

Lacunae e formas de integração do direito

Teoria do Direito 2
Profa. Rachel Herdy

Definição de lacuna

- Falta de uma resposta pelas fontes convencionais do direito
 - Diferente de falta de resposta satisfatória (lacuna axiológica ou valorativa)
- Ocorre quando há:
 - Falta de norma
 - Vagueza/ambiguidade
 - Antinomias não resolvidas

Dogma da plenitude ou completude

- Propriedade dos sistemas jurídicos que consiste na disponibilidade de uma qualificação normativa para qualquer caso
- Não há lacunas!
 - Seria o legislador onisciente?
 - Seria a linguagem sempre determinada?
- Sentido ideológico de lacunas

Exigência do Estado Moderno (monopólio da produção jurídica)

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 pudesse decidir com base em sua consciência, ou no juízo de equidade, não existiria lacuna (tampouco completude)

Críticas à completude

- Movimento do Direito Livre
 - Final do século XIX
 - Confiar no poder criativo do juiz

- Razões para o movimento
 - Envelhecimento das leis
 - Rápida transformação da sociedade (industrial)
 - Marxismo (novos agentes sociais – Partidos e Sindicatos)
 - Desenvolvimento da Sociologia Jurídica
 - O direito como 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? (Caos, anarquia)
- Exigência de justiça: certeza e previsibilidade!
- Os juristas precisavam de novos argumentos...
- Bobbio: o problema da completude passou de uma fase dogmática a uma fase crítica

Argumentos positivistas

- É preciso supor uma norma geral de clausura
 - 1º possibilidade
 - Reformular os limites do direito
 - Noção de “espaço jurídico vazio”
 - 2ª possibilidade
 - Supor que existe uma norma implícita
 - Noção de “norma geral exclusiva”

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 (C/-C)
- O direito nunca falta!
 - N1 = “É proibido estacionar aos sábados e domingos”
 - N1 (sombra) = “É permitido estacionar nos outros dias”
- Crítica: tal norma não faz sentido em algumas áreas

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.

Integrando lacunas...

- Existe lacuna sim
- O juiz precisa decidir
 - Criamos nova norma?
 - Resistência em admitir isso
 - Dizem que as lacunas são aparentes
 - Saída: interpretação!
 - Guastini: a interpretação tem duplo aspecto
 - Integra uma lacuna
 - Propõe que existe uma lacuna

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

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

Similaridades	Diferenças
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

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