

AS FONTES DO DIREITO PRIVADO E A CONSTRUÇÃO DA DECISÃO JURÍDICA

*Luiz Antonio Capelato**

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Fontes do direito; 3. A construção da decisão jurídica; 4. Conclusão; 5. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A doutrina tem apresentado grande diversidade de opiniões, no que se refere ao estudo das fontes do direito. Não se apresenta uníssona, também, nos diversos aspectos que envolvem a construção da decisão jurídica.

No tocante às fontes do direito, registraremos o posicionamento de diversos doutrinadores envolvendo o tema, iniciando por seus aspectos gerais, passando pela sua classificação e procedendo, na seqüência, uma abordagem geral sobre cada uma das fontes, principalmente no que se refere à sua utilização, pelos julgadores, na construção da decisão jurídica.

Na parte relativa à construção da decisão jurídica, discriminaremos os passos a serem percorridos pelo juiz em sua atividade interpretativa, passando à abordagem geral de cada um desses passos.

Conceituaremos os mecanismos da auto-integração e da heterointegração, postos à disposição do juiz para proceder a integração normativa, discorrendo, na seqüência, sobre cada um dos institutos utilizáveis no colmatamento das lacunas: a analogia, os costumes, os princípios gerais do direito e a equidade.

Veremos cada um dos três possíveis critérios para superação das antinomias de primeiro grau, os meios de superação das antinomias de segundo grau e como se configura a denominada antinomia real.

Faremos uma abordagem sobre o sistema conceitual tradicional da decisão jurídica (lógica formal), sobre a doutrina da subsunção na construção da decisão jurídica e sobre o método da Lógica do razoável. Finalizaremos com o registro de alguns aspectos sobre construção de decisões no âmbito do Mercosul e do Tribunal de Justiça das Comunidades Européias.

* Aluno do Curso de Mestrado em Ciências Jurídicas do Centro Universitário de Maringá (CESUMAR).

2 .. FONTES DO DIREITO

2.1. Considerações gerais

Etimologicamente a palavra “fonte” se origina do latim *fons, fontis*, que significam “nascentes de água”.

Segundo Tercio Sampaio, em uma visão moderna, a teoria das fontes trata da concepção de que “o direito não é essencialmente um *dado*, mas uma *construção* elaborada no interior da cultura humana” A ciência jurídica passa a ver o direito, não como um dado da natureza ou algo sagrado, mas como um produto cultural, o que, entretanto, culmina em um problema teórico, pois o fato de o direito ser considerado uma construção não o exclui como dado, ou seja, se o direito é feito, é obra humana, a matéria-prima não se confunde com a obra.

Assevera, ainda, o eminente doutrinador que Savigny já assim refletira, no início do século XIX, quando separou a lei (ato estatal) de seu “sentido” este entendendo repousar nas convicções comuns de um povo, o chamado “espírito do povo” (*volksgeist*). Separou o “centro emanador” dos “atos formais de concretização” do direito, considerando como “fonte” o “espírito do povo” e como “instrumento” os “atos estatais”¹.

Para Miguel Reale, de acordo com a teoria tridimensional do direito, “a fonte do direito é uma estrutura normativa capacitada a instaurar normas jurídicas em função de fatos e valores, graças ao poder que lhe é inerente”².

Vicente Ráo se pronuncia no sentido de que as fontes do direito “consideradas em sua substância, encontram-se, potencialmente, na consciência comum do povo; consideradas, porém, em sua manifestação exterior e formal, encontram-se no Estado, que as atualiza, delas extraindo normas positivas, dotadas de vida e forma, e obrigatoriedade”³.

Para Nélson de Sousa Sampaio a metáfora “fonte” do direito pode ser entendida em, pelo menos, quatro acepções: 1.^a) a gênese do direito; 2.^a) o fundamento ou justificação do direito; 3.^a) os modos de manifestação do fenômeno jurídico; 4.^a) os fatores reais e ideais que condicionam ou provocam o aparecimento ou surgimento de partes ou de todo o sistema jurídico.

¹ Ferraz Júnior, T. S. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 2. ed., São Paulo: Atlas, 1994, p.222-223.

² Reale, M. *Fontes e modelos do direito: para um novo paradigma hermenêutico*. São Paulo: Saraiva, 1994, p.15.

³ Ráo, V. *O direito e a vida dos direitos*. 3. ed., anotada e atualiz. por Ovídio Rocha Barros Sandoval, Val. 1, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991, p. 213.

No primeiro sentido onde se indaga qual a origem do fenômeno jurídico, a resposta caberia ao sociólogo; na segunda acepção, da noção de fonte como fundamento último do direito, entra-se no domínio da Filosofia ou da Metafísica; e com as duas últimas significações entra-se em domínios mais familiares: as fontes formais e fontes materiais do direito⁴.

Sempre merecedor de registro o posicionamento a respeito do assunto, de Kelsen, jurista defensor da pureza do direito, numa forma muito bem sintetizada por Néelson De Sousa Sampaio:

“Sabemos que Kelsen identifica o problema das fontes do direito com o de sua validade, uma vez que, em virtude da teoria escalonada do direito (Stufenbau), uma norma inferior se funda em outra superior até chegar-se à norma de grau mais alto, que se fundaria em uma norma não-positiva, mas pressuposta, a norma fundamental (Grundnorm). Daí sua afirmação tautológica de que, 'num sentido jurídico-positivo, fonte do direito só pode ser o direito'”⁵.

Norberto Bobbio se manifesta no sentido de aceitar uma definição de fontes do direito que afirma já ter se tornado comum: “são aqueles fatos ou atos dos quais o ordenamento jurídico faz depender a produção de normas jurídicas”⁶.

O valor e a hierarquia dessas fontes são influenciados pela tradição e pela formação cultural de cada nação, variando no tempo e no espaço. Assim é que a lei, o direito codificado (fontes formais), tidos como fontes principais do direito, não desfrutam do mesmo prestígio nos países do *Common Law*, onde imperam o precedente e o costume.

2.2. Classificação das fontes

Tradicionalmente a doutrina tem classificado as fontes do direito em fontes materiais e fontes formais, que nas palavras de Luiz Fernando Coelho vem desde Aristóteles.

Nos ensina Nelson De Souza Sampaio que as fontes formais compreendem todas as formas ou maneiras pelas quais o direito se manifesta, tais como a legislação (no sentido amplo do termo), o costume, a jurisprudência (no sentido das decisões dos juizes) e, também, que essas

⁴ Prado, L. R. e Karan M. (Coord.). *Estudos de filosofia do direito: uma visão integral da obra de Hans Kelsen*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1985, p.69-72.

⁵ Prado, L. R. e Karan M. (Coord.). *Estudos de filosofia do direito: uma visão integral da obra de Hans Kelsen*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1985, p.73-74.

⁶ Bobbio, N. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed., trad. Maria Celeste C. J. Santos; ver. téc. Cláudio de Cicco; apreso Tércio Sampaio Ferraz Júnior, Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999, p.45.

fontes, em alemão, são apelidadas de *Erkenntnisquellen*. Complementa, ainda, o eminente professor que as fontes materiais (também chamadas reais) do direito seriam os fatores reais ou ideais que produzem o conteúdo das normas jurídicas, e equivaleriam, em alemão às *Erzeugungsquellen*⁷. Paulo Dourado de Gusmão acrescenta que as fontes materiais se confundem com os fatores sociais do direito, que são de várias espécies, dentre os quais destaca o econômico, geográfico, moral, religioso, técnico, histórico e ideal (valores)⁸.

Maria Helena Diniz se manifesta adepta da teoria egológica de Carlos Cossio, “que demonstrou que o jurista deve ater-se tanto às fontes materiais como às formais, preconizando a supressão da distinção, preferindo falar em *fonte formal-material* já que toda fonte formal contém, de modo implícito uma valoração, que só pode ser compreendida como fonte do direito no sentido de fonte material”⁹.

Miguel Reale afirma que a antiga distinção entre fonte formal e fonte material do direito tem sido fonte de grandes equívocos nos domínios da Ciência Jurídica. Conclui o eminente doutrinador que toda fonte de direito implica uma *estrutura normativa de poder* e que, por conseqüência: “(...) quatro são as fontes de direito, porque quatro são as formas de *poder*: o *processo legislativo*, expressão do Poder Legislativo; a *jurisdição*, que corresponde ao Poder Judiciário; os *usos e costumes jurídicos*, que exprimem o *poder social*, ou seja, o poder decisório anônimo do povo; e, finalmente, a *fonte negocial*, expressão do *poder negocial* ou da *autonomia da vontade*”¹⁰.

Para Miguel Reale, o que comumente é denominado de fonte material “diz respeito a algo que não compete propriamente à Ciência do Direito *qua tale*, mas sim à Política do Direito, porquanto se refere ao exame do conjunto de fatores sociológicos, econômicos, ecológicos, psicológicos, culturais em suma, que condiciona a decisão do *poder* (e veremos que este se manifesta sob diversas formas) no ato de *edição e formalização* das diversas fontes do direito”¹¹.

2.3. As fontes em espécie

⁷ Prado, L. R. e Karan M. (Coord.). *Estudos de filosofia do direito: uma visão integral da obra de Hans Kelsen*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1985, p.72-73 e 88.

⁸ Gusmão, P. D. de. *Introdução ao estudo do direito*. 20. ed. rev., Rio de Janeiro: Forense, 1997, p.98.

⁹ Diniz, M. H. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 9. ed. atual., São Paulo: Saraiva, 1997, p. 279.

¹⁰ Reale, M. *Lições preliminares de direito*. 22. ed., São Paulo: Saraiva, 1995, p.141.

¹¹ Reale, M. *Fontes e modelos do direito: para um novo paradigma hermenêutico*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 2.

Baseando-se no entendimento de que a dogmática propõe classificações das fontes com base no grau maior ou menor de objetividade de que gozem as normas em face de sua origem e modo de formação, Tercio Sampaio coloca as fontes estatais em primeiro lugar, por sua formalidade e formulação revestida de autoridade geral e reconhecida institucionalmente; em seguida, os costumes e a jurisprudência, considerados fontes menos objetivas e de menor grau de certeza e segurança; e, por fim, as fontes negociais, a doutrina e os sentimentos de justiça e equidade¹².

2.3.1. Legislação

Legislação é o processo através do qual os órgãos estatais formulam e promulgam normas jurídicas destinadas à observância geral. É essa atividade legiferante que é tida, por Maria Helena Diniz, como a fonte primacial do direito, a fonte jurídica por excelência. Assevera, ainda, a eminente doutrinadora que “a grande maioria dos autores, ao se referirem ao problema das fontes jurídicas formais, mencionam dentre elas a lei, *lato sensu*, mas ao fazê-lo não estão olvidando que não é fonte do direito, mas sim *produto* da legislação”¹³.

2.3.1.1. Constituição

Considera-se Constituição a lei fundamental de um país, contendo normas que dizem respeito à organização básica do Estado, ao reconhecimento da garantia dos direitos fundamentais do cidadão, e às formas e limites de competência do exercício do poder (legislar, julgar, governar)¹⁴.

2.3.1.2. Leis

Washington de Barros Monteiro explica a controvérsia sobre a etimologia da palavra, originando-se, para uns, do verbo latino *ligare*, sendo lei aquilo que liga, aquilo que vincula, aquilo que obriga e, para outros, no seu entendimento, com mais acerto, do verbo *legere*, aquilo que se lê¹⁵.

A grande importância da lei é externada através do princípio

¹² Ferraz Júnior, T. S. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 2. ed., São Paulo: Atlas, 1994, p. 227.

¹³ Diniz, M. H. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 9. ed. atual, São Paulo: Saraiva, 1997, p. 283-284.

¹⁴ Ferraz Júnior, T. S. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 2. ed., São Paulo: Atlas, 1994, p. 228.

¹⁵ Monteiro, W. de B. *Curso de Direito Civil*. V. 1, 25. ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 1985, p.12.

constitucional da legalidade, pelo qual ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (art. 5º, II, da c.P.).

2.3.1.2.1. Conceito

Maria Helena Diniz¹⁶ nos ensina que existem três acepções para a palavra “lei”:

- a) amplíssima: em que o termo lei é empregado como sinônimo de norma jurídica, incluindo quaisquer normas escritas ou costumeiras;
- b) ampla: em que o termo lei é empregado como oriundo do verbo *legere* (ler) e, portanto, concebe-se que lei é, etimologicamente, aquilo que se lê. Designa todas as normas jurídicas escritas, sejam as decorrentes do Poder Legislativo ou outras baixadas pelo Poder Executivo;
- c) estrita ou técnica: em que a palavra lei indica tão-somente a norma jurídica elaborada pelo Poder Legislativo, por meio de processo adequado.

A lei, em sentido amplo, abrange todos os atos normativos contidos no processo legislativo: a lei constitucional, complementar, ordinária e delegada; as medidas provisórias; o decreto legislativo; as resoluções do Senado; os decretos regulamentares; as instruções ministeriais; as circulares; as portarias e as ordens de serviço.

A lei é a principal fonte formal do direito. Doutrinadores sustentam que essa afirmação assenta-se nos seguintes motivos:

1. gozar de maior rapidez na sua elaboração, o que permite ajustar melhor a regra de Direito às necessidades sociais emergentes e em constantes mudanças;
2. oferecer maior certeza e segurança às relações jurídicas, já que é um produto deliberado e consciente da reflexão humana;
3. ser de mais fácil conhecimento e de contornos mais precisos, uma vez que se apresenta em textos escritos.

2.3.1.2.2. Lei e norma

São expressões que conforme Tércio Sampaio Ferraz Júnior ensina, não podem ser confundidas:

"(...), é preciso evitar a confusão entre lei e norma. A norma é uma prescrição. A lei é a forma de que se reveste a norma ou um conjunto de normas dentro do ordenamento. Neste sentido, a lei é fonte do direito, isto é, o revestimento estrutural da norma que lhe

¹⁶ Diniz, M. H. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 9. ed. atual.. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 284-285.

dá a condição de norma jurídica. Por exemplo, uma prescrição que determina: 'o segurado pagará o prêmio que estipulou no ato de receber a apólice' pode ser uma cláusula de uma proposta oferecida pelo corretor de seguros ao cliente ou pode vir prescrita em lei (vide artigo 1.449 do Código Civil: 'Salvo convenção em contrário, no ato de receber a apólice pagará o segurado o prêmio, que estipulou'). No primeiro caso, a prescrição não é lei, é apenas um enunciado prescritivo que faz parte de um negócio que está sendo discutido. No segundo caso, a prescrição tem caráter de norma jurídica legal e este caráter deriva do revestimento na forma de lei"¹⁷.

A palavra *revestimento* foi usada no sentido de que a norma é formada com o atendimento de uma série de procedimentos institucionalizados que se encerram com a promulgação solene e oficial.

2.3.1.2.3. Obrigatoriedade da lei

Paulo Nader aborda o tema amplamente. Afirma que a obrigatoriedade é consequência natural da vigência da lei e que, ante a necessidade para o equilíbrio social, vigora o princípio de que *nemo jus ignorare censetur*, consagrado no art. 3º, da L.I.C.C.: “Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece”.

Registra, ainda, o eminente doutrinador, as seguintes teorias a respeito da obrigatoriedade da lei:

- “a) Teoria da Autoridade, formulada notadamente por Hobbes e Austin, que consideram a obrigatoriedade da lei uma simples decorrência da força. Icílio Vanni critica tal opinião, lembrando que "acima da norma jurídica e do poder que a impôs, há uma força que torna possível a existência da norma e que é a vontade popular”;*
- b) Teorias da Vaio razão, que subordinam a obrigatoriedade da lei ao seu conteúdo ético;*
- c) Teorias Contratualistas, para quem a norma jurídica é obrigatória se e enquanto os que devem obedecê-la concorrerem para a sua formação;*
- d) Teorias Neocontratualistas, que condicionam a obrigatoriedade à adesão ou reconhecimento dos que lhe são subordinados;*
- e) Teoria Positivista, que sustenta, na palavra de VANNI, que ‘a norma jurídica deve ser considerada como o último elo de uma corrente, cujos elos precedentes constituem a ordem jurídica já existente em uma certa comunidade’¹⁸.*

¹⁷ Ferraz Júnior, T. S. Introdução ao estudo de direito: técnica, decisão, dominação. 2. ed., São Paulo: Atlas, 1994, p.232.

¹⁸ Nader, P. Introdução ao estudo do direito. 13. ed. rev. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 174-175.

2.3.1.2.4. Desuso das leis

Paulo Nader aborda amplamente o tema e proclama que sua importância provém, em parte, da insegurança que a *desuetudo* provoca no meio social ante a incerteza de sua obrigatoriedade.

Assevera o jurista que dois elementos são necessários para caracterizar o desuso: generalidade e tempo, de forma a gerar, no povo, o esquecimento da lei.

Classificou as leis, com base nos defeitos que apresentam, da seguinte forma:

1. Leis anacrônicas: embora não revogadas pelo legislador, a própria vida social afastou sua vigência por ter se defasado;
2. Leis artificiais: de mera criação teórica e abstrata, sem ter por base a experiência social e, por consequência sem vínculos com a vida da sociedade;
3. Leis injustas: quando negam ao homem o que lhe é devido ou lhe conferem o indevido;
4. Leis defectivas: quando inaplicáveis, na prática.

O eminente jurista sintetiza que a doutrina que nega a possibilidade de o costume revogar uma lei, o faz com base em dois argumentos básicos: a) o primeiro de caráter político, cuja ab-rogação só encontraria justificativa nas monarquias absolutas, em que a lei é um produto exclusivo da vontade do governante, sendo inviável no Estado moderno, dividido em poderes independentes e harmônicos entre si, em que o povo escolhe seus representantes, participando assim, da administração; b) o segundo fundado na hierarquia das fontes formais do direito, que em nosso sistema romano-germânico dá primazia à lei sobre o costume.

E, ainda, que a doutrina favorável à ab-rogação da lei pelo desuso, apóia-se em três argumentos principais: a) renúncia tácita do Estado pela aplicação da lei; b) irrelevância e insubsistência do sistema jurídico excluir o caráter revocatório do desuso; c) validade da lei condicionada a um mínimo de eficácia¹⁹.

2.3.1.3. Medida provisória

São normas expedidas pelo Presidente da República, no exercício de competência constitucional (CF, art. 84, XXVI), e substituíram o antigo decreto-lei (art.25, I, II e §§1º e 2º, do Ato das Disposições Transitórias da Constituição Federal).

¹⁹ Nader, P. Introdução ao estudo do direito. 13. ed. rev. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 189-197.

Na forma do art. 62 e parágrafo único da Constituição Federal, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional, que, estando de recesso, será convocado extraordinariamente para se reunir no prazo de cinco dias. Perderão sua eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei pelo Congresso Nacional.

Exclui-se do âmbito da Medida Provisória a matéria penal, tendo em vista que ninguém pode ser condenado sem crime previsto em lei.

Serão fontes do direito, se aprovadas pelo Congresso Nacional, pois se rejeitadas sairão do mundo jurídico como se não tivessem existido.

2.3.1.4. Códigos, consolidações e compilações

É Tércio Sampaio Ferraz Júnior²⁰ quem melhor aborda o assunto, definindo-os e diferenciando-os.

Define código como o conjunto de normas estabelecido por lei e esclarece que esta lei pode vir separada ou contida no mesmo. A característica do código é a regulação unitária de um ramo do direito (Código Civil, Comercial, Penal, etc.), estabelecendo-se para ele uma disciplina fundamental, atendendo a critérios técnicos tópicos, não necessariamente lógicos.

Às consolidações define como “uma espécie de compilação de leis preexistentes, mas retirando-lhes as normas de seu contexto, reformulandoas num todo”. Diferentemente dos códigos, as consolidações não apresentam inovação, mas apenas uma confirmação unitária de matéria legal preexistente. Por este fato pode ser estabelecida por mero decreto.

Define as compilações como “repertórios de normas que, em geral, obedecem a critérios cronológicos, com divisões, às vezes, por matéria, e que conhecemos, sobretudo, quanto às decisões jurisprudenciais”.

São fontes formais do direito, no âmbito da legislação.

2.3.1.5. Tratados e convenções internacionais

Como bem define Paulo Dourado de Gusmão, tratado internacional “é o acordo concluído por escrito entre Estados soberanos, estabelecedor de regras gerais disciplinadoras de suas relações”.

Esclarece, ainda, aquele doutrinador que o tratado obriga os Estados que o tiverem ratificado ou a ele aderido, não obrigando a terceiros-Estados; que a adesão a um tratado pode ser com reservas, desde que declarada expressamente e especificada; que a obrigatoriedade dos tratados funda-se

²⁰ Ferraz Júnior, T. S. Introdução ao estudo de direito: técnica, decisão, dominação. 2. ed., São Paulo: Atlas, 1994, p.237-238.

no princípio fundamental do direito internacional: *pacta sunt servanda*; e, ainda, que o tratado pode ser transformado em norma de direito interno, tendo assim força de lei, obrigando o juiz a respeitá-lo e aplicá-lo aos casos a ele submetidos, quando, na forma prevista for, por ato legislativo do Congresso Nacional (decreto legislativo) aprovado, e por decreto do Presidente da República promulgado, dando-lhe executoriedade²¹.

Tercio Sampaio complementa que as convenções são celebradas no âmbito dos organismos internacionais que, reconhecidos, veêm seus atos normativos repercutirem no âmbito interno dos Estados, exemplificando com a OIT (Organização Internacional do Trabalho), cujas convenções aprovadas são submetidas às autoridades competentes dos Estados participantes, passando a ter força legal.

Acrescenta, ainda, Tercio Sampaio haver normas internacionais cujo objeto é a conduta do ser humano diretamente, tornando os cidadãos de um Estado verdadeiros sujeitos de direito internacional, concedendo-lhes, inclusive, acesso direto aos tribunais internacionais²².

Incluem-se, como fontes, no âmbito da legislação.

2.3.1.6. Hierarquia das fontes legislativas

Tercio Sampaio registra que temos um enorme mapeamento de competências e âmbitos de exercícios e que “a questão da hierarquia se coloca quando, dentro deste mapa horizontalmente estendido, uma competência avança nos limites da outra. É neste momento que surge uma verticalização, em tese organizada por uma regra estrutural do sistema: a *lex superior*”.

Assevera, ainda, aquele jurista que:

“a idéia de que a norma superior prevalece sobre a inferior, porém, pressupõe uma outra regra estrutural, fundada num velho lugar comum: quem pode o mais pode o menos (a maiore ad minus). Sobre esta ordem hierárquica porém, podem surgir controvérsias doutrinárias. Há autores, por exemplo, que procuram demonstrar que, como o âmbito de competência de uma lei complementar (em geral, vista como superior) é diferente do de uma lei ordinária (em geral, vista como inferior àquela), não há hierarquia entre elas: o que se exige é apenas que cada qual fique no seu âmbito e não invada o do outro. Caso ocorra esta invasão, uma delas prepondera não por uma verticalidade, mas por contrariar limites horizontais”²³.

²¹ Gusmão, P. D. de. Introdução ao estudo do direito. 20. ed. rev., Rio de Janeiro: Forense, 1997, p.129-30.

²² Ferraz Júnior, T. S. Introdução ao estudo de direito: técnica, decisão, dominação. 2. ed., São Paulo: Atlas, 1994, p.239.

²³ Ferraz Júnior, T. S. Introdução ao estudo de direito: técnica, decisão, dominação. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994, p.236.

2.3.2. Costume

O costume é considerado como uma das mais antigas fontes de direito, tendo precedido até a lei escrita. A lei, com o passar dos tempos, veio a ser considerada como a fonte imediata do direito, todavia o costume continuou a ser um elemento importante como fonte subsidiária ou supletiva da lei.

Em relação à lei, Washington de Barros Monteiro classifica os costumes nas seguintes categorias:

- a) *praeter legem*: aquele que se caracteriza pelo seu cunho supletivo, só intervém na ausência ou omissão da lei;
- b) *secundum legem*: quando o preceito, não contido na norma, é reconhecido e admitido com eficácia obrigatória;
- c) *contra legem*: aquele que surge como norma contrária à lei. Seria o costume negativo, que produz a não-aplicação da lei, em virtude do desuso, a qual passa a ser considerada letra morta. Este tipo de costume apresenta discussões entre doutrinadores, sendo rejeitado pela maioria deles.

Esse renomado jurista nos afirma, ainda, que: “Os costumes são admitidos excepcionalmente para suprir lacunas ou deficiências da lei; por motivos óbvios, jamais os podem acolher tribunais contra preceito legal expresso. Se há lei em vigor que prescreva em sentido contrário, não é possível a formação da regra consuetudinária”²⁴.

Esta posição é ratificada por Nelson Nery Júnior: “As regras costumeiras também podem ser aplicadas na solução do litígio, atuando *praeter legem*. Não devem ser aplicadas se contrariarem o sistema positivo (*contra legem*)”²⁵.

Posição idêntica manifesta o jurista Silvio Rodrigues: “Conforme se vê do próprio texto, o juiz só deve recorrer ao costume na hipótese de omissão da lei. O que vale dizer que o legislador, admitindo o costume *praeter legem*, repeliu a idéia de costume revogador da lei, *contra legem*, que alguns escritores acolhem”²⁶.

²⁴ Monteiro, W. de B. *Curso de Direito Civil*. V. 1, 25. ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 1985, p.19.

²⁵ Nery Júnior, N. e Nery, R. M. A. *Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor: atualizado até 01.08.1997*. 3. ed. ver. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p.435.

²⁶ Rodrigues, S. *Direito civil*. V. 1, 25. ed., São Paulo: Saraiva, 1995, p.24.

De se registrar, também, os ensinamentos de Maria Helena Diniz ao afirmar que o julgador, dentre outras, tem a tarefa de: “verificar a existência de lacuna jurídica, constatando-a e indicando os instrumentos integradores, que levem a uma decisão possível, mais favorável, argumentada no direito vigente, mesmo quando se trate de critérios conducentes a uma decisão *contra legem*, nas hipóteses de *lacunas axiológicas e ontológicas*”²⁷.

A concepção moderna de costume requer, para sua existência, apenas que seja constantemente observado, durante um espaço longo de tempo, como norma jurídica, porque ele se destina a completar ou interpretar o direito escrito e, pela repetição, exprimir que corresponde, realmente, a uma necessidade. Apresentando esses caracteres, o costume é direito, tem força de coagir à obediência os particulares e deve ser aplicado pelo juiz.

Assim, o julgador, ao recorrer a este instituto, deve fazê-lo com bastante critério e, sempre, com muita prudência e sensibilidade, apresentando decisões alicerçadas na realidade social que o circunda.

2.3.3. Doutrina

Resulta da experiência, da pesquisa e do pensamento dos cientistas do direito, transformados em monografias, dissertações, teses, livros, comentários, pareceres, etc. Como muito bem expôs Maria Helena Diniz:

*“A doutrina decorre da atividade científico-jurídica, isto é, dos estudos científicos realizados pelos juristas, na análise e sistematização das normas jurídicas, na elaboração das definições dos conceitos jurídicos, na interpretação das leis, facilitando e orientando a tarefa de aplicar o direito, e na apreciação da justiça ou conveniência dos dispositivos legais, adequando-os aos fins que o direito deve perseguir, emitindo juízos de valor sobre o conteúdo da ordem jurídica, apontando as necessidades e oportunidades das reformas jurídicas”*²⁸.

As posições doutrinárias dominantes são também conhecidas como *communis opinio doctorum*.

Dividem-se os juristas quanto a considerar ou não a doutrina, uma fonte do direito.

Miguel Reale, ao manifestar o entendimento de que onde não há estrutura de poder não há fonte, nega à doutrina a qualidade de fonte do direito.

Maria Helena Diniz assim se posiciona: “Todavia, será preciso não

²⁷ Diniz, M. H. Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1996, p.135.

²⁸ Diniz, M. H. Compêndio de introdução à ciência do direito. 9. ed. atual., São Paulo: Saraiva, 1997, p. 310.

olvidar que a doutrina é decorrente de atividade científica, e esta é tida por muitos, inclusive por nós, como fonte de direito costumeiro. Poderíamos até considerar a doutrina como forma de expressão do direito consuetudinário, resultante da prática reiterada de juristas sobre certo assunto²⁹.

Paulo Nader³⁰ afirma que a doutrina favorece o trabalho do legislador e assume a condição de *fonte indireta* do Direito e cita, ainda, o eminente doutrinador que Savigny reconhecia na doutrina o caráter de fonte, desde que concorressem os seguintes requisitos: a) alta reputação e sabedoria dos juristas; b) convergência de opiniões; c) sendo nova a doutrina, que correspondesse à espera, de um longo tempo, do povo.

Tercio Sampaio, assim se expressa:

“Na verdade, a doutrina, como a jurisprudência, aliás com um grau de objetividade maior, pode ser responsável pelo aparecimento de standards jurídicos, fórmulas interpretativas gerais que resultam de valorações capazes de conferir certa uniformidade a conceitos vagos e ambíguos como mulher honesta, justa causa, trabalho noturno, ruído excessivo, etc. Os standards não são normas, são fórmulas valorativas que uniformizam a interpretação dos mencionados conceitos, mas sem a força de fonte do direito”³¹.

A opinião majoritária é no sentido de não considerá-la como fonte, propriamente dita, mas sim como fonte indireta do direito, visto que não altera a natureza prescritiva do direito. Possui, no entanto, destacada autoridade moral ante a força persuasiva dos argumentos utilizados pelos renomados juristas em defesa de seus pontos de vista.

Indiscutivelmente, serve de orientação para o legislador e de guia para o julgador.

2.3.4. Jurisprudência

Maria Helena Diniz utiliza o termo jurisprudência, com sendo “o conjunto de decisões uniformes e constantes dos tribunais, resultantes da aplicação de normas a casos semelhantes, constituindo uma norma geral aplicável a todas as hipóteses similares ou idênticas”³².

E complementa a doutrinadora que se trata do conjunto de normas

²⁹ Diniz, M. H. Compêndio de introdução à ciência do direito. 9. ed. atual., São Paulo: Saraiva, 1997, p. 312.

³⁰ Nader, P. Introdução ao estudo do direito. 13. ed. rev. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 1996, p.215-216.

³¹ Ferraz Júnior, T. S. Introdução ao estudo de direito: técnica, decisão, dominação. 2. ed., São Paulo: Atlas, 1994, p.246-247.

³² Diniz, M. H. Compêndio de introdução à ciência do direito. 9. ed. atual., São Paulo: Saraiva, 1997, p. 290.

emanadas dos juízes em sua atividade jurisdicional.

Para Paulo Nader, atualmente, “o vocábulo é adotado para indicar os precedentes judiciais, ou seja, a reunião de decisões judiciais, interpretadoras do Direito vigente”³³.

Quanto à jurisprudência ser, ou não, fonte do direito, a doutrina não é uníssona.

Maria Helena Diniz registra: “Consideramos a atividade jurisprudencial como uma fonte do direito consuetudinário, pois a uniformização dá azo à positivação do costume judiciário (RT, 199:608)”³⁴.

Paulo Nader afirma admitir “para a jurisprudência, no sistema continental, apenas a condição de fonte indireta, que influencia na formação das leis, por seu conteúdo doutrinário”³⁵.

Paulo Dourado de Gusmão considera: “No sistema continental, isto é, no direito codificado, como, por exemplo, é o caso do nosso, o valor da jurisprudência como fonte de direito é relativo, apesar de na realidade, o direito decorrer da interpretação dos tribunais”³⁶.

Tércio Sampaio Ferraz Júnior, assim se posiciona: “(...), a jurisprudência, no sistema romanístico, é, sem dúvida, ‘fonte’ interpretativa da lei, mas não chega a ser fonte do direito”³⁷.

Assim, a doutrina inclina-se a considerar a jurisprudência, no sistema *civil law*, apenas como fonte indireta do direito, enquanto no sistema do Direito Costumeiro (*common law*) não restam dúvidas de que a jurisprudência é importantíssima fonte do direito.

2.3.5. Fontes negociais

No que se refere aos atos negociais praticados de conformidade com a lei (*secundum legem*), a fonte seria a própria lei.

Inegável, também, que os atos negociais *contra legem* não podem ser avocados em nossos tribunais, por não terem força para obrigar.

Discute-se na doutrina a validade, como fonte, dos atos negociais praticados no vazio, na omissão ou lacuna da lei (*praeter legem*).

³³ Nader, P. Introdução ao estudo do direito. 13. ed. rev. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 199.

³⁴ Diniz, M. H. Compêndio de introdução à ciência do direito. 9. ed. atual., São Paulo: Saraiva, 1997, p. 291.

³⁵ Nader, P. Introdução ao estudo do direito. 13. ed. rev. e ampl., Rio de Janeiro: Forense: 1996, p. 207.

³⁶ Gusmão, P. D. de. Introdução ao estudo do direito. 20. ed. rev., Rio de Janeiro: Forense, 1997, p.124.

³⁷ Ferraz Júnior, T. S. Introdução ao estudo de direito : técnica, decisão, dominação. 2. ed., São Paulo: Atlas, 1997, p. 246.

Para Miguel Reale, o poder negocial é detentor de grande importância como força geradora de normas jurídicas. Acrescenta, ainda, o eminente doutrinador que:

“Os que ministram noções básicas de Direito nem sempre dão o devido relevo a essa fonte de Direito, mesmo após terem admitido que a experiência jurídica não é disciplinada somente por normas legais ou leis, de caráter genérico, mas também por normas particulares e individualizadas.

Entre as normas particulares, assim chamadas por só ligarem os participantes da relação jurídica estão as normas negociais e, dentre estas, por sua fundamental importância, as normas contratuais, comumente denominadas cláusulas contratuais”³⁸.

Maria Helena Diniz³⁹ se posiciona afirmando aceitar o pensamento de Miguel Reale que salienta a importância do poder negocial como força geradora de normas jurídicas particulares e individualizadas que só vinculam os participantes da relação jurídica.

Esclarece, ainda, a doutrinadora, que os adeptos da teoria clássica, citando Chironi e Abello, excluem os negócios jurídicos da categoria de fontes do direito alegando que o contrato pode ser fonte do direito objetivo, mas que é ilógico elevá-lo ao mesmo plano da lei e dar-lhe igual força e significação, dada a diversidade de sua posição jurídica, restrita a um dado caso concreto, enquanto as relações jurídicas atuam sempre *in abstracto*.

Tércio Sampaio Ferraz Júnior se manifesta, também, partidário deste posicionamento quando afirma: “É claro, porém, que os atos negociais são fonte de normas individuais, vinculantes para as partes. O ordenamento contém tanto normas gerais quanto *individuais*. Se tomamos a expressão fontes do direito neste sentido de emanção de normas tanto gerais como individuais, também as fontes negociais seriam fontes do direito como quaisquer outras”⁴⁰.

Segundo os doutrinadores que tratam do caso, o ordenamento jurídico contém normas gerais (lei, por exemplo) e normas individuais, sendo que tanto as normas gerais quanto as normas individuais são fontes do direito.

3. A CONSTRUÇÃO DA DECISÃO JURÍDICA

³⁸ Reale. M. Lições preliminares de direito. 22. ed., São Paulo: Saraiva, 1995, p. 178-179.

³⁹ Diniz, M. H. Compêndio de introdução à ciência do direito. 9. ed. atual., São Paulo: Saraiva, 1997, p. 320.

⁴⁰ Ferraz Júnior, T. S. Introdução ao estudo de direito: técnica, decisão, dominação. 2. ed., São Paulo: Atlas, 1994. p.246.

Todo aquele que se diz titular de direitos, poderá defendê-los provocando a prestação jurisdicional do Estado por meio da *ação*.

Impetrada a ação, com a resposta do réu ou omissão deste, produzidas as provas, chega-se à fase da *decisão* ou *aplicação do direito*, quando o juiz deverá identificar a norma jurídica aplicável ao caso concreto *sub judice*.

A adaptação de um preceito ao caso concreto pressupõe: a) a *crítica*, a fim de apurar a autenticidade e, em seguida, a constitucionalidade da lei; b) a *interpretação*, a fim de descobrir o sentido e o alcance do texto; c) o suprimimento das *lacunas*, com o auxílio da analogia, costumes e princípios gerais do direito; d) o exame das questões possíveis sobre ab-rogação, ou simples derrogação de preceitos, bem como acerca da autoridade das disposições expressas, no que se refere ao espaço e ao tempo⁴¹.

3.1. Da atividade interpretativa

Em sua atividade interpretativa, deverá o juiz:

- a) interpretar as normas buscando o sentido e o alcance da norma, tendo em vista uma finalidade prática para uma decisão possível;
- b) verificar a existência de lacuna jurídica, constatando-a e indicando os instrumentos integradores, levando a uma decisão possível mais favorável;
- c) afastar contradições normativas, indicando critérios para solucioná-las.

Tema de muita importância na atividade interpretativa, e que não será abordado neste trabalho, refere-se aos métodos e técnicas de interpretação de que se utiliza o julgador.

3.2. Da integração normativa

Impossível seria o legislador prever e regular todos os casos da vida, todas as hipóteses que virão a ocorrer na vida real, pois esta, em suas infinitas manifestações cria, a todo instante, situações novas e específicas.

O art. 126, do C.P.C., primeira parte, prevê a indeclinabilidade da jurisdição, que consiste na proibição de o juiz pronunciar o *non liquet* alegando lacuna ou obscuridade da lei. A segunda parte, traça o direcionamento a regra geral para o juiz decidir, reproduzindo "in fine" o que

⁴¹ Maximiliano, C. Hermenêutica e aplicação do direito. 13. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1993, p.8.

já previa o art. 4.º, da L. I. C. C.

Se a lei é clara e precisa, é dever do juiz aplicá-la conforme seu entendimento, não se dispensando a interpretação, que é sempre uma verdadeira adaptação da lei aos casos concretos.

Se a lei é obscura ou ambígua, com mais razão seu dever é interpretá-la.

Se é omissa, é dever do juiz suprir essa omissão, na forma prevista no art. 4.º, da L.I.C.C.: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”, a fim de que possa dar sempre uma resposta jurídica, favorável ou contrária, a quem se encontre ao desamparo da lei expressa. Esse processo de preenchimento das lacunas chama-se integração do direito⁴².

Verifica-se a omissão ou lacuna sempre que há falta da regra jurídica positiva reguladora de certo caso. A este tipo de lacuna a doutrina tem classificado como *lacuna normativa* e, ainda, identificado como *lacuna axiológica* quando houver uma norma reguladora injusta ou em desuso e *lacuna ontológica* quando houver uma norma jurídica anacrônica e inaplicável tendo em vista a evolução já havida nas relações humanas.

J. M. Carvalho Santos entende que o juiz não está adstrito à ordem elencada no artigo mencionado quando diz: “(...) deixando, no entanto, ao julgador a livre escolha de qual dos meios enumerados, melhor atenda à espécie”⁴³. Opinião contrária é a de Nelson Nery Júnior e Rosa M. A. Nery que dizem: “(...) decidirá a lide aplicando, pela ordem, a analogia, os costumes ou princípios gerais de direito”⁴⁴.

O melhor posicionamento e que tem tido maior aceitação na doutrina, é aquele em que o juiz busca a solução para o caso onde haja omissão ou lacuna da lei, seguindo a ordem mencionada no art. 4.º, da L.I.C.C.

Antes de analisarmos os fundamentos referidos, cabe ressaltarmos que em nosso direito, dois são os mecanismos por meio dos quais se completa, dinamicamente, um ordenamento: a *auto-integração* e a *heterointegração*. A auto-integração é o método pelo qual o ordenamento se completa, recorrendo à fonte dominante do direito, ou seja, a lei. O procedimento típico é a analogia. A heterointegração por sua vez é a técnica pela qual a ordem jurídica se completa por meio de fontes diversas da norma

⁴² Reale, M. Lições preliminares de direito. 15. ed., São Paulo: Saraiva, 1987, p.292.

⁴³ Santos, J. M. de C. Código civil brasileiro interpretado. V. XXX, Supl. V, 5. ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1985, p.28.

⁴⁴ Nery Júnior, N. e Nery, R. M. A. Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor: atualizado até 01.08.1997. 3. ed., ver. e ampl., São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1997, p.434.

legal, tais como o costume, os princípios gerais do direito e, ainda, a equidade. Examinemos, na seqüência, esses elementos (com exclusão do costume, já examinado anteriormente) que auxiliam os julgadores na solução dos casos a eles apresentados.

3.2.1. Analogia

Para integrar lacunas, o juiz recorre, preliminarmente, à analogia. Segundo J. M. de Carvalho Santos, “a analogia consiste na aplicação, ao caso não expresso em lei, da norma jurídica que disciplina casos semelhantes”⁴⁵.

Ensina-nos, complementarmente, Silvio Rodrigues, que “a analogia se baseia na idéia de que, se a lei disciplina de determinada maneira uma relação jurídica, deve, por igual razão, disciplinar do mesmo modo uma outra relação semelhante”. E, ainda, que “o princípio se condensa no adágio *ubi eadem ratio, idem jus*, isto é, onde houver a mesma razão, o mesmo deve ser o direito”⁴⁶.

Washington de Barros Monteiro registra que no dizer de Capitant, a analogia constitui poderoso adminículo, de que se serve o legislador, para amparar o juiz, perplexo entre relações sociais não expressamente reguladas, a fim de guardar-lhes a vitalidade. E acrescenta, ainda, que:

“Para que se permita o recurso à analogia, exige-se a concorrência dos três requisitos seguintes:

- a) é preciso que o fato considerado não tenha sido especificamente objetivado pelo legislador;*
- b) este, no entanto, regula situação que apresenta ponto de contato, relação de coincidência ou algo idêntico ou semelhante;*
- c) finalmente, requer-se esse ponto comum às duas situações (a prevista e a não prevista), haja sido o elemento determinante ou decisivo na implantação da regra concernente à situação considerada pelo julgador. Verificado o simultâneo concurso desses requisitos, legitimado está o emprego da analogia, o que não deixa de ser lógico, pois fatos semelhantes exigem regras semelhantes (ubi eadem ratio legis ibi eadem dispositio)”⁴⁷.*

Maria Helena Diniz registra que se discute se a analogia é um processo lógico de investigação jurídica ou uma determinação axiológica.

Assevera, ainda, a doutrinadora que:

“Modernamente, encontra-se na analogia uma averiguação valorativa. Ela

⁴⁵ Santos, J. M. de C. Código civil brasileiro interpretado. V. I, 14. ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986, p.1 04.

⁴⁶ Rodrigues, S. Direito civil. V. 1,25. ed., São Paulo: Saraiva, 1995, p.23.

⁴⁷ Monteiro, W. de B. Curso de Direito Civil. V. 1,25. ed., São Paulo: Saraiva, 1985, p. 39.

seria um procedimento argumentativo, sob o prisma da lógica retórica, que teria por escopo 'transferir valores de uma estrutura para outra'. Teria um caráter inventivo, uma vez que possibilita 'ampliar a estrutura de uma situação qualquer, incorporando-lhe uma situação nova', tendo por base o juízo de semelhança. Encaixa-se aqui, plenamente, a Lógica do Razoável, que não é uma invenção de Recaséns Siches, mas que decorre da verificação da realidade oferecida pelo 'mundo' dos valores"⁴⁸.

De se registrar que a analogia não tem aplicação plena em todos os domínios do direito. Há uma certa reserva do direito público com relação à aplicação analógica (no direito penal por exemplo, exceto quando favorece o delinqüente) .

3.2.2. Princípios gerais de direito

Quando a analogia e o costume (sobre o qual já discorremos, neste trabalho, por ocasião da análise das fontes do direito) falham no preenchimento da lacuna, o magistrado deverá buscar suprir a deficiência da ordem jurídica pelos princípios gerais de direito.

Os princípios gerais de direito não estão elencados nas normas jurídicas, todavia estão implícitos, podendo ser descobertos, pelo juiz, mediante a análise dos subsistemas componentes do sistema jurídico, dando-lhes, pela aplicação, força e vida.

Os doutrinadores têm reconhecido como vago e indefinido o termo “princípios gerais de direito” usado pelo legislador.

Silvio Rodrigues nos diz que:

“Talvez mais valha atribuir-se à expressão um sentido diferente, pois parece-me que o legislador quer se referir àquelas normas que o orientam na elaboração da sistemática jurídica, ou seja, àqueles princípios que, baseados na observação sociológica e tendo por escopo regular os interesses conflitantes, se impõem, inexoravelmente, como uma necessidade da vida do homem em sociedade”⁴⁹.

Maria Helena Diniz se pronuncia considerando os princípios gerais de direito como “normas de valor genérico, que orientam a compreensão do sistema jurídico, em sua aplicação e integração, estejam ou não positivadas”⁵⁰. A título de ilustração, podemos enumerar os seguintes

⁴⁸ Diniz, M. H. As lacunas no direito. 3. ed. aum. e atual., São Paulo: Saraiva, 1995, p.145 e 147-8.

⁴⁹ Rodrigues, S. Direito civil. V. 1,25. ed., São Paulo: Saraiva, 1995, p.25.

⁵⁰ Diniz, M. H. Compêndio de introdução à ciência do direito. 9. ed. atual., São Paulo: Saraiva, 1997, p. 462.

exemplos de princípios contidos em nosso ordenamento jurídico: a) o da proibição de locupletamento ilícito; b) o da igualdade de direitos e deveres frente ao ordenamento jurídico; c) o de que a boa fé se presume e a má fé deve ser provada; d) o de que o dano causado por dolo ou culpa deve ser reparado; e) nas declarações de vontade se atenderá mais à sua intenção que ao sentido literal da linguagem; f) ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece.

3.2.3. Eqüidade

Apesar de o art. 4º, da L.I.C.C. nada mencionar sobre a eqüidade, esta é considerada, pela doutrina, como meio de preenchimento de lacunas jurídicas.

Maria Helena Diniz, assim se pronunciou: “Em caso de lacuna, o juiz deverá constatar, na própria legislação, se há semelhança entre os fatos diferentes, fazendo juízo de valor de que esta semelhança se sobrepõe às diferenças. E se não encontrar casos análogos, deve recorrer ao costume e ao princípio geral de direito; não podendo contar com essas alternativas, é-lhe permitido, ainda, socorrer-se da *eqüidade*”⁵¹.

A eqüidade, concebida como princípio de justiça é mais um elemento de integração normativa.

O julgador pode perceber que a aplicação pura e simples da norma jurídica, sem atentar para as peculiaridades do caso concreto, pode levar a uma injustiça. Deve, assim, sem se afastar, do preceito jurídico, amoldar a norma fria do texto legal ao elemento humano do caso concreto que lhe compete julgar. Assim agindo, estará aplicando a eqüidade, que na concepção de Aristóteles, refere-se à aplicação ideal da norma ao caso concreto.

Para Maria Helena Diniz “a eqüidade confere, pode-se assim dizer, um poder discricionário ao magistrado, mas não uma arbitrariedade. É uma autorização de apreciar, segundo a lógica do razoável, interesses e fatos não determinados *a priori* pelo legislador, (...)”⁵².

A respeito, Tercio Sampaio acrescenta que o juízo eqüitativo não gera uma compulsão para que outros casos semelhantes sejam interpretados e decididos do mesmo modo. Por isso não é, propriamente, fonte do direito, mas meio de integração⁵³.

⁵¹ Diniz, M. H. Compêndio de introdução à ciência do direito. 9. ed. atual., São Paulo: Saraiva, 1997. p. 463.

⁵² Diniz, M. H. Compêndio de introdução à ciência do direito. 9. ed. atual., São Paulo: Saraiva, 1997, p. 468.

⁵³ Ferraz Júnior, T. S. Introdução ao estudo de direito: técnica, decisão dominação. 2. ed., São Paulo: Atlas, 1994, p.304.

3.2.3.1. Aplicação da equidade no direito positivo

Emana do art.127, do C.P.C.: “O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei”.

No direito positivo brasileiro, podemos citar, a título exemplificativo, as seguintes previsões para aplicação da equidade: a) art. 8º, da C. L. T., que determinam a sua aplicação “na falta de disposições legais ou contratuais”; b) art. 25, da Lei nº 9.099/5 (Juizados Especiais); c) art. 1.109, do C. P. C., que permite ao juiz “adotar em cada caso a solução que reputar mais conveniente ou oportuna”; d) art. 108, do C. T. N., prevê a aplicação da equidade desde que inviável a solução mediante o emprego da analogia, dos princípios gerais de Direito Tributário e princípios gerais de Direito Público, e salienta que o uso da equidade, não poderá resultar na dispensa do pagamento de tributo devido; e) art. 7º, do C.D.C.

Complementa Nelson Nery Junior e Rosa Maria Andrade Nery: “A autorização legal, ainda que tácita, para que o juiz, no confronto entre norma e fato, aplique a lei atendendo a seus fins sociais e ao bem comum (UCC 5.º e LPC 5.º) significa possibilidade de que decida por equidade, considerada em seu conceito moderno, evolutivo (Lopes, *A equidade*, 75; Diniz, *As lacunas*, 251)”⁵⁴.

Nas palavras de Maria Helena Diniz: “(...) tal autorização também poderá ser dada pelo legislador de maneira implícita, (...)”⁵⁵.

3.2.3.2 Formas de manifestação da equidade

No que se refere à extensão da aplicabilidade da equidade, Maria Helena Diniz⁵⁶ afirma que, os casos concretos que dão lugar a uma aplicação equitativa são:

- a) os que resultam da excessiva generalidade da lei, que não pode prever todas as circunstâncias da realidade;
- b) os que advêm do fato da norma não prever todas as circunstâncias da realidade;
- c) os que advêm do fato da norma não prever nenhuma das circunstâncias da realidade, são os casos omissos ou singulares e provenientes da inadequação total ou parcial dos dispositivos legais às suas próprias circunstâncias.

⁵⁴ Nery Júnior, N. e Nery, R. M. A. Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor: atualizado até 01.08.1997. 3. ed. ver. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p.435.

⁵⁵ Diniz, M. H. As lacunas no direito. 3. ed. aum. e atual., São Paulo: Saraiva, 1995, p. 266.

⁵⁶ Diniz, M. H. Compêndio de introdução à ciência do direito. 9. ed. atual., São Paulo: Saraiva, 1997, p. 468.

3.3. Superação das antinomias

Três são os critérios aceitos pelos teóricos do direito para solucionar as antinomias:

- a) **Critério cronológico:** também chamado de *lex posterior*, é aquele com base no qual, entre duas normas incompatíveis, prevalece a norma posterior. No direito existe uma regra geral em que a vontade posterior revoga a precedente, e que de dois atos de vontade da mesma pessoa vale o último no tempo;
- b) **Critério hierárquico:** também chamado de *lex superior*. é aquele pelo qual entre duas normas incompatíveis, prevalece a hierarquicamente superior. As normas de um ordenamento são colocadas em planos diferentes, ou seja, em ordem de hierarquia, sendo que a hierarquia normativa consiste que as normas superiores devem revogar as inferiores, porém, as inferiores não podem revogar as superiores;
- c) **Critério da especialidade:** também chamado de *lex specialis*, é aquele pelo qual, duas normas incompatíveis, uma geral e outra especial, prevalece a segunda. A lei especial é aquela que anula uma lei mais geral, ou que subtrai de uma norma uma parte da sua matéria, para submetê-la a uma regulamentação diferente (contrária ou contraditória).

Por vezes, esses critérios podem se revelar insuficientes para a solução das antinomias chamadas de segundo grau. Isto ocorre, em primeiro lugar, quando os próprios critérios entram em conflito. O conflito entre o *cronológico* e o *hierárquico* é resolvido em favor deste último (a norma superior anterior é aplicada em detrimento da inferior posterior); entre o *cronológico* e o da *especialidade*, este prevalece (a norma geral posterior não revoga a norma especial anterior).

Quando, no entanto, a antinomia de segundo grau se estabelece entre o critério *hierárquico* e o da *especialidade*, nos ensina Fábio Ulhoa Coelho⁵⁷ que, segundo Bobbio, inexistente meio seguro para se optar por um ou por outro, tendo em vista a igual importância. O critério da hierarquia decorre do valor segurança e o da especialidade é imposição da justiça.

Em situações como essa configura-se a chamada *antinomia real*, ou seja, aquela para cuja superação não existe um critério *a priori*.

A existência de uma antinomia real em determinado ordenamento jurídico que imponha a proibição do *non liquet*, não impede que o juiz, ante um caso concreto, opte por aplicar uma das normas antinômicas, norteados

⁵⁷ Coelho, F. U. Lógica jurídica. 3. ed., 3. tir., São Paulo: Max Limonad, 2000, p.71-72.

pelo disposto nas mesmas.

Essa simples aplicação de uma das normas não elimina a incompatibilidade entre elas. O direito não pode ser considerado lógico unicamente porque é aplicado. Assim, para que possam continuar postulando a logicidade do direito, devem, os que seguem esta corrente, apresentar alguma equação teórica capaz de compatibilizar as normas jurídicas antinômicas.

3.4. O sistema conceitual tradicional da decisão jurídica

É comum a doutrina afirmar que a decisão jurídica, em especial como um problema da construção do juízo deliberativo pelo juiz (também pelo legislador e pelas autoridades em geral), constitui-se em uma construção silogística.

Silogismo é o raciocínio composto de três proposições que se dispõem de tal sorte que a terceira delas, a conclusão, deriva logicamente das duas primeiras, ditas premissa maior e premissa menor.

Pelos ensinamentos de Fábio Ulhoa Coelho, quando se traduz num silogismo *categórico* determinado raciocínio jurídico, pressupõe-se que o profissional do direito tenha operado uma *dedução*.

Registra o doutrinador que a estrutura padrão do raciocínio dedutivo jurídico teria a seguinte configuração:

- a) na **premissa maior**, o enunciado de dever-ser contido na norma jurídica (a lei);
- b) na **premissa menor**, o enunciado de realidade sobre um fato pertinente à norma jurídica (o caso concreto);
- c) na **conclusão**, a aplicação da norma jurídica ao fato (decisão).

Silogismo jurídico é, evidentemente, todo raciocínio análogo, simples ou complexo, que se distingue pelo seu conteúdo especificamente jurídico.

Como exemplo de silogismo jurídico simples, cita o seguinte:

- a) O empregado despedido sem justa causa deve ser remunerado pelas férias não gozadas;
- b) João é empregado despedido sem justa causa;
- c) Logo, João deve ser remunerado pelas férias não gozadas.

Na *premissa maior*, a norma foi enunciada em sua forma *lógico-deôntica* (antecedente ligado ao conseqüente pelo verbo *dever ser*). Na *premissa menor*, a referência ao caso concreto, de cujos elementos se pode estabelecer uma ligação de pertinência com a norma enunciada na outra premissa, a referência ao fato é apresentada como enunciado *apofântico* (o antecedente liga-se ao conseqüente pelo verbo *ser*). A *conclusão*, por sua vez, contempla a subsunção do caso à norma, ou - o que é o mesmo - a aplicação do direito traduzida por uma decisão.

Complementarmente, informa o jurista que alguns lógicos do direito questionam se a *premissa menor* não teria, também, caráter *deôntico*⁵⁸.

Tercio Sampaio Ferraz Jr. critica a insuficiência da construção silogística para explicar o fenômeno decisório ao afirmar que:

“(…) Entretanto, reduzir o processo decisório a uma construção silogística o empobrece e não o revela na sua maior complexidade.

A própria doutrina, se um dia insistiu na idéia da dedução, hoje está ciente desta complexidade. Já Aristóteles, afinal, notara que, se era fácil relativamente identificar a premissa maior - o princípio ético vinculante para o comportamento: a justiça deve ser respeitada - era extremamente difícil justificar e aceitar que o conflito descrito na premissa menor (a ação x é injusta) constituísse um caso particular contido na generalidade da premissa maior. Ou seja, a aceitação geral de que a justiça deve ser feita não leva, por si, à premissa de que a ação x é injusta e, portanto, deve ser rejeitada. É preciso dizer o que é a justiça e provar que a ação x é um caso de ação injusta. Eis o problema da subsunção”⁵⁹.

Sérgio Nojiri identifica Recaséns Siches, como verdadeiro opositor da utilização da lógica formal do Direito, sob outro ângulo, e registra seus dizeres: “O trabalho do órgão jurisdicional não consiste meramente em subsumir debaixo de uma norma geral o caso particular formulado, e extrair, de pronto, em forma de conclusão silogística, a sentença ou a pertinente resolução”⁶⁰.

Fábio Ulhoa Coelho registra, também, que “para alguns lógicos do direito, o profissional do direito, em seu trabalho, não se limita a encadear operações mentais dedutivas, mas, ao contrário, conjuga diversas outras faculdades mentais, como a intuição e a indução”⁶¹.

3.5. Da doutrina da subsunção

Tercio Sampaio Ferraz Jr. ensina que o processo de *subsunção* tem a ver com o problema da aplicação do direito e, ainda, que a aplicação não deve ser confundida com a interpretação, embora a exija. Chegando-se, pela interpretação ao *sentido* da norma, necessário se faz demonstrar que o caso concreto a ser decidido nesse se enquadra.

Registra, ainda, aquele doutrinador que:

⁵⁸ Coelho, F. U. Lógica jurídica. 3. ed., 3. tir., São Paulo: Max Limonad, 2000, p.83.

⁵⁹ Ferraz Júnior, T. S. Introdução ao estudo de direito: técnica, decisão, dominação. 2. ed., São Paulo: Atlas, 1994, p.315.

⁶⁰ Siches, L. R. apud Nojiri, S. O dever de fundamentar as decisões judiciais. 2. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p.77.

⁶¹ Coelho, F. U. Lógica jurídica. 3. ed., 3. tir., São Paulo: Max Limonad, 2000, p.83.

“O processo de subsunção, que não se confunde com o automatismo lógico da dedução, exige alguns passos importantes, que já se mostram na própria elaboração da premissa maior (cf.Englisch, 1968:cap. 4). Há quem diga, neste 'sentido, que, embora formalmente primeiro apareça a regra geral, depois a descrição do caso e por fim a conclusão, na verdade o decisor tenderia a construir a decisão por um procedimento inverso, intuindo, primeiro a conclusão a que deve chegar para então buscar, regressivamente, as suas premissas (Cf. Siches, 1959:632). Na verdade, esta observação nos mostra que a subsunção exige uma verdadeira construção da premissa maior, que não é um dado (uma determinada norma da lei em vigor), como se poderia imaginar a princípio. (...) No entanto ai se localiza uma grande dificuldade. Quanto mais ampla e sutil é a tipificação legal do delito tanto mais complicada é aquela exigência, que obriga aquele que decide a percorrer um verdadeiro labirinto de normas que se coligam, se completam, se excluem”⁶².

Esclarece, ainda, aquele doutrinador que nessa construção, é necessário que se identifique no caso concreto aquilo que, por vezes, aparece na lei representado por termos indeterminados e valorativos. A concreção destes, por sua vez, não pode ser arbitrária, ao contrário, deve estar em consonância com o sistema. Isso enseja que o controle do processo decisório encontre princípios balisadores da aplicação. Podemos aqui citar a *proibição da decisão contra legem*, por sua vez amenizado pelo princípio da *discricionariedade*, de *aplicação corretiva da norma*, entre outros.

Jan Schapp, problematizando a subsunção ante a jurisprudência do interesse, que coloca no centro de seu estabelecimento do modelo jurídico a valoração pelo legislador e pelo juiz, registra ter sido bastante clara a exposição de Stoll em ater-se para o caso mais simples, num contexto não problemático, a subsunção lógico-formal.

E afirma que:

“Apenas em casos duvidosos e especiais o juiz deverá examinar, novamente, sentido e finalidade das prescrições. E então que ele deverá comparar a situação do interesse do caso a ser por ele decidido, com a figura do conteúdo fático que o legislador teve em mente e examinar se o juízo legal de valor também pode ser utilizado para a questão concreta. Stoll denomina este trabalho de subsunção de interesse jurídico típica, à diferença da subsunção lógico-conceitual tradicional que denomina subsunção teleológica que compara interesses”⁶³.

⁶² Ferraz Júnior, T. S. Introdução ao estudo de direito: técnica, decisão, dominação. 2. ed., São Paulo: Atlas, 1994, p.315-316.

⁶³ Schapp, J. Problemas fundamentais da metodologia jurídica. Trad. Ernildo Stein, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1985, p. 88.

Karl Larenz expressa o entendimento de que não pode haver subsunção entre tipos e padrões de valoração que precisam ser preenchidos no conteúdo fático legal, tendo assim se pronunciado:

“Vendo bem, não são os factos que são subsumidos - como seria possível? - mas enunciados sobre uma situação de facto, ocorrida como tal. (...) A premissa menor do silogismo de subsunção é o enunciado de que as notas mencionadas na previsão da norma jurídica estão globalmente realizadas no fenómeno da vida a que tal enunciado se refere. Para poder produzir esse enunciado, tem que ser antes julgada a situação de facto enunciada, quer dizer, o fenómeno da vida, em relação à presença das notas características respectivas.

(...) Aquando do julgamento sobre se a situação de facto descrita preenche as notas características da previsão legal, torna-se imediatamente notória a circunstância de que a descrição da situação de facto ocorre na linguagem corrente, mas que a linguagem da lei contém muitas expressões peculiares e conceitos de um relativamente elevado grau de abstracção.

(...) Decerto que aqui se podem interpor novos silogismos de subsunção, nomeadamente quando uma determinada nota da situação de facto, por exemplo, a nota 'coisa móvel', pode ser definida também por meio de notas adicionais. Mas como o processo de definição, e com ele o de derivação lógica por meio do silogismo de subsunção, não pode ser indefinidamente prosseguido, necessita-se, mais cedo ou mais tarde, de certos juízos elementares que, por seu lado, já não são proporcionados por silogismos mas que assentam em percepções (próprias ou alheias) - juízos de percepção - ou em determinadas experiências, em especial as que pertencem ao âmbito das experiências sociais”⁶⁴.

Nas palavras de Jan Schapp⁶⁵, “Stoll designa também a valoração pelo juiz ainda como subsunção - ainda que agora teleológica, enquanto Larenz não mais vê neste procedimento uma subsunção, mas o concebe como integração valoradora”. E assim se posiciona aquele doutrinador: “Evidentemente não tem sentido falar que sob uma valoração se subsume. Pode-se, portanto, concordar com a objeção mais importante de Larenz contra a doutrina da subsunção”.

3.6. A lógica do razoável

Lógica é a ciência da idéia pura, isto é, a idéia no elemento abstrato

⁶⁴ Larenz, K. Metodologia da ciência do direito. Trad. de José Lamego, rev. de Ana de Freitas, 2. ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, [s.d], p.327-328.

⁶⁵ Schapp, J. Problemas fundamentais da metodologia jurídica. Trad. Ernildo Stein, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1985, p. 90.

do pensamento (Begel).

Lógica é a ciência das operações do entendimento que são subordinadas à estimação da evidência, sendo seu objetivo a análise correta do raciocínio de inferência (Stuart Mill).

A lógica do razoável, concebida pelo jusfilósofo espanhol Luiz Recaséns Siches, por entender insuficiente a lógica formal, aflora como modalidade extralógica do conhecimento jurídico.

Como um processo extralógico, a lógica do razoável o é, na medida em que não descarta a lógica tradicional (lógica matemática).

Sergio Nojiri registra que a lógica do razoável apresenta, entre outras, as seguintes características:

- a) está limitada ou circunscrita pela realidade concreta do mundo em que opera; está impregnada de valorações (critérios axiológicos);
- b) tais valorações são concretas, referidas a uma determinada situação humana;
- c) as valorações constituem a base para a formulação de propósitos (finalidades);
- d) a formulação de propósitos não se apóia apenas sobre as valorações, por estar condicionada às possibilidades oferecidas pela realidade humana;
- e) está orientada pelos ensinamentos extraídos da experiência humana (individual e social)⁶⁶.

Segundo Luiz Recaséns Siches, os problemas humanos práticos (políticos, jurídicos) não são passíveis de solução mediante aplicação da lógica formal pura, que é desprovida de valoração.

A ciência jurídica pauta-se no humano, com suas necessidades, fraquezas, incertezas e carece de critérios axiológicos jungidos pelo conhecimento e amor da vida.

Embora o Direito não prescindia de normas gerais norteadas de critérios a serem aplicados ao caso concreto, o processo de elaboração do Direito só se completa através da atividade jurisdicional que dará a solução ao caso concreto gerando a norma individualizada.

O julgador, ao escolher a norma que considera adequada, se funda num juízo de valor, incompatível com o plano da lógica pura.

Não podemos desconsiderar a validade das formulações da lógica tradicional no que se refere à rigorosidade com que disciplina o pensamento. No entanto, o alcance de uma lei deve ser entendido em função dos efeitos produzidos na vida real.

⁶⁶ Nojiri, S. O dever de fundamentar as decisões judiciais. (Coleção estudos de direito de processo Enrico Tullio Liebman, v.39) 2. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p.79.

A lógica, como ciência formal, não pode ser aplicada indistintamente na apreciação do *meritum causae*, na medida em que as relações tuteladas pelo direito e praticadas pelas pessoas não estão delimitadas em grau, número e gênero, de forma a possibilitar a aplicação da lógica formal como meio de solução para os conflitos resultantes de tais relações.

Alipio Silveira⁶⁷, citado por Ismair Roberto Poloni, registra que a lógica, como ciência formal, não pode ser aplicada ao direito, e se deve buscar a solução na justiça, aplicando-se, para tanto, a lógica do razoável na interpretação da norma, isto é, na exegese da norma; deve o julgador ser moderadamente flexível em sua interpretação, e não exclusivamente interpretativo, buscando dentro do ordenamento jurídico, aquilatar as circunstâncias do fato e do direito, com o escopo de ser o mais justo possível. Não pode o julgador *innovar, criando direito inexistente ou julgando contra a lei*. O que deve, ante a própria natureza evolutiva do direito e das relações humanas, é interpretar a norma, ainda que por equidade, de forma *razoável, flexível e justa*, adequando-a ao momento histórico e circunstâncias especiais de cada caso. Compete ao juiz observar o contido no art. 5.º, da L.I.C.C., pelo qual deverá, ao aplicar a lei, atender aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

Merecedora de registro a forma como exemplificou a matéria Luiz Regis Prado:

*“Nessa perspectiva, exemplifica-se a matéria com uma situação ocorrida na Polônia, no início do século, em que, numa estação ferroviária, havia um letreiro que transcrevia disposição normativa impedindo o ingresso de pessoa acompanhada de cães na plataforma de embarque. Diante de uma situação real, em que um viajante se apresentava acompanhado de um urso, viu-se impedido, pela autoridade competente, de entrar na citada plataforma. Protestou ele dizendo que aquele artigo do regulamento proibia somente a entrada de cães, mas não de outra espécie de animais, surgindo, desse modo, um conflito jurídico. É inconteste que não há como incluir no conceito de cães os ursos e, se feita uma interpretação literal da norma, não se poderia concluir conforme a autoridade. Entretanto, tal interpretação, pareceria não só ao jurista, como a qualquer leigo, totalmente descabida, contrária mesmo ao senso comum. À luz da lógica tradicional, a conclusão será absurda, qual seja proibitiva para a entrada de cães e permissiva para a entrada de ursos. A **razoabilidade** da solução encontrada funda-se em razões diferentes do puro racional, ou seja no logos do humano. Portanto, estamos dentro de um campo lógico, só que*

⁶⁷ Silveira, A. Hermenêutica jurídica. v.1, p. 168 apud Poloni, I. R. Técnica estrutural da sentença cível juízo comum e juizado especial. Campinas: Bookseller, 2000, p.102-1 03.

não da lógica do racional, senão da lógica do humano, do razoável”⁶⁸.

3.7. Alguns aspectos sobre construção de decisões envolvendo direito comunitário

Tendência marcante dos países neste mundo globalizado é a de implementar o processo de integração de mercados. Em nosso contexto regional, o Tratado de Assunção, de 1991, criou o Mercado Comum do Sul - MERCOSUL.

Assunto em voga nos últimos tempos nos meios jurídicos, ainda pouco conhecido e estudado por nós, mas que já começa a tomar corpo, trata-se do inovador Direito Comunitário.

Wagner Menezes define o Direito Comunitário como “o ordenamento jurídico comum aos Estados membros da Comunidade instituída, e fruto desta união, mas autônomo em relação a esta, com poder imperativo e supranacional, que deve pelos Estados-parte e pelos seus cidadãos ser respeitado”⁶⁹.

Entre nós, a executoriedade das normas do Mercosul é condicionada. Celebrado o tratado ou convenção por representante do Poder Executivo, aprovado pelo Congresso (por Decreto Legislativo), sua integração no ordenamento jurídico exige, ainda, a promulgação, que confere publicidade à norma, mediante Decreto do Poder Executivo. Regularmente incorporados ao direito interno, os atos passam a situar-se no mesmo plano de validade e eficácia das normas infraconstitucionais e, conseqüentemente, aplicáveis por nossos julgadores⁷⁰.

Para garantir a vigência simultânea nos Estados membros, das normas emanadas dos órgãos do Mercosul, deve-se proceder da forma que se segue:

- a) Aprovada a norma, os Estados adotarão as medidas necessárias para sua incorporação ao ordenamento jurídico nacional, comunicando à Secretaria Administrativa do Mercosul;

⁶⁸ Siches, L. R. Tratado general de filosofía del derecho. p. 647 apud Prado, L. R. Do deôntico ao razoável in Revista de ciências jurídicas. Ano 111, nº 1, Maringá: Universidade Estadual de Maringá, 1999, p.39.

⁶⁹ Menezes, W. O direito comunitário e o Mercosul: uma visão crítica in Revista jurídica da UEPG (Edição comemorativa dos 40 anos do curso de direito da UEPG), Ponta Grossa: [s.e.], jan/jun 1998, p.331.

⁷⁰ Gomes, L. F. A questão da obrigatoriedade dos tratados e convenções no Brasil (particular enfoque da Convenção Americana sobre direitos humanos) in Revista dos Tribunais, RT710, Dez. de 1994, p.21-31.

- b) A Secretaria Administrativa do Mercosul comunicará aos Estados, quando a norma tiver sido incorporada, internamente, nos mesmos;
- c) As normas entrarão em vigor, simultaneamente, nos Estados, 30 dias após a data da comunicação efetuada pela Secretaria Administrativa do Mercosul, devendo os Estados publicar o início da vigência em seus respectivos diários oficiais.

Considerando-se normas de direito comunitário, aquelas produzidas por órgãos supranacionais, auto-aplicáveis nos ordenamentos jurídicos internos, podemos dizer que não existe, ainda, Direito Comunitário no Mercosul.

No âmbito do Mercosul, as soluções de controvérsias são submetidas aos procedimentos estabelecidos no Protocolo de Brasília (17.12.91), mantidos pelo Protocolo de Ouro Preto (17.12.94). Tanto para os Estados membros como para pessoas de direito privado impõe-se que se esgotem tentativas de negociações diretas, submissão do Grupo de Mercado Comum (órgão executivo do Mercosul) e, finalmente, submissão a um tribunal arbitral *ad hoc*. Nas duas primeiras fases há solução somente por consenso, pois este é o sistema de tomada de decisões de toda estrutura orgânica do Mercosul. No que se refere ao laudo arbitral, o mesmo deve ser cumprido, sob pena de imposição de medidas que objetivem o cumprimento do laudo arbitral.

Pensamentos já surgiram no sentido de que o Mercosul optasse por um modelo de solução de controvérsias baseado na experiência européia, trazendo para o nosso sistema integracionista o Direito Comunitário.

De se registrar que a Comunidade Econômica Européia se constituiu a passos lentos, aperfeiçoando-se através dos tempos pelos tratados e, sem dúvidas, chegaremos ao estágio de avançada cultura que permite a convivência, em harmonia, de um direito comunitário com os ordenamentos internos de cada nação.

O T.J.C.E. (Tribunal de Justiça das Comunidades Européias) surgiu quando as condições socio-econômicas revelaram sua necessidade. Hoje, com praticamente cinquenta anos de existência, dotado de larga experiência, é tido como modelo de eficiência para todos grupos de países em integração.

Ainda, quanto ao T.J.C.E., merecedor de registro, dado à relação direta com o assunto objeto de nosso trabalho, a metodologia desenvolvida por aquele Tribunal para a interpretação e aplicação do Direito Comunitário na construção de suas decisões, tendo como exemplo o contexto dos direitos fundamentais, extraída dos ensinamentos do professor Wanderlei de Paula Barreto.

Resumidamente, essa metodologia desenvolvida pelo Tribunal de Justiça das Comunidades Européias tem como característica observância de

uma cronologia estrita e de uma seqüência próprias, que se desdobram em três fases:

- a) a fase inaugural, destinada a responder se direitos fundamentais são protegidos no âmbito do direito comunitário:
- b) a segunda fase, etapa do exame do elemento material, do fato típico, vale dizer, se houve uma intervenção na esfera jurídica do indivíduo e se esta intervenção atingiu o alegado direito fundamental:
- c) a terceira fase, averiguação da proporcionalidade de uma eventual intervenção em uma posição jurídica protegida por direito fundamental.

Citada metodologia foi estendida na aplicação de outros princípios gerais de direito comunitário pela corte européia: princípio da irretroatividade da lei, princípio da segurança jurídica, princípio da confiança, princípio da proporcionalidade e outros⁷¹.

4. CONCLUSÃO

Diverge a doutrina quanto à classificação das fontes do direito, predominando, ainda, a classificação tradicional em fontes materiais e fontes formais. As fontes materiais compreendendo os fatores sociais do direito como o econômico, o geográfico, o moral, o religioso, o histórico, etc., e as fontes formais compreendendo todas as formas pelas quais o direito se manifesta (legislação, costume, entre outras).

Pacífico é o entendimento de que, em nosso sistema (*civil law*), a lei (*lato sensu*) é a fonte principal do direito. Segue-se o costume que é admitido como fonte subsidiária do direito, mas quando constantemente observado, durante um espaço longo de tempo, como norma jurídica, deve ser aplicado pelo juiz. Quanto à doutrina e à jurisprudência, majoritário é o entendimento que tratam-se, apenas, de fontes indiretas do direito.

Na sua atividade interpretativa, deparando-se com omissão ou lacuna da lei, deverá o juiz, observando o contido no art. 4.º, da L.I.c.c., preencher esta lacuna, se utilizando dos institutos ali mencionados, na ordem em que estão colocados. Deverá o juiz, primeiramente, buscar na própria legislação se há fatos semelhantes (analogia); não encontrando casos análogos, deve recorrer ao costume e se, ainda insuficiente, deve recorrer aos princípios gerais de direito.

⁷¹ Barreto, W. de P. La metodología de la construcción de principios generales del derecho comunitario in IX encuentro internacional de derecho de América del Sur (Universidad Católica Boliviana – Departamento de Derecho), La Paz, Bolivia, out., 2000.

Apesar do contido no art. 126, do C.P.C., de que a equidade somente poderá ser aplicada quando prevista em lei, a doutrina vem demonstrando o entendimento que o contido no art. 5.º, da L.I.c.c., é uma autorização para sua utilização, servindo de elemento de integração uma vez esgotados os mecanismos previstos no retromencionado art. 4.º, da L.I.C.c.

Deparando-se, o juiz, com o problema das antinomias, buscará resolvê-las pela aplicação do critério que se ajustar ao caso concreto: a) cronológico, com base no qual, entre duas normas incompatíveis, prevalece a norma posterior; b) hierárquico, pelo qual prevalece a norma hierarquicamente superior; c) da especialidade, pelo qual a incompatibilidade entre uma norma geral e uma especial, prevalece a especial. Ocorrendo antinomias de segundo grau (quando houver conflitos entre os critérios), do conflito entre o critério cronológico e o hierárquico, prevalece o hierárquico; do conflito entre o cronológico e o da especialidade, prevalece o da especialidade; do conflito entre o hierárquico e o da especialidade surge a chamada antinomia real, para a qual não existe um critério *a priori*.

O sistema conceitual tradicional da decisão jurídica como um silogismo lógico onde a norma é a premissa maior, o fato concreto é a premissa menor e a conclusão, puramente dedutiva, desprovida de qualquer valoração, é a decisão, tem encontrado enormes barreiras entre os doutrinadores.

Argumento básico e forte, para o posicionamento de que a decisão judicial não se constitui em um silogismo formal puramente dedutivo é o de Tercio Sampaio Ferraz Jr., em pronunciamento sobre a teoria da subsunção, afirmando que o processo de subsunção não se confunde com o automatismo lógico da dedução e que, na verdade, o julgador tenderia a construir a decisão por um procedimento inverso, intuindo primeiro a conclusão a que deve chegar para então buscar, regressivamente, as suas premissas. Esclarece, ainda, o citado doutrinador que nessa construção, é necessário que se identifique no caso concreto aquilo que, por vezes, aparece na lei representado por termos indeterminados e valorativos. Outros doutrinadores se manifestam entendendo que sob uma valoração não se subsume.

Manifestando o entendimento de que os problemas jurídicos não são passíveis de solução mediante aplicação da lógica formal pura, que é desprovida de valoração, Recasén Siches concebeu a Lógica do Razoável, como modalidade extralógica do conhecimento jurídico, pela qual, ante a natureza evolutiva do direito e das relações humanas, o julgador deve interpretar a norma de forma razoável, flexível e justa, atento ao momento histórico e às circunstâncias próprias de cada caso concreto.

Verifica-se a evolução do inovador Direito Comunitário, ainda não presente no Mercosul, onde a solução de controvérsias se processa mediante

negociações diretas, submissão ao Grupo de Mercado Comum (órgão executivo do Mercosul) e, por último, a um tribunal arbitral *ad hoc*. Nas duas primeiras fases, a solução só é possível por consenso e, quanto ao laudo arbitral, poderão ser tomadas medidas que objetivem seu cumprimento.

Registra-se a metodologia desenvolvida pelo Tribunal de Justiça das Comunidades Européias para a interpretação e aplicação do Direito Comunitário em suas decisões, tendo como exemplo o contexto dos direitos fundamentais, a qual se processa em três fases: 1^a) averiguar se o direito reclamado é protegido pelo direito comunitário; 2^a) examinar se, faticamente, houve lesão ao suposto direito protegido pelo direito comunitário; 3^a) o Tribunal decide se, considerando-se o princípio da proporcionalidade, da razoabilidade, a lesão foi suficientemente importante e merecedora da tutela.

5.REFERÊNCIAS

- BARRETO, W. de P. *La metodología de la construcción de principios generales del derecho comunitario* in IX Encuentro internacional de derecho de América del Sur (Universidad Católica Boliviana - Departamento de Derecho), La Paz, Bolivia, out., 2000.
- BOBBIO, N. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed., trad. Maria Celeste C. J. Santos; ver. téc. Cláudio de Cicco; apreso Tércio Sampaio Ferraz Júnior, Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.
- COELHO, F. U. *Lógica jurídica*. 3. ed., 3. tir., São Paulo: Max Limonad, 2000.
- COELHO, L. F. in PRADO, L. R. e KARAN M. (Coord.). *Estudos de filosofia do direito: uma visão integral da obra de Hans Kelsen*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1985.
- DINIZ, M. H. *As lacunas no direito*. 3. ed. aum. e atual., São Paulo: Saraiva, 1995.
- DINIZ, M. H. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 9. ed. atual., São Paulo: Saraiva, 1997.
- DINIZ, M. H. *Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1996.
- FERRAZ JÚNIOR, T.S. *Introdução ao estudo de direito : técnica, decisão, dominação*. 2. ed., São Paulo: Atlas, 1994.
- FERRAZ JÚNIOR, T.S. *A ciência do direito*. 2. ed., 4^a tir. São Paulo: Editora Atlas, 1991.
- GOMES, L. F. *A questão da obrigatoriedade dos tratados e convenções no Brasil (particular enfoque da Convenção americana sobre direitos humanos)* in Revista dos Tribunais, RT-710, Dez. de 1994.
- GUSMÃO, P. D. de. *Introdução ao estudo do direito*. 20 ed. rev. Rio de Janeiro:

Forense, 1997.

LARENZ, K. *Metodologia da ciência do direito*. Trad. de José Lamego, Rev. De Ana de Freitas, 2. ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, [s.d].

MAXIMILIANO, C. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 13. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1993.

MENEZES, W. *O direito comunitário e o Mercosul: uma visão crítica in Revista jurídica da UEPG* (Edição comemorativa dos 40 anos do curso de direito da UEPG), Ponta Grossa: [s.e.], jan/jun 1998.

MONTEIRO, W. de B. *Curso de direito civil*. V. 1,25. ed., São Paulo: Saraiva, 1985.

NADER, P. *Introdução ao estudo do direito*. 13. ed. rev. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 1996.

NERY JÚNIOR, N. e NERY, R. M. A. *Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor: atualizado até 01.08.1997*. 3. ed. ver. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

NOJIRI, S. *O dever de fundamentar as decisões judiciais*. (Coleção estudos de direito de processo Enrico Tullio Liebman, v.39) 2. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

POLONI, I. R. *Técnica estrutural da sentença civil, júízo comum e júízo especial*. Campinas: Bookseller, 2000.

PRADO, L. R. e KARAN M. (Coord.). *Estudos de filosofia do direito: uma visão integral da obra de Hans Kelsen*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1985.

RÁO, V. *O direito e a vida dos direitos*. 3. ed., anotada e atualizado por Ovídio Rocha Barros Sandoval, Vol. 1, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991.

REALE, M. *Fontes e modelos do direito: para um novo paradigma hermenêutico*. São Paulo: Saraiva, 1994.

REALE, M. *Lições preliminares de direito*. 15. e 22. ed., São Paulo: Saraiva, 1987 e 1995.

RODRIGUES, S. *Direito civil*. (Parte Geral), V. 1, 25. ed., São Paulo: Saraiva, 1995.

SANTOS, J. M. de C. *Código civil brasileiro interpretado*. V. I, 14. ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986.

SANTOS, J. M. de C. *Código civil brasileiro interpretado*. V. XXX, Supl. V, 5. ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1985.

SCHAPP, J. *Problemas fundamentais da metodologia jurídica*. Trad. Ernildo Stein, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1985.

SICHES, L. R. *Tratado general de filosofia del derecho*. apud PRADO, L. R. Do deontico ao razoável in *Revista de ciências jurídicas*. Ano III, nº 1, Maringá: Universidade Estadual de Maringá, 1999.

SILVEIRA, A. *Hermenêutica jurídica*. V.1, p. 168 *apud* POLONI, L R. Técnica estrutural da sentença cível juízo comum e juizado especial. Campinas: Bookseller, 2000.

SLAIBI FILHO, Nagib. *Sentença civil (fundamentos e técnica)*. Rio de Janeiro: Forense, 1991.