuficientes e inadequadas, e acelerou seu processo natural de envelhecimento. Basta pensar que ainda no Código Civil Italiano de 1865, que derivava do francês, todos os problemas relativos ao trabalho, a que posteriormente foi dedicado um livro inteiro, eram resumidos em um artigo. Falar da *completude* de um direito que ignorava o surgimento da grande indústria e de todos os problemas da organização do trabalho a ela relacionados significava fechar os olhos diante da realidade por amor a uma fórmula, deixar-se iludir pela inércia mental e pelo preconceito.

Acrescente-se que esse descompasso, cada vez mais rápido e macrocópico, entre o direito construído e a realidade social, foi acompanhado pelo particular desenvolvimento da filosofia social e das ciências sociais no século seguinte, as quais, nas diversas correntes a que deram lugar, tiveram uma característica comum: a polémica contra o Estado e a descoberta da *sociedade* abaixo do Estado. Tanto o marxismo quanto a sociologia positivista – para limitarmo-nos às duas maiores correntes de filosofia social – foram animadas por uma crítica contra o monismo estatal, que teve a sua expressão mais intransigente na filosofia hegeliana, mas tinha ramificações muito mais antigas. O Estado se erguia sobre a sociedade e tendia a absorvê-la; mas a luta de classes, de um lado, que tendia a romper continuamente os limites da ordem estatal, e a formação espontânea (de todo modo não provocada ou imposta pelo Estado) de sempre novos agrupamentos sociais, como os sindicatos, os partidos,

e de relações sempre novas entre os homens, decorrentes das transformações econômicas, colocavam em evidência uma vida subjacente ou contrastante com o Estado, que nem o sociólogo nem o jurista podiam ignorar. A sociologia, essa nova ciência, que foi o produto mais típico do espírito científico do século XIX, no momento em que tomou consciência das correntes subterrâneas que animam a vida social, representou a destruição do mito do Estado. Vimos que um dos elementos desse mito do Estado era o dogma da completude. Evidencia-se como a sociologia pôde fornecer armas críticas aos juristas novos contra as várias formas de ciências jurídicas (*Giurispрудenza*) sempre fiéis ao dogma estatal e da completude do direito. No fim das contas, a consciência que se ia formando sobre o descompasso entre direito constituído e realidade social era auxiliada pela descoberta da importância da sociedade em relação ao Estado, e encontrava na sociologia um ponto de apoio para contrastar a pretensão do direito estatal.

No âmbito mais vasto da sociologia, formou-se uma corrente de sociologia jurídica, da qual Ehrlich, já mencionado, é um dos representantes mais autorizados: o programa da sociologia jurídica foi, no início, principalmente o de mostrar que o direito era um fenómeno social, e que, portanto, a pretensão dos juristas ortodoxos de fazer do direito um produto do Estado era infundada e conduzia a vários absurdos, como aquele de acreditar na completude do direito codificado. As relações entre escola do direito livre e sociologia jurídica são bastante estreitas: são duas faces da mesma moeda. Se o direito era um fenómeno social, um produto da sociedade (nas suas múltiplas formas), e não apenas do Estado, o juiz e o jurista deveriam extrair as regras jurídicas adequadas às novas necessidades a partir do estudo da sociedade, da dinâmica das relações entre diversas forças sociais e dos interesses que estas representavam, e não a partir das prescrições mortas e cristalizadas dos códigos. O direito livre, em outras palavras, extrai as consequências não só da ligação dos fatos (ou seja, da constatação da inadequação do direito estatal diante do desenvolvimento da sociedade), mas também da nova

consciência que o desenvolvimento das ciências sociais ia difundindo sobre a importância das forças sociais latentes no interior da estrutura, só aparentemente de granito, do Estado: lições dos fatos e maturidade científica se ajudavam reciprocamente no combate ao monopólio jurídico do Estado, e, com ele, ao dogma da completude.

A literatura crítica do estatismo jurídico é imensa. Limitamo-nos, aqui, a mencionar a obra de François Gény, *Méthode d'interprétation et sources du droit positif*, 1899, que contrapunha à exegese subservente dos textos legislativos a *libre recherche scientifique*, por meio da qual o jurista deveria extrair a regra jurídica diretamente do direito vivo nas relações sociais. “O direito é algo demasiado complexo e mutável – escreveu Gény – para que um indivíduo ou uma assembleia, mesmo que investidos de autoridade soberana, possam pretender fixar de imediato seus preceitos de modo a satisfazer a todas as exigências da vida jurídica.”²⁰ Naquela mesma época, os estudos de Edouard Lambert sobre o direito consuetudinário e sobre o direito judiciário serviam para chamar a atenção para um direito de origem não legislativa. Livros como o de Jean Cuier, *La vie du droit et l'impuissance des lois* (1914), em que se propunha o método de uma legislação experimental, que deveria adequar-se às necessidades sociais, considerando sobretudo o costume e a jurisprudência, ou como o de Gaston Morin, *La révolte des faits contre la loi* (1920), em que se desnudava o contraste entre a sociedade econômica e o Estado, são exemplos eloquentes do movimento antidogmático que se desenvolvia na jurisprudência francesa.

Na Alemanha, o sinal da batalha contra o tradicionalismo jurídico em nome da sociologia jurídica e da livre pesquisa do direito foi dado por Hermann Kantorowicz, que publicou, em 1906, um panfleto intitulado *A luta pela ciência do direito* (*Der Kampf um die Rechtswissenschaft*), com o pseudónimo de Gnaeus Flavius, em que indicava no direito livre, extraiído diretamente da vida social, independentemente das fontes jurídicas da intervenção estatal, o novo direito natural, que

20. F. GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources du droit positif*, 2.ª Ed., 1919, II, p. 324.

tinha a mesma função do antigo direito natural, ou seja, a de representar uma ordem normativa de origem não estatal, ainda que não tivesse mais sua natureza, a partir do momento em que o direito livre era também ele um direito positivo, isto é, eficaz. Apenas o direito livre era capaz de preencher as lacunas da legislação. Caía, como inútil e perigosa resistência à adequação do direito às exigências sociais, o dogma da completude. Em seu lugar, passou a figurar a convicção de que o direito legislativo era lacunoso, e que as lacunas não podiam ser preenchidas mediante o próprio direito estabelecido, mas apenas por meio da redescoberta e da formulação do direito livre.

4. O espaço jurídico vazio

A corrente do direito livre, da livre pesquisa do direito, teve muitos adversários entre os juristas: mais adversários que amigos. O positivismo jurídico estrito, ligado à concepção estatal do direito, não se deixou derrotar. O direito livre representava, aos olhos dos juristas tradicionalistas, uma nova encarnação do direito natural, que, da escola histórica em diante, considerava-se debelado e, portanto, sepultado para sempre. Admitir a livre pesquisa do direito (livre no sentido de não ligada ao direito estatal), conceder cidadania ao direito livre (ou seja, a um direito criado de quando em quando pelo juiz) significava romper a barreira do princípio da legalidade, que fora estabelecido em defesa do indivíduo, abrir as portas ao arbítrio, ao caos, à anarquia. A completude não era um mito, mas uma exigência de justiça: não era uma função inútil, mas uma defesa útil de um dos valores supremos a que deve servir a ordem jurídica, a *certeza*. Por trás da batalha dos métodos havia, como sempre, uma batalha ideológica. A tarefa dos juristas era a de defender a justiça legal ou de favorecer a justiça substancial? Os defensores da legalidade permaneceram ligados ao dogma da completude. Para isso, entretanto,

tiveram de encontrar novos argumentos. Após o ataque do direito livre, não bastava mais repetir ingenuamente a velha confiança na sabedoria do legislador. A confiança fora abalada. Era necessário demonstrar criticamente que a completude, longe de ser uma ficção cômoda, ou pior, uma crença ingênua, era um caráter constitutivo de todo ordenamento jurídico, e que, se havia uma teoria errônea a ser refutada, não era a teoria da completude, mas aquela que sustentava a existência de lacunas. Os juristas tradicionalistas, em suma, passaram para o contra-ataque. O efeito desse contra-ataque foi que o problema da completude passou de uma fase dogmática para uma fase crítica.

O primeiro argumento lançado pelos positivistas escritos foi aquele que chamaremos, por brevidade, de *espaço jurídico nazio*. Foi enunciado e defendido por um dos mais ferrenhos defensores do positivismo jurídico contra todo renascimento jusnaturalista, Karl Bergbohm, no livro *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, de 1892 (*Jurisprudência e filosofia do direito*). Na Itália, foi aceito por Santi Romano no ensaio *Osservazioni sulla completezza dell'ordinamento statale* (1925). O raciocínio de Bergbohm é, em síntese, o seguinte: toda norma jurídica representa uma limitação à livre atividade humana; com exceção da esfera regulada pelo direito, o homem é livre para fazer o que quiser. O âmbito de atividade de um homem pode, portanto, considerar-se dividido, do ponto de vista do direito, em dois compartimentos: aquele em que é vinculado por normas jurídicas e que podemos chamar de espaço jurídico cheio, e aquele em que é livre, e que podemos chamar de espaço jurídico vazio. Ou há o vínculo jurídico, ou há absoluta liberdade. *Tertium non datur*. A esfera da liberdade pode diminuir ou aumentar, conforme aumentem ou diminuam as normas jurídicas; mas não ocorre a situação em que um ato nosso seja, ao mesmo tempo, livre e vinculado. Transportemos essa alternativa para o plano do problema das lacunas: um caso ou é regulado pelo direito, e então é um caso jurídico ou juridicamente relevante, ou não é regulado pelo direito, e então pertence àquela esfera de livre manifestação da atividade humana, que é a esfera do *juridicamente irrelevante*. Não existe

nenhum espaço para as lacunas do direito. Assim como é absurdo pensar num caso que não seja jurídico e, todavia, seja regulado, da mesma forma não é possível admitir um caso que seja jurídico e que, não obstante isso, não seja regulado: ou seja, não é possível admitir uma lacuna do direito. Até onde o direito chega com as suas normas, não existem lacunas; onde não chega, há o espaço jurídico vazio, e, portanto, não lacuna do direito, mas atividade indiferente ao direito. Não existe um espaço intermediário entre aquele juridicamente cheio e aquele juridicamente vazio, em que se possam colocar as lacunas. Ou existe o ordenamento jurídico, e a lacuna deixa de ser lacuna, pois não representa uma deficiência do ordenamento, mas algo diverso do ordenamento, assim como a margem de um rio não é a ausência do rio, mas simplesmente a separação entre o que é rio e o que não é rio.

O ponto fraco dessa teoria é que se funda num conceito muito discutível como aquele de espaço jurídico vazio, ou de esfera do juridicamente irrelevante. Existe o espaço jurídico vazio? Parece que a afirmação do espaço jurídico vazio nasce da falsa identificação do jurídico com o obrigatório. Mas o que não é obrigatório, e, portanto, representa a esfera do permitido ou do lícito, deve considerar-se juridicamente irrelevante ou indiferente? Aqui está o erro. Falamos muitas vezes das três modalidades normativas do comandado, do proibido e do permitido. Para sustentar a tese do espaço jurídico vazio, é necessário excluir o permitido das modalidades jurídicas: o que é permitido coincidiria com o que é juridicamente indiferente. Quando muito necessitaria distinguir duas esferas do permitido ou da liberdade, uma juridicamente relevante e a outra juridicamente irrelevante. Mas é possível essa distinção? Existe uma esfera da liberdade jurídica ao lado de uma esfera da liberdade juridicamente irrelevante?

A primeira dúvida de que uma liberdade juridicamente irrelevante não exista nasce do fato de que Romano, para definir essa liberdade e para distingui-la da liberdade jurídica (considerada como esfera do lícito), chama-a de esfera do que não é lícito nem ilícito. Ora, como lícito e

ilícito são dois termos contraditórios, não podem se excluir mutuamente, pois, se não podem ser ambos verdadeiros, não podem sequer ser ambos falsos. E, portanto, não pode existir uma situação que não seja, ao mesmo tempo, nem lícita nem ilícita.

Na realidade, a liberdade não jurídica deveria ser mais bem definida como "liberdade não protegida". O que significa essa expressão? Tem sentido falar de uma liberdade não protegida ao lado de uma liberdade protegida? Senão, vejamos. Por "liberdade protegida" entende-se aquela liberdade que é garantida (por meio da coerção jurídica) contra eventuais impedimentos por parte de terceiros (ou do próprio Estado). Isto é, trata-se daquela liberdade que é reconhecida no mesmo momento em que é imposta aos terceiros a obrigação jurídica (isto é, reforçada pela sanção, em caso de inadimplência) de não impedir seu exercício. Note bem que a esfera do permitido (em uma pessoa) está sempre ligada a uma esfera do obrigatório (em uma outra pessoa ou em todas as outras pessoas): isso quer dizer que a esfera do permitido jurídico pode ser sempre considerada do ponto de vista da obrigação (isto é, da obrigação alheia de não impedir o exercício da ação ilícita); e que o direito nunca permite sem, ao mesmo tempo, comandar ou proibir. Então, se por liberdade protegida entende-se a liberdade garantida contra o impedimento alheio, por liberdade não protegida (o que, repetimos, deveria constituir a esfera do juridicamente irrelevante e do espaço jurídico vazio) deveria entender-se uma liberdade não garantida contra o impedimento alheio. Isso significaria dizer que o uso da força por parte de um terceiro para impedir o exercício dessa liberdade seria lícito. Em resumo: *liberdade não protegida significa licitude do uso da força privada*. Mas se é assim, nos nossos ordenamentos estrais modernos, caracterizados pela monopolização da força por parte do Estado e pela consequente vedação do uso privado da força, a situação suposta como situação de liberdade não protegida não é possível.

É claro que ao Estado, quando atribui uma liberdade, não interessa o que escolho, mas que possa escolher. O que ele protege não é minha

escolha, mas o direito de escolher. Poder-se-ia objetar que o ordenamento estatal moderno não pode ser tomado como modelo de todo ordenamento jurídico possível, e que existem ordenamentos jurídicos em que a monopolização da força não é completa, e, dessa forma, nesses ordenamentos existem casos em que a intervenção da força privada é lícita. Confesso que também nesse caso parece-me difícil falar de uma esfera do juridicamente irrelevante. Que em qualquer situação a força privada seja lícita significa que nesse caso a liberdade de um não é protegida, mas é protegida a força do outro, e que, portanto, a relação direito-dever é invertida, no sentido de que ao dever do terceiro de respeitar a liberdade alheia sucede o direito de violá-la, e ao direito de alguém exercer a própria liberdade sucede o dever de aceitar o impedimento do outro. O fato de a liberdade não ser protegida não torna essa situação juridicamente irrelevante, pois, no mesmo momento em que a liberdade de agir de um não é protegida, é protegida a liberdade de o outro exercer a força, e, enquanto protegida, ela é juridicamente relevante, ao contrário da outra. Não acaba a relevância jurídica: simplesmente altera a relação entre o direito e o dever.

5. A norma geral exclusiva

Se não existisse um espaço jurídico vazio, significa que existe somente o espaço jurídico pleno. Partindo dessa constatação, teve início a segunda teoria, que, em razão à escola do direito livre, procurou elaborar criticamente o problema da completude. Sinteticamente, a primeira teoria, aquela que examinados na parte precedente, sustentou que não existem lacunas, pois onde falta ordenamento jurídico falta o próprio direito, e, desse modo, deve-se falar mais propriamente de *limites* do ordenamento jurídico em vez de *lacunas*. A segunda teoria, por sua vez, sustenta que não existem lacunas pela razão inversa, isto é, pelo fato de que o direito nunca falta. Essa segunda teoria foi primeiramente sus-

tentada pelo jurista alemão Ernst Zitelmann no ensaio intitulado *As lacunas no direito (Lücken im Recht, 1903)*, e, com alguma variação, na Itália, por Donato Donati no importante livro *Il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico, 1910*.

O raciocínio seguido por esses autores pode resumir-se assim: uma norma que regula um comportamento não só limita a regulamentação e, desse modo, as consequências jurídicas que decorrem dessa regulamentação àquele comportamento, mas ao mesmo tempo *exclui* dessa regulamentação todos os outros comportamentos. Uma norma que proíbe fumar exclui a proibição, ou seja, permite todos os outros comportamentos que não consista em fumar. Todos os comportamentos não compreendidos na norma particular são regulados por uma *norma geral exclusiva*, quer dizer, pela regra que exclui (por isso é exclusiva) todos os comportamentos (por isso é geral) que não fazem parte daquele previsto pela norma particular. Poríamos dizer também, de outro modo, que as normas nunca nascem sozinhas, mas em par: cada norma particular, que podemos chamar de inclusiva, é acompanhada, como se fosse sua própria sombra, da norma geral exclusiva. Segundo essa teoria, nunca pode existir, para além das normas particulares, um espaço jurídico vazio, mas, para além dessas normas, pode existir toda uma esfera de ações reguladas pelas normas gerais exclusivas. Enquanto para a primeira teoria a atividade humana é dividida em dois campos, um regulado por normas e outro não regulado, para essa segunda teoria toda a atividade humana é regulada por normas jurídicas, pois a que não incide nas normas particulares incide nas normas gerais exclusivas.

Para maior clareza, citemos as próprias palavras dos dois autores que formularam a teoria. Conforme Zitelmann: "Na base de toda norma particular, que sanciona uma ação com uma pena ou com a obrigação de ressarcimento dos danos, ou atribuindo qualquer outra consequência jurídica, está sempre como que subentendida e não expressa uma norma fundamental geral e negativa, segundo a qual, prescindindo desses casos particulares, todas as outras ações permanecem isentas de pena

ou ressarcimento: toda norma positiva, com que se atribua uma pena ou um ressarcimento, é, nesse sentido, uma exceção daquela norma norma fundamental geral e negativa. Por conseguinte: caso falte uma semelhante exceção positiva, não existe lacuna, porque o juiz pode, a qualquer tempo, aplicando aquela norma geral e negativa, reconhecer que o efeito jurídico em questão não sobreveio ou que não surgiu o direito à pena ou a obrigação ao ressarcimento.²¹ Consoante Donati: “Dado o conjunto das disposições, as quais, prevendo determinados casos, estabelecem para eles a existência de determinadas obrigações, do conjunto das mesmas disposições deriva, concomitantemente, uma série de normas particulares inclusivas e uma norma geral exclusiva: uma série de normas particulares direcionadas a estabelecer, para os casos por elas particularmente considerados, determinadas limitações, e uma norma geral direcionada a excluir qualquer limitação para todos os outros casos, não particularmente considerados. Por força dessa norma, todo caso possível encontra no ordenamento jurídico o seu regulamento. Dado determinado caso, ou existe na legislação uma disposição aplicável especificamente a ele, e dessa disposição derivará para o mesmo caso uma norma específica, ou não existe, e então incidirá na norma geral mencionada.”²²

O exemplo dado por Donati é o seguinte: em um Estado monárquico falta uma disposição que regule a sucessão ao trono na hipótese de extinção da família real. Indaga-se: a quem cabe a Coroa, caso se verifique a circunstância da extinção? Parece que nos encontramos ante um típico caso de lacuna. Donati sustenta, por outro lado, baseado na teoria da norma geral exclusiva, que, mesmo nesse caso, existe uma solução jurídica. Na realidade, considerando que o caso não encontre no ordenamento norma particular aplicável a ele, recairá sob a norma geral exclusiva, que estabelece precisamente, para os casos nela compreendidos, a exclusão de qualquer limitação. Desse modo, a questão proposta:

21. E. ZITTELMANN, *Lücken im Recht*, Leipzig, 1903, p. 17.

22. D. DONATI, *Il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico*, Milão, 1910, p. 36-7.

“A quem cabe a Coroa?” terá a seguinte solução — e será a única solução jurídica possível: a Coroa não cabe a ninguém, vale dizer: o Estado e os súditos estão livres de qualquer limitação que seja relativa à existência de um rei, e, dessa maneira, terão direito de recusar a pretensão de qualquer pessoa a ser reconhecida como rei. Que essa solução seja *politicamente* insatisfatória não quer dizer absolutamente que não seja uma solução *jurídica*. Poder-se-á lamentar que um Estado em que falte semelhante lei seja *mal* constituído, mas não se poderá dizer que seu ordenamento seja *incompleto* ou lacunoso.

Mesmo essa teoria da norma geral exclusiva tem o seu ponto fraco. O que ela diz, diz bem e com aparência de grande rigor, mas não diz tudo. O que não diz é que num ordenamento jurídico geralmente não existe apenas um conjunto de *normas particulares inclusivas* e uma *norma geral exclusiva* que as acompanha, mas também um terceiro tipo de norma, que é *inclusiva* como a primeira e *geral* como a segunda, e que podemos chamar de *norma geral inclusiva*. Chamamos “norma geral inclusiva” uma norma como aquela expressa no ordenamento italiano, no art. 12 das Disposições Preliminares, segundo o qual, em caso de lacuna, o juiz deve recorrer às normas que regulam casos similares ou matérias análogas. Enquanto norma geral exclusiva é aquela norma que regula todos os casos não compreendidos na norma particular, mas os regula *de modo oposto*, a característica da norma geral inclusiva é de regular os casos não compreendidos na norma particular, mas semelhantes a esses, *de modo idêntico*. Diante de uma lacuna, se aplicarmos a norma geral exclusiva, o caso não regulado será resolvido de modo oposto ao regulado; se aplicarmos a norma geral inclusiva, o caso não regulado será resolvido de modo idêntico ao regulado. Como se vê, as consequências da aplicação de uma norma geral ou de outra são bem diversas, ou melhor, são opostas. E a aplicação de uma ou de outra norma depende do resultado da indagação sobre o fato de o caso não regulado ser ou não similar ao regulado. Mas o ordenamento, em geral, não nos diz nada sobre as condições com base nas quais dois

casos possam ser considerados similares. A decisão sobre a semelhança dos casos cabe ao intérprete. E, sendo assim, cabe ao intérprete a decisão se, em caso de lacuna, ele deve aplicar a norma geral exclusiva, e, desse modo, excluir o caso não previsto na disciplina do caso previsto. Na primeira situação, diz-se que adota o *argumentum a contrario*; na segunda, o *argumentum a simili*.

Mas, se diante de um caso não regulado, pode-se aplicar tanto a norma geral exclusiva quanto a inclusiva, é necessário precisar a fórmula, segundo a qual existe sempre, para cada caso, uma solução jurídica, nesta ou na: no caso de lacuna, existem ao menos duas soluções jurídicas:

- 1) a consideração do caso não regulado como diverso do regulado, e a consequente aplicação da norma geral exclusiva;
- 2) a consideração do caso não regulado como similar ao regulado, e a consequente aplicação da norma geral inclusiva. Mas especificamente pelo fato de o caso não regulado oferecer matéria para duas soluções opostas torna o problema das lacunas menos simples, menos claro e óbvio do que aquele que se mostrava na teoria, até excessivamente linear, da norma geral exclusiva. Se existem duas soluções, ambas possíveis, e a decisão entre as duas soluções cabe ao intérprete, existe uma lacuna, e ela consiste propriamente no fato de que o ordenamento não deixou claro qual das duas soluções seria a mais desejável. Se existisse, em caso de comportamento não regulado, uma só solução, a da norma geral exclusiva, como costuma acontecer, por exemplo, no direito penal, em que a extensão analógica não é admitida, poderíamos também dizer que não existem lacunas: todos os comportamentos que não são expressamente proibidos pelas leis penais são lícitos. Mas, levando em conta que as soluções, em caso de comportamento não regulado, são habitualmente duas, a lacuna consiste especificamente na ausência de uma regra que permita aceitar uma solução em vez de outra.

Desse modo, não só nos parece impossível excluir as lacunas, em contraste com a teoria da norma geral exclusiva, mas se foi precisando o próprio conceito de lacuna: a lacuna se verifica não pela falta de uma norma expressa para a regulamentação de determinado caso, mas pela *falta de um critério para a escolha de qual das duas regras gerais, a exclusiva e a inclusiva, deva ser aplicada*. Num certo sentido, fomos além da teoria da norma geral exclusiva, pois admitimos que no caso do comportamento expressamente não regulado não só existe sempre uma solução jurídica, mas, antes, existem duas. Num outro sentido, porém, contestamos a teoria, vez que, justamente porque as soluções jurídicas possíveis são duas, e falta um critério para aplicar ao caso concreto uma delas e não a outra, descobrimos aqui a lacuna que a teoria acreditou poder eliminar: a lacuna não se refere ao caso singular, mas se relaciona ao critério com base no qual o caso deve ser resolvido.

Exemplifiquemos. No art. 265 do Código Civil italiano, só a violência é considerada como causa de impugnação do reconhecimento do filho natural. O artigo não regula o caso de erro. Trata-se de lacuna? Se tivéssemos de aplicar apenas a norma geral exclusiva, poderíamos responder tranquilamente que não. A norma geral exclusiva implica que o que não está compreendido na norma particular (nesse caso, o erro) deve ter uma disciplina oposta àquela do caso previsto: portanto, se a violência, que está prevista, é causa de impugnação, o erro, que não está previsto, não é causa de impugnação. Mas o problema é que o intérprete deve levar em conta também a norma geral inclusiva, segundo a qual, em caso de comportamento não regulado, este deve ser regulado do mesmo modo do caso similar. O caso do erro é similar ao da violência? Se o intérprete dá a essa pergunta uma resposta afirmativa, é claro que a solução é oposta à anterior: o erro é, do mesmo modo que violência, causa de impugnação. Como se percebe, a dificuldade, sobre a qual comumente não nos damos, é que, diante do caso não regulado, não é que exista insuficiência de soluções jurídicas possíveis, existe, antes, exuberância de soluções. E a dificuldade de interpretação, em que consiste o problema das lacunas,

é que o ordenamento não oferece nenhum meio jurídico para eliminar essa exuberância, isto é, para decidir com base no sistema em favor de uma solução e não de outra.

Se nos referirmos agora à definição técnica de lacuna, dada na primeira parte deste capítulo, quando dissemos que lacuna significa que em certos casos o sistema não oferece a possibilidade de resolver determinados casos nem de determinado modo nem de modo oposto, e àquilo que dissemos sobre a teoria da norma geral exclusiva, devemos concluir que um ordenamento jurídico, não obstante a norma geral exclusiva, *pode ser incompleto*. E pode ser incompleto porque *entre a norma particular inclusiva e norma geral exclusiva habitualmente se interpõe a norma geral inclusiva*, que estabelece uma zona intermediária entre o regulado e o não regulado, que o ordenamento jurídico tende, de forma quase sempre indeterminada e indeterminável, a introduzir-se. Mas essa introdução resta, geralmente, no âmbito do sistema, indecisa. Se, em caso de comportamento não regulado, não tivéssemos outra norma a aplicar a não ser a norma geral exclusiva, a solução seria óbvia. Mas agora sabemos que em muitos casos podemos aplicar tanto a norma que determina que os comportamentos diversos sejam regulados de modo oposto ao regulado quanto a norma que determina que os comportamentos semelhantes sejam regulados de modo idêntico ao regulado. E não somos capazes de decidir, mediante regras do sistema, se o caso é similar ou diverso. E, então, a solução deixa de ser óbvia. O fato de a solução não ser mais óbvia, ou seja, de não se poder extrair do sistema uma solução, nem a solução oposta, revela a lacuna, isto é, revela a incompletude do ordenamento jurídico.

6. As lacunas ideológicas

Anteriormente, procuramos esclarecer em que sentido é possível falar de lacunas no ordenamento jurídico, ou de incompletude do ordena-

mento jurídico: não no sentido, repetimos, de ausência de uma norma a ser aplicada, mas da ausência de critérios válidos para decidir qual norma aplicar. Mas existe um outro sentido de lacuna, mais óbvio, quero dizer, menos controverso, de lacuna, que merece breve ilustração. Entende-se por "lacuna" também a ausência não de uma solução, qualquer que seja, mas de uma solução *satisfatória*, ou, em outras palavras, não a ausência de uma norma, mas a ausência de uma *norma justa*, isto é, daquela norma que gostaríamos que existisse, mas não existe. Como essas lacunas derivam não da consideração do ordenamento jurídico como ele é, mas do confronto entre o ordenamento jurídico como ele é e como deveria ser, foram chamadas "ideológicas", para distingui-las daquelas que fossem eventualmente encontradas no ordenamento jurídico como é, e que podem ser chamadas de "reais". Podemos também enunciar a diferença do seguinte modo: as lacunas ideológicas são lacunas *de iure condendo*; as lacunas reais são *de iure conditio*.

O fato de existirem lacunas ideológicas em todo sistema jurídico é tão óbvio que nem vale a pena insistir nisso. Nenhum ordenamento jurídico é perfeito: ao menos nenhum ordenamento jurídico positivo. Só o ordenamento jurídico natural não deveria ter lacunas ideológicas: antes, uma possível definição de direito natural poderia ser aquela que o definisse como um direito sem lacunas ideológicas, no sentido de que ele é o que deveria ser. Mas um sistema de direito natural jamais foi formulado por ninguém. A nós interessa o direito positivo. Ora, no que diz respeito ao direito positivo, se é óbvio que todo ordenamento tem lacunas ideológicas, é igualmente óbvio que as lacunas com que se deve preocupar aquele que é chamado a aplicar o direito não são as lacunas ideológicas, mas as reais. Quando os juristas sustentam, a nosso ver de maneira equivocada, que o ordenamento jurídico é completo, ou seja, não tem lacunas, referem-se às lacunas reais, não às ideológicas.

Quem procurou colocar em relevo a diferença entre os dois planos do problema das lacunas, o *de iure conditio* e o *de iure condendo*, foi Bru-

neri, numa série de ensaios que constituem, juntamente com as obras de Romano e de Donati, os maiores contributos da ciência jurídica italiana a esse problema.²³ Brunetti sustenta que, para se poder falar de completude ou incompletude de qualquer coisa, não é preciso considerar a coisa em si mesma, mas compará-la a alguma outra coisa. Os dois casos típicos em que posso falar de completude ou não são:

- 1) quando comparo uma determinada coisa com seu tipo ideal, ou com o que deveria ser ideal: só tem sentido se perguntar se determinada mesa é completa ou não se a comparo com o que deveria ser uma mesa perfeita;
- 2) quando comparo a representação de uma coisa com a coisa representada, por exemplo, um mapa da Itália com a Itália. Ora, em relação ao ordenamento jurídico, Brunetti sustenta que, se o considerarmos em si mesmo, ou seja, sem compará-lo com alguma outra coisa, a pergunta se é completo ou não é uma pergunta *sem sentido*, como se nos perguntássemos se o ouro é completo, se o céu é completo. Para que o problema das lacunas tenha um sentido, é preciso ou confrontar o ordenamento jurídico real com um ordenamento jurídico ideal, segundo o significado ilustrado no item 1, e nesse caso é lícito falar de completude ou incompletude do ordenamento jurídico, mas não é o sentido que interessa ao jurista (trata-se, de fato, das lacunas ideológicas); ou considerar o ordenamento legislativo como representação da vontade do Estado, segundo o significado ilustrado no item 2, e perguntar-se se a lei contém ou não tudo o que deve conter para poder ser considerada a manifestação tecnicamente perfeita da vontade do Estado; mas, nesse segundo caso, o problema da

completude ou da incompletude pode referir-se unicamente ao ordenamento legislativo, como parte do ordenamento jurídico na sua totalidade. Ao se referir ao ordenamento jurídico na sua totalidade, o problema da completude, segundo Brunetti, não tem sentido, pois o ordenamento jurídico na sua totalidade, por si mesmo considerado, não pertence à categoria das coisas a que se possa atribuir a completude ou a incompletude, assim como não se pode atribuir o azul ao triângulo ou à alma.

Resumindo, segundo Brunetti, o problema das lacunas tem três faces:

- 1) o problema de saber se o ordenamento jurídico, considerado em si mesmo, é completo ou incompleto: o problema, assim elaborado (e é a elaboração mais frequente por parte dos juristas), não tem sentido;
- 2) o problema de saber se o ordenamento jurídico é completo ou incompleto como ele é, comparado a um ordenamento jurídico ideal: esse problema tem sentido, mas nesse caso as lacunas em questão são as lacunas ideológicas, que não interessam aos juristas;
- 3) o problema de saber se é completo ou incompleto o ordenamento legislativo, considerado como parte de um todo, e comparado ao todo, ou seja, ao ordenamento jurídico: esse problema tem sentido e é o único caso em que se pode falar de lacunas no sentido próprio da palavra. Na realidade, também esse terceiro caso pode ser inserido na categoria das lacunas ideológicas, isto é, no contraste entre aquilo que a lei diz e aquilo que deveria dizer para se adaptar perfeitamente ao espírito do sistema como um todo. Logo: para Brunetti, o problema da completude é um problema sem sentido, ou, caso tenha sentido, as únicas lacunas cuja existência pode ser demonstrada são as lacunas ideológicas; e é um sentido, como dizíamos, tão óbvio, que, se o problema se reduzisse a isso, não mereceria, a bem da verdade, todos os rios de tinta que versaram sobre ele.

23. G. BRUNETTI, *Sul valore del problema delle lacune*, 1913; *Il senso del problema delle lacune dell'ordinamento giuridico*, 1917; *Ancora sul senso del problema delle lacune*, 1917; *Sulle dottrine che affermano l'esistenza di lacune nell'ordinamento giuridico*, 1918; *Il dogma delle completezza dell'ordinamento giuridico*, 1924. Esses ensaios estão em *Scritti giuridici vari*, respectivamente, I, p. 34 ss; III, p. 1 ss.; 30 ss.; 50 ss.; IV, p. 161 ss.

7. Vários tipos de lacunas

A distinção que ilustramos até agora entre lacunas reais e lacunas ideológicas corresponde aproximadamente à distinção, muitas vezes repetida nos tratados gerais, entre *lacunas próprias* e *impróprias*. A lacuna própria é uma lacuna do sistema ou dentro do sistema; a lacuna imprópria deriva da comparação do sistema real com um sistema ideal. Em um sistema em que todo caso não regulado incide na norma geral exclusiva (como é comum em um código penal, que não admite exceção analógica), só pode haver lacunas impróprias: o caso não regulado não é uma lacuna do sistema, pois só pode incidir na norma geral exclusiva, mas, quando muito, é uma lacuna em relação a como o sistema deveria ser. A lacuna própria se dá apenas quando, ao lado da norma geral exclusiva, existe também a norma geral inclusiva, e o caso não regulado pode inserir-se tanto numa quanto na outra. O que os dois tipos de lacuna têm em comum é que designam um caso não regulado por leis vigentes num dado ordenamento jurídico. O que as diferencia é o modo como podem ser eliminadas: a lacuna imprópria, somente por meio da emanção de novas normas; a lacuna própria, mediante as leis vigentes. As lacunas impróprias só podem ser completadas pelo legislador; as lacunas próprias podem ser completadas por obra do intérprete. Mas quando dizemos que um sistema é incompleto, estamos nos referindo às lacunas próprias, e não às impróprias. O problema da completude do ordenamento jurídico é o problema de saber se existem e como são eliminadas as lacunas próprias.

Em relação aos motivos que as provocaram, as lacunas se distinguem em *subjetivas* e *objetivas*. Subjetivas são aquelas que dependem de algum motivo imputável ao legislador; objetivas são aquelas que dependem do desenvolvimento das relações sociais, das novas invenções, de todas aquelas causas que provocam um envelhecimento dos textos legislativos e que, portanto, são independentes da vontade do legislador. As lacunas subjetivas, por sua vez, podem distinguir-se em

voluntárias e *involuntárias*. Involuntárias são aquelas que dependem de alguma distração do legislador, que leva a crer regulado um caso que não o é, ou faz com que se negligencie um caso que talvez se considere pouco frequente etc.; voluntárias são aquelas que o próprio legislador deixa de propósito, porque a matéria é bastante complexa e não pode ser regulada com regras muito minuciosas, e é melhor confiá-la à interpretação, caso a caso, do juiz. Em algumas matérias o legislador atribui normas muito genéticas que podem ser chamadas de *diretivas*. A característica das diretivas é que traçam apenas as linhas gerais da ação a cumprir, mas deixam à determinação dos particulares qual deve-se seguir ou aplicar; por exemplo, a diretiva traça o fim que se deve alcançar, mas confia a determinação dos meios adequados para perseguir o fim à livre escolha do executor. Muitas normas constitucionais são, em relação ao legislador ordinário que deverá aplicá-las, puras e simples diretivas: antes, algumas normas constitucionais de caráter geral não podem ser aplicadas se não estão integradas. O legislador que as estabeleceu não ignorava que eram lacunosas, mas a função delas era justamente estabelecer uma diretiva geral que deveria ser integrada ou preenchida sucessivamente por órgãos mais adequados para tal finalidade. Segundo o significado ilustrado de lacuna, essas lacunas voluntárias não são verdadeiras lacunas: nesse caso, de fato, a integração do vazio, propositadamente deixado, é confiada ao poder criativo do órgão hierarquicamente inferior. Existe lacuna em sentido próprio quando se presume que o intérprete (nesse caso o órgão inferior) deve resolver o caso com base numa norma dada pelo sistema, e essa norma não existe ou, para sermos mais exatos, o sistema não oferece a devida solução. Nos casos em que age o poder criativo daquele que deve aplicar as normas do sistema, o sistema é sempre, em sentido próprio, completo, pois pode ser completado em qualquer circunstância; e, portanto, o problema da completude ou da incompletude sequer pode ser colocado.

Outra distinção é aquela entre lacuna *praeter legem* e lacuna *intra legem*. As primeiras ocorrem quando as regras expressas, por serem

demasiado específicas, não compreendem todos os casos possíveis; as segundas têm lugar, ao contrário, quando as normas são demasiado genéricas, e revelam, no interior dos dispositivos dados, vazios ou buracos que caberá ao intérprete preencher. As lacunas voluntárias, sobre as quais se discorreu há pouco, em geral, são *intra legem*. No primeiro caso, a integração consistirá em formular novas regras *ao lado* daquelas expressas; no segundo caso, as novas regras deverão ser formuladas *dentro* das regras expressas.

8. Heterointegração e autointegração

Vimos na parte 2 que o dogma da completude é historicamente conexo à noção estrita de direito. Não é necessário acreditar, porém, que a completibilidade de um ordenamento fosse confiada unicamente à norma geral exclusiva, isto é, à regra de que todo caso não regulado é regulado pela norma que o exclui da regulamentação do caso regulado. Entre os casos incluídos expressamente e os casos excluídos existe todo um ordenamento, como já advertimos, uma zona incerta de casos não regulados, mas com potencial atração na esfera de influência dos casos expressamente regulados. Todo ordenamento prevê os meios ou as soluções capazes de penetrar nessa zona intermediária, de ampliar a esfera do regulado em relação à do não regulado. Vimos, de resto, no segundo capítulo, que os ordenamentos de que falamos são ordenamentos complexos, cujas normas provêm de fontes diversas, embora reunidas, por meio da ordem hierárquica, em uma unidade. Se um ordenamento jurídico não é, estraticamente considerado, completo, a não ser por meio da norma geral exclusiva, todavia, dinamicamente considerado, é *completável*.

Para se completar, um ordenamento jurídico pode recorrer a dois métodos diferentes que podemos denominar, conforme a terminologia de

Carnelutti, de *heterointegração* e de *autointegração*. O primeiro método consiste na integração operada mediante:

- a) o recurso a ordenamentos diversos;
- b) o recurso a fontes diferentes da dominante (que é, nos ordenamentos que estamos analisando, a lei). O segundo método consiste na integração realizada por meio do próprio ordenamento, no âmbito da própria fonte dominante, sem recorrer a outros ordenamentos, e com o mínimo recurso a fontes diversas da dominante.

Nesta parte, vamos examinar rapidamente o método da heterointegração nas suas duas formas principais.

O tradicional método de heterointegração mediante recurso a outros ordenamentos consistia na obrigação, por parte do juiz, de recorrer, em caso de lacuna do direito positivo, ao direito natural. Uma das funções atribuídas ao direito natural, durante o predomínio das correntes jusnaturalistas, foi a de preencher lacunas do direito positivo. O direito natural era concebido como um sistema jurídico perfeito, sobre o qual repousava o ordenamento positivo, imperfeito por natureza: a tarefa do direito natural era remediar as imperfeições inevitáveis do direito positivo. Era doutrina consoante do direito natural que o legislador positivo se inspirasse, para a emanção das próprias normas, no direito natural; disso resultava, como consequência lógica, que, em caso de lacuna, o juiz se voltasse à própria fonte. Nas codificações modernas, o último resíduo dessa doutrina é o art. 7.º do Código Civil austríaco de 1812, no qual se lê que nos casos dúbios, não resolvíveis com normas de direito positivo, o juiz deve recorrer aos princípios do direito natural (*natürliche Rechtsgrundätze*). No art. 17, consta que no *silentium legis*, e até prova em contrário, tem-se como subsistente sem limitações tudo o que é conforme aos direitos naturais inatos (*angeborene natürliche Rechte*). Nas codificações mais recentes, essa doutrina foi quase sempre abandonada. No artigo 3.º das Disposições Preliminares do Código Civil italiano de 1865, que derivava direta e quase literalmente do art. 7.º do Código austríaco citado há pouco, a expressão "princípios gerais

do direito natural" havia sido substituída pela expressão mais simples, e talvez mais equívoca, "princípios gerais do direito". A maior parte dos juristas interpretou essa expressão como se significasse "princípios gerais do direito positivo", e com essa interpretação operou-se a passagem do método da heterointegração ao da autointegração. Mas houve quem, como Giorgio Del Vecchio, sustentou num ensaio muito discutido que, seguindo a tradição jusnaturalista da qual derivou o art. 3º do Código italiano, era necessário interpretar a expressão "princípios gerais do direito" como se significasse "princípios gerais do direito natural".²⁴

Não está excluído que dado ordenamento, para realizar a própria integração, recorra a outros ordenamentos positivos. Podemos distinguir:

- a) o reenvio a ordenamentos anteriores no tempo, por exemplo, o recurso de um ordenamento vigente ao direito romano, que foi a sua matriz histórica: houve quem considerou ser possível interpretar a tão discutida fórmula dos "princípios gerais do direito" do Código Civil italiano de 1865 como se significasse "princípios gerais do direito romano";
- b) o reenvio a ordenamentos vigentes contemporâneos, como no caso em que um ordenamento estatal recorra a normas de um outro ordenamento estatal ou do direito canônico (voltaremos mais detalhadamente a esses problemas no último capítulo dedicado à relação entre ordenamentos).

No que se refere ao recurso a outras fontes diferentes da dominante, consideramos os nossos ordenamentos, cuja fonte predominante é a lei. A heterointegração assume três formas. A primeira forma é o recurso ao costume, considerado como fonte subsidiária à lei. Trata-se do chamado *consuetudo praeter legem*. Pode-se distinguir uma aplicação ampla de uma aplicação restrita do costume *praeter legem*, ou integrador, como também é designado para indicar exatamente a sua função de fonte

subsidiária. A aplicação ampla se dá quando o costume é evocado por uma norma de seguinte tipo: "O costume vige em todas as matérias não reguladas pela lei." A aplicação restrita se dá quando a referência está contida numa norma do seguinte tipo: "O costume vige somente nos casos em que é expressamente referido pela lei." O art. 8º das Disposições Preliminares, que diz: "Nas matérias reguladas pelas leis e pelos regulamentos, os usos têm eficácia somente enquanto são por eles referidos", pode ser interpretado, ao mesmo tempo, como referência em sentido amplo e como referência em sentido estrito.

O método mais importante de heterointegração, entendida como recurso a outra fonte diferente da legislativa, ou seja, ao chamado *direito judiciário*. Notadamente, os sistemas jurídicos anglo-saxões recorrem a essa forma de integração em maior medida do que os sistemas jurídicos continentais, em que não se reconhece, ao menos oficialmente, o poder criativo do juiz, salvo em casos expressamente indicados em que se atribui ao juiz a função de emitir juízos de equidade. Graças à batalha desencadeada pela escola do direito livre em favor do direito judiciário, o Código Civil suíço enunciava no art. 1º o princípio segundo qual, em caso de lacuna, seja da lei, seja do costume, o juiz podia decidir o caso como se ele mesmo fosse o legislador. Foi demonstrado, de resto, que o juiz suíço quase nunca recorre ao emprego de um poder tão amplo, mostrando claramente com isso o apego de nossa tradição jurídica à autointegração, ou, seja como for, a desconfiança em relação ao direito judiciário, considerado como veículo de incerteza e desordem.

A rigor, pode-se considerar como recurso a outra fonte o recurso às opiniões dos juristas, às quais seria atribuída, em circunstâncias particulares, como no caso de silêncio da lei e do costume, autoridade de fonte do direito. Para designar essa fonte do direito, podemos usar a expressão de Savigny: direito científico. Nos nossos ordenamentos, assim como não é reconhecido direito de cidadania ao juiz como fonte normativa, da mesma maneira, e com maior razão, não é atribuído direito de cidadania ao jurista, que exprime opiniões que podem ser le-

24. G. DEL VECCHIO, *Sur principi generali del diritto* (1920), in *Studi sul diritto*, Milão, 1956, I, p. 205-71.

vadas em conta tanto pelo legislador quanto juiz, mas nunca emite juízos vinculantes nem para o legislador nem para o juiz. Para ilustrar essa forma de integração, limitemo-nos a supor um ordenamento que contivesse uma norma do seguinte tipo: "Em caso de lacuna da lei (e do costume), o juiz deverá ater-se à opinião predominante na doutrina", ou, ainda mais especificamente "... à solução adotada por esse ou por aquele jurista". Essa hipótese, de resto, não é de todo inventada. Recordemos a Lei das Cirações (426 d.C.), de Teodósio II e Valentiniano III, que estabelecia o valor a ser atribuído em juízo a obra dos juristas, e reconhecia antecipadamente plena autoridade a todas as obras de Papiniano, Paulo, Ulpiano, Modestino, Gaio.

9. A analogia

O método de autointegração se vale, sobretudo, de dois procedimentos:

- 1) analogia;
- 2) os princípios gerais do direito.

É o método que nos interessa mais de perto, pois é aquele particularmente adotado pelo legislador italiano, que no art. 12 das Disposições Preliminares do Código Civil dispôs: "Se uma controvérsia não puder ser decidida com um dispositivo preciso, deve-se considerar os dispositivos que regulam casos similares ou matérias análogas; se o caso ainda permanecer dúbio, decide-se segundo os princípios gerais do ordenamento jurídico do Estado." Com a indicação dos dois procedimentos da analogia e dos princípios gerais do direito, o legislador pretende ou presume que, em caso de lacuna, a regra deve ser encontrada no próprio âmbito das leis vigentes, ou seja, sem recorrer a outros ordenamentos nem a fontes diferentes da lei.

Entende-se por "analogia" aquele procedimento pelo qual se atribui a um caso não regulado a mesma disciplina de um caso regulado

de *maneira similar*. Já tivemos oportunidade de encontrar a analogia quando falamos da norma geral inclusiva: o art. 12 supracitado pode ser considerado a norma geral inclusiva do ordenamento italiano. A analogia é certamente o mais típico e o mais importante dos procedimentos interpretativos de determinado sistema normativo: é aquele procedimento mediante o qual se manifesta a chamada tendência de todo sistema jurídico a *expandir-se* para além dos casos expressamente regulados. Foi amplamente usado em todas as épocas. Recordemos a seguinte passagem do Digesto: "*Non possunt omnes articuli singillatim aut legibus aut senatus consultis comprehendí: sed cum in aliqua causa sententia eorum manifesta est, is qui iurisdictioni praestit ad similia procedere atque ita ius dicere debet.*" (10 D. de leg. 1, 3). No direito intermediário a analogia ou argumentum a simili era considerado o procedimento mais eficaz para realizar a chamada *extensio legis*.

O raciocínio por analogia foi estudado pelos lógicos. Encontra-se menção a seu respeito sob o nome de paradigma (traduzido posteriormente em latim por *exemplum*) no Organon, de Aristóteles (*Análitici prioris*, II, 24). O exemplo adotado por Aristóteles é o seguinte: "A guerra dos focenses contra os rebanos é ruim; a guerra dos arenenses contra os rebanos é semelhante à guerra dos focenses contra os rebanos; a guerra dos arenenses contra os rebanos é ruim". A fórmula do raciocínio por analogia pode ser expressa esquematicamente da seguinte maneira:

M é P

S é semelhante a M

S é P

Essa formulação deve ser brevemente comentada. Da forma como está exposta, apresenta-se como um silogismo em que a proposição menor exprime uma relação de semelhança em vez de identidade (a fórmula do silogismo é: M é P; S é M; S é P). Na realidade, ela esconde o vício chama-

do de *quaternio terminorum*, segundo o qual os termos são aparentemente três, como no silogismo, mas na verdade são quatro. Exemplifiquemos:

Os homens são mortais;
os cavalos são semelhantes aos homens,
os cavalos são mortais.

A conclusão é lícita apenas se os cavalos são semelhantes aos homens numa qualidade que seja a razão suficiente pela qual os homens são mortais. Diz-se que a semelhança não deve ser uma semelhança qualquer, mas uma semelhança relevante. Suponhamos que essa semelhança relevante entre os homens e cavalos, com fim de deduzir a mortalidade dos cavalos, seja que ambos pertençam à categoria dos seres vivos. Disso resulta que os termos do raciocínio não são mais três (homem, cavalo, mortal, mas quatro, homem, cavalo, mortal e ser vivo). Para extrair a conclusão "os cavalos são mortais" dos três termos, o raciocínio deveria ser formulado da seguinte maneira:

Os seres vivos são mortais;
os cavalos são seres vivos;
os cavalos são mortais.

Nesse caso, os termos passaram a ser três; mas, como se vê claramente, não se trata mais de um raciocínio por analogia, mas de um silogismo comum.

O mesmo vale no raciocínio por analogia usado pelos juristas. Para que se possa extrair a conclusão, isto é, a atribuição ao caso não regulado a partir das mesmas consequências jurídicas atribuídas ao caso regulado similar, requer-se que entre os dois casos não exista uma similitude qualquer, mas uma similitude relevante, isto é, é necessário remontar os dois casos a uma qualidade comum a ambos que seja simultaneamente a razão suficiente pela qual foram atribuídas ao caso regulado aquelas e não ou-

tras consequências. Uma lei de um Estado americano atribui uma pena detentiva a quem exerce o comércio de livros obscenos. Trata-se de saber se igual pena pode estender-se, de um lado, aos livros policiais, de outro, a discos que reproduzem canções obscenas. É provável que o intérprete aceite a segunda extensão e rejeite a primeira. No primeiro caso, existe de fato uma visível semelhança entre livros obscenos e livros policiais, mas trata-se de semelhança não relevante, pois o que têm em comum, ou seja, o fato de serem compostos de papel impresso, não foi razão suficiente da pena detentiva estabelecida pela lei aos divulgadores de livros obscenos. No segundo caso, diversamente, a semelhança entre livros obscenos e discos que reproduzem canções obscenas é relevante (ainda que menos visível), pois tal gênero de discos tem em comum com os livros obscenos aquela qualidade que motivou a proibição. Por razão suficiente de uma lei, entendemos aquela que tradicionalmente se chama *ratio legis*. Desse modo, diremos que, para que o raciocínio por analogia seja lícito no direito, é necessário que os dois casos, aquele regulado e aquele não regulado, tenham em comum *ratio legis*. De resto, é o que foi transmitido com a fórmula: "*Ubi eadem ratio, ibi eadem iuris dispositio*." Suponhamos que um intérprete se pergunte se proibição do pacto comissório (art. 2.744 do Código Civil italiano) se estende à venda com finalidade de garantia. Em que direção ele desenvolverá a sua indagação? Buscará a razão pela qual o legislador estabeleceu a proibição prevista no art. 2.744 e estenderá ou não a proibição, segundo considere ou não válida a mesma razão para a proibição da venda com o objetivo de garantia.

Costuma-se distinguir a analogia propriamente dita, concebida também com o nome de analogia *legis*, seja da analogia *iuris*, seja da interpretação extensiva. É curioso o fato de que a analogia *iuris*, não obstante a identidade do nome, não tenha nada a ver com o raciocínio por analogia, ao passo que a interpretação extensiva, não obstante a diversidade do nome, é um caso de aplicação do raciocínio por analogia. Por analogia *iuris* entende-se o procedimento com que se extrai uma nova regra para um caso imprevisto não a partir da regra que se refere a um caso singular,

como ocorre na analogia *legis*, mas a partir de todo sistema ou de uma parte dele: esse procedimento não difere em nada daquele empregado no recurso aos princípios gerais do direito, e falaremos a respeito no tópico seguinte. Quanto à interpretação extensiva, é opinião comum, embora às vezes contestada, que ela seja algo diverso da analogia propriamente dita. A importância jurídica da distinção está no seguinte: considera-se habitualmente que, quando a extensão analógica é proibida, como, por exemplo, segundo o art. 14 das Disposições Preliminares do Código Civil italiano, nas leis penais e nas leis excepcionais, a interpretação extensiva é ilícita. Nesse caso, trata-se de observar referindo-nos ao que dissemos reiteradamente a propósito das lacunas, que, quando não é admitida a extensão analógica, funciona imediatamente, em caso de *silentium legis*, a norma geral exclusiva. Não existe uma zona intermediária entre o caso individual expressamente regulado e os casos não regulados.

Mas qual é a diferença entre analogia propriamente dita e interpretação extensiva? Foram imaginados vários critérios para justificar a distinção. Creio que o único critério aceitável seja aquele que procura compreender a diferença em relação aos diversos efeitos, respectivamente, da extensão analógica e da interpretação extensiva: o efeito da primeira é a criação de uma nova norma jurídica; o efeito da segunda é a extensão de uma norma a casos não previstos por ela. Citaremos dois exemplos. Pergunta-se se o art. 1.577 do Código Civil italiano, atinente às obrigações do locador em relação às reparações da coisa locada, pode entender-se às obrigações de mesma natureza do comodatário: se a resposta for afirmativa, criou-se uma regra nova para disciplinar o comodato, que antes não existia. Pergunta-se, ao contrário, se o art. 1.754 do Código Civil italiano, que define como mediador “aquele que põe em contato duas ou mais partes para a conclusão de um negócio”, estende-se também àquele que “induz a conclusão do negócio depois que as partes tenham iniciado os contatos sozinhas ou por meio de outro mediador”: se a resposta for afirmativa, não se criou uma regra nova, mas simplesmente ampliou-se o alcance da regra dada. O primeiro exemplo é de analogia; o segundo, de interpretação extensiva. Com

esta limitamo-nos, assim, à redefinição de um termo, mas a norma aplicada é sempre a mesma. Com aquela, se passa de uma norma a outra. Enquanto é correto dizer que com a interpretação extensiva estendeu-se o conceito de mediador, não seria igualmente correto dizer, no caso do art. 1.577 do Código Civil italiano, que com a analogia estendeu-se o conceito de locação. Nesse caso, acrescentou-se a uma norma específica uma outra norma específica, remontando a um *genus* comum. Naquele caso, acrescentou-se uma nova *species* ao *genus*, previsto na lei. Esquemáticamente, os dois casos podem ser expressos da seguinte maneira:

1) Analogia

a' (caso regulado)

A (a *ratio* comum a ambos)

a" (caso não regulado)

a" é semelhante a a' mediante A

onde (A) a' e (A) a"

2) Interpretação extensiva

Aa' (caso regulado)

a" (caso não regulado)

a" é semelhante a a'

onde Aa' a"

10. Os princípios gerais do direito

O outro procedimento de autointegração é o recurso aos princípios gerais do direito, tradicionalmente conhecidos como *analogia iuris*. A expressão “princípios gerais do direito” foi usada pelo legislador de 1865, mas pelos equívocos que podia ensejar, isto é, se se devia entender por “direito” o direito natural ou o direito positivo, o projeto do novo cón-

go havia adotado a fórmula "princípios gerais do direito vigente", que foi alterada, na última redação, na atual fórmula: "princípios gerais do ordenamento jurídico do Estado". Essa alteração é explicada no Relatório do ministro com as seguintes palavras: "Em lugar da fórmula 'princípios gerais do direito vigente', que poderia parecer demasiado limitativa da obra do intérprete, considerei preferível a outra, 'princípios gerais do ordenamento jurídico do Estado', na qual o termo 'ordenamento' compreende, no seu significado amplo, além das normas e dos institutos, também a orientação político-legislativa estatal e a tradição científica nacional (direito romano, comum etc.). Tal ordenamento, adotado ou sancionado pelo Estado, isto é, o nosso ordenamento, seja privado ou público, dará ao intérprete todos os elementos necessários para a pesquisa da norma reguladora." Citamos integralmente essa passagem do Relatório, pois as últimas linhas expressam muito caracteristicamente o dogma da completude e, por outro lado, a referência à "tradição científica nacional" pode levar a pensar numa evasão, até inconsciente, em direção à heterointegração.

Que o recurso aos princípios gerais, mesmo na nova formulação, represente um procedimento de heterointegração, foi sustentado pelo maior estudioso italiano do problema da interpretação, Betri, com argumentos que de resto não me convencem. Betri coloca o recurso aos princípios gerais do direito entre os métodos de heterointegração ao lado dos juízos da equidade, com o seguinte argumento: "Um desses instrumentos (de heterointegração) é constituído pelos princípios gerais do direito, se e enquanto possa ser-lhes reconhecida uma forma de expansão não meramente lógica, mas axiológica, de modo a ir bem além das soluções legislativas determinadas pelas suas valorizações e, portanto, de modo a transcender o mero direito positivo."²⁵ Em outro trecho: "E, assim como as normas singulares só refletem em parte os princípios gerais [...], da mesma forma os princípios gerais, enquanto critérios de valorização imanentes à ordem jurídica, são caracterizados por um *excesso de conteúdo deontológico* (ou *axiológico*, se preferirmos) em confronto com as normas singulares, tam-

bém reconstruídas no sistema."²⁶ A dificuldade dessa tese de Betri deriva do fato de que é sustentada com duas afirmações contrárias: de um lado, os princípios gerais do direito são considerados *imanentes* à ordem jurídica; de outro, *excedentes*. Se fossem realmente "excedentes", o recurso a eles, em vez de integrar o sistema, acabaria por colocá-lo em desordem.

Os princípios gerais, ao meu ver, são apenas normas fundamentais ou normas generalíssimas do sistema. O nome "princípios" induz a erro, de tal forma que é antiga a questão entre os juristas saber se os princípios gerais são normas. Para mim, não restam dúvidas: os princípios gerais são normas como todas as outras. E essa também é a tese sustentada pelo estudioso que mais amplamente se ocupou do problema, Crisafulli²⁷. Para sustentar que os princípios gerais são normas, os argumentos são dois, e ambos válidos: em primeiro lugar, se são normas aquelas das quais os princípios gerais são extraídos, mediante um procedimento de generalização sucessiva, não há motivo para que eles também não sejam normas: se abstraio de espécies animais, obtenho sempre animais, e não flores ou estrelas. Em segundo lugar, a função pela qual são extraídos e usados é igual àquela realizada por todas as normas, ou seja, a função de regular um caso. Com que objetivos são extraídos em caso de lacuna? Para regular um comportamento não regulado, é claro, mas então servem ao mesmo objetivo que servem as normas expressas. E por que não deveriam ser normas? O que não concordo com Crisafulli é sobre a tese, por ele sustentada, de que o art. 12 se referia tanto aos princípios gerais não expressos quanto aos expressos. Crisafulli diferencia os princípios gerais em expressos e não expressos; os expressos, distingue-os, por sua vez, em expressos já aplicados e em expressos ainda não aplicados. Muitas normas, seja dos códigos, seja da constituição, são normas generalíssimas e, portanto, são verdadeiros princípios gerais expressos: colocaria nessa categoria normas como o

26. *Op. cit.* p. 211.

27. V. CRISAFULLI, "Per la determinazione del concetto dei principi generali del diritto", in Riv. Int. Fil. Dir., XXI (1941), p. 41-64; 157-82; 230-65. Do mesmo autor cf. também *La costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milão, 1952, sobretudo p. 38-42.

art. 2.043 do Código Civil italiano, que formula um dos princípios fundamentais sobre o qual se rege a convivência social, expressa pela conhecida máxima da justiça *neminem laedere*; o art. 2.041 do Código Civil italiano, relativo ao enriquecimento ilícito; o art. 1.176 desse mesmo código, relativo ao cumprimento das obrigações. Muitas normas da Constituição são princípios gerais do direito, mas, diferentemente das normas do Código Civil, algumas delas ainda esperam ser aplicadas: são princípios gerais expressos não aplicados.

Ao lado dos princípios gerais expressos, existem os não expressos, isto é, aqueles que podem ser extraídos por abstração de normas específicas ou ao menos não muito gerais: são princípios, ou seja, normas generalíssimas, formuladas pelo intérprete, que busca compreender, comparando normas aparentemente diferentes entre si, aquilo que comumente se chama de espírito do sistema. Perguntamo-nos se os princípios gerais de que fala o art. 12 são apenas os não expressos ou também os expressos: consideramos que são apenas os não expressos. O art. 12 refere-se às lacunas e aos meios para colmará-las: uma vez que os princípios gerais são expressos, já que, como dissemos, são normas como todas as outras, não se pode falar de lacuna. A primeira condição para que se possa falar de lacuna é que o caso não seja regulado: o caso não é regulado quando não existe nenhuma norma expressa, nem específica, nem geral, nem generalíssima, que se refira a ele, ou seja, quando, além de ausência de norma específica que se refira a ele, também o princípio geral, dentro do qual poderia se inserir, não é expresso. Se o princípio geral fosse expresso, não haveria diferença entre julgar o caso com base nele ou com base numa norma específica. É verdade que o legislador italiano não disse “na ausência de um dispositivo *expresso*”, mas “na ausência de um dispositivo *previsto*”. Mas um princípio geral expresso é um dispositivo *previsto*. O art. 12 autoriza o intérprete a buscar os princípios gerais não expressos. Quanto aos princípios gerais expressos, seria bem curioso que ocorresse uma norma própria para autorizar sua aplicação.

AS RELAÇÕES ENTRE OS ORDENAMENTOS JURÍDICOS

CAPÍTULO 5

1. A pluralidade dos ordenamentos

Consideramos até agora os problemas que nascem *no interior* de um ordenamento. Existe ainda outro a ser tratado para completar aquela teoria do ordenamento jurídico que nos havíamos proposto desde o início: o problema das relações entre os ordenamentos, ou melhor, os problemas, se quisermos nos exprimir com uma fórmula correspondente, que nascem *no exterior* de um ordenamento. É uma questão pouco tratada até agora, do ponto de vista da teoria geral do direito. Este capítulo não será outra coisa senão o esboço de um assunto que deveria ser tratado muito mais amplamente.

A primeira condição para que se possa falar de relações entre os ordenamentos é que os ordenamentos jurídicos existentes sejam mais do que um. O ideal do ordenamento jurídico único persistiu no pensamento jurídico ocidental. O prestígio do direito romano, primeiro, e o do direito