

Lacunas.

Direito Público e Direito Privado

DR. LOURIVAL GONÇALVES DE OLIVEIRA

Advogado do Banco Central do Brasil em São Paulo

SUMÁRIO :

- I — INTRODUÇÃO — Tema — Posicionamento — Desenvolvimento.
- II — DIREITO — Variações de conceito — Conceito — Elementos fundamentais — Visão prática — Processo — Direito, sociedade e realidade — Indução — Dinâmica social.
- III — LACUNA — Controvérsia — Existência — Conceito — Complexidade — Aspectos — Lacuna de aplicabilidade — Lacuna, lei e direito — Surgimento — Lacuna, Direito e realidade — Questão concreta — Lacuna propriamente dita — Lacuna política — Teoria da incompletude — Teoria da completude — Norma geral negativa — Lacuna e seu caráter nacional.
- IV — DIREITO PÚBLICO E DIREITO PRIVADO — Aceitação — Oposição — Teoria das relações — Teoria do interesse — Campos de atuação — Distinção — Utilidade — Aspecto prático — Confusão moderna.
- V — LACUNA, DIREITO PÚBLICO E DIREITO PRIVADO — Tema central — Manipulação da oposição kelseniana — Direito público instituidor — Lacuna no direito privado — Direito comercial — Direito civil — Lacuna no direito público — Direito constitucional — Direito administrativo — Direito penal — Direito social — Lacuna no direito privado pátrio — Lacuna no direito público pátrio — Encontrabilidade.
- VI — CONCLUSÃO — Direito — Lacuna — Direito Público e Direito Privado — Existência da lacuna num e noutro ramo — A proibição ao *non liquet* e a "norma geral negativa" no ordenamento pátrio.
- VII — BIBLIOGRAFIA.

Procuramos desenvolver o tema proposto de forma clara, evitando divagações sem, por isto, deixar de esgotar, tanto quanto possível, a matéria.

Utilizaremos no decurso da apresentação conceitos nem sempre últimos ou, como muitos pretenderiam, científicos. Objetivaremos apenas alguns de sentido operacional para facilitar um discurso escalonado. A medida que o objeto de estudo torna-se complexo e a isto corresponda seu conceito, este fica operacionalmente restrito. Portanto, faz-se necessário o abandono momentâneo da correspondência.

O tema não é dos menos controvertidos. São múltiplos os conceitos, idéias e pontos de vista acerca de direito, sua divisão, o problema das lacunas em si, num e noutro ramo. Esta complexa multiplicidade cabe-nos abordar.

Não assumimos simples posição dogmática, doutrinária, apresentando-a e fechando-nos em castelo de defesa, mas com abertura deixamo-la ao exame.

Buscamos, assim, encontrar-nos no meio dos inumeráveis entendimentos, compreender com firmeza o elo de união entre direito, direito público e direito privado, responder a questões dos limites e utilidade da divisão, lacunas, seu conceito, existência ou não, seu encontro num ou noutro ramo. Muitas questões igualmente importantes serão apenas referidas e não explanadas por não constituírem tema de nosso trabalho. Pretender fazê-lo poderia exigir amplitude não aconselhável no momento.

— II —

DIREITO. Seu conceito varia segundo os autores em decorrência de ideologia e de interpretações históricas acerca de seu papel. Tome-mo-lo como o conjunto de normas jurídicas. Por conjunto entendamos reunião ordenada, abrangente; por normas, as determinações; por jurídicas, o fato de advirem de autoridade e serem capazes de gerar efeitos.

Washington de Barros Monteiro ⁽¹⁾ cita definição oferecida por Hadbruch, como muitos pensadores oferecem as suas, e que aqui também caberiam. Este homem do direito funda sua posição na manipulação, pela razão, do debate liberdade *versus* restrição, do que frutifica em positivação. Os elementos fundamentais do entendimento são: manipulação, razão, liberdade *versus* restrição, positivação. Levam-nos a entender o direito como fruto do trabalho, seja do exame e decisão legislativos, ou fruto da ocorrência reiterada, racionalmente trabalhado, entendido, diante das buscas de liberdade *versus* restrição dentro da sociedade entre indivíduos ou entre indivíduos e instituições, resultando

(1) MONTEIRO, Washington de Barros — *Curso de Direito Civil*. São Paulo, Saraiva, 1967, 5ª ed., vol. I, pág. 1.

em positivação no sentido de vigência e eficácia, não de redução a traços gráficos.

Clóvis Bevilacqua, (2) em seu *Teoria geral do Direito Civil*, apresenta visão bem prática do direito ao afirmar:

“Como resultado das indagações anteriores, estabelecemos que, sociologicamente, o direito é uma regra social obrigatória, quer sob a forma de lei, quer sob a de costume. É desse ponto de vista que Ihering o define: “complexo das condições existenciais da sociedade, coativamente asseguradas pelo poder público”. Olhando-o por esse mesmo aspecto, disse Stammler que o direito não é mais do que “o modo pelo qual os homens realizam, em comum, a sua luta pela existência.”

O ilustre jurista, embora dê relevância ao caráter social do direito com perigo de ofuscar inúmeros outros igualmente importantes, faz ressaltar o aspecto prático ao qual damos relevância; de conceito dirigido a realidade, a normas, fatos etc.

Cabem aqui comentários acerca do processo do direito, ou seja, acerca da técnica segundo a qual é formado o ordenamento jurídico. Não se trata do chamado processo legislativo que é a técnica de elaboração dos diplomas normativos.

Os indivíduos, na medida em que participam da sociedade, que nela surjam ou nela ingressem, por imposição das necessidades que lhe são características, materialização de seus anseios, abrem mão do poder de decidir acerca da própria liberdade. Dissemos propositadamente abrem mão do poder de decidir e não simplesmente abrem mão da própria liberdade. O alvo desta cessão é a expressão maior da sociedade, qual seja, o Estado que exercerá o poder de decidir acerca da liberdade dos cidadãos por intermédio do governo, um de seus componentes. Este, por sua vez, o fará pelos órgãos legislativos.

A medida em que os órgãos legislativos decidirem acerca da liberdade dos cidadãos, estabelecendo-lhe os limites, as restrições e as garantias por intermédio de imposições permissivas e proibitivas, segundo os interesses da sociedade e dos indivíduos, ponderadamente equilibrados, aí surge o direito. Tal direito será, portanto, induzido e não deduzido. Ele é levado, é formado pelas orientações estabelecidas a partir dos interesses ressaltados. Não se sobrepõe aos indivíduos, à sociedade, aos anseios comuns; apenas surge em decorrência deles, reconhecendo-os e organizando-os.

Da dinâmica social, do desenvolver constante da vida da sociedade, de seu tornar complexo a todo momento, e inegavelmente, também das inúmeras e sucessivas tentativas humanas de retomadas do poder de decisão acerca da própria liberdade, de forma decorrente, surge o dina-

(2) BEVILACQUA, Clóvis — *Teoria Geral do Direito Civil*. Brasília, Ministério da Justiça, 1972, 4ª edição, pág. 9.

mismo do direito, portanto posterior, pretendendo reestruturar-se e corresponder à realidade social por meio de novos e seguidos reconhecimentos e organizações.

— III —

LACUNA. Este é mais um dos controvertidos pontos no estudo do direito. As divergências crescem desde o início quando da formulação de conceito; a seguir, cabe-nos apresentar alguns pontos de vista representativos da multiplicidade de idéias a favor e contra sua existência e as circunstâncias que o envolvem.

Não são poucos os que lhe negam existência. Entre eles encontra-se Pinto Antunes (3) que transcrevemos:

“Confessar, admitir, que o sistema jurídico ... é insuficiente ... é declarar a falência da ordem jurídica ...”

Deixemos o ponto de vista do ilustre mestre.

Ter que iniciar seu estudo por estabelecer-lhe conceito não é fácil. A respeito, bem transcrevemos as palavras de Salmon: (4)

“En fait, le sujet est complexe, la notion même de lacune est confuse, la matière n'est pas de celles que l'on peut balayer d'une réponse simple.”

O reconhecimento das dificuldades a respeito é geral, o tema é sempre abordado por partes, poucos se definem e quase sempre deixam margem a complementações e contestações. (5)

Tomemos o conceito de Werner, (6) segundo o qual:

“La carencia de normas suele denominarse “laguna o vacío”. Ambas expresiones dan a entender coincidentemente que en un conjunto continuo se abre una discontinuidad, un hueco, una laguna, un vacío.”

O autor não é preciso, mas dá margem ao entendimento. Apresenta como elementos: conjunto e vazio. Tal conjunto seria aquele ao qual anteriormente havíamos nos referido, o direito, e o vazio, como indica implicitamente, a carência, falta ou ausência.

(3) ANTUNES, J. Pinto — Limitações ao Poder Judiciário na Constituição Brasileira. In *Revista Forense*, Rio de Janeiro, vol. 153, 1954, pág. 29.

(4) SALMON, Jean J. A. — Quelques observations sur les Lacunes en Droit International Public. In *Le Problème des Lacunes en Droit*, Bruxelas, Perelman, 1968, pág. 314.

(5) Dentre esses, Kelsen.

(6) GOLDSCHMIDT, Werner — *Introducción Filosófica al Derecho*. Buenos Aires, Depalma, 4ª ed., 1973, pág. 288.

Charles Huberlant, (7) citando o professor Du Pasquier, ressalta com grande oportunidade:

“... insuffisances de la réglementation.”

O jurista foi capaz de, em poucas palavras, conceituar de forma adequada, sob ponto de vista operacional, o que seja lacuna; não de forma esgotante, não apresentou os inúmeros aspectos cabíveis.

Salmon (8) continua nos oferecendo detalhes acerca do conceito de lacuna, identificando-a como:

“... l'ensemble de la réglementation, du sens des règles e de la manière dont on les applique.”

Com estas palavras temos entendido lacuna não só a simples ausência ou insuficiência de norma, mas, também, do seu sentido ou forma de aplicação. A norma sem interpretação ou sem aplicabilidade é falha por serem elementos intrínsecos a si e ao direito. Ao cuidar das falhas quanto à aplicabilidade das normas, Salmon esbarra na questão das antinomias. Cremos tratar-se de verdadeira lacuna e cujo exame mais detalhado abandonamos com o intuito de não desviarmos o ponto central do presente estudo. Tércio Sampaio Ferraz Jr. (9) assume a expressão “lacuna de conflito”, referindo-se ao pensamento de Klung. Não nos acanharíamos em dizer lacuna de aplicabilidade; duas ou mais normas existem teoricamente aplicáveis, surge o caso concreto, dá-se a incidência das mesmas sobre o caso, a questão é levada ao Judiciário, no exame entende-se pela diretiva diversa entre elas em relação àquele, conclui-se pela lacuna de aplicabilidade.

Diríamos que lacuna é ausência de norma, falta ou falha no conjunto do direito. Daí a dificuldade em delimitar lacuna da lei e lacuna do direito. O que há inicialmente é a falha normativa, o diploma legislativo incompleto, defeituoso, a seguir, a norma desejada e inexistente, ausente por completo; daí por que chegamos à idéia de lacuna no direito. A medida que os elementos são lacunosos e até mesmo ausentes, há repercussão no conjunto.

Questão que se põe é de como explicar o surgimento da lacuna no ordenamento jurídico. Faláramos do sentido reconhecedor e organizador do direito, seu papel de decidir acerca da liberdade dos indivíduos. Aí exercendo exame é que seremos conclusivamente levados a afirmar ou negar a lacuna. O problema é, antes de tudo, constituído por elementos concretos; a norma em si, ou o direito como todo, de um lado, e do outro o fato, a realidade. Ocorrendo hiato na conexão tentada, há lacuna; a lei específica, ou o direito, não foi capaz de reconhecer, organizar ou decidir de forma suficiente, ou de forma exigida.

(7) HUBERLANT, Charles — *Les Mécanismes Institués...* In *Le Problème des Lacunes en Droit*, Bruxelas, Perelman, 1968, pág. 29.

(8) SALMON, Jean J. A. — *Ob. cit.* à nota nº 4, pág. 327.

(9) FERRAZ JR., Tércio Sampaio — *Direito, Retórica e Comunicação*. São Paulo, Saraiva, 1973.

No rumo desse entendimento, somos levados a crer que toda lei considerada, o próprio direito, enfim, o ordenamento jurídico, é pressupostamente suficiente, correspondente a realidade. A medida em que relacionada com os fatos da dinâmica social, é que seremos compelidos a certa noção de lacunosidade. Solucionada esta, não há senão que desconhecer lacuna ou obter nova relação real ou hipotética capaz de indicá-la. Agora o campo da imaginação, o Judiciário é o local próprio para o relacionamento e o único capaz de lhe dar solução definitiva a partir da proibição do *non liquet*.

Se falamos em imaginação e relacionamento hipotético, foi ressaltando um exame didático enquanto não se procedesse ao exame concreto. A problemática das lacunas como de todo o direito é puramente prática, dá-se no campo do sensível. Ressaltando a questão das lacunas como prática e não simples imaginação idealística ou imposição dogmática, encontramos palavras de Karl Engisch: (10)

“Não nos é lícito presumir pura e simplesmente uma determinada regulamentação, antes, temos que sentir a sua falta, se queremos apresentar a sua não-existência como “lacuna”.”

O momento para a conclusão a respeito é condicionado, portanto, à oportunidade, à ocasião em que se contraponham direito e realidade. Tal ocorre junto ao Judiciário, excepcionalmente junto a um dos outros dois Poderes, quando um fato é o componente da realidade a ser decidido pelo julgador à luz do ordenamento jurídico. A discordância entre indivíduos ou entre indivíduo e Estado é oferecida; procurada a norma reguladora do relacionamento questionado, verifica-se sua ausência. Constata-se um caso de lacuna.

Cabem as palavras do já indicado Salmon: (11)

“Le problème des lacunes, ne l’oublions pas, ne se pose jamais *in abstracto* mais toujours à l’occasion d’un cas concret...”

Na mesma linha corre o entendimento de Luis Recasens Siches (12) ao ditar:

“Cuando para resolver un caso concreto y singular planteado ante el juez, no se puede hallar en ninguna parte del orden jurídico positivo vigente ni norma ni principio que directa o indirectamente se refiera a la situación o al conflicto sometido a jurisdicción, entonces se da lo que se llama una laguna o un vacío en el Derecho formulado.”

(10) ENGISCH, Karl — *Introdução ao Pensamento Jurídico*. Coimbra, Gulbenkian, pág. 227.

(11) SALMON, Jean J. A. — ob. cit. à nota nº 4, pág. 323.

(12) SICHES, Luis Recasens — *Tratado General de Filosofía del Derecho*. México, Porrúa, 4ª ed., 1970, pág. 325.

Cabe-nos ressaltar dois tipos de lacuna: uma, propriamente dita, refere-se a toda e qualquer insuficiência do ordenamento. Outra, política, seria a ausência normativa proposital segundo o desejo do legislador. Distingui-las, portanto, dependeria do conhecimento da posição interna do legislador, de larga margem de interpretação, de vasto subjetivismo; estaria, certamente, impregnada de relativismo.

A toda noção que desenvolvemos de direito lacunoso, ordenamento incompleto, norma insuficiente, chamaríamos de "teoria da incompletude" em oposição franca à "teoria da completude".

Acerca desta, Huberlant ⁽¹³⁾ cita palavras de Villary e afirma:

"La théorie de "la plénitude logiquement nécessaire de la législation écrite" ... consiste en "une vision simplificatrice de la réalité juridique".

Com ele nos colocamos ao reafirmarmos que uma noção ampla do direito em face da realidade é sempre complexa e aberta a falhas. Mas, simplificada seria a visão do direito ou da sociedade?

Salmon ⁽¹⁴⁾ não deixa de ser preciso:

"... un ordre juridique peut contenir des actes neutres ou juridiquement indifférents; c'est l'absence proprement dite de droit."

Diríamos, é o caso de lacuna, seja da lacuna propriamente dita, seja a política, tanto se havidas na fonte do ordenamento quanto posteriormente.

Kelsen, ⁽¹⁵⁾ assumindo a "teoria da completude", diz:

"... quando a ordem jurídica não estatui qualquer dever ..., permite esta conduta."

Com isto desenvolve a idéia da norma geral negativa segundo a qual o que não for proibido é permitido e, se o ordenamento não proíbe, não cabe falar em lacuna, não há o que discutir, é permitido. Disto concluímos que o filósofo resume o direito a normas proibitivas, ao menos acentua-lhe a tônica. À posição, Salmon ⁽¹⁶⁾ oferece a contestação de Michel Villary:

"L'ordonnement juridique ne se résume pas en ensemble d'interdits: il exprime des valeurs, consacre des droits."

Negando ou afirmando, proibindo ou permitindo, o ordenamento jurídico estará sempre exprimindo valores e consagrando direitos. *Concluí-*

(13) HUBERLANT, Charles — Ob. cit. à nota nº 7, pág. 35.

(14) SALMON, Jean J. A. — Ob. cit. à nota nº 4, pág. 316.

(15) KELSEN, Hans — *Teoria Pura do Direito*. Coimbra, Arménio Amado, 2ª ed., 1962, 2º volume, pág. 107.

(16) SALMON, Jean J. A. — Ob. cit. à nota nº 4, pág. 317.

mos o raciocínio de Villary dizendo que o direito está sempre reconhecendo, organizando ou decidindo, seja pela posição negativa ou afirmativa assumida.

As oposições ao pensamento de Kelsen não param em tais argumentos. Engisch ⁽¹⁷⁾ declara a respeito:

“Mas vai-se demasiado longe quando secamente se enuncia um “princípio geral negativo”, segundo o qual, sempre que não esteja prevista uma consequência jurídica no Direito positivo, a aplicação desta consequência jurídica é o *ipso* inadmissível.”

Não há como fugir a questão das lacunas. O jogo direito *versus* realidade é exercido pela função reconhecedora, organizadora e decisória do primeiro em face da dinâmica do segundo. Esse não consegue acompanhar aquela, mesmo porque impedido pelo seu caráter preponderantemente indutivo. A respeito, retomamos Siches: ⁽¹⁸⁾

“El desenvolvimiento tumultuoso y vertiginoso de nuevos hechos y problemas sociales, no solo no previstos sino que ni siquiera sospechados antaño por el legislador, ha aumentado también en gran magnitud el número de casos en que el juez se enfrenta con el problema de “lagunas” en el ordenamiento formulado.”

Bem afirmou nosso ex-professor de direito civil, Wilson Mello da Silva, ⁽¹⁹⁾ a respeito do já controvertido ponto:

“Em verdade, há que se reconhecer fosse simplesmente absurda a afirmativa de Menger, de que seria sem lacunas qualquer direito escrito vigente.”

As lacunas existem no direito à medida em que as normas aí estão ausentes ou demonstram-se insuficientes quando do seu papel reconhecedor, organizador e decisório, em face da realidade da vida social. Não preexistem aos fatos. A princípio, o direito é completo, a dinâmica social é que o levará, em caso por caso, a lacuna. A medida que a sociedade induz o direito, sua dinâmica induz a mobilidade deste, e no espaço gasto pela indução, no lapso entre a realidade social e a realidade jurídica feita insuficientemente ou ainda por se fazer, está ou surge a lacuna. A lacuna política é exceção.

Tércio Sampaio Ferraz Jr., ⁽²⁰⁾ em comentários, afirma:

“... o conceito de lacuna é um conceito operacional: lacuna é uma inadequação em relação a alguma coisa.”

(17) ENGISCH, Karl — Ob. cit. à nota nº 10, págs. 288-9.

(18) SICHES, Luis Recasens — Ob. cit. à nota nº 12, pág. 16.

(19) SILVA, Wilson Mello da — *Da Responsabilidade civil automobilística*. São Paulo, Saraiva, 1ª ed., 1974, pág. 334.

(20) FERRAZ JR., Tércio Sampaio — Ob. cit. à nota nº 9, pág. 142.

É interessante e, até diremos, fundamental a referência do estudioso do direito ao caráter relacional de lacuna. Aplicando a consideração precisamente ao campo jurídico, diríamos, paralelamente, inadequação do direito ao fato. Dentro da perspectiva, estaríamos abrangendo ausência e insuficiência de norma.

— IV —

DIREITO PÚBLICO E DIREITO PRIVADO. Esta divisão é quase universalmente aceita. Não é significativo o número dos que dela discordam em prol de um direito unitário quanto ao objeto. Estes poucos são aqueles que se opõem a uma já tradicional posição jurídica. As argumentações pró e contra são variadas. Kelsen ⁽²¹⁾ afirma-nos a respeito:

“Como se sabe, até hoje ainda não consegui alcançar uma determinação completamente satisfatória desta distinção.”

Qual o exato sentido de tais palavras? É comumente aceita a idéia de que se coloca entre os que negam a divisão do direito entre público e privado. Parece-nos que, de certo ponto de vista, parte do princípio da existência e rejeita-a diante de alguma complexidade ou dificuldade.

Exatamente no objeto está a divergência. São dois: as relações entre indivíduos e as relações entre indivíduos e Estado. Ambas se caracterizam com perfeição e distinção, e cada uma é objeto específico de determinada área do direito e só dela. Uma terá por objeto as relações entre indivíduos e a outra as relações entre indivíduos e Estado. São dois os objetos do direito. Um manuseado exclusivamente por uma área precisa, a do direito privado; outra, trabalhada com igual exclusividade por outra área, a do direito público.

A disposição acima parece-nos tão simples e clara que não seria capaz de compor debates. Tal pensamento vai ser característico daqueles que o dividem a partir da “teoria das relações”. Entre eles, encontramos Carlos Mouchet e Ricardo Zorraquin Becu ⁽²²⁾ que afirmam ser característico do direito privado reger relações dos particulares entre si e ressaltam a ampla margem de arbítrio e discricionariedade próprios do direito público.

Os limites entre um e outro ramos, fundamento da nomenclatura, é a participação do Estado nas relações.

Goldschmidt Werner ⁽²³⁾ apresenta citação romana capaz de bem distingui-los:

“publicum jus est, quod ad statum rei Romanae spectat; privatum, quod ad singulorum utilitatem.”

(21) KELSEN, Hans — Ob. cit. à nota nº 15, pág. 165.

(22) MOUCHET, Carlos, e BECU, Ricardo Zorraquin — *Introducción al Derecho*. Buenos Aires, Perrot, 7ª ed., 1970.

(23) WERNER, Goldschmidt — Ob. cit. à nota nº 6, pág. 326.

A idéia romana expressa bem a “teoria do interesse” de certa forma dependente de relativo subjetivismo. Segundo este já antigo entendimento, o direito público e o direito privado se distinguiriam pela existência ou inexistência de interesse do Estado em jogo nas relações. As determinantes da distinção seriam, no dizer de Henri Buch: ⁽²⁴⁾

“l'intérêt public” e “l'intérêt privé.”

Esta teoria torna bem mais amplo o campo do direito público. Não serão raros os casos próprios do direito privado como simples relações entre indivíduos que, na circunstância da apreciação judicial, serão trazidos a esferas próprias do direito público, por força do interesse estatal. O fato pode ser visto com facilidade no Brasil por previsão do artigo 125, itens I e IV, da Constituição Federal.

A distinção entre os dois ramos e suas especialidades é resultado do desenvolvimento social e do próprio ordenamento jurídico, em especial de sua evolução ideológica e suas conseqüentes implicações políticas. A respeito retomamos significativas palavras de Henri Buch: ⁽²⁵⁾

“Elle est la conséquence de la mise en évidence de l'individu dans la société. Sur le plan juridique cette division est l'inévitable antithèse de la thèse de l'unicité des pouvoirs de législation, de juridiction et l'administration aux mains du monarque.”

Surge, a seguir, o problema quanto à utilidade ou não da disposição direito público e direito privado; procura-se seu exame sob olhos pragmáticos. Citando Duguit, Mouchet e Becu, ⁽²⁶⁾ transcrevem em sua obra:

“Es la condición indispensable para estudiar con orden y método las numerosas reglas del derecho moderno.”

Com estas palavras que assumem, destacam elementos importantes no estudo utilitarista da divisão; complexidade do direito moderno e necessidade de estudo ordenado. Tais aspectos não podem ser abandonados na atualidade histórica, constituem realidade capaz de tornar imperativa a divisão. A própria ciência natural tomou grande impulso a partir do estudo ordenado e fundado na divisão em grupos e subgrupos, conforme as determinantes das características, dos elementos complexos da biologia e da botânica. A aplicação da idéia ao direito, abandonando momentaneamente o aspecto de exigibilidade, é aí exemplificada como útil.

(24) BUCH, Henri — Les lacunes en Droit Administratif. In *Le Problème des Lacunes en Droit*, Bruxelas, Perelman, 1968, pág. 448.

(25) BUCH, Henri — Ob. cit. à nota nº 24, pág. 448.

(26) MOUCHET, Carlos, e BECU, Ricardo Zorraquin — Ob. cit. à nota nº 22, pág. 312.

Tomemos as palavras de Carrio: (27)

“Las clasificaciones no son ni verdaderas ni falsas, son serviciales o inútiles; sus ventajas o desventajas están supeditadas al interés que guía a quien las formula, y a su fecundidad para presentar un campo de conocimiento de una manera más fácilmente comprensible o más rica en consecuencias prácticas deseables.”

Fácil é estabelecer a idéia da divisão e até mesmo executá-la no plano teórico do direito. Quanto à prática, no que pese a sua importância operativa, deparamo-nos com a dinâmica ou inquietação da humanidade, refletida no desenvolvimento das instituições como o Estado, a sociedade, a família, os indivíduos etc., capaz de promover certa confusão no estabelecer de seus limites.

A respeito desta relativa, mas crescente, confusão, apontamos Marcelo Caetano (28) em ponto de vista constante de comentários que realiza em face da tendência a interpenetração entre os ramos do direito, oportunidade em que ressaltando as origens civilistas do direito administrativo, termina por dizer:

“Corresponde esta influência do direito administrativo ao que já tem sido chamado a publicização do direito privado, consequência da invasão de esferas tradicionalmente abandonadas aos interesses privados pela crescente preocupação com os problemas sociais e pela intervenção do Estado...”

Notamos, portanto, uma certa problemática quanto à concepção de direito público e direito privado, sua divisão e estabelecimento de limites enquanto, pelo desenvolver do direito, já se torna discutível a plenitude utilitária ou satisfatória.

— V —

LACUNA. DIREITO PÚBLICO E DIREITO PRIVADO. Feitas nossas primeiras explanações, esta é a questão que se nos põe, o tema central de nosso estudo. Os inúmeros autores, muitos deles apresentados em nosso discorrer, com citações ilustrativas, após concordarem com a existência das lacunas, com a divisão do direito em seus dois grandes ramos, conhecem a questão de formas diversas. Uns aceitam sua existência no direito privado e negam-na no direito público, outros surgem com entendimentos diferentes. Dentro deste vasto e complexo mundo de aspectos múltiplos, é que pretendemos localizar-nos.

(27) CARRIO, Genaro R. — *Notas Sobre Derecho y Lenguage*. Buenos Aires, Perrot, 1ª ed., 1976, pág. 72.

(28) CAETANO, Marcelo — *Manual de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, Forense, 1ª ed. bras., 1970 — Tomo I, pág. 62.

Já não trataremos daqueles que renegaram as lacunas ou a divisão do direito, optando pela completude e unicidade. A partir de Kelsen conhecemos a curiosa linha de pensamento desenvolvida por Fernando A. Albino de Oliveira ⁽²⁹⁾ em torno da questão das lacunas no direito público e no direito privado.

Albino de Oliveira manipula o entendimento de Kelsen. Oferece o postulado "o que não é juridicamente proibido é juridicamente permitido" e pergunta acerca de sua aplicabilidade num e noutro ramo do direito. A seguir, declara a possibilidade pacífica no que se refere ao direito privado e as dúvidas emergentes à primeira vista quanto à aplicação no direito público. Através de verdadeiro artifício de pensamento, aplica a posição kelseniana da inexistência de lacunas, tanto, ao direito público quanto ao direito privado. Parece-nos posição artificial; o pensamento, detendo-se nos elementos da lógica, esquece-se de que o direito é, antes de tudo, realidade prática envolvida por fatores extralógicos, ideológicos, sociais, econômicos, morais etc., em constante e acelerada evolução.

Entre os que admitem lacunas e a bipartição do direito, é unânime o entendimento quanto a possibilidade de seu encontro no direito privado. Nas exemplificações, as matérias cível e comercial são comumente indicadas. O mesmo não ocorre em face do direito público. Aqui retornamos às divergências. Alguns, em maior parte, afirmam a inexistência, outros, a existência. Os primeiros mantêm posição assentada na idéia de que o direito público é instituidor: assim, o não instituído pelo direito inexiste no mundo jurídico e não há como ser considerado. Somos levados a crer que pensem em dizer que este ramo do direito é que determina a realidade. Isto nos parece improvável, pois, como já procuramos demonstrar, cremos em processo diverso segundo o qual a realidade induz o direito, este a reconhece e organiza.

Entramos no ponto crucial de nossas apreciações.

No direito privado, a questão, como apontada, é simples. Examinando tratados de direito comercial, encontramos a lacuna como comum. A respeito citamos trecho de Waldemar Ferreira ⁽³⁰⁾:

"Padece a lei escrita, com efeito, da contingência humana. Caminham-lhe os fatos na dianteira.

Avoluma o engenho do homem, descobertas e inventos.

Cria necessidades. Com elas, surgem novas condições de vida e desenvolvimento, senão de bem-estar e conforto. Nem todas se transfundem, desde logo, nos textos legais."

(29) OLIVEIRA, Fernando A. Albino de — A Norma Individual e o Problema da Lacuna. In *Revista de Direito Público*, nº 24, São Paulo. Revista dos Tribunais, 1973, págs. 103 a 109.

(30) FERREIRA, Waldemar — *Tratado de Direito Comercial*, São Paulo, Saraiva, 1960, 1º volume, pág. 402.

Na diferença direito-realidade o comercialista encontra a lacuna, ressaltando o aspecto indutivo desta para com aquele, apresentando como resultado de constantes e novas necessidades criadas pelo homem, lentas em face destas sempre a frente. Completa afirmando e localizando a questão no interior do direito comercial ⁽³¹⁾:

“Nada mais natural é não acompanhar a lei par e passo aos fatos, principalmente no comércio, . . .”

Waldemar Ferreira assim reconhece a existência da lacuna do direito comercial, portanto, no direito privado, e lhe dá especial ênfase ao reafirmar o aspecto lento do processo legiferante e a dinâmica da realidade, “principalmente” nas atividades comerciais.

Os atos do comércio se multiplicam, as compras e vendas cada vez mais avolumadas e passíveis de reflexos da inflação, da produção e do consumo, da mão-de-obra, dos sistemas financeiro e tributário. As modificações, adaptações, se sucedem e apenas posteriormente se lhes acompanha o ordenamento jurídico pela atenção das normas escritas, pela reiteração costumeira ou judiciária.

Entendimento semelhante ocorre em face do direito civil, reconhecendo-lhe a existência de lacunas. Ao tratar das antinomias no direito público, Jacques Hoeffler ⁽³²⁾ estabelece comparações com o direito civil onde as tem como certas. Sendo as antinomias forma de lacuna, como já havíamos pretendido, aí se encontram estas. Nesta área não são mais amplos os limites estabelecidos pelo poder de decisão estatal à liberdade individual. Correm à solta a imaginação e o evoluir das necessidades humanas. O correspondente atendimento é quase sempre imediato e não pouco leva às barras do Judiciário situações complexas e desconhecidas. Nem sempre a lei corresponde à realidade emergente e, não se lhe adaptando, deixa à jurisprudência a regulamentação de tais atos, segundo sua condução.

Ao interpretar o Código Civil, Carvalho Santos ⁽³³⁾ faz considerações em torno das lacunas, apoiando-se no texto do artigo 7º do Código. Comenta-nos ele:

“Pressupõe-se aqui a lacuna da lei.”

Realmente o artigo, ao tratar de “casos omissos”, reconhece a omissão do legislador para com aspectos da realidade preexistente ou posterior ao texto.

Clóvis Bevilacqua ⁽³⁴⁾ diz:

“O Código Civil é um organismo, um corpo de leis, em que se aglutinam as normas referentes ao direito privado comum. Des-

(31) FERREIRA, Waldemar — Ob. cit. à nota anterior, pág. 404.

(32) HOEFFLER, Jacques — Les Antinomies en Droit Public. In *Les Antinomies en Droit*, Bruxelas, Perelman, 1965.

(33) SANTOS, Carvalho — *Código Civil Brasileiro Interpretado*. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1963, 10ª ed., v. 1, pág. 103.

(34) BEVILAQUA, Clóvis — *Teoria Geral do Direito Civil*. Brasília, Ministério da Justiça, 4ª edição, 1972, pág. 35.

prende-se da legislação, de cuja evolução representa fase nova, e, para suprir as suas deficiências, estabelece os recursos da interpretação, da analogia, e dos princípios gerais do direito.”

O autor de nosso Código Civil apresenta em tal texto aspectos importantes do entendimento da questão abordada. Relaciona o direito civil com o direito privado e nele admite a lacuna sob a denominação não incomum de deficiências, para, a seguir, já abordar aspectos da solução. A lacuna como deficiência normativa já fizemos menção anterior.

Washington de Barros Monteiro ⁽³⁵⁾ assume a mesma posição ao distinguir o direito público e o direito privado, neste inserindo o direito civil, no qual reconhece lapsos de ordenamento.

Entremos na questão das lacunas quanto ao direito público procurando demonstrar algumas posições e transcrever alguns entendimentos. Parece-nos já pacífica a posição deste estudo quanto a estas e o direito privado.

Iniciemos por fazer demonstrações em torno da expressão máxima do direito público, qual seja o direito constitucional. A respeito encontramos obra do professor belga A. Vanwelkenhuyzen, ⁽³⁶⁾. Dele ressaltamos:

“On oublie trop que la Constitution belge n'a prévu explicitement le cas rare qui nous occupe, mais elle serait vraisemblablement l'instrument le plus incommode de notre existence nationale.”

O autor é claro em ressaltar o aspecto restrito do texto constitucional belga e a decorrente possibilidade de lacuna; por outro lado, critica um alongamento da Carta Magna, capaz de vir a tratar dos casos, afastar lacunas e se tornar num incômodo. As observações do ilustre professor acerca de sua Constituição podem ser estendidas ao exame das demais. De um lado, encontra-se a pequenez do texto e a possibilidade de lacunas; doutro, a complexidade e o decorrente incômodo.

Outra importante e complexa área do direito público é o direito administrativo. Por ele são regidas as relações do Estado para com particulares e tratados os assuntos de interesse público.

A respeito, Henri Buch ⁽³⁷⁾ tem posição *sui generis* ao inverter conceito de lacuna tradicionalmente aceito, aplicando-o ao direito administrativo. Assim nos diz:

“Dans notre matière l'absence d'une norme, d'une règle pour un cas ou un rapport donnés, ne signifie pas qu'il faille y voir

(35) MONTEIRO, Washington de Barros — Ob. cit. à nota n° 1.

(36) VANWELKENHUYZEN, A. — De quelques lacunes du Droit Constitutionnel Belge. In *Les Problèmes des Lacunes en Droit*, Bruxelles, Perelman, 1968, pág. 340.

(37) BUCH, Henri — Ob. cit. à nota n° 24, págs. 454/55.

une lacune au sens où ce terme a été pris jusqu'à présent. Certes on pourrait parler de lacune "volontaire", mais il ne semble pas que ce serait rendre compte de la réalité."

Ainda de forma mais clara, completa: (38)

"Dès lors on peut dire que la lacune en droit administratif est en réalité un empêchement d'agir, un obstacle à l'action administrative."

Em obra publicada, o ilustre jurista português, Marcelo Caetano, (39) sustenta a existência das lacunas na ordem jurídica e, admitindo-a no direito administrativo, também a reconhece no direito público.

Questão tida como certa no mundo jurídico é aquela da inexistência da lacuna no direito penal.

Encontramos em obra de Robert Legros (40) ponto de vista preciso:

"Mais des lacunes objectives n'existent pas en droit. Singulièrement en droit pénal."

Neste sentido entendemos pelo texto de Legros a admissão de algum lapso na lei, sanável, a seguir, pela ação judicial e o que o leva a inadmitir uma lacuna no ordenamento.

Sabe-se que o direito social, abrangendo os domínios do direito trabalhista e do direito previdenciário, imbuído de explícito interesse público, tomado de característicos os mais complexos, obtidos de um e outro ramo do direito, é eminentemente dinâmico, modificável. Nele bem se põe a problemática das lacunas.

Ensina-nos Louis Duchatelet, (41) no estudo das lacunas na legislação social belga:

"... le problème de la lacune, et ceci est probablement plus vrai en matière de législation sociale que dans d'autres branches du droit."

A lacuna surgindo da diferença entre dinâmica jurídica e dinâmica social, do descompasso entre ambas, ocorre também nesta área do direito. A respeito encontramos menção à evolutividade do direito do trabalho como de todo o corpo jurídico: (42)

"A afirmação de que o direito do trabalho não é estático e de que sua interpretação deve acompanhar as modificações da

(38) BUCH, Henri — Ob. cit. à nota nº 24, pág. 457.

(39) CAETANO, Marcelo — Ob. cit. à nota nº 28.

(40) LEGROS, Robert — *Considérations sur les lacunes et l'interprétation en Droit Pénal. In Les Problèmes des Lacunes en Droit*, Bruxelas, Perelman, 1968, pág. 363.

(41) DUCHATELET, Louis — *Le Problème de la Lacune en Législation Sociale. In Le Problème des Lacunes en Droit*, Bruxelas, Perelman, 1968, págs. 427-428.

(42) SUSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas — *Instituições de Direito do Trabalho*, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 4ª edição, 1966, vol. I, pág. 224.

vida social é a mesma que faz o sistema histórico-evolutivo a respeito da aplicação do direito em geral.”

O entendimento leva-nos a concluir pela possibilidade de existência de lacuna no direito social, ou a lacuna a constatar.

Procuramos, de agora em diante, levantar alguns aspectos que supomos lacunosos do direito pátrio. Não citaremos casos concretos, apenas faremos referências a situações conhecidas pela prática ou oportunidades hipotéticas. Servirão como ilustrações.

É conhecida a rápida evolução do comércio e suas atividades correlatas; é franco o processo de desenvolvimento econômico brasileiro. No direito comercial notamos um hiato com esta realidade, favorecida pela fertilidade imaginativa de nosso povo, quando do surgimento dos consórcios de autofinanciamento voltados principalmente para o comércio de veículos automotores. Multiplicaram-se desordenadamente por toda parte, atendendo os interesses dos consorciados ou decepcionando-os com o insucesso. Era uma nova forma de atividade financeira, associativa e primordialmente comercial que surgia. A respeito não existiam normas reguladoras precisas. Foi tal a repercussão da novidade que apressaram-se em regulamentá-la; ela exigiu uma manifestação do direito até então vazio a seu respeito. Aí existiu uma lacuna por algum tempo e não foram poucos os casos práticos que a demonstraram.

Também no ramo do direito privado, agora na área do direito civil, encontramos a problemática. Em regiões brasileiras ainda em desbravamento, onde predomina o aventureirismo, muitas vezes inteligente, andam ocorrendo as questões mais curiosas em torno da terra. Entre elas existe uma de contratos. A matéria é civil, de direito privado, portanto nela prevalece a vontade das partes; as limitações da lei são gerais e parcimoniosas. Entre estas a caracterização de tais procedimentos, importante para posteriores debates junto ao Judiciário.

Assim é que, num só contrato, cuida-se da terra, bem imóvel, de suas águas e benfeitorias, das matas e do solo, dos limites, marcos e cercas, do uso, beneficiamentos, melhoramentos, servidões, arrendamento e subarrendamentos, locação e sublocação comercial, industrial e residencial, do comodato e subcomodato, da compra e venda, estabelece prazos e suas condições, refere-se à sucessão, às formas de pagamento e quitação em cada um dos casos cabíveis, negocia-se o foro etc., em centenas de intrincadas cláusulas de difícil entendimento que levam umas às outras conforme os fatos e suas circunstâncias. Qual a específica natureza de tais contratos? A legislação não a indica, estes, engendrados talvez por maliciosa imaginação, ultrapassam-na. Aí está uma hipótese de lacuna, real e existente nas varas de inúmeras comarcas, gritando por solução e alegando um passo além da norma.

Passando ao exame de áreas próprias do direito público, examinemos, inicialmente, a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 1946, já não mais em vigor. Ali encontramos uma lacuna

de direito constitucional argüida em nosso Judiciário e que por longo tempo gerou discussões em tribunais. Trata-se da previsão conjunta de seus artigos 34 e 35. O primeiro refere-se aos bens da União e o segundo aos bens dos Estados. Nenhum deles refere-se a ilhas oceânicas. Estas, por sua vez, constituíam-se em realidade palpável tal qual a própria Constituição. Acerca delas calou-se o texto da Carta Magna. De quem seriam? Da União ou do Estado a cuja costa correspondessem? Ou seriam tratadas na categoria de terras devolutas? Pela diligência constituinte, este vazio já não existe, sanado está com a atribuição das mesmas ao patrimônio da União. Serviram-nos, no entanto, de contundente exemplo. E se melhor examinarmos o problema, notaremos que não se põe apenas ao nível constitucional para atingir mesmo o direito administrativo e outros.

Imprecisão encontramos na Constituição Federal em vigor e que a doutrina supriu. Em capítulo acerca do sistema tributário refere-se a impostos, taxas, contribuição de melhoria e empréstimo compulsório. Assim procedendo, lhes dá explicitamente o caráter tributário. Já no título acerca da ordem econômica e social, ao referir-se à intervenção no domínio econômico e monopólio, fala em contribuições destinadas ao seu custeio. Surge a dúvida de grande importância prática: qual o caráter de tais contribuições?

A respeito de lacunas no direito administrativo, podemos oferecer um exemplo cuja constatação à luz da legislação brasileira dependerá do surgimento de oportunidade prática. É, portanto, uma mera possibilidade que ressaltamos. O Decreto Federal nº 73.140, de 9 de novembro de 1973, que regulamenta as licitações e os contratos relativos a obras e serviços de engenharia, e dá outras providências, em seus artigos, restringe ambas as modalidades aos bens públicos. Assim, entenderemos por obras e serviços as prestações específicas quando realizadas sobre bem público. Estes estão bem enumerados no texto constitucional e tratados na legislação. Uma questão se põe: uma repartição do serviço público aluga imóvel particular para nele instalar parte de suas atividades; com o tempo tornam-se necessárias algumas reparações e melhorias. O poder público dispõe-se a fazê-las segundo as normas existentes. Quanto à regulamentação notar-se-á uma insuficiência: o regime do decreto em referência aplica-se ao caso do imóvel locado de particular?

Examinando nossa codificação penal, ali encontramos elementos protetores dos direitos tributários da União, da moeda nacional, combatentes ao contrabando e descaminho. A legislação especial reforça-a em inúmeros aspectos. No entanto, nada encontramos que penalize a compra de moedas estrangeiras no câmbio negro do mercado interno e sua condução para o exterior. O fato parece-nos provocar os mesmos danos materiais e morais que os acima indicados e, ao contrário, não ser tipificado. Trata-se de alguma lacuna no direito penal pátrio? Pergunta semelhante poderia ser feita durante muito tempo quanto a múltiplos aspectos dos transplantes ora regidos pela normatização jurídica. Inúmeras outras questões ainda hoje encontramos como a

do controle da natalidade e métodos anticoncepcionais, a inseminação artificial etc.

Inadmitindo-se a interpretação analógica no direito penal e permitindo-se a interpretação extensiva, tal como têm preconizado nossos doutrinadores. (43) não estaríamos propondo forma de solução de lacunas e, portanto, admitindo-as? Eis aí questão que estudos mais extensos que este poderiam abordar.

A lacuna, vínhamos afirmando, é decorrente do hiato entre direito e realidade; surge na medida em que o direito se apresenta vazio ou insuficiente em reconhecer ou organizar a realidade. Dentro do entendimento, esta existe à medida em que possível a constatação, no momento de feitura da norma ou *a posteriori*.

Tais concepções são perfeitamente encontráveis no direito público e no direito privado. Em ambos encontramos norma, realidade e relação entre ambos, dando, assim, a oportunidade à constatação da lacuna. Esta já existia desde o momento da efetivação do rompimento direito-realidade, seja à época de formação do direito, seja quando do andar rápido da realidade.

Por tal raciocínio chegamos à existência de lacunas em ambos os ramos do direito. A sua constatação há que ser prática e em tal momento será inevitável. Quando verificamos a conexão direito-realidade para conhecermos a plenitude ou lacunosidade do direito, não perguntamos se os fatos são de matéria pública ou privada. Não há de se saber se há presença do Estado na relação ou se manifesta algum de seus interesses. A lacuna existirá independentemente do tipo de relação ou interesse em jogo.

— VI —

CONCLUSÃO.

O tema em estudo e a questão proposta não são fáceis, sua complexidade é vasta. As doutrinas multiplicam-se a respeito, conforme um e outro dos ordenamentos nacionais, geralmente ao sabor das ideologias, dos enfoques. O maior problema para o trabalho é a discutibilidade dos conceitos, a capacidade operacional variável.

Direito é o primeiro conceito a ressaltar; como os demais cumpre ser simples, menos preciso por mais utilizável com facilidade na exposição. Tomamo-lo como proposto, conjunto de normas jurídicas. Seus elementos: formal, a norma; material, a sociedade dinâmica. O papel primordialmente assumido é o de reconhecedor e organizador das instituições e decisório quanto aos limites da liberdade individual. Induzido pela realidade.

Lacuna é aquele hiato entre o direito concretizado, seu papel reconhecedor, organizador e decisório, e a realidade social. Caracteriza-se

(43) HUNGRIA, Nelson — *Comentários ao Código Penal*, Rio de Janeiro, Forense, 4ª edição, 1958, Volume I, Tomo I, pág. 87.

por carência ou insuficiência. Abrange as chamadas antinomias à medida em que vistas como lacunas de aplicabilidade. Surge quando o direito não reconhece, organiza ou decide como impõe a realidade, na medida em que nega seu aspecto indutivo. Não há que se falar em lacuna hipotética, surge no exame do caso concreto, esta tem apenas função didática, não é parte da realidade. Podemos vê-la como propriamente dita ou política. Existe no direito à medida que visto pela "teoria da incompletude" em oposição à idéia simplista da "teoria da completude". É claro é visível seu caráter relacional; trata-se do defeito emergente ou preexistente entre forma e matéria, como dissemos, entre norma e realidade preponderantemente dinâmica.

Direito público e direito privado são as divisões, problemáticas e controvertidas. As argumentações pró e contra são as mais contraditórias. Aceita-se sua possibilidade a partir da diferença de objetos, indivíduos e estado, sob os auspícios da "teoria das relações" ou da "teoria do interesse". É exigência da crescente dinâmica do próprio direito. Sua utilidade é didática. Difícil é estabelecer-lhe limites cada vez mais complexos a ponto de já se tornar, novamente, discutível sob o ponto de vista do utilitário e do satisfatório.

Para verificarmos da ocorrência, existência, de lacunas num e noutro destes ramos do direito, teremos que tentar colocar-lhes sua idéia; de buscar no processo de formação de cada um aquela ausência ou insuficiência que procuramos tratar. São inumeráveis os autores que as encontram no direito privado e alguns outros que as vêem no direito público. No ordenamento brasileiro de um e outro direitos também encontramos-las. São inumeráveis, quase impossível uma relação de todas elas. Vão surgindo à medida que a dinâmica social cresce e se tenta, por meio dos tribunais, a solução dos conflitos decorrentes.

Lacunas existirão no direito, no público e no privado, quando, num ou noutro, suas normas não corresponderem à realidade por inexistência ou insuficiência, falhando quanto ao aspecto reconhecedor e organizador das instituições e decisório acerca dos limites da liberdade individual, como já indicados. Sua existência em ambos os ramos é ainda mais explícita quando o próprio ordenamento as reconhece e muitas vezes procura saná-las com seus próprios elementos ou remete a busca de solução em elementos externos.

Quando examinamos a questão das lacunas em face do direito público e do direito privado, tomando para manipulação a realidade jurídica brasileira como muitas vezes fizemos no decorrer da exposição, duas menções se fazem necessárias. Uma a proibição ao *non liquet* e outra a "norma geral negativa".

A proibição ao *non liquet* é um preceito de nosso ordenamento, as instruções a respeito do preenchimento de lacunas são, na realidade, um reconhecimento implícito das mesmas. Se proibimos o juiz de deixar de julgar sob alegação de falta de norma a respeito, é que aventamos a possibilidade de falha do ordenamento. Se oferecemos instru-

ções para combater os casos de ausência ou insuficiência normativa, com uso de elementos próprios ou remessa a elementos externos, automaticamente estaremos reconhecendo a hipótese da lacuna e reafirmando a proibição anterior. É o que ocorre, e os conflitos oriundos da dinâmica social oferecidos ao Judiciário para solução demonstram-no.

Não cabe dizer que o ordenamento, oferecendo seus próprios elementos para sanar as lacunas, descarta-lhes a possibilidade. Se possuímos uma montanha com pedras e terra abundantes e nela uma caverna e preenchemos o vazio desta com a terra e pedras daquela, reconhecemos a existência da caverna que destruimos. Não é porque a montanha dispõe dos elementos suficientes ao preenchimento da caverna que esta inexistente!

Outra rápida e conclusiva consideração se faz necessária quanto ao contido no § 2º do artigo 153 da Constituição Federal que parece consagrar a “norma geral negativa”. Tal consagração afastaria toda e qualquer lacuna do direito pátrio, seja público ou privado. Na realidade, trata-se de consagração da lei, de seu primado, de um certo liberalismo muito característico do constitucionalismo brasileiro. A própria realidade de nosso ordenamento demonstra a possibilidade de lacunas, a realidade social, sua ocorrência. Se estas lacunas são realidade irrefutável e oposta ao princípio da “norma geral negativa”, o preceito indicado não é, como não pode ser, sua consagração.

— VII —

BIBLIOGRAFIA

- 1 — ANTUNES, Pinto — “Limitações ao Poder Judiciário na Constituição Brasileira”, in *Revista Forense*, São Paulo, Forense, vol. 153, 1954.
- 2 — ATALIBA, Geraldo — “Normas gerais de Direito Financeiro e Tributário e autonomia dos Estados e Municípios”, in *Revista de Direito Público*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, nº 10, 1969.
- 3 — BECU, Ricardo Zorraquin e outros — *Introducción al Derecho*, Buenos Aires, Perrot, 7ª ed., 1970.
- 4 — BEVILAQUA, Clóvis — *Teoria Geral do Direito Civil*, Brasília, Ministério da Justiça, 4ª edição, 1972.
- 5 — BOBBIO, N. — “Des Critères Pour Résoudre les Antinomies” in *Les Antinomies en Droit*, Bruxelas, Perelman, 1965.
- 6 — BOLAND, Georges — “Quelques Propos sur les Antinomies et Pseudo-Antinomies en Particulier en Droit Administratif”, in *Les Antinomies en Droit*, Bruxelas, Perelman, 1965.
- 7 — BUCH, Henri — “Les Lacunes en Droit Administratif”, in *Le Problème des Lacunes en Droit*, Bruxelas, Perelman, 1968.
- 8 — CARRIO, Genaro R. — *Notas Sobre Derecho y Lenguaje*, Buenos Aires, Perrot, 1976.

- 9 — CAETANO, Marcelo — *Manual de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Forense, 1ª ed. bras., 1970.
- 10 — CONTE, Amadeo — “Décision...”, in *Le Problème des Lacunes en Droit*, Bruxelas, Perelman, 1968.
- 11 — DUCHATELET, Louis — “Le Problème de la Lacune en Législation Sociale”, in *Le Problème des Lacunes en Droit*, Bruxelas, Perelman, 1968.
- 12 — ELST, Raymond Vander — “Antinomies en Droit International Privé”, in *Les Antinomies en Droit*, Bruxelas, Perelman, 1965.
- 13 — ——— — “Lacunes en Droit International Privé”, in *Le Problème des Lacunes en Droit*, Bruxelas, Perelman, 1968.
- 14 — ENGISCH, Karl — *Introdução ao Pensamento Jurídico*, Coimbra, Gulbenkian.
- 15 — FERRAZ JR., Tércio Sampaio — *Direito, Retórica e Comunicação*, São Paulo, Saraiva, 1973.
- 16 — ——— — *Conceito de Sistema no Direito*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1976.
- 17 — ——— — *Ciência do Direito*, São Paulo, Atlas, 1977.
- 18 — FERREIRA, Waldemar — *Tratado de Direito Comercial*, São Paulo, Saraiva, 1960.
- 19 — GOLDSCHMIDT, Werner — *Introducción Filosófica al Derecho*, Buenos Aires, Depalma, 11ª ed., 1973.
- 20 — HOFFLER, Jacques — “Les Antinomies en Droit Public”, in *Les Antinomies en Droit*, Bruxelas, Perelman, 1965.
- 21 — HUBERLANT, Charles — “Les Mécanismes Institués pour combler les lacunes de la Loi”, in *Le Problème des Lacunes en Droit*, Bruxelas, Perelman, 1968.
- 22 — HUNGRIA, Nelson — *Comentários ao Código Penal*, Rio de Janeiro, Forense, 4ª ed., 1968.
- 23 — KELSEN, Hans — *Teoria Pura do Direito*, Coimbra, Armênio Amado, 2ª edição, 1962.
- 24 — KLUG, Ulrich — “Observation...”, in *Le Problème des Lacunes en Droit*, Bruxelas, Perelman, 1968.
- 25 — KRINGS, E. — “Les Lacunes en Droit Fiscal”, in *Le Problème des Lacunes en Droit*, Bruxelas, Perelman, 1968.
- 26 — LEAL, Victor Nunes — *Problemas de Direito Público*, Rio de Janeiro, Forense, 1960.
- 27 — LEGROS, Robert — “Considérations sur les Lacunes et l'Interprétation en Droit Pénal”, in *Le Problème des Lacunes en Droit*, Bruxelas, Perelman, 1968.

- 28 — LIMA, Rui Cirne — “Lacunas no Ordenamento Jurídico”, in *Revista Forense*, São Paulo, Forense, vol. 184, 1959.
- 29 — MARANHÃO, Délio e outros — *Instituições de Direito do Trabalho*, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 4ª ed., 1966.
- 30 — MIEDZIANOGORA, J. — “Juges, Lacunes et Idéologie”, in *Le Problème des Lacunes en Droit*, Bruxelas, Perelman, 1968.
- 31 — MIRANDA, Pontes de — *Comentários à Constituição de 1967 com Emenda nº 1, de 1969*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2ª ed., 1971.
- 32 — MONTEIRO, Washington de Barros — *Curso de Direito Civil*, São Paulo, Saraiva, 5ª ed., 1967.
- 33 — MORGENTHAU, Léopold — “Les Antinomies en Droit Social”, in *Les Antinomies en Droit*, Bruxelas, Perelman, 1968.
- 34 — MOUCHET, Carlos e outros — *Introducción al Derecho*, Buenos Aires, Perrot, 7ª ed., 1970.
- 35 — OLIVEIRA, Fernando A. Albino — “A Norma Individual e o Problema da Lacuna”, in *Revista de Direito Público*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, nº 24, 1973.
- 36 — PERELMAN, Chain — “Les Antinomies en Droit”, in *Les Antinomies en Droit*, Bruxelas, Perelman, 1965.
- 37 — ——— — “Le Problème des Lacunes en Droit, Essai de Synthèse”. in *Le Problème des Lacunes en Droit*, Bruxelas, Perelman, 1968.
- 38 — ROMANO, Santi — *Principii di Diritto Costituzionale Generale*, Milano, Giuffrè, 1947.
- 39 — SALMON, Jean J. A. — “Les Antinomies en Droit International Public”, in *Les Antinomies en Droit*, Bruxelas, Perelman, 1965.
- 40 — ——— — “Quelques Observations sur les Lacunes en Droit International Public”, in *Le Problème des Lacunes en Droit*, Bruxelas, Perelman, 1968.
- 41 — SICHES, Luis Recasens — *Tratado General de Filosofía Del Derecho*, México, Porrúa, 4ª ed., 1970.
- 42 — SILVA, Wilson Mello — *Da Responsabilidade Civil Automobilística*, São Paulo, Saraiva, 1974.
- 43 — STONE, Julius — “Non Liqueur and the International Judicial Function”, in *Le Problème des Lacunes en Droit*, Bruxelas, Perelman, 1968.
- 44 — SUSSEKIND, Arnaldo e outros — *Instituições de Direito do Trabalho*, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 4ª ed., 1966.
- 45 — VANWELKENHUYZEN, A. — “De Quelques Lacunes du Droit Constitutionnel Belge”, in *Le Problème des Lacunes en Droit*, Bruxelas, Perelman, 1968.
- 46 — VIANNA, Segadas e outros — *Instituições de Direito do Trabalho*, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 4ª ed., 1966.
- 47 — VILANOVA, Lourival — *As Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo*, SP, Ed. Rev. dos Tribunais, 1976.