

AS LACUNAS IDEOLÓGICAS À LUZ DA TEORIA COMPLEXA DO DIREITO

André Luiz Staack¹

RESUMO

Este artigo tem por finalidade abordar acerca da compreensão das lacunas ideológicas à luz da Teoria Complexa do Direito. O estudo teve como objetivo geral realizar, por meio da pesquisa bibliográfica, uma investigação sobre os meios utilizados pelo autor da obra Teoria Complexa do Direito para compreender o instituto das lacunas reconhecidamente ideológicas. Para o alcance do objetivo proposto, o método de abordagem empregado foi o indutivo e o levantamento de dados foi realizado através da técnica da pesquisa bibliográfica de fonte secundária. Nas considerações finais, concluiu-se que a lacuna ideológica é compreendida pela Teoria Complexa do Direito como inexistente, ante a correta e devida articulação das fontes jurídicas legitimamente existentes.

Palavras-chaves: Lacuna ideológica. Completude. Teoria complexa do direito.

1 INTRODUÇÃO

Este artigo visa analisar e investigar a relação das lacunas ideológicas à luz da Teoria Complexa do Direito e tem por base os fundamentos, os princípios epistemológicos e os conceitos institucionalizados pelo jurista Orlando Luiz Zanon Júnior.

O critério metodológico utilizado para essa investigação e a base lógica do relato dos resultados apresentados residem no método indutivo (PASOLD, 2015). Na fase de tratamento dos dados, utilizou-se o método cartesiano (PASOLD, 2015).

¹ Mestrando em Ciência Jurídica, pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI), e em Estudos Políticos, pela Universidade de Caldas (UCaldas/Colômbia). Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela UNIVALI (convênio com a Escola do Ministério Público de Santa Catarina). Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Brusque. Oficial de Justiça e Avaliador lotado no Fórum da Comarca de Brusque/SC.

Este artigo, portanto, tem como objetivo geral analisar e compreender a relação direta das Lacunas Ideológicas com os fundamentos da teoria institucionalizada por Orlando Luiz Zanon Júnior. Os objetivos específicos são: a) abordar as características essenciais do ordenamento jurídico, dando ênfase ao aspecto da completude e da existência ou não de lacunas; b) registrar os diversos tipos de lacuna segundo Norberto Bobbio, com o objetivo de apresentar uma das teorias positivistas aclamadas e, posteriormente, fazer uma comparação com a Teoria Complexa do Direito, de viés pós-positivista, institucionalizada por Orlando Luiz Zanon Júnior; c) relacionar as lacunas ideológicas à luz da Teoria Complexa do Direito, versando, inicialmente, sobre os fundamentos teorizados por Orlando Luiz Zanon Júnior para, em ato contínuo, tratar, detidamente, acerca dos possíveis meios de preenchimento dos espaços jurídicos vazios.

Na delimitação do tema, levanta-se o seguinte problema: como a Teoria Complexa do Direito, formulada por Orlando Luiz Zanon Júnior, explicita o tema das lacunas ideológicas e o seus possíveis critérios de preenchimento?

Para o equacionamento do problema, levanta-se a seguinte hipótese: a Teoria Complexa do Direito, por considerar que não há antinomias e lacunas no ordenamento jurídico, da mesma forma, compreende que a ideia de lacuna ideológica não merece prosperar.

As técnicas utilizadas neste estudo serão a pesquisa bibliográfica, a categoria e o conceito operacional, quando necessário (PASOLD, 2015). Outros instrumentos de pesquisa, além daqueles anteriormente mencionados, poderão ser acionados para que o aspecto formal deste estudo se torne esclarecedor ao leitor.

Para dar sustentação a este artigo, buscou-se, também, o ensinamento dos autores Eros Roberto Grau, Lênio Luiz Streck, Maria Helena Diniz, Norberto Bobbio, Orlando Luiz Zanon Júnior, Santiago Nino e Tércio Sampaio Ferraz Júnior, que, entre outros, apresentam diferentes percepções sobre o tema em estudo, com o objetivo de elucidar o(s) significado(s) e contexto(s) de determinadas categorias apresentadas nesta pesquisa.

2 DA COMPLETUDE DO ORDENAMENTO JURÍDICO

Em primeiro lugar, a fim de dar início ao estudo do tema proposto e, conseqüentemente, solucionar o problema levantado, faz-se mister reportar acerca da característica de completude do ordenamento jurídico nas palavras do jusfilósofo positivista Norberto Bobbio.

Norberto Bobbio, em sua obra *Teoria do Ordenamento Jurídico* define, para a existência e a manutenção perene de um ordenamento jurídico, três características essenciais: a unidade, a coerência e a completude (BOBBIO, 2014).

A unidade² encontra-se atrelada com a existência de uma norma fundamental que, segundo Norberto Bobbio e com base no já exposto por Hans Kelsen (KELSEN, 2006), funda o sistema normativo e dá sustentáculo para as normas que compõem o ordenamento jurídico³.

Já a coerência está relacionada à ideia de sistema, ou seja, “[...] um conjunto de entes dentre os quais existe uma certa ordem” (BOBBIO, 2014, p. 77). Para que um ordenamento jurídico possa ser considerado coerente, “[...] é necessário que os entes constitutivos não estejam em relação apenas com o todo, senão que também estejam em relação de coerência entre eles” (BOBBIO, 2014, p. 77). É, portanto, uma ideia de sistema normativo que consagra a interligação entre as normas e seus elementos constitutivos.

A completude, por sua vez, é compreendida como “[...] a propriedade pela qual um ordenamento jurídico tem uma norma para regular qualquer caso” (BOBBIO, 2014, p. 113). Assim, para Norberto Bobbio, a completude significa “[...] ausência de lacuna” (BOBBIO, 2014, p. 113), tendo em vista ser característico do ordenamento jurídico solucionar seus conflitos no interior de seu sistema (BOBBIO, 2014).

² “[...] norma fundamental não é expressa. Mas nós a pressupomos a fim de fundar o sistema normativo. Para fundar um sistema normativo, ocorre uma última norma além da qual seria inútil prosseguir. Todas as polêmicas sobre a norma fundamental originam-se da não compreensão da sua função. Posto um ordenamento de normas de variada proveniência, a unidade do ordenamento postula que as normas que o compõem sejam reduzidas à unidade. Essa *reductio ad unum* não pode ser conseguida se no topo do sistema não se puser uma norma única, da qual todas as outras, direta ou indiretamente, derivem. Essa norma única não pode ser senão aquela que impõem obedecer ao poder originário do qual se origina a constituição, do qual se originam as leis ordinárias, os regulamentos, as decisões judiciais etc.” (grifou-se) (BOBBIO, 2014, p. 66-67).

³ Nos mesmos moldes, a ideia de regra de reconhecimento de Hart: “A forma mais simples de remédio para a *incerteza* do regime das regras primárias é a introdução daquilo a que chamaremos uma regra de reconhecimento. Esta especificará algum aspecto ou aspectos cuja existência a uma dada regra é tomada como uma indicação afirmativa e concludente de que é uma regra do grupo que deve ser apoiada pela pressão social que ele exerce. [...] Onde exista tal reconhecimento, existe uma forma muito simples de regra secundária: uma regra para a identificação concludente das regras primárias de obrigação” (HART, 2001, p. 104).

A característica que torna o ordenamento jurídico completo é que serve de base para o estudo em questão, tendo em vista que é por considerá-la necessária e eficaz que surgem discussões a respeito da existência de lacunas, ou seja, acerca da necessidade de se criar critérios que permitam colmatar os espaços jurídicos que não se encontram regulados por uma norma jurídica.

Lênio Luiz Streck, em sua obra *Hermenêutica Jurídica e(m) crise*, traduz a importância de se discutir a respeito da existência ou não de lacunas e de sua implicância no compreender do ordenamento jurídico:

[...] a discussão sobre a existência (ou não) de lacunas no direito assume relevância, basicamente, em dois aspectos: em primeiro lugar, a discussão é importante para a própria dogmática jurídica, na medida em que a tese das lacunas serve como forte entendimento norteador e, também, como sustentáculo ao direito visto de maneira circular e controlado; em segundo lugar, serve igualmente, como argumento desmi(s)tificador do próprio dogma do direito baseado no modelo napoleônico, pois pode-se entender, sem dúvida, que, quando o juiz está autorizado/obrigado a julgar nos termos dos arts. 4º da LICC e 126 do CPC (isto é, deve sempre proferir uma decisão), isso significa que o ordenamento é, dinamicamente, completível, através de uma auto-referência ao próprio sistema jurídico (STRECK, 2007).

Destarte, o estudo das lacunas e do aspecto de incompletude do ordenamento jurídico, na existência daquelas, é necessário, pois permite definir critérios para colmatá-las que não subvertam a ordem do sistema, nem afetem os parâmetros de organização do Estado.

Tércio Sampaio Ferraz Júnior ensina:

O conceito de lacuna alarga o campo da positividade a partir dele próprio. É uma construção da Dogmática Jurídica imanente ao Direito positivado, que tanto assegura a eventuais critérios transcendentemente uma coloração positivante, quanto dá força à argumentação do intérprete (FERRAZ JR, 2015).

No tópico a seguir, abordar-se-á acerca das diversas espécies de lacunas segundo o jusfilósofo italiano Norberto Bobbio e dar-se-á ênfase àquelas que não consagram critérios de preenchimento no interior do próprio sistema normativo.

3 DOS VÁRIOS TIPOS DE LACUNA SEGUNDO NORBERTO BOBBIO

Em seu livro *Teoria do Ordenamento Jurídico*, Norberto Bobbio subdivide as lacunas em próprias e impróprias; subjetivas (que podem ser voluntárias e involuntárias) e objetivas; e *praeter legem* e *intra legem*, com o fito de compreender e conceituar, em seu sentido maior, a díade lacuna real/lacuna ideológica.

Inicialmente, apresentar-se-ão os conceitos dos primeiros tipos de lacunas para, derradeiramente, consignar a distinção que as resume, qual seja, a que se refere aos postulados conceituais de lacunas reais e ideológicas.

A lacuna própria é um espaço vazio do sistema ou dentro do sistema, enquanto que a imprópria é fruto da comparação de um sistema real com um sistema ideal (BOBBIO, 2014).

Nas palavras de Norberto Bobbio, a lacuna própria é instituída quando há presença de uma norma geral exclusiva⁴ em concomitância com uma norma geral inclusiva⁵, podendo ambas solucionar o conflito a depender, tão somente, da vontade do intérprete e, conseqüentemente, da melhor aplicação de uma determinada norma ao caso. É nesse contexto, em específico, que se identifica a incompletude do sistema normativo, sendo, portanto, a responsabilidade do intérprete em relação ao preenchimento da lacuna⁶ (BOBBIO, 2014).

Já a lacuna imprópria é derivada da comparação do sistema normativo real com outro ideal, ou seja, a lacuna surge da constatação de que uma determinada norma, embora já pré-estabelecida e positivada, não se encontra em consonância com a realidade social e com os ditames de legitimidade efetiva do sistema (BOBBIO, 2014).

⁴ “[...] Uma norma que proíbe fumar exclui a proibição, ou seja, permite todos os outros comportamentos que não consiste em fumar. Todos os comportamentos não compreendidos na norma particular são regulados por uma *norma geral exclusiva*, quer dizer, pela regra que exclui (por isso é exclusiva) todos os comportamentos (por isso é geral) que não fazem parte daquele previsto pela norma particular” (itálico conforme o original) (BOBBIO, 2014, p. 127-128).

⁵ “[...] Chamamos ‘norma geral inclusiva’ uma norma como aquela expressa no ordenamento italiano, no art. 12 das Disposições Preliminares, segundo o qual, em caso de lacuna, o juiz deve recorrer às normas que regulam casos similares ou matérias análogas. Enquanto norma geral exclusiva é aquela norma que regula todos os casos não compreendidos na norma particular, mas os regula *de modo oposto*, a característica da norma geral inclusiva é de regular os casos não compreendidos da norma particular, mas semelhantes a esses, *de modo idêntico*” (itálico conforme o original) (BOBBIO, 2014, p. 129-130).

⁶ “[...] quando dizemos que um sistema é incompleto, estamos nos referindo às lacunas próprias, e não às impróprias. O problema da completude do ordenamento jurídico é o problema de saber se existem e como são eliminadas as lacunas próprias” (BOBBIO, 2014, p. 136).

As lacunas impróprias, portanto, segundo Norberto Bobbio, não são, de fato, lacunas que necessitem ser preenchidas pelo intérprete ou por qualquer outro meio no interior do ordenamento jurídico (e, portanto, não são lacunas no sentido defendido pelo jusfilósofo), mas sim “[...] completadas pelo legislador” (BOBBIO, 2014, p. 136).

Quanto à distinção entre as lacunas subjetivas e as objetivas, aquelas “[...] dependem de algum motivo imputável ao legislador” (BOBBIO, 2014, p. 136), enquanto que estas “[...] dependem do desenvolvimento das relações sociais, das novas invenções, de todas aquelas causas que provocam um envelhecimento dos textos legislativos” (BOBBIO, 2014, p. 136).

Assim, as lacunas subjetivas estão ligadas, diretamente, à vontade premente do legislador no momento da criação do texto normativo e são fruto de uma omissão (lacuna subjetiva involuntária) ou de uma ação devidamente justificada (lacuna subjetiva voluntária)⁷.

As lacunas objetivas, por sua vez, são oriundas do progresso da sociedade em que foram inseridos os textos normativos, o que faz com que, em virtude do longo tempo em que já estão em vigência, percam sua força normativa e seu reflexo social inerente, e, conseqüentemente, sua legitimidade diante dos complexos conflitos sociais. É, destarte, dessa falta de legitimidade do texto normativo e de sua ínfima influência social que nasce a lacuna objetiva.

Eros Roberto Grau consigna, em sua obra *O direito posto e o direito pressuposto*, o conceito de legitimidade de uma norma jurídica. No presente contexto, o autor faz correlação com a ideia conceitual de lacuna objetiva:

[...] podemos afirmar que a norma jurídica é *legítima* – dotada de *legitimidade* – quando existir correspondência entre o comando nela consubstanciado e o sentido admitido e consentido pelo todo social, a partir da realidade coletada como justificadora do preceito normatizado. A *legitimidade* é um *conceito material*, ao passo que a *legalidade* é um *conceito formal*⁸ (GRAU, 2011).

⁷ “[...] Involuntárias são aquelas que dependem de alguma distração do legislador, que leva a crer regulado um caso que não o é, ou faz com que se negligencie um caso que talvez se considere pouco frequente etc.; voluntárias são aquelas que o próprio legislador deixa de propósito, porque a matéria é bastante complexa e não pode ser regulada com regras muito minuciosas, e é melhor confiá-la à interpretação, caso a caso, o juiz” (BOBBIO, 2014, p. 136).

⁸ Itálico conforme o original.

As lacunas *praeter legem* “[...] ocorrem quando as regras expressas, por serem demasiadas específicas, não compreendem todos os casos possíveis” (BOBBIO, 2014, p. 137); já as lacunas *intra legem* “[...] têm lugar, ao contrário, quando as normas são demasiado genéricas, e revelam, no interior dos dispositivos dados, vazios ou buracos que caberá ao intérprete preencher” (BOBBIO, 2014, p. 137).

Assim, as lacunas *praeter legem* estão relacionadas com a ideia de ausência de regra que regulamente o caso em virtude da especificidade das já criadas, enquanto que *intra legem* são provenientes da amplitude da norma que permite diversas interpretações e, consequentemente, significações.

Embora tais conceitos sejam de grande valia para a compreensão do entendimento de Norberto Bobbio acerca do tema da completude do ordenamento jurídico e das possíveis lacunas existentes, a díade lacuna real-lacuna ideológica é, de fato, a peça principal desta pesquisa, pois, conforme se verá, ela resume todas as demais espécies de lacunas.

A lacuna real, segundo Norberto Bobbio, é fruto da convivência mútua e recíproca de uma norma geral exclusiva com uma norma geral inclusiva, tendo em vista que esta, diferentemente da generalidade daquela, permite identificar critérios que tenham por fim colmatar a lacuna e, por conseguinte, assegurar a característica da completude do ordenamento jurídico (BOBBIO, 2014).

A lacuna real, portanto, conforme pode se verificar acima, conceitua-se, de acordo com Norberto Bobbio, nos mesmos termos que foram utilizados para traduzir a ideia de lacuna própria, razão pela qual é possível constatar que o conceito anteriormente especificado para lacuna própria converge e abrange esta e a lacuna real.

Aldemiro Dantas, Alexandre David Malfatti e Elizeu Amaral Camargo definem as lacunas reais como “[...] aquelas que ocorrem quando efetivamente não há qualquer solução prevista para uma determinada situação” (DANTAS; MALFATTI; CAMARGO, 2005, p. 37).

A lacuna ideológica⁹, por sua vez, segundo Norberto Bobbio, é aquela que deriva da:

⁹ “[...] Como essas lacunas derivam não da consideração do ordenamento jurídico como ele é, mas do confronto entre o ordenamento jurídico como ele é e como deveria ser, foram chamadas ‘ideológicas’, para distingui-las daquelas que fossem eventualmente encontradas no ordenamento jurídico como é, e que podem ser chamadas de ‘reais’” (BOBBIO, 2014, p. 133).

[...] ausência não de uma solução, qualquer que seja, mas de uma solução *satisfatória*, ou, em outras palavras, não a ausência de uma norma, mas a ausência de uma *norma justa*, isto é, daquela norma que gostaríamos que existisse, mas não existe¹⁰ (BOBBIO, 2014).

Maria Helena Diniz, da mesma forma, compreende a existência de lacuna ideológica “[...] no caso de ausência de norma justa, ou seja, quando existe um preceito normativo, mas, se for aplicado, sua solução será insatisfatória ou injusta” (DINIZ, 2002, p. 95).

Para Carlos Santiago Nino, as lacunas axiológicas surgem quando um fato:

[...] está correlacionado por un sistema normativo con una determinada solución y hay una propiedad que es irrelevante para ese caso de acuerdo com el sistema normativo, pero debería ser relevante em virtude de ciertas pautas axiológicas (NINO, 2003).

O conceito de lacuna ideológica, consoante se pode aferir, confunde-se com a ideia de lei injusta, ou seja, de norma que, embora positivada, não possui legitimidade e, por consequência, aplicabilidade em virtude de seu caráter desconectado com a concepção plena e equânime de justiça.

Nesse diapasão, segundo Norberto Bobbio, a lacuna ideológica, como nasce do confronto do ordenamento jurídico, como ele é, com aquele que é considerado ideal, não é problema do aplicador do direito, mas sim do legislador, de modo que cabe àquele apenas o preenchimento, quando existentes, das lacunas reais. O autor assim explicita:

[...] no que diz respeito ao direito positivo, se é óbvio que todo ordenamento tem lacunas ideológicas, é igualmente óbvio que as lacunas com que se preocupar aquele que é chamado a aplicar o direito não são as lacunas ideológicas, mas as reais. Quando os juristas sustentam, a nosso ver de maneira equivocada, que o ordenamento jurídico é completo, ou seja, não tem lacunas, referem-se às lacunas reais, não às ideológicas (BOBBIO, 2014).

Assim, o preenchimento da lacuna ideológica, como sinônimo de lei injusta, não é papel do magistrado, tendo em vista que tal medida, se efetivada, poderá acarretar sérios riscos à integridade do Estado, às suas bases e funções e, em especial, à teoria da separação tripartite de poderes.

¹⁰ Itálico conforme o original.

Eros Roberto Grau evidencia:

No Estado Democrático de Direito o poder é uno e indivisível, mas as funções estatais são distribuídas entre Legislativo, Executivo e Judiciário. Todos eles exercitam a *função normativa*, mas a parcela mais relevante dessa função, a *legislativa*, é própria do Legislativo. Ao Poder Judiciário é vedado o exercício da *função legislativa*, ainda que lhe caiba o da *função regimental*¹¹ (GRAU, 2011).

Na mesma seara, Eros Roberto Grau acentua que, em virtude da subversão à ordem e da subtração de função precípua, “[...] perde-se [...] a referência da Constituição, e a harmonia entre os Poderes é sacrificada. O Judiciário começa a legislar, a exercer função legislativa, como se não lhe bastasse o exercício da *função jurisdicional*”¹² (GRAU, 2011, p. 342).

Portanto, cabe, tão somente, ao legislador a tarefa de colmatar as possíveis lacunas ideológicas, enquanto é papel do intérprete/aplicador do direito preencher as lacunas reais, levando em conta, segundo Norberto Bobbio, os métodos de heterointegração e autointegração (BOBBIO, 2014).

Resumidamente, é possível conectar, do mesmo modo que foi realizado com as lacunas reais e objetivas, os conceitos de lacunas impróprias e objetivas com o de lacuna ideológica, tendo em vista que todos se relacionam com a ideia de espaço vazio fora do sistema que necessita ser preenchido pelo legislador em virtude de seu caráter desconectado com a realidade social. Daí a ideia de lacuna ideológica abranger as demais espécies de espaços vazios.

Este e o tópico anterior serviram para apresentar a teoria de Norberto Bobbio acerca da completude do ordenamento jurídico e assinalar um dos entendimentos positivistas a respeito do preenchimento de lacunas.

A apresentação da teoria de Norberto Bobbio, ressalta-se, foi necessária e de grande importância para a presente pesquisa a fim de que se possa, a partir de então, abordar sobre uma nova teoria que apresenta uma proposta diferente de paradigma à Ciência Jurídica.

No tópico posterior, de forma diversa, será versado sobre o preenchimento, especificadamente, da lacuna ideológica à luz da Teoria Complexa do Direito, formulada por

¹¹ Itálico conforme o original.

¹² Itálico conforme o original.

Orlando Luiz Zanon Júnior. Assevera-se, desde já, que tal teoria trata o tema de forma diversa e avançada, indo além do que os formalistas/positivistas, até então, institucionalizaram como correto e devido para o desenvolvimento pleno e sadio do Direito.

4 A LACUNA IDEOLÓGICA À LUZ DA TEORIA COMPLEXA DO DIREITO

Inicialmente, a fim de dar sustentáculo ao que será tratado posteriormente acerca da completude do ordenamento jurídico à luz da Teoria Complexa do Direito, será realizada uma distinção, defendida por Orlando Luiz Zanon Júnior, entre texto normativo e norma jurídica. Segundo ele, o texto normativo

[...] consiste na expressão escrita em vernáculo com vista a delimitar a margem decisória das pessoas em determinada Sociedade, cuja elaboração cabe às autoridades legiferantes legitimadas politicamente, em representação da força predominante na comunidade (ZANON JR, 2015).

Assim, para o autor, o texto normativo não traduz o mesmo sentido de norma jurídica, mas sim e, tão somente, é entendido como uma construção gramatical que, a partir de uma interpretação e do uso de métodos e técnicas adequadas, é possível suprimir a norma e, ato contínuo, aplicá-la ao caso concreto¹³.

A norma jurídica, por sua vez, é compreendida por Orlando Luiz Zanon Júnior da seguinte forma:

É o resultado da produção normativa na modalidade de aplicação, com pretensão de correção, consistente na articulação das Fontes Jurídicas para formulação de um direcionamento de conduta diante de determinados fatos aferidos por aproximação, sem olvidar de eventuais influxos de outras áreas do conhecimento, a serem admitidos a depender da argumentação quando à sua relevância na espécie (ZANON JR, 2015).

Com base em tal conceito, é possível concluir que a norma jurídica, para o autor, é o resultado da produção normativa, e não, como defendiam os teóricos positivistas, um instituto pré-estabelecido esperando por um caso para ser emoldurado. No mais, infere-se, da

¹³ “[...] o texto normativo deve ser considerado apenas sob forma de uma construção gramatical com finalidade limitativa da amplitude decisória” (ZANON JÚNIOR, 2015, p. 166).

mesma maneira, que a norma jurídica, segundo o autor, só passa a existir após a definição precisa de um caso concreto que, objetivamente, necessite de aplicação¹⁴.

Eros Roberto Grau ensina:

[...] *Norma* é todo preceito expresso mediante estatuições primárias (na medida em que vale por força própria, ainda que eventualmente com base em um poder não originário, mas derivado ou atribuído ao órgão emanante), ao passo que *lei* é toda estatuição, embora carente de conteúdo normativo, expressa, necessariamente com valor de estatuição primária, pelos órgãos legislativos ou por outros órgãos delegados daqueles. A lei não contém, necessariamente, uma norma. Por outro lado, a norma não é necessariamente emanada mediante uma lei. E, assim, temos três combinações possíveis: a *lei-norma*, a *lei-não norma* e a *norma-não lei*¹⁵ (GRAU, 2011).

O texto normativo, portanto, não necessariamente contém uma norma, da mesma forma que uma norma não necessariamente é emanada única e exclusivamente de uma lei, como veremos a seguir com base na teoria em estudo.

Em síntese, conclui Orlando Luiz Zanon Júnior:

Texto Normativo é uma Construção gramatical que limita a amplitude decisória das pessoas em determinada Sociedade, amarrando as expectativas quanto às consequências de ações dentro da respectiva tradição interpretativa. E, de outro lado, a definição de Norma Jurídica é discrepante, porquanto diz respeito ao resultado de um processo interpretativo, movimentando por um questionamento emergente do tecido social, que abrange a articulação de Fontes Jurídicas (não só os textos legais, mas também Princípios, precedentes judiciais, políticas, etc.), de acordo com as peculiaridades fáticas da controvérsia, de modo a permitir a resolução de um problema concreto (ZANON JR, 2015).

Ademais, depois de tratar sobre a distinção entre texto e norma jurídica, vale trazer à baila que, para Orlando Luiz Zanon Júnior, embora o texto normativo seja uma delas, o ordenamento jurídico é composto de diversas fontes jurídicas¹⁶ que, segundo ele, devem ser

¹⁴ “[...] os fatos são considerados elementos de aproximação, os quais interagem com os antes explicitados elementos de determinação (fontes decisórias), de modo a formarem o substrato da produção normativa, sob as modalidades posituação e aplicação” (ZANON JÚNIOR, 2015, p. 184).

¹⁵ Itálico conforme o original.

¹⁶ “[...] Fontes Jurídicas são aqueles argumentos teóricos (elementos de determinação) admitidos pelo Direito como legítimos para tomada de decisões em uma Sociedade específica” (ZANON JÚNIOR, 2015, p. 160).

consideradas para a consecução da plena Justiça e para resolução dos complexos conflitos sociais¹⁷.

Assim, o texto normativo, tratado como regra pelos Positivistas, segundo se infere, não é o único modo de resolução dos conflitos sociais, nem sequer é utilizado para a determinação de uma mera lógica dedutiva ou silogismo formalista.

Para Orlando Luiz Zanon Júnior, são modalidades de fontes jurídicas: textos normativos, princípios jurídicos, jurisprudência, doutrina, políticas executivas, ética, costumes e, em concomitância com a utilização das demais fontes jurídicas, os estudos interdisciplinares (ZANON JR, 2015).

Tais fontes jurídicas, portanto, são consideradas como “[...] orientações a serem empregadas na tomada de decisão” (ZANON JR, 2015, p. 202), seja aquela edificada por qualquer pessoa quando do surgimento de um caso concreto em seu cotidiano (primeira espécie da aplicação), seja aquela determinada em definitivo pelo magistrado quando da reconstrução e instituição de uma norma jurídica de excelência em virtude do ajuizamento de uma ação judicial (segunda espécie de aplicação)¹⁸.

A partir da determinação das fontes jurídicas, Orlando Luiz Zanon Júnior institui sua ideia de ordenamento jurídico, edificando um novo modelo e, conseqüentemente, dando oportunidade para que um novo paradigma seja recepcionado pelos cientistas jurídicos e pela comunidade em geral.

Orlando Luiz Zanon Júnior enuncia seu modelo de ordenamento jurídico nos seguintes termos:

¹⁷ “[...] o Paradigma do Positivismo Jurídico estabelece que o Direito se resume ao conjunto de Regras Jurídicas previamente estabelecido pela autoridade competente, em um corpo único e identificável, que representa o acervo exclusivo ou predominante de Fontes Jurídicas a serem empregadas para fins de tomada de Decisões Jurídicas, mormente pela jurisdição. Porém, a partir do momento que a complexidade do Direito é amplamente majorada pela admissão de influxos morais e éticos, bem como pela constatação de que a ordem jurídica não pode ser reduzida a um tipo fixo e específico de padrão de julgamento (ou de alguns certos parâmetros), torna-se de suma importância e gravidade o tema referente à cristalização de quais argumentos podem ou não ser legitimamente empregados para fins de deliberação em Sociedade” (ZANON JÚNIOR, 2015, p. 159).

¹⁸ “No tocante à **aplicação**, por sua vez, esta reflete uma forma diferente de produção normativa, haja vista que se encontra vinculada às Fontes Jurídicas legitimamente aceitas pela comunidade (entre elas, a legislação escrita) e voltada à resolução de uma pergunta concreta emergente em Sociedade. Todas as pessoas, ao decidirem, produzem a Norma Jurídica que serve de fundamento para sua deliberação, ainda que para se conduzir em contrariedade a ela (afinal, agir ilícitamente é uma opção concreta, embora reprovável) [...]. E, quando a conduta de alguém é questionada por outro integrante da Sociedade, cabe o acionamento dos juízes, que são as autoridades públicas com encargo político de analisar se a deliberação contestada foi baseada em Norma jurídica válida ou não” (negrito conforme o original) (ZANON JÚNIOR, 2015, p. 151).

[...] conceitua-se Ordenamento Jurídico como o conjunto sistêmico de elementos de determinação adotados em determinada comunidade, sob a forma estrutural de um órbita centralizada formal e materialmente pela Constituição (ZANON JR, 2015).

Sendo assim, o ordenamento jurídico, segundo o autor, toma a forma de um sistema orbital, composto de subsistemas, microssistemas e, eventualmente, de satélites menores¹⁹. No subsistema central, encontra-se localizada a Constituição em sentido amplo, tomando o lugar do sol e, conseqüentemente, irradiando os demais subsistemas e microssistemas²⁰.

Os subsistemas e microssistemas da ordem jurídica, assim, orbitam ao redor da Constituição, e cada um deles é composto de diversas camadas (textos normativos, princípios, jurisprudência, doutrina, políticas, ética e costumes), servindo, isolada e em consonância, para edificar a norma e, por conseguinte, solucionar os casos concretos²¹.

Em linhas gerais, assim enuncia Orlando Luiz Zanon Júnior acerca da utilização do sistema por ele edificado:

[...] em linha geral, são invocados, em ordem, Textos Normativos, Princípios Jurídicos, Jurisprudência, Doutrina, Políticas Executivas, Ética e Costumes, sendo ainda dada preferência àqueles elementos pertinentes ao centro do sistema (Constituição em sentido amplo), caminhando-se depois pelos demais subsistemas e microssistemas do sistema jurídico orbital (ZANON JR, 2015).

Assim, pode-se deduzir que o autor, com o sistema por ele criado, quis, de fato, interligar as diversas fontes jurídicas, conteúdos de subsistemas e microssistemas distintos,

¹⁹ “[...] Para fins de visualização, sua estrutura é de um sistema orbital, composto por diversos subsistemas, os quais, por sua vez, contém microssistemas e, eventualmente, satélites ainda menores, a depender das tradições jurídicas específicas de cada comunidade” (ZANON JÚNIOR, 2015, p. 190).

²⁰ “O subsistema central é integrado pela Constituição em sentido amplo, sendo formado por diversas camadas de padrões de julgamento, a exemplo do texto constituinte, dos vetores principiológicos constitucionais, do teor das decisões dos tribunais em sede de controle de constitucionalidade, da Doutrina sobre o tema e, enfim, de todos os elementos decisórios fundantes da ordem social brasileira. Este conjunto, em suas múltiplas camadas, pode ser visualizado como uma estrela (como o Sol), ou seja, o centro irradiante de um sistema solar” (ZANON JÚNIOR, 2015, p. 190).

²¹ “Ao redor da Constituição em sentido amplo, orbitam os demais subsistemas da ordem jurídica, a exemplo dos ramos referentes aos direitos civil, processual cível, criminal, processual penal, administrativo, tributário, eleitoral e ambiental, sem olvidar de eventuais outros, historicamente construídos em determinada Sociedade. Cada um destes ramos forma um subsistema, composto igualmente de diversas camadas (Textos Normativos, Princípios, Jurisprudência, Doutrina, Políticas, Ética e Costumes), que orbita ao redor da Constituição e por ela são irradiados determinantemente” (ZANON JÚNIOR, 2015, p. 191-192).

sem se olvidar, contudo, de conectá-las à força normativa, principiológica e sociológica da Constituição.

Tal apanhado teórico apresentado até então a respeito da Teoria Complexa do Direito serviu, de fato, para compreender a base de tal proposta e, conseqüentemente, permitir que, em ato contínuo, possa ser realizado um estudo mais detido do preenchimento de possíveis lacunas ideológicas existentes no ordenamento jurídico orbital.

Para Orlando Luiz Zanon Júnior, a ausência normativa (anomalia ou lacuna) “[...] consiste na inexistência de resposta preexistente no Ordenamento Jurídico para resolução de um caso concreto, demonstrando a insuficiência e a incompletude [...] do Ordenamento Jurídico (ZANON JR, 2015, p. 216)”.

Entretanto, segundo o autor, “[...] a Teoria Complexa do Direito não comporta Contradição (antinomia) e tampouco Ausência Normativa (anomalia e lacuna)” (ZANON JR, 2015, p. 218), tendo em vista que a norma jurídica é construída tendo por base a articulação antecipada e concatenada das fontes jurídicas existentes.

É possível inferir, portanto, que, diferentemente do defendido pelos juspositivistas (de que o ordenamento jurídico é um conjunto de normas jurídicas prontas para resolver os casos futuros), a Teoria Complexa institui a norma somente depois de estabelecido o caso concreto e correlacionadas as fontes jurídicas (ZANON JR, 2015).

É por esse motivo que é facilmente possível perceber que não há como se estabelecer uma contradição ou uma ausência normativa dentro do ordenamento jurídico orbital, tendo em vista que a incompletude e a incoerência são, na verdade, meramente aparentes (na suposta lacuna, fontes jurídicas diversas – suplementares ou complementares – são empregadas, articuladamente, para solucionar o problema).

Orlando Luiz Zanon Júnior enuncia:

[...] é virtualmente inviável a Ausência Normativa, haja vista que o modelo paradigmático em tela não adota a tese de que a moralidade política (ou mesmo apenas o Direito) é um conjunto fechado de alguns padrões de julgamento. Ao contrário, apresentou um sistema aberto, descrito como uma órbita incomensurável de conhecimentos artificialmente criados para descrição e prescrição sobre a realidade. Daí que, infalivelmente, será possível encontrar ao menos alguns critérios de julgamento a serem articulados, dentre aqueles aceitos pela respectiva tradição jurídica, de modo a viabilizar a construção da Norma Jurídica (ZANON JR, 2015).

Quanto ao preenchimento das lacunas ideológicas, aqui tratadas como sinônimas de leis injustas, embora o autor não tenha tratado especificadamente em sua obra, vê-se que, de fato, pode ser concebida a mesma interpretação dada às demais espécies de lacunas.

Assim, como a Teoria Complexa do Direito não admite qualquer tipo de contradição e ausência normativa, da mesma maneira não tem porque considerar viável a ideia de institucionalização de uma lacuna ideológica.

Aquele que, portanto, estiver se utilizando dos fundamentos e das teorizações do ordenamento jurídico orbital e, em um determinado momento, alegar presença de uma lacuna ideológica, de fato, estará se utilizando, tão somente, de um argumento moral equivocado, rechaçado pelo autor como parâmetro de decisão judicial²², ou, inadvertidamente, estará se valendo das articulações das fontes jurídicas de forma indevida ou, ainda, embora seja considerada apenas injusta pelo aplicador, ela, possivelmente, é formal e/ou materialmente inconstitucional (o que retira dela a validade para figurar como fonte jurídica existente).

Sendo assim, seja a lacuna real, seja ideológica, seja própria, seja imprópria, a Teoria Complexa do Direito consegue extirpá-las de seu ordenamento jurídico e, conseqüentemente, introduzir um novo paradigma à Ciência Jurídica que tem por fim “[...] reduzir ainda mais a margem de manobra do órgão aplicador, [...] aumentar o grau de previsibilidade das Decisões Jurisdicionais e [...] ampliar a taxa de satisfação da segurança jurídica” (ZANON JR, 2015, p. 116).

5 CONCLUSÃO

A pesquisa ora realizada trata da relação da lacuna ideológica com os fundamentos teóricos da Teoria Complexa do Direito, criada e defendida por Orlando Luiz Zanon Júnior.

Inicialmente, aborda-se as características essenciais do ordenamento jurídico, tendo por base a teoria de Norberto Bobbio, com ênfase ao aspecto da completude. Ato contínuo, versa-se sobre os diversos tipos de lacuna consoante Norberto Bobbio, juspositivista, dando destaque à díade lacuna real-lacuna ideológica. Por fim, explanou-se

²² “[...] embora os argumentos morais e éticos inegavelmente incidam na operação intelectual de produção normativa, apenas os últimos são considerados como fontes legítimas, haja vista que representam áreas de convergência de interesse coletivo da Sociedade” (ZANON JÚNIOR, 2015, p. 178).

sobre a lacuna ideológica à luz da Teoria Complexa do Direito, consignando o entendimento do autor acerca do problema da ausência normativa do ordenamento jurídico.

Com a pesquisa realizada, foi possível concluir que a ideia de lacuna ideológica é entendida por Orlando Luiz Zanon Júnior como inviável e inexistente, tendo em vista que, em virtude da articulação coerente das fontes jurídicas e da utilização devida dos fundamentos epistemológicos da teoria em estudo, o ordenamento jurídico orbital não concebe a ideia de lacunas e/ou antinomias.

Desse modo, confirma-se a hipótese formulada inicialmente na introdução deste artigo: de fato, a Teoria Complexa do Direito, por considerar que não há antinomias e lacunas no ordenamento jurídico por ele institucionalizado, da mesma forma, compreende que a ideia de lacuna ideológica não merece prosperar. A teoria criada por Orlando Luiz Zanon Júnior nega a existência de lacunas e antinomias, tendo em vista que considera que o ordenamento jurídico orbital, de fato, permite responder todas as perguntas, sem deixar espaço para qualquer contradição aparente.

Considerando os levantamentos bibliográficos realizados, pode-se constatar que esta pesquisa atingiu seu objetivo geral, pois demonstrou que a relação das lacunas ideológicas com os fundamentos da teoria institucionalizada por Orlando Luiz Zanon Júnior é certa, tendo em vista que permite compreender sua inexistência antes da correta articulação das fontes jurídicas legitimamente existentes.

Conclui-se, portanto, que a lacuna ideológica, enquanto sinônimo de lei injusta, é compreendida pela Teoria Complexa do Direito como inexistente, tendo em vista que as fontes jurídicas legitimamente reconhecidas são responsáveis por responder a todas as perguntas existentes, impedindo, assim, a instituição de espaços jurídicos vazios.

THE IDEOLOGICAL GAPS IN THE LIGHT OF COMPLEX LAW THEORY

André Luiz Staack

ABSTRACT

This article aimed to address about the understanding of Ideological Gaps in the light of Complex Law Theory. The study had the general objective perform, through a bibliographic research, an investigation into the resources used by the author of Complex Law Theory to understand the institute of Gaps recognized Ideological. To achieve the proposed objective,

the method of approach was inductive, and the data survey conducted by the technical bibliographic of secondary source. In the final considerations, it was concluded that the Ideological Gap is understood by the Complex Law Theory as non-existent, at the correct and proper coordination of the existing legitimately legal sources.

Keywords: Ideological gap. Completeness. Complex law theory.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução de Ari Marcelo Solon. Prefácio de Celso Lafer. Apresentação de Tércio Sampaio Ferraz Júnior. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2014. Título original: *Teoria dell'ordinamento giuridico*.

DANTAS, Aldemiro; MALFATTI, Alexandre David; CAMARGO, Elizeu Amaral. **Lacunas do ordenamento jurídico**. Barueri: Manole, 2005.

DINIZ, Maria Helena. **As lacunas no direito**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Função social da dogmática jurídica**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 8. ed. rev. amp. São Paulo: Malheiros, 2011.

HART, H. L. A. **O conceito de direito**. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. Título original: *The concept of law*.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. Título original: *Reine rechtslehre*.

NINO, Santiago. **Introducción al análisis del derecho**. 2. ed. Buenos Aires: Depalma, 2003.
PASOLD, César Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 13. ed. rev. atual. amp. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

ZANON JÚNIOR, Orlando Luiz. **Teoria complexa do direito**. 2. ed. rev ampl. Curitiba: Prismas, 2015.