

As lacunas no direito constitucional

CELSO FERNANDES CAMPILONGO

Advogado em São Paulo e professor-colaborador do Programa Especial de Treinamento patrocinado pela CAPES em convênio com o Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Refletir sobre as lacunas do direito constitucional, especialmente num momento pré-constituente, implica na discussão simultânea de dois problemas. Primeiro: quais as possibilidades técnicas de a nova Constituição superar as lacunas da malha constitucional herdada do regime militar? Segundo: em que medida a conjuntura política, econômica, social e cultural brasileira permite falar num ordenamento jurídico coerente, unitário e sem lacunas?

A primeira indagação revela a expectativa de que o novo texto fundamental — pelo menos ao nível da racionalidade e coerência de seus princípios estruturais — se consubstancie num todo ordenado, fechado e completo, capaz de harmonizar o sistema normativo com o conjunto das relações sociais. A segunda questão, por outro lado, transfere o eixo do debate para a função das lacunas do direito constitucional. Em outras palavras: a primeira indagação demonstra uma preocupação com os aspectos estáticos da reforma constitucional; a segunda está voltada para a dinâmica das lacunas em sua correlação com o processo social.

As duas posições reproduzem aspectos importantes do pensamento a respeito da reforma constitucional. A maior parte dos juristas — sempre suscetível à tradição do positivismo kelseniano — dedica sua atenção à primeira problemática, isto é, ao enfoque formalista. Contudo, as duas abordagens não são necessariamente excludentes. Em razão disso, a análise que se segue tentará enfrentar o tema das lacunas do direito constitucional apontando para as insuficiências da redução da questão a uma dimensão formal, ampliando o referencial analítico e chamando a atenção para aspectos que, com frequência, são omitidos da análise jurídica.

O problema das lacunas no direito está intrinsecamente ligado, em suas origens históricas, ao processo de positivação do direito do século XIX. As lacunas sempre estiveram ligadas a temas como a lei enquanto fonte privilegiada do direito, a noção de sistema normativo, a hierarquia das leis, a individualização dos conflitos, a separação dos poderes, a soberania nacional e o aparecimento das codificações. Portanto, a um conjunto de pressupostos que embasou teoricamente tanto o liberalismo político dos séculos XVIII e XIX quanto o positivismo jurídico, caracterizando o que alguns autores denominam por “paradigma dogmático da ciência do direito” (1). Cabe saber se estes postulados, ao longo do tempo, têm resistido às transformações pelas quais a sociedade, o Estado e o direito vêm passando.

A título exemplificativo, convém alinhar algumas dessas alterações nos fundamentos da estrutura jurídico-política do paradigma dogmático:

— *expansão da cidadania política*: enquanto o liberalismo clássico restringia a participação política das massas (voto baseado no requisito da renda, proibição do sufrágio feminino ou do voto do analfabeto etc.), as conquistas democráticas alargaram as bases da cidadania política (2);

— *intervenção do Estado na economia*: o Estado guardião da ordem é substituído pelo Estado intervencio-

(1) Ver ENRIQUE ZULETA PUCEIRO. *Paradigma Dogmático y Ciencia del Derecho*. Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, 1981.

(2) Ver UMBERTO CERRONI. “Democracia y estado representativo”, in *La libertad de los modernos*. Barcelona, Martínez Roca, 1972.

nista, regulador do mercado e participante ativo do processo de produção e consumo de bens (3);

— *a separação entre Estado e sociedade*: com o surgimento das grandes organizações (empresas, sindicatos, partidos), com o crescimento do papel do Estado (que, inclusive, passa a atuar como empresário), a linha divisória entre Estado e sociedade, tida como pressuposto das construções teóricas do liberalismo político e jurídico, deixa de ser nítida. O público e o privado confundem-se em vários setores da vida social (4);

— *princípio da soberania nacional*: a representação da nação, imaginada independentemente dos corpos intermediários e retratando uma relação individual entre representante e representado, vai sendo substituída pela representação de interesses tanto ao nível parlamentar quanto ao nível informal dos anéis burocráticos (5);

— *separação dos poderes*: o equilíbrio entre os poderes também é rompido. O Executivo não só assume funções judiciais (contenciosos administrativos) como retira do Parlamento grande parte da titularidade da iniciativa legislativa (6);

— *monopólio estatal da produção legislativa*: nas áreas do direito empresarial e das relações de trabalho (7) e mesmo em setores para os quais o direito oficial não possui eficácia (como nas relações de posse e vizinhança em loteamentos clandestinos) (8), a produção normativa

(3) Ver GIANFRANCO POGGI. *A evolução do Estado Moderno*. Rio, Zahar, 1981.

(4) *Idem, ibidem*.

(5) Cf. NORBERTO BOBBIO. *Il Futuro della Democrazia*. Torino, Einaudi, 1984, pp. 10-13.

(6) Ver JOSÉ EDUARDO FARIA. *A Crise Constitucional e a Restauração da Legitimidade*. Porto Alegre, Sérgio Fabris, 1985.

(7) Cf. NORBERTO BOBBIO. "Derecho y Ciencias Sociales", in *Contribución a la Teoría del Derecho*. Valência, Fernando Torres, 1980, p. 231.

(8) Cf. JOAQUIM DE ARRUDA FALCÃO, "Justiça social e justiça legal: conflitos de propriedade no Recife", in *Conflito de Direito de Propriedade* (Joaquim de Arruda Falcão organizador). Rio, Forense, 1984; e BOAVENTURA DE SOUZA SANTOS. "Notas sobre a história jurídico-social de Pasárgada", in *Sociologia e Direito* (Cláudio Souto e Joaquim Falcão organizadores) São Paulo, Pioneira, 1980, pp. 109-117.

extralegislativa tem rompido o monopólio estatal da produção de normas jurídicas;

— *identificação do direito com a lei*: deixando de lado a concepção meramente legalista da justiça, a solução de muitos conflitos tem sido obtida por fórmulas novas de negociação e barganha que passam ao largo da legislação e do Judiciário (9);

— *hierarquia das leis*: toda a discussão sobre a pluralidade das cadeias normativas e a presença de múltiplas normas-origem refutam a tese de que o ordenamento seja uno, hierarquizado e originário de uma única norma fundamental (10).

Todas essas transformações, frutos de um processo de mudança social acelerada, conduzem a um crescente esvaziamento do paradigma dogmático da ciência do direito. Conceitos da teoria jurídica tradicional como certeza, segurança, legalidade, racionalidade, abstração, generalização, completude e sistematização são relativizados. A estrutura lógica da norma, seus caracteres constitutivos e sua identidade com a idéia de direito perdem sentido diante da impossibilidade prática de redução do pluralismo social à unidade formal da norma. O sistema jurídico já não pode ser concebido como isento de contradições, aporias e lacunas.

É dentro desse prisma que o problema das lacunas do direito constitucional deve ser analisado. Num contexto em que as referências ao sujeito abstrato da velha cultura liberal, à racionalidade do legislador e à impessoalidade da lei são desmentidas por uma sociedade estratificada, fragmentada em classes e conflituosa, as lacunas do direito, mais do que um problema de técnica jurídica, são reflexos de um contraditório processo de tutela de interesses antagônicos. Por outras palavras: discutir as lacunas do direito constitucional significa refletir sobre o estatuto teórico da ciência do direito, a natureza das categorias jurídicas, o papel do jurista e, principalmente, os limites de eficácia da noção de norma como mecanis-

(9) Cf. JOAQUIM DE ARRUDA FALCÃO. "Justiça social e justiça legal", *op. cit.*

(10) Cf. TERCIO SAMPAIO FERRAZ JR. *Teoria da Norma Jurídica*. Rio, Forense, 1978, p. 139.

mo apto a compatibilizar o pluralismo de interesses, sujeitos, razões e, até mesmo, formas de juridicidade.

A irrupção da idéia democrática no mundo do direito é o experimento crucial para a contestação do normativismo assentado na unicidade da razão universal. O regime democrático mostra com clareza que direito e política são coisas inseparáveis (11). Na medida em que tanto a vida pública quanto a vida privada passam pelo crivo da discussão democrática, pela politização de todos os temas e pelo abandono da crença no princípio da legalidade, a racionalidade formal inerente ao paradigma dogmático é posta em questão. Dito de outro modo: a quebra da concordância a respeito dos pressupostos da teoria jurídica e o rompimento com a crença na racionalidade científica significam um “esgotamento da lógica interna do paradigma dogmático e a radicalização de suas contradições e ambigüidades de base” (12).

Neste ponto caberia a pergunta: o que as transformações no papel do Estado e a crise do paradigma dogmático têm a ver com o problema das lacunas no direito constitucional? A resposta talvez possa ser dada por meio de casos de práticas institucionais que, de um lado, mostram com nitidez a existência de lacunas no direito constitucional, e, de outro, são reveladores tanto das transformações do papel do Estado quanto da crise do paradigma dogmático.

Antes das exemplificações são necessárias algumas observações sobre uma categoria da sociologia política que pode auxiliar na compreensão desses casos. Trata-se da noção de crise de sistema, desenvolvida, basicamente, por HABERMAS. Segundo este autor, uma formação social é “determinada por um princípio fundamental de organização que delimita no abstrato as possibilidades de alteração das situações sociais” (13). HABERMAS entende que esses “princípios organizacionais são regulamentações altamente abstratas que definem alcances de possibilidades” (14). Traduzindo: o

(11) Cf. GEORGES RIPERT. *O Regimen Democrático e o Direito Civil Moderno* São Paulo, Saraiva, 1937, p. 6.

(12) Cf. ENRIQUE ZULETA PUCEIRO. *Paradigma Dogmático y Ciencia del Derecho*, op. cit., p. 263.

(13) Cf. JURGEN HABERMAS. *A Crise de Legitimação no Capitalismo Tardio* Rio, Tempo Brasileiro, 1980, p. 19.

(14) Cf. JURGEN HABERMAS, idem, p. 29.

princípio de organização é o núcleo que dá sentido e identidade a um sistema social. Na formação social capitalista liberal, o “princípio de organização” é o relacionamento entre trabalho e capital.

Assim, “princípio de organização” é a estrutura básica que possibilita a existência continuada do sistema no tempo. A crise de sistema ocorre quando o princípio de organização de uma formação social faz com que indivíduos e grupos “se defrontem com pretensões e intenções que sejam, a longo prazo, incompatíveis” (15). Neste caso, ocorre uma contradição fundamental, ou seja, um distúrbio no qual os fundamentos consensuais das estruturas normativas são danificados a ponto de o sistema social perder sua identidade, comprometer sua existência e não resolver os problemas de condução que se lhe apresentam.

Num momento de “contradição fundamental”, isto é, quando os princípios de organização políticos e econômicos são questionados, os sistemas jurídicos enfrentam incessante dificuldade não só para solucionar, em termos práticos, os conflitos sociais, mas também para sustentar sua validade teórica como único instrumento da ciência do direito para o controle social. Ou seja: diante de uma crise de sistemas o direito positivo — na qualidade de estrutura fundamental do sistema — é posto na berlinda tanto ao nível da prática judicial quanto da teoria do direito.

Encurralado de um lado pela expansão da cidadania política, pela politização dos conflitos sociais e pelo excesso de expectativas geradas pelo processo de democratização e, de outro, pelos limites da capacidade de resposta do Estado a essas exigências (já que o aparelho estatal tem sua atuação política bloqueada pelas forças em conflito), o sistema constitucional baseado no positivismo clássico tende, gradativamente, a perder eficácia, a se desfigurar e a tornar as lacunas constitucionais não numa exceção, mas sim numa rotina do sistema.

Em contextos sociais tensos e fragmentados como o brasileiro, a rigidez do modelo positivista de Constituição conduz à oscilação entre duas alternativas: ou a perda da eficácia da ordem constitucional ou o alargamento de suas bases pelo recurso a fórmulas mais flexíveis e abertas. Qualquer que seja a tendência, o conceito

(15) Cf. JURGEN HABERMAS, *idem*, p. 42.

de sistema jurídico como um todo fechado, harmônico e completo torna-se inadequado.

A idéia de lacuna na perspectiva de um vazio excepcional a ser preenchido mediante mecanismos técnicos de integração normativa (sempre preocupados em reestabelecer a completude do ordenamento positivo) perde de vista o fato de que as lacunas, mais do que um momento excepcional, são reflexo da constante impossibilidade de os sistemas normativos serem completos. Não se trata de constatar que o ordenamento não é completo, mas pode ser completado através da atuação legislativa ou jurisdicional. A questão vai mais longe: reside em se reconhecer que a ordem jurídica constitucional, além de lacunosa, é muitas vezes preenchida por mecanismos extralegislativos, extrajurisdicionais e extranormativos que nem por isso deixam de ser jurídicos. Por esta razão, como já foi dito, debater as lacunas no direito constitucional significa colocar em questão o estatuto teórico da ciência do direito e a noção de norma jurídica.

Um ordenamento constitucional vago, impreciso e lacunoso, através da utilização de uma linguagem capaz de seduzir segmentos sociais antagônicos, permite duas coisas. De um lado, que o Estado sutilmente alargue suas bases de intervenção e regulação por meio da interpretação oficial do direito positivo. Mas também possibilita, de outro lado, que pequenas conquistas das classes dominadas sejam "incorporadas às normas vigentes, ampliando os espaços para sua atuação política num nível antes totalmente manipulado pela dominação burguesa. É justamente dentro dessa percepção que, dentro das tendências do pensamento neomarxista de explorar o desgaste dos dogmas positivistas da unidade, da completude, da coerência e da certeza dos sistemas normativos, bem como dos postulados da imparcialidade e neutralidade do Estado liberal, emerge a doutrina do "uso alternativo do direito": a disposição de explorar as lacunas da lei, as antinomias jurídicas e o próprio modo de inserção do Judiciário no aparelho estatal para a reforma orgânica do sistema político. Como o legislador do Estado capitalista se vê obrigado a ampliar cada vez mais suas "abstrações generalizantes" para fazer frente aos elevados níveis de incerteza decorrentes da complexidade social, torna-se possível o aproveitamento de todas as ambigüidades e generalidades da lei com o objetivo de orientar

a luta de classes no próprio universo jurídico" (16). Aqui, novamente, a crescente complexidade social vai retirando dos mecanismos normativos as características de certeza e segurança concedidas pelo paradigma positivista e confirmando a utilização política e casuística de figuras como as lacunas do direito.

Dois exemplos práticos desse esgotamento dos sistemas normativos constitucionais e da sua conseqüente falta de respostas legislativas aos problemas de condução política podem ilustrar melhor a questão das lacunas na Constituição.

O primeiro exemplo é o do chamado caso austríaco (17). Entre 1949 e 1966 a Áustria foi governada por uma grande coalizão de forças políticas. Essa experiência provocou uma sensível modificação da Constituição formalmente vigente. A base do equilíbrio institucional austríaco era fornecida pelo acordo de coalizões. Esse acordo, por sua vez, trazia, implicitamente, uma série de derrogações das normas constitucionais, chegando mesmo a subordinar o funcionamento dos órgãos constitucionais aos acordos obtidos fora do Parlamento. O acordo era um pacto de legislatura que continha cláusulas de exclusão de terceiros partidos, limitações à atividade parlamentar, atribuição de competência ao Comitê da Coalizão para fixar políticas de governo e uma série de outras disposições em relação às quais o texto constitucional era totalmente lacunoso.

O exemplo permite algumas considerações interessantes para o estudo das lacunas no direito constitucional. Em primeiro lugar, trata-se de uma demonstração prática de rompimento com os princípios básicos do positivismo jurídico (a supremacia da lei como fonte de direito, a superioridade hierárquica da Constituição como forma de comando jurídico-político da nação e o Parlamento como "locus" privilegiado da tomada de decisões políticas são substituídos e têm sua eficácia condicionada aos acordos firmados fora do Parlamento). Em segundo lugar, configura uma elucidação da assertiva de que o suprimento de lacunas do direito constitucional (na condução do processo político) pode se dar por meio de uma atuação extralegislativa e extrajudicial, como é o caso da coalizão

(16) Cf. JOSÉ EDUARDO FARIA. *Retórica Política e Ideologia Democrática*. Rio, Graal, 1983, pp. 170-172.

(17) Cf. GIUSEPPE DE VERGOTTINI. "La forma de gobierno de oposición garantizada", in separata da *Revista Estudios*, s.d., pp. 39-41.

partidária. Em terceiro lugar, o suprimento das lacunas, neste caso, ao invés de ser excepcional ou circunstancial, teve uma vigência de quase vinte anos.

O segundo exemplo vem da realidade brasileira. Paralelamente à proposta de convocação da Assembléia Nacional Constituinte e de todo o trabalho legislativo de elaboração de uma nova Constituição capaz de suprir as lacunas do antigo texto, percebe-se, por parte do Governo e de amplos setores da sociedade civil, o esforço em torno da obtenção de um "pacto social". O que significa este pacto? Trata-se da tentativa, informal e extralegislativa, de se lograr um aumento da capacidade de desempenho tanto do Governo quanto do ordenamento jurídico através de uma solução consensual e negociada de alguns dos problemas que condicionam a eficácia da futura Constituição. Aqui, como no exemplo anterior, o suprimento das lacunas constitucionais depende de mecanismos extranormativos que não se encaixam nos moldes rígidos da ortodoxia positivista.

Os dois casos mostram que a crescente complexidade social conduz a um esvaziamento das categorias tradicionalmente utilizadas pelo jurista. As transformações verificadas no Brasil durante os últimos 20 anos "geraram problemas inéditos de intervenção e direcionamento para cuja solução os repertórios constitucionais relativos aos procedimentos decisórios revelaram-se limitados" (18). Tudo isso demonstra que o problema das lacunas do direito, muito mais do que simples teoremas de interpretação sistemática da lei ou de completude do ordenamento, traz em seu bojo um questionamento ao próprio sistema jurídico, abrindo espaço para um "enfoque extremamente sugestivo para a análise da relação entre direito e estrutura sócio-cultural, sobretudo onde tais estruturas atravessam processos de profunda transformação" (19).

Para finalizar, resta uma última observação sobre o caráter ideológico do discurso jurídico. Segundo MARILENA CHAUI (20) "o

(18) Cf. JOSÉ EDUARDO FARIA. *A Crise Constitucional e a Restauração da Legitimidade*, op. cit., p. 35.

(19) MASSIMO CORSALE. "Lacune dell'ordinamento", in *Enciclopedia del Diritto*. Milano, Giuffrè, 1973, p. 271.

(20) MARILENA CHAUI. *Cultura e Democracia*. São Paulo, Contemporânea, 1981, pp. 21-22.

discurso ideológico é um discurso feito de espaços em branco, como uma frase na qual houvesse lacunas. A coerência desse discurso (o fato de que se mantenha como uma lógica coerente e exerça um poder sobre os sujeitos sociais e políticos) não é uma coerência nem um poder obtidos *malgrado* as lacunas, *malgrado* os espaços em branco, *malgrado* o que fica oculto; ao contrário, é *graças aos brancos, graças às lacunas* entre as suas partes, que esse discurso se apresenta coerente. Em suma, é porque não diz tudo e não pode dizer tudo que o discurso ideológico é coerente e poderoso... O discurso ideológico se sustenta, justamente, porque *não pode dizer até o fim aquilo que pretende dizer*". Transferindo essas afirmações para a análise do sistema normativo e das lacunas do direito constitucional, é possível afirmar, ao contrário do que pensaria o jurista preocupado com a harmonia técnica e a racionalidade formal da ordem jurídica, que é exatamente através das lacunas da lei que o sistema normativo ganha coerência.

Resumindo tudo o que foi visto, pode-se dizer que:

1 — as mudanças no papel do Estado e do direito revelam que o problema das lacunas aponta para os limites da noção de norma jurídica;

2 — num momento de crise estrutural do sistema social, os repertórios normativos do positivismo são incapazes de fornecer respostas adequadas às exigências políticas e sociais, ampliando o espaço das lacunas;

3 — o problema das lacunas no direito constitucional extrapola o enfoque meramente formalista da ciência do direito;

4 — através das lacunas da legislação, tanto o Estado pode aumentar seu poder regulamentar quanto os grupos economicamente desfavorecidos podem fazer um "uso alternativo do direito";

5 — as lacunas do direito, ao contrário de desestruturarem o sistema normativo, talvez sejam o elemento fornecedor de coerência e sistematicidade do ordenamento.