

© 1987 by EDITORA ATLAS S.A.

1. ed. 1988; 2. ed. 1994; 3. ed. 2001; 2ª tiragem
ISBN 85-224-2759-3

Foto da capa: Agência Keystone
Composição: Lino-Jato Editoração Gráfica

**Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)**

Ferraz Junior, Tercio Sampaio,

Introdução ao estudo de direito : técnica, decisão, dominação / Tercio Sampaio Ferraz Junior. – 3. ed. – São Paulo : Atlas, 2001.

Bibliografia.

ISBN 85-224-2759-3

1. Direito 2. Direito – Estudo e ensino I. Título.

93-3637

CDU-340.11

Índice para catálogo sistemático:

1. Direito : Introdução 340.11

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS – É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio. A violação dos direitos de autor (Lei nº 9.610/98) é crime estabelecido pelo artigo 184 do Código Penal.

Depósito legal na Biblioteca Nacional conforme Decreto nº 1.825, de 20 de dezembro de 1907.

Cód.: 0505 50 067

Impresso no Brasil/Printed in Brazil

4.3.3.2 COSTUME E JURISPRUDÊNCIA

Ao mencionarmos as fontes internacionais, fizemos referência ao costume. Isso nos conduz a um segundo grupo de fontes, de objetividade menor, posto que a formulação de suas normas exige um procedimento difuso, que não se reduz a um ato básico, como é a promulgação. Um costume, por exemplo, não se promulga: ele cria-se, forma-se, impõe-se sem que nesse processo possamos localizar um ato sancionador. Por tal razão, o costume, nos direitos positivados de nossos dias, tem, como fonte, uma importância menor que teve no passado.

O costume é uma forma típica de fonte do direito nos quadros da chamada *dominação tradicional* no sentido de Weber. Baseia-se, nesses termos, na crença e na tradição, sob a qual está o argumento de que algo deve ser feito, e deve sê-lo porque sempre o foi. A autoridade do costume repousa, pois, nessa força conferida ao tempo e ao uso contínuo como reveladores de normas, as normas consuetudinárias. Aqui, também, temos que distinguir entre *costume* como regra estrutural e *norma* costumeira como elemento do sistema do ordenamento.

A doutrina discute o costume, procurando estabelecer-lhe a origem dessa força compulsória. Fala, em geral, em dois requisitos: o uso continuado e a convicção da obrigatoriedade (*opinio necessitatis sive obligationis*). Com isso, quer distinguir o simples uso do costume. Há socialmente condutas que se repetem (por exemplo, acender a luz quando está escuro, tomar três refeições ao dia, vestir-se conforme a moda etc.) que, não trazendo a nota da convicção social da obrigatoriedade, não são costumes. A noção, contudo, é imprecisa. A convicção do caráter normativo do costume não pode ser explicada pela convicção de seu caráter obrigatório. Isso seria uma tautologia, como se disséssemos que uma prescrição é um enunciado que prescreve.

Uma solução para o problema é apresentada por aqueles que buscam o fundamento da *opinio necessitatis sive obligationis* na expectativa de reação quando um uso continuado é contrariado, o que provoca uma desaprovação acompanhada de sanções sociais difusas ou faz com que se recorra ao juízo de uma autoridade. Essa solução, porém, tem o defeito de inverter a ordem de procedência, pois, se a aceitamos, no direito de uma comunidade desenvolvida teríamos que dizer também que a autoridade que aplica a norma consuetudinária é o fator fundante para o reconhecimento normativo do costume. Ora, se a autoridade aplica-o é porque sua força *precede* o ato aplicador. A solução é, assim, inaceitável, porque estaríamos explicando o antecedente pelo conseqüente.

Uma outra solução seria apelar para toda a ordem jurídica. A convicção da obrigatoriedade repousaria na própria ordem que, globalmente, confere a certos usos o reconhecimento necessário. Também nesse caso topamos

com dificuldades. Nesse sentido, a teoria que podemos atribuir à Escola Histórica (cf. Savigny, 1840, 1:35) e que afirma não ser propriamente o costume a fonte do direito, mas sim o “espírito do povo”, só se sustentaria se pudessemos admitir uma noção imprecisa e indefinível desse teor. Além do mais, o próprio Savigny parece ter entendido a noção de *Volksgeist* (espírito do povo) num sentido que nos faz voltar à objeção à primeira solução apresentada. O “espírito do povo”, assinala Wieacker (1967:391), seria identificável pelo que os juízes e os sábios de uma comunidade produziram. De novo, explicaríamos o antecedente pelo conseqüente.

Do ângulo sociológico, uma hipótese explicativa poderia ser apresentada, recorrendo-se à noção de institucionalização (ver item 4.1.3). A *opinio necessitatis* tem algo a ver com consenso social. Não se trata, porém, de uma relação direta, isto é, *opinio necessitatis* como manifestação expressa de adesão, pois, muitas vezes, como observamos, o consenso explícito gera controvérsia e esgota rapidamente seu potencial (ver, por exemplo, o efeito contraditório das pesquisas de opinião pública em véspera de eleição). A convicção da obrigatoriedade tem antes fundamento numa expectativa de consenso, melhor dito, na suposição bem-sucedida de que todos concordam, o que pressupõe, na verdade, uma capacidade social limitada para conceder atenção a tudo o que ocorre. É isso que explica o engajamento pelo silêncio. Nesse sentido, a institucionalização é um mecanismo social que nos permite avaliar com sucesso a expectativa geral. Nesse aspecto, porém, a institucionalização é um processo cujo resultado é visivelmente *fictício* e, por isso, muito sensível à comunicação dos fatos. Instituições, assim, não são idéias puras, que pairam sobre a realidade, como o “espírito do povo”, nem são substâncias reais, algo que subsiste como coisa, mas processos que se verificam enquanto atuam e não deixam rastro quando param de funcionar. Quem tem uma expectativa contra a instituição carrega o peso de uma presumida evidência contra si. Por isso, tem que arriscar suas iniciativas e desdobrar-se em justificação, pois suas expectativas surgem como inesperadas, não lhe bastando o engajamento dos outros pelo silêncio. A convicção geral da obrigatoriedade, a *opinio necessitatis*, tem fundamento na institucionalização assim entendida. Ela repousa nesse silêncio que presumidamente se rompe quando se quebra um uso reiterado.

Em suma, o costume, como fonte de normas consuetudinárias, possui em sua estrutura, um elemento substancial – o uso reiterado no tempo – e um elemento relacional – o processo de institucionalização que explica a formação da convicção da obrigatoriedade e que se explicita em procedimentos, rituais ou silêncios presumidamente aprovadores.

A impositividade das normas consuetudinárias, que têm por fonte o costume, é dotada de validade e eficácia, como as normas legais. Sua condição de validade, isto é, o título que as faz normas integrantes do sistema, re-

pousa, porém, num elemento diferente daquele que conhecemos para as normas legais. Não se trata de procedimentos regulados por normas de competência, mas da própria opinio necessitatis, o processo de institucionalização que as consagra como normas obrigatórias. Nesse sentido, toda norma costumeira é, no fundo, uma norma-origem, pois sua validade deriva diretamente da imperatividade do sistema que acolhe o costume por meio de suas regras estruturais (por exemplo, a regra doutrinária que diz ser o uso reiterado com convicção de obrigatoriedade uma fonte normativa). Note: o que explica sociologicamente a opinio necessitatis é o fenômeno da institucionalização, mas o que caracteriza dogmaticamente a norma consuetudinária como integrante do sistema são as regras estruturais (que se expressam, por exemplo, em fórmulas doutrinárias do tipo: “conforme usos e costumes”, “em respeito aos bons costumes”, “há de se reconhecer o costume como fonte do direito” etc.).

Norma válida, a norma costumeira traz um problema quanto à vigência, isto é, quanto ao início do prazo de sua validade. Quando afinal começa a vigor uma norma consuetudinária? Como ela não é promulgada, e exige um uso continuado no tempo, os sistemas jurídicos modernos encontram uma espécie de “Ersatz” (substituto) para a promulgação: o costume tem de ser provado por quem o alega. A prova é de seu teor e não de que a norma já é vigente, mas isso cria uma condição de controle pela autoridade competente de que a norma consuetudinária existe.

Norma-origem, a norma consuetudinária constitui séries de normas derivadas, com força própria, inclusive com efeitos revogatórios. É o costume negativo ou contra legem de que já falamos. Tecnicamente, a doutrina nacional tende a recusar essa possibilidade, fundando-se no art. 2º da Lei de Introdução ao Código Civil: “Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que *outra* a modifique ou revogue” (grifamos). Apesar disso conhecem-se inúmeros exemplos de costumes *contra legem* que acabam por se impor na prática judiciária (cf. Silveira, 1968, v. 1:358).

Há costumes que não se opõem à lei, mas disciplinam matérias que a lei não conhece. Destes se dizem ser praeter legem. Sua importância para o preenchimento de lacunas da lei é primordial, conforme prescreve o art. 4º da Lei de Introdução.

Por fim, a coincidência entre o costume e a lei permite-nos falar em costume secundum legem.

O costume é um uso que traz a nota de *opinio necessitatis*. No entanto, há certos usos que, embora não configurem costumes, a doutrina dogmática reconhece neles um tipo de relevância que, sem torná-los fontes do direito, fá-los servir como regra de orientação para a tomada de decisão. Veja, por exemplo, a fixação de percentagens devidas por serviços de corretagem que busca orientação em usos, mas não costumes, da praça, tanto que o Código

Comercial brasileiro, arts. 130 a 133, mencionou-os expressamente em relação a negócios mercantis.

Por fim, há um tipo de costume que, por sua relevância, merece um destaque especial: o costume jurisprudencial. É discutido, nesse passo, se a jurisprudência dos tribunais deve ser considerada fonte do direito.

Aqui, é bom lembrar duas tradições jurídicas importantes: a romanística e a anglo-saxônica. Nesta, é conhecida a força vinculante dos *precedentes* judiciais. Já no século XIII, era costume citarem-se os casos e suas decisões (*Case Law*). A princípio, era apenas um uso geral, não se achando que os juízes estivessem vinculados a decidir conforme os precedentes. Pouco a pouco, a doutrina foi aceitando o caráter vinculativo, que toma uma configuração mais definida nos séculos XVII e XVIII. O aperfeiçoamento dos repertórios de casos (*reports*) e o aparecimento de uma hierarquia judiciária mais homogênea terminaram, já no século XIX, por consagrar uma doutrina acabada, conhecida como *stare decisis*.

Seus traços fundamentais são os seguintes: primeiro, os tribunais inferiores estão obrigados a respeitar as decisões dos superiores, os quais se obrigam por suas próprias decisões; segundo, toda decisão relevante de qualquer tribunal é um argumento forte para que seja levada em consideração pelos juízes; terceiro, o que vincula no precedente é sua *ratio decidendi*, isto é, o princípio geral de direito que temos de colocar como premissa para fundar a decisão, podendo o juiz que a invoca interpretá-la conforme sua própria razão; quarto, um precedente (sua *ratio decidendi*) nunca perde sua vigência, ainda que os anos o tenham tornado inaplicável às circunstâncias modernas: ele permanece válido, e pode ser invocado desde que se demonstre sua utilidade para o caso.

Esse sistema repousa em diversos fatores históricos que lhe deram origem. Entre eles deve ser mencionado o papel relevante desempenhado pelo juiz desde a Idade Média. Tratava-se de uma figura preeminente, social e politicamente reconhecida. Até hoje, o juiz anglo-saxônico não é considerado um mero funcionário da administração estatal, não tem uma carreira funcional como ocorre entre nós, e é escolhido entre os melhores advogados do país, para os quais a designação é vista como uma honra especial, que lhe confere grande prestígio.

Já a tradição romanística, própria dos povos do continente europeu, e que passou para o Brasil, é distinta. Encontramos desde Justiniano uma expressa proibição de se decidir conforme o precedente ("*non exemplis, sed legibus judicandum est*" - *Codex*, 7, 45, 13). E, nas grandes codificações que ocorreram na Era Moderna, repetiram-se preceitos semelhantes (por exemplo, o Código Prussiano - *Allgemeines Landrecht* - de 1794). Assim, ao contrário do sistema anglo-saxônico, em que, desde os primórdios, reconhecia-se que o juiz podia julgar conforme a *equity* mesmo em oposição ao *common law* (o

direito costumeiro, comum a toda a Inglaterra), no Continente as decisões deviam ser subordinadas à lei de modo geral. Esta adquire desde cedo uma preeminência que nem mesmo as leis anglo-saxônicas (os *statutes*), não obstante sua publicação nos tempos atuais, chegam a alcançar (guardando uma função auxiliar, de complementação e esclarecimento do direito comum – o *common law*). Houve, na verdade, desde o princípio, uma desconfiança social em face da figura do juiz, papel legado ao Estado e que pouco a pouco se insere em sua administração, adquirindo a condição de funcionário público. Essa desconfiança é bem clara na época da Revolução Francesa, pois os juizes eram vistos como homens do Antigo Regime, tanto que o direito pós-revolucionário cuidou de limitar-lhes o poder, no que foi acompanhado pela doutrina, segundo a qual o juiz aplica o código e nada mais do que isso.

É verdade que, na tradição portuguesa, as Ordenações Afonsinas (1446-1447) falavam no *estilo da Corte*, a maneira de resolver de uma autoridade, que depois passou a designar a jurisprudência dos tribunais superiores, da qual se exigia que tivesse sido manifestada em certo número de casos e por 10 anos. Mais tarde, a famosa Lei de 18 de agosto de 1769, a Lei da Boa Razão, de Pombal, veio a dizer que os conflitos deviam ser dirimidos pela lei pátria e pelos estilos fixados por Assentos da Casa de Suplicação, que já antes recebera de D. Manoel a determinação de transformar as soluções encontradas pelos desembargadores, em conferência, em assentos com força normativa. Inobstante, sempre se subordinavam às leis.

O sistema romanístico, assim, em oposição ao anglo-saxônico, caracteriza-se, em primeiro lugar, pela não-vinculação dos juizes inferiores aos tribunais superiores em termos de decisões; segundo, cada juiz não se vincula às decisões dos demais juizes de mesma hierarquia, podendo decidir casos semelhantes de modo diferente; terceiro, o juiz e o tribunal não se vinculam sequer às próprias decisões, podendo mudar de orientação mesmo diante de casos semelhantes; em suma, vige o princípio (regra estrutural do sistema) da independência da magistratura judicial: o juiz deve julgar segundo a lei e conforme sua consciência.

Por essas razões, a doutrina costuma negar à jurisprudência o caráter de fonte, ao contrário do que sucede com a teoria do precedente no mundo anglo-saxônico.

Apesar disso, é inegável o papel da jurisprudência romanística na constituição do direito. Se é verdade que o respeito à lei e a proibição da decisão *contra legem* constituem regras estruturais fortes do sistema, não podemos desconhecer, de um lado, a formação de interpretações uniformes e constantes que, se não inovam a lei, dão-lhe um sentido geral de orientação; é a chamada *jurisprudência pacífica* dos tribunais, que não obriga, mas de fato acaba por prevalecer. De outro lado, contudo, indo mais além, é conhecida a elaboração de verdadeiras normas jurídicas gerais em casos de lacuna que

constituem uma espécie de costume *praeter legem*. Esse costume, em primeiro lugar, à diferença dos costumes em geral, resulta de uso jurisprudencial, isto é, decisões judiciais, que se repetem e se mantêm para casos semelhantes; em segundo lugar, sua convicção da necessidade não se relaciona diretamente aos endereçados das normas, mas aos juízes que emanam as decisões.

Mais recentemente, porém, temos assistido ao aparecimento de fenômenos novos, como é o caso da uniformização da jurisprudência por força da própria lei processual e das súmulas dos tribunais superiores. O Código de Processo Civil (arts. 476 a 479), nesse sentido, criou a possibilidade de uniformização da jurisprudência com base em procedimentos legais, o que, dentro do sistema romanístico, pode conferir-lhe uma força especial de orientação interpretativa. As Súmulas do Supremo Tribunal Federal, que também não vinculam os tribunais inferiores e representam assentos de jurisprudência que têm também força de fato na interpretação do direito, foram criação regimental com o objetivo prático de dispensar, nos arrazoados, a referência a outros julgados no mesmo sentido, permitindo ao ministro-relator do processo arquivar ou negar seguimento a pedido ou recurso quando contrariem a orientação predominante no tribunal. Em ambos os casos, porém, não chegamos a ter precedentes no sentido do sistema anglo-saxônico.

⊗ Em suma, a jurisprudência, no sistema romanístico, é, sem dúvida, “fonte” interpretativa da lei, mas não chega a ser fonte do direito. No caso da criação normativa *praeter legem*, quando se suprem lacunas e se constituem normas gerais, temos antes um caso especial de *costume*. Restariam, talvez, como exemplos de fonte genuinamente jurisprudencial, alguns casos de decisões *contra legem* que existem, sobretudo na área do Direito do Trabalho; este, por sua natureza específica, voltada não tanto à regulação de conflitos, mas a uma verdadeira *proteção* ao trabalhador, permite a constituição de normas gerais com base na *equidade*.

4.3.3.3 FONTES NEGOCIAIS, RAZÃO JURÍDICA (DOCTRINA, PRINCÍPIOS GERAIS DE DIREITO, EQUIDADE)

A menção à equidade leva-nos, por fim, às fontes de baixo grau de objetividade. Entre elas temos inicialmente as fontes negociais.

Discutimos, neste passo, o papel normativo de atos de autonomia privada, por exemplo, contratos, como fonte do direito. Não falamos, é claro, dos atos negociais *secundum legem*, que derivam sua força normativa da lei. Nem mesmo nos referimos a atos privados *contra legem* que, no sistema, não têm força para obrigar, não podendo ser avocados perante os tribunais. Há casos, porém, de atos negociais *praeter legem* que, no vazio da lei, inovam e estabelecem como premissa verdadeiras regras gerais com caráter de norma.