

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. O 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".¹²

(12) *I promessi sposi*, Turim, Einaudi, cap. IV, p. 58. O episódio é citado por C. Balossini. *Consuetudini, usi, pratiche, regole del costume*, 1958.

CAPÍTULO 4

A completude do ordenamento jurídico

1. O problema das lacunas

Examinamos nos dois capítulos anteriores dois aspectos do ordenamento jurídico: a unidade e a coerência. Falta-nos considerar uma terceira característica que lhe é normalmente atribuída: a *completude*. Por "completude" entende-se a propriedade pela qual um ordenamento jurídico tem uma norma para regular qualquer caso. Uma vez que a falta de uma norma se chama geralmente "lacuna" (num dos sentidos do termo "lacuna"), "completude" significa "falta 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 tirada do sistema. Para dar uma definição mais técnica de completude, podemos dizer que um ordenamento é completo quando jamais se verifica o caso de que a ele não se podem demonstrar pertencentes *nem* uma certa norma *nem* a norma contraditória. Especificando melhor, a incompletude consiste no fato de que o sistema não compreende nem a norma que proíbe um certo comportamento nem a norma que o permite. De fato, se se pode demonstrar que nem a proibição nem a permissão de um certo comportamento são dedutíveis do sistema, da forma que foi colocado, é preciso dizer que o sistema é incompleto e que o ordenamento jurídico tem uma lacuna.

A partir dessa definição mais técnica de completude

entende-se melhor qual é o nexos entre o problema da completude e o da coerência, examinado no capítulo anterior. Podemos de fato definir a coerência como aquela propriedade pela qual nunca se dá o caso em que se possa demonstrar a pertinência a um sistema e de uma certa norma e da norma contraditória. Como vimos, encontramos-nos frente a uma antinomia quando nos apercebemos de que ao sistema pertencem contemporaneamente tanto a norma que proíbe um certo comportamento quanto a que o permite. Portanto, o nexos entre coerência e completude está em que a coerência significa a exclusão de toda a situação na qual pertençam ao sistema ambas as normas que se contradizem; a completude significa a exclusão de toda a situação na qual não pertençam ao sistema nenhuma das duas normas que se contradizem. Diremos “incoerente” um sistema no qual existem tanto a norma que proíbe um certo comportamento quanto aquela que o permite; “incompleto”, um sistema no qual não existem nem a norma que proíbe um certo comportamento nem aquela que o permite.

O nexos entre os dois problemas foi quase sempre deixado de lado. Mas não faltam à melhor literatura jurídica alusões à necessidade de um seu estudo comum. Por exemplo, em *Sistema* de Savigny lê-se este trecho, que me parece muito significativo: “...o conjunto das fontes de direito... forma um todo, que está destinado à solução de todas as questões surgidas no campo do Direito. Para responder a tal finalidade, ele deve apresentar estas características: *unidade* e *completude*... O procedimento ordinário consiste em tirar 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 preencher uma *lacuna*. Na realidade, porém, essas duas coisas podem reduzir-se a um único conceito fundamental. De fato, o que tentamos estabelecer é sempre a unidade: a unidade negativa, com a eliminação das contradições;

a unidade positiva, com o preenchimento das lacunas”.¹ Carnelutti, em sua *Teoria geral do Direito*, trata conjuntamente os dois problemas, e fala de incompletude por *exuberância*, no caso das antinomias, e de incompletude por *deficiência*, no caso das lacunas, donde os dois remédios opostos da *purificação* do sistema, para eliminar as normas exuberantes ou as antinomias, e da *integração*, para eliminar a deficiência de normas ou as lacunas.² Carnelutti vê bem que o caso de antinomia é um caso no qual há mais normas do que deveria haver, aquilo que expressamos com as duas conjunções *e... e*, onde o dever do intérprete é suprimir aquilo que está a mais; o caso de lacuna, no entanto, é um caso em que há menos normas do que deveria haver, fato que registramos com as duas conjunções *nem... nem*, onde o dever do intérprete é, ao contrário, acrescentar aquilo que falta.

Visto que, a respeito do caráter da coerência, o problema teórico geral do Direito é se e em que medida um ordenamento jurídico é coerente, assim também, a respeito do caráter da completude, o nosso problema é se e em que medida um ordenamento jurídico é completo. Pelo que diz respeito à coerência, nossa resposta foi a de que a coerência era uma exigência mas não uma necessidade, no sentido de que a total exclusão das antinomias não é uma condição necessária para a existência de um ordenamento jurídico: um ordenamento jurídico pode tolerar em seu seio normas incompatíveis sem desmoronar-se. Frente ao problema da completude, se desejarmos um certo tipo de ordenamento jurídico como o italiano, caracterizado pelo princípio

(1) F. C. Savigny. *Sistema del diritto romano attuale*, tradução italiana, v.1, § 42, p. 267.

(2) F. Carnelutti. *Teoria generale del diritto*, 2ª ed., 1946, p. 76.

de que o juiz deve julgar cada caso mediante uma norma pertencente ao sistema, a completude é algo mais que uma exigência, é uma necessidade, quer dizer, é uma condição necessária para o funcionamento do sistema. A norma que estabelece o dever do juiz de julgar cada caso com base numa norma pertencente ao sistema não poderia ser executada se o sistema não fosse pressupostamente completo, quer dizer, com uma regra para cada caso. A completude é, portanto, uma condição sem a qual o sistema em seu conjunto não poderia funcionar.

A base dos ordenamentos fundados sobre o *dogma da completude*, como já foi dito, é o Código Civil francês, cujo artigo 4º diz: “O juiz que recusar julgar, a pretexto do silêncio, da obscuridade ou da insuficiência da lei, poderá ser processado como culpado de denegar a justiça”. No Direito italiano, esse princípio é estabelecido no artigo 113 do C. P. C., que diz: “Ao pronunciar-se sobre a causa, o juiz deve seguir as normas do Direito, salvo se a lei lhe atribuir o poder de decidir segundo a equidade”.

Concluindo, a completude é uma condição necessária para os ordenamentos em que valem estas duas regras:

- 1) o juiz é obrigado a julgar todas as controvérsias que se apresentarem a seu exame;
- 2) deve julgá-las com base em uma norma pertencente ao sistema.

Entende-se que, se uma das duas regras perder o efeito, a completude deixará de ser considerada como um requisito do ordenamento. Podemos imaginar dois tipos de ordenamentos incompletos, caso falte a primeira ou a segunda regra. Num ordenamento em que faltasse a primei-

ra regra, o juiz não teria que julgar todas as controvérsias que lhe fossem apresentadas: poderia pura e simplesmente repelir o caso como juridicamente irrelevante, com um juízo de *non liquet* (não convém). Para alguns, o ordenamento internacional é um ordenamento deste tipo: o juiz internacional teria a faculdade, em alguns casos, de não culpar nem desculpar a nenhum dos contendores, e esse juízo seria diferente (mas é discutível que o seja) do juízo do juiz que daria a culpa a um e a razão ao outro, ou vice-versa. Num ordenamento no qual faltasse a segunda regra, o juiz seria, sim, levado a julgar cada caso, mas não seria obrigado a julgá-lo baseado 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-se considerar ordenamentos desse tipo o ordenamento inglês e, em medida reduzida, 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. Dá para entender que num ordenamento onde o juiz está autorizado a julgar segundo a equidade, não tem nenhuma importância que o ordenamento seja preventivamente completo, porque é a cada momento completável.

2. O dogma da completude

O dogma da completude, isto é, o princípio de que o ordenamento jurídico seja completo para fornecer ao juiz, em cada caso, uma solução sem recorrer à equidade, foi dominante, e o é em parte até agora, na teoria jurídica europeia de origem romana. Por alguns é considerado como um dos aspectos salientes do positivismo jurídico.

Regredindo no tempo, esse dogma da completude nasce provavelmente da tradição românica medieval, dos tem-

pos em que o Direito romano vai sendo, aos poucos, considerado como o Direito por excelência, de uma vez por todas enunciado no *Corpus iuris*, ao qual não há nada a acrescentar e do qual não há nada a retirar, pois que contém as regras que dão ao bom intérprete condições de resolver todos os problemas jurídicos apresentados ou por apresentar. A completa e fina técnica hermenêutica que se desenvolve entre os juristas comentadores do Direito romano, e depois entre os tratadistas, é especialmente uma técnica para a ilustração e o desenvolvimento interno do Direito romano, com base no pressuposto de que ele constitui um sistema potencialmente completo, uma espécie de mina inesgotável da sabedoria jurídica, que o intérprete deve limitar-se a escavar para encontrar o veio escondido. Caso nos fosse permitido resumir com uma frase o caráter da jurisprudência desenvolvida sob o império e à sombra do Direito romano, diríamos que ela desenvolveu o método da *extensio* em prejuízo do método da *equidade*, inspirando-se no princípio de autoridade em vez de no princípio da natureza das coisas.

Nos tempos modernos o dogma da completude tornou-se parte integrante da concepção estatal do Direito, isto é, daquela concepção que faz da produção jurídica um monopólio do Estado. Na medida em que o Estado moderno crescia em potência, iam-se acabando todas as fontes de direito que não fossem a Lei ou o comando do soberano. A onipotência do Estado reverteu-se sobre o Direito de origem estatal, e não foi reconhecido outro Direito senão aquele emanado direta ou indiretamente do soberano. Onipotente como o Estado do qual emanava, o Direito estatal devia regular cada caso possível: havendo lacunas, o que deveria ter feito o juiz senão recorrer a fontes jurídicas extra-estatais, como o costume, a natureza das coisas, a equidade? Admitir que o ordenamento jurídico estatal não era completo significava introduzir um Direito concorrente,

quebrar o monopólio da produção jurídica estatal. E é por isso que a afirmação do dogma da completude caminha no mesmo passo que a monopolização do Direito por parte do Estado. Para manter o próprio monopólio, o Direito do Estado deve servir para todo uso. Uma expressão macroscópica dessa vontade de completude foram as grandes codificações; e é justamente no interior de uma dessas grandes codificações, note-se bem, que foi pronunciado o *verdicto* de que o juiz deve julgar permanecendo sempre dentro do sistema já dado. A miragem da codificação é a completude: uma regra para cada caso. O código é para o juiz um prontuário que lhe deve servir infalivelmente e do qual não pode afastar-se.

A cada grande codificação (desde a francesa de 1804 até a alemã de 1900) desenvolveu-se entre os juristas e os juízes a tendência de ater-se escrupulosamente aos códigos, atitude esta que foi chamada, com referência aos juristas franceses em relação aos códigos napoleônicos, mas que se poderia estender a cada nação com Direito codificado, de *fetichismo da lei*. Na França, a escola jurídica que se foi impondo depois da codificação é geralmente 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 de que o código, uma vez promulgado, basta-se completamente a si próprio, isto é, não tem lacunas: numa palavra, o dogma da completude jurídica. Uma escola da exegese existiu não somente na França, mas também na Itália, na Alemanha, etc. Existe até agora, mesmo que, como veremos, o problema das lacunas hoje seja colocado criticamente. Teria até vontade de dizer que escola da exegese e codificação são fenômenos estreitamente conexos e difíceis de separar.

Quando, como veremos no próximo parágrafo, 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, enraizado no dogma da completude, era fundado nestes três pressupostos:

- 1) a proposição maior de cada 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, criticando a mentalidade tradicional do jurista, queria criticar aquela atitude de conformismo diante do estadismo que, justamente, havia gerado e radicado na jurisprudência o dogma da completude.

3. *A crítica da 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, mesmo sendo chamada com nomes diferentes, é conhecida sobretudo pelo nome de *escola do Direito livre*. O principal alvo dessa tendência é o dogma da completude do ordenamento jurídico. Se quisermos criticar o fetichismo legislativo dos juristas, precisaremos em primeiro lugar abolir a crença de que o Direito estatal é completo. A batalha da escola do Direito livre contra as várias escolas da exe-

gese é uma batalha pelas lacunas. Os comentadores do Direito constituído acreditavam que o Direito não tivesse lacunas e que o dever do intérprete fosse somente o de tornar explícito aquilo que já estava implícito na mente do legislador. Os sustentadores da nova escola afirmam que o Direito constituído está cheio de lacunas e, para preenchê-las, é necessário confiar principalmente no poder criativo do juiz, ou seja, naquele que é chamado a resolver os infinitos casos que as relações sociais suscitam, além e fora de toda a regra pré-constituída.

As razões pelas quais, no final do século passado, surge e se desenvolve rapidamente esse movimento contra o estadismo jurídico e o dogma da completude são várias. Mas me parece que as principais sejam estas duas:

- 1) Antes de tudo, à medida que a codificação envelhecia (isto vale sobretudo para a França), descobriam-se as insuficiências. O que num primeiro momento é objeto de admiração incondicional, vai-se tornando aos poucos objeto de análise crítica sempre mais exigente, e a confiança na onisciência do legislador diminui ou perde o valor. Na história do Direito na Itália, bastará comparar a atitude da geração mais próxima aos primeiros códigos, situada entre os anos 70 e 90, e a atitude da geração posterior. Falou-se muito de passagem de uma jurisprudência exegética a uma jurisprudência científica para indicar, entre outros, o desenvolvimento de uma livre crítica em relação aos códigos, que preparou sua reforma. E, também hoje, quem compara a atitude do jurista atual com a dos primeiros anos depois da formulação dos novos códigos não demorará a notar um maior desabuso e um respeito menos passivo.

- 2) Em segundo lugar, ao lado do processo natural de envelhecimento de um código, é necessário considerar que na segunda metade do século passado houve, por obra da chamada revolução industrial, uma profunda e rápida trans-

formação da sociedade, que fez as primeiras codificações — que refletiam uma sociedade ainda predominantemente agrícola e escassamente industrializada — parecerem anacrônicas e, portanto, insuficientes e inadequadas, e acelerou o seu processo natural de envelhecimento. Basta pensar que ainda no Código Civil italiano de 1865, que derivava do francês, todos os problemas do trabalho, aos quais hoje é dedicado um livro inteiro, estavam resumidos num artigo. Falar de completude de um Direito, que ignorava o surgimento da grande indústria e todos os problemas da organização do trabalho a ela ligados, significava fechar os olhos frente à realidade por amor a uma fórmula e deixar-se embalar na inércia mental e no preconceito.

Acrescentemos que essa divergência, sempre mais rápida e macroscópica, entre Direito constituído e realidade social foi acompanhada pelo particular desenvolvimento da filosofia social e das Ciências Sociais no século passado, as quais, mesmo nas diversas correntes a que deram lugar, tiveram uma característica comum: a polêmica contra o Estado e a descoberta da *sociedade* abaixo do *Estado*. Tanto o marxismo quanto a sociologia positivista — para nos limitarmos às duas maiores correntes de filosofia social — foram animados por uma crítica contra o monismo estatal, que havia tido a sua expressão mais intransigente na filosofia hegeliana, mas tinha ramificações muito mais antigas. O Estado se erguia acima da sociedade, e tendia a absorvê-la, mas a luta das classes, de um lado, que tendia a quebrar continuamente os limites da ordem estatal, e a contínua formação espontânea (não provocada ou imposta pelo Estado) de novos conjuntos sociais, como os sindicatos, os partidos, e de novos relacionamentos entre os homens, derivados da transformação dos meios de produção, punham em evidência uma vida subordinada ou em oposição ao Estado, que nem o sociólogo, portanto, nem

o jurista, podiam ignorar. A sociologia, esta nova ciência que foi o produto mais típico do espírito científico do século XIX, desde o momento em que se conscientizou das correntes subterrâneas que animavam a vida social, representou a destruição do mito do Estado. Vimos que um dos elementos do mito do Estado era o dogma da completude. Entende-se como a sociologia pôde fornecer armas críticas aos juristas novos contra as várias formas de jurisprudência presas ao dogma do estadismo e da completude do Direito. No final das contas, a consciência que ia se formando pelo desajuste entre Direito constituído e realidade social era ajudada pela descoberta da importância da sociedade em relação ao Estado, e encontrava na sociologia um ponto de apoio para contrastar a pretensão do estadismo jurídico.

No âmbito mais vasto da sociologia, formou-se uma corrente de sociologia jurídica, da qual Ehrlich é um dos representantes mais destacados: o programa da sociologia jurídica foi o de mostrar, principalmente no início, que o Direito era um fenômeno 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 o de acreditar na completude do Direito codificado. As relações entre escola do Direito livre e sociologia jurídica são muito estreitas: são duas faces da mesma moeda. Se o Direito era um fenômeno social, um produto da sociedade (nas suas múltiplas formas), e não somente do Estado, o juiz e o jurista tinham que tirar as regras jurídicas, adaptadas às novas necessidades, do estudo da sociedade, da dinâmica das relações entre as diferentes forças sociais, e dos interesses que estas representavam, e não das regras mortas e cristalizadas dos códigos. O Direito livre, em outras palavras, tirava as conseqüências não somente da lição dos fatos (isto é, da constatação de como o Direito estatal era inadequado frente ao desenvolvimento da socie-

dade), mas também da nova consciência, que o desenvolvimento das Ciências Sociais ia difundindo, da importância das forças sociais latentes no interior da aparentemente granítica estrutura do Estado: e lição dos fatos e maturidade científica se ajudavam mutuamente a combater o monopólio jurídico do Estado e, com isso, o dogma da completude.

A literatura crítica do estadismo jurídico é imensa. Limitano-nos a lembrar a obra de Géný, *Méthode d'interprétation et sources du droit positif*, 1899, que contrapunha à imitadora exegese dos textos legislativos a *livre pesquisa científica*, através da qual o jurista deveria retirar a regra jurídica diretamente do Direito vivo nas relações sociais. "O Direito é coisa muito complexa e móvel — escrevia Géný — para que um indivíduo ou uma assembléia, ainda que investidos de autoridade soberana, possam pretender fixar de uma só vez os preceitos de modo a satisfazer todas as exigências da vida jurídica".³ Na mesma época os estudos de Edouard Lambert sobre o Direito consuetudinário e sobre o Direito judiciário serviam para chamar a atenção sobre um Direito de origem não-legislativa. Livros como o de Jean Cruet, *La vie du droit et l'impuissance des lois*, 1914 (*A vida do Direito e a impotência das leis*), onde se propunha o método de uma legislação experimental, que deveria adequar-se às necessidades sociais, dando a máxima importância ao costume e à jurisprudência, ou como o de Gaston Morin, *La révolte des faits contre la loi*, 1920 (*A revolta dos fatos contra a lei*), onde se colocava em destaque a oposição entre a sociedade econômica e o Estado, são exemplos eloquentes do movimento antidogmático que vinha se desenvolvendo na jurisprudência francesa.

(3) F. Géný. *Méthode d'interprétation et sources du droit positif*, 2ª ed., 1919, II, p. 324.

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 em 1906 publicou um "panfleto" sob o título de *A luta pela ciência do Direito (Der Kampf um die Rechtswissenschaft)*, com o pseudônimo de Gnaeus Flavius, no qual indicava no Direito livre, tirado diretamente da vida social, independentemente das fontes jurídicas de derivação estatal, o novo Direito natural, que tinha a mesma função do antigo Direito natural, que era de representar uma ordem normativa de origem não estatal, mesmo que não tivesse mais a sua natureza, do momento que o Direito livre era, também ele, um direito positivo, isto é, eficaz. Somente o Direito livre estava em condições de preencher as lacunas da legislação. Caía, como inútil e perigoso empecilho à adaptação do Direito às exigências sociais, o dogma da completude. No seu lugar entrava a convicção de que o Direito legislativo era lacunoso, e que as lacunas não podiam ser preenchidas mediante o próprio Direito estabelecido, mas através do reencontro e da formulação do Direito livre.

4. O espaço jurídico vazio

A corrente do Direito livre e da livre pesquisa do Direito teve entre os juristas muitos adversários: mais adversários do que amigos. O positivismo jurídico de estrita observância, 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 se considerava aniquilado e, portanto, sepultado para sempre. Admitir a livre pesquisa do Direito (li-

vre no sentido de não-ligada ao Direito estatal), conceder cidadania ao Direito livre (isto é, a um Direito criado de vez em quando pelo juiz) significava quebrar a barreira do princípio de legalidade, que havia sido colocado em defesa do indivíduo, abrir as portas ao arbítrio, ao caos e 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*. Atrás da batalha dos métodos havia, como sempre, uma batalha ideológica. O dever dos juristas era o de defender a justiça legal ou de favorecer a justiça substancial? Os defensores da legalidade ficaram presos ao dogma da completude. Mas para ali ficarem tiveram que encontrar novos argumentos. Após o ataque do Direito livre, não mais bastava repetir ingenuamente a velha confiança na sabedoria do legislador. A confiança estava abalada. Era necessário demonstrar criticamente que a completude, longe de ser um cómodo fingimento ou, pior, uma ingênua crença, era uma característica constitutiva de todo ordenamento jurídico. E que, se havia uma teoria errada a ser refutada, esta não era mais a teoria da completude, mas aquela que sustentava a existência de lacunas. Os juristas tradicionalistas passaram ao contra-ataque. O efeito desse contra-ataque foi que o problema da completude passou de uma fase dogmática a uma fase crítica.

O primeiro argumento lançado pelos positivistas de estrita observância foi aquele que chamaremos, por brevidade, de *espaço jurídico vazio*. Foi enunciado e defendido, contra qualquer renascimento jusnaturalístico, por um dos maiores defensores do positivismo jurídico, Karl Bergbohm, no livro *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, de 1892 (*Jurisprudência e filosofia do Direito*). Na Itália foi aceito por Santi Romano, no ensaio *Observações sobre a completude do ordenamento estatal*, 1925. O raciocínio de Bergbohm

é mais ou menos o seguinte: toda norma jurídica representa uma limitação à livre atividade humana; fora da esfera regulada pelo Direito, o homem é livre para fazer o que quiser. O âmbito da atividade de um homem pode, portanto, ser considerado dividido, do ponto de vista do Direito, em dois compartimentos: aquele no qual é regulado por normas jurídicas, e que poderemos chamar de espaço jurídico pleno, e aquele no qual é livre, e que poderemos chamar de espaço jurídico vazio. Ou há o vínculo jurídico ou há a absoluta liberdade. *Tertium non datur*. A esfera da liberdade pode diminuir ou aumentar, conforme aumentem ou diminuam as normas jurídicas, mas não pode acontecer que o nosso ato seja ao mesmo tempo livre e regulado. Transportemos essa alternativa para o plano do problema das lacunas: um caso ou está regulado pelo Direito, e então é um caso jurídico ou juridicamente relevante, ou não está regulado pelo Direito, e então pertence àquela esfera de livre desenvolvimento da atividade humana, que é a esfera do *juridicamente irrelevante*. Não há lugar para a lacuna do Direito. Como é absurdo pensar num caso que não seja jurídico e todavia seja regulado, assim também não é possível admitir um caso que seja jurídico e que apesar disso não seja regulado: isto é, não é possível admitir uma lacuna do Direito. Até onde o Direito alcança com as suas normas, evidentemente não há lacunas; onde não alcança, há espaço jurídico vazio e, portanto, não a lacuna do Direito, mas a atividade indiferente ao Direito. Um espaço intermediário entre o juridicamente pleno e o juridicamente vazio, onde se possam colocar as lacunas, não existe. Ou existe o ordenamento jurídico, e então não se pode falar de lacuna, ou há a chamada lacuna, e então não existe mais o ordenamento jurídico, e a lacuna não é mais tal, porque não representa uma deficiência do ordenamento, mas um seu limite natural. O que está além dos limites das regras

de um ordenamento não é uma lacuna do ordenamento, mas algo diferente do ordenamento, assim como a margem de um rio não é a falta do rio, mas simplesmente a separação entre o que é rio e o que não é.

O ponto fraco dessa teoria é que ela está fundada sobre um conceito muito discutível como o de espaço jurídico vazio ou o 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 aquilo que não é obrigatório, e, portanto, representa a esfera do permitido e do lícito, deve ser considerado juridicamente irrelevante ou indiferente? Aqui está o erro. Falamos freqüentemente das três modalidades normativas do ordenado, do proibido e do permitido. Para sustentar a tese do espaço jurídico vazio é necessário excluir a permissão das modalidades jurídicas: aquilo que é permitido coincidiria com aquilo que é juridicamente indiferente. Quando muito, seria necessário distinguir duas esferas da permissão ou da liberdade, uma juridicamente relevante e a outra juridicamente irrelevante. Mas é possível tal distinção? Existe uma esfera da liberdade jurídica ao lado de uma esfera da liberdade juridicamente irrelevante?

A primeira impressão de que uma liberdade juridicamente irrelevante não exista nasce do fato de que Romano, para definir esta liberdade e para distingui-la da liberdade jurídica (considerada como esfera do lícito), chama-a de esfera daquilo que não é nem lícito nem ilícito. Ora, como lícito e ilícito são dois termos contraditórios, não podem excluir-se mutuamente, porque, se não podem ser ambos verdadeiros, não podem também 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 poderia ser melhor definida como "liberdade não-protégida". O que sig-

nifica essa expressão? Faz sentido falar de uma liberdade não-protégida, ao lado da liberdade protégida? Vejamos. Por "liberdade protégida" entende-se aquela liberdade que é garantida (por meio da coerção jurídica) contra eventuais impedimentos por parte de terceiros (ou do próprio Estado). Trata-se daquela liberdade que é reconhecida no próprio momento em que é imposta a terceiros a obrigação jurídica (isto é, reforçada pela sanção, no caso de não-cumprimento) de não impedir o seu exercício. Note-se bem que a esfera da permissão (numa pessoa) está sempre ligada a uma esfera do obrigatório (numa outra pessoa ou em outras pessoas): isso quer dizer que a esfera da permissão jurídica pode sempre ser considerada do ponto de vista da obrigação (isto é, da obrigação dos outros de não impedir o exercício da ação lícita); e que o Direito não permite nunca sem ao mesmo tempo ordenar ou proibir. Pois bem, se por liberdade protégida se entende a liberdade garantida contra o impedimento dos outros, por liberdade não-protégida (aquilo que deveria constituir a esfera do que é juridicamente irrelevante e do espaço jurídico vazio) dever-se-ia entender uma liberdade não-garantida contra o impedimento dos outros. Isso quer dizer que o uso da força por parte de um terceiro para impedir o exercício daquela liberdade seria lícito. Brevemente: *liberdade não-protégida* significa *licitude do uso da força privada*. Mas se é assim, nos nossos ordenamentos estatais modernos, caracterizados pela monopolização da força por parte do Estado, e pela conseqüente proibição do uso privado da força, a situação hipotética de liberdade não-protégida não é possível.

Entende-se que ao Estado, quando atribui uma liberdade, não interessa o que eu escolho, mas o que eu posso escolher. Aquilo que ele protege não é a minha escolha, mas o direito de escolher. Poder-se-ia objetar que o ordenamento estatal moderno não pode ser tomado como modelo de cada possível ordenamento jurídico, e que há or-

denamentos jurídicos nos quais a monopolização da força não é completa, e, portanto, nesses ordenamentos há casos em que a intervenção da força privada é lícita. Confesso que também nesse caso me é difícil falar de uma esfera daquilo que é juridicamente irrelevante. Que em alguns casos a força privada seja lícita significa que a liberdade de um não está protegida, mas está protegida a força do outro, e que, portanto, a relação direito-dever está invertida, no sentido de que ao dever do terceiro de respeitar a liberdade dos outros sucede o direito de violá-la, e ao direito do outro de exercer a própria liberdade sucede o dever de aceitar o impedimento do outro. O fato de que a liberdade não seja protegida não torna essa situação juridicamente irrelevante, porque, no momento em que a liberdade de agir de um não está protegida, está protegida a liberdade do outro de exercer a força; e, enquanto está protegida, esta é a juridicamente relevante em vez da outra. Não falha a relevância jurídica: simplesmente muda a relação entre o direito e o dever.

5. *A norma geral exclusiva*

Se não existe um espaço jurídico vazio, então existe somente o espaço jurídico pleno. Justamente nessa constatação se baseou a segunda teoria que, na reação contra a escola do Direito livre, procurou colocar criticamente o problema da completude. Sinteticamente, a primeira teoria, que examinamos no parágrafo anterior, sustentou que não há lacunas porque, onde falta o ordenamento jurídico, falta o próprio Direito e, portanto, deve-se falar mais propriamente de *limites* do ordenamento jurídico do que de *lacunas*. A segunda teoria sustenta que não há lacunas pela razão inversa, isto é, pelo fato de que o Direito nunca

falta. Esta segunda teoria foi sustentada pela primeira vez pelo jurista alemão E. Zitelmann no ensaio intitulado *As lacunas no Direito (Lücken im Recht, 1903)*, e, com alguma variante, na Itália, por Donato Donati no importante livro *O problema das lacunas do ordenamento jurídico, 1910*.

O raciocínio seguido por esses autores pode ser resumido assim: uma norma que regula um comportamento não só limita a regulamentação e, portanto, as conseqüências jurídicas que desta regulamentação derivam para aquele comportamento, mas ao mesmo tempo *exclui* daquela regulamentação todos os outros comportamentos. Uma norma que proíbe fumar exclui da proibição, ou seja, permite, todos os outros comportamentos que não sejam fumar. Todos os comportamentos não-compreendidos na norma particular são regulados por uma *norma geral exclusiva*, isto é, pela regra que exclui (por isso é exclusiva) todos os comportamentos (por isso é geral) que não sejam aqueles previstos pela norma particular. Poder-se-ia dizer, também, que as normas nunca nascem sozinhas, mas aos pares: cada norma particular, que poderemos chamar de inclusiva, está acompanhada, como se fosse por sua própria sombra, pela norma geral exclusiva. Segundo essa teoria, nunca acontece que haja, além das normas particulares, um espaço jurídico vazio, mas acontece, sim, que além daquelas normas haja toda uma esfera de ações reguladas pelas normas gerais exclusivas. Enquanto para a primeira teoria a atividade humana está 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, porque aquela que não cai sob as normas particulares cai sob as gerais exclusivas.

Para maior clareza citaremos as palavras dos dois autores que formularam a teoria. Diz Zitelmann: "Na base de toda norma particular que sanciona uma ação com uma pe-

na ou com a obrigação de indenização dos danos, ou atribuindo qualquer outra consequência jurídica, está sempre como subentendida e não-expressa uma norma fundamental geral e negativa, segundo a qual, à parte esses casos particulares, todas as outras ações ficam isentas de pena ou indenização: cada norma positiva, com a qual é atribuída uma pena ou uma indenização, é nesse sentido uma exceção daquela norma fundamental geral e negativa. Donde se segue: no caso em que falte uma tal exceção positiva não há lacunas, porque o juiz pode sempre, aplicando aquela norma geral e negativa, reconhecer que o efeito jurídico em questão não interveio, ou que não surgiu o direito à pena ou a obrigação à indenização".⁴ Diz Donati: "Dado o conjunto das disposições que, prevendo determinados casos, estabelecem a existência de dadas obrigações, do conjunto das disposições deriva ao mesmo tempo uma série de normas particulares inclusivas e uma norma geral exclusiva: uma série de normas particulares dirigidas a estabelecer, para os casos por elas particularmente considerados, dadas limitações, e uma norma geral dirigida a excluir qualquer limitação para todos os outros casos não particularmente considerados. Por força dessa norma, cada possível caso vem a encontrar no ordenamento jurídico o seu regulamento. Num caso determinado, ou existe na legislação uma disposição que particularmente a ele se refere, e dela derivará para o próprio caso uma norma particular, ou não existe, e então cairá sob a norma geral referida".⁵

O exemplo dado por Donati é o seguinte: num Estado monárquico falta uma disposição que regule a sucessão ao trono no caso da extinção da família real. Pergunta-

(4) E. Zitelmann. *Lücken im Recht*, Leipzig, 1903, p. 17.

(5) D. Donati. *Il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico*, Milano, 1910, pp. 36-7.

se: a quem cabe a coroa no caso em que se verifique a circunstância da extinção? Pareceria que nos encontramos frente a um típico caso de lacuna. Donati sustenta, ao contrário, com base na teoria da norma geral exclusiva, que mesmo nesse caso, existe uma solução jurídica. Uma vez que o caso não encontra no ordenamento nenhuma norma particular que a ele se refira, cairá sob a norma geral exclusiva, que justamente estabelece, para os casos nela compreendidos, a exclusão de qualquer limitação. Portanto, a questão proposta: "a quem cabe a coroa?", terá a seguinte solução e será a única solução jurídica possível: a coroa não cabe a ninguém, ou seja, o Estado e os súditos estão livres de qualquer limitação relativa à existência de um rei e, portanto, terão direito a recusar a pretensão de quem quiser ser reconhecido como rei. Que tal solução não seja *politicamente* satisfatória não significa de modo algum que não seja uma solução *jurídica*. Poderemos lamentar que um Estado no qual falte tal lei seja *mal* constituído, mas não se poderá dizer que o seu ordenamento seja *incompleto* ou lacunoso.

Também a teoria da norma geral exclusiva tem o seu ponto fraco. Aquilo que diz, o diz bem, e com aparência de grande rigor, mas não diz tudo. O que ela não diz é que, normalmente, num ordenamento jurídico não existe somente 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 podemos chamar de *norma geral inclusiva*. Chamamos de "norma geral inclusiva" uma norma como a que vem expressa no artigo 12 das Disposições preliminares do ordenamento italiano, segundo a qual, no caso de lacuna, o juiz deve recorrer às normas que regulam casos parecidos ou matérias análogas. Enquanto que norma geral exclusiva é aquela norma que regula todos os casos não-compreendidos na norma parti-

cular, mas os regula *de maneira oposta*, a característica da norma geral inclusiva é a de regular os casos não-compreendidos na norma particular, mas semelhantes a eles, *de maneira idêntica*. Frente a uma lacuna, se aplicarmos a norma geral exclusiva, o caso não-regulamentado será resolvido de maneira oposta ao que está regulamentado; se aplicarmos a norma geral inclusiva, o caso não-regulamentado será resolvido de maneira idêntica àquela que está regulamentado. Como se vê, as conseqüências da aplicação de uma ou da outra norma geral são bem diferentes, aliás, opostas. E a aplicação de uma ou outra norma depende do resultado da indagação sobre se o caso não-regulamentado é ou não semelhante ao regulamentado. Mas o ordenamento, em geral, nada nos diz sobre as condições com base nas quais dois casos podem ser considerados parecidos. A decisão sobre a semelhança dos casos cabe ao intérprete. Portanto, cabe ao intérprete decidir se, em caso de lacuna, ele deve aplicar a norma geral exclusiva e, portanto, excluir o caso não-previsto da disciplina do caso previsto, ou aplicar a norma geral inclusiva e, portanto, incluir o caso não-previsto na disciplina do caso previsto. No primeiro caso se diz que usa o *argumentum a contrario*, no segundo, o *argumentum a simili*.

Mas, se frente a um caso não-regulamentado se pode aplicar tanto a norma geral exclusiva quanto a geral inclusiva, é necessário precisar a fórmula segundo a qual existe sempre, em cada caso, uma solução jurídica, nesta outra: no caso de lacuna, existem pelo menos duas soluções jurídicas:

1) A consideração do caso não-regulamentado como diferente do regulamentado, e a conseqüente aplicação da norma geral exclusiva.

2) A consideração do caso não-regulamentado como semelhante ao regulamentado, e a conseqüente aplicação da norma geral inclusiva. Mas justamente o fato de que o caso não-regulamentado oferece matéria para duas soluções opostas torna o problema das lacunas menos simples, menos fácil e óbvio do que parecia partindo-se da teoria bastante linear da norma geral exclusiva. Se existem duas soluções, ambas possíveis, e a decisão entre as duas cabe ao intérprete, uma lacuna existe e consiste justamente no fato de que o ordenamento deixou impreciso qual das duas soluções é a pretendida. Caso existisse, tratando-se de comportamento não-regulamentado, uma única solução, a da norma geral exclusiva, como acontece, por exemplo, no Direito penal, onde 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 uma vez que as soluções, em caso de comportamento não-regulamentado, são normalmente duas, a lacuna consiste justamente na falta de uma regra que permita acolher uma solução em vez da outra.

Desse modo, não só nos parece impossível excluir as lacunas, em contraste com a teoria da norma geral exclusiva, mas ficou mais claro o conceito de lacuna: a lacuna se verifica não mais por falta de uma norma expressa pela regulamentação de um determinado caso, mas *pela falta de um critério para a escolha de qual das duas regras gerais, a exclusiva ou a inclusiva, deva ser aplicada*. Num certo sentido, vamos além da teoria da norma geral exclusiva, porque admitimos que no caso do comportamento expressamente não-regulamentado não há sempre só uma, mas duas soluções jurídicas. Num outro sentido, porém, desmentimos a teoria, na medida em que, se as soluções jurídicas possíveis são duas e falta um critério para aplicar

ao caso concreto uma em vez da outra, reencontramos aqui a lacuna que a teoria havia acreditado poder eliminar: lacuna não a respeito do caso singular, mas a respeito do critério com base no qual o caso deve ser resolvido.

Vejam os exemplos: no artigo 265 do C. C. somente a violência é considerada como causa de impugnação do reconhecimento do filho natural. O artigo não regula o caso do erro. Trata-se de uma lacuna? Caso não tivéssemos outra norma para aplicar que não a geral exclusiva, poderíamos responder tranquilamente que não. A norma geral exclusiva implica que aquilo que não está compreendido na norma particular (neste caso o erro) deve ter uma disciplina oposta à do caso previsto; portanto, se a violência, que está prevista, é causa de impugnação, o erro, que não está previsto, não o é. Mas o problema é que o intérprete deve levar em conta também a norma geral inclusiva, segundo a qual em caso de comportamento não-regulamentado deve-se regulamentá-lo do mesmo modo que o caso semelhante. O caso de erro assemelha-se ao da violência? Se o intérprete der a essa pergunta uma resposta afirmativa, é claro que a solução é oposta à solução anterior. O erro é, da mesma maneira que a violência, causa de impugnação. Como se vê, a dificuldade, que habitualmente não se considera, não é que frente ao caso não-regulamentado haja insuficiência de soluções jurídicas possíveis; há, sim, exuberância. E a dificuldade de interpretação, na qual 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 em detrimento da outra.

Referindo-nos à definição técnica de lacuna, dada no primeiro parágrafo deste capítulo, quando dissemos que a lacuna significa que o sistema, em certos casos, não oferece a possibilidade de resolver um determinado caso nem de uma maneira nem da maneira oposta, do que dissemos

acerca da teoria da norma geral exclusiva, devemos concluir que um ordenamento jurídico, apesar da norma geral exclusiva, *pode ser incompleto*. E pode ser incompleto porque entre a norma particular inclusiva e a geral exclusiva introduz-se normalmente a norma geral inclusiva, que estabelece uma zona intermediária entre o regulamentado e o não-regulamentado, em direção à qual tende a penetrar o ordenamento jurídico, de forma quase sempre indeterminada e indeterminável. Mas, normalmente, esta penetração fica imprecisa no âmbito do sistema. Se, no caso de comportamento não-regulamentado, não tivéssemos outra norma para aplicar a não ser a exclusiva, a solução seria óbvia. Mas agora sabemos que em muitos casos podemos aplicar tanto a norma que quer os comportamentos diferentes regulamentados de maneira oposta ao comportamento regulamentado, quanto a norma que quer os comportamentos semelhantes regulamentados de maneira idêntica ao regulamentado. E não estamos em condições de decidir mediante regras do sistema se o caso é semelhante ou diferente. E, então, a solução não é mais óbvia. O fato de a solução não ser mais óbvia, isto é, de não se poder tirar do sistema nem uma solução nem a solução oposta, revela a lacuna, isto é, revela a incompletude do ordenamento jurídico.

6. *As lacunas ideológicas*

Procuramos esclarecer no parágrafo anterior em que sentido se pode falar de lacunas no ordenamento jurídico ou de incompletude do ordenamento jurídico: não no sentido, repetimos, de falta de uma norma a ser aplicada, mas de falta de critérios válidos para decidir qual norma deve ser aplicada. Mas há outro sentido de lacuna, mais óbvio,

menos controverso, que também merece uma breve ilustração.

Entende-se também por “lacuna” a falta não já de uma solução, qualquer que seja ela, mas de uma *solução satisfatória*, ou, em outras palavras, não já a falta de uma norma, mas a falta de uma *norma justa*, isto é, de uma norma que se desejaria que existisse, mas que não existe. Uma vez que essas lacunas derivam não da consideração do ordenamento jurídico como ele é, mas da comparação entre ordenamento jurídico como ele é e como deveria ser, foram chamadas de “ideológicas”, para distingui-las daquelas que eventualmente se encontrassem no ordenamento jurídico como ele é, e que se podem chamar de “reais”. Podemos também enunciar a diferença deste modo: as lacunas ideológicas são lacunas *de iure condendo* (de direito a ser estabelecido), as lacunas reais são *de iure condito* (do direito já estabelecido).

Que existem lacunas ideológicas em cada sistema jurídico é tão óbvio que não precisamos nem insistir. Nenhum ordenamento jurídico é perfeito, pelo menos nenhum ordenamento jurídico positivo. Somente o ordenamento jurídico natural não deveria ter lacunas ideológicas; aliás, uma possível definição do Direito natural poderia ser aquela que o define como um Direito sem lacunas ideológicas, no sentido de que ele é aquilo que deveria ser. Mas um sistema de Direito natural nunca ninguém formulou. A nós interessa o Direito positivo. Ora, com respeito ao Direito positivo, se é óbvio que cada ordenamento tem lacunas ideológicas, é igualmente óbvio que as lacunas com as quais deve se preocupar aquele que é chamado a aplicar o Direito não são as ideológicas, mas as reais. Quando os juristas sustentam, em nossa opinião, sem razão, que o ordenamento jurídico é completo, isto é, não tem lacunas, referem-se às lacunas reais e não às ideológicas.

Quem procurou colocar em relevo a diferença entre

os dois planos do problema das lacunas, o *de iure condito* e o *de iure condendo*, foi Brunetti, em uma série de ensaios que constituem, juntamente com as obras de Romano e de Donati, as maiores contribuições da ciência jurídica italiana para o problema.⁶ Brunetti sustenta que, para se poder falar de completude ou de incompletude de uma coisa qualquer, é necessário não considerar a coisa em si mesma, mas compará-la com alguma outra. Os dois casos típicos nos quais eu posso falar de completude, ou não, são:

1) quando comparo uma determinada coisa com o seu tipo ideal ou com aquele que deveria ser; tem sentido perguntar se uma dada mesa é perfeita ou não somente se a comparar com aquela 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, com relação ao ordenamento jurídico, Brunetti sustenta que se o considerarmos em si mesmo, isto é, sem compará-lo com alguma outra coisa, perguntar se é completo ou não torna-se *sem sentido*, como se nos perguntássemos se o ouro é completo, se o céu é completo. Para que o problema das lacunas tenha sentido, é preciso comparar o ordenamento jurídico real com um ordenamento jurídico ideal, conforme o significado exposto no item 1, e nesse caso é lícito falar de completude ou de incompletude do

(6) G. Brunetti. “Sul valore del problema delle lacune”, 1913; “Il senso del problema delle lacune nell’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 della completezza dell’ordinamento giuridico”, 1924. Estes ensaios se encontram em *Scritti giuridici vari*, respectivamente, I, pp. 34 e segs.; III, pp. 1 e segs.; pp. 30 e segs.; pp. 50 e segs.; IV, pp. 161 e segs.

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, conforme o significado exposto no item 2, e perguntar se a lei contém ou não tudo aquilo que deve conter para poder ser considerada a manifestação tecnicamente perfeita da vontade do Estado; mas, neste segundo caso, o problema da completude ou da incompletude pode ser referido unicamente ao ordenamento legislativo, como parte do ordenamento jurídico, e não ao ordenamento jurídico em sua totalidade. Referindo-se ao ordenamento jurídico em sua totalidade, o problema da completude, segundo Brunetti, não tem sentido, porque o ordenamento jurídico em sua totalidade, em si mesmo considerado, não pertence à categoria das coisas das quais se possa predicar a completude ou incompletude, como não se pode predicar o azul ao triângulo ou à alma.

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

1) o problema de o ordenamento jurídico, considerado em si próprio, ser completo ou incompleto: o problema assim colocado (colocação mais frequente entre os juristas) não tem sentido;

2) o problema de ser completo ou incompleto o ordenamento jurídico, tal como ele é, comparado a um ordenamento jurídico ideal: esse problema tem sentido, mas as lacunas que aqui vêm à baila são as lacunas ideológicas, que não interessam aos juristas.

3) o problema de ser completo ou incompleto o ordenamento legislativo, considerado como parte de um todo e confrontado com o todo, isto é, com o 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 enquadrado na categoria das lacunas ideológicas, isto é, na oposição entre aquilo que a Lei diz e aquilo que deveria dizer para ser perfeitamente adequada ao espírito de todo o sistema. Portanto, para Brunetti, o problema da completude é um problema sem sentido, e, lá onde tem sentido, as únicas lacunas, das quais se pode mostrar a existência, são lacunas ideológicas; e é um sentido, como dizíamos, tão óbvio que, se a isso se reduz o problema, não se justificariam todos os rios de tinta gastos com ele.

7. *Vários tipos de lacunas*

A distinção que ilustramos até agora entre lacunas reais e lacunas ideológicas corresponde mais ou menos à distinção, freqüentemente 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. Num sistema em que cada caso não-regulamentado faz parte da norma geral exclusiva (como é geralmente um código penal, que não admite extensão analógica) não pode haver outra coisa além de lacunas impróprias. O caso não-regulamentado não é uma lacuna do sistema porque só pode pertencer à norma geral exclusiva, mas, quando muito, é uma lacuna que diz respeito a como deveria ser o sistema. Temos a lacuna própria somente onde, ao lado da norma geral exclusiva, existe também a norma geral inclusiva, e o caso não-regulamentado pode ser encaixado tanto numa como na outra. O que têm em comum os dois tipos de lacunas é que designam um caso não-regulamentado pelas leis vigentes num dado or-

simples diretrizes; aliás, algumas normas constitucionais de caráter geral não podem ser aplicadas se não forem integradas. O legislador que as colocou não ignorava que elas eram lacunosas, mas a sua função era justamente a de estabelecer uma diretriz geral que deveria ser integrada ou preenchida posteriormente por órgãos mais aptos a esse fim. Segundo o significado de lacuna que ilustramos, as voluntárias não são verdadeiras lacunas. Aqui, de fato, a integração do vazio, deixado de propósito, é confiada ao poder criativo do órgão hierarquicamente inferior. A lacuna em sentido próprio existe quando se presume que o intérprete (nesse caso o órgão inferior) decidiu com uma dada norma do sistema e essa norma não existe ou, para ser mais exato, o sistema não oferece a devida solução. Onde age o poder criativo daquele que deve aplicar as normas do sistema, o sistema está sempre, em sentido próprio, completo, porque em cada circunstância é completável e, portanto, o problema da completezude ou incompletezude nem se apresenta.

Outra distinção é entre lacunas *præter legem* e lacunas *intra legem*. As primeiras existem quando as regras, expressas para serem muito particulares, não compreendem todos os casos que podem apresentar-se a nível dessa particularidade; as segundas têm lugar, ao contrário, quando as normas são muito gerais e revelam, no interior das distições dadas, vazios ou buracos que caberá ao intérprete preencher. As lacunas voluntárias são normalmente *intra legem*. No primeiro caso, a integração consistirá em formular novas regras ao lado das expressas; no segundo caso, as novas regras deverão ser formuladas dentro das regras expressas.

denamento jurídico. O que as distingue é a forma pela qual podem ser eliminadas: a lacuna imprópria somente através da formulação de novas normas, e a própria, mediante as leis vigentes. As lacunas impróprias são completáveis somente pelo legislador; as lacunas próprias são completáveis por obra do intérprete. Mas quando se diz que um sistema está incompleto, diz-se em relação às lacunas próprias, e não às impróprias. O problema da completezude do ordenamento jurídico é se há e como podem ser eliminadas as lacunas próprias.

Com respeito aos motivos que as provocaram, as lacunas distinguem-se 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 subjetivas, por sua vez, podem dividir-se em *voluntárias* e *involuntárias*. Involuntárias são aquelas que dependem de um descuido do legislador, que faz parecer regulamentado um caso que não é, ou faz deixar de lado um caso que talvez se considere pouco frequente, etc. Voluntárias são aquelas que o próprio legislador deixa de propósito, quando a matéria é muito complexa e não pode ser regulada com regras muito multidas, e é melhor confiá-la, caso por caso, à interpretação do juiz. Em algumas matérias o legislador distribui normas muito gerais que podem ser chamadas *diretrizes*. A característica das diretrizes é que traçam linhas gerais da ação a ser cumprida, mas deixam a determinação dos particulares a quem as deve executar ou aplicar; por exemplo, a diretriz traça o fim que se deve alcançar, mas confia a determinação dos meios aptos a procurar alcançar o fim à livre escolha do executor. Muitas normas constitucionais são, em relação ao legislador ordinário que as deverá aplicar, puras e

8. *Heterointegração e auto-integração*

Vimos no parágrafo 2 que o dogma da completude está historicamente ligado à concepção estatal do Direito. Não se deve porém acreditar que a completabilidade de um ordenamento está confiada unicamente à norma geral exclusiva, quer dizer, à regra pela qual cada caso não-regulamentado é regulado pela norma que o exclui da regulamentação do caso regulado. Entre os casos, inclusos expressamente e os casos excluídos há, em cada ordenamento, uma zona incerta de casos não-regulamentados mas potencialmente colocáveis na esfera de influência dos casos expressamente regulamentados. Cada ordenamento prevê os meios e os remédios aptos a penetrar nesta zona intermédia, a estender a esfera do regulamentado em confronto com a do não-regulamentado. Vimos, no segundo capítulo, que os ordenamentos de que falamos são ordenamentos complexos em que as normas provêm de fontes diversas, embora recolhidas, através do sistema hierárquico, em uma unidade. Se, estaticamente considerado, um ordenamento jurídico não é completo a não ser pela norma geral exclusiva, dinamicamente considerado, porém, é *completável*.

Para se completar um ordenamento jurídico pode-se recorrer a dois métodos diferentes que podemos chamar, segundo a terminologia de Carnelutti, de *heterointegração* e de *auto-integração*.

O primeiro método consiste na integração operada através do:

- a) recurso a ordenamentos diversos;
- b) recurso a fontes diversas daquela que é dominante (identificada, nos ordenamentos que temos sob os olhos, com a Lei).

O segundo método consiste na integração cumprida através do mesmo ordenamento, no âmbito da mesma fonte dominante, sem recorrência a outros ordenamentos e com o mínimo recurso a fontes diversas da dominante.

Neste parágrafo examinamos rapidamente o método da heterointegração nas suas duas formas principais.

O tradicional método de heterointegração mediante recurso a outros ordenamentos consistia, no que se refere ao juiz, na obrigação de recorrer, em caso de lacuna do Direito positivo, ao Direito natural. Uma das funções constantes do Direito natural, durante o predomínio das correntes jusnaturalísticas, foi a de preencher as lacunas do Direito positivo. O Direito natural era imaginado como um sistema jurídico perfeito, sobre o qual repousava o ordenamento positivo, por natureza imperfeito: a tarefa do Direito natural era dar remédio às imperfeições inevitáveis do Direito positivo. Era doutrina constante do Direito natural que o legislador positivo se inspirasse para a formulação das próprias normas no Direito natural; dela derivava como lógica consequência que, em caso de lacuna, o juiz se dirigisse à mesma fonte. Nos códigos modernos o último resíduo dessa doutrina é o artigo 7º do Código Civil austríaco de 1812, no qual se lê que nos casos dúbios, que não podem ser resolvidos com normas de Direito positivo, o juiz deve recorrer aos *princípios do Direito natural (natürliche Rechtsgrundsätze)*. No artigo 17 se lê que no *silentium legis*, até prova em contrário, tem-se como subsistente sem limitações tudo aquilo que é conforme aos direitos naturais inatos (*angeborene natürliche Rechte*). Essa doutrina nas codificações mais recentes foi, no mais das vezes, abandonada. No artigo 3º das Disposições preliminares do C. C. italiano de 1865, que derivava direta e quase literalmente do artigo 7º do Código austríaco, a expressão princípios gerais do Direito natural foi substituído pela expressão mais simples, e talvez também mais equívoca

ca, *princípios gerais do Direito*. A maior parte dos juristas interpretou essa expressão como se significasse “princípios gerais do Direito positivo”, e com essa interpretação operava-se a passagem do método da heterointegração ao da auto-integração. Mas houve quem, como Giorgio Del Vecchio, sustentasse em um ensaio muito discutido que, seguindo a tradição jusnaturalística da qual o artigo 3º era derivado, se devesse interpretar a expressão “princípios gerais do Direito” como se significasse “princípios gerais do Direito natural”.⁷

Não está excluído que um dado ordenamento recorra, para operar a própria integração, 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, sua matriz histórica. Alguém já creu poder interpretar a tão discutida fórmula dos “princípios gerais do Direito” do C. C. de 1865 como significando “princípios gerais do Direito romano”;

b) o reenvio a ordenamentos vigentes contemporâneos, como no caso em que um ordenamento estatal cita normas de um outro ordenamento estatal ou do Direito canônico (voltaremos mais particularmente a esses problemas no último capítulo, dedicado à relação entre ordenamentos).

No que diz respeito ao recurso a outras fontes diversas da que é dominante, consideremos os nossos ordenamentos cuja fonte predominante é a Lei. A heterointegração assume três formas:

(7) G. Del Vecchio. “Sui principi generali del diritto (1920), in *Studi sul diritto*, Milão, 1958, I, pp. 205-71.

a) recurso ao costume considerado como fonte subsidiária da Lei. Trata-se do assim chamado *consuetudo praeter legem*. Pode-se distinguir uma aplicação ampla e uma aplicação restrita do costume *praeter legem*, ou, como também se diz, de modo a indicar exatamente a sua função de fonte subsidiária, *integradora*. A aplicação ampla tem lugar quando o costume é relacionado com uma norma deste gênero: “O costume tem vigência em todas as matérias não-reguladas pela Lei”. A aplicação restrita ocorre quando a relação está contida em uma norma deste gênero: “O costume tem vigência somente nos casos em que é expressamente citado pela Lei”. O artigo 8º das Disposições preliminares que diz: “Nas matérias reguladas pelas leis e pelos regulamentos, os costumes só têm validade quando são por estes citados”, pode ser interpretado, ao mesmo tempo, como citação em sentido amplo e como citação em sentido estrito.

O método mais importante de heterointegração, entendida como recurso a outra fonte diferente da legislativa, é o recurso, em caso de lacuna da Lei, ao poder criativo do juiz, quer dizer, ao assim chamado *Direito judiciário*. Como é sabido, os sistemas jurídicos anglo-saxões recorrem a essa forma de integração mais amplamente que os sistemas jurídicos continentais, onde não se reconhece, pelo menos oficialmente, o poder criativo do juiz, salvo em casos expressamente indicados em que se atribui ao juiz o poder de emitir *juízos de equidade*. Após a batalha desencadeada pela escola do Direito livre em favor do Direito judiciário, o Código Civil suíço, no artigo 1º, enunciava o princípio de que, em caso de lacuna, seja da Lei, seja do costume, o juiz poderia decidir o caso como se ele mesmo fosse o legislador. Foi demonstrado, por outro lado, que o juiz suíço quase nunca recorre ao emprego de poder tão amplo, demonstrando claramente com isto o ape-

go da nossa tradição jurídica à auto-integração ou, então, a desconfiança em relação ao Direito judiciário, considerado como veículo de incerteza e de desordem.

A rigor pode-se considerar como recurso a outra fonte o recurso às opiniões dos juristas, aos quais seria atribuída, em circunstâncias particulares, no caso do silêncio da Lei e do costume, autoridade de fonte de Direito. Para designar essa fonte de Direito podemos usar a expressão *Direito científico*, de Savigny. Nos ordenamentos italianos, assim como não é reconhecido o direito de cidadania ao juiz como fonte normativa, também, e com maior razão, não é atribuído o direito de cidadania ao jurista, o qual exprime opiniões que tanto o legislador quanto o juiz podem levar em consideração, mas não emite nunca juízos obrigatórios nem para o legislador nem para o juiz. Para ilustrar essa forma de integração nos limitamos a formular a hipótese de um ordenamento que contivesse uma norma deste gênero: “Em caso de lacuna da lei (e do costume), o juiz deverá ater-se à opinião predominante na doutrina”, ou, ainda mais particularmente, “...à solução adotada por este ou por aquele jurista”. Essa hipótese, de resto, não é completamente inventada. Recordemos a *Lei das citações* (426 D. C.), de Teodósio II e Valentiniano III, que fixava o valor a se atribuir em julgamento aos escritos dos juristas e reconhecia, em primeiro lugar, plena autoridade a todas as obras de Papiniano, Paulo, Ulpiano, Modestino e Gaio.

9. A analogia

O método de auto-integração apóia-se particularmente em dois procedimentos:

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

É o método que nos interessa mais de perto porque é o particularmente adotado pelo legislador italiano, que dispôs no artigo 12 das Disposições preliminares do C. C.: “Se uma controvérsia não pode ser decidida com uma disposição precisa, devem-se levar em conta disposições que regulem *casos semelhantes ou matérias análogas*; se o caso permanece ainda duvidoso, deve ser decidido segundo os princípios gerais do ordenamento jurídico do Estado”. Com a indicação dos dois procedimentos, o da analogia e o dos princípios gerais do Direito, o legislador pretende ou presume que em caso de lacuna a regra deve ser encontrada na âmbito mesmo das leis vigentes, quer dizer, sem recorrer a outros ordenamentos nem a fontes diversas da Lei.

Entende-se por “analogia” o procedimento pelo qual se atribui a um caso não-regulamentado a mesma disciplina que a um caso regulamentado *semelhante*. Já encontramos essa analogia quando falamos da norma geral inclusiva: o artigo 12 supracitado pode ser considerado como a norma geral inclusiva do ordenamento italiano. A analogia é certamente o mais típico e o mais importante dos procedimentos interpretativos de um determinado sistema normativo: é o procedimento mediante o qual se explica a assim chamada tendência de cada ordenamento jurídico a *expandir-se* além dos casos expressamente regulamentados. Foi usada largamente em todos os tempos. Recordemos uma passagem do Digesto: “Non possunt omnes articuli singillatim aut legibus aut senatus consultis comprehendi: sed cum in aliqua causa sententia eorum manifesta est, is qui jurisdictioni praeest *ad similia procedere* atque ita ius dicere debet” (10 D. *de leg.* 1, 3). No Direito intermédio, a analogia ou *argumentum a simili* era considerado o procedimento mais eficaz para executar a assim chamada *extensio legis*.

O raciocínio por analogia foi estudado pelos lógicos. Encontramos menção a ele com o nome de *paradigma* (tra-

duzido posteriormente para o latim por *exemplum*) no *Organon* de Aristóteles (*Primeiros analíticos*, II, 24). O exemplo aduzido por Aristóteles é o seguinte: "A guerra dos focenses contra os tebanos é um mal; a guerra dos atenienses contra os tebanos é semelhante à guerra dos focenses contra os tebanos; a guerra dos atenienses contra os tebanos é um mal". A fórmula do raciocínio por analogia pode ser expressa esquematicamente assim:

M é P
S é semelhante a M
S é P

Essa formulação deve ser brevemente comentada. Assim como está, ela se apresenta 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 dito do *quaternio terminorum*, segundo o qual os termos são aparentemente três, como no silogismo, mas na realidade são quatro. Tomemos um exemplo:

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

A conclusão só é lícita se os cavalos forem semelhantes aos homens em uma qualidade que seja a razão suficiente para que os homens sejam mortais. Diz-se que a semelhança não deve ser uma semelhança qualquer, mas uma *semelhança relevante*.

Admitamos que essa semelhança relevante entre homens e cavalos com o fim de deduzir a mortalidade dos cavalos é a de que ambos pertençam à categoria dos *seres vivos*. Resulta então que os termos do raciocínio já não são

três (homens, cavalo, mortal), mas quatro (homem, cavalo, mortal e ser vivo). Para tirar a conclusão "Os cavalos são mortais" dos três termos, o raciocínio deveria ser formulado assim:

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

Aqui os termos se tornaram três, porém, 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 tirar a conclusão, quer dizer, para fazer a atribuição ao caso não-regulamentado das mesmas conseqüências jurídicas atribuídas ao caso regulamentado semelhante, é preciso que entre os dois casos exista não uma semelhança qualquer, mas uma *semelhança relevante*, é preciso ascender dos dois casos a uma qualidade comum a ambos, que seja ao mesmo tempo a razão suficiente pela qual ao caso regulamentado foram atribuídas aquelas e não outras conseqüências. Uma lei de um Estado americano atribui uma pena de detenção 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, aos discos reproduzindo canções obscenas. É provável que o intérprete aceite a segunda extensão e recuse a primeira. No primeiro caso, de fato, existe uma bem visível semelhança entre livros obscenos e livros policiais, mas trata-se de semelhança não relevante, porque o que têm em comum, quer dizer, o serem compostos de papel impresso, não foi a razão suficiente para a pena de detenção estabelecida pela lei aos distribuidores de livros obscenos. No segundo caso, no entanto, a semelhança entre livros obscenos e discos reproduzindo canções

obscenas é relevante (mesmo se menos visível), porque tal gênero de discos tem em comum com os livros obscenos exatamente aquela qualidade que foi a razão da proibição. Por razão suficiente de uma lei entendemos aquela que tradicionalmente se chama a *ratio legis*. Então diremos que, para que o raciocínio por analogia seja lícito no Direito, é necessário que os dois casos, o regulamentado e o não-regulamentado tenham em comum a *ratio legis*. De resto é o que foi transmitido com esta fórmula: “Onde houver o mesmo motivo, há também a mesma disposição de direito” (*Ubi eadem ratio, ibi eadem iuris dispositio*).

Admitamos que um intérprete se pergunte se a proibição de pacto comissório (artigo 2.744 C. C.) se estende à venda com escopo de garantia.

Em qual direção ele desenvolverá sua indagação? Ele buscará a razão pela qual o legislador colocou a proibição prevista no artigo 2.744 e estenderá ou não a proibição segundo considere válida ou não a mesma razão para a proibição da venda com escopo de garantia.

Costuma-se distinguir a analogia propriamente dita, conhecida também pelo 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 tem nada a ver com um raciocínio por analogia, enquanto 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 através do qual se tira uma nova regra para um caso imprevisto não mais da regra que se refere a um caso singular, como acontece na *analogia legis*, mas de todo o sistema ou de uma parte dele; esse procedimento não é nada diferente daquele que se emprega no recurso aos princípios gerais do Direito. Quanto à interpretação extensiva, é opinião comum, mesmo que às vezes contestada,

que esta seja algo de diferente da analogia propriamente dita. A importância jurídica da distinção está em que: considera-se, comumente, que onde a extensão analógica é proibida, como, por exemplo, segundo o artigo 14 das Disposições preliminares do C. C., nas leis penais e nas leis excepcionais, a interpretação extensiva é lícita. Aqui se pode observar, referindo-nos a quanto dissêmos repetidamente a propósito das lacunas, que, onde não é admitida a extensão analógica, funciona imediatamente, em caso de *silentium legis*, a norma geral exclusiva. Não há uma zona intermédia entre o caso singular expressamente regulamentado e os casos não-regulamentados.

Mas qual é a diferença entre analogia propriamente dita e interpretação extensiva? Foram elaborados vários critérios para justificar a distinção. Creio que o único critério aceitável seja aquele que busca colher a diferença com respeito 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 para casos não-previstos por esta. Vejamos dois exemplos. Há quem pergunte se o artigo 1.577 do C. C., que diz respeito às obrigações do locatário no tocante a reparos da casa alugada, pode estender-se, com relação a obrigações da mesma natureza, ao comodatário: se for dada resposta afirmativa, fica criada uma nova regra disciplinadora do comodato, que antes não existia. Se se perguntar, ao invés, se o artigo 1.754 do C. C., que define como mediador “aquele que coloca em contato duas ou mais partes para a conclusão de um negócio” se estende também àquele que “induz à conclusão do negócio depois que as partes iniciaram os contatos por si ou por meio de outro mediador”, caso se responda afirmativamente, não se criou uma regra nova, mas simplesmente se alargou o alcance da regra dada. O primeiro exemplo é de analogia, o segundo de interpretação exten-

siva. Com esta, nos limitamos à redefinição de um termo, mas a norma aplicada é sempre a mesma. Com aquela passa-se de uma norma a outra. Enquanto é correto dizer que com a interpretação extensiva se ampliou o conceito de mediador, não seria entretanto correto dizer, no caso do artigo 1.577 do C. C., que com a analogia se ampliou o conceito de locação. Aqui se acrescenta a uma norma específica uma outra norma específica, desembocando num gênero comum. No outro caso, acrescentou-se uma nova espécie ao gênero, previsto pela Lei. Esquemáticamente os dois casos podem ser expressos deste modo:

1) *Analogia*

a' (caso regulamentado)

A (a *ratio* comum de ambos)

a'' (caso não-regulamentado)

a'' é semelhante a a' mediante A

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

2) *Interpretação extensiva*

Aa' (caso regulamentado)

a'' (caso não-regulamentado)

a'' é semelhante a a'

onde Aa' a''

10 *Os princípios gerais do Direito*

O outro procedimento de auto-integração é a recorrência aos princípios gerais do Direito, tradicionalmente conhecidos pelo nome de *analogia iuris*. A expressão "princípios gerais do Direito" foi usada pelo legislador de 1865; mas pelos equívocos que podia suscitar, quanto a se se deveria entender por "Direito" o Direito natural ou

o Direito positivo, o projeto do novo código havia adotado a fórmula "princípios gerais do Direito vigente", modificada na última redação para a atual fórmula: "princípios gerais do ordenamento jurídico do Estado".

Esta mudança foi explicada no Relatório do Ministro através das seguintes palavras: "Em lugar da fórmula 'princípios gerais do Direito vigente', que poderia parecer extremamente limitativa para o intérprete, julguei preferível a de 'princípios gerais do ordenamento jurídico do Estado'. Nesta, o termo 'ordenamento' torna-se compreensivo em seu amplo significado, para além das normas e dos institutos, e para além, ainda, da orientação político-legislativa estatal e da tradição científica da Nação (Direito romano, Direito comum, etc.). Esse ordenamento, adotado ou sancionado pelo Estado, seja ele privado ou público, dará ao intérprete todos os elementos necessários para a pesquisa da norma reguladora". Citamos integralmente este trecho do Relatório porque as últimas linhas são uma expressão bastante característica do dogma da completude e, de outra parte, a alusão à "tradição científica da Nação" pode levar à idéia de uma evasão, talvez inconsciente, para a heterointegração.

Que a recorrência aos princípios gerais, mesmo na nova formulação, representa um procedimento de heterointegração foi sustentado pelo maior estudioso italiano do problema da interpretação, Betti, com argumentos que, entretanto, não me convenceram. Betti coloca a recorrência aos princípios gerais do Direito entre os métodos de heterointegração, ao lado dos juízos de equidade, com este argumento: "Um dos instrumentos (de heterointegração) é constituído pelos princípios gerais do Direito se e enquanto puder ser a eles reconhecida uma força de expansão, não meramente lógica, mas axiológica, de tal modo que possam ir além das soluções legislativas determinadas por suas valorações e, portanto, transcendam o mero Direito posi-

tivo”.⁸ Em outro lugar: “É que, assim como as normas singulares refletem apenas em parte os princípios gerais (...) assim também os princípios gerais, enquanto critérios de valoração imanentes à ordem jurídica, são caracterizados por um *excesso de conteúdo deontológico* (ou *axiológico*, se se quiser dizer assim) em confronto com as normas singulares, também reconstruídas no seu sistema”.⁹ A dificuldade dessa tese de Betti deriva do fato de que é sustentada com duas afirmações contrastantes: de um lado, os princípios gerais do Direito são considerados *imanentes* à ordem jurídica, e, de outro, *excedentes*. Se fossem realmente “excedentes”, recorrer a eles, em lugar de integrar o sistema, terminaria por virá-lo de cabeça para baixo.

Os princípios gerais são apenas, a meu ver, normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, as normas mais gerais. A palavra princípios leva a engano, tanto que é velha questão entre os juristas se os princípios gerais são normas. Para mim não há dúvida: os princípios gerais são normas como todas as outras. E esta é também a tese sustentada por Crisafulli.¹⁰ Para sustentar que os princípios gerais são normas, os argumentos são dois, e ambos válidos: antes de mais nada, se são normas aquelas das quais os princípios gerais são extraídos, através de um procedimento de generalização sucessiva, não se vê por que não devam ser normas também eles: se abstraio da espécie animal obte-

(8) E. Betti. *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milão, 1949, p. 52.

(9) *Op. cit.*, p. 211.

(10) V. Crisafulli. “Per la determinazione del concetto dei principi generali del diritto”, *Riv. Int. Fil. Dir.*, XXI (1941), pp. 41-64, 157-82, 230-65. Do mesmo autor cf. *La costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milão, 1952, sobretudo pp. 38-42.

nho sempre animais, e não flores ou estrelas. Em segundo lugar, a função para qual são extraídos e empregados é a mesma cumprida por todas as normas, isto é, a função de regular um caso. E com que finalidade são extraídos em caso de lacuna? Para regular um comportamento não-regulamentado: mas então servem ao mesmo escopo a que servem as normas expressas. E por que não deveriam ser normas?

O que não me levaria a concordar com Crisafulli é a tese, por ele sustentada, de que o artigo 12 se refere tanto aos princípios gerais não-expressos quanto aos expressos. Crisafulli divide os princípios gerais em expressos e não-expressos; os expressos dividem-se, por sua vez, em expressos já aplicados e em expressos ainda não-aplicados. Muitas normas, tanto dos códigos como da Constituição, são normas generalíssimas, e portanto, são verdadeiros e autênticos princípios gerais expressos; colocaria nesta categoria normas como o artigo 2.043 do C. C., que formula um dos princípios fundamentais pelo qual se rege a convivência social, expressa pela conhecida máxima da justiça: *neminem laedere*; o artigo 2.041 do C. C. relativo ao enriquecimento ilícito; o artigo 1.176 do C. C. relativo ao cumprimento das obrigações. Muitas normas da Constituição são princípios gerais do Direito; mas, diferentemente das normas do Código Civil, algumas delas esperam ainda ser aplicadas: são princípios gerais expressos não-aplicados.

Ao lado dos princípios gerais expressos há os não-expressos, ou seja, aqueles que se podem tirar por abstração de normas específicas ou pelo menos não muito gerais: são princípios, ou normas generalíssimas, formuladas pelo intérprete, que busca colher, comparando normas aparentemente diversas entre si, aquilo a que comumente se chama o espírito do sistema.

Entendemos que os princípios gerais de que fala o artigo 12 são somente os não-expressos. O artigo 12 diz respeito às lacunas e aos meios para completá-las: quando os princípios gerais são expressos, exatamente pelo fato de que são normas como as demais, não se pode falar de lacuna. A primeira condição para que se possa falar de lacuna é a de que o caso não esteja regulado: o caso não está regulado quando não existe nenhuma norma expressa, nem específica, nem geral, nem generalíssima, que diga respeito a ele, quer dizer, quando, além da falta de uma norma específica que lhe diga respeito, também o princípio geral, dentro do qual poderia entrar, não é expresso. Se o princípio geral é expresso, não haveria diferença entre julgar o caso com base nele ou com base numa norma específica. É verdade que o legislador não diz “por falta de uma disposição *expressa*”, mas sim “por falta de uma disposição *precisa*”. Mas um princípio geral expresso é uma disposição precisa. O artigo 12 autoriza o intérprete a buscar os princípios gerais não-expressos; no que diz respeito aos princípios gerais expressos, seria bem curioso que houvesse uma norma que autorizasse sua aplicação.

CAPÍTULO 5

As relações entre os ordenamentos jurídicos

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 natural, depois, determinaram o surgimento e a duração da ideologia de um único Direito universal, do qual os direitos particulares não eram outra coisa senão especificações históricas. Mais do que indagar as relações entre ordenamentos diferentes, tratava-se de colocar em evidência as relações dos vários Direitos particulares com o único Direito universal. Um dos problemas mais discutidos no âmbito da ideologia universalista do Direito foi, justamente, o das relações entre Direito positivo e Direito natural.