

Lacunas do Direito e Costumes Jurídicos

Gaps of Law and Legal Costumes

Yumara Lúcia Vasconcelos^{a*}; Kleyvson José de Miranda^b; Brenda Vieira Belo^c

^aUniversidade Federal Rural de Pernambuco, Departamento de Administração, Programa de Educação Tutorial do Curso de Administração, PE, Brasil

^bFaculdade Estácio do Recife, Curso de Direito e Pós-Graduação em Direito, PE, Brasil

^cFaculdade Estácio do Recife, Curso de Direito, PE, Brasil

*E-mail: yumaravasconcelos@uol.com.br

Resumo

Este artigo, em nível geral, objetivou discutir a importância dos costumes como eficiente método de colmatação para solução de eventuais lacunas normativas, tendo como objetivo secundário, destacar sua importância para adequação do Direito às conformações sociais. A pesquisa enquadrou-se como qualitativa eminentemente bibliográfica. O constructo orientou-se pela premissa de que a existência de lacunas representa uma oportunidade de renovação para o Direito, apurando a interpretação dos fatos sociais e humanizando a prática jurídica. A revisão e os pontos de vistas dos autores visitados convergiram para o entendimento de que a previsão de aplicação desses métodos tende a tornar a aplicação do Direito em uma realidade eficiente. Rumaram ainda para a constatação de que os recursos disponíveis para interpretação do magistrado e a observação crítica e criteriosa dos costumes ampliam seu âmbito de discricionariedade, resignificando o coeficiente de valoração pessoal e circunstancial.

Palavras-chave: Justiça. Norma. Interpretação. Integração. Lacuna.

Abstract

This article, on a general level, aims to discuss the customs relevance as an effective method for solving regulatory gaps, and as a secondary objective, highlighting its importance for adaptation of law to social conformations. The study is an eminently qualitative research. The construct was guided by the premise that the existence of gaps is an opportunity to renew to the law, investigating the interpretation of social facts and humanizing legal practice. Both the review and the views of the authors converged on the understanding that the prediction of these methods tend to make the application of law in an efficient reality. In addition, the resources available to the magistrate's interpretation and the critical and careful customs observation expand its discretion scope, redefining the personal and circumstantial factors.

Keywords: Justice. Norm. Interpretation. Integration. Gap.

1 Introdução

A prática jurídica visa à consecução da justiça entre os homens e, com isso, a manutenção da harmonia e segurança social (CAMARGO, 2003; DUARTE, 2004; GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2011; MAZOTTI, 2010; NADER, 2011; LÔBO, 2010; SALGADO, 2007).

O Direito é o estado pleno da justiça, traduzida na forma de direitos fundamentais (perspectiva contemporânea). Nesse intento, existe, em função do homem, ser coexistencial (gregário). Assim como não se concebe o homem sem vida social, não se pode projetar a vida social sem um regramento regulador e disciplinar, ainda que este seja informal (RODRIGUES, 2007; SALGADO, 2007)

A noção de justiça, todavia, advém de diferentes percepções, significados e matriz referencial desse regramento (paradigma de justiça). Independente dos contornos da concepção adotada, seu senso é fundamental à atividade do magistrado.

Em sentido latíssimo, justiça significa 'virtude', uma abstração com caráter de santidade, com apreciável inclinação

e teor moral. Em sentido lato, a justiça permanece com a couraça ou invólucro de virtude, todavia, voltada para as relações sociais, com características mais pragmáticas. A acepção é empregada como paradigma importante na regulação (disciplina) da vida do homem, inserido no extrato social. Em sentido estrito, a justiça representa uma concessão compensatória, devida a outrem para ensejar igualdade por aproximação ou equidade (MONTORO, 2005).

O estudo dos métodos hermenêuticos (de busca do sentido da norma), a exemplo dos citados nesse artigo, remete à reflexão acerca da aplicação do Direito e seus fins sociais.

A norma possui um entorno muito maior do que aquele usualmente atribuído pelos operadores do Direito, uma vez que compreende situações gerais e específicas, circunstâncias, crenças, valores, histórias de vida e, o mais importante, pessoas. Para concreção da justiça no âmbito jurisdicional, a interpretação da norma desatada do contexto que circunda a situação jurídica, muitas vezes, não alcança o significado prático do Direito na vida social (CAMARGO, 2003; MAZOTTI, 2010; RODRIGUES, 2007)

O universo normativo não compreende o número de fatos produzidos pela sociedade, ensejando o surgimento de lacunas.

Este ensaio foi norteado pela seguinte questão problematizante: qual a importância dos costumes para o Direito e alcance eficaz da justiça? Nesse intento, este artigo teve como objetivo geral discutir a importância dos costumes como eficiente método de colmatação para solução de eventuais lacunas normativas, tendo como objetivo secundário discutir aspectos técnicos relacionados aos costumes jurídicos empregados para solução de eventuais lacunas normativas, destacando sua relevância para adequação do Direito às conformações sociais.

2 Desenvolvimento

A pesquisa enquadrou-se como qualitativa e eminentemente bibliográfica. O constructo ou eixo de abordagem orientou-se pela premissa de que a existência de lacunas representa uma oportunidade de renovação para o Direito, apurando a interpretação dos fatos sociais e humanizando a prática jurídica. A revisão e os pontos de vistas dos autores visitados convergiram para o entendimento de que a previsão de aplicação desses métodos tende a tornar a aplicação do direito uma realidade eficiente. Rumaram ainda para a constatação de que os recursos disponíveis para interpretação do magistrado e o reconhecimento ampliam seu âmbito de discricionariedade, resignificando o coeficiente de valoração pessoal e circunstancial.

2.1 Lacunas

Admitir-se-ia a existência de um ordenamento jurídico completo se o magistrado encontrasse, nas normas vigentes, subsídios e orientações de conduta para qualquer caso que lhe fosse apresentado. Na prática, nem todas as situações jurídicas são reguladas por norma. Inobstante se reconheça o esforço do legislador em contemplar o maior número possível de situações jurídicas, as lacunas não podem ser evitadas (CAMARGO, 2003; DINIZ, 2009; GOMES; FREITAS, 2010; HORTA, 2008; MAZOTTI, 2010; NADER, 2011; OLIVEIRA, 2003) O nível de abstração das normas direciona, muitas vezes, ao seu descolamento da realidade, ocasionando ineficácia operativa e descrédito.

A realidade social não permanece estática no curso do tempo, produzindo um desnível entre o Direito e a conduta do indivíduo, aquela observada na sociedade. Diniz (2002, p.184) pontua a esse respeito:

Deveras, a lei, por mais que se desdobre em artigos, parágrafos e incisos, jamais poderá conter toda a infinidade das relações emergentes da vida social, que necessitam de uma garantia jurídica, devido à grande exuberância da realidade, tão variável de lugar para lugar, de povo para povo.

Esse hiato tem origem devido a diversos fatores, tais como surgimento de novas relações e objetos, avanço tecnológico e científico, desenvolvimento econômico, crenças

e cultura (modo de pensar institucionalizado), indeterminação semântica de textos legais, deficiências de previsão, imprecisão terminológica, vaguidade da expressão jurídica, ambiguidade de normas vigentes e costumes consagrados (legitimados pela prática social). Significa que nem o conjunto de normas (disposições positivadas) nem as regras oriundas dos costumes compreendem o universo de situações possíveis da vida jurídica.

As lacunas podem decorrer, ainda, de manobras políticas, traduzidas ou consubstanciadas na postergação de regulação acerca de determinada matéria (pelo fato de ser polêmica, de difícil viabilidade operativa ou mesmo aplicativa, por confrontar interesses dominantes ou por apresentar abordagem e fundamento incipientes). Nader (2011, p.195) opina

Normalmente essas lacunas surgem em razão do desencontro cronológico entre o avanço social e a correspondente criação de novas regras disciplinadoras. O intervalo de tempo que permanece entre os dois momentos gera espaços vazios na lei. Outras vezes, aparecem em virtude do excesso de abstratividade da norma jurídica que, pretendendo alcançar elevado número de casos, deixa de contemplar diversas situações que, não se acomodando nos esquemas legais, passam a reclamar autonomia e tratamento próprio.

O autor, todavia, adverte que esses espaços normativos não estão necessariamente associados a um atraso científico ou mesmo à incompetência do legislador. O surgimento de situações novas também pode induzir lacunosidades, uma vez, que constitui tarefa desafiante e complexa legislar sobre matérias ainda não consolidadas. Fazê-lo pode tornar a norma ineficaz, inadequada aos fins de controle social subjacente a ela (ASCENÇÃO, 2005).

O Direito deve ser visto em sua dinâmica como uma realidade que está em perpétuo movimento, acompanhando as relações humanas, modificando-se, adaptando-se às novas exigências e necessidades da vida (DINIZ, 2002, p.72).

Essa incompletude natural, denominada de lacunosidade, já era admitida pelos romanos, onde a completude era tratada como impossibilidade técnica.

Considerando, à época, como uma das principais fontes do Direito, a interpretação dos prudentes são manifestações doutrinárias dos jurisperitos (juizes, doutores, pesquisadores do Direito) que eram encarregados de preencher as lacunas deixadas pelas leis, interpretando os textos legais à medida que a sociedade se modificava (ALBERGARIA, 2012, p.85).

Os romanos empregavam a expressão jurisprudência para traduzir a interpretação dos jurisperitos à luz dos movimentos da sociedade, significando mais que um pronunciamento, ainda que reiterado. A jurisprudência dos romanos representava a apreciação técnica do magistrado das situações a ele apresentadas (sob a perspectiva de sua valoração pessoal).

Ressalte-se que o entendimento era de que o jurista, além de ser perito em normas, apresentava-se atento aos costumes e dinâmicas sociais. As lacunas do Direito, todavia, semanticamente não alcançam as deficiências preexistentes

ou eventuais incoerências no Direito legislado (conflitos, desintonia entre normas), correspondendo tão-somente aos espaços sociais carentes de previsão legal. Esses espaços representam uma valiosa oportunidade de adequação das leituras do judiciário à realidade social, tendo em vista que a prática humanizava as perspectivas pelas quais as decisões eram prolatadas.

Esses espaços, no entendimento dos autores, são categorizados em lacunas de espécie e de gênero.

As lacunas de gênero compreendem situações em que não há qualquer norma vigente aplicável à situação sob análise, com costume ainda incipiente.

As lacunas de espécie são aquelas para as quais existe norma que regule a situação geral, mas que carece de direcionamento eficaz a determinadas especificidades do caso concreto.

A pertinência e proatividade das lacunosidades encontram respaldo nas constatações de que as decisões comunicam valores e visões pessoais, sendo impregnadas por subjetividades, conteúdo político, ideológico, axiológico e em muitos casos até moral.

- a) O juiz é portador de valores, de que sempre impregna suas sentenças;
- b) Os critérios axiológicos acompanham o ofício do juiz: não apenas naqueles casos em que, expressamente, a lei defere a solução à discricção judicial, como naqueles outros em que, dentro de dispositivos expressos, a margem de discricção é ampla ou, naquelas outras hipóteses, em que a escolha do dispositivo a aplicar é também axiológica;
- c) A sentença do juiz, em qualquer situação, tem conteúdo axiológico, subjetivo, político;
- d) Poderia parecer que, quanto mais buscasse penetrar na inteligência da norma, como editada, estaria o juiz fugindo de um julgamento subjetivo. Mas esta fixação na norma também é um posicionamento ideológico, político, nitidamente conservador;
- e) O juiz, aprisionado à lei, serve às forças da conservação, tanto quanto serve às forças do progresso e da renovação o juiz que assume, com honestidade, uma pauta axiológica e uma visão sócio-política de compromisso do Direito com o povo, não com os privilégios (HERKENHOFF, 2004, p.82-83).

A norma disciplina condutas, de modo geral, alcançando hipóteses fáticas. Todavia, a realidade é pragmática, imprevisível, peculiar e rica em significados. Por isso as lacunosidades são fenômenos próprios do sistema *Civil Law*.

O Direito não é inerte às ocorrências sociais, movimentando-se conforme seu fluxo, suprindo lacunas, apesar de outras já existirem e outras tantas surgirem. Os movimentos sociais são ininterruptos (CAMARGO, 2003; DINIZ, 2009).

Inexiste plenitude na ordem jurídica, uma vez que a sociedade, a quem esta atende, goza de dinamicidade própria. Ressalte-se, ainda, que algumas demandas sociais reclamam soluções próprias.

A incompletude do ordenamento em relação à determinada matéria é provisória até o momento em que uma solução é concebida e aplicada (iniciativa do hermenauta), por meio do aporte de métodos interpretativos postos à disposição do

jugador. Isto ocorre porque os sistemas tendem a movimentar-se em sentido à estabilidade, ainda que esse *status* seja uma abstração figurativa. Eis um axioma da Ciência jurídica!

Multifário e progressivo, o ordenamento inova sob a influência do ritmo das transformações sociais, garantindo a ordem e harmonia necessárias.

O sistema jurídico, em tese, comunica ideais de igualdade, segurança jurídica, justiça, autonomia da vontade e bem estar comum. Todavia, na prática, sua eficácia efetiva se esbarra nos avanços das relações sociais.

A eficácia de uma norma também depende da adesão voluntária e consciente do indivíduo na sociedade, o que implica respeito ao seu teor.

Não é incomum os operadores do Direito ajustarem o conteúdo de suas peças, teses e decisões para corresponder exitosamente às necessidades sociais imanentes ao caso concreto.

Em um plano geral, a norma carece em algum grau de eficácia fática, temporal e operativa. Entende-se por eficácia fática a confluência da norma às demandas do fato concreto; por eficácia temporal, o seu caráter atual; por eficácia social, a adesão e respeito à lei motivada por convicção; e por eficácia operativa àquela relacionada a sua viabilidade de aplicação.

Como se vê, existem dimensões de eficácia, que são transitórias por natureza, pois, por mais que num dado momento atinja o consenso social, não está inerte a eventuais conflitos e incompatibilidades, em face da evolução das práticas sociais. O Direito não é neutro porque é afetado por fenômenos sociais, científicos, tecnológicos, religiosos e morais. Essa transitoriedade da eficácia decorre da releitura dos modelos teóricos consagrados, que caducam à medida que novas realidades se impõem, e que modelos são transgredidos. O exemplo emblemático de caducidade são os Códigos Civis de 1916 e de 2002. Este último já não atende às demandas da sociedade. O papel da hermenêutica, nesse contexto, é promover a renovação crítica e busca de novas conexões e estruturas conceituais.

As lacunas incitam à criação de valor, depurando interpretações, respondendo ao ancilamento do Direito. Enseja, igualmente, a indagação do ponto de vista mais adequado à solução do caso jurídico.

A interpretação é a reedição do sentido da norma, considerando o sujeito da interpretação, elaborações teóricas (doutrina) e entorno social. Todavia, o conceito de lacuna não se confunde com situação extrajurídica, como observam Dantas, Malfatti, Camargo (2005, p.155), ressaltando a necessidade de se indagar a natureza do caso. “Se a solução diz respeito à ordem religiosa, moral ou de mera cortesia, não se revestirá, certamente, do mesmo caráter que informa uma solução jurídica”. Nem toda ordem normativa ou regramento tem natureza jurídica.

As lacunosidades representam uma oportunidade para impressão de uma leitura renovada sobre o processo jurídico, amparados pela percepção do sujeito crítico (externalizando

a perspectiva da valoração pessoal). Não se define, portanto, como produto da imperfeição do ordenamento, mas sim de um lapso técnico. São esses lapsos que viabilizam a aproximação entre norma, realidade e o paradigma de justiça vigente ou aquele institucionalizado pelos grupos sociais. Talvez fosse mais traduzir esse lapso como campo da discricionariedade do Direito. Não se pode exigir perfeição de um ordenamento posto que este constitui criação humana, produto social desprovido de limites culturais e contornos sociais objetivos.

As lacunas podem ser técnicas, teleológicas, intencionais, não intencionais, originárias, supervenientes, absolutas e conferem uma plasticidade política necessária à prática jurídica (discricionariedade).

Na escassez de fontes e configurando-se a existência de lacunas de previsão, o julgador recorrerá aos métodos de colmatação do Direito.

Pressupõe-se que o jurista conhece as fontes vigentes e procura, por processos admitidos pelo ordenamento jurídico, a maneira de resolver a situação lacunosa. Fala-se em integração, pois se visa “integrar” o complexo normativo (ASCENSÃO, 2005, p. 366)

As lacunas podem ser agrupadas em dois eixos: lacunas autênticas e não autênticas.

As lacunas autênticas são genuínas porque a análise normativa não oferece lastro à decisão dentro do escopo do caso concreto. As lacunas não autênticas possuem resposta no ordenamento jurídico, mas o suporte não é qualificado, inadequado socialmente e ineficaz à solução da situação *sub judice*, padecendo de viabilidade operativa ou mesmo de alcance da concretude.

Os métodos de colmatação oferecem os recursos alternativos para depuração da interpretação do caso concreto, respeitando a sequência prevista na norma. “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes se os princípios gerais de direito.” (BRASIL, 2002) São categorizados, segundo o aporte realizado pelo magistrado para solução da lacuna, em heterointegração e autointegração.

Os métodos de heterointegração são utilizados quando o magistrado recorre a fontes alheias ao ordenamento jurídico, a exemplo do estudo juscomparativo realizado por meio da verificação das normas de outro país - Direito comparado, da consulta à doutrina especializada na matéria, da confrontação das normas contra os costumes vigentes (fontes subsidiárias da norma) (CARDOSO, 2010; DANTAS, MALFATTI, CAMARGO, 2005; TAVARES, 2006). Naturalmente, os aportes das fontes sinalizadas reclamam visita às matrizes estruturais e históricas do ordenamento e seu ambiente.

Na aplicação do método de autointegração, o magistrado encontra recursos dentro do âmbito do próprio ordenamento (BOBBIO, 1995; GARCIA, 2013)

A analogia, os costumes e os princípios do Direito são métodos de integração que visam a colmatação de lacunas. Esses métodos são previstos e regulados em diferentes ramos do Direito.

Art. 8º - As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.

Parágrafo único - O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste (CLT - Decreto Lei nº 5.452 de 01 de Maio de 1943) [...]

[...] Art. 108. Na ausência de disposição expressa, a autoridade competente para aplicar a legislação tributária utilizará sucessivamente, na ordem indicada:

- I - a analogia;
- II - os princípios gerais de direito tributário;
- III - os princípios gerais de direito público;
- IV - a equidade.

§ 1º O emprego da analogia não poderá resultar na exigência de tributo não previsto em lei.

§ 2º O emprego da equidade não poderá resultar na dispensa do pagamento de tributo devido (BRASIL, 1966).

Os costumes e os princípios são, inclusive, fontes naturais do Direito. A integração ou colmatação compreende um conjunto de atividades cujo objetivo primordial é o preenchimento das lacunas identificadas na norma. Esses métodos se baseiam na análise contextualizada do caso concreto, sob orientação de uma lógica casuística e fundamento doutrinário (ou mesmo consuetudinário). O magistrado mune-se de diferentes argumentos para suportar suas decisões.

2.2 Dos costumes

Os costumes representam uma tradicional fonte do Direito, embora dotado de pouca objetividade, uma vez que correspondem a procedimentos difusos, desprovidos de formalidade (GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2011; FIUZA, 2008; SANCHÍS, 1996; GUIMARÃES, 2007).

De natureza subsidiária ou supletiva, aplica-se a situações especiais de juízo. Formam uma espécie de ordenamento paralelo com repercussão psicológica, cuja finalidade é dar conta das necessidades advindas das relações e condições sociais.

Os costumes se assentam em duas bases: psicológica e de convicção. A primeira se verifica no automatismo natural de algumas práticas aceitas e disseminadas; a segunda, no fundamento lógico subjacente ao comportamento.

Embora a norma (regra positivada) seja a principal fonte do Direito, os costumes se consagram pela adesão e respeito das massas locais, emergindo de modo natural da racionalidade e moral popular, de seu sentimento e significado elaborado de justiça. Apesar de não corresponder a normas efetivas (estatais), atendem a problemas localizados, muitas vezes de alcance regional. O fundamento subjacente à conduta, aliado ao seu alcance territorial, tende a catalisar sua institucionalização pela sociedade, cristalizando um modo de pensar (concepção de cultura).

Os costumes são regramentos informais que, acomodando-se aos limites fixados pela norma, ajusta-se às demandas

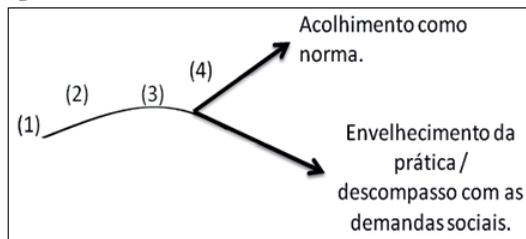
sociais, a princípio, sem potencializar conflitos (legais e/ou políticos).

Esse ordenamento supletivo e renovador, produto da criação social espontânea ensejado pela prática reiterada, é acolhido pela prática jurídica e reconhecido como fonte profícua de inovação e atualização da disciplina legal (LUSTOSA, 2011; GUIMARÃES, 2007).

A recepção dessas práticas pelo judiciário se dá quando estas se tornam eficazes e presentes no consciente do indivíduo (*status* pleno de convencimento). Amparadas em fundamentos lógicos, esse estágio configura um grau de maturidade política que reclama legitimidade própria.

A Figura 1 ilustra o ciclo de vida dos costumes.

Figura 1: Ciclo de vida nos costumes.



Fonte: Os autores.

- (1) Inicialmente se verifica a percepção e reconhecimento da necessidade de regramento suplementar - identificação da lacunosidade.
- (2) No curso do tempo, a prática evolui, ganhando significado no consciente das pessoas – Adequação e aperfeiçoamento.
- (3) Estágio de maturidade.
- (4) Legitimação ou constatação da inadequação entre a prática e a necessidade que a originou.

O jurista francês François Geny ressalta que o Direito se assenta nas seguintes bases: o ‘dado’ e o ‘construído’.

O dado é o componente objetivo, implicações da realidade fática (componente objetivo do sistema), o ‘construído, por sua vez, tem autoria coletiva, sendo produto espontâneo da elaboração social, a partir de sua perspectiva de análise (MAZOTTI, 2010).

Os costumes oxigenam o sistema jurídico, contribuindo com seu aperfeiçoamento.

O ‘Direito consuetudinário’ de grupos secundários (extratos sociais) se impõe naturalmente a partir de necessidades pontuais, sem opor-se frontal ou preconcebidamente a esse sistema, argumento que alicerça sua longevidade. Significa, pois, que os costumes e as normas (o jurídico e o infrajurídico) não constituem o que se denomina de pluralidade de natureza, nem de fato muito menos de direito.

“Contrariando aqueles que atribuem ao Estado o monopólio da elaboração de normas jurídicas, os pluralistas afirmam que todo agrupamento humano tem seu direito” (COELHO, 2003, p.432).

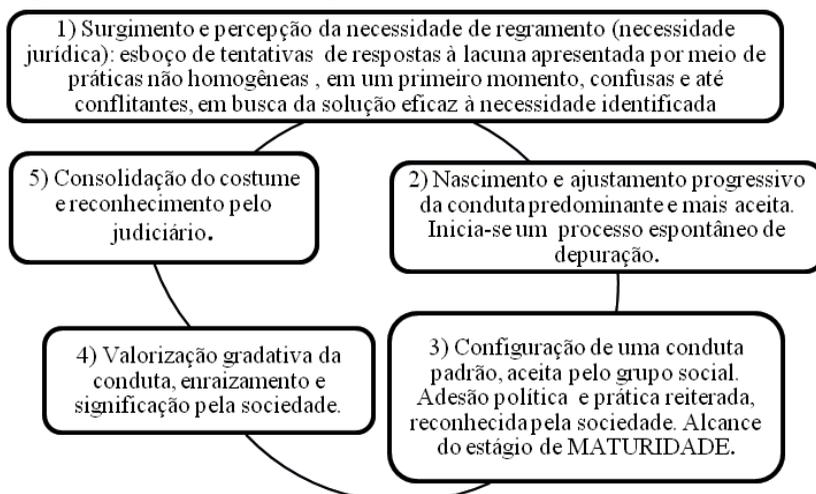
A pletera de leis e intensa produção normativa não são suficientes para alcançar as demandas da sociedade. Os costumes respondem a essas necessidades. A norma é, muitas vezes, a mera emancipação dos costumes (precedentes) conduzida pelo poder legiferante. Ressalte-se que a realidade social assume contornos mais amplos do que aquela apreendida na atividade legislativa.

A norma jurídica não pode ser asséptica, a-histórica, a-temporal, a-costume, a-uso. O direito não tem razão em si mesmo, senão quando comprometido com a realidade social, o uso, costume e hábitos de uma comunidade (HADADD, 2007)

Os costumes, paradigmas ou referências de conduta, antecedem, motivam e oferecem fundamento a decisões judiciais, incorporando a estas, a subjetividade inerente aos elementos fáticos (DINIZ, 2002).

A Figura 2 detalha, em ações, as etapas do ciclo apresentado na Figura 1, que, no entendimento dos autores, trata-se da gênese dos costumes jurídicos.

Figura 2: Gênese dos costumes jurídicos



Fonte: Os autores.

O reconhecimento do valor pragmático e operativo dos costumes pelo sistema jurídico não se verifica necessariamente na forma de Lei, sendo mais comum, inicialmente, o acolhimento da prática como fundamento nos entendimentos jurisprudenciais, convertendo-se posteriormente em matéria sumulada.

Para Hadadd (2007)

[...] o costume é o verdadeiro direito, pois é a primeira manifestação da ética de um povo, uma espécie de ética natural. O direito nada mais é, que a expressão genuína da consciência de uma sociedade e não um produto do legislador. O legislador não cria o direito, apenas o traduz em normas escritas existentes no espírito do povo (costume).

Os costumes comunicam diferentes significados, os quais perpassam os âmbitos da moral, do comportamento social, valores e crenças compartilhadas e das relações em geral.

Na prática processual, os costumes, para serem reconhecidos juridicamente, pressupõem concordância e engajamento (ainda que verificado o silêncio). De fato, para sua consagração no âmbito jurídico devem-se respeitar alguns requisitos de enquadramento.

A prática objeto do costume deve ser frequente (reiterada, revelando a exterioridade do instituto), lícita, justificável, útil, pragmática por natureza, consentida tacitamente e uniforme, além de comunicar um significado relevante e apresentar expressiva adesão social (repercussão) (DINIZ, 2002; FIUZA, 2008; GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2011; GUIMARÃES, 2007; HADDAD, 2007; MACHADO, 2012; SANCHÍS, 1996; SECCO, 2009; VENOSA, 2004)

Compõem o costume elementos objetivo e subjetivo. Considera-se elemento objetivo o uso, a prática repetida de certa conduta, e elemento subjetivo a convicção que a comunidade tem de ser adequada, boa ou justa a conduta repetidamente praticada (MACHADO, 2012, p.64).

O componente objetivo diz respeito ao uso frequente e incondicionado da prática no curso do tempo, o que pode ser denominado estabilidade de conduta. O elemento subjetivo está relacionado à convicção percebida por aquele grupo social acerca de sua obrigatoriedade em face da necessidade jurídica (expectativa de consenso). Assim, nem todo 'costume' é acolhidos pelo judiciário, conforme ilustra decisão apresentada.

Para reconhecimento de um costume jurídico faz-se necessário que este respeite às características citadas.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA - DESCABIMENTO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. TRANSAÇÃO. AUXÍLIO-ALIMENTAÇÃO. NATUREZA JURÍDICA. 1. O art. 458 da CLT dispõe que compreende-se no salário, para todos os efeitos legais, a alimentação que a empresa, por força do contrato de trabalho ou do costume, fornecer habitualmente ao empregado. 2. O acórdão não revela a origem da parcela, de modo que a necessidade de revolver fatos e provas impede o regular processamento da revista, a teor da Súmula 126/TST. Agravo de instrumento conhecido e desprovido (BRASIL, 1943)

Os costumes são condutas (territoriais, culturais e temporais) partilhadas dentro dos grupos sociais ou instituições, emanando convicções, interesses, anseios, aprendizado, expectativa de respaldo legal e consciência social (elementos que os institucionalizam). Diferentemente do Direito positivado (que é dotado de formalidade), padecem de solenidade, acomodando relativa dispersão quanto aos usos e práticas.

Guimarães (2007, p.51) apresenta a diferença entre os costumes e a lei, destacando um componente de análise importante: aspectos de sua origem e forma.

Difere da lei quanto à origem, posto que esta nasce de um processo legislativo, tendo origem certa e determinada, enquanto o costume tem origem incerta e imprevista. Distinguem-se, ainda, no tocante à forma, pois a lei apresenta-se sempre como texto escrito, enquanto o costume é direito não escrito, consuetudinário, salvo no caso de sua consolidação ou de recolhimento em repositórios em que possam ser consultadas.

Antes do processo de codificação, na França, em algumas regiões, o costume era a expressão do Direito que vigorava, sendo registrado e sistematizado em coletâneas *Coûtures de Paris* (GUIMARÃES, 2007).

Ressalte-se que não é necessário, para configuração do costume jurídico, a pronta e plena adesão dos indivíduos à regra (em um primeiro momento), mas a repetição consciente dos atos por uma minoria, que desperte a consciência da maioria acerca da necessidade de submissão e respeito. Os costumes também podem emergir dos órgãos representativos das coletividades, inclusive dos tribunais. Estes, na medida em que compartilham entendimentos acerca de determinadas matérias (formalizando jurisprudências), sem oposição popular, criam automaticamente um Direito consuetudinário.

Inobstante seja uma produção com nascente na sociedade (geradas a partir de suas demandas), a autoridade dos costumes pode se verificar de duas formas: pelo acolhimento do legislador ou pela aceitação do juiz (confirmação jurisprudencial, p. ex.). Muitas jurisprudências são inspiradas nos costumes.

A 'validação' dos costumes por meio da prática judiciária constitui fator de legitimação.

Venosa (2004, p.31) adverte sobre a existência de outro atributo distintivo dos costumes, na acepção jurídica: a estabilidade da conduta. "É necessário que o costume tenha certo lapso de tempo, pois deve constituir-se em um hábito arraigado, bem estabelecido". O autor ressalta que o costume é, usualmente, próprio ou típico de setores da sociedade.

Parece existir uma relação casuística entre convicção ou consciência jurídica e ação (repetição de condutas) (MACHADO, 2012).

A adesão consciente a esse universo de condutas decorre de sua significação pelo indivíduo em determinado momento. É essa consciência coletiva acerca da obrigatoriedade dos costumes no sentido jurídico que os diferencia dos demais (de ordem moral e religiosa).

Os referenciais valorativos de justiça evoluem no decurso do tempo, o que remete os operadores do Direito à observância

do entorno da norma.

A dinâmica da realidade social, o uso e o costume, ultrapassam a atividade legislativa criadora do direito positivo, pois este é um mero referencial para a aplicação de Justiça no sentido formal do termo. Entretanto a justiça, efetivamente, não tem se realizado no sentido material. Em outras palavras, tem-se um excessivo apego à lei e não à justiça. A lei tem sido feita como fim e não como meio. (HADADD, 2007)

É a aceitação dos costumes pelos tribunais que os torna e solidifica como fonte do Direito. Apesar de sua importância, com o advento da codificação, os costumes perderam ênfase no tempo.

Há notícia histórica de que a jurisprudência e a lei são tão antigas quanto a civilização. Os historiadores falam dos *éforos*no direito espartano e dos códigos de Manu e Hamurabi, pois é antiga a preocupação de deixar claro quem é responsável pelo dizer o direito, e, tão logo o ser humano aprendeu escrever, preocupou-se em reduzir a termo os costumes então existentes (VIEHWEG, 2006, p.168-169)

O costume nasce quando um fato ou problema social desafia o Direito não obtendo resposta satisfatória, quadro que incita à elaboração coletiva de respostas.

Tratando-se de fonte subsidiária do Direito, o costume geralmente orbita em torno da norma, não podendo contrariá-la (exceção do costume *contra legem*) (VENOSA, 2004).

À vista da argumentação exposta a partir desta revisão de literatura, é inequívoca a influência dos costumes sobre o Direito legislado e as decisões judiciais (função ordeira e transformadora).

O aporte às decisões, dos costumes jurídicos, incute um componente democrático, histórico e flexível ao sistema judiciário, afinal a sociedade os cria (obra de elaboração coletiva), modifica, adapta às necessidades e institucionaliza. Pode, ainda, ensejar a regulação de temáticas difíceis de legislar por serem ‘pontuais’ (locais, setoriais), onde o alcance da Lei não logra êxito em objetividade.

Os costumes não são necessariamente a solução mais adequada, do ponto de vista técnico, às demandas sociais, todavia, considerando o tempo demandado para a produção legislativa, assumem o importante papel de mediador transitório de interesses.

Os costumes *praeter legem* preenchem espaços ou lacunosidades existentes, em razão do silêncio da norma em relação a determinado fenômeno social. A sociedade produz respostas aos problemas não alcançados, de pronto, pelo judiciário ou pelo legislativo.

Os costumes *secundum legem* têm sua eficácia reconhecida

pela norma, ainda que essa identificação não seja plena, em razão da impossibilidade de cobertura de todas as situações jurídicas possíveis pelos diplomas legais. Compõem essa categoria de costumes: aqueles incorporados ao texto legal que aborda a matéria originária (ratificados em lei) e os que representam desdobramentos da norma, apresentando apenas variações de interpretação, dentro de determinados limites aceitáveis.

Neste trabalho, extrapolando a definição, considera-se costumes *secundum legem* àqueles com respaldo em jurisprudências.

Os costumes *contra legem* são aqueles que contrariam os códigos (Direito legislado); em geral, por força de uma eventual e notada desatualização de suas normas, quadro pressiona a sociedade à produção de regras, suprimindo a norma (que se torna letra morta). Neste caso, observa-se que a Lei não produz efeitos fáticos em face do desalinhamento à realidade atual (incompatibilidade concreta entre necessidade e resposta legal), embora permaneça em vigor. No entanto, nem todas as normas obsoletas contrariam valores compartilhados, uma vez que algumas normas se esbarram em dificuldades operativas, o que inviabiliza sua aplicação.

Dentro desta categoria de costumes enquadram-se, ainda, os costumes *ab-rogatórios* (*consuetudoab-rogatoria*), aqueles que contrariam normas incongruentes com a evolução das relações sociais, paradigmas cristalizados pela sociedade, e até mesmo, com valores de ordem moral. Neste caso, em um dado momento, a norma teve eficácia, não sobrevivendo no tempo, resultando na sua revogação tácita, por meio dos costumes.

Esses costumes, independente da forma, têm nascedouro nas contradições da norma, às quais o Direito não está imune.

As opiniões dos costumes *contra legem* orbitam em torno de três eixos:

- ✓ Eixo do formalismo – composto por adeptos que, ressaltando a importância da norma, negam a validade desses costumes;
- ✓ Eixo do ‘realismo’, formado por partidários que defendem a existência e importância desses costumes, e consequentemente, sua legitimidade;
- ✓ Eixo do ‘ecletismo’, integrado por estudiosos que admitem a validade desses costumes, mas dentro de condições bem definidas (aderência aos princípios gerais do Direito e perfil jurídico preciso e indiscutível).

O Quadro 1 apresenta as características peculiares às modalidades de costumes.

Quadro 1: Caracterização dos costumes

Modalidade	Traços Distintivos
<i>Praeter legem</i>	<ul style="list-style-type: none"> ✓ Conduta que responde a uma lacunosidade da norma (inexistência de previsão / comando legal). ✓ Elaborada a partir da experiência dos grupos sociais. ✓ Respostas espontâneas a uma demanda jurídica, até então, não solucionada.

Continua ...

Modalidade	Traços Distintivos
<i>Secundum legem</i>	<ul style="list-style-type: none"> ✓ Conduta prevista no âmbito jurídico, por meio de norma ou jurisprudência. ✓ Prática inspirada, algumas vezes, adaptada da norma. Regula aspecto que possui tratamento legal ou nesse propósito, é incompleto. ✓ Têm, em seu âmago, natureza declarativa, reprodutiva.
<i>Contra legem</i>	<ul style="list-style-type: none"> ✓ Em geral, tem origem no obsoleto da norma ou na sua inadequação à realidade social, tecnológica ou científica. Podem ter nascente no conflito entre norma e valores (paradigmas, experiências anteriores exitosas). ✓ São chancelados pela lógica justa, promovendo a equidade (supremacia dos fatos sobre a norma). ✓ Respostas espontâneas à defasagem, inviabilidade aplicativa ou inconformidade da norma com os valores do grupo aos quais a norma se aplicará.

Fonte: Os autores.

A força revogatória dos costumes é de natureza fática, embora sua aceitação seja discutida no campo doutrinário, e algumas vezes reduzida a uma mera insurreição contra a ordem estatal. De fato, Gagliano e Pamplona Filho (2011, p. 62) pontuam:

Nem mesmo na doutrina tal manifestação é aceita pacificamente, uma vez que os pensadores de tendência racionalista, legalista ou formalista a rejeitam firmemente, por considerá-la incompatível com a função do Estado e com a regra de que as leis somente se revogam por outras leis.

A existência dos costumes *contra legem* confirma a falibilidade da norma na concreção de seus propósitos sociais, aos quais primariamente se destinou. Simboliza a negação do Direito legislado no tratamento àquele fato particular.

Ao invocar os costumes, o magistrado visa observar os fins sociais a que a conduta objeto de reflexão se destina, respeitando um paradigma de 'bem comum'. Conquanto se reconheça a importância dos costumes, ao Estado, representado pelos tribunais, cabe avaliar a moralidade dos atos que compõem o costume, invocando a diligência da criticidade e bom senso e censurando condutas abusivas.

Os costumes são fontes profícuas de inovação social, necessários à releitura e ressignificação do próprio ordenamento.

O Direito não é inerte aos fenômenos sociais e o movimento de produção normativa reflete essa reação, resposta às demandas do desenvolvimento. A existência dos costumes, muitas vezes atesta o afastamento da norma de uma realidade inspiradora.

3 Conclusão

As normas não são produzidas no vazio, mas antecedendo, ou mais frequentemente, correspondendo a uma demanda social. O Direito nasceu da sociedade, renova-se a partir dela e a ela serve continuamente.

Observa-se o esgotamento do modelo jurídico vigente, comprovado pela sua lenta resposta às novas situações sociais postas. Esse esgotamento é o fator indutor das lacunidades, ressaltando a importância dos costumes na solução de conflitos. O Direito não é um fenômeno social neutro, isento de valoração (asséptico) ou desatado de aspectos culturais.

Essa constatação torna esses espaços uma oportunidade para elaboração de respostas naturais e circunstanciais.

As lacunas oriundas da ausência de previsão legal para casos particulares criam a necessidade de o magistrado recorrer a métodos de colmatação, no intuito de elaborar suas decisões e os costumes constituem uma alternativa.

A análise dos costumes ressalta a importância do coeficiente de valoração contextualizada à realidade consuetudinária, criatividade, experiência pessoal e visão de mundo do julgador na avaliação de casos concretos, especialmente quando não cobertos por previsão legal.

A ampliação do campo de discricionariedade do magistrado enseja a renovação e ressignificação de valores atrelados à concepção de justiça, à luz das circunstâncias (de casos concretos) e práticas recorrentes.

Referências

- ALBERGARIA, B. *Histórias do Direito: evolução das leis, fatos e pensamento*. São Paulo: Atlas, 2012.
- ASCENSÃO, J.O. *Introdução à ciência do Direito*. São Paulo: Renovar, 2005.
- BOBBIO, N. *Teoria do ordenamento jurídico*. Brasília: UnB, 1995.
- BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Novo Código Civil Brasileiro*. Brasília DF, 2002.
- BRASIL. *Consolidação das Leis do Trabalho*. Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Brasília. DF, 1943.
- BRASIL. *Código Penal*. Decreto Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940.
- BRASIL. *Código Tributário Nacional*. Lei nº 5.172 de 25 de Outubro de 1966
- BRASIL. *Congresso Nacional*. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. Brasília, 2006.
- BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral - TST - AIRR: 49100782008515013749100-78.2008.5.15.0137, Relator: Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, Data de Julgamento: 09/11/2011, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 11/11/2011.
- CAMARGO, M.M.L. *Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- CARDOSO, G.V. O Direito comparado na jurisdição constitucional. *Revista Direito GV*, v.6 n.2, 2010.
- COELHO, L.F. *Teoria crítica do Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

- DANTAS, A.; MALFATTI, A.D.; CAMARGO, E.A. *Lacunas do ordenamento jurídico*. São Paulo: Manole, 2005.
- DINIZ, M.H. *As lacunas do direito*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- DINIZ, M.H. *Compêndio de Introdução à Ciência jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- DUARTE, L.B. *Hermenêutica jurídica: uma análise de temas emergentes*. Canoas: ULBRA, 2004.
- FIUZA, C. *Direito Civil: curso completo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.
- GARCIA, G.F.B. *Introdução ao estudo do Direito: teoria geral do Direito*. São Paulo: Método, 2013.
- GAGLIANO, P.S.; PAMPLONA FILHO, R. *Novo curso de Direito Civil: parte geral*. São Paulo: Saraiva 2011.
- GOMES, M.F.; FREITAS, F.O. Lacunas no direito. *Âmbito Jurídico*, v.8, n.75, 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7291>. Acesso em jun. 2013.
- GUIMARÃES, L.P.C. *Direito civil: lei de introdução ao Código Civil: parte geral – direito das coisas*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.
- HADDAD, E.G. O costume como parâmetro da aplicação da justiça e da criação da lei. *Jus Navigandi*, v.12, n.1315, 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/9468>>. Acesso em: 2 jul. 2013.
- HERKENHOFF, J.B. *Como aplicar o Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- HORTA, G.T.R. *O papel, o dever e o poder do juiz*. Belo Horizonte: Decálogo, 2008.
- LÔBO, P. *Direito civil: Parte geral*. São Paulo: Saraiva: 2010.
- LUIS MARIA, S.J.; CASAL, J.M. *Curso de introducción al Derecho: introducción a la teoria general* Del Derecho. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 2003.
- LUSTOSA, O. A lei, o costume, o Direito. *Jus Navigandi*, v.6, n.51, 2001. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/2113>>. Acesso em: 2 jul. 3913.
- MACHADO, H.B. *Introdução ao estudo do Direito*. São Paulo: Atlas, 2012.
- MATOS, A.C.H. *União entre pessoas do mesmo sexo: aspectos jurídicos e sociais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- MAZOTTI, M. *Escolas hermenêuticas e os métodos de interpretação da Lei*. Baurer: Minha Editora, 2010.
- MONTORO, A.F. *Introdução à Ciência do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- NADER, P. *Introdução ao estudo do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- OLIVEIRA, G. *Critério jurídico da paternidade*. Coimbra: Biblioteca Geral da Universidade, 1983.
- RODRIGUES, S. *Direito civil: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- SALGADO, J.C. *A ideia de justiça no mundo contemporâneo: fundamentação e aplicação do Direito como maximum ético*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- SANCHÍS, L.P. *Theoría del derecho*. In: SANCHÍS, L.P. *et al.* *Introducción al derecho*. Cuenca: Universidad de Castilla, 1996.
- SECCO, O.A. *Introdução ao estudo do Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- TAVARES, A.L.L. Contribuição do direito comparado às fontes do direito brasileiro. *Revista Prisma Jurídico*, v.5, p.59-77, 2006.
- VENOSA, S.S. *Direito Civil: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2004.
- VIEHWEG, T. *Modernidade e Direito*. In: ADEODATO, J.M. *Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2003.

