

# O Problema das Lacunas do Ordenamento Jurídico e os Métodos para resolvê-lo

JOÃO BATISTA VILLELA

## Sumário

1. Noção — 2. Existem lacunas no ordenamento jurídico?
- 3. A doutrina da plenitude lógica do sistema do direito positivo — 4. Negação de Hans Kelsen — 5. Crítica à doutrina da plenitude lógica do sistema do direito positivo — 6. Crítica à negação kelseniana — 7. Lacunas no Direito (*Rechtsgedanke*) e lacunas no direito formulado (*Rechtsbefehl*) — 8. Os meios supletivos das lacunas — 9. A analogia — 10. A analogia no direito penal — 11. O costume — 12. Os princípios gerais de direito — 13. A equidade — 14. Conclusões articuladas.

1. A rigor consideradas, não existem ações humanas juridicamente indiferentes. Os próprios fatos ditos irrelevantes para o direito só o são no sentido de que à sua ocorrência ou inexistência não atribui o ordenamento jurídico efeitos próprios. Não no de que o direito se desinteresse por tudo quanto lhe diga respeito, pois é certo que ato nenhum se pratica sem que a lei, expressa ou tácitamente, o vede ou permita. Assim, a lei, com apenas existir, delimita, em princípio, as fronteiras do lícito jurídico.

Isto sem embargo, na opinião da maioria dos autores, casos podem sobrevir, a cujo respeito não haja deliberado o legislador. E, quando tal acontece, diz-se que há uma lacuna no ordenamento jurídico.

2. As lacunas do direito têm sido negadas por alguns dos mais ilustres representantes da Filosofia do Direito. A tendência moderna, todavia, é para admití-las francamente.

Entre aquêles para quem não existem lacunas no ordenamento jurídico estão Savigny e os prosélitos da escola histórica, a qual faz desta negação um de seus dogmas mais caros.

Também Hans Kelsen, o chefe da escola normativa de Viena, é pelo entendimento de que as chamadas lacunas do direito não são realidades.

Examinemos essas duas capitais expressões, antes de passarmos a frente.

3. A hermenêutica predominante até o advento da escola histórica sustentava a **plenitude e perfeição da lei escrita**, reputando-a **revelação completa e perfeita do direito**.

Contra esta ficção insurgiu-se Savigny, a quem se deve salutar chamada do pensamento jurídico para o caráter histórico do direito.

Segundo Savigny, «a universalidade do direito é uma condição tão essencial como a sua unidade».<sup>1</sup> Neste argumento repousa a teoria da **plenitude lógica do sistema do direito positivo (di logische Geschlossenheit des Rechts)**, um dos traços fundamentais do historicismo jurídico. Explicando aquela idéia diz Savigny que, quando uma relação de direito não encontra na lei positiva instituição típica, é perfeitamente possível estabelecer, em consonância com o direito existente, instituição em que enquadrá-la. E mais. Quando no conjunto dos vários institutos aparecer questão nova de direito há de resolver-se esta segundo os princípios e a natureza de cada um. O instrumento de que se socorre o intérprete para operar êsse **progresso do direito** é a analogia, capaz de preencher tôdas as lacunas, «porque o direito positivo a si mesmo se completa, em virtude de sua fôrça orgânica».<sup>2</sup>

No pensar da escola histórica, portanto, o direito positivo contém, explícita ou implicitamente, a disciplina de tôdas as relações sociais, presentes e futuras, donde não se poder falar, num contexto historicista, em lacuna do ordenamento jurídico.

---

(1) *Apud* MÁRIO FRANZEN DE LIMA, Da Interpretação Jurídica, Edição Revista Forense, Rio de Janeiro, 1955, p. 27.

(2) *Apud* MÁRIO FRANZEN DE LIMA, op. cit., p. 96.

4. Para Hans Kelsen as lacunas do direito não passam de meras ficções. Na verdade o que ocorre é tão-somente um desencontro entre o direito positivo e o direito desejável. Quando o direito não regulamentou uma questão qualquer isto apenas significa que aqueles a quem o julgamento dela competir são livres no apreciá-la.

5. Salta aos olhos o exagêro da doutrina defendida pela escola histórica.

Sem dúvida, preceitos e normas há implícitos no sistema do direito positivo e que se prestam a solução de muitas questões, porque é óbvio que o legislador não desce a minúcias nem deve ter a lei, em regra, preocupações casuísticas. Um sistema legal não é uma tabela fechada de casos e relações. Ele comporta elastério. Por isto mesmo é que um dos caracteres mais lembrados da norma é a **generalidade**. Daí a supor, entretanto, que não pode haver caso estranho ao sistema legal vigente vai um abismo. E a manutenção desta suposição impõe ou que se dê às leis uma flexibilidade impossível ou que se exija do direito repudiar reclamos sociais de progresso. Isto mesmo foi o que sucedeu ao próprio Savigny, um dos maiores gênios da Ciência do Direito, mas que teve de repelir, por coerência com o seu sistema, os títulos ao portador e os seguros de vida beneficiando a pessoas indeterminadas, porque não via como introduzir tais construções nos esquemas clássicos, desconhecedores dos atos jurídicos praticados **in incertam personam**. A consequência a que teve de chegar, então, o sábio lente de Berlim é que nula seria a operação de quem se obrigasse por título ao portador. Eis as suas palavras textuais:

«Embora vários autores a declaram válida, eu devo pronunciar-me pela **nulidade**. Nem a prática da jurisprudência, nem o **interêsse dos negócios por mais considerável que seja**, podem certamente fazer declarar válida, **sob um ponto de vista abstrato**, essa operação.»<sup>3</sup>

---

(3) *Apud* MÁRIO FRANZEN DE LIMA, *op. cit.*, p. 29-30.

Vê-se, por aí, a que ponto foi arrastado o genial fundador da escola histórica pelos postulados errôneos que admitiu!

6. A negação kelseniana é mais nominal do que real.

Com efeito, admitindo êle um conflito entre o direito positivo e o direito desejável (**justo**, diríamos nós) está, implicitamente, confessando que situações há não previstas no sistema legal, se não quiser aceitar que o legislador tivesse aspirado a estabelecer, deliberadamente, normas injustas. E como é dever do julgador não aplicar lei que acarretaria efeito contrário à justiça, segue-se que, à vista do desencontro entre lei positiva e lei justa, deve considerar aquela como inexistente, surgindo, assim, a lacuna no ordenamento jurídico.

Quanto a dizer Kelsen que o juiz é livre para decidir segundo sua própria apreciação, nos casos em que o direito não regulou a questão, é propor uma solução para o problema das lacunas, o que implica em reconhecer-lhes a existência.

7. Vão seria contestar a presença de lacunas no ordenamento jurídico. Valeria pela pretensão absurda de querer aprisionar em um código tôdas as manifestações e infinitas virtualidades do homem e dos grupos sociais. E esta manifesta impossibilidade já a percebia Juliano, quando afirmava: «**Neque leges, neque senatus-consulta ita scribi possunt, ut omnes casus, qui quando inciderint, comprehendantur.**»<sup>4</sup>

Acompanhando a Mário Franzen de Lima em suas conclusões a respeito, achamos, todavia, que as lacunas do direito só podem existir no direito positivo, formulado (**Rechtsbefehl**), pois que inconcebível é a total estranheza de um caso ao Direito, em si mesmo (**Rechtsgedanke**). A mesma ressalva, segundo aquêle autor, é feita por Paulo de Lacerda em seus comentários ao Código Civil.<sup>5</sup>

Assim entendemos nós porque, sendo o Direito objeto da Justiça e comportando todo e qualquer ato humano apreciação valorativa em moeda de justo ou de injusto, claro é que

---

(4) *Apud* MÁRIO FRANZEN DE LIMA, op. cit., p. 95.

(5) V. MÁRIO FRANZEN DE LIMA, op. cit., p. 117, nota 1.

sempre haverá um direito para tôda e qualquer sorte de relações que se instaurar no convívio social. Por mais intrincadas, heteróclitas ou excêntricas que sejam estas, sempre hão de ter, como matéria-prima essencial, vontades livres e, pois, responsáveis, dando ou negando a cada um o que é seu.

8. Uma vez reconhecida a existência de lacunas no ordenamento jurídico, nasce o problema de seu preenchimento, dado que não se admite ao juiz abster-se de proferir decisão, sob o fundamento de que a lei é omissa.

Os meios geralmente indicados para êste provimento são: a analogia, os costumes, os princípios gerais de direito e a equidade. A vigente lei de introdução ao Código Civil Brasileiro, dec.-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, enumera os três primeiros:

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

9. Consiste a analogia, como remédio às lacunas do direito, em fazer aplicar a determinada relação de fato normas que se destinam, originariamente, a outra relação de fato, diversa da primeira, mas que com ela apresenta maior ou menor semelhança.

Ela opera com base no raciocínio a *pari ratione* e nada mais é do que a aplicação do aforismo *ubi eadem ratio, idem jus*. A analogia se apoia, como lembra Du Pasquier,<sup>6</sup> não sôbre a identidade de fatos jurídicos, mas sôbre a identidade da *ratio legis*.

Se se fundar em disposição singular de lei a analogia diz-se *analogia legis*; se nos princípios de todo o direito positivo, diz-se *analogia juris*.

A analogia é o processo clássico, por excelência, para preencher as lacunas do direito. Recomendou-o Juliano, con-

(6) CLAUDE DU PASQUIER, Introduction à la Théorie Générale et à la Philosophie du Droit, Delachaux & Niestlé S. A., Neuchâtel, 1948, p. 200.

forme se vê dêste texto: «*Non possunt omnes articuli singillatim aut legibus, aut senatus-consultis comprehendi; sed cum in aliqua causa sententia coram manifesta est, is qui jurisdictioni praest, ad similia procedere atque ita jus discere debet.*»<sup>7</sup>

Sôbre a utilidade da analogia diz Hermes Lima que «está em servir à expansão lógica das leis, mas analogia não cria nunca direito novo, é sempre descoberta de direito existente.»<sup>8</sup> O renomado mestre só tem razão no que toca à analogia como veículo de revelar o direito latente.

10. O emprêgo da analogia é, em regra, vedado nos domínios do direito penal. E isto porque vigora, aí, o princípio *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Mercê dêle, nenhum ato, por mais hediondo que seja, pode ser incriminado ou apenado sem que haja, antes de sua perpetração, texto de lei definindo-o como crime e estabelecendo-lhe a respectiva pena.

O princípio da prévia definição e cominação legal tem sido repellido em regimes onde prevalece uma concepção totalitária do Estado. Assim, por exemplo, dispunha o Código Penal Nacional-Socialista, da Alemanha, revisto em 1935:

«Art. 2º — É passível de pena quem quer que cometa um ato que a lei declara punível ou que, de acôrdo com a idéia fundamental de uma lei penal e de acôrdo com a sã consciência popular, merece ser punido».

Idênticamente, o Código Penal Soviético, no seu art. 16, consagra a permissibilidade do recurso à analogia, em matéria penal.

O comum, entretanto, é a proibição. No Brasil, Estado de inspiração libertária, a interdição não vem prescrita apenas na lei ordinária:<sup>9</sup> resulta de preceito constitucional.<sup>10</sup>

(7) *Apud* MÁRIO FRANZEN DE LIMA, op. cit., p. 95.

(8) Introdução à Ciência do Direito, Livraria Freitas Bastos S.A., Rio de Janeiro, 1954, p. 119.

(9) Código Penal, art. 1º.

(10) Constituição Federal, art. 141, § 27.

1. Clóvis Beviláqua define costume jurídico como sendo «a observância constante de uma norma jurídica não baseada em lei escrita.»<sup>11</sup> É o **jus moribus constitutum**.

Claro está que com o moderno movimento de codificações, decresceu enormemente a aplicação do direito costumeiro, pelo menos nos países ditos de direito escrito ou de direito continental.

Lambert<sup>12</sup> chama de **teoria romano-canônica do costume** aquela que se formou no direito francês anterior ao Code Napoléon (1804) e que foi, essencialmente, costumeiro. Segundo esta teoria, aceita, geralmente, pelos tratadistas, dois são os elementos constitutivos do costume: um externo, objetivo, que é a observância constante da regra; outro interior, subjetivo — a convicção de que a norma observada funciona como lei pela sua necessidade social. Ao primeiro destes elementos dá-se o nome de **consuetudo**; ao segundo de **opinio juris seu necessitatis**.

Pelo só fato de se compor destes elementos, razoável é que se socorra o juiz do direito consuetudinário para suprir lacunas no ordenamento jurídico, dado que, a rigor, a prática costumeira, aliada à convicção de sua obrigatoriedade, já é norma vigente na comunidade.

12. Acêrca da exata conceituação dos princípios gerais de direito reina na doutrina a mais acesa controvérsia.

Para alguns tratar-se-ia dos princípios gerais do direito natural.

Para outros, como Coviello, «são os princípios em que se assenta a legislação positiva, e, embora não se achem escritos em nenhum lugar, formam o pressuposto lógico necessário das várias normas dessa legislação.»<sup>13</sup>

Sustenta Clóvis que se trata «dos elementos fundamentais da cultura jurídica humana em nossos dias; das idéias e prin-

---

(11) Teoria Geral do Direito Civil, Livraria Francisco Alves, Rio de Janeiro — São Paulo — Belo Horizonte, 1953, p. 27.

(12) *Apud* CLAUDE DU PASQUIER, op. cit., p. 50.

(13) *Apud* HERMES LIMA, op. cit., p. 120.

cípios, sôbre os quais assenta a concepção jurídica dominante; das induções e generalizações da ciência do direito e dos preceitos da técnica.»<sup>14</sup>

Parece que a melhor explicação nos é dada por Del Vecchio. Insurgindo-se êste notável jurista contra a interpretação restritiva dos princípios gerais de direito, que os reduzem a princípios desta ou daquela ordem jurídica, apregoa uma exegese ampla, fundada na existência de uma **ratio juris** universal. Expondo-lhe o pensamento diz Hermes Lima:

«Segundo Del Vecchio o caminho para se descobrirem os princípios gerais do direito consiste em subir, por meio da abstração, das disposições particulares da lei a determinações cada vez mais amplas; com esta 'generalização, crescente' chegar-se-á integrar na esfera do direito o caso em debate.»<sup>15</sup>

Várias legislações recomendam, expresamente, os princípios gerais de direito como solução para as lacunas do ordenamento jurídico. Os Estatutos da Côrte Internacional de Justiça falam de «princípios gerais de direito, reconhecidos pelas Nações civilizadas».<sup>16</sup>

13. A equidade foi definida por Aristóteles com «a justa retificação do justo rigorosamente legal». A finalidade dela é corrigir a lei quando esta, por causa de sua generalidade, se aplicada a um caso concreto, produzir efeito contrário à justiça. Nestes têrmos conceituada, a equidade não é, pròpriamente, uma fonte supridora de lacunas manifestas do ordenamento jurídico, senão virtude de que deve lançar mão o aplicador, a fim de que a lei não contrarie os reclamos da justiça.

Como, entretanto, o fim do direito é o bem comum, pode-se, na perspectiva da causalidade final, considerar a lei que o desatenda como verdadeiramente inexistente, que a tanto vale o não aplicá-la. Ora, se a lei, em si justa, deve ser, à

---

(14) Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado, Livraria Francisco Alves, Rio de Janeiro — São Paulo — Belo Horizonte, 1956, vol. I, p. 88.

(15) Op cit., p. 120.

(16) Artigo 38, 1, c).

vista do caso ocorrente, considerada — para o caso — inexistente, nada obsta a que se repute, então, a equidade — que terá de intervir — como meio de que se vale o juiz para prover à lacuna concreta, específica que se terá formado.

Este mesmo caráter tem a equidade quando significa decisão segundo norma estabelecida pelo próprio juiz, diante de omissão material da lei ou de outra fonte que o legislador, porventura, tenha indicado. Tal é o caso a que dá margem o art. 1º do Código Civil Suíço, o qual assim dispõe:

«Aplica-se a lei a tôdas as questões de direito para as questões de direito para as quais, segundo a sua letra ou interpretação, contém um dispositivo específico. Deve o juiz, quando se lhe não depara preceito legal apropriado, decidir de acôrdo com o direito consuetudinário, e, na falta dêste, segundo a regra que êle próprio estabeleceria se fôsse legislador. Siga de perto a doutrina e a tradição consagradas.»<sup>17</sup>

14. Concluindo, afirmamos nosso parecer nos seguintes ítems:

I. É manifesta a incapacidade do legislador para prever, nas leis, todos os casos que demandam um disciplinamento jurídico.

II. Em consequência, as lacunas existem ou podem surgir, a qualquer momento, nos ordenamentos jurídicos, pôsto não seja possível a ocorrência de algum caso estranho ao Direito, em si mesmo.

III. A doutrina da plenitude lógica do direito positivo, sustentada pela escola histórica, não é mais do que ficção cerebrina e de todo dispensável. Isto não obstante, reconhecemos a possibilidade de presença nos ordenamentos jurídicos de princípios e normas latentes, capazes de resolver situações não visadas, expressamente, pelo legislador.

---

(17) Tradução de MÁRIO FRANZEN DE LIMA, *in po. cit.*, p. 239.

IV. A analogia, enquanto instrumento de explicitação do direito latente, não cria direito novo: apenas revela o já, virtualmente, contido nas leis. Desde, entretanto, que, desprezada das categorias legais e atenta aos dados e exigências da vida, enseja solução para casos não previstos, sequer implicitamente, pelo sistema do direito positivo é irrecusável que se lhe reconheça função jurígena.

V. Ainda que de emprêgo sensivelmente reduzido nos países de direito codificado, não se pode deixar de ter no costume elemento idôneo para o preenchimento das lacunas no ordenamento jurídico. Não há falar, porém, em costume jurídico, ausentes **consuetudo** e **opinio juris**.

VI. Os princípios gerais de direito têm caráter universal e decorrem da **ratio juris**. Para lhes fazer aplicação não há de o intérprete se cingir ao âmbito do direito nacional, senão que deve penetrar a essência do fenômeno jurídico, na sua visão ecumênica e supratemporal.

VII. A equidade, na acepção própria de retificação da lei quando a aplicação desta a um caso concreto — devido à generalidade dos termos dela — der em resultado efeito nocivo ao bem comum, não pode ser arrolada entre os meios para suprir lacunas consideradas **in abstracto**. Vista, entretanto, como solução especial para o caso concreto, ou como poder do juiz para elaborar a norma reguladora do caso **sub iudice**, tal como existe no Código Civil Suíço, não se lhe pode negar aquela função supletiva.