

Lacunas E Mecanismos De Integração Sob A Perspectiva Civil-Constitucional: Análise A Partir De Julgados Do Superior Tribunal De Justiça

Carlos Nelson Konder*

Universidade Federal do Rio de Janeiro, Programa de Pós-Graduação em Direito, Fortaleza-CE, Brasil

 <https://orcid.org/0000-0001-9681-943X>

Resumo: O problema objeto do artigo é a contraposição entre o procedimento hermenêutico preconizado pelo artigo 4º da Lei de introdução às normas do direito brasileiro (LINDB), que prevê que ante à omissão da lei deve-se recorrer à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito, e a metodologia civil-constitucional, conforme preconizada originalmente pelo jurista italiano Pietro Perlingieri. Justifica-se essa análise pela relevância prática dos mecanismos de integração na atividade hermenêutica. Com o objetivo de verificar eventuais incompatibilidades entre o regime legal e o método indicado, a metodologia adotada no artigo foi a apresentação de decisões recentes do Superior Tribunal de Justiça em que o dispositivo legal foi expressamente invocado, selecionadas por se reputarem ilustrativas da aplicação dos mecanismos de integração a questões de direito civil. Os resultados obtidos foram indicativos do contraste entre as premissas assumidas pelo legislador e aquelas tomadas por base na metodologia civil-constitucional.

Palavras-chave: Direito civil-constitucional. Interpretação. Analogia. Costumes. Princípios gerais de direito.

* Professor associado do Departamento de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professor da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Doutor em Direito Civil pela UERJ. E-mail: carlos.konder@uerj.br



UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA

Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas

DOI: <https://doi.org/10.22478/ufpb.1678-2593.2022v21n47.58600>

Lacunas E Mecanismos De Integração Sob A Perspectiva Civil-Constitucional: Análise A Partir De Julgados Do Superior Tribunal De Justiça

Carlos Nelson Konder

1 INTRODUÇÃO

A recente reforma por que passou o tradicional Decreto-Lei 4.657/1942, com a promulgação da Lei 12.376/2010, lhe deu o novo nome de Lei de introdução às normas do direito brasileiro (LINDB), em lugar da antiga referência Lei de introdução ao Código Civil (LICC), e acrescentou diversos artigos inovadores e controversos. Entretanto, vários dispositivos da redação anterior persistiram, a despeito das críticas que vinham sofrendo da doutrina mais atual.

Entre eles destaca-se o seu artigo 4º, que determina que “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”. Com exceção da alteração da redação para a inclusão dos costumes, em 1942, o dispositivo na verdade tem mais de cem anos, pois tem origem na introdução ao Código Civil revogado.¹

O dispositivo continua a ser invocado ativamente na jurisprudência, o que justifica sua análise mais cuidadosa: pesquisa no sítio do Superior Tribunal de Justiça revelou sessenta e seis julgados que, entre 1991 e 2020, expressamente fazem referência ao art. 4º da LINDB. O Código de Processo Civil de 1973 reproduzia o texto desse enunciado normativo,² mas o novo CPC o suprimiu. Com efeito, a

¹ Lei 3.071/16, art. 7º: “Aplicam-se nos casos omissos as disposições concernentes aos casos análogos, e, não as havendo, os princípios gerais de direito”.

² CPC/1973, art. 126. “O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas

forma pela qual o dispositivo orienta o intérprete no que tange a omissões da lei e fontes normativas idôneas a supri-las revela um problema, pois não parece se coadunar com a leitura das fontes preconizada por parte dos teóricos do direito contemporâneo. No presente estudo, será realizado o cotejo entre esse dispositivo e o modelo teórico do chamado “direito civil-constitucional”, na forma como preconizado originalmente por Pietro Perlingieri.

Justifica-se essa análise pela relevância prática dos mecanismos de integração na atividade hermenêutica. Tendo em vista que o referido jurista italiano não se dedicou especificamente ao exame do dispositivo brasileiro, pretende-se, por meio da metodologia de revisão teórica e a partir do método dedutivo, confrontar o artigo legal com o pensamento do autor sobre hermenêutica e teoria das fontes. Para esse objetivo, serão utilizadas igualmente algumas das decisões judiciais resultantes da pesquisa indicada com o objetivo de ilustrar as eventuais incompatibilidades. Os resultados a serem obtidos serão indicativos do contraste entre as premissas assumidas pelo legislador e aquelas tomadas por base na metodologia civil-constitucional.

2 A “OMISSÃO DA LEI” FRENTE À METODOLOGIA CIVIL-CONSTITUCIONAL: O EXEMPLO DO INCÊNDIO DO BEM LOCADO

O pressuposto fático para a aplicação do disposto no artigo 4º da LINDB é descrito pelo texto legal como “omissão da lei”, o que vem sendo interpretado pela doutrina nacional como referência à ideia de *lacuna*. Afirma-se que a influência geral da obra de Zitelmann, *As lacunas no Direito*, e o aconselhamento a procurar fora da lei meios e

legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito”.

modos técnicos para seu preenchimento teria influenciado o legislador brasileiro de 1942 (REALE, 2005, p. 283). Associa-se ao dogma da completude do direito, desenvolvido com o Estado moderno, segundo o qual o ordenamento jurídico deve dar resposta a todas as situações, de forma a justificar o monopólio estatal (BOBBIO, 1997, p. 121).

Entretanto, leitura mais atenta revela que o conceito de lacuna do direito não parece equivaler completamente à omissão da lei. Larenz aponta que no ordenamento por vezes se encontram omissões intencionais (“silêncios eloquentes”) que não configuram lacunas e situações em que, ao contrário, há regra legal, mas que não se ajusta ao caso conforme seu sentido e escopo: “‘Lacuna’ e ‘silêncio da lei’ não são, portanto, pura e simplesmente o mesmo” (2005, p. 525). Com efeito, Engisch define lacuna como uma “incompletude insatisfatória no seio do todo jurídico” (2008, p. 276). Observa-se, assim, que a caracterização da lacuna não está ligada à omissão da lei em si – que foi o pressuposto escolhido pelo legislador brasileiro para a aplicação dos mecanismos de integração –, mas a uma situação insuscetível de ser solucionada satisfatoriamente sob determinada concepção do sistema (FERRAZ JR., 2001, p. 216).

No modelo civil-constitucional, a concepção de sistema adotada não parece compatível com a ideia de que o recurso aos mecanismos de integração tenha por pressuposto o cenário de “omissão da lei”. O sistema perlingeriano é marcado pela complexidade: toda e qualquer norma do sistema o pressupõe e, ao mesmo tempo, concorre para a sua formação, então não é possível compreender uma norma sem sua inserção como parte dessa totalidade formal e substancial (PERLINGIERI, 2008, p. 628). Entretanto, a marca mais significativa desse sistema é a unidade, garantida pela hierarquia da Constituição, tanto do ponto de vista formal, no que tange à atribuição de competências legislativas, como do ponto de vista material, elencando valores que devem ser realizados por meio da aplicação de todas as normas que compõem o ordenamento (TEPEDINO, 2019, p. 25).

Sob essa perspectiva, a cada caso concreto não se aplica uma norma, mas o sistema como um todo, já que se demanda do intérprete a determinação da normativa aplicável por meio do exame da totalidade do sistema, na relação dinâmica das normas entre si e com a realidade social a que elas se destinam, sempre guiada pela realização dos valores materializados no texto constitucional, também em sua dimensão prospectiva (RAMOS, 2018, p. 6). O intérprete deve individualizar a normativa vigente “mediante uma empenhada atividade hermenêutica, no *mare Magnum* das fontes e proposições legislativas” (PERLINGIERI, 2008, p. 619). Por isso, para o autor, a ideia de que haja menos casos difíceis do que fáceis é “no mínimo uma visão otimista” (*ibid.*, p. 620). Nesse contexto, a construção do sistema não é um dado, mas o resultado de um processo de conteúdo, de um método (*ibid.*, p. 36).

Em síntese, trata-se de um modelo em que se combina um ordenamento complexo – pela diversidade de normas e de fontes normativas – e aberto – em razão da comunicabilidade com a realidade social e a liberdade concedida ao intérprete para a realização de valores – com uma hierarquia de fontes e de valores, expressa pelo texto constitucional. Em um modelo como esse, não parece factível uma rigorosa distinção entre, de um lado, o cenário em que o texto legal seja omissivo e dê espaço para o intérprete recorrer a mecanismos de integração, e, de outro lado, o cenário em que haja texto legal específico, dispensando – ou mesmo afastando – o intérprete de tais recursos. Ao contrário, parece que no modelo perlingeriano, na “ação da lei” ou na “omissão da lei”, sempre o intérprete deve recorrer à totalidade do sistema para a individualização da normativa aplicável ao caso concreto (TEPEDINO, 2019, p. 31). Ademais, não parece haver espaço para clara separação – muito menos ordem – entre os mecanismos de integração indicados pelo legislador: analogia, costumes, princípios.

Exemplo que pode ser aduzido para ilustrar essa distinção diz respeito a caso em que locador e locatário controvertiam sobre a possibilidade de cobrar aluguéis no período entre a destruição do

imóvel por um incêndio e a efetiva entrega das chaves. Levado o litígio para o Superior Tribunal de Justiça, o Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva entendeu que havia omissão da Lei do Inquilinato (L. 8.245/91) sobre o tema, o que justificaria a aplicação do artigo 567 do Código Civil: “se, durante a locação, se deteriorar a coisa alugada, sem culpa do locatário, a este caberá pedir redução proporcional do aluguel, ou resolver o contrato, caso já não sirva a coisa para o fim a que se destinava”. Afirmou o relator que não houve o referido pedido e que “o que importa, para fins de exoneração da cobrança dos aluguéis, é a comunicação inequívoca do locador quanto à impossibilidade de usufruir do imóvel e o desinteresse na continuidade do contrato”: na falta dessas manifestações, os aluguéis seriam devidos até a entrega das chaves.

Entretanto, abriu divergência que acabou por prevalecer o Ministro Moura Ribeiro, que entendeu descabida a analogia apontada, por se tratar de hipótese de perda do bem locado, não de deterioração. Defendeu então a aplicação do princípio geral de direito *res perit dominus* e a analogia com as regras dos artigos 77 e 78 do Código Civil de 1916 sobre perecimento do objeto do direito,³ cuja racionalidade no sistema permaneceria embora revogados, e que isso levaria à extinção do contrato com o incêndio:

Direito civil. Recurso especial. Contrato de locação comercial. Perecimento do bem em incêndio. Irresignação submetida ao npc. Entrega das chaves em momento posterior. Impossibilidade de cobrança de aluguéis no período correspondente. Recurso especial provido. [...] 2. Discute-se nos autos a exigibilidade dos aluguéis no período compreendido entre o incêndio que destruiu o imóvel locado e a efetiva entrega das chaves pelo locatário. 3. A locação consiste na cessão do uso ou gozo da coisa em troca de uma retribuição pecuniária, isto é, tem por objeto poderes ou faculdades inerentes à propriedade. Assim, extinta a propriedade pelo perecimento do bem, também se extingue, a partir desse momento, a possibilidade de usar, fruir e gozar desse mesmo bem, o que inviabiliza, por

³ Código Civil de 1916 (L. 3.071/1916): “art. 77. Perece o direito, perecendo o seu objeto. Art. 78. Entende-se que pereceu o objeto do direito: I – quando perde as qualidades essenciais, ou o valor econômico; II – quando se confunde com outro, de modo que se não possa distinguir; III – quando fica em lugar de onde não pode ser retirado”.

consequente, a manutenção do contrato de locação. 4. O mutualismo que está na base dessa relação jurídica pressupõe, necessariamente, a existência de prestações e contraprestações recíprocas, sendo certo que a quebra desse sinalagma pode configurar enriquecimento sem causa vedado pelo ordenamento pátrio. 5. Recurso especial provido (BRASIL, 2019b)

Observa-se, de plano, que a omissão da lei identificada pelos julgadores não diz respeito à legislação em geral, mas à lei específica que rege as locações de imóveis urbanos (L. 8.245/91), a qual expressamente prevê a aplicação subsidiária do disposto no Código Civil e no Código de Processo Civil⁴, colocando em xeque a compreensão de lacuna que está em jogo. Ademais, constata-se que nenhum dos julgadores recorreu exclusivamente a um dos mecanismos de integração previstos na LINDB, mas sim a um *mélange* de possibilidades hermenêuticas. Enquanto o relator original utilizou-se tanto da analogia com dispositivo codificado (artigo 567 do CC) como a referência ao que parece funcionar como um princípio geral (“o que importa [...] é a comunicação inequívoca do locador quanto à impossibilidade de usufruir do imóvel e o desinteresse na continuidade do contrato”), o relator para o acórdão utilizou-se do que reputou ser um princípio geral (“*res perit dominus*”) e à analogia com dispositivos regados cuja racionalidade ainda subsistiria no ordenamento vigente.

Sob a perspectiva da constitucionalização do direito civil, esse procedimento hermenêutico seria livremente associado aos distintos elementos normativos aduzidos – sejam os dispositivos legais objeto de analogia, sejam aqueles que foram entendidos como princípios – mas buscando-se harmonia entre eles pela unidade do sistema, o que poderia ser conferido, por exemplo, pela regra geral de direito civil de que só há negócio jurídico (inclusive contrato) com objeto possível, logo a perda do objeto do contrato leva à sua extinção de pleno direito.

O caso prenuncia também as dificuldades existentes numa

⁴ L. 8.245/91, art. 79: “no que for omissa esta lei aplicam-se as normas do Código Civil e do Código de Processo Civil”.

rigorosa distinção entre os três mecanismos de integração previstos na LINDB: a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito. Vale examinar cada um deles com maior minúcia.

3 “TODA INTERPRETAÇÃO É ANALÓGICA”: O EXEMPLO DA CRIOPRESERVAÇÃO DO CADÁVER

Diante do cenário de “omissão da lei”, o primeiro mecanismo de integração indicado pela LINDB é a analogia. Para alguns, verifica-se já de início a existência de uma ordem de preferência entre os mecanismos de integração, consubstanciada na redação do dispositivo (GONÇALVES, 1985, p. 14). Entretanto, para quem reputa lacuna não somente omissão da lei, mas deficiência do direito positivo, incluindo tanto o direito legislado como o direito consuetudinário, o recurso à analogia seria posterior e subsidiário ao recurso aos costumes (ENGISCH, 2008, p. 279).

No tocante à analogia, ela costuma ser enunciada como a “transposição de uma regra, dada na lei para a hipótese legal (A), ou para várias hipóteses semelhantes, numa outra hipótese B, não regulada na lei, ‘semelhante’ àquela” (LARENZ, 2005, p. 541). Para alguns autores é indicada a possibilidade de uma “aplicação imprópria” do mecanismo sob a forma de “analogias de apoio”, para auxiliar a própria interpretação, como forma de escolher as próprias alternativas interpretativas existentes, ou seja, independente de lacuna (BUSTAMANTE, 2008, p. 384). O cerne da analogia parece estar na identificação da “semelhança” que justifica a extensão da regra, reconhecidamente, no âmbito do direito um processo axiológico ou valorativo (ASCENSÃO, 2005, p. 430-431).

Abrange-se, nessa definição, tanto a chamada *analogia legis* (ou particular, “da lei”), em que se parte de uma previsão legal específica para a extração da regra a ser transposta, como a dita

analogia iuris (ou geral, “do direito”), que se extrai, de diversas hipóteses um princípio comum, a ser aplicado na hipótese não regulada (LARENZ, 2005, p. 544). Entretanto, critica-se a categoria da chamada *analogia iuris*, pois ou bem resulta de uma interação de argumentos oriundos da *analogia legis (imperfecta)*, ou bem se trata da aplicação de princípios gerais (BUSTAMENTE, 2008, p. 392). Mais do que isso, sustenta-se mesmo que, de modo geral, “somente uma argumentação por princípios pode justificar a criação de uma regra por analogia” (*ibid.*, p. 395).

O modelo perlingeriano parece enveredar por essa linha que atribui uma acepção mais ampla à ideia de analogia. A partir da premissa já estabelecida de que se interpreta o sistema como um todo, individuando a normativa do caso concreto a partir do exame da totalidade formal e material dos enunciados normativos, o autor relativiza a distinção entre as hipóteses previstas e não previstas, que lhe parece linear e guiada por lógica puramente formal, inadequada à metodologia civil-constitucional (PERLINGIERI, 2008, p. 623).

A variedade inesgotável de casos concretos enseja a compreensão da norma não como um comando específico, mas como um modelo a ser seguido, o que exige do intérprete trabalho de adaptação, levando em conta sempre ligações entre várias disposições ou fragmentos de disposições (PERLINGIERI, 2008, p. 623-624). Nesse contexto, uma vez que “dois fatos totalmente iguais são impossíveis”, a disciplina normativa de cada caso é construída a partir de hipóteses similares, o que leva o autor a concluir que “toda interpretação é analógica” (*ibid.*, p. 623). A analogia, nessa linha metodológica, não configura meio de integração de aplicação subsidiária, restrito à omissão da lei, mas aspecto elementar de qualquer procedimento hermenêutico à luz do sistema de direito, que conjuga a variedade de elementos existentes no ordenamento em um processo dinâmico e complexo.

Exemplo que pode ser invocado para ilustrar essa perspectiva diz respeito ao caso julgado pelo Superior Tribunal de Justiça referente à disputa entre três filhas sobre o destino do cadáver do pai: enquanto

uma defendia que a última vontade do pai era que seu corpo fosse conservado criogenicamente (congelamento), as outras duas pretendiam seu sepultamento tradicional (enterro). O relator, sob a afirmação de que a lei era omissa sobre a criopreservação de cadáveres e que deveria então resolver-se a situação por analogia (*iuris*), empreendeu complexo raciocínio hermenêutico.

Em primeiro lugar, a partir do art. 77, § 2º, da Lei de Registros Públicos, que disciplina a possibilidade de cremação do cadáver; da Lei n. 9.434/1997, que dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento; e do art. 14 do Código Civil, que possibilita a destinação do corpo, após a morte, para fins científicos ou altruísticos, inferiu a possibilidade de o falecido dispor sobre o destino do seu corpo independentemente de formalidade específica. Aduziu a isso as regras do parágrafo único do artigo 12 do Código Civil sobre a legitimação dos herdeiros para defender os direitos da personalidade do falecido, e do art. 4º da Lei de Transplantes, que atribui a eles a decisão sobre doação de órgãos do falecido, para a partir delas construir uma regra de que, na falta de manifestação expressa do falecido, deve-se presumir que sua vontade era aquela manifestada pelos familiares. A partir do fato de uma das filhas ter convivido diretamente com o falecido nos últimos anos, e que ela recebera dele em vida procuração com amplos poderes para representar seus interesses, entendeu que sua manifestação era mais fidedigna do que a das outras duas filhas no que tange à vontade do falecido. Por fim, aduziu que o fato de o corpo já estar congelado há sete anos no momento do julgamento configura situação jurídica consolidada, que deve ser preservada com base no princípio da razoabilidade:

Recurso especial. Ação ordinária. 1. Discussão travada entre irmãs paternas acerca da destinação do corpo do genitor. Enquanto a recorrente afirma que o desejo de seu pai, manifestado em vida, era o de ser criopreservado, as recorridas sustentam que ele deve ser sepultado na forma tradicional (enterro). 2. Criogenia. Técnica de congelamento do corpo humano morto, com o intuito de reanimação futura. 3. Ausência de previsão legal sobre o procedimento da criogenia. Lacuna normativa.

Necessidade de integração da norma por meio da analogia (LINDB, art. 4º). Ordenamento jurídico pátrio que, além de proteger as disposições de última vontade do indivíduo, como decorrência do direito ao cadáver, contempla diversas normas legais que tratam de formas distintas de destinação do corpo humano em relação à tradicional regra do sepultamento. Normas correlatas que não exigem forma específica para viabilizar a destinação do corpo humano após a morte, bastando a anterior manifestação de vontade do indivíduo. Possibilidade de comprovação da vontade por qualquer meio de prova idôneo. Legitimidade dos familiares mais próximos a atuarem nos casos envolvendo a tutela de direitos da personalidade do indivíduo post mortem. 4. Caso concreto: recorrente que conviveu e coabitou com seu genitor por mais de 30 (trinta) anos, sendo a maior parte do tempo em cidade bem distante da que residem suas irmãs (recorridas), além de possuir procuração pública lavrada por seu pai, outorgando-lhe amplos, gerais e irrestritos poderes. Circunstâncias fáticas que permitem concluir que a sua manifestação é a que melhor traduz a real vontade do de cujus. 5. Corpo do genitor das partes que já se encontra submetido ao procedimento da criogenia há quase 7 (sete) anos. Situação jurídica consolidada no tempo. Postulado da razoabilidade. Observância. 6. Recurso provido. (BRASIL, 2019a)

A trajetória argumentativa percorrida, portanto, recorre a diversos elementos normativos do ordenamento, por vezes aproximando disposições bastante díspares – como o dispositivo que autoriza os herdeiros a defenderem a honra e imagem do falecido e o dispositivo que prevê que a doação de órgãos dependerá do consentimento dos herdeiros – para inferir a construção de regra distinta, consistente no respeito à suposta vontade do falecido, veiculada por um de seus herdeiros em detrimento dos demais. Sob a perspectiva civil-constitucional, se reconheceria na decisão um processo hermenêutico complexo que não se resume à mera transposição de uma regra extraída de outro caso ou de outro grupo de casos, mas a construção de uma regra a partir de uma compreensão abrangente dos diversos elementos normativos que compõem o sistema e da relação entre eles.

4 O JUÍZO DE VALOR SOBRE O COSTUME: O EXEMPLO DA ÁREA ÚTIL

Após a analogia, o mecanismo de integração indicado ao intérprete pela LINDB é o recurso ao costume jurídico. Embora reconhecido como fonte em nosso ordenamento, o costume não goza da importância que possui nos ordenamentos anglo-saxões, em razão da prioridade que a lei como fonte de direito alcançou entre nós.

Em doutrina identifica-se o costume pela composição de dois elementos: a repetição de um comportamento de maneira habitual, socialmente compartilhada (elemento objetivo), e a consciência de sua obrigatoriedade, ou seja, a consideração da prática como necessário ou conveniente ao interesse social (REALE, 2005, p. 158).

É comum distinguir-se ainda entre três categorias de costume a partir de sua relação com a lei: *secundum legem*, quando a própria lei remete à sua aplicação; *praeter legem*, quando utilizado para integrar a omissão da lei; e *contra legem*, quando o costume contradiz disposição legal (ASCENSÃO, 2005, p. 253). De modo geral, a esta última categoria nega-se a possibilidade de aplicação, por prioridade da disposição legal (FERRAZ JR., 2001, p. 239).

Tanto os requisitos como as categorias parecem, ao menos sob uma perspectiva literal, contrastar com a metodologia civil-constitucional. No pensamento perlingeriano, a praxe social é elemento fundamental para a atividade do intérprete, tendo em vista a premissa metodológica de contingencialidade do direito, mas deve sempre ser objeto de um juízo de valor, para compatibilizá-lo com a legalidade constitucional (PERLINGIERI, 2008, p. 113). A partir do estabelecimento da hierarquia entre as fontes e da unidade do sistema conferida pelo texto constitucional, torna-se mais relevante cotejar o costume com os valores positivados na Constituição do que com a legislação infraconstitucional.

Com efeito, a necessidade de um juízo de valor sobre as práticas costumeiras é constatação simples, pensando-se no exemplo delicado

de comunidades dominadas pela milícia ou pelo tráfico, em que se difundem condutas recorrentes sobre as quais a população tem consciência da obrigatoriedade diante do poder paralelo. A importância de realizar esse juízo à luz da Constituição tampouco é exclusividade do pensamento perlingeriano: Larenz, após referir ao exemplo de absorção do costume pela jurisprudência nos casos de concretização de princípios ético-jurídicos que foram acolhidos na consciência geral sustenta que não importa se eram compatíveis com o Direito estabelecido, contanto que “não contradiga a Constituição ou outro princípio jurídico de escalão superior” (LARENZ, 2005, p. 617).

Entretanto, a metodologia civil-constitucional parece levar essa reflexão além, pois ao preconizar a interpretação sempre sistemática e analógica, colocando ao intérprete o dever de fazer o cotejo entre os diversos elementos normativos e suas relações, sempre demanda a reinserção da praxe no âmbito do restante das normas do sistema. Em consequência, entende-se que o costume “quando é *praeter legem* é na realidade sempre *secundum legem* e se apresenta como fonte integradora legitimada pelo próprio ordenamento formal” (PERLINGIERI, 2008, p. 114-115).

Exemplo que pode ser aduzido para ilustrar o caso diz respeito ao inconformismo de compradora de sala comercial comprado na década de 1990 que alegava que o imóvel entregue tinha área útil inferior ao previsto, pois as paredes não deveriam entrar no cálculo pois não podem ser utilizadas, interpretação que veio a ser consolidada pela ABNT por meio da NBR 14653-2. Entretanto, o STJ manteve a decisão estadual por entender que antes da referida norma técnica, o termo “área útil” era comumente entendido nas relações comerciais como sinônimo de área privativa e, portanto, a metragem do imóvel fora informada de boa-fé:

Promessa de compra e venda de imóvel. Recurso especial. Contradição. Inexistência. “área útil”. Ausência, quando da pactuação, de normatização técnica definindo o seu conceito. Moldura fática apontando não ter havido má-fé e que, no estado do tribunal de origem, anteriormente à definição pela ABNT, conforme os usos e costumes locais, o conceito confundia-se com o de área privativa.

Indenização. Descabimento. 1. O artigo 85 do Código Civil de 1916, vigente na época dos fatos, dispunha que, nas declarações de vontade, atender-se-ia mais à sua intenção que ao sentido literal da linguagem. 2. As instâncias ordinárias apuraram que, anteriormente à edição de norma técnica da ABNT (2004) estabelecendo o conceito de "área útil", o que prevalecia, conforme os costumes locais, confundia-se com o de "área privativa", descartada a possibilidade de má-fé por parte da compromissária vendedora. Desse modo, como não havia conceito seguro acerca do que consiste a "área útil", o caso, nos termos dos artigos 126 do Código de Processo Civil e 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, deve ser solucionado de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito. 4. Os artigos 130 a 132 do Código Comercial, que vigiam quando dos fatos, apresentam critérios para interpretação contratual, que reconhecem os usos e costumes locais e privilegiam a boa-fé, dispondo que o "verdadeiro espírito e natureza do contrato, deverá sempre prevalecer à rigorosa e restrita significação das palavras". 5. O acórdão recorrido apurou que "à época da elaboração do contrato não haviam conceitos bem definidos acerca do que realmente poderia ser denominado 'área útil', verifico que não houve, por parte da apelada, má-fé ao descrever a área total (leia-se: privativa) do bem como sendo a 'área útil'. Tal descrição, à época da elaboração do pacto em discussão nesta ação, era absolutamente comum e aceitável nas relações comerciais celebradas tendo como objeto imóveis". 6. Assim, fica límpido que a decisão tomada pelo Tribunal de origem decorreu de fundamentada convicção amparada na análise dos elementos existentes nos autos, de modo que a eventual revisão da decisão recorrida esbarraria no óbice intransponível imposto pela Súmula 7 deste Tribunal. 7. Recurso especial não provido. (BRASIL, 2012).

O julgado parece incorporar a praxe social não como uma fonte normativa autônoma, mas para a compreensão das expectativas legítimas por ocasião da celebração do negócio. Significativamente, a referência à praxe serve para suscitar a análise da categoria jurídica da boa-fé, o que, sob a perspectiva civil-constitucional, se traduz no entendimento de que a praxe social é valorada a partir da legalidade constitucional, por meio de seus elementos normativos que dão abertura para essa entrada.

5 PRINCÍPIOS GERAIS DE DIREITO X PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS: O EXEMPLO DO CHEQUE EMPRESTADO

O último mecanismo de integração previsto pelo art. 4º da LINDB para o caso de omissão da lei são os princípios gerais de direito, entendidos como “enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, quer para a sua aplicação e integração, que para a elaboração de novas normas” (REALE, 2005, p. 300). Sob a perspectiva hermenêutica tradicional, os chamados princípios gerais de direito eram enunciados normativos, extraídos por indução da totalidade do ordenamento, que teriam um papel puramente subsidiário na atividade do intérprete, servindo a colmatar aquelas lacunas que não pudessem ser supridas pelo recurso a outras fontes normativas. Assim, em um trabalho predominantemente doutrinário, observava-se que, em diversas situações, o ordenamento dava soluções similares e, a partir disso, extraía-se daí um princípio geral, que poderia servir a resolver situações semelhantes àquelas que permitiram a construção do princípio, de forma similar ao raciocínio por analogia.

Entretanto, a categoria dos princípios parece padecer de certa ambiguidade (SHECAIRA, 2012, p. 85-90). No movimento amplo por vezes referido por “pós-positivismo”, os princípios assumem relativo protagonismo, substituindo-se a concepção do direito somente como um sistema de regras pela ideia de que o direito é um sistema de regras e princípios (BARROSO, 2006, p. 1-48). Ou seja, os princípios são outra espécie de enunciado normativo, ao lado das regras, e que tem papel relevante na operação do sistema, e não somente subsidiário. A própria definição de princípio parece alterar-se sob essa perspectiva. Tradicionalmente caracterizados apenas por seu grau maior de abstração e generalidade, passou-se a diferenciá-los das regras com base na sua forma de aplicação. Assim, enquanto as regras se aplicam sempre que se façam presentes as condições que elas preveem, salvo se revogadas ou excepcionadas por outras regras, os princípios são

enunciados normativos que não preveem expressamente em que condições eles se aplicam (GÜNTHER, 2004, p. 368).⁵

Assim, enquanto o conflito entre regras é excepcional e acaba por se reconhecer que ou bem uma excepciona a incidência da outra ao menos em parte, ou mesmo uma revoga a outra, afastando sua vigência por completo, a colisão entre princípios é recorrente, pois a indeterminação das hipóteses em que eles incidem permite que, *prima facie*, mais de um princípio seja aplicável à mesma situação. Distingue-se, assim, o contexto de justificação dos princípios (o que lhes dá respaldo para serem reconhecidos como normas daquele ordenamento) do seu contexto de aplicação (o que autoriza sua incidência para a solução daquele caso concreto) (HABERMAS, 1998, p. 217). No caso de colisão entre princípios abre-se procedimento hermenêutico pelo qual, argumentativamente, se colacionam elementos próprios da situação concreta idôneos a justificar que determinado princípio deve prevalecer sobre outro naquele caso. Prevalece entre nós a doutrina que se refere a esse procedimento como “ponderação”, em que pese ser tema controverso, já que o termo pode ser utilizado com maior ou menor amplitude (BARCELLOS, 2005, p. 23).

Reconhecendo a diversidade de acepções da palavra “princípio”, Perlingieri identifica como marca distintiva um parâmetro de avaliação certo (o valor que o princípio determina a realização na maior medida possível), mas cujo nível de satisfação em concreto é incerto (PERLINGIERI, 2005, p. 18). Atribui, especialmente aos princípios de alçada constitucional, não somente um papel de unificação valorativa do ordenamento, mas também a prerrogativa de aplicação direta aos casos concretos (PERLINGIERI, 2008, p. 216). Principalmente, destaca-se que o papel hermenêutico residual ou superior dependerá da condizência do princípio com os valores constitucionais: se ele realmente se limita a generalizar lógica oriunda da legislação ordinária, sua supletividade estará de acordo com a

⁵ Entre nós, sobre o tema, v. GALUPPO, 1999, p. 191-210, e ÁVILA, 2006, *passim*.

hierarquia das fontes, mas se os princípios expressam normas de alçadas constitucionais, restringir sua atuação às omissões da lei significava subverter a preeminência hierárquica dessas normas, “constituindo, assim, uma manifesta disfunção do sistema” (PERLINGIERI, 2008, p. 573).

Exemplo que pode ser aduzido para ilustrar esse ponto diz respeito à legitimação jurídica da prática social de “empréstimo de cheques”: o credor ajuizou ação para haver do emitente formal do cheque o valor previsto, mas admitiu-se processualmente o chamamento do real devedor e foi ele o condenado a pagar, ao argumento de que, embora o art. 15 da L. 7.357/1985 preveja que o emitente é o responsável, “é prática comum na sociedade brasileira o empréstimo de lâminas de cheque a amigos e familiares, como expressão da informalidade e da solidariedade que marcam nosso povo, e que os comportamentos de boa-fé devem ser protegidos e prestigiados pelo Poder Judiciário”. No STJ, entretanto, entendeu-se descabida a aplicação do costume contra a previsão legal, mas cabível a aplicação do princípio da boa-fé – que seria um princípio, mas não um “princípio geral de direito” – para “temperar” a previsão legal, admitindo com isso a condenação de ambos (emitente formal e devedor real) ao pagamento:

Recurso especial. Negativa de prestação jurisdicional. Omissão inexistente. Ação monitória. Julgamento com base no costume e no princípio da boa-fé objetiva. Dispositivo legal expresso. Interpretação. Cheques emprestados a terceiro. Fato incontroverso. Responsabilidade do emitente pelo pagamento. Julgamento: CPC/73. 1. Ação monitória ajuizada em 22/03/2011, da qual foi extraído o presente recurso especial, interposto em 22/09/2015 e atribuído ao gabinete em 25/08/2016. 2. O propósito recursal é dizer sobre a possibilidade de julgamento com base no costume e no princípio da boa-fé, ante a existência de previsão legislativa em sentido diverso, bem como sobre a responsabilidade do emitente pelo pagamento dos cheques por ele emprestados a terceiro. 3. Devidamente analisadas e discutidas as questões de mérito, e suficientemente fundamentado o acórdão recorrido, de modo a esgotar a prestação jurisdicional, não há falar em violação do art. 535, II, do CPC/73. 4. Na ausência de lacuna, não cabe ao julgador se valer de um costume para afastar a aplicação da lei, sob pena de ofensa ao art. 4º da LINDB, conquanto ele possa lhe servir de parâmetro

interpretativo quanto ao sentido e alcance do texto normativo. 5. A boa-fé objetiva é princípio fundamental do ordenamento jurídico, com conteúdo valorativo e nítida força normativa, o qual não se confunde com os princípios gerais do direito, mencionados no art. 4º da LINDB, que têm caráter informativo e universal, e finalidade meramente integrativa, servindo ao preenchimento de eventual lacuna normativa. 6. Na trilha da literalidade indireta, fundada na boa-fé objetiva, é possível admitir a inclusão de terceiro no polo passivo da ação monitória para exigir-lhe o pagamento do cheque, quando ele, inequivocamente, assumiu, perante o beneficiário, a obrigação a que corresponde o título. 8. Do ponto de vista do princípio da abstração, igualmente, a boa-fé objetiva funciona como baliza, de modo a permitir que o beneficiário, com base no negócio jurídico subjacente, do qual participou, exija o pagamento, por meio da ação monitória, do terceiro que, embora não tenha firmado na cártula - seja como emitente, endossante, ou avalista - a obrigação de pagar, a ela está vinculado pela causa que deu origem ao título. 9. A flexibilização das normas de regência, à luz do princípio da boa-fé objetiva, não tem o condão de excluir o dever de garantia do emitente do cheque, previsto no art. 15 da lei 7.357/85, sob pena de se comprometer a segurança na tutela do crédito, pilar fundamental das relações jurídicas desse jaez. 10. Hipótese em que, a despeito da nobre intenção do recorrido, deve ser condenado ao pagamento da quantia inscrita nos cheques por ele emitidos, sem prejuízo de posterior ação de regresso contra o interessado para reaver o valor que eventualmente venha a despende. 11. Recurso especial conhecido e provido. (BRASIL, 2019c)

O cotejo entre a decisão estadual e a federal retoma o debate do item anterior sobre o costume jurídico e revela o sutil imiscuir-se entre a praxe social e sua absorção pelo ordenamento jurídico. Enquanto o julgado estadual reconhece e protege a praxe social, mas fundamenta essa proteção a partir de qualificações que revelam um juízo de valor sobre essa prática – “informalidade”, “solidariedade” e “boa-fé” –, o julgado federal fecha a porta para o costume ao argumento da ausência de omissão legal, mas permite a sua entrada pela janela por meio da referência ao princípio da boa-fé.

Entretanto, mais ilustrativo para o presente ponto é que, ao atribuir à boa-fé o condão de “temperar” a previsão da Lei de cheque, a ministra sustenta que ela é um princípio fundamental do sistema, com força normativa, “o qual não se confunde com os princípios gerais do direito, mencionados no art. 4º da LINDB, que têm caráter

informativo e universal, e finalidade meramente integrativa, servindo ao preenchimento de eventual lacuna normativa”. Constata-se, assim, que sob a perspectiva civil-constitucional, esse raciocínio envolveria a existência de um juízo sobre a alçada do princípio na hierarquia das fontes, a partir do valor que ele representa, de modo a reconhecer no princípio, por conta disso, um papel não subsidiário como mecanismo de integração.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O procedimento hermenêutico preconizado pelo legislador brasileiro no art. 4º da LINDB, que pressupõe o estado de “omissão da lei” para que o intérprete recorra aos mecanismos integrativos da analogia, dos costumes e dos princípios gerais de direito, parece conflitar com o modelo teórico do chamado “direito civil-constitucional”, conforme preconizado pelo jurista italiano Pietro Pelingieri.

Como premissa, no modelo perlingeriano não parece ter lugar uma rigorosa diferenciação no procedimento hermenêutico cabível no cenário de “omissão da lei”, normalmente associado à ideia de lacuna, que autoriza o recurso ordenado aos mecanismos de integração, e os demais cenários, visto que se preconiza que sempre o intérprete deve recorrer à totalidade do sistema para a individualização da normativa aplicável ao caso concreto.

No tocante à analogia, sob a metodologia civil-constitucional, por se partir da ideia de que não existem dois casos iguais, ela não configura meio de integração de aplicação subsidiária, restrito à omissão da lei, como preconiza a LINDB, mas aspecto elementar de qualquer procedimento hermenêutico à luz do sistema de direito, que conjuga a variedade de elementos existentes no ordenamento em um processo dinâmico e complexo.

A metodologia civil-constitucional também relativiza a tradicional categorização dos costumes jurídicos. Ao demandar a

reinserção da praxe no âmbito do restante das normas do sistema, parte do pressuposto de que o costume sempre acaba atuando *secundum legem*, na medida em que se apresenta como fonte integradora legitimada pelo próprio ordenamento formal.

Por fim, quanto aos princípios, Perlingieri destaca ser inadmissível lhes atribuir papel hermenêutico residual – como preconiza o dispositivo da LINDB ao se referir a “princípios gerais de direito” – quando expressem normas de alçada constitucional, pois isso implicaria restringir sua atuação às omissões da lei e subverter a preeminência hierárquica dessas normas.

Data de Submissão: 23/03/2021

Data de Aprovação: 10/03/2022

Processo de Avaliação: *double blind peer review*

Editor Geral: Jailton Macena de Araújo

Editor de Área: Alana Ramos Araújo

Assistente Editorial: Iasmin Madeiro Cordeiro

REFERÊNCIAS

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Introdução à ciência do direito*, 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*, 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. *Quaestio Iuris*, vol. 2, n. 1. Rio de Janeiro, 2006, pp 1-48.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*, 10. ed. Brasília: UNB, 1997.

BRASIL, STJ, 4ª T., REsp 1015379/ES, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julg. 16/02/2012, publ. DJe 12/03/2012.

BRASIL. STJ, 3ª T, REsp 1693718/RJ, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, julg. 26/03/2019, publ. DJe 04/04/2019. (2019a)

BRASIL. STJ, 3ª T., REsp 1707405/SP, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Rel. p/ acórdão Min. Moura Ribeiro, julg. 07/05/2019, publ. DJe 10/06/2019. (2019b)

BRASIL. STJ, 3ª T., REsp 1787274/MS, Rel. Min. Nancy Andrighi, julg. 23/04/2019, publ. DJe 26/04/2019. (2019c)

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. *Teoria do direito e decisão racional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*, 10. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2008.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*, 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

GALUPPO, M. C. Os princípios jurídicos no Estado Democrático de Direito: ensaio sobre o modo de sua aplicação. *Revista de Informação Legislativa*, n. 143, jul.-set. 1999, p. 191-210.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Análise da lei de introdução ao código civil: sua função no ordenamento jurídico e, em especial, no processo civil. *Revista de processo*, vol. 37. São Paulo: jan.-mar./1985, p. 7-30.

GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*, trad. Cláudio Molz. São Paulo: Landy Editora, 2004.

HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy*, Cambridge: MIT Press, 1998.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*, 4. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2005.

PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di diritto civile*, 4. ed. Napoli: ESI, 2005.

PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

RAMOS, André Luiz Arnt. Ensaio de uma (auto)crítica: o direito civil contemporâneo entre a tábua axiológica constitucional e a constituição prospectiva. *Pensar*, Fortaleza, v. 23, n. 4, p. 1-9, out./dez. 2018.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*, 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

SHECAIRA, Fábio Perin. “Quando a lei for omissa...” Sobre a controvertida noção de princípio geral de direito. *Direito, Estado e Sociedade*, n. 40. Rio de Janeiro: jan.-jun./2012, p. 85-90.

TEPEDINO, Gustavo. Ativismo judicial e construção do direito civil: entre dogmática e práxis. *Revista Novos Estudos Jurídicos*, vol. 24, n. 1, jan.-abr. 2019, p. 22-52.

Legal Gaps And Mechanisms Of Integration Under The Civil-Constitutional Perspective: Analysis Of Decisions Of The Brazilian Superior Court Of Justice

Carlos Nelson Konder

Abstract: The problem that is the object of the article is the contrast between the hermeneutic procedure recommended by article 4 of the Law of introduction to the norms of Brazilian law (LINDB), which provides that in case of omission of the law, one must resort to analogy, customs and general principles of law, and the civil-constitutional methodology, as originally advocated by the Italian legal scholar Pietro Perlingieri. This analysis is justified by the practical relevance of the mechanisms of integration in hermeneutic activity. The objective of verifying eventual incompatibilities between the legal regime and the indicated method has been accomplished with the methodology of presenting recent decisions of the Superior Court of Justice in which the legal provision was expressly invoked, selected because they are considered illustrative of the application of the mechanisms integration to civil law issues. The results obtained are indicative of the contrast between the assumptions assumed by the legislator and those based on the civil-constitutional methodology.

Keywords: Civil-constitutional law. Interpretation. Analogy. Customs. General principles of law.

DOI: <https://doi.org/10.22478/ufpb.1678-2593.2022v21n47.58600>

Conteúdo sob licença *Creative Commons*: [Attribution-NonCommercial-NoDerivative 4.0 International](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/) (CC BY-NC-ND 4.0)

