

# Lacunae

Profa. Rachel Herdy

# O dogma da plenitude ou completude está ligado à ideia de sistema jurídico

- A completude é a propriedade dos sistemas jurídicos que consiste na disponibilidade de uma qualificação normativa para todo e qualquer caso
  - Mas isso é um **dogma**
    - O legislador não é onnisciente
    - A linguagem nem sempre é determinada
- Cuidado com o sentido ideológico de lacunas!

# O problema surge como resultado de exigências do Estado Moderno

## **Proibição de non liquet**

- Juiz não pode eximir-se de decidir
  - Se ele pudesse não decidir, a lacuna não seria um problema

## **Princípio da legalidade**

- Juiz não pode inovar, criar direito
  - Se ele pudesse decidir com base em sua consciência, ou no juízo de equidade, não existiria lacuna e tampouco completude

# Críticas à completude

## Movimento do Direito Livre

- Final do século XIX
- “Batalha pelas lacunas”
- Confiar no poder criativo do juiz

## Razões para o movimento

- Envelhecimento das leis
- Rápida transformação da sociedade (industrial)
- Novos agentes sociais – Partidos, Sindicatos
- Desenvolvimento da Sociologia Jurídica
  - O direito é produto da sociedade, e não do estado
  - Regras do “direito vivo”

# Reação dos positivistas

- Retorno ao direito natural?
- Volta às arbitrariedades por parte do Estado?
- Precisamos de certeza e previsibilidade!
- Mas os juristas precisavam de novos argumentos...
  - O problema da completude passou de uma fase dogmática a uma ***fase crítica***



## Argumentos positivistas para negar as lacunas

- É preciso supor uma norma geral de clausura (“**Norma Geral Exclusiva**”)
- Existe uma norma implícita por detrás de toda norma individual e particular que é *geral e excludente* de todos os demais casos
- “O que não está proibido, está permitido”. (Zittelmann)

# Norma Geral Exclusiva

- Zitelmann, 1903
  - Proibição de C exclui (não inclui) a proibição de -C
    - “Geral” – aplicável a todas as situações não previstas
    - “Exclusiva” – exclui a aplicação da regulação particular
  - Toda norma particular inclusiva possui uma sombra
    - N1 = “É proibido estacionar aos sábados e domingos”
    - N1 (sombra) = “É permitido estacionar nos outros dias”
- Crítica: tal norma só existe na esfera penal; em outras áreas, ocorre justamente o contrário

# Shecaira e Struchiner

---

Neste capítulo, usamos “lacuna” e “omissão” em sentido neutro. Para nós, surge uma lacuna na lei quando ela não regula claramente algum caso específico. A falta de clareza pode decorrer de vagueza (como no caso das bicicletas elétricas), ambiguidade, contradição ou algum fenômeno linguístico análogo. Estamos diante de uma lacuna, em sentido neutro, quando abordamos a lei de acordo com o método gramatical ou textual de interpretação e não conseguimos determinar qual solução ela dá à questão que nos interessa. O texto simplesmente não é claro em relação ao caso em questão.

# Integrando lacunas...

- Existem lacunas e o juiz precisa decidir
- Criamos nova norma?
  - Resistência de alguns teóricos em admitir isso
    - Dizem que as lacunas são aparentes
      - Saída: interpretação!
  - Para Guastini, a interpretação tem duplo aspecto
    - Integra uma lacuna (argumentos extensivos)
    - Propõe que existe uma lacuna (argumentos restritivos)

# Dispositivos relevantes no ordenamento jurídico brasileiro

## Constituição Federal de 1988

- Art. 5o, XXXV. A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

## Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (1942, 2010)

- Art. 4o Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

## Lei 13.105 de 16 de março de 2015

- Art. 3o. Não se excluirá da apreciação jurisdicional lesão ou ameaça a direito.
- Art. 4o. As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.

# Integração de lacunas: argumentos restritivos e expansivos

- Argumentação restritiva
  - Variante da regra geral exclusiva
  - Propõe solução contrária
    - Regras restritivas
    - Rol taxativo (*numerus clausus*)
    - Esfera punitiva (penal)
- Argumentação expansiva
  - Analogia e princípios gerais de direito
  - Expande a solução para caso semelhante

# Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (1942, 2010)

Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

# Analogia – estrutura

Esquema 1.

1. Uma situação *S1* é juridicamente regulada da maneira *M*.
2. *S1* é semelhante a outra situação *S2* no que diz respeito às características juridicamente relevantes *C1, C2, ... Cn*.

Logo,

3. *S2* deve ser juridicamente regulada da mesma maneira *M*.

# Analogia Legis

- Atribui-se a um caso não regulado a mesma disciplina de um caso regulado
- Justificativa: se duas coisas são similares em alguns aspectos, devem ser similares em outros
- Estrutura
  - a) Caso A tem propriedades P, Q, R
  - b) Caso B tem propriedades P, Q, R
  - c) Caso A recebe tratamento X
  - d) Caso B deve receber tratamento X

A.

1. Quem dirige embriagado [situação original] deve ser punido [tratamento já dispensado por alguma fonte do direito, como a lei].
2. Dirigir embriagado [situação original] é semelhante a dirigir sob a influência de maconha [situação debatida], visto que as duas substâncias prejudicam a atenção e os reflexos do motorista [semelhanças juridicamente relevantes entre as duas situações].

Logo,

3. Quem dirige sob a influência de maconha também deve ser punido.

# Avaliando a analogia

- As premissas devem ser verdadeiras
- As similaridades devem ser relevantes
- Verificar a relevância das diferenças

# Entendendo a analogia...

## Caso Skokie, 1978

- Partido Nazista Norte-Americano
  - Marcha pública pelas ruas de Skokie, Illinois
  - Habitada por sobreviventes do holocausto
  - Demonstração similar àquela dos movimentos civis

<b>Similaridades</b>	<b>Diferenças</b>
Grupo impopular Minoritário Contra a visão da maioria	Causa tensão emocional Mensagem discriminatória

# É preciso ter um princípio!

- A decisão foi favorável à manifestação
  - CRIOU UMA NORMA GERAL
    - “Nem a impopularidade da visão do grupo nem a possibilidade de uma reação violenta podem justificar a restrição da liberdade”.
    - Não existe uma similaridade natural
    - O caminho do particular ao particular envolve uma generalização em algum ponto
    - A norma/princípio acima é o que determina a analogia
    - Princípio implícito, não enunciado por autoridade legal
    - Abre caminho para a criatividade judicial

# A analogia não se faz sem princípios

Se a semelhança deve ser relevante...

- Só uma norma geral (princípio ou razão) permitirá defender a relevância de uma similaridade
- Esse princípio é implícito, extraído por abstração e não enunciado pela autoridade

# Analogia Juris (Princípios Gerais de Direito)

- Atribui-se a um caso não regulado uma norma extraída de parte ou de todo o sistema
  - Princípios de direito natural, princípios acolhidos pelos povos cultos, princípios de direito romano
  - Norma jurídica que faz parte do direito pátrio, mas que não aparece explicitamente na lei ou na jurisprudência (Dworkin, 1977) - *telos*

# Argumentos restritivos e expansivos

- Analogia e princípios gerais de direito constituem formas de argumentação expansiva
  - Expande a solução para caso semelhante
- Mas há casos em que só se pode usar argumentação restritiva
  - Variante da regra geral exclusiva
  - Propõe solução contrária (*a contrario sensu*)
    - Regras restritivas
    - Rol taxativo (*numerus clausus*)
    - Esfera punitiva (penal)
- Fora da esfera penal e alguns setores restritivos, temos discricionariedade (Guastini, Bobbio)

# Reformulando o conceito de lacuna (Bobbio)

- Há lacuna quando falta critério para escolher entre aplicar
  - uma regra geral exclusiva
    - Interpretação restritiva
  - uma regra geral inclusiva
    - Analogia
    - Costume
    - Princípios gerais do direito
      - Art. 4º da LINDB