

UMA COMPREENSÃO RETÓRICA DA LACUNA JURÍDICA: PARA ALÉM DO VAZIO NORMATIVO E DA COMPLETEZ LÓGICA DO SISTEMA JURÍDICO

A RETHORICAL UNDERSTANDING OF THE LEGAL GAP: BEYOND THE NORMATIVE VOID AND THE LOGICAL COMPLETENESS OF THE LEGAL SYSTEM

Bernardo Montalvão Varjão de Azevedo*

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo principal propor uma compreensão retórica daquilo que a Teoria do Direito convencionou chamar de lacuna. Para tanto, vale-se da metodologia do *dissoi logoi*. Por isso, inicialmente, analisa a lacuna como um vazio normativo, como quer a Escola de Exegese. Posteriormente, examina o conceito como uma impossibilidade lógica, como sustenta Hans Kelsen. E, em um terceiro momento, sustenta, como resultado da pesquisa, que essa noção é uma oportunidade para construção da norma jurídica. Após o que é apresentada a conclusão.

ABSTRACT: The main purpose of this paper is to propose a rhetorical understanding of what Law Theory conventionally calls a gap. To this end, it makes use of the *dissoi logoi* methodology. For this reason, it initially analyzes the gap as a normative void, as the School of Exegesis would have it. Later on, it examines the concept as a logical impossibility, as argued by Hans Kelsen. And, in a third moment, it sustains, as a result of the research, that this notion is an opportunity for the construction of the legal norm. After that, the conclusion is presented.

PALAVRAS-CHAVE: Lacuna jurídica. Vazio normativo. Impossibilidade lógica. Oportunidade para construção normativa. Sistema jurídico.

KEYWORDS: Legal gap. Normative void. Logical impossibility. Opportunity for normative construction. Legal system.

SUMÁRIO: Introdução. 1 Lacuna: o vazio normativo. 2 Lacuna: a impossibilidade lógica. 3 Lacuna: a oportunidade para construção da norma jurídica. 4 Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A pergunta sobre o que é a lacuna jurídica é o problema da pesquisa deste trabalho. Ela, por sua vez, está relacionada à indagação sobre como se identifica uma lacuna jurídica, bem como sobre o questionamento referente a quem diz o que é a lacuna. Esses problemas e os seus desdobramentos serão explorados ao longo dos itens a seguir.

Eles, por sua vez, abrem a seguinte possibilidade de resposta: o que é lacuna jurídica depende da escola e do momento histórico em questão. Daí a importância de apresentar o problema ao longo de diferentes períodos e a partir de diferentes doutrinas, de modo a ressaltar a importância do contexto na elaboração das diferentes possibilidades de resposta, razão pela qual o tema será enfrentado à luz do positivismo do século XIX, inicialmente; posteriormente,

* Professor Adjunto da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia. Pós-doutorando em Direito pela Faculdade de Direito de Vitória. Doutor (2019) e Mestre (2009) em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Analista Previdenciário lotado na Procuradoria Federal Especializada do INSS. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3955-1999>.



a partir do normativismo jurídico do século XX, e, em um terceiro momento, com base na retórica realista já nos dias atuais.

A metodologia aqui empregada é a do *dissoi lógoi*, a qual parte da premissa de que a maioria dos assuntos jurídicos admite, no mínimo, dois pontos de vista diferentes. E o fundamento para isso é simples: o homem é a medida de todas as coisas. O que, por sua vez, não tem nada de novo, sendo essa a lição de Protágoras de Abdera, a qual é, sim, uma metodologia, na medida em que a hipótese da pesquisa é testada a partir da contraposição dos diferentes pontos de vista. Cabe lembrar que essa contraposição é sempre, e em um primeiro momento, um diálogo do autor com ele mesmo e, posteriormente, com aquele que o lê, o seu interlocutor.

Ademais, o problema que aqui se discute não é de cunho hermenêutico, sendo antes uma consequência do ceticismo de Sexto Empírico (2015, p. 83), o qual foi o primeiro a propor a dicotomia significante/significado. Esta também é a compreensão de João Maurício Adeodato (2020, p. 7) ao lembrar dos termos *semainon* e *semainomenon*, do que resulta, então, que a lacuna jurídica seja estudada a partir de uma compreensão retórica, na medida em que tem como características o ceticismo, o historicismo e o empirismo (ADEODATO, 2011, p. 7).

Dito isso, passa-se ao objetivo principal da pesquisa, o qual pode ser resumido do seguinte modo: sustentar, a partir da retórica realista, que a lacuna é uma oportunidade para construção da norma jurídica. Para que se chegue aí, no objetivo principal, antes serão enfrentados dois objetivos específicos. O primeiro, compreender a lacuna como um vazio normativo, e o segundo, entender a lacuna como uma impossibilidade lógica. Enfrenta-se agora o primeiro deles.

1 LACUNA: O VAZIO NORMATIVO

Na aurora do século XIX, diversas escolas de filosofia do direito surgiram, grande parte delas ligadas ao positivismo jurídico, movimento que, como gênero, angariava um número cada vez maior de adeptos. Enquanto o jusnaturalismo definhava, naquele início de século XIX, o juspositivismo, gradativamente, expandia-se. Graças a isso, escolas as mais diversas brotaram, entre elas, podem ser aqui lembradas, a título de exemplo, a Escola Histórica do Direito (ou Historicismo Jurídico), o Sociologismo Jurídico (em seus variados matizes), a Jurisprudência

dos conceitos, a Jurisprudência dos interesses, o Utilitarismo Jurídico e, sobretudo, a Escola de Exegese. (BOBBIO, 1995, p. 45-130)

A Escola de Exegese teve alguns ilustres defensores. A título de exemplificação, chama-se atenção aqui para os nomes de Alexandre Duranton, Charles Aubry, Maurice Bugnet, Frédéric Charles Rau, Jean Ch. F. Demolombe e Troplong. Para compreender melhor a sua história, o leitor deve tomar contato com a obra *L'école de l'exégèse en droit civil*, de Julien Bonnet, publicada em Paris, em 1924. A partir dela, é possível listar algumas características salutares dessa escola, quais sejam: a) a predominância do direito positivo sobre o direito natural; b) a defesa de um direito rigidamente estatal; c) a interpretação da lei fundada na vontade do legislador; d) o culto ou a adoração ao texto de lei (abominando-se, por isso mesmo, outras fontes, a exemplo dos costumes); e e) o respeito absoluto ao princípio de autoridade (BOBBIO, 1995, p. 84-89).

Pois bem, para essa escola, fortemente dedicada a comentar o Código de Napoleão (Código Civil francês, de 1804), a lacuna jurídica era compreendida como um vazio normativo. Dito de outro modo, o conflito jurídico para o qual o sistema legislativo não prevê uma norma que lhe corresponda. Isso porque, nesse contexto, o do legalismo, direito era apenas o que estava na lei e o código era compreendido como algo completo e coerente. Completo porque desprovido de lacunas. Coerente porque destituído de antinomias. Em razão disso, a pretensão que se tinha era: o código, se bem elaborado, é capaz de prever a “solução” para cada um dos conflitos jurídicos que viessem a ocorrer na sociedade (BOBBIO, 1995, p. 63-90).

Essa circunstância faz lembrar em muito a iniciativa empreendida pelo Código da Prússia (*Preussisches Allgemeines Landrecht*), o qual chegou a contar com mais de 19.000 artigos em seu texto, na esperança de, dessa maneira, prever a “solução” para todo e qualquer conflito. Um verdadeiro esforço para evitar a todo custo o fantasma da lacuna jurídica, o que, de certo modo, ajuda entender a famosa frase atribuída ao jurista francês Maurice Bugnet: “Eu não conheço o direito civil, eu ensino o Código de Napoleão” (“*Je ne connais pas le droit civil, j’enseigne le code Napoléon*”), mesmo que pesquisas posteriores tenham demonstrado que ele nunca a escreveu. Talvez a tivesse dito em sala de aula, mas nenhum documento atesta (BOBBIO, 1995, p. 67-71).

A essa altura da história, é preciso ressaltar que a compreensão de sistema já era conhecida. Sistema, para o ambiente jurídico, era compreendido como ordenamento jurídico.



E, por ser assim, era entendido como um conjunto de elementos iguais entre si e que estavam entrelaçados uns aos outros por força de uma finalidade em comum. Dito de outro modo, sistema era o conjunto de normas, relacionadas umas às outras, todas previstas em lei e, por isso, elaboradas, como queria o iluminismo jurídico, pelo poder legislativo. Disso se infere que o sistema era compreendido como um produto do poder legislativo, dele não fazendo parte, por exemplo, os costumes. A partir do que já se percebe a forte controvérsia mantida entre as Escolas de Exegese e a Histórica do Direito (FERRAZ JR., 2015, p. 43).

Enquanto a Escola Histórica do Direito defende o costume como fonte do direito, ojeriza a ideia de código, abomina a compreensão que sustenta que o direito é construído artificialmente pelo poder legislativo, com a Escola de Exegese tudo se passa de modo diverso. E, a partir dessa discrepância, não fica difícil inferir que também sobre o tema da lacuna não havia consenso entre as escolas. Se a Escola de Exegese negava veementemente a possibilidade de lacuna, Friedrich Carl von Savigny, um dos mais destacados membros da Escola Histórica do Direito, não tinha dificuldades em reconhecê-la. Afinal, para ele, o direito não era criado nos gabinetes dos membros do poder legislativo, resultando antes do próprio processo de convivência social (também, nesse sentido, BARRETO, 2001, p. 31-36). Daí ele falar em *Volksgeist* (LARENZ, 1997, p. 9-20) – espírito do povo – e sustentar que o direito é criado de baixo para cima, ou seja, do dia a dia em sociedade para o processo legislativo (BOBBIO, 1995, p. 45-62).

No entanto, talvez a maior das divergências entre as escolas resida na influência, ou não, que cada uma delas sofre do Iluminismo filosófico. Enquanto a Escola Histórica do Direito parece imune a tal influência, o mesmo não se pode dizer da Escola de Exegese, fortemente contaminada pela filosofia de Montesquieu e pelo seu apego ao princípio da separação dos poderes. Se o autor de *O espírito das leis* defendia que o “juiz deveria ser apenas a boca da lei” (MONTESQUIEU, 2003, p. 172), que a liberdade deveria ser compreendida como a permissão dada pela lei para agir de tal maneira, não é difícil inferir daí o repúdio que a Escola de Exegese tinha pela concepção de lacuna.

Afinal, admitir a lacuna seria, de outro modo, uma violação ao princípio da separação dos poderes, já que, como se entendia naquele momento, quem cria a norma é o legislador, o juiz apenas a aplica ao caso, sendo ela a mesma coisa que a lei. Por conseguinte, sustentar que o sistema jurídico não era completo e que, por isso, não havia uma norma para cada tipo de



conflito seria, em outras palavras, admitir que o juiz estaria autorizado a criar, no caso concreto, uma norma absolutamente nova, o que representava um acinte à segurança jurídica e aos ideais da Escola de Exegese (BOBBIO, 1995, p. 63-90).

Entretanto, como relata Norberto Bobbio (1995, p. 74) ao lembrar do artigo 4º do Código Civil francês (o Código de Napoleão), o problema da lacuna já encontrava ali, no século XIX, com diferentes pontos de vista. E é isso que se nota ao ler o texto do referido artigo: “Art. 4º O juiz que se recusar a julgar sob o pretexto do silêncio, da obscuridade ou da insuficiência da lei, poderá ser processado como culpável de justiça denegada”.

Diante de tal texto, duas possibilidades de interpretação eram colocadas na mesa. A primeira, o juiz que precisar de uma regra para suprir (ou integrar) a lei deve buscá-la no interior do próprio sistema legislativo, o que os teóricos do direito, atualmente, denominam *autointegração*. A segunda, o juiz que se deparar com uma lacuna deve buscar a referida regra no exterior do sistema legislativo, deduzindo-a de um juízo pessoal de equidade (o que significa recorrer a um sistema normativo – o moral ou aquele do direito natural – distinto do direito positivo), o que os juristas, na atualidade, chamam de *heterointegração*. Esta última opção é defendida por Jean-Etienne-Marie Portalis (1746-1807) ao fazer o seu discurso de apresentação do projeto do código diante do Conselho de Estado (BOBBIO, 1995, p. 75).

O aludido orador, em defesa de sua tese, lembrava ainda o texto do artigo 9º do Livro preliminar ao Código de Napoleão, o qual estabelecia: “Nas matérias civis, o juiz, na falta de leis precisas, é um ministro de equidade. A equidade é o retorno à lei natural e aos usos adotados no silêncio da lei positiva” (BOBBIO, 1995, p. 76).

Contudo, apesar de tais argumentos, o que prosperou, nesse período, foi a tese contrária. Como noticia Bobbio (1995, p. 77), a doutrina da época tornou o texto do artigo 4º letra morta na medida em que sustentou, veementemente, a tese de que, diante de uma possível lacuna, a recomendação aos juízes era, simplesmente, não julgar e aguardar o poder legislativo elaborar uma futura norma. E a doutrina assim se comportava, por força da filosofia iluminista que predominava no ar. Isso já permite inferir que, mais importante que o texto, é como ele é interpretado, donde resulta a relevância da doutrina na elaboração de metarregras

(ADEODATO, 2011, p. 206) ou normas de julgamento,¹ para usar a expressão de Herbert Hart (2001, p. 106).

Isso é bem destacado por Bobbio (1995, p. 77) ao relatar que a doutrina da época, no afã de impedir *a livre criação do direito por parte do juiz*, defendia que o texto do artigo 4º só poderia ser interpretado, e olhe lá, como uma autorização para a autointegração. E foi a partir dessa forma de interpretar o artigo 4º que se fundou a escola dos intérpretes do Código Civil (de 1804), conhecida como “Escola de Exegese” (*École de l’Exégèse*). Uma escola acusada de *fetichismo da lei* e que defendia que a interpretação do magistrado, quando necessária, deveria nortear-se pela *voluntas legislatoris* (vontade do legislador). É dizer, o juiz não pode criar uma nova norma por meio da interpretação, deve manter-se preso ao desejo do legislador (BOBBIO, 1995, p. 67-71).

O certo é que não demoraria muito tempo e logo surgiria, no início do século XX, uma nova escola com outra compreensão sobre a lacuna jurídica. Esta escola foi o normativismo jurídico, e seu maior expoente foi Hans Kelsen, o qual ousou sustentar o caráter científico do direito. Para tanto, recorreu às suas influências neokantianas e tentou explicar o direito a partir da ideia de norma, valendo-se, para isso, da lógica, o que o levaria a sustentar que o sistema jurídico era uno, completo e coerente. Mais uma vez, a lacuna era negada. Contudo, qual seria agora o argumento invocado para tanto? Isso é o que se verá no próximo item.

244

2 LACUNA: A IMPOSSIBILIDADE LÓGICA

Com o nascer do século XX, uma nova escola juspositivista surgiu: o normativismo jurídico. O seu maior expoente foi Hans Kelsen. Nascido em Praga, judeu, ele sustentou uma Teoria pura do direito. O seu afã era, a um só tempo, defender o caráter científico do direito e a sua autonomia em face de outros saberes, como a sociologia. Para tanto, ele concentra os seus esforços em uma empreitada: defender que o direito tem um objeto de estudo e um método próprios. O objeto pode resumido em uma pergunta: o que é a norma jurídica? E o método, por sua vez, em outra: como é possível estudar a norma jurídica de maneira científica?

¹ Uma das normas de segundo grau, de acordo o autor inglês. A ela se juntam duas outras: a norma de reconhecimento e a norma de modificação.



Para isso, Hans Kelsen, como bom neokantista que era, lança mão de uma abordagem lógica do direito (LARENZ, 1997, p. 91-108), o que permite afirmar que ele propõe um estudo analítico do direito, em que o personagem principal de sua teoria seria o “conceito de norma”. Daí a expressão “normativismo jurídico”. Logo, a ele não interessava saber o que motivou o legislador a elaborar a norma deste ou daquele jeito. Não importava também se a norma era justa ou injusta. Não tinha relevância saber qual era a finalidade social da norma. O que importava era: qual é a estrutura lógica da norma? E assim ele advogava, pois desse modo seria viável fazer uma análise o máximo objetivo possível da ciência do direito. Nota-se, assim, o modo como Hans Kelsen distingue o direito da ciência do direito. O primeiro, um todo composto de uma série de variáveis, por exemplo, elementos sociológicos, políticos e valorativos. A segunda, algo totalmente distinto, já depurado e que se destina a descrever o direito como ele é, e não como deveria ser.

É a partir de tais premissas que Hans Kelsen (2005) propõe uma concepção de sistema jurídico alicerçada no conceito de norma. O ordenamento, para ele, é um conjunto de normas organizado hierarquicamente e, por isso, com estrutura piramidal. E que tem como características a unidade, a completude e a coerência. Uno porque deriva de uma única e primeira norma, a norma fundamental. Completo porque a lacuna é uma ficção (nas palavras do autor). E coerente porque destituído de antinomias – conflitos entre normas de igual hierarquia e especialidade, no tempo e no espaço.

Chega-se, assim, ao problema da lacuna. Para Hans Kelsen (2005), a lacuna é uma ficção, porque ele não compreende o sistema jurídico a partir de um viés sociológico. Não interessa a ele se, de fato, algum conflito, na prática, não encontra no ordenamento, de modo expresso, uma norma jurídica. E é fácil de entender isso. Para ele, o sistema jurídico é uma construção lógica. É dizer, não é a descrição de uma realidade fática, mas um artifício do raciocínio lógico. Se é assim, Hans Kelsen lembra que o ordenamento jurídico é composto apenas de normas de conduta, normas destinadas a controlar o comportamento, mas que podem desempenhar três diferentes funções, a saber: proibir, ordenar e permitir. As normas que proíbem ou ordenam devem ser explícitas, mas as que permitem podem ser implícitas. Resulta daí o caráter fictício (ou de impossibilidade lógica) da lacuna.

Em outras palavras, se é permitido tudo que não é proibido. Primeira premissa. E se o permitido pode ser implícito. Segunda premissa. Então, aquilo que se chama de lacuna não é



uma ausência de norma, é, antes, uma ficção. Afinal, o comportamento já se encontrava regulado por uma norma, ainda que implícita, a qual permitia a conduta. É essa a conclusão do raciocínio lógico, do que se pode inferir que tudo que se chama de lacuna, na prática, para Hans Kelsen (2005), é um comportamento ou conflito já regulado por uma norma permissiva. Convém, então, dar um exemplo.

Suponha que algumas pessoas consumiam, durante o carnaval, lança-perfume. Admita, ainda, que, por engano, essa substância fora retirada da portaria do Ministério da Saúde que disciplinava a matéria. Desconhecendo esse último fato, uma patrulha da polícia militar prende em flagrante delito as referidas pessoas. Indaga-se: há falar em lacuna no presente caso? Evidentemente que não. Se tudo que não é proibido é, por isso mesmo, permitido, então, neste exemplo hipotético, forçoso é concluir que as pessoas que consumiram a substância devem ser colocadas em liberdade pela autoridade policial. Afinal, havia uma norma em vigor, mesmo que implícita. É esse o aspecto ressaltado por Hans Kelsen. Daí o autor falar em “ficção” ou em impossibilidade lógica. (KELSEN, 2005, p. 212-214)

Ademais, ainda segundo Kelsen (2005), a ordem jurídica não pode ter quaisquer lacunas, uma vez que o próprio sistema jurídico prevê como deve agir o juiz em tal caso. Se o juiz está autorizado a decidir uma disputa como legislador no caso de a ordem jurídica não conter nenhuma norma geral obrigando o réu à conduta reclamada pelo queixoso, “ele não preenche uma lacuna do direito efetivamente válido, mas acrescenta ao direito efetivamente válido uma norma individual à qual não corresponde nenhuma norma geral” (KELSEN, 2005, p. 213). Em outras palavras, quando o sistema jurídico prevê o que fazer diante de uma suposta lacuna – por exemplo, recorrer aos costumes, à analogia e aos princípios gerais do direito –, ele não está criando uma norma geral e abstrata, antes está permitindo a inserção de uma nova norma individual ao ordenamento.

Em adição a isso, Hans Kelsen (2005, p. 214) defende outra tese, a de que a alegação de lacuna tem um propósito, qual seja, mascarar, ainda que forma inconsciente, a seguinte fórmula: “o juiz está autorizado a atuar como legislador se a aplicação das normas gerais existentes lhe parecer injusta ou iníqua”. Como essa fórmula confere muita liberdade ao arbítrio do juiz, já que este poderia julgar a aplicação da norma criada pelo legislador inadequada em muitos casos, este é o motivo (provavelmente inconsciente) pelo qual o legislador usa a ficção das “lacunas



do direito”, segundo Hans Kelsen, que se refere a elas do seguinte modo: “[...] a ficção de que o direito válido pode ser logicamente inaplicável a um caso concreto” (KELSEN, 2005, p. 214).

Norberto Bobbio (1999) parece referir-se a essa situação por meio de outra nomenclatura: “lacuna ideológica”. Para ele, que fala em outras espécies de lacuna e não compreende o assunto da mesma maneira que Hans Kelsen, a tese da lacuna jurídica poderia, em muitos casos, prestar-se ao seguinte artifício: autorizar o juiz a criar uma outra e nova norma para o caso concreto quando este não concordar ideologicamente com a norma já existente, reputando-a, por exemplo, como injusta. Logo, a lacuna jurídica, nessa hipótese, não seria um vazio normativo, sendo antes o resultado de uma divergência ideológica entre a norma existente e aquela que o magistrado pretende estabelecer para fins de decisão do conflito. Norberto Bobbio, em sua obra *Teoria do ordenamento jurídico* (1999, p. 139-140), trata do assunto, bem como Claus-Wilhelm Canaris (2002, p. 239-240), ao falar da “lacuna de valores”, mas não ao modo de Hans Kelsen (2005).

Vale aqui transcrever as palavras de Hans Kelsen (2005, p. 215):

A teoria das lacunas no Direito, na verdade, é uma ficção, já que é sempre logicamente possível, apesar de ocasionalmente inadequado, aplicar a ordem jurídica existente no momento da decisão judicial. Mas o sancionamento desta teoria fictícia pelo legislador tem o efeito desejado de restringir consideravelmente a autorização que o juiz tem de atuar como legislador, ou seja, de emitir uma norma individual com força retroativa nos casos em consideração.

Como lembra Carlos Santiago Nino (2010), não se pode confundir a lacuna normativa com a valorativa. A primeira refere-se ao que se chamou aqui de “vazio normativo”. A segunda diz respeito ao que se denominou “lacuna ideológica”. Nino não compartilha do raciocínio lógico empreendido por Kelsen acerca do princípio da clausura (tudo que não é proibido é permitido). Apoiado em Alchourrón e Bulygin, ele entende que a expressão “permitido” admite dois sentidos, um implícito ou fraco, outro expresso ou forte. É dizer, um que admite que a permissão seja uma norma implícita, e outro que exige que a permissão seja uma autorização expressa. Donde resulta, segundo ele, a inadequação da afirmativa de Hans Kelsen. (NINO, 2010, p. 332-336)

Nino (2010) não concorda também com a ideia de que a autointegração seja o suficiente para afirmar que o sistema jurídico não tem lacunas. É dizer, para ele, ainda que o sistema contenha regras destinadas a orientar o juiz a como preencher eventuais lacunas, isso não



implica afirmar que elas não existam. Mais uma vez, recorrendo à doutrina de Alchourrón e Bulygin, ele rechaça os entendimentos de Del Vecchio e Recasens Siches (SICHES, 2010, p. 325-328), os quais defendem essa tese, e o faz dizendo: “[...] isso é tão ilógico quanto dizer que as calças compridas não podem ter buracos, porque sempre há costureiras que os remendam” (NINO, 2010, p. 336). Quer dizer, do fato de existirem recursos jurídicos para solucionar os casos de lacunas não se pode deduzir que estas não existam.

Tecidas tais considerações, cabe agora observar, por outro ângulo, este significante: “a lacuna jurídica”, e proceder a tal observação a partir da retórica realista, de acordo com a qual significantes não coincidem com significados. Daí resulta outra possibilidade de compreender o que é a lacuna. E é isso que se verá a seguir.

3 LACUNA: A OPORTUNIDADE PARA CONSTRUÇÃO DA NORMA JURÍDICA

É possível dizer que a linguagem admite três dimensões: a semântica, a sintática e a pragmática. A primeira dirige-se à relação entre o significante e o significado. A segunda volta-se à compatibilidade entre as categorias estudadas pela gramática, garantindo, assim, a estrutura a ser observada quando da construção de uma oração. E a terceira interessa-se pelo contexto que determina o sentido e o modo de emprego do significante, realçando, dessa forma, o uso comum. Elas não se encontram apartadas umas das outras, antes interagem entre si. Pode-se falar, contudo, na predominância de uma sobre as demais, a depender da corrente, entre os linguistas, que se adote.

Se é assim, não é difícil concluir que aqueles que compreendem a lacuna como um “vazio normativo” parecem abraçar uma compreensão de linguagem predominantemente semântica. Isso porque, para eles, o problema da lacuna é um problema de sentido (VILANOVA, 2010, p. 204). Afinal, a lacuna seria uma falta de correspondência entre o conflito e a norma que não existe. É dizer, entre o significante e o significado. Isso já revela uma compreensão estática da linguagem, como se ela fosse algo que não se modificasse no tempo. Logo, é possível fazer um paralelo entre o legalismo da Escola de Exegese e uma compreensão semântica da linguagem.

O mesmo se pode fazer entre o normativismo de Hans Kelsen e uma compreensão sintática da linguagem. Se a língua para sintática é uma questão de compatibilidade entre signos,



o sistema, para o normativismo, é a relação de compatibilidade lógica entre as normas que o compõem. Daí a sua compreensão de lacuna como uma impossibilidade lógica (VILANOVA, 2010, p. 204). Afinal, se tudo que não é proibido é permitido (princípio da clausura ou da plenitude do ordenamento jurídico) (ENGISCH, 1988, p. 309), como é possível existir lacuna, pelo menos para Kelsen? Dito de outro modo, se os signos (as normas) estão em relação de compatibilidade entre si, não há falar em uma frase (sistema) sem sentido (lacuna).

Porém, a retórica realista compreende o problema da lacuna de outro modo. Ela se identifica com a dimensão pragmática da linguagem, aquela segundo a qual o significado ou sentido das palavras é determinado pelo uso comum. Isso permite inferir que a linguagem é dinâmica, tem os seus significantes e significados alterados ao longo do tempo e determinados, sobretudo estes últimos, pelo contexto no qual estão sendo empregados. Significantes não coincidem com significados. Significados não são essências imutáveis. E não são os seres humanos que controlam o processo de mudança da linguagem, antes é esta que, ao se modificar, transforma aquilo que se chama de realidade. E, se é assim, por consequência, a própria ideia de lacuna.

249

Essa aproximação entre retórica e pragmática não é algo novo. Tercio Sampaio Ferraz Jr. (2015, p. 272-276), desde o fim da década de 80 do século XX, no Brasil, já ressaltava esse entrelaçamento. João Maurício Adeodato (2011, p. 156-157), ao estudar a fundo a retórica aristotélica e sofística, lembra também dos laços que ela guarda, por exemplo, com o pragmatismo. Reforça-se, assim, uma vez mais, que a compreensão retórica e sua relação com a pragmática da linguagem não é uma novidade dos dias que correm, sendo, antes, um resgate de uma velha tradição, para o que também contribuem os estudos do Realismo Jurídico escandinavo (ROSS, 2003, p. 174-184) e, mais recentemente, o pragmatismo jurídico norte-americano. (POSNER, 2007, p. 393-400)

Desse modo, a partir da perspectiva retórica, a lacuna é uma oportunidade para construção da norma jurídica. Isso porque, para a retórica realista, não há norma jurídica anterior à interpretação e à argumentação. O que precede tais operações é o texto de lei (o significante) e o caso (o evento), mas nunca o significado (a norma concreta). Este sempre coincide com o relato vencedor, o qual, por sua vez, deriva do controle público da linguagem (ADEODATO, 2020, p. 21-27). Daí não ser possível atribuir à retórica a defesa do ativismo judicial ou de qualquer coisa parecida com ele, pois o que se deseja, por meio do controle



público da linguagem, é exatamente impor certos limites à construção do sentido da norma jurídica, sendo esse também o propósito no caso da lacuna.

Isso se conjuga perfeitamente com a doutrina de Niklas Luhmann acerca da posição dos tribunais no sistema jurídico (LUHMANN, 1990, p. 166; LARENZ, 1997, p. 320-326). Para Luhmann, os tribunais ocupam o centro do sistema jurídico, ao passo que a legislação, a sua periferia. E isso decorre, basicamente, do princípio da proibição do *non liquet*, aquele que impõe a todo e qualquer magistrado que não deixe de julgar qualquer que seja o caso por força de lacuna. E é a partir dele que o sociólogo alemão afirma que não há lacuna (LUHMANN, 1990, 166). Afinal, se não é dado ao juiz deixar de decidir qualquer que seja o conflito jurídico, como é possível, segundo ele, falar em lacuna? Donde se conclui que a lacuna, como palavra, é, a rigor, uma oportunidade para construção da norma jurídica e, às vezes, por que não, pode estar travestida sob a forma de legislação-álibi. (NEVES, 2007, p. 36-40)

E é possível chegar à mesma conclusão por outro raciocínio, aquele sustentado por Bobbio, ainda que para defender a existência de lacuna em razão da falta de algum critério oferecido pelo sistema jurídico para decidir entre a norma geral exclusiva (tudo que não é proibido é, por isso mesmo, permitido) e a norma geral inclusiva (tudo que não é regulado expressamente deve ser disciplinado do mesmo modo que o caso a ele semelhante já previsto em norma) (BOBBIO, 1999, p. 137-139). E isso porque, mesmo na situação imaginada pelo jurista italiano, mais uma vez o protagonismo recai sobre os tribunais por força da proibição do *non liquet*. Afinal, mesmo quando o problema é escolher entre a norma geral exclusiva e a norma geral inclusiva, não haverá lacuna no direito, porque também aí caberá aos tribunais a escolha.

E até mesmo doutrinadores que se dedicam à defesa do pensamento sistemático, como é o caso de Claus-Wilhelm Canaris (2002, p. 241), parecem, em alguma medida, compreender a lacuna como uma oportunidade para construção da norma jurídica. É o que se pode depreender da doutrina de Canaris quando ele fala das lacunas no sistema como erupções de modos de pensar não sistemáticos. E, ao dizer isso, logo depois, afirma: “[...] abre-se, assim, um campo legítimo para uma forma de pensamento não sistematizada. Como tal refira-se, em primeiro lugar, a ‘tópica’” (CANARIS, 2002, p. 241), o que mais uma vez evidencia o protagonismo dos tribunais quando o assunto é lacuna. Do que não discorda Chaim Perelman (2004, p. 63) ao



afirmar que o problema da lacuna “nasceu com o princípio da separação dos poderes que impõe ao juiz a obrigação de aplicar um direito preexistente e que se supõe ser-lhe conhecido”.

Logo, a lacuna, a rigor, não existe, porque preenchida pelos tribunais, sendo antes uma oportunidade para construção da norma jurídica, para o que o estudo da retórica muito contribui. Afinal, quanto mais se estuda retórica, menos a retórica funciona (LAUSBERG, 2004, p. 77). Em outras palavras, negar a lacuna não ajuda a controlar o ativismo dos tribunais, antes se mostra mais inteligente entender como funcionam os tribunais e quais são as estratégias retóricas de que eles se utilizam, para assim tornar-se mais imune a elas. Se na medicina é o vírus que permite a vacina, no direito é o estudo da retórica que imuniza a sociedade em face do ativismo dos tribunais. Por isso, vale repetir: quanto mais se sabe retórica, menos a retórica surte efeito. Em outros termos, se o objetivo é se proteger de um mentiroso, aprenda como ele faz uso da mentira.

Disso resulta outra lição. É graças à retórica realista, uma retórica que também se interessa em estudar a erística, que se percebe que, por trás de toda alegação de existência de lacuna, há antes outra pergunta: quem diz se há lacuna? Dito de outro modo, antes de se discutir o que é a lacuna, o mais importante é saber: quem está autorizado pelo sistema jurídico a identificá-la? (ASCENSÃO, 2010, p. 435-436) E aí, uma vez mais, a resposta é: o juiz. Isso também mostra outro aspecto muito importante: quem diz que há uma lacuna precisa argumentar nesse sentido. Logo, a lacuna não é uma constatação, é um esforço de argumentação. Em outras palavras, seja quando se sustenta existir uma lacuna, seja quando se discute como preenchê-la, uma coisa é certa: ela é sempre uma oportunidade para construção da norma jurídica por parte do juiz². (NEVES, 1993, p. 228).

Contudo, não apenas do juiz. Isso porque, cada vez mais, cresce o protagonismo de outras instâncias de decisão, como as agências reguladoras, ao editarem as suas portarias; os indivíduos, ao confeccionarem os seus contratos; e os organismos internacionais, ao celebrarem aquilo que se convencionou chamar de *lex mercatoria* (FARIA, 2010, p. 43). Esses são apenas alguns exemplos. Disso resulta um sistema jurídico em forma de rede (MONTALVÃO, 2021, p. 406-413), o que também é explicado pela íntima relação entre a evolução dos meios de

² Por força disso, Richard Posner (2007, p. 369), citando Guido Calabresi, chega a sugerir que as *leis* se assemelham mais a *precedentes* do que a comandos, porque são “formulações experimentais de conceitos jurídicos que os tribunais são livres para rever com base na experiência acumulada desde a promulgação”.



comunicação e a evolução do direito (VESTING, 2015, p. 293-317). E que também sugere outra conclusão: na atualidade, o problema do sistema jurídico, com tantas e diferentes fontes, não é a lacuna, mas como ele acomoda as suas antinomias. Isso levou Tercio Sampaio Ferraz Jr. (2015, p. 181) a afirmar, a partir do teorema de Gödel, que “a completude só ocorre num sistema contraditório e o preço da consistência é a incompletude do sistema”. No entanto, isso é um problema de pesquisa para outro trabalho.

4 CONCLUSÃO

Tratou-se aqui do problema da lacuna jurídica. Inicialmente, ela foi concebida como um vazio normativo à luz do positivismo do século XIX, sobretudo do ponto de vista da Escola de Exegese; posteriormente, ela foi tratada, a partir do normativismo jurídico de Hans Kelsen, como uma impossibilidade lógica; para, em um terceiro momento, ser compreendida como uma oportunidade para a criação da norma jurídica, como quer a retórica realista.

Disso se conclui que o que se chama de lacuna jurídica, assim como qualquer outro significante, tem o seu significado condicionado ao contexto no qual é empregado, não havendo falar em um sentido prévio ao termo. Isso fica ainda mais evidente quando se levanta outra pergunta: quem identifica a lacuna? É dizer, quem diz se há, ou não, lacuna? A partir disso, nota-se, uma vez mais, a importância do controle público da linguagem na delimitação do sentido das expressões e, também, da lacuna jurídica.

252

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. O esvaziamento do texto e o controle das decisões jurídicas. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, Ahead of print, v. XX, n. X, p. 1-30, 2020.

ADEODATO, João Maurício. *Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo*. São Paulo: Noeses, 2011.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *O direito: introdução e teoria geral*. 13. ed. Lisboa: Almedina, 2010.

BARRETO, Tobias. *Introdução ao estudo do direito: política brasileira*. São Paulo: Landy, 2001.



BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*: lições de filosofia do direito. Tradução Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Apresentação Tercio Sampaio Ferraz Jr. 10. ed. Brasília: Editora UnB, 1999.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Tradução A. Menezes Cordeiro. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

EMPÍRICO, Sexto. *Contra os gramáticos*. Tradução Rafael Huguenin, Rodrigo Pinto de Brito. São Paulo: Editora Unesp, 2015.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Tradução J. Baptista Machado. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988.

FARIA, José Eduardo. *Sociologia jurídica*: direito e conjuntura. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo direito*: técnica, decisão, dominação. São Paulo: Atlas, 2015.

HART, Herbert. L. A. *O conceito de direito*. Tradução A. Ribeiro Mendes. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. Tradução Luís Carlos Borges. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LAUSBERG, Heinrich. *Elementos de retórica literária*. Tradução R. M. Rosado Fernandes. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

LUHMANN, Niklas. A posição dos tribunais no sistema jurídico. *Revista Ajuris*, Porto Alegre, n. 49, p. 149-168, 1990.

LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade*. Tradução Saulo Krieger. Tradução das citações em latim Alexandre Agnolon. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

MONTALVÃO, Bernardo. *Por uma nova concepção de sistema jurídico*: entre o passado e o futuro. Salvador: JusPodivm, 2021.

MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. Tradução Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2003.



NEVES, António Castanheira. *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

NINO, Carlos Santiago. *Introdução à análise do direito*. Tradução Elza Maria Gasparotto. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica*. Tradução Vergínia K. Pupi. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

POSNER, Richard. *Problemas de filosofia do direito*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ROSS, Alf. *Direito e justiça*. Tradução Edson Bini. Bauru, SP: Edipro, 2003.

SICHES, Luis Recasens. *Tratado general de filosofía del derecho*. 20. ed. México: Porrúa, 2010.

VESTING, Thomas. *Teoria do direito: uma introdução*. Tradução Gercélia B. de O. Mendes. São Paulo: Saraiva, 2015.

VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. 4. ed. São Paulo: Noeses, 2010.

254

Submissão: 14/04/2022

Aceito para Publicação: 24/06/2022

DOI: 10.22456/2317-8558.123734