

SOLUÇÕES PARA A INCOMPLETUDE DO ORDENAMENTO JURÍDICO

SOLUTIONS FOR THE JURIDICAL ORDINATION INCOMPLETENESS

Nardim Darcy Lemke *

Resumo: Este texto é uma continuação do artigo intitulado *A incompletude do ordenamento jurídico e suas possíveis soluções*, publicado nesta Revista, e nele se discute possíveis soluções normativas para a incompletude do sistema jurídico, que é, para muitos, um assunto de fundamental importância, verdadeiro dogma do ordenamento jurídico. Essas lacunas jurídicas são negadas por diversos juristas, que não admitem sua possibilidade no ordenamento, apenas na lei. O Estado onipotente, monopolizador da produção do Direito, teria regulado todos os possíveis casos que lhe serão submetidos. Admitindo a existência de lacunas jurídicas, o enfoque passa para suas possíveis soluções: analogia, costumes, princípios gerais de direito e equidade.

Palavras-chave: Lacunas. Incompletude. Analogia. Bons Costumes. Princípios Gerais de Direito. Equidade.

Abstract: The present text is a continuation of the article called *Juridical ordination incompleteness and its possible solutions*, published in this Magazine, which discusses possible normative solutions for the juridical system incompleteness, which is, for some people, a subject of fundamental relevance, a true dogma of juridical ordination. Such juridical gaps are denied by several jurists who do not admit their possibility in the ordination, only in the law. The Omnipotent state, monopolizer of Law production, would have regulated all possible cases that are submitted to it. By admitting the presence of juridical gaps, the focus is the possible solutions: analogy, habits, general principles of law and equity.

Key words: Gaps. Incompleteness. Analogy. Good Habits. General Principles of Law. Equity.

* Mestre e Doutorando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI. Professor aposentado de Direito Civil, Direito Comercial, Teoria Macroeconômica e Contabilidade Social da Universidade Regional de Blumenau - FURB. Advogado militante desde 1966 em Blumenau (SC). E-mail: nardim.l@terra.com.br.

1 A ANALOGIA

A questão da analogia é inçada de dificuldades e de muitas divergências entre os estudiosos, porquanto o conceito de analogia não é unívoco, eis que, como posto por Atienza Rodríguez (1986, p. 15), “a noção de analogia é de difícil ou impossível definição, pois não existe um conceito de analogia, senão uma pluralidade de conceitos, ou, mais exatamente, uma ‘família de conceitos’”. Convém recordar que a aplicação analógica dá-se em geral nas hipóteses de lacuna na lei, havendo, porém, quem entenda que o recurso à analogia não supõe a necessária existência de uma lacuna como Atienza Rodríguez (1986, p. 182), salvo se por lacunas se entender tanto as normativas¹ quanto as axiológicas² (ATIENZA RODRÍGUEZ, 1986, p. 183). Ao lado da analogia, para suprir as lacunas, recorre-se aos princípios gerais de direito. Já o recurso aos costumes não é resultante de alguma lacuna, pois, para muitos, os costumes integram a norma, de modo que, em havendo um costume, não existe lacuna.

Para Atienza Rodríguez (1986, p. 180), a analogia permite solver um dos problemas básicos de qualquer ordenamento jurídico, qual seja, a inovação do sistema com a conservação de sua estrutura. Analogia consiste na aplicação de uma norma específica para um caso semelhante, mas não contemplado pela regra. Exige a semelhança entre os suportes fáticos, não a identidade, e um juízo de valor, que leve à aplicação daquela norma, não obstante as diferenças. A pergunta que se fará é se, apesar das diferenças, valorativamente se deverá aplicar a norma em função das semelhanças verificadas. Nem todas as semelhanças levarão à aplicação analógica; a semelhança deverá ser essencial. A identidade está na *ratio legis*, não nos fatos jurídicos.

Há quem entenda não ser a analogia um processo de interpretação da norma, mas de aplicação do direito, como querem Maximiliano (1951, p. 262), Espinola e Espinola Filho (1940, v. 4, p. 600-601) e Coviello (1938, p. 93) dentre outros. Serpa Lopes (1996, v. 1, p. 183) afirma que “a analogia entra nos processos de interpretação do Direito, tanto quanto visa determinar o conteúdo de uma norma jurídica”, situando-a, portanto, nos dois campos. Não deixa de ser verdadeiro que a analogia é um processo de interpretação, mas também é exato dizer que ela implica necessariamente a criação ou inovação do direito, aproximando-se, pois, das fontes do direito. Embora, o procedimento analógico se assemelhe à criação de uma nova norma ou princípio³, ao contrário do sustentado por Atienza Rodríguez (1986, p. 183), não chega a ser fonte, porque “está já implicitamente contido na lei, que tem em si a potencialidade de adaptar-se ao caso não previsto pelo legislador” (COVIELLO, 1938, p. 93). O magistrado que recorre à analogia não age de maneira livre, pois utiliza preceitos já existentes no sistema (MAXIMILIANO, 1951, p. 262). Ele como que recria a lei sempre que a

interpreta, sendo-lhe vedado criar direito novo, salvo quando expressamente autorizado (art. 4º da Lei de Introdução do Código Civil – LICC - e arts. 126 e 127 do Código de Processo Civil - CPC).

Castro y Bravo (1955, v. 1, p. 528-533) sustém que o Direito se completa a si mesmo, mediante atividade do juiz. Nos casos de lacunas, é necessário sair da lei e buscar a solução fora dela. Daí ser mais conveniente falar em imperfeição da lei.

Normalmente, a analogia só se aplica às leis comuns, inclusive às especiais ou particulares, não às excepcionais. O princípio estava consagrado no art. 6º da LICC (Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916): “a lei que abre exceção a regras gerais, ou restringe direitos, só abrange os casos que especifica”⁴. Essa norma não foi repetida, mas o princípio permanece.

A analogia já era aplicada no direito intermédio, via *argumentum a simili*, então considerado o procedimento mais eficaz para estender a lei aos casos nela não compreendidos. Como posto por Bobbio (1994, p. 151), o raciocínio por analogia foi estudado pelos lógicos, que a denominavam de *paradigma*, ou *exemplum* na tradução latina. Para Aristóteles (1973, p. 325, nº 1131a 25), a analogia relaciona-se com a justiça distributiva, que consiste em dar a cada um conforme os seus méritos, considerando o justo “uma espécie de termo proporcional (sendo a proporção uma propriedade não só da espécie de número que consiste em unidades abstratas, mas do número em geral)” (ARISTÓTELES, 1973, p. 325, nº 1131 a 30).

A analogia importa na aplicação de um preceito legal regulador de um fato específico a um outro fato semelhante não contemplado pela norma. Entre os dois suportes fáticos deve existir um suficiente grau de semelhança e uma *identidade de razão* (SANZ, 1995, p. 293) que sirva de parâmetro à extensão analógica do preceito regulador do primeiro ao segundo (*eadem ratio decidendi*). Esta *igualdade jurídica, na essência* “é a mais difícil de apurar, e põe à prova o senso jurídico e a finura do intérprete” (FERRARA, 1963, p. 160, 164). Para afirmar a semelhança buscam-se a *occasio legis* e a *ratio legis* da regra legal. A grande dificuldade está na identificação das semelhanças importantes entre os suportes fáticos. Como já se dizia desde os romanos: *ubi est eadem ratio, ibi eadem iuris dispositio esse debet* (onde existe a mesma razão, deve haver a mesma disposição de lei). Exige a semelhança entre os suportes fáticos, não a identidade, e um juízo de valor, que leve à aplicação daquela norma, não obstante as diferenças. Destarte, a analogia não pode ser reduzida a um sistema de lógica, porque sempre estará presente um componente axiológico (ATIENZA RODRÍGUEZ, 1986, p. 180).

Todos os conceitos de analogia têm em comum a idéia de semelhança⁵ e suas duas noções mais significativas são a analogia como proporção, isto é, como semelhança entre relações e a analogia como argumento, que permite passar do particular ao particular, ou seja, do semelhante ao semelhante (ATIENZA RODRÍGUEZ, 1986, p. 179). O significado fundamental equivalente à proporção foi extraído do uso matemático (= igualdade de relações), já no sentido de argumento exprime a extensão provável do conhecimento, pelo uso de semelhanças genéricas entre situações diversas (ABBAGNANO, 1998, p. 55). No primeiro sentido, a analogia é um processo lógico de interpretação da norma, “sendo-lhe necessária a identidade das necessidades da espécie resolvida com as da espécie a resolver” (SERPA LOPES, 1996, v. 1, p. 183, com fundamento na opinião de Vander Eycken), mas, como já foi dito, com um componente axiológico dele inseparável. No segundo, é ela noção relevante no processo de descrição e explicação do direito, vale dizer, no direito visto como ciência e como conhecimento jurídico.

Sublinhe-se que o argumento analógico não pode estender-se indefinidamente, pois se exige uma afinidade de fato e uma identidade de razão entre a hipótese concreta e aquela retratada na regra jurídica. O limite, portanto, está no próprio fundamento da extensão analógica. Deve parar antes de criar uma norma substancialmente nova e diferente (DEL VECCHIO, 1952b, p. 124-125).

Para a aplicação analógica, a semelhança entre as duas situações fáticas exige a concordância “nos aspectos decisivos *para a valoração jurídica*” (LARENZ, 1989, p. 461 – o grifo é do original). Para determinar estes aspectos decisivos, ensina Larenz (1989, p. 461-462), *ipsis verbis*:

Se é ou não o caso, pode determinar-se não só com o auxílio das categorias lógicas de ‘identidade’ ou ‘não identidade’, mas requer-se, sobretudo, o esclarecimento dos aspectos decisivos da valoração expressa na regulação legal. A isso há que acrescentar a constatação positiva de que a situação de facto a julgar iguala em todos esses aspectos o que está legalmente regulado, assim como a constatação negativa de que as diferenças que subsistem não são de tal ordem que excluam aqui a valoração legal. Na analogia jurídica trata-se sempre, portanto, de um processo do pensamento valorativo e não unicamente de uma operação mental lógico-formal. Para conhecer que elementos da hipótese legal regulada na lei são importantes para a valoração legal, e porque é que o são, é preciso recorrer aos fins e idéias fundamentais da regulação geral, à *ratio legis*.

Afaste-se, desde logo, a concepção de juristas mais conservadores de que as normas de direito singular ou excepcional não admitem a aplicação analógica⁶. Essa doutrina, derivada de alguns textos romanos, somente pode admitir-se com muitas reservas (Santamaria, 1958, p. 13). A questão foi aflorada na Alemanha, onde não faltaram vozes que qualificaram o texto do § 89b do *Handelsgesetzbuch* (HGB)⁷ de *Sonderregelung* ou

Ausnahmevorschrift (disposição excepcional). Mas, como nenhum comerciante está, em regra geral, disposto a fazer algo sem uma contraprestação, não se está em face de uma regra especial, muito menos de uma regra excepcional. Embora na Alemanha haja previsão legal para o fato (§ 354 do HGB), é até intuitivo que esse princípio seja válido para todos os comerciantes. Um preceito excepcional é aquele que derroga algum dos princípios fundamentais do sistema jurídico (SANZ, 1995, p. 295), ou, com Enneccerus (1953, v. 1, p. 180), é aquele contrário “às proposições jurídicas (gerais) que violam um princípio geral de direito em casos de caráter especial”, o que, nitidamente, não ocorre na espécie concreta. No mais, não há, no Brasil, nenhum dispositivo legal que proíba a aplicação analógica das disposições especiais, nem mesmo das excepcionais.

Fala-se em *analogia legis* e em *analogia iuris*, dependendo de a regulamentação ser provida por um outro caso regulado pela própria lei (*legis*), ou resultar do direito em geral, no seu espírito, de que se extraem, por indução, princípios mais gerais e se os aplica ao caso semelhante (*iuris*). Enneccerus (1953, v. 1, p. 212-3) o exemplifica com um direito que regulasse a responsabilidade por culpa do comprador, do vendedor, do locador, do locatário, do comodatário, do depositante, mas deixasse de fazê-lo em relação ao doador, ao comodante e ao depositário, todavia, a partir daí, por indução, se extrairia o seguinte princípio geral: o devedor responde por culpa sempre que tenha vantagem, princípio que se aplicaria por *analogia iuris* a todas as relações com essa índole.

Requisitos da analogia são: 1) uma lacuna na lei; 2) uma semelhança entre duas relações jurídicas, com regra só aplicável a uma delas; 3) uma identidade de *occasio legis* e de *ratio legis* entre as duas situações fáticas, que seria uma igualdade jurídica na essência dos casos em confronto, regulado e a regular, o que força o intérprete a procurar os elementos decisivos e separá-los dos meramente ocasionais, lembrando que analogia não é interpretação extensiva, porque esta “busca o sentido amplo de um preceito estabelecido; aquela de fato revela uma norma *nova*” (MAXIMILIANO, 1951, p. 262-263, grifo do original). A interpretação extensiva aplica a norma a fatos contidos na própria regra, que o intérprete se limita a aclarar por ser muito estreita; a analógica aplica a norma a fatos outros, não contemplados pelo dispositivo legal, ou seja, *é uma impulsão do direito na direção apontada pela lei* (ENNECCERUS, 1953, v. 1, p. 213). Todavia, na prática, não é fácil distinguir entre analogia e interpretação extensiva, pois o que existe “é uma graduação, um contínuo que se prolonga, para cima, na direção da criação arbitrária do Direito e, para baixo, até a interpretação denominada de declarativa” (ATIENZA RODRÍGUEZ, 1986, p. 184).

Para alguns estudiosos, a analogia legis parte do geral para chegar ao particular, ou seja, de um conjunto de normas extrai-se um princípio geral para, daí, aplicá-lo ao caso sub

examine, não regulado. Utiliza, portanto, o método dedutivo. O assunto, todavia, não é nada pacífico. Há quem veja, na analogia legis, aplicação do método indutivo (do particular para o geral), ponderando Atienza Rodríguez (1986, p. 181), que existe uma generalização a partir de uma ou várias normas do sistema, mas o método não é indutivo, embora contenha traços indutivos. Possivelmente, a opinião dominante é no sentido de que, na analogia, há um argumento que vai do particular para o particular, como pensa Maximiliano (1951, p. 255). Não é, com certeza, uma relação de equivalência, apesar de ser reflexiva e simétrica, porque não é transitiva (Atienza Rodríguez, 1986, p. 181). Nela existe, como posto por Maximiliano (1951, p. 254), uma boa dose de probabilidade, que aponta a direção a seguir nas investigações, cabendo ao “observador escrupuloso procurar meios complementares para atingir uma indução completa” (Maximiliano, 1951, p. 254-255). *Ultima ratio*, a analogia tem fulcro jurídico no princípio da igualdade⁸, visto por seu aspecto formal, vale dizer, casos semelhantes devem ser tratados de modo igual (Atienza Rodríguez, 1986, p. 186). No mesmo sentido conclui Maximiliano (1951, p. 257-258), afastando o fundamento dos antigos baseado na vontade do legislador.

2 O COSTUME

Antes de ingressar na questão do costume, deve-se fazer uma breve referência às fontes do direito. Fonte é a nascente de águas e, por extensão, é a causa de alguma coisa, o ponto de origem do qual algo flui. Temos, então: a) um sentido filosófico, b) um técnico e c) um instrumental.

Assim: a) como causa última do próprio direito, sua fonte será objeto da filosofia do direito; b) como fonte do direito positivo, trata das várias forças sociais de produção legítima do direito, de produção dos distintos tipos de normas jurídicas, que constituem seu ordenamento jurídico; e c) como fonte do conhecimento do direito positivo, busca averiguar o conteúdo das normas jurídicas (Castro y Bravo, 1955, v. 1, p. 363-364)⁹.

A classificação tradicional do direito fala em fontes históricas, materiais e formais, como apresentado por Nader (1999, p. 166-167). Históricas são as fontes que se preocupam com a gênese das modernas instituições jurídicas e com a evolução dos costumes. Materiais são as causas produtoras do direito, os fatos sociais e econômicos que emergem da vivência em comunidade e são o verdadeiro pano de fundo do regramento jurídico formal. Nader (1999, p. 167), com base em Hübner Gallo, menciona que as fontes materiais podem ser divididas em diretas (representadas pelos órgãos elaboradores do direito positivo, como a

comunidade, que cria o direito consuetudinário, o legislativo, que cria as leis, o judiciário, que produz jurisprudência) e indiretas (identificadas com os fatores jurídicos). Formais são os meios de expressão do direito, ou seja, as formas pelas quais se exterioriza. Criar o direito vem a ser a introdução de novas normas jurídicas no ordenamento (Nader, 1999, p. 167). Essas fontes formais podem ser diretas ou imediatas, que por si só têm força suficiente para gerar a regra jurídica e indiretas ou mediatas, as que não têm essa força. As primeiras são a lei e o costume e estas últimas, a doutrina e a jurisprudência (Monteiro, 1966, v. 1, p. 13). Com relação ao costume, há uma divergência profunda entre os autores, porquanto muitos deles entendem que o costume apenas tem força em razão de dispositivo legal que assim dispõe. No direito brasileiro, o art. 5º, inciso II, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, determina que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, enquanto o art. 2º da LICC estabelece que a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue, salvo se de vigência temporária. Além disso, o art. 4º da LICC sublinha que, nos casos de omissão da lei, o juiz decidirá com base na analogia, nos costumes e nos princípios gerais de direito, isto é, só nos casos de omissão da lei o juiz buscará os costumes e sequer os buscará em primeiro lugar, segundo a ordem de graduação legal. Tudo isso leva parte da doutrina a ponderar que os costumes não são fonte formal direta, mas indireta¹⁰.

Em verdade, o costume participa tanto do aspecto histórico, quanto do material e ainda do formal. Pelo ângulo histórico, certamente o costume foi a primeira fonte do direito. No sentido material, as fontes apontam para a origem do direito, enquanto, no sentido formal, são os processos de manifestação das normas jurídicas, ou seja, as formas revestidas pelas fontes materiais (Coelho, 1997, p. 14) Há quem preconize, como a escola egológica, a supressão da distinção entre fontes materiais e formais, chegando-se até a falar em fontes formais-materiais (Coelho, 1997, p. 15). Paula não comunga com a idéia de relegar o costume à fonte formal, isto porque “a sua causa decorre do fato social, e sua forma, ou a maneira de se expressar em lei decorre da autoridade estatal da qual emana norma escrita” (Paula, 1997, p. 57-58). Olhando-se o aspecto formal, o mais considerado pela doutrina tradicional¹¹, o costume é fonte imediata, ao lado da lei, mas uma fonte não-estatal e não-escrita. No entanto, o que é costume?

Costume é toda formação de regra jurídica processada fora da lei escrita. Ráo (1952, v. 1, p. 287) o conceitua como “A regra de conduta criada espontaneamente pela consciência comum do povo, que a observa por modo constante e uniforme e sob a convicção de corresponder a uma necessidade jurídica”, seguindo, aliás, a mesma conceituação trazida por

Ruggiero (s/d., v. 1, p. 80). Não é costume o modo habitual pelo qual se executa um contrato, nem os usos e hábitos da vida social (Coviello, 1938, p. 52).

Os elementos do costume são: a) um externo, representado pela série de atos repetidos e é necessário: I) sua uniformidade; II) sua constância; III) sua generalidade; b) um interno, representado pela convicção jurídica de que sua observância corresponde a uma necessidade jurídica.

O costume antecede a lei e, em sua origem, era um puro fato. O direito só nasce a partir do momento em que a norma se torna jurídica e se separa da norma religiosa, o que significa dizer que o direito não existia nas comunidades primitivas, não organizadas. O costume é a forma espontânea de constituição do direito, enquanto a lei é sua forma reflexiva (Ruggiero, s/d., v. 1, p. 80). O direito exige um mínimo de organização social, que o costume dispensa.

Na origem, o chefe do grupo decidia os conflitos, sem regra ou figura jurídica. Essa decisão teria de contar com o apoio, expresso ou tácito, da maioria, que se submetia à regra, que, com o decorrer dos tempos, passava a ser costumeira. À medida que o povo evoluía, a tendência era a de estratificar a norma em lei escrita, para evitar os azares da inspiração puramente individual, como posto por Jhering.

Atualmente, a lei não mais se limita a estratificar o costume. O legislador pode criar a lei sem qualquer costume anterior, ou até em sentido contrário ao costume existente¹². Certo é, no entanto, que a lei não pode abarcar todo o universo jurídico. Por isso, ocorrem lacunas na lei e, na opinião de (Serpa Lopes, 1996, v. 1, p. 113), lastreado em lição de Angel Ossorio, grande é a importância do costume, por ser a sociedade, em sua constante ação espontânea, a criadora do direito, produzindo-o como as abelhas produzem o mel. No entanto, Serpa Lopes (1996, v. 1, p. 113) coloca o costume abaixo da lei, sem que se possa asseverar a supremacia de um ou da outra. Embora haja, com certeza, um declínio da importância do costume, que, no decorrer da História, teve primazia sobre a lei, e mesmo que o Estado moderno tenha aversão a disposições legais extra-estatais, tanto por inspiração de razões políticas, quanto por motivos de ordem substantiva, dá-se preferência à orientação que coloca lei e costume no mesmo nível, o que leva, por consequência, a admitir o costume contrário à lei. Os adeptos da corrente oposta usualmente suspeitam que a norma costumeira seja inspirada por interesses menores e nem sempre atenda ao bem comum, cuja idéia a lei traz em si, na opinião de autores mais tradicionalistas.

Ora, entender que a lei normalmente atende ao bem comum e aos fins sociais, é ir contra os fatos. Há leis de origem obscura, para não dizer leis consagradoras de interesses

subalternos. Leis confusas, contraditórias, injustas, leis dirigidas a proteger o forte contra o vulnerável, o espoliador contra o espoliado. Enfim, muitas leis não visam ao bem comum, isto para não citar que a noção de bem comum é dúctil, de difícil, senão impossível, apreensão. O mesmo acontece com os fins sociais, de incerta conceituação.

Sem dúvida, é necessário dar ênfase ao método teleológico de interpretação da norma, buscando sua finalidade justa, como, aliás, está no art. 5º da LICC: fins sociais da lei e exigências do bem comum. É, no entanto, muito difícil de dizer quais são as exigências do bem comum na prática cotidiana e os fins sociais costumam ser vistos pelo prisma de cada um. É indispensável ver nos fins sociais o atendimento de interesses coletivos, não apenas individuais. O equilíbrio entre os fins sociais do direito e o interesse individual, que não pode ser esquecido, é um dos grandes, senão o único problema do direito. O prudente arbítrio judicial pode tornar-se imprudente arbítrio. Todos os sistemas interpretativos da norma parecem insuficientes, de per si, para se atingir a Justiça.

No prefácio à obra de Gény, escreveu Saleilles (Prólogo, 1925, p. XV, onde o lema vem traduzido para o espanhol), inspirado em frase de Jhering, um lema para a obra desse autor que permanece válido e deve presidir a interpretação da lei: “Au delà du Code Civil, mais par le Code Civil¹³”.

No Recurso Especial nº 4.987-RJ, a 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, pela voz do relator, Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira (1991, p. 384), em 4 de junho de 1991, deixou certo que:

[...] o juiz não pode quedar-se surdo às exigências do real e da vida. O Direito é uma coisa essencialmente viva. Está ele destinado a reger homens, isto é, seres que se movem, pensam, agem, mudam, se modificam. O fim da lei não deve ser a imobilização ou a cristalização da vida, e sim manter contato íntimo com esta, segui-la em sua evolução e adaptar-se a ela. Daí resulta que o Direito é destinado a um fim social, de que deve o juiz participar ao interpretar as leis, sem se aferrar ao texto, às palavras, mas tendo em conta não só as necessidades sociais que elas visam a disciplinar como, ainda, as exigências da justiça e da equidade, que constituem o seu fim. Em outras palavras, a interpretação das leis não deve ser formal, mas, sim, antes de tudo, real, humana, socialmente útil. [...]

Se o juiz não pode tomar liberdades inadmissíveis com a lei, julgando *contra legem*, pode e deve, por outro lado, optar pela interpretação que mais atenda às aspirações da Justiça e do bem comum.

Como fonte do direito, o costume pode ser estudado em três momentos: o pré-legislativo, o complementar à legislação e o hermenêutico (PAULA, 1997, p. 55). Como solução interpretativa no sentido do art. 4º da LICC, interessa-nos a questão hermenêutica, para o que devemos distinguir entre três espécies de costume: *secundum legem*¹⁴, *ultra legem et*

contra legem. Apesar da maior importância da lei, não há efetivamente uma supremacia da lei sobre o costume, salvo se o costume for *contra legem*, desde que admitida a sua viabilidade. Se o costume for *secundum legem*, para uns não será fonte do direito, apenas uniforme interpretação das normas legais; para outros, relaciona-se a normas não encontradas na lei, mas que delas recebem eficácia e valor, ou, é expressamente admitido pela lei, como admitido por mais outra parte da doutrina. Manso (1979, p. 23) se insurge contra a expressão costume *secundum legem*, porque o costume é anterior à lei, logo a norma emergente do costume não surge segundo a lei. Em realidade pode-se inverter a afirmação e dizer que a lei seria *secundum consuetudinem*.

Apesar da indiscutível importância que a lei assume nos países de legislação escrita, como a nossa, que segue o sistema de tradição jurídica romano-germânica, ela precisa ser reajustada com frequência, enquanto o costume é um elemento fático da experiência, de livre improvisação (RENARD, 1927, p. 11). É, segundo esse autor, grave equívoco dos tempos modernos o desdém pelo costume (RENARD, 1927, p. 11), até porque a lei jamais poderá conter toda a gama de situações concretas possíveis. A lei é uma tentativa de apreender o futuro no tempo presente; um domínio deste sobre aquele. Como o mundo é dinâmico, a lei precisa ser ajustada para as novas situações criadas e mesmo para aquelas não previstas, embora já existentes ao tempo de sua criação.

Queremos, no entanto, negar que seja o costume fruto do dinamismo de comunidades nacionais, isto é, que o povo, como tal, é quem faz o costume, ou da concepção de Savigny de criação espontânea do direito, o tal *Volksgeist* (espírito do povo). Pela criação espontânea posicionam-se Colin e Capitant (1941, v. 1, p. 20), ao estatuírem que o costume ou direito não escrito designe o conjunto de regras jurídicas não escritas e não impostas pelo legislativo, nascido espontaneamente das necessidades e usos da vida social. Em realidade, os costumes antigos foram criação, muitas vezes, de funcionários estatais e das corporações, que se regiam por normas próprias, como sublinhado por Diniz (1995, p. 189) ao transcrever a lição de Altamira.

Para Ruggiero (s/d., v. 1, p. 84-86), no primeiro caso, será fonte de direito e, no segundo, existe uma verdadeira e própria norma, em virtude da remissão feita pela lei.

O costume *praeter legem* atua como fonte supletiva da lei e será fonte autônoma, enquanto o costume *contra legem* suscita viva controvérsia: a) impossível sua admissão; b) possível no caso de a lei facultar essa revogação; e c) possibilidade de sua existência.

O que nos interessa sobre o costume na questão da interpretação da lei diz respeito ao costume *contra legem*, que muitos não admitem, embora a questão não seja pacífica e

nosso entendimento pessoal é no sentido de admitir o costume *contra legem*, quando este costume beneficia o hipossuficiente. Já o costume *ultra legem* é verdadeiramente uma simples questão de interpretação ampliativa e, portanto, não suscita maiores divergências, sendo admitido por todos.

O art. 4º da LICC autoriza o juiz a decidir o caso de acordo com os costumes, a analogia e os princípios gerais do direito. Como já dito, os costumes não estão no mesmo nível da analogia e dos princípios gerais de direito, mas no nível da lei.

No direito comercial, a questão dos costumes tinha maior relevância, mas como tal não podem ser considerados certos usos locais e certos usos de negócios. Os arts. 130 e 131 do Código Comercial brasileiro de 1950 referiam-se aos usos e costumes na interpretação dos contratos e convenções mercantis, mas o art. 121 dava prevalência ao direito civil na omissão da lei comercial. Já, em matéria de direito societário, o art. 291 do Código Comercial dava precedência aos usos e costumes.

Atender à finalidade social da lei e ao bem comum é regra programática, ou, talvez, simples critério de orientação, como o quer Serpa Lopes (1996, v. 1, p. 157). Não há lei que não tenha uma finalidade social. Conhecê-la deve ser uma constante na interpretação da norma, que está na base da busca da *mens legis*. Não há efeito sem causa (lei da causalidade), como não há ação sem finalidade (lei da finalidade). Enquanto o objeto sobre o qual se produz o efeito se comporta passivamente, a finalidade age e diz respeito ao futuro (JHERING, 1979, v. 1, p. 2). Todo ato de querer se dirige a uma finalidade (JHERING, 1979, v. 1, p. 13). Diniz (1997, p. 162) referindo-se à lição de Celso Antonio Bandeira de Mello, anota que “a aplicação da lei em desconformidade com seus fins, constitui ato de burlar a lei, pois quem desatende ao fim legal está desvirtuando a própria lei. É na finalidade que está presente o critério de sua correta aplicação a um dado caso”.

Bandeira de Mello (1993, p. 33) deixa assentado que o comando da norma sempre propõe que um determinado ato específico “venha a calhar à fiveleta para o atendimento do interesse público”, tanto que o administrador, nos casos de discricionariedade, está sempre perante o dever jurídico não de praticar qualquer ato dentre os comportados pela regra, “mas, única exclusivamente aquele que atenda com absoluta perfeição à finalidade da lei”. Tudo isso nos leva a concordar com Recaséns Siches, citado por Bandeira de Mello (1993, p. 45), de que “o fim é o criador de todo Direito; não há norma jurídica que não deva sua origem a um fim, a um propósito, isto é, a um motivo prático” (grifos do original). Em filosofia, segundo Macedo, o fim social identifica-se com bem comum, ou seja:

Procura-se inicialmente o fundamento do fenômeno social, fundamento ontológico, terminando no exame ético social e, em sociologia, identifica-se com ‘papéis’ sociais, numa análise empírico-descritiva, pelos quais os indivíduos e os grupos sociais se caracterizam por desempenharem ‘papéis’ sociais perfeitamente diferenciados [...] identificáveis em função do status social (MACEDO, 1977, v. 37, p. 392).

Consistiria, segundo Serpa Lopes (1966, v. 1, p. 158) citando Vander Eycken, em igualar o processo do trabalho interpretativo ao empregado na criação da lei. Para ele, os fins sociais têm valor desigual, havendo uma hierarquia entre eles: subsistência da sociedade, liberdade, segurança, igualdade, abundância, em que “o aplicador deverá ter por escopo a felicidade da sociedade política” (DINIZ, 1997, p. 163).

Convém anotar que não há uma definição legal para a expressão *fim social*, parecendo consistente entender como tal aquilo que é necessário para uma melhor convivência social, atendendo, portanto, à necessidade social. Ora, como as necessidades sociais sofrem alterações no decorrer dos tempos, cabe ao intérprete, sempre, buscar essas necessidades no seu tempo, com o que a interpretação se torna dinâmica, obrigatoriamente adaptada ao momento histórico presente. Como a norma é criada para atender aos fins sociais e como estes mudam sem que a norma sofra alterações, será útil que o intérprete se mantenha em constante processo de atualização com referência aos propósitos que a norma quer e precisa atingir. Poder-se-ia dizer que a sociedade vivifica a norma e lhe dá sentido. Uma vez gerada, a norma cria vida própria que pode não coincidir com aquela querida pelo legislador.

Difícil, senão quase impossível, definir o que seja bem comum. Sua noção remonta à Grécia antiga, onde Sócrates, Platão e os sofistas já colocavam a questão, que se vinculava, também, à questão da felicidade, a que todos os membros de uma sociedade organizada têm direito. Para Ferraz Jr. (1977, v. 10, p. 398), lembrando Hart, o bem comum é de *textura aberta*. Mas Hart (1994, p. 220) atribui textura aberta ao direito, o que

[...] deixa um vasto campo à actividade criadora que alguns designam como legislativa. Os juízes não estão confinados, ao interpretarem, quer as leis, quer os precedentes, às alternativas de uma escolha cega e arbitrária, ou à dedução ‘mecânica’ de regras com um sentido pré-determinado. A sua escolha é guiada muito freqüentemente pela consideração de que a finalidade das regras que estão a interpretar é razoável, de tal forma que não se pretende com as regras criar injustiças ou ofender princípios morais assentes. Uma decisão judicial, especialmente em questões de alta importância constitucional, envolve freqüentemente uma escolha entre valores morais e não uma simples aplicação de um único princípio moral proeminente; será tolice acreditar que, quando o significado do direito é objecto de dúvidas, a moral tem sempre uma resposta clara a dar.

Há quem veja no bem comum o direito fundamental da sociedade, de modo análogo aos direitos fundamentais da pessoa, como o faz a tradição escolástica, segundo Ferraz Jr. (1977, v. 10, p. 398). O bem comum quer solucionar, com efetividade, o problema das relações entre o indivíduo e a sociedade, o que leva à multiplicidade das ideologias, que dão significados distintos para a proeminência do social ou do individual e, conseqüentemente, à liberdade, à solidariedade, à ordem, à justiça, à paz, à utilidade social, à segurança etc. (FERRAZ JR., 1977, v. 10, p. 398). O direito, em síntese, deve ser interpretado na conformidade de seu fim social, o bem comum. Para o neoliberalismo, o bem comum não mais é o bem do Estado, mas da coletividade de pessoas, cujos direitos individuais devem ser respeitados, como exigência do bem comum (FERRAZ JR., 1977, v. 10, p. 399-400).

Como explica Diniz (1997, p. 167), sem ordem jurídica não há sociedade, de modo que a ordem jurídica é um bem comum, que é a *ordem prática*, como diz a jurista com fundamento em Goffredo Telles Jr. Como os sistemas jurídicos de cada país são distintos, cada sociedade nacional tem a sua própria concepção de ordem jurídica, mas o bem comum deve ser buscado por todos, já que o bem comum “não é o fim do direito, mas da própria vida social” (DINIZ, 1997, p. 167).

Por *bem comum*, como também por *fim social*, quer-se indicar que o juiz deve procurar na comunidade em que vive o valor axiológico da norma jurídica, cuja aplicação não pode ser dissociada do *mundo da vida*, “pré-estruturado simbolicamente e mediado através de interpretações e convicções”, a que se liga o tecido social, de modo que ambos “são perpassados por suposições de validade fáctivas” (HABERMAS, 1997, v. 1, p. 57). Enfim, julgar com fundamento no bem comum significa que o magistrado dosou um perfeito equilíbrio entre o interesse individual e o interesse coletivo, freqüentemente opostos. Encontrar esse equilíbrio é, em verdade, encontrar o bem comum e encontrar o fim social.

3 OS PRINCÍPIOS GERAIS DE DIREITO

É muito difícil definir os princípios gerais de Direito. Del Vecchio (1952b, p. 115-116) coloca com muita precisão, que a natureza prática do Direito é mostrada de modo concludente pelos princípios gerais do direito, que serão utilizados para dar uma resposta, senão definitiva, pelo menos terminativa do caso concreto na ausência de norma reguladora, posto que é vedado ao magistrado negar-se a decidir a pretensão que lhe é levada pelas partes. Embora, para a maioria dos juristas não se deva procurar os princípios gerais de direito no Direito Natural, mas em normas estritamente positivas, Del Vecchio (1952b, p.

118-122) pondera que, na origem, devem eles corresponder ao Direito Natural, tanto que o Código Albertino, como o austríaco, faziam expressa referência aos princípios de direito natural, a que também aludiu o Ministro da Justiça da Itália. Sublinha que as regras particulares do direito não se tornam inteligíveis se não se relacionarem com os princípios de onde procedem (DEL VECCHIO, 1952b, p. 131).

Os princípios gerais de direito estão consagrados em nossa legislação, como forma complementar do direito normativo, seguindo, aliás, a doutrina universal, mesmo para os países que silenciaram a respeito. O que se deve deixar certo é que os princípios gerais de direito não estão circunscritos aos elementos fundamentais do direito, ou seja, não só extraídos do subjetivismo de cada autor, nem se trata de princípios vagos e indefinidos, menos ainda se parte das leis vigentes, para, mediante generalizações cada vez maiores, chegar aos tais princípios. Este último é o critério dos positivistas, que, todavia, nunca chegarão aos princípios gerais.

Atualmente, tem-se que os princípios gerais de direito alcançam as bases do direito positivo de um país e é mesmo do direito universal, lançando, ainda, suas bases no direito justo, ou, tradução mais exata, no direito correto (LARENZ, 1990). Não é fácil, porém, do ponto de vista prático, dizer quais são essas regras. Monteiro (1966, v. 1, p. 44) chega mesmo a dizer que não existe nada mais tormentoso para o intérprete do que explicar os princípios gerais do direito, não especificados pelo legislador.

Os romanos já procuravam formular os princípios gerais do direito, tendo Justiniano inserido, no último capítulo do Digesto, um elenco dos apotegmas (*De diversis regulis iuris antiqui*). Também na Idade Média, houve tentativas de reunir em repositórios esses princípios. Diversas classificações existem desses princípios gerais, como uma de Cogliolo (2004, p. 117-119), segundo quem, eles são normas que derivam da abstração lógica dos elementos comuns das outras normas positivas e se baseiam em *generalizações aproximativas*, com certo grau de probabilidade, não de certeza, dando prevalência ao conceito mais provável, cuja base lógica seja a probabilidade social (*lex considerat quod plerumque fit*). A coordenação, a hierarquia e a não-contradição são os limites lógicos das normas jurídicas; fora do direito e da lógica seus limites são as exigências práticas (COGLIOLO, 2004, p. 116).

Outra teorização é a de Gressaye e Laborde-Lacoste (1947, p. 324-326), para os quais os princípios gerais de direito (a) decorrem da natureza mesma das instituições sociais, isto é, admitem o Direito Natural em sentido lato, mas não seu sentido estrito de “*données premières de la justice*”¹⁵; (b) consistem de inúmeros adágios seculares; (c) são princípios que estão na base das organizações sociais e políticas; (d) são reconhecidos pelas nações

civilizadas. Na opinião de Limongi França (1971, p. 194), esta formulação é seguida por Gomes (1999, p. 49-50) que apenas exclui a regra 'd', sem, no entanto, atingir a amplitude dos mestres franceses.

Entre nós, Serpa Lopes (1996, v. 1, p. 188) apresenta uma relação de alguns apotegmas perfilhados pelos tribunais. Ráo (1952, v. 1, p. 314) preleciona que os princípios gerais de direito são três: os que inspiram o sistema jurídico positivo, os ditados pela Ciência do Direito e os ensinados pela Filosofia do Direito, entre os quais o Direito Natural. Já Limongi França (1977, v. 61, p. 37-50) fala em: a) princípios do ordenamento; b) princípios do direito consuetudinário; c) princípios do direito das gentes, abordados em sua monografia dedicada ao assunto (LIMONGI FRANÇA, 1971, p. 195-208).

Podem ser citados alguns exemplos de princípios gerais de direito: a) viver honestamente; b) não lesar a ninguém; c) dar a cada um o que é seu; d) ninguém pode transferir mais direitos do que tem; e) ninguém pode ser condenado sem ser ouvido; f) ninguém pode invocar a própria malícia; g) quem exercita o próprio direito não prejudica a ninguém; h) as convenções particulares não revogam a norma de ordem pública; i) a vedação do enriquecimento ilícito; j) *pacta sunt servanda*; k) os contratos só geram efeitos entre os contratantes; l) o agente deve responder pelo dano causado por dolo ou culpa sua etc.

Hoje, no entanto, na tentativa de fugir do positivismo jurídico e, em especial, do dogmatismo jurídico, a doutrina mais atual busca aplicar concretamente os princípios de direito, num verdadeiro processo de constitucionalização do direito privado. Destarte, a Constituição não mais é vista como mero programa, mas como normatização superior, a que as demais leis devem obediência não só formal, mas substancial. Nessa linha de pensamento, segue a obra inovadora de Alexy, que busca aplicar os princípios que, ao lado das regras, são normas jurídicas.

Diante de cânones diferentes, que podem levar a resultados diferentes, os resultados só serão bem fundamentados quando houver a possibilidade de articular critérios estritos para a sua ordem hierárquica, o que ainda não se conseguiu. Outra dificuldade é a imprecisão das regras, como, por exemplo, que a interpretação deve levar em consideração seu objetivo, que varia de intérprete a intérprete. É verdade que os princípios são contraditórios e inconsistentes, permitem exceções, não reivindicam aplicação exclusiva, seu significado real é impreciso, realizam-se via princípios subordinados e julgamentos particulares de valor com conteúdo material independente. O sistema axiológico-teleológico não conduz a uma solução unívoca, porque os princípios podem ter pesos e equilíbrios diferentes, dependendo de cada caso concreto. Porém, não é impossível basear os argumentos num sistema de valores e objetivos (sistema axiológico-teleológico), ou noutra sistema qualquer (ALEXY, 2001, p. 19).

Um caso qualquer pode não seguir afirmações empíricas tomadas junto com normas pressupostas, nem proposições estritamente fundadas em algum sistema de raciocínio, sequer pode a decisão ser justificada por inteiro com as regras jurídicas, na medida em que o caso não seja completamente regido por normas, regras ou doutrinas. Quem deve justificar o julgamento e decidir é quem determina a proposição normativa singular (ALEXY, 2001, p. 19).

Em sua formulação de uma teoria dos direitos fundamentais, Alexy (1993, p. 28-29) considera que esses direitos fundamentais são *positivamente válidos* e que, portanto, é uma teoria dogmática, vale dizer, jurídica, distinguindo três dimensões da dogmática jurídica: a analítica, a empírica e a normativa. Para chegar a suas conclusões normativas inovadoras, Alexy (1993, p. 81 e ss.) passa a distinguir regras de princípios. A doutrina em geral, como principal diferença entre ambos, destaca o grau de generalidade relativamente elevado dos princípios e bem menor das regras¹⁶. É a “tese débil da separação” (ALEXY, 1998, p. 9). Todavia, existem regras de grau relativamente alto de generalidade e princípios de grau relativamente baixo de generalidade. A “tese forte da separação” levou Alexy (1993, p. 86) a formular, como distinção decisiva entre regras e princípios a que vê nestes últimos, “normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes”, o que significa que os princípios são *mandatos de otimização* que podem ser cumpridos em graus variáveis. Já as regras “são normas que somente podem ser cumpridas ou não”, o que significa que elas contêm *determinações* no âmbito do fático e do juridicamente possível. Destarte, a diferença é de qualidade, não de grau (ALEXY, 1993, p. 86-87; 1998, p. 9-17). Uma colisão de regras apenas pode ser solucionada pela introdução de uma cláusula de exceção que elimina o conflito, ou pela declaração de invalidade de uma delas, se todas estiverem em vigor no mesmo ordenamento, forem da mesma hierarquia e do mesmo grau de generalidade ou especialidade (ALEXY, 1993, p. 88). Na colisão de princípios, um deles terá de ceder ao outro, mas isso não significa que o princípio afastado seja inválido. A utilização de um princípio ao invés de outro depende de cada caso concreto. Num caso o princípio A deve preponderar sobre o B, em outro, o B deverá preponderar sobre o A, sem que haja um escalonamento entre os diversos princípios (ALEXY, 1993, p. 89). O argumento dos princípios diz que o juiz, ou o direito imposto e eficaz, está do ponto de vista jurídico ligado de sorte que cria uma vinculação necessária entre o direito e a moral, em cuja base argumentativa está a distinção entre regras e princípios (ALEXY, 1997, p. 74-75). As regras são *mandatos definitivos*, cuja forma de aplicação característica é a subsunção (ALEXY, 1997, p. 75).

Modernamente, a maioria dos juristas admite que os julgamentos se baseiam no valor¹⁷, como Larenz, Müller, Esser, Kriele, English, Alexy. Porém, ficam as perguntas: Como se determina o relacionamento entre os julgamentos de valor e os métodos de interpretação? Como podem ser racionalmente fundamentados os julgamentos de valor? (ALEXY, 2001, p. 20). Há casos em que não há qualquer dúvida sobre como se deve decidir, seja com base nas normas, seja fundado em proposições dogmáticas, seja nos precedentes. No entanto, embora esses casos sejam numerosos, nem sempre é simples afirmar a clareza de um caso, porque sua caracterização pode constituir um julgamento de valor negativo, com respeito a todos os potenciais contra-argumentos possíveis (ALEXY, 2001 p. 21). Esses julgamentos de valor podem ser morais, e como afirma Kriele, com ponderações da ética social, mas independentemente do valor moral, apenas guiado por algum objetivo social, qualquer que seja ele, como pensa Hart, concluindo Alexy (2001, p. 22) que, “Seja como for [...] a tomada de decisão *deveria* [...] ser orientada por julgamentos de valor moralmente corretos, do tipo relevante” (grifo do original). Pode-se concluir que os casos em que haja dúvidas são muito mais numerosos do que geralmente, porquanto “a clareza de um caso, seja como for, não é algo tão simples assim” Alexy (2001, p. 21). Enfim, todo julgamento envolve uma questão de valores, porque sempre compreende interesses de pelo menos uma pessoa, geralmente mais, sem mencionar a repercussão social junto aos demais membros da comunidade.

Como os julgamentos de valor podem seguir caminhos diversos, três merecem destaque: a) valor de caráter universal ou de um grupo específico¹⁸, mas em muitos casos não se pode comprovar que o seu caráter é universal, podendo não ser suficientemente concreto o valor, ou julgamentos de valores divergentes, divergentes mesmo quando de um grupo específico como advogados e juízes, questionando-se, ainda, se um julgamento pode ser baseado apenas no fato de uma convicção ser conhecida pela comunidade; b) como o juiz decide em nome do povo, as convicções deste não podem ser ignoradas, o que exige um modelo que permita as convicções aceitas e abra espaço para critérios de correção, ou pode recorrer à *coerência estimada interior da ordem jurídica* ou ao *sentido da ordem jurídica tomada em sua totalidade*, mas são frases sem limite e os princípios não são irrestritos na aplicação prática. As decisões devem ser avaliadas à luz da Constituição, de leis e de normas; c) ordem objetiva de valores, expressa na Constituição, ou na totalidade da ordem jurídica, ou numa série de doutrinas relevantes da lei natural, como os tribunais superiores, tentativa que inclui premissas filosóficas muito questionáveis e proposições específicas dificilmente dedutíveis de uma ordem de valores, lembrando que *liberdade e igualdade* são valores básicos e aceitáveis, porém vagos (ALEXY, 2001, p. 22-24).

Atienza (2002, p. 25-27) explicita que Alexy defende uma teoria fraca dos princípios, pois os valores últimos são também objeto de uma discussão racional e passíveis de modificação no desenvolvimento do discurso, o que pode ser uma vantagem, porque permite eliminar eventuais deficiências anteriores. Além disso, a teoria da argumentação jurídica necessita de uma teoria geral do Estado e do Direito para revelar todo seu potencial prático, quando, então, seria capaz de unir dois modelos diferentes de sistema jurídico, o de procedimentos (lado ativo, realizando o discurso prático geral, o discurso jurídico, a criação estatal do Direito e o processo judicial) e o de normas (lado passivo, composto de regras e princípios).

4 A EQÜIDADE

A equidade pode ser encarada em três momentos: na elaboração, na aplicação e na interpretação da lei. Quanto à elaboração da lei, de certa forma se presume que o legislador se houve com equidade, procurando atender a juízos do justo. Mas não pode o juiz, a pretexto de ser a lei injusta, deixar de aplicá-la e fazer a sua própria justiça, como pretende a corrente extremada do direito livre, porque o arbítrio judicial não será melhor do que o arbítrio legal. A segurança jurídica deixará de existir no momento em que cada qual poderá fazer da lei o que quiser, sem que, concomitantemente, se faça uma melhor Justiça.

No direito romano, a elaboração do direito honorário se serviu da equidade para rejuvenescer o velho direito quirritário, como, por sinal, aconteceu na Inglaterra com o juízo de equidade (*rules of equity*) reconhecido como um corpo de normas jurídicas. A equidade seria uma justiça ideal, superando a regra *summum ius, summa iniuria*, para satisfazer as necessidades sociais. Nada, porém, o garante.

A equidade nunca foi definida com clareza pelos juristas. De Page (1962, v. 1, p. 23) dela diz que a filosofia, “esta força tradicional de imprecisões, ora vista com um sinônimo, ora como um diminutivo da justiça”¹⁹, preferindo, muitos, verem nela uma noção falsa e perigosa. Grotius nela enxerga uma forma de correção da lei deficiente ou imperfeita: *aequum est id ipsum quo lex corrigitur*. A equidade mais se sente, do que se define. Ela mitiga e tempera a lei injusta.

Serpa Lopes (1996, v. 1, p. 175-176) a conceitua num sentido objetivo e num sentido subjetivo, com base em Ossilia. Objetivamente, “é a adaptabilidade de uma norma a uma relação e representando o princípio da igualdade entre os homens”; subjetivamente, “significa sentimento, aspiração individual ou coletiva no sentido de uma dada relação a ser

regulada de um certo modo, pelo sentimento percebido como o mais adaptado e o mais conveniente àquela relação”. Como se vê, não são definições, mas explicações.

A noção de equidade assemelha-se à de justiça que, no sentido formal, exige que pessoas de uma mesma categoria essencial sejam tratadas de uma mesma maneira. Assim, num exemplo dado por Perelman (1996, p. 34-35), se se quiser tratar a categoria *chefes de família* de forma diferente conforme tenham ou não uma profissão, obtêm-se duas categorias essenciais, os com profissão e os sem profissão. No mundo complexo em que se vive, há várias categorias essenciais independentes que o sentimento de justiça deve levar em conta, categorias usualmente não-concordantes. Dar preferência a uma categoria em detrimento da outra pode levar a injustiças concretas. A equidade é critério de solução para casos concretos, singulares. É, segundo Ascensão (1977, v. 32, p. 394), “o mais significativo processo extra-sistemático de integração de lacunas”.

Quando aparecem antinomias da justiça e quando a aplicação da justiça força a transgressão da justiça formal, recorre-se à equidade, que consiste, no dizer de Perelman (1996, p. 36-37), “numa tendência de não tratar de forma por demais desigual os seres que fazem parte de uma mesma categoria essencial”. A equidade busca resolver a questão de choque entre dois formalismos, isto é, dois conceitos formais de justiça aos quais deve complementar. Portanto, a equidade só pode ser não-formal. No exemplo de Perelman (1996, p. 39), dois operários que executem o mesmo trabalho, um solteiro e outro com família, numa concepção puramente capitalista, para a qual o trabalho é mera mercadoria, às necessidades do operário e sua família só se pode atribuir uma importância bastante secundária. Em contrapartida, o Estado atribuirá importância à satisfação das necessidades, na medida em que favorece famílias numerosas. Haverá, na vida social, uma contínua oscilação entre justiça e equidade e esta oscilação será tanto maior quanto maior for a transição. Em épocas de conturbação econômica e monetária haverá mais forte apelo à equidade:

Suponhamos que se viva em período de inflação e que um artesão se tenha comprometido a entregar uma obra, que exige três meses de trabalho, por um salário equivalente ao de um operário qualificado. Se, no dia em que o trabalho deveria ser pago, o salário de um operário qualificado tivesse ficado cem vezes maior, ficar-se-á chocado com a diferença de tratamento reservado ao artesão imprudente o bastante para ter contratado com base na tarifa antiga. A equidade exigirá a diminuição dessa diferença. O dia em que uma lei trouxer a reavaliação obrigatória dos contratos anteriores, a equidade tomará o lugar da justiça formal. Mas, durante o período transitório, será preciso contentar-se com o recurso à equidade (PERELMAN, 1996, p. 40).

É verdade que não haverá dificuldades de admitir que o legislador deva fazer leis eqüitativas e que o juiz deverá interpretar a lei com eqüidade. O que não se tem admitido é o juiz julgar com fundamento na eqüidade, ou seja, julgar como se fosse o legislador. Isto, nos sistemas do direito continental europeu, como o do Brasil, só será possível por autorização expressa da lei, ao contrário do que acontece no sistema do *common law*, em que o juiz julga por eqüidade.

A interpretação eqüitativa da norma independe de autorização legal, mas o julgamento por eqüidade, esse depende de autorização do legislador. Interpretação por eqüidade não significa interpretação sentimental do direito, mas conformidade aos institutos, aos princípios gerais de direito, às necessidades econômico-sociais contemporâneas. O art. 127 do CPC autoriza o juiz a decidir por eqüidade, *nos casos previstos em lei*. A proibição de decidir por eqüidade, salvo nos casos estritamente autorizados por lei, apenas significa que é vedado ao juiz substituir a aplicação do direito objetivo por seus critérios pessoais de justiça, mas não lhe é proibido buscar a justiça no caso concreto, como já decidiu o colendo Superior Tribunal de Justiça (STJ) em 1995, rel. Min. Eduardo Ribeiro (1996, p. 168).

5 CONSIDERAÇÕES CONCLUSIVAS

No campo da aplicação da lei, o que o exegeta deverá fazer será a interpretação da norma em consonância com os princípios da eqüidade. Isso, sim, é possível e indispensável. Não aplicar uma lei própria, dele juiz, mas aplicar a norma positiva temperada por uma interpretação consentânea com suas finalidades econômico-sociais. As relações sociais de produção, econômicas e técnicas, sofreram profundas mudanças nos últimos decênios e é dever do jurista atender a tais mudanças. A aplicação do direito deve voltar-se para o este terceiro milênio e não para dois milênios atrás, como usualmente se faz.

Os problemas são novos, são graves, e as injustiças sociais gritantes! Como solvê-los à luz das normas vigentes sem a anulação dos direitos do indivíduo? Esse o grande desafio de nosso tempo. E para eles as nossas instituições deverão estar preparadas. Para o seu enfrentamento, urge que as universidades se aparelhem de modo adequado, a fim de dar correta formação aos jovens juristas do amanhã!

NOTAS

- ¹ Existência de um caso para o qual não há solução no sistema.
- ² Existência de um caso para o qual há solução normativa no sistema, que, no entanto, se considera inadequada.
- ³ Atienza Rodríguez (1986, p. 184-185) sublinha que o uso da analogia importa na generalização a partir de uma, ou de várias normas, do ordenamento jurídico, o que pressupõe a criação de um princípio geral, pelo que não é possível distinguir, de modo nítido, entre princípios gerais de direito e analogia.
- ⁴ *In* Carvalho Santos (1942, v. 1, p. 96) e *in* Bevilacqua (1956, v. 1, p. 85).
- ⁵ Origina-se da matemática e significa uma semelhança de relações (MAXIMILIANO, 1951; 253).
- ⁶ Coviello (1938, p. 94), por exemplo, sustenta que apenas as normas de direito comum admitem aplicação analógica, não as excepcionais, salvo as normas relativamente excepcionais, isto é, aquelas que também são gerais a respeito de uma matéria particular, como o seria, por exemplo, um regramento de uma categoria contratual, em que se inserem contratos diversos, com o que concordam Ruggiero e Maroi (1955, v. 1, p. 17-20), que não distinguem entre direito especial e excepcional. FERRARA (1963, p. 163), porém, é contrário à aplicação analógica do *ius singulare*, porque sendo o seu regramento exclusivamente para determinadas categorias, “*constitui um campo fechado que não pode ser alargado pelo intérprete, mas só pelo legislador*” (grifo do original). Entre nós, Maximiliano (1951, p. 277) considera que as disposições excepcionais são estabelecidas por motivos particulares, logo só se estendem aos casos expressamente mencionados, mas delas distingue as especiais, que constituem também um sistema orgânico e geral, de modo que admite a aplicação analógica (MAXIMILIANO, 1951, p. 279), elogiado por Leal (1960, p. 48-52). *Idem* De Paola (1998, p. 130).
- ⁷ Código Comercial alemão, doravante designado por HGB, como é de praxe naquele país. O § 89b tem a seguinte redação: “O representante comercial pode exigir do representado, após o término contratual, uma compensação, se e enquanto: 1. o representado obtiver vantagens, mesmo após o término do contrato, com novos clientes formados pelo representante comercial, 2. o representante comercial, após o término do contrato, perder comissões a que teria direito se houvesse continuidade do contrato, em razão de negócios já concluídos ou por realizar com os clientes por ele formados, e 3. o pagamento de uma indenização em consideração pela equidade. [...]”.
- ⁸ O princípio romano da analogia já era neste sentido: *ubi eadem legis ratio, ibi eadem legis dispositio* (onde a mesma razão da lei, ali deve prevalecer a mesma disposição legal).
- ⁹ Castro y Bravo afirma que as fontes em sentido técnico são também conhecidas como fontes imediatas, formais e diretas, enquanto as fontes de conhecimento ou instrumentais são as mediatas, materiais e indiretas. Não seguimos, aqui, essa classificação.
- ¹⁰ Assim o faz Ráo (1952, v. 1, p. 285 e seguintes), porque, para o autor, ele só se torna regra obrigatória se a lei, por modo direto ou indireto, o reconhecer. Pessoalmente, insiro o costume entre as fontes formais imediatas ao lado da lei, ou seja, no mesmo nível, pois o costume, na História, antecedeu a lei escrita e, em tempos anteriores, a lei provinha do costume. Hoje, nem sempre é assim, mas as codificações ainda utilizam o direito costumeiro, o direito que vigorou em legislações anteriores. O Código Civil brasileiro de 2002 procurou manter, sempre que possível, os dispositivos do Código de 1916 e este, segundo Pontes de Miranda (1981, p. 93) tinha “Das aproximadamente 1.929 fontes do Código Civil, ao direito anterior pertencem 479, à doutrina já vigente antes do Código Civil, 272, e ao Esboço de Teixeira de Freitas, 189. Isto quer dizer: em tudo que se alterou, foi o Esboço a fonte principal”.
- ¹¹ Há outras classificações, como a que divide as fontes em nacionais e internacionais, ou em escritas e não-escritas, ou, ainda, na mais moderna teorização, em estatais e não-estatais. Nestas, inserindo os costumes, a doutrina, os contratos e negócios jurídicos em geral, dentre outros;

naquela, as leis e a jurisprudência. Esta última classificação é sumariada por Pereira (1999, p. 38-41), mas não será aqui discutida por fugir aos parâmetros do presente trabalho.

- ¹² Isso traz um problema, porque a norma tem que ter um mínimo de aceitação social. Interessa, aqui, a questão da legitimidade x eficácia x validade do direito, que será focalizada mais adiante.
- ¹³ Para além do Código Civil, porém pelo Código Civil.
- ¹⁴ Ao invés de se dizer costume conforme à lei, melhor seria falar em lei conforme o costume, porque este antecede àquela (MANSO, 1979, p. 23, 1ª col.).
- ¹⁵ Primeiros dados da justiça.
- ¹⁶ Existem outras diferenças cujos critérios apontados não são muito seguros.
- ¹⁷ Os princípios constituem aspecto deontológico dos valores, que são aspecto axiológico das normas (ÁVILA, 2003, p. 87).
- ¹⁸ Perelman (1996, p. 191-194) exige que os juízes cumpram seus mandatos conforme os objetivos da comunidade que os elegeu, cabendo a busca do valor racional aos filósofos. Alexy (2001, p. 40, nota 33), citando Zippelius, recomenda certificar-se primeiro sobre quais interpretações correspondem melhor às idéias éticas e morais da comunidade, que, não encontradas, autorizam o juiz a seguir seu próprio senso de justiça.
- ¹⁹ "*cette source traditionnelle d'imprécisions, y a vu soit un synonyme, soit un diminutif de la justice*".

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. Tradução de Alfredo Bosi. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. 1014 p. (Título Original: Dizionario di filosofia).

ALEMANHA. *Handelsgesetzbuch*. Vom 10. mai 1897. 30. ed. München: Beck, 1996. (Beck-Texte im dtv). 246 p.

ALEXY, Robert. *Teorias da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001. 355 p. (Título Original: Theorie der Juristischen Argumentation).

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. 607 p. (Título Original: Theorie der Grundrechte).

ALEXY, Robert. *Derecho y razón práctica*. Tradução de Manuel Atienza *et al.* 2. ed. México: Fontamara, 1998. 71 p. (Título Original: não consta).

ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Tradução de Jorge M. Seña. 2. ed. Barcelona: Gedisa, 1997. 208 p. (Título Original: não consta).

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco. Os pensadores*. Tradução de Leonel Vallandro e Gerd Bornheim. São Paulo: Abril Cultural, 1973, v. 4, p. 245-436.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Equidade, in Enciclopédia Saraiva do Direito*. Coordenador R. Limongi França. São Paulo: Saraiva, 1977, v. 32, p. 392-400.

ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel. *Sobre la analogía en el derecho*: ensayo de análisis de un razonamiento jurídico. Madrid: Civitas, 1986. 187 p.

ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel. *As razões do direito*: teorias da argumentação jurídica. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. 2. ed. São Paulo: Landy, 2002. 352 p. (Título Original: Las razones del derecho: teorías de la argumentación jurídica).

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2003. 127 p.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. 110 p.

BEVILAQUA, Clóvis. *Código civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Atualização de Achilles Bevilaqua e Isaias Bevilaqua. 11. ed. São Paulo: Livraria Francisco Alves, 1956, v. 1. 384 p.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 5. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1994. 184 p. (Título Original: Teoria dell'ordinamento giuridico).

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*: atualizada até 02.01.2006. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. 315 p.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Promulga o Código Civil do Brasil. *Código Civil*. Obra coletiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 55. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. 2058 p.

BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Promulga o Código de Processo Civil do Brasil. *Código de Processo Civil*. Obra coletiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Luiz Eduardo Alves de Siqueira. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. 1.072 p.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 48.176-7-SP, Registro nº 94.0014144-0. Relator Ministro Eduardo Ribeiro, em 12/12/95. *Revista do superior tribunal de justiça*. Brasília, nº 83, p. 168, jul. 1996.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 4.987-RJ, Registro nº 90.0008966-2. Relator Ministro Sálvio de Figueiredo, em 04/06/1991. *Revista do superior tribunal de justiça*. Brasília, nº 26, p. 378, out. 1991.

CARVALHO SANTOS, J. M. de. *Código civil brasileiro interpretado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1942, v. 1. 482 p.

CASTRO Y BRAVO, Federico de. *Derecho civil de España*. 3. ed. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1955, v. 1. 781 p.

COELHO, Luiz Fernando. Prefácio, in *O costume no direito*, de Jônatas Luiz Moreira de Paula. Campinas: Bookseller, 1997, p. 13-17.

COGLIOLO, Pietro. *Lições de filosofia e de direito privado*. Tradução de Henrique de Carvalho. Belo Horizonte: Líder, 2004. 224 p. (Título Original: Filosofia del diritto privato).

COLIN, Ambrosio; CAPITANT, H. *Curso elemental de derecho civil*. Tradução de Demófilo De Buen. 2. ed. Madrid: Reus, 1941, v. 1. 916 p.

COVIELLO, Nicolas. *Doctrina general del derecho civil*. Tradução de Felipe de J. Tena. México: UTEHA, 1938. 628 p. (Título Original: não consta).

CRESCI SOBRINHO, Elício de. Lacuna – II. *Enciclopédia Saraiva do direito*. Coordenação de R. Limongi França. São Paulo: Saraiva, 1977, v. 47, p. 534-536.

DE PAOLA, Leonardo. Sobre a denúncia dos contratos de distribuição, concessão comercial e franquia. *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, a. 94, nº 343, p. 115-148, jul.-set. 1998.

DE PAGE, Henri. *Traité élémentaire de droit civil belge*. Bruxelles: Établissements Émile Bruylant, 1962, v. 1. 1367 p.

DEL VECCHIO, Giorgio. Sobre os princípios gerais do direito. *Direito, estado e filosofia*. Tradução de Clóvis Beviláqua. Rio de Janeiro: Livraria Editora Politécnica, 1952b, p. 113-182. (Título Original: não consta).

DINIZ, Maria Helena. *Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. 436 p.

DINIZ, Maria Helena. *As lacunas no direito*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. 312 p.

EHRLICH, Eugen. *Fundamentos da sociologia do direito*. Tradução de René Ernani Gertz. Brasília: Universidade de Brasília, 1986. 388p. (Título Original: Grundlegung der Soziologie des Rechts).

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Tradução de J. Baptista Machado. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1977. 337 p. (Título Original: Einführung in das Juristische Denken).

ENNECCERUS, Ludwig. *Tratado de derecho civil - parte general*. Tradução de Blas Pérez González e José Alguer. 2. ed. Barcelona: Bosch, 1953, v. 1. 647 p. (Título Original: não consta).

ESPINOLA, Eduardo; ESPINOLA FILHO, Eduardo. *Tratado de direito civil brasileiro: o método positivo na interpretação e na integração das normas jurídicas*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1940, v. 4. 633 p.

FERRARA, Francesco. *Interpretação e aplicação das leis*. Tradução de Manuel A. Domingues de ANDRADE. 2. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1963, p. 107-197. (Título Original: Trattato de diritto civile italiano, v. 1, capítulos IV e V).

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Bem comum. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. Coordenação de R. Limongi França. São Paulo: Saraiva, 1977, v. 10, p. 397-400.

GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. Atualização de Humberto Theodoro Júnior. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. 562 p.

GRESSAYE, Jean Brèthe de la; LABORDE-LACOSTE, Marcel. *Introduction générale à l'étude du droit*. Paris, 1947.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. 1. 354 p. Título (Original:

Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratische Rechtsstaats).

HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994. 348 p. (Título Original: The concept of law).

JHERING, Rudolf von. *A finalidade do direito*. Tradução de José Antonio Faria Correa. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1979, v. 1. 303 p. (Título Original: Der Zweck im Recht).

LARENZ, Karl. *Derecho justo: fundamentos de ética jurídica*. Tradução de Luis Díez-Picazo. Madrid: Civitas, 1990. 202 p. (Título Original: Richtiges Recht. Grundzüge einer Rechtsethik).

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução de José Lamego. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. 620 p. (Título Original: Methodenlehre der Rechtswissenschaft).

LEAL, Victor Nunes. *Classificação das normas jurídicas*. Problemas de direito público. Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 33-56.

LIMONGI FRANÇA, R. *Princípios gerais de direito*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971. 260 p.

LIMONGI FRANÇA, R. Princípios gerais de direito. *Enciclopédia Saraiva do direito*. Coordenação de R. Limongi França. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 61, p. 33-79.

MACEDO, Silvio de. Fim social. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. Coordenação de R. Limongi França. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 37, p. 391-392).

MANSO, Eduardo J. V. O costume jurídico. *Revista dos Tribunais*. nº. 522, ano 68, abr. 1979, p. 17-24.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1951. 459 p.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil – parte geral*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1966. v. 1. 340 p.

NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. 499 p.

PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. *O costume no direito*. Campinas: Bookseller, 1997. 366 p.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: introdução ao direito civil; teoria geral do direito civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. v. 1. 463p.

PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*. Tradução de Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996. 722 p. (Título Original: Éthique et droit).

PONTES DE MIRANDA, *Fontes e evolução do direito civil brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. 477 p.

RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. São Paulo: Max Limonad, 1952. v. 1. 397 p.

RENARD, Georges. *Le droit, l'ordre et la raison*. Paris: Recueil Sirey, 1927.

RUGGIERO, Roberto de. *Instituciones de derecho civil*. Tradução: Ramón Serrano Sumir e José Santa Cruz Teijeiro. Madrid: Réus, s/d., v. 1. 878 p. (Título original: não consta).

RUGGIERO, Roberto de; MAROI, Fulvio. *Istituzioni di diritto privato*. 8. ed. Milano: Giuseppe Principato, 1955, v. 1. 653 p.

SALEILLES, Raymond. Prólogo ao *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo*, de Francisco Gény. Tradução: não consta. 2. ed. Madrid: Réus, 1925, p. I-XV.

SANTAMARIA, J. *Comentarios al código civil*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958. v. 2. 1031 p.

SANZ, Fernando Martinez. *La indemnizacion por clientela en los contratos de agencia y concesion*. Madrid: Civitas, 1995. 357 p.

SERPA LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil: introdução, parte geral e teoria dos negócios jurídicos*. Atualização: José Serpa Santa Maria. 8. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996, v. 1. 627 p.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. Voto proferido no Recurso Especial nº 4.987-MG (registro nº 90.0008966-2). *Revista do Superior Tribunal de Justiça*, nº 26, ano 3, p. 384, out. 1991.