

Lacunae

Profa. Rachel Herdy

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?
- Cuidado com o sentido ideológico de lacunas

Exigências 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 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 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...
- O problema da completude passou de uma fase dogmática a uma fase crítica



Argumentos positivistas

- É preciso supor uma norma geral de clausura
 - 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
 - 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

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*.

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.