



As lacunas e a (in) completude do ordenamento jurídico

Tainah Simões Sales¹

RESUMO

O artigo visa à análise das discussões acerca da completude e da existência de lacunas no ordenamento jurídico. Muitos afirmam que a completude do ordenamento jurídico é sinônimo de ausência de lacunas e que, por admitir a existência destas, os sistemas jurídicos são, portanto, incompletos. Realizou-se, ademais, pesquisa sobre a classificação das lacunas e os métodos de integração normativa, utilizados pelos magistrados para preencher lacunas no exercício de sua atividade jurisdicional. Concluiu-se que lacunas são a ausência de normas específicas para regular determinadas condutas. São insuficiências presentes em todos os ordenamentos jurídicos. Isso, porém, não é sinônimo de incompletude. O ordenamento será completo quando, ao admitir a existência de lacunas, ele mesmo apresenta as possibilidades de solução dos problemas apresentados aos magistrados, como é o caso do ordenamento jurídico brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: Lacunas. Classificação das lacunas. Completude. Ordenamento jurídico.

The gaps and the legal system (in)completeness

ABSTRACT

The paper aims to analyze the discussions about the completeness and the existence of gaps in the legal system. Many people say that the completeness of the legal system is synonymous of no gaps and that, by admitting the existence of gaps, legal systems are therefore incomplete. In addition, we conducted research about the classification of gaps and about the integration methods used by judges to fill gaps in the exercise of their judicial activity. We conclude that gaps are the absence of specific rules to regulate certain conduct. Gaps are deficiencies present in all jurisdictions. This, however, is not synonymous of incompleteness. The legal system will be complete when, by admitting the existence of gaps, it presents the possibilities of solving the problems presented to the magistrates, as in the case of Brazilian legal system.

KEYWORDS: Gaps. Classification of gaps. Completeness. Legal system.

INTRODUÇÃO

¹ Universidade Federal do Ceará. E-mail: tainahsales@gmail.com. Versão em português recebida em 04/03/2013, aceita em 01/04/2013, e autorizada para publicação em 30/06/2013.



Muitos debates giram em torno das lacunas do ordenamento jurídico. Questiona-se se elas existem ou se são mera ficção para limitar a atividade do intérprete do texto normativo. O artigo propõe a solução de tal celeuma, apresentando o conceito de lacunas com base em estudo bibliográfico sobre a temática.

Realizou-se pesquisa sobre a evolução histórica do surgimento da problemática das lacunas e apresentou-se a classificação das lacunas de acordo com as mais diversas formas pelas quais estas podem apresentar-se, correlacionando-as com decisões judiciais prolatadas, sobretudo, no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Pesquisou-se, ademais, questões relacionadas à interpretação do texto e à aplicação da norma jurídica, bem como sobre a concepção de permitido, não permitido e proibido, além de estudos sobre a analogia e os demais métodos de integração normativa.

Em relação à questão da completude do ordenamento jurídico, afirma-se que os estudiosos se dividem em dois grupos: os que defendem que o ordenamento é completo e, portanto, não apresenta lacunas; e os que defendem que o ordenamento é incompleto, apresentando, assim, lacunas. A proposta do presente trabalho consiste em desmistificar a ideia de que completude significa ausência de lacunas. Entende-se, como se verificará adiante, que um ordenamento jurídico pode ser completo e, ainda assim, apresentar lacunas. São conceitos que, só aparentemente, são contraditórios.

1. Breves considerações sobre as lacunas

Entre os séculos XIII e XV, época em que vigorava o chamado direito costumeiro, já havia o reconhecimento de ocasiões em que o julgador não tinha conhecimento do direito a ser aplicado. Não eram, porém, lacunas, pois não se admitia a inexistência de direito, mas, sim, a ausência de conhecimento suficiente acerca do direito costumeiro a ser aplicado. Nesses casos, aos juízes era autorizada a consulta ao rei, ao povo ou aos costumes de outras localidades (OLIVEIRA, 1998, p. 34).

Posteriormente, durante o absolutismo, não havia questões sobre a existência ou a inexistência de lacunas no ordenamento, pois todas as decisões cabiam ao monarca, dependiam

de sua vontade. As discussões sobre a existência ou inexistência de normas perdiam, assim, a sua relevância.

Entende-se que as discussões sobre as lacunas no ordenamento surgiram ao final do século XIX, sobretudo após a Revolução Francesa, mediante a consolidação do liberalismo e da teoria da separação dos poderes, elaborada por Montesquieu (OLIVEIRA, 1998, p. 35). Trata-se da divisão efetiva e prática das funções dos detentores do poder, evitando a sua concentração nas mãos de um único titular. A decomposição do poder numa pluralidade de agentes serviria como proteção às liberdades individuais, evitando abusos e arbitrariedades, afinal, *le pouvoir arrête le pouvoir* (o poder freia o poder).

A partir de então, a lei passou a ser a principal fonte do direito e, diferentemente do que ocorreu durante o absolutismo monárquico, verificou-se a interdição do *non liquet* (sem causa), que era a possibilidade de o juiz não apreciar o caso, diante da ausência de norma. É que, sem a norma, o problema jurídico não existiria (OLIVEIRA, 1998, p. 35).

As decisões não mais dependiam da vontade do monarca. Os governantes estavam limitados aos ditames do ordenamento jurídico vigente. Observou-se, então, diante da diversidade dos fatos sociais e da impossibilidade de a legislação regular todas as condutas, a existência de lacunas no ordenamento.

Diante das discussões sobre a temática, surgiram estudiosos que negaram a existência de lacunas. Para Savigny (*apud* DINIZ, 2007, p. 31), “quando uma relação jurídica não encontra na lei instituto típico, é possível estabelecer, em consonância com o direito existente, instituição que a enquadre”. Para o autor, o direito contém a disciplina de todas as relações sociais, de forma implícita ou explícita, não havendo razão para se falar em lacunas no ordenamento jurídico.

De acordo com Hans Kelsen (2009, p. 16-17), direito é norma. E as normas de um determinado sistema jurídico regulam todo comportamento humano, de forma negativa ou de forma positiva. Em suas palavras, “a conduta humana disciplinada por um ordenamento normativo ou é uma ação por esse ordenamento determinada, ou a omissão de tal ação”.

Em síntese, existem as condutas proibidas pelo ordenamento e as condutas permitidas de forma positiva ou negativa. Se uma conduta é autorizada pelo ordenamento, ela é positivamente regulada. Será negativamente permitida a conduta que não é proibida pelo

ordenamento, mas também não é positivamente regulada. A lacuna, portanto, seria ficção criada para limitar o poder de interpretação dos magistrados.

Entretanto, atualmente, muitos autores, como Maria Helena Diniz e Hugo de Brito Machado, entendem de forma diversa. O princípio de que “tudo o que não está proibido está permitido” se trata de um enunciado lógico e não uma norma jurídica. Seria uma metalinguagem, para os estudiosos da linguagem (DINIZ, 2007, p. 297).

Nesse diapasão, segundo Carlos Santiago Nino (2003, p. 283), a expressão “permitido” pode apresentar dois significados distintos. O primeiro é verificado como o “não proibido”. Assim, por óbvio, “o que não está proibido não está proibido”, sendo a sentença tautológica verdadeira em qualquer circunstância. O outro sentido seria o seguinte: seria permitida a conduta se, em um determinado sistema jurídico, não há uma norma que a proíba, mas há outra norma que a autorize. Desse modo, é necessário que exista uma norma que admita toda conduta não proibida. Portanto, a afirmação de Kelsen só será verdadeira em relação a alguns sistemas jurídicos, que façam menção a essa norma que autorize todas as condutas não proibidas pelo ordenamento.

Deve-se ressaltar que, muitas vezes, a realidade não condiz com que está normatizado, ou seja, “nem toda realidade pode estar contida nas normas” (OLIVEIRA, 1998, p. 37). A admissão da inexistência de lacunas seria a admissão da inutilidade do Poder Legislativo, já que todas as condutas estariam prescritas, cabendo apenas ao Poder Judiciário realizar a escolha entre as várias soluções possíveis.

O fato de o juiz não poder deixar de apreciar os casos que a ele são levados e de que o Direito deve dar resposta a todas as questões jurídicas não elimina a existência de lacunas. Entende-se por lacunas, nesse contexto, “a ausência de uma norma a ser aplicada em determinado caso concreto” (MACHADO, 2004, p. 178). Como o Direito não se resume a normas, a ausência de normas não significa a ausência do Direito, mas tão apenas a existência de lacunas que devem ser preenchidas.

Destacam-se os ensinamentos de Karl Engisch (2001, p. 276) sobre a matéria. Para o autor, “a lacuna é uma incompletude insatisfatória no seio de um todo”. O autor diferencia lacunas jurídicas de lacunas da lei. Estas seriam lacunas em face do Direito positivo, enquanto aquelas seriam lacunas em face do Direito positivo e do Direito consuetudinário.

Desse modo, admite-se a existência de lacunas, pois se sabe que existem problemas cuja solução não é encontrada em norma expressa e específica. Sendo as relações sociais dinâmicas, verifica-se que mudanças ocorrem, necessidades surgem e novas demandas se apresentam, não sendo as normas existentes capazes de acompanhar, com tamanha precisão, todas as transformações e regular todas as condutas existentes. Lacunas são, portanto, inclusive necessárias para que as deficiências do sistema normativo sejam percebidas e se promovam os ajustes devidos, a fim de que o Direito possa acompanhar o desenvolvimento da sociedade.

Assim, reconhecida a existência de lacunas no ordenamento jurídico e demonstrada a sua imprescindibilidade para o desenvolvimento e para a evolução do direito, a seguir, será realizada a classificação das lacunas, mediante análise de algumas decisões judiciais sobre a temática.

1.1 Classificação das lacunas

Karl Engisch (2001, p. 281) afirma que existem várias espécies de lacunas. A inexistência de regulamentação específica de uma determinada conduta pode ocorrer em razão de diversos motivos. Pode, por exemplo, advir de plano, opção do legislador. De forma consciente e deliberada, este entende pela não regulamentação. Trata-se de lacunas político-jurídicas, críticas ou impróprias. São lacunas que podem ser preenchidas pelo legislador posteriormente, em prol de um “futuro Direito mais perfeito (*lege ferenda*)”.

O autor também classifica as lacunas em primárias ou secundárias. As lacunas primárias são, de antemão, “inerentes a uma regulamentação legal”. Já as secundárias são aquelas lacunas supervenientes, ou seja, que somente se manifestam diante das circunstâncias que não são mais as mesmas. Podem ser denominadas também de lacunas originárias e posteriores, respectivamente (ENGISCH, 2001, p. 287).

Um exemplo desse tipo de lacuna pode ser verificado no ordenamento jurídico brasileiro. Na época da promulgação do Código de Defesa do Consumidor, em 1990, quando os contratos relacionados ao consumo foram regulamentados, não havia necessidade de regulamentação de contratos eletrônicos, por se tratar de uma realidade que só surgiu posteriormente, de circunstâncias que só se manifestaram sobretudo a partir do século XXI.

Atualmente, trata-se de uma lacuna no ordenamento. Na época em que houve a regulamentação dos contratos relacionados ao consumo, entretanto, as relações comerciais *online* ainda não faziam parte do cotidiano da sociedade brasileira, por isso não havia necessidade de regulamentação.

Hugo de Brito Machado (2004, p. 183) classifica as lacunas em falsas, políticas ou ideológicas e verdadeiras ou técnicas. A motivação da lacuna falsa seria de natureza política e ideológica, entretanto não há lacunas reais. Não são falhas no sistema normativo, pois este oferece resposta axiologicamente suficiente, ou seja, não são incongruências verificadas no “plano de realização dos valores albergados pelo ordenamento jurídico”. Mas são sentidas porque se gostaria de chegar a uma solução distinta, substituindo a solução decorrente da aplicação da norma geral já existente.

Este tipo de lacuna não admite o preenchimento pelos meios de integração existentes. Somente poderá haver a modificação pela via legislativa. Um exemplo seria o aumento ou a diminuição da pena de um determinado crime. Não se trata de uma lacuna real, a resposta existe, há norma regulamentando certa conduta. Entretanto, há quem entenda que a pena deveria ser maior ou menor. O legislador, nesse caso, é quem poderá solucionar a questão, aumentando ou diminuindo a pena mediante processo legislativo.

Norberto Bobbio (1999, p. 140) também discorre sobre as lacunas ideológicas, ensinando que estas se apresentam quando a solução para um determinado caso até existe, mas não é satisfatória. Deseja-se que a solução seja diversa da conferida pela norma. Afirma o autor que todos os ordenamentos jurídicos existentes apresentam lacunas ideológicas.

As lacunas verdadeiras ou técnicas, segundo o Hugo de Brito Machado (2004, p. 103), são “aquelas cujo não preenchimento implica um momento de incongruência com o plano de realização dos valores albergados pelo ordenamento jurídico”. Será uma lacuna em conflito com os valores do ordenamento, como a justiça e segurança e outros. A resposta no ordenamento pode até ser encontrada, mas a sua aplicação é inadmissível, posto que incompatível com o sistema jurídico vigente.

A decisão do Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 477554, julgado em 16 de agosto de 2011, que reconheceu a união estável entre pessoas do mesmo sexo, pode ser considerado um exemplo de lacuna verdadeira ou técnica que foi preenchido pelos



magistrados. É que a ausência de regulamentação sobre a temática da união dos pares homoafetivos e o não reconhecimento desse direito gerava uma situação de incongruência com os valores, regras e princípios resguardados pela Constituição Federal².

Em fevereiro de 2012, o Superior Tribunal de Justiça proferiu decisão no Recurso Especial nº 1183378/RS reconhecendo o direito ao casamento de pares homoafetivos, baseando-se nos direitos constitucionais à liberdade, à isonomia, à não discriminação e ao livre planejamento familiar, bem como no princípio da dignidade da pessoa humana³. Os artigos do Código Civil referentes à entidade familiar devem ser interpretados conforme a Constituição Federal, não havendo óbice à união estável ou ao casamento homoafetivo. São lacunas, portanto, que foram preenchidas por meio de decisão judicial, extinguindo o conflito anteriormente existente no sistema jurídico brasileiro, que não regulamentava a matéria.

Importa destacar os ensinamentos de Carlos Santiago Nino (2003, p. 287) sobre o conceito de lacunas axiológicas ou valorativas. Para o autor, estas se apresentariam quando um fato *“está correlacionado por un sistema normativo com una determinada solución y hay una propiedad que es irrelevante para ese caso de acuerdo com el sistema normativo, pero debería ser relevante em virtude de ciertas pautas axiológicas”*. O sistema normativo não encontra uma solução justa para o caso, pois há uma propriedade relevante que deveria ter sido considerada no momento da elaboração da norma, mas não foi.

No Brasil, destaca-se a situação existente antes da edição da Súmula Vinculante nº 13, que aborda o tema do nepotismo⁴. Anteriormente, não havia proibição da nomeação de parentes para cargos em comissão ou de confiança, ou função gratificada na Administração Federal, sendo prática comum no país. O fato de a pessoa nomeada ser cônjuge, filho(a) ou

² A decisão fundamentou-se, principalmente, no princípio da dignidade da pessoa humana, na dimensão constitucional do afeto e no direito constitucional à busca pela felicidade, que decorre, implicitamente, do núcleo de que se irradia o postulado da dignidade da pessoa humana. RE 477554 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 16/08/2011, DJe-164 DIVULG 25-08-2011 PUBLIC 26-08-2011 EMENT VOL-02574-02 PP-00287.

³ REsp 1183378/RS, Relator(a): Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 25/10/2011, DJe 01/02/2012.

⁴ Súmula Vinculante nº 13: “A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal”.

irmão era irrelevante para o sistema normativo, mas era um aspecto importante, que deveria ter sido levado em consideração no momento da edição da norma que trata da nomeação para os referidos cargos. Com a edição da referida Súmula, a lacuna axiológica foi preenchida.

Norberto Bobbio (1999, p. 143) classifica as lacunas em próprias e impróprias. As primeiras decorrem de falhas dentro do sistema, já as segundas são derivadas da comparação entre o sistema real e o sistema ideal. As lacunas impróprias, para o autor, são muito recorrentes no Direito Penal, pois se trata do pensamento de como deveria ser o sistema. A distinção entre elas é realizada de acordo com a forma de sua eliminação: as lacunas impróprias somente são completáveis pelo legislador (assim como as lacunas falsas classificadas por Hugo de Brito Machado), enquanto as próprias podem ser integradas pelo intérprete da norma.

Bobbio (1999, p. 144-145) também classifica as lacunas em subjetivas, quando “dependem de algum motivo imputável ao legislador” (de forma voluntária ou involuntária), e objetivas, quando “dependem do desenvolvimento das relações sociais. As lacunas voluntárias, para o autor, não são verdadeiras lacunas, pois foram intencionalmente deixadas pelo legislador. O seu preenchimento foi, então, confiado ao “poder criativo do órgão hierarquicamente inferior”.

São as chamadas em lacunas “intencionais” (NUNES, 1976, p. 570), quando o legislador preferiu não regulamentar a matéria, por entender inoportuna ou desinteressante. As involuntárias, por sua vez, são aquelas que nascem a partir da não percepção da problemática pelo legislador, seja porque as condições históricas não permitiram (são as lacunas desculpáveis) ou porque o problema não foi examinado com a devida cautela, sendo chamadas de lacunas não desculpáveis (FERRAZ JR., 1997, p. 29).

Por fim, de acordo com os ensinamentos de Tércio Sampaio Ferraz Jr. (1997, p. 128), as lacunas podem ser classificadas em autênticas, quando a partir da norma uma solução não é possível, ou seja, não pode ser encontrada, e não autênticas, quando a solução existe, mas é considerada falsa. Explica o autor que “a doutrina costuma aceitar como lacuna propriamente dita apenas a primeira espécie (*de lege lata*), sendo a segunda considerada uma lacuna crítica ou de política jurídica (*de lege ferenda*)”.

Após as discussões sobre a existência de lacunas e suas classificações, far-se-á, a seguir, análise acerca da questão da completude do ordenamento jurídico.

3. A (in)completude do ordenamento

Ensina Norberto Bobbio (1999, p. 118) que a completude surge a partir da concepção de que o juiz é obrigado a julgar todas as controvérsias que a ele se apresentarem e deve fazê-lo com base em uma norma pertencente ao sistema vigente. A partir daí, a completude pode ser considerada como um elemento necessário ao ordenamento, “uma condição sem a qual o sistema em seu conjunto não poderia funcionar”.

É a ideia do dogma da completude, defendida por alguns positivistas que acreditam na inexistência de lacunas e no princípio de que o ordenamento jurídico é completo, fornecendo ao juiz todas as soluções sem recorrer à analogia, princípios gerais de direito etc. É a ideia defendida, por exemplo, pela escola da exegese, a partir da crença de que o código bastava-se “completamente a si próprio”, isto é, não apresentava lacunas (BOBBIO, 1999, p. 121).

O erro nesta teoria consiste em acreditar que a lei basta e, por si só, é suficiente para resolver os problemas existentes. Os códigos são, pois, insuficientes, envelhecem, as relações sociais são dinâmicas, estão em constante transformação. A concepção e a admissão das lacunas jurídicas constituem passo fundamental para que o Direito possa avançar, corrigindo as incoerências e atendendo às demandas que vão surgindo. O equívoco não está na afirmação de que a completude se apresenta a partir do princípio de que o juiz deve encontrar soluções para todos os problemas que a ele se apresentam, mas a conclusão de Bobbio: o fato de que a solução deve fundamentar-se em uma norma pertencente ao sistema.

Ensina Tércio Sampaio Ferraz Jr. que “completo é, assim, o que está feito, plena e completamente, isto é, o que possui tudo o que lhe convém, tudo o que lhe é próprio” (FERRAZ JR., 1997, p. 126). Assim é o ordenamento. Admitindo a existência de lacunas, o próprio ordenamento indica a forma de correção dessas falhas. No ordenamento jurídico brasileiro, a norma que autoriza o preenchimento das lacunas está previsto no art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

Ora, se o próprio ordenamento indica as formas de correção das lacunas, possui, assim, tudo que lhe convém. Está feito. Ocorre que a solução não está pronta, não está na norma posta, mas na aplicação do direito pelo juiz, que utilizará o seu poder criativo. Conforme ensina



Hugo de Brito Machado (2004, p. 180), “o ordenamento jurídico é, sem dúvida, logicamente completo, desde que na verdade sempre se alberga meios para se obter resposta a todas as questões jurídicas” e continua afirmando que “sua incompletude se revela no plano axiológico, pois o problema que se pode colocar, neste caso, é o de saber se a solução, ou resposta que se pode obter, é satisfatória, se é justa...” Corroborando esse entendimento, afirma Arnaldo Vasconcelos (2000, p. 11):

a expressão formal do Direito como disciplina de condutas é a norma jurídica. Prevê ela os modos de conduta interessantes ao convívio social. O conjunto dessas normas denomina-se ordenamento jurídico. [...] Não existe relação humana possível que não possa ser enquadrada pelo Direito.

Contrariando o que foi dito, pode-se afirmar que o ordenamento não é completo, pois a sua possibilidade de integração ocorre fora do âmbito normativo, ou seja, somente quando da aplicação do direito pelo juiz (OLIVEIRA, 1998, p. 41).

Ora, mas a própria ideia do problema da lacuna somente surge quando o juiz vai aplicar o direito, vai decidir a questão. Se o problema apenas surge quando o juiz vai decidir, nada mais natural que a solução dessa problemática também aconteça no momento da decisão, ou seja, no momento em que o juiz poderá utilizar os meios de integração da norma, como a analogia, e equidade, os princípios gerais do direito, os costumes etc. Por óbvio, a solução só poderá existir num plano real depois que o próprio problema surgir.

Ensina Carnelutti (2000, p. 171) que as lacunas surgem “verdadeiras e próprias tanto na lei quanto no contrato”, mas apenas interessam no momento das decisões jurisdicionais. Com isso afirma-se que as lacunas podem até existir num plano abstrato, ou seja, enquanto conceito teórico, mas só se tornará um problema quando da aplicação do direito, ou seja, quando o magistrado for solucionar a pendência (OLIVEIRA, 1998, p. 41). Por isso, é natural que a correção das deficiências só ocorra depois que estas efetivamente se apresentarem.

Sobre a aplicação do direito, importa destacar que esta é “um modo de exercício do que está condicionado por uma prévia escolha, de natureza axiológica, entre várias interpretações possíveis” (REALE, 2002, p. 296). Assim, antes da aplicação do direito, deve haver a

interpretação do texto, ainda quando este apresenta clareza (tal clareza, pois, só pode ser reconhecida mediante a interpretação).

Segundo Gustav Radbruch (2009, p. 216-217), o jurista possui as tarefas de interpretação, construção e sistematização diante da lei. E a interpretação, explica o autor, não é a busca pela intensão, pelo pensamento do legislador, mas a busca pelo sentido existente na própria produção normativa, que pode estar presente de forma consciente ou não.

Admite-se que há certa criatividade na atividade legislativa (CAPPELLETTI, 1999, p. 21). Ainda que uma lei seja escrita da forma mais clara, lacunas podem ser encontradas, cabendo ao juiz preenchê-las de forma criativa. Devem, assim, esclarecer as dúvidas, as ambiguidades, as contradições. A questão é, portanto, discutir os limites e os modos dessa criação do direito pelos magistrados, mas não se pode negar que há uma margem de liberdade conferida pela lei ao juiz que lhe permite utilizar os meios de preenchimento de lacunas quando necessário for, completando o sistema jurídico.

Segundo Adrian Sgarbi (2007, p. 434), nenhuma norma surge antes da interpretação. Em suas palavras, “antes da interpretação não é possível falar em norma, qualquer norma”. A interpretação é do texto e a aplicação é da norma. A verificação da existência de lacunas também só se dá após a interpretação (porque só mediante a compreensão do sentido do texto é que se pode afirmar se há ou não há deficiência a ser corrigida, se há ou não há norma a ser aplicada ao caso concreto). Assim, conforme já exposto, o problema das lacunas só surge em momento posterior, após a interpretação do texto, no momento da aplicação da norma.

Pode-se argumentar que o juiz, ao decidir a questão, sequer elimina as lacunas existentes, ele apenas apresenta a solução para *um* determinado caso concreto. Em outras palavras “não se fecha a lacuna ao se aplicar a um caso não previsto em lei a analogia, o costume, ou, ainda, os princípios gerais de direito” (PEREIRA, 2011, p. 330). De fato, no plano teórico, abstrato, a lacuna não deixa de existir (esta somente será preenchida por meio de processo legislativo, que valerá para todos). Mas qual a relevância da existência de lacunas fora da realidade?

Conforme já dito, lacunas só interessam no ato da aplicação do direito, no momento da decisão jurisdicional. O problema relacionado às lacunas só surge na prática, na aplicação, após o ato interpretativo. Desse modo, para todos os efeitos, quando o juiz prola uma decisão

de um caso cuja norma específica inexistia, ele está, sim, preenchendo lacunas. Está, sim, solucionando a questão utilizando um dos métodos de integração jurídica.

Cumpra ressaltar que muitos autores confundem completude com ausência de lacunas. Assim afirma Norberto Bobbio (1999, p. 115): “uma vez que a falta de uma norma se chama geralmente ‘lacuna’, [...] completude significa ‘falta de lacunas’”. Não são, porém, sinônimos. Conforme já explanado, a lacuna se verifica quando não há norma específica a ser aplicada em determinado caso concreto (MACHADO, 2004, p. 178). E a completude seria, pois, aquilo que possui tudo o que lhe convém.

Portanto, o ordenamento jurídico possui lacunas, pois há pendências que não podem ser solucionadas por meio de norma específica, mas isso não quer dizer que é incompleto, pois, apesar das lacunas, ele mesmo confere os instrumentos de solução dessas pendências. Não por meio de normas postas, mas por meio da integração, método autorizado pelo próprio ordenamento. A solução do caso concreto pode ser observada, assim, em momento posterior, após o surgimento do problema da lacuna, no momento da aplicação do direito.

Tarlei Lemos Pereira (2011, p. 316) entende que lacuna é o “possível caso em que o direito não oferece, em princípio, uma solução”. Observa-se que o autor também confunde os conceitos de completude e lacunas. Quando o direito não oferece uma solução, não se tem aí o conceito de lacunas, mas, sim, de incompletude. O ordenamento que não confere os meios de integração e preenchimento de lacunas é incompleto, pois haverá casos em que o direito realmente não poderá solucionar a questão.

Nesse sentido, o ordenamento jurídico brasileiro, por exemplo, é completo justamente porque o direito oferece solução a todos os casos que são apresentados ao juiz. Não por meio de normas (e direito não se resume a normas⁵), mas por meio da integração, que poderá ser realizada na forma do art. 4º da LINDB.

Sobre os meios de integração, merece destaque discussões sobre a analogia. Conforme explica Karl Engisch (2001, p. 294), “os juízos de valor gerais da lei e do direito

⁵ Adota-se o entendimento de Arnaldo Vasconcelos. Para o autor, direito não é norma. Esta é a expressão formal do Direito, é o instrumento para a sua enunciação e veiculação. Afirma, ainda, que o Direito antecede a norma e prevalece sobre ela. Em suas palavras, “o Direito se constitui de fato, de valor e de norma”, confirmando a teoria do tridimensionalismo jurídico de Miguel Reale. VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria da Norma Jurídica**. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 17.

consuetudinário devem regular e dominar não só os casos a que imediatamente respeitam, mas também aqueles que apresentem uma configuração semelhante”. A analogia pressupõe a ideia de que o Direito é um “sistema de fins” (REALE, 2002, p. 296).

Assim, “*ubi eadem ratio, ibi eadem juris dispositio*” (onde há a mesma razão deve haver a mesma disposição de direito). Na jurisprudência brasileira, o caso da aplicação do art. 57 da Lei nº 8.213/91 para os aposentados em regime especial, em face na inércia legislativa quanto à regulamentação do art. 40º, parágrafo 4º, da Constituição Federal, constitui um exemplo em que o Supremo Tribunal Federal utilizou a analogia para a solução da questão, preenchendo a lacuna então existente (ENGISCH, 2001, p. 294).

Destaca Miguel Reale (2002, p. 298) que o conceito de analogia não se confunde com o conceito de interpretação extensiva. O reconhecimento da existência de lacuna na lei é pressuposto da analogia. Na interpretação extensiva, admite-se que a norma existe, mas o seu entendimento é estendido para além do usual. Ademais, quando se admite a existência da lacuna, mas não há outra norma a ser aplicada ao caso, abre-se espaço para a utilização dos chamados princípios gerais do direito⁶.

Para Arthur Kaufmann (1965, p. 41-42), quando os conceitos adquirem sentido, ou seja, são interpretados, deixam de ser unívocos e passam a ser análogos. Assim, dizer que a interpretação chega até o “sentido possível da palavra” é chegar ao centro da analogia, pois esse “sentido possível da palavra” não pode ser unívoco ou equívoco, mas somente análogo. A partir daí, o autor critica a ideia da proibição da analogia no direito penal, pois o comportamento sancionável não pode exigir uma interpretação unívoca. Proibir a analogia seria, nesse sentido, proibir a interpretação. Nenhum fato delituoso apresenta contornos exatos fixados pela lei: por todos os lados as fronteiras estão abertas. A questão é saber os limites da analogia, que não são os mesmos na esfera penal e civil.

Demonstrou-se, portanto, que a interpretação é imprescindível para que se possa aferir a existência de lacunas e é o passo inicial para que seja possível corrigi-las. O problema só surge, assim, com a interpretação, que nada mais é que a busca pelo sentido, que, uma vez

⁶ Estes são métodos de autointegração. Outros instrumentos de preenchimentos de lacunas podem ser utilizados pelo intérprete, como os costumes, a equidade, a doutrina, que são métodos de heterointegração (utilizam-se outras fontes e não somente a lei). BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1999, p. 146 e ss.



encontrado, torna-se análogo. E essa correção somente é realizada no momento em que o intérprete vai aplicar a norma, mediante a utilização dos métodos de integração para a solução dos conflitos. Assim é que o sistema se completa. Não num plano teórico, abstrato, mas num plano real – e é a realidade que efetivamente interessa.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir do exposto, conclui-se que lacunas são a ausência de normas específicas para regular determinadas condutas. São, pois, insuficiências presentes em todos os ordenamentos jurídicos, em razão da impossibilidade de se prever e regulamentar todas as condutas existentes. A sociedade é dinâmica e está em constante transformação, não sendo o legislador capaz de albergar nos textos normativos todas as possibilidades de interação e relação social. Ademais, o reconhecimento da existência de lacunas é necessário para que o direito possa evoluir e acompanhar as necessidades e as demandas da sociedade.

No presente trabalho, realizou-se a classificação das diversas formas pelas quais as lacunas podem se apresentar. Existem as lacunas falsas, políticas ou jurídicas, verdadeiras ou técnicas, impróprias ou próprias, axiológicas ou normativas, primárias ou secundárias, autênticas ou não autênticas etc. Embora possuam características distintas, todas trazem em seu bojo a concepção de falta, da ausência, da insuficiência de normas.

Quanto à questão da completude do ordenamento jurídico, demonstrou-se que o ordenamento jurídico pode ser completo, quando ele mesmo apresenta as possibilidades de solução dos problemas apresentados aos magistrados, em caso de omissão legislativa. Reconhece-se a existência de lacunas, porém isso não significa a incompletude do sistema. Ao juiz cabe solucionar todas as demandas a ele propostas. A solução, porém, pode não se dar através de norma específica, pois lacunas podem existir. Para isso, existem os métodos de integração jurídica, como a analogia, os princípios gerais de direito, a equidade, os costumes, entre outros.

Por fim, conclui-se que completude não é sinônimo de ausência de lacunas. Este é o erro em que a maioria dos autores parece insistir e é a principal contribuição extraída da leitura deste breve escrito.



REFERÊNCIAS

- BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1999.
- BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999.
- CARNELUTTI, Francesco. **Teoria Geral do Direito**. São Paulo: Lejus, 2000.
- COSSIO, Carlos. **La plenitude del ordenamiento jurídico**. Buenos Aires: Editorial de Los Andes, 2005.
- DINIZ, Maria Helena. **As lacunas no Direito**: adaptada ao Novo Código Civil. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 8.ed. Tradução de J. Baptista Machado. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001.
- FERRAZ jr. Tércio Sampaio. **Direito, retórica e comunicação**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.
- KAUFMANN, Arthur. **Analogia y “naturaleza de la cosa”**: Hacia una teoria de la comprension jurídica. Santiago: Editorial Juridica de Chile, 1965.
- KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- MACHADO, Hugo de Brito. **Introdução ao estudo do direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004.
- MANERO, Juan Ruiz. Algumas concepções de direito e suas lacunas. **Revista Sequência**, n.1, p. 31-60, dez. 2010.
- NINO, Santiago. **Introducción al análisis del derecho**. 2.ed. Buenos Aires: Depalma, 2003.
- NUNES, Pedro. **Dicionário de tecnologia jurídica**. 9. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1976.
- OLIVEIRA, Régis Fernandes. Lacunas e sistema normativo. **Revista Trimestral de Direito Público**, 2002. ed., fas. 24, p. 34-53, 1998.
- PEREIRA, Tarlei Lemos. Lacunas, meios de integração e antinomias: uma abordagem à luz do sistema jurídico aberto e móvel. **Revista Forense**, v. 414, p. 310-354, jul-dez. 2011.



RADBRUCH, Gustav. **Introdução à ciência do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SGARBI, Adrian. **Teoria do direito** – Primeiras lições. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria da Norma Jurídica**. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2000.