

Boletim Científico

Escola Superior do Ministério Público da União

VALIDADE E EFICÁCIA DAS NORMAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO – A REVOGAÇÃO PELO COSTUME: DESUSO E COSTUME NEGATIVO EM FACE DA PAUTA INTERPRETATIVA DA PROPORCIONALIDADE

*Gustavo de Carvalho Guadanhin**

Sumário: 1 Introdução. 2 Fontes formais e fontes materiais. 3 Definição do conceito de costume e determinação de seus elementos constitutivos. 4 Fundamento do costume como fonte formal de direito. 5 Hierarquia entre fontes de direito. 6 Ordenamento jurídico como sistema dinâmico de normas. 7 Coerência do ordenamento jurídico e costume *contra legem*. 8 O costume *contra legem* em face do ordenamento jurídico brasileiro. 9 O descompasso entre a lei escrita e as transformações sociais. 10 O conteúdo da pauta interpretativa da proporcionalidade. 11 A interpretação. 12 Limitação do conteúdo de uma atividade interpretativa. 13 A proporcionalidade de uma norma em face de um *mínimo de eficácia*. 14 Conclusão.

1 Introdução

Um ordenamento jurídico dinâmico pressupõe o surgimento sucessivo de normas que freqüentemente entram em conflito, restando saber qual está *apta* para regular relações jurídicas. A aptidão para regê-las deverá indagar não só a *validade*, mas também a *eficácia* das normas questionadas.

Nesse sentido é que será tratado o problema em face do costume: a) seja para verificar se ele pode revogar uma norma contida em uma lei escrita; b) seja para considerar a aplicabilidade – e seus fundamentos – de uma norma cuja eficácia social é questionada.

2 Fontes formais e fontes materiais

Não se pode ignorar, nesse ponto, a distinção operada entre *fontes formais* e *fontes materiais* do direito. Nestas há uma pesquisa filosófica ou sociológica dos motivos éticos ou dos fatos econômicos que condicionam o aparecimento e as transformações das regras de direito; ao passo que aquelas seriam os processos ou os meios pelos quais normas jurídicas se positivam com legítima força obrigatória¹, ou seja, fontes formais são instrumentos introdutórios de normas jurídicas em um dado ordenamento. Dessa forma, o que se propõe a desenvolver é a determinação do costume como fonte formal do direito no ordenamento jurídico brasileiro.

* Gustavo de Carvalho Guadanhin é graduando em Direito pela Universidade de São Paulo.

¹ Reale, M. *Lições preliminares de direito*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 140.

3 Definição do conceito de costume e determinação de seus elementos constitutivos

Mas o que é o costume e quais são seus elementos constitutivos? De longa data é a tentativa de uma definição. Justiniano já dizia que o uso diuturno de um costume teria a mesma força de uma lei².

Bem colocada é a definição dada por Vicente Ráo³, pela qual o costume é uma “regra de conduta criada espontaneamente pela consciência comum do povo, que a observa por modo constante e uniforme e sob a convicção de corresponder a uma necessidade jurídica”.

Por ela é possível perceber que, por ser o costume um elemento de introdução de normas menos estável que a lei, cuidados devem ser tomados para seu reconhecimento, de modo que não abale a segurança jurídica das relações sociais.

Assim, dessa definição, podem-se retirar dois elementos constitutivos⁴: 1) um externo (material ou de fato), que é o *uso* (ou prática), que deve ser (a) uniforme, pressupondo reiterada repetição da mesma prática para que seja possível a extração de uma norma jurídica segura, (b) constante, ou seja, não-interrompido, pois as normas jurídicas não possuem vigência alternada, (c) público, obrigando a todos e sendo por todos conhecido, e (d) geral, atingindo a todos; e 2) um interno (elemento psicológico), a *opinio iuris et necessitatis*, que consiste na convicção de que a observância da norma costumeira corresponde a uma necessidade jurídica, disso resultando sua obrigatoriedade.

Questão de difícil solução é a que se apresenta com relação ao tempo em que ele é observado, pois ao lado daqueles cuja prática é imemorial (*longa consuetudo*), há aqueles de prática relativamente recente (*diuturni mores*). Por isso, F. C. Savigny⁵ pondera que, não sendo possível atribuir a origem dos costumes a um fato exterior determinado e preciso, também não se pode remontar a uma época determinada seu início, uma vez que seu desenvolvimento ocorre de maneira invisível. Portanto, não resta ao juiz, senão, considerar a natureza do fato, as circunstâncias do caso, e verificar a presença dos requisitos supracitados⁶.

4 Fundamento do costume como fonte formal de direito

É possível identificar três correntes doutrinárias que justificam costume como fonte de direito⁷: a) a doutrina *romano-canônica*, que reduz o costume à lei, pois possuem o mesmo fundamento de juridicidade, qual seja, a vontade do povo, com a diferença de ser expresso ou tácito o modo de expressão dessa vontade; b) a *doutrina moderna*, que situa o

² Inst., 1, 2, 9, *in verbis*: “ex non scripto ius venit, quod usus comprobavit. Nam diuturni mores consensu utentium comprobati legem imitantur”.

³ *O direito e a vida dos direitos*. São Paulo: Max Limonad, 1960. v. 1, t. 1, p. 287.

⁴ RÁO, Vicente. *O direito* cit. (nota 3 supra), p. 288-289.

⁵ *System des heutigen roemischen Rechts*. v.1 [Trad. fr. M. Ch. Guenoux. *Traité de droit romain*. Paris: Firmin Didot Frères, 1855. v. 1, p. 32-33].

⁶ VINAGRE, M. Costume – forma de expressão do direito positivo. *Revista de Informação Legislativa*, 99, p. 112, 1988.

⁷ BOBBIO, N. *O positivismo jurídico*: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995. p. 166-168.

fundamento de validade das normas consuetudinárias na sua adoção pelo Poder Judiciário; e c) a *doutrina da escola histórica*, a única que situa a validade das normas no próprio costume, ou seja, na convicção jurídica popular, no sentimento inato de justiça do povo.

Como nota N. Bobbio⁸, esta última corrente não é seguida, e as outras duas, apesar de imperfeitas, são preferidas pelos juristas (a moderna, por exemplo, não conseguiria explicar a existência de costumes onde não existem juízes que os acolham). Mas o juiz não cria o costume, apenas o reconhece. Isso porque ele preexiste, está *pressuposto* em uma dada sociedade como norma jurídica.

Ora, tomando-se o termo *direito positivo* numa significação mais ampla (ou seja, não se referindo apenas àquele que surge com o Estado Moderno), não é difícil caracterizá-lo como expressão das forças produtivas existentes e que a totalidade das relações de produção, que constituem a estrutura econômica da sociedade, é a base real sobre a qual se ergue uma superestrutura jurídica e política que corresponde às formas de consciência social determinadas⁹. Por isso, as transformações ocorridas na base econômica alteram a superestrutura sobre ela construída. O direito é, portanto, uma instância de um todo complexo, resultante da interação com as demais instâncias¹⁰. Mas não é só isso, a forma jurídica está contida na base econômica, como *pressuposto* interior à sociedade civil, que a transcende enquanto *posta* pelo Estado ou pela autoridade historicamente competente como direito positivo. Esse fato faz com que o legislador não tenha sempre toda liberdade para criar, visto que o direito pressuposto é um produto cultural que difere de sociedade para sociedade¹¹. Essa é a relação que se toma das fontes formais e fontes materiais do direito.

5 Hierarquia entre fontes de direito

Essa discussão não pode vir desvinculada da preponderância de uma espécie de *fonte de direito* em cada época e de sua função na atual sociedade capitalista. São as relações históricas observadas entre o costume e a lei.

É possível imaginar três situações¹²: a) o costume superior à lei, caso em que se torna difícil encontrar exemplos satisfatórios, mas o certo é que seria admitido o *consuetudo contra legem* e negada a *lex contra consuetudinem*; b) equiparação entre costume e lei, cuja conseqüência é a possibilidade de ab-rogação recíproca, como realmente houve no direito canônico¹³; e c) o costume é inferior à lei, que é a postura teorizada pelo positivismo jurídico a partir da formação do Estado Moderno.

⁸ *O positivismo* cit. (nota 7 supra), p. 168.

⁹ GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002. p. 44-45.

¹⁰ GRAU, E. R. *O direito* cit. (nota 9 supra), p. 57-58.

¹¹ GRAU, E. R. *O direito* cit. (nota 9 supra), p. 61-62.

¹² BOBBIO, N. *O positivismo* cit. (nota 7 supra), p. 168-171.

¹³ *O Codex Iuris Canonici* é rico nessa parte de confronto entre costumes e leis, destacando-se os seguintes cânones: "Cân. 5, § 1º – Os costumes, universais ou particulares, vigentes até o presente contra as prescrições destes cânones e que são reprovados pelos próprios cânones deste Código, estão completamente supressos e não se

Uma sociedade primitiva, com baixo grau de complexidade e na qual as mudanças não eram tão perceptíveis, as regras de convivência eram poucas e conhecidas por seus destinatários. Não se pode negar, nesse ponto, a importância dos costumes como instrumento introdutor de normas tanto nas relações internas dos grupos como nas relações externas com outros grupos que possuíam regramentos internos diversos¹⁴.

Essa complexidade aumentou na evolução humana até a sociedade capitalista, que propiciou maior interação entre os grupos e o surgimento de questões mais complexas e específicas, necessitando-se de meios eficazes e rápidos de regramentos uniformes, o que só seria possível mediante órgãos centralizados e o desenvolvimento do conceito de soberania, que veio consolidar-se no Estado Moderno.

deixem reviver no futuro; os outros também são considerados supressos, a não ser que outra coisa seja expressamente determinada pelo Código, ou sejam centenários ou imemoriais, os quais podem ser tolerados se, a juízo do Ordinário, em razão de circunstâncias locais e pessoais, não possam ser supressos.

§ 2º – São mantidos os costumes à margem do direito e vigentes até agora, quer universais, quer particulares.

[...]

Cân. 23 – Tem força de lei somente o costume introduzido por uma comunidade de fiéis, que tenha sido aprovada pelo legislador, de acordo com os cânones seguintes.

Cân. 24, § 1º – Nenhum costume contrário ao direito divino pode alcançar força de lei.

§ 2º – Também não pode alcançar força de lei o costume contra ou à margem do direito canônico, se não for razoável; mas o costume que é expressamente reprovado pelo direito não é razoável.

Cân. 25 – Nenhum costume alcança força de lei se não tiver sido observado, com intenção de introduzir norma jurídica, por uma comunidade capaz, ao menos, de receber leis.

Cân. 26 – A não ser que tenha sido especialmente aprovado pelo legislador competente, um costume contrário ao direito vigente, ou que está à margem da lei canônica, só alcança força de lei, se tiver sido observado legitimamente por trinta anos contínuos e completos; mas, contra uma lei canônica que contenha uma cláusula proibindo costumes futuros, só pode prevalecer um costume centenário ou imemorial.

Cân. 27 – O costume é o melhor intérprete da lei.

Cân. 28 – Salva a prescrição do cân. 5, o costume contra ou à margem da lei é revogado por um costume ou lei contrários; mas, se não fizer expressa menção deles, uma lei não revoga costumes centenários ou imemoriais, nem a lei universal, costumes particulares”.

¹⁴ Pode-se fazer um bom paralelo com o desenvolvimento do Direito Internacional Público. A ausência de um processo centralizado de produção de normas impede a existência de uma hierarquia de fontes, atuando os costumes como importante fonte do direito nas relações interestatais (DINH, N. Q.; DAILLIER, P.; PELLET, A. *Direito internacional público*. Trad. port. de V. M. Coelho [*Droit international public*. 1992]. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1999. p. 104-105). É o que se pode notar da leitura do art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, parte integrante da Carta das Nações Unidas.

A passagem da visão de coexistência pacífica para a de cooperação se deu pelo rápido desenvolvimento dos meios de transportes e de comunicações, bem como a necessidade de frear o expansionismo bélico e econômico de países em detrimento da autodeterminação de outros faz com que o número de tratados aumente cada vez mais, sendo famosos os trabalhos de codificação dos costumes internacionais pela Comissão de Direito Internacional da Organização das Nações Unidas e pela Comissão das Nações Unidas para o Direito do Comércio Internacional (Uncitral).

Atualmente, a criação de inúmeras Organizações Intergovernamentais (a maioria relacionada com uma matéria específica) estabelece uma tendência de harmonização de legislações com edição de regras a serem cumpridas, mesmo que os mecanismos de coerção internacional ainda não sejam tão eficazes (talvez o único exemplo de sucesso seja a Organização Mundial do Comércio).

A interação internacional tem atingido grau de maior desenvolvimento nas organizações regionais (impulsionadas mormente pelas perspectivas de vantagens econômicas), não sendo possível deixar de mencionar a experiência européia com a criação de órgãos supranacionais que emitem regras de competência própria e com um Tribunal para efetivar a aplicação do chamado *direito comunitário*.

Essas observações ressaltam a passagem cada vez mais rápida do direito não-escrito para o direito escrito, no momento em que os costumes não mais dão conta da regulamentação da vida internacional. É um exemplo atual e perceptível daquilo que ocorreu com os ordenamentos internos de cada Estado.

A sucessão histórica mostra que a *luta de classes* só tem sentido dentro do *status* que o direito defere a cada oponente, cujo principal pressuposto é a *propriedade*. O modo de produção capitalista, portanto, caracteriza-se pelo intercâmbio da força de trabalho com o conjunto dos bens socialmente produzidos. Nesse sentido é que a propriedade adquire importância e precisa ser protegida juridicamente. Por isso, a sociedade capitalista é essencialmente jurídica e necessita do aparato criado com o Estado Moderno.

Nesse momento, os imperativos de segurança jurídica não permitem que se deixe ao costume grande parcela do regramento social, surgindo a *lei* como principal instrumento introdutor de normas jurídicas. O advento do modelo liberal de Estado e direito (universalista) tenta abolir o costume ou, ao menos, relegá-lo à função de fonte secundária. O Estado Social foi construído com uma perspectiva antitradicional e anticostumeira, sobrevivendo o costume apenas por meio de algumas decisões judiciais¹⁵.

Não resta dúvida que a existência de centros normativos faz com que o direito positivo seja a principal *fonte formal*, assumindo a lei uma primazia em relação aos costumes, e a positivação, como um processo, perfaz a institucionalização da mutabilidade das normas de acordo com a base real sobre a qual se institui o direito¹⁶.

6 Ordenamento jurídico como sistema dinâmico de normas

Marco do positivismo jurídico, a noção de *ordenamento jurídico* como um *sistema* é própria do Estado Moderno (centralização normativa e supremacia da lei sobre outras fontes do direito) e representa um complexo composto por um *repertório* (conjunto de elementos normativos e não-normativos) e por uma *estrutura* (conjunto de regras que determinam as relações entre os elementos do repertório)¹⁷.

Se o Estado deve representar o povo, tem como tarefa traduzir em formas lógicas a intuição popular para captar as necessidades individuais e coletivas para a criação de normas¹⁸. No entanto, como a lei nunca conseguiu abrigar todas as necessidades sociais

¹⁵ LOPES, J. R. L. Costume – redemocratização, pluralismo e novos direitos. *Revista de Informação Legislativa*, 130, p. 71 e 73, 1996.

¹⁶ Atualmente, percebe-se que o Estado, que na definição de D. A. Dallari (*Elementos de teoria geral do Estado*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 118) é a “ordem jurídica soberana que tem por fim o bem comum de um povo situado em determinado território”, já não mais atende aos fluxos da sociedade capitalista. A relativização do princípio da soberania levou à perda de poder normativo exclusivo dos Estados, fazendo com que novos centros normativos surgissem na determinação do direito, como os organismos multilaterais, as instituições financeiras internacionais e os conglomerados transnacionais. É possível, assim, segundo J. E. Faria (*O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros Editores, 1999, p. 154), a enumeração de seis principais modos de poder existentes na vida social: a) doméstico, formado pelas relações de parentesco; b) produção (salário/emprego – direito da produção), composto pelas relações industriais, comerciais, financeiras e trabalhistas no âmbito do sistema econômico; c) mercado (capacidade aquisitiva – direito de trocas), constituído pelas relações de distribuição e consumo de mercadorias e serviços; d) comunitário (diferenciação desigual – direito comunitário), integrado pelas relações de vizinhança, associativas ou religiosas; e) cidadania (dominação – direito estatal), composto pelas relações entre os cidadãos e o Estado na esfera pública; e f) mundialidade (trocas desiguais – direito sistêmico), formado pelas relações econômicas e políticas em nível internacional, determinadas em função da posição de cada Estado.

¹⁷ FERRAZ JÚNIOR, T. S. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994. p. 175.

¹⁸ RÁO, V. *O direito cit.* (nota 3 supra), p. 277.

(e hoje, como demonstrado, essa aptidão é ainda menor), métodos de integração do sistema foram desenvolvidos e aceitos, entre eles o costume. O que importa notar é que, na coexistência de direito costumeiro e legislativo¹⁹, precisa aquele do reconhecimento deste para que sua obrigatoriedade fique assegurada.

Em face desse reconhecimento é que se faz uma tripartição na classificação dos costumes em: a) *praeter legem*, ao revestir caráter supletivo ante a falta ou omissão da lei; b) *secundum legem*, na hipótese de seu regramento ser reconhecido pela lei; e c) *contra legem*, no momento em que há a criação de uma norma contrária à da lei (costume negativo) ou produz a desaplicação da norma legal (desuso).

Se as duas primeiras estão relacionadas com a *completude do sistema*, ou seja, a propriedade pela qual um ordenamento jurídico tem uma norma para regular cada caso, não se admitindo lacunas nem a falta de respostas perante uma questão apresentada (*non liquet*)²⁰; a terceira está diretamente relacionada com a *coerência do ordenamento jurídico*, i. e., tomado um ordenamento jurídico como um sistema dinâmico e complexo, com uma pluralidade de fontes e um critério de enquadramento puramente formal (a obrigatoriedade de uma norma deriva da obrigatoriedade de outra imediatamente superior), é possível a existência de duas normas conflitantes dentro do mesmo grau de hierarquia, o que deve ser repellido, pois o ordenamento coerente não pode tolerar antinomias²¹.

7 Coerência do ordenamento jurídico e costume *contra legem*

Se o problema da completude do direito não apresenta maiores problemas, o mesmo não se pode dizer da coerência.

Por isso, admitindo-se que a estrutura de uma norma é, *necessariamente*, a mesma, independentemente de sua fonte de revelação²², tem-se que, em um sistema dinâmico, normas deixem de valer. Essa ordenação se faz por meio de duas regras estruturais²³: 1) a revogação, que significa a perda de validade de uma regra ao ser confrontada com outra, que lhe retira a vigência, podendo ser operada de modo expresso ou tácito (caso de incompatibilidade de conteúdo); e 2) a perda da validade por ineficácia.

O problema da revogação é resolvido por três normas específicas: a) *lex superior* (prevalecendo o critério da hierarquia de normas); b) *lex posterior* (prevalecendo o critério temporal e da atualidade); e c) *lex specialis* (prevalecendo o critério da especialidade no caso de norma geral posterior a norma especial sobre uma mesma matéria).

¹⁹ L. Josserand (*Cours de droit civil positif français*. 3. ed. Paris: Recueil Sirey, 1938. v. 1, p. 76-77) faz alusão a um argumento que teria surgido na França de que, nos termos da Constituição, é ao Poder Legislativo que incumbe a missão de criar o direito, exclusivamente, eliminando a possibilidade de revelação direta e espontânea do direito. Mas, em seguida, refuta-o afirmando que uma comunidade social nunca abdicará sua consciência jurídica e que o costume constitui uma das principais forças do direito comercial, afastando a idéia de radicalismo positivista.

²⁰ BOBBIO, N. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. port. M. C. C. L. Santos [*Teoria dell'ordinamento giuridico*. 1982]. 10. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997. p. 115-119.

²¹ BOBBIO, N. *Teoria* cit. (nota 20 supra), p. 71-74 e 81.

²² Tanto que C. Bevilacqua (*Theoria geral do direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1946. p. 27) define o costume jurídico como a "observância constante de uma norma jurídica não baseada em lei escripta".

²³ FERRAZ JÚNIOR, T. S. *Introdução* cit. (nota 17 supra), p. 202-204.

Com relação à perda da validade por ineficácia, tem-se, em primeiro lugar, que afirmar que esses conceitos não se confundem. H. Kelsen afirma que a eficácia é uma condição da validade, mas não é esta mesma validade, pois uma ordem jurídica ou uma norma podem ser relativamente ineficazes e ser consideradas válidas, e uma norma absolutamente eficaz pode não ser válida por nem ser considerada norma. Assim, se na análise da vigência não pode ser abstraída a realidade, não se pode identificar esses dois conceitos²⁴. Seria possível, portanto, concluir que para ser válida é preciso que a norma tenha a *possibilidade* de ser eficaz, pois uma norma que determina o impossível não teria validade por não poder ser, desde o início, eficaz²⁵.

Partindo-se desse ponto, podem ocorrer três situações distintas de perda da validade pela ineficácia. A primeira delas é a *caducidade*, ou seja, a superveniência de uma situação (circunstancial ou temporal) prevista na própria norma que a torna inválida a partir de sua ocorrência. É o caso, por exemplo, de uma norma editada para valer ante uma calamidade pública ou por um determinado período (como as normas de transição). A segunda situação é o *desuso*, que está relacionado com o comportamento dos destinatários da norma, que não a cumprem porque, diante de uma nova situação, não se sentem mais obrigados a fazê-lo. Finalmente, tem-se o *costume negativo*, ou seja, omissões que ocorrem diante de fatos que seriam condição de aplicação da norma.

O costume *contra legem*, portanto, encontra seu problema centrado (i) no desuso e (ii) no costume negativo como regras estruturais de resolução de antinomias por perda da eficácia de uma regra jurídica. Nesse ponto, convém traçar melhores diferenças entre as duas categorias.

T. S. Ferraz Júnior, baseado na teoria pragmática do direito, transportando conceitos lingüísticos para as normas, oferece a seguinte explicação, *in verbis*²⁶:

“Por outro lado, a distinção e a conexão entre o sentido pragmático e semântico da efetividade nos permite configurar dois conceitos importantes da teoria jurídica: *desuso* e *costume negativo*. Assim, se uma norma é sinteticamente eficaz, mas é semanticamente inefetiva (é, de fato, regularmente desobedecida), falamos em inefetividade pragmática no sentido de *desuso* ou *desuetudo*, ou seja, omissões que ocorrem diante de fatos que constituem condição para a aplicação da norma. Se, por sua vez, uma norma é sinteticamente ineficaz e é também desobedecida regularmente (semanticamente inefetiva), falamos em inefetividade pragmática no sentido de *costume negativo*, ou seja, omissões que se dão, porque os fatos que seriam condição para a aplicação da norma não ocorrem. Ora, uma norma que entra em desuso não *perde* a sua eficácia, a qual *não existia* no caso de costume negativo. A distinção é importante, se vemos o discurso normativo como instrumento de controle de comportamento. É intuitivo que o sujeito que, numa discussão jurídica, alega costume negativo apresenta,

²⁴ KELSEN, H. *Teoria pura do direito*. Trad. port. J. B. Machado [*Reine Rechtslehre*, 1960]. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 238.

²⁵ KELSEN, H. *Teoria geral das normas*. Trad. port. J. F. Duarte [*Allgemeine Theorie der Normen*]. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1986. p. 178-179.

²⁶ FERRAZ JÚNIOR, T. S. *Teoria da norma jurídica*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 120-121.

perante o editor, um argumento mais forte que o que alega *desuetudo*, tendo em vista a não-exigibilidade do comportamento. Assim, a própria doutrina (que nasceu no Estado moderno e nele aprendeu a ver a preponderância do direito legislado sobre o costumeiro) se nega, de princípio, o caráter ab-rogatório da lei pelo costume, vacila nos casos em que mudaram as circunstâncias previstas pelo legislador (Geny-Méthode-440-II, Du Pasquier-50). Independentemente do problema da ab-rogação ou da derrogação, podemos reconhecer que só a obediência regular não define a efetividade jurídica (no sentido pragmático) da norma, mas pode afetá-la, aumentando-lhe (ou diminuindo-lhe, no caso de desobediência) a força argumentativa, permitindo uma graduação. Podemos, então, concluir que, no caso de *desuetudo*, a norma que não foi revogada por outra norma mantém a sua eficácia, sendo, pois, aplicável; no caso de *costume negativo*, a norma não foi revogada, mas, sendo ineficaz, não pode ser aplicada”.

Haveria, então, possibilidade de se reconhecer a força revogatória de um costume *contra legem*? Qual a posição do direito brasileiro em face dessa questão?

8 O costume *contra legem* em face do ordenamento jurídico brasileiro

Se no período em que eram vigentes as Ordenações Filipinas o costume era reconhecido como fonte do direito²⁷, a lei da “Boa Razão”, de 18 de agosto de 1769, diante de abusos que estavam sendo cometidos por conta disso, veio estabelecer requisitos para que fossem reconhecidos os costumes: a) conformidade com a boa razão, que deve constituir o espírito das leis; b) não ser contrário a lei alguma; e c) ter mais de cem anos²⁸. Fica claro

²⁷ Ord. 3, 64, *in verbis*:

“Como se julgarão os casos, que não forem determinados por as Ordenações

Quando algum caso fôr trazido em pratica, que seja determinado per alguma Lei de nossos Reinos, ou stylo de nossa Côrte, ou costume em os ditos Reinos, ou em cada huma parte delles longamente usado, e tal, que por Direito se deva guardar, seja per elles julgado, sem embargo do que as Leis Imperiaes acerca do dito caso em outra maneira dispoem; porque onde a Lei, stylo, ou costume de nossos Reinos dispoem, cessem todas as outras Leis, e Direito.

E quando o caso, de que se trata não fôr determinado por Lei, stylo, ou costume de nossos Reinos, mandamos que seja julgado sendo materia, que traga peccado, per os sagrados Cânones.

E sendo materia, que não traga peccado, seja julgado pelas Leis Imperiaes, posto que os sagrados Cânones determinem o contrario.

As quaes Leis Imperiaes mandamos, somente guardar pola boa razão em que são fundadas.

1. E se o caso, de que se trata em pratica, não fôr determinado por Lei de nossos Reinos, stylo, ou costume acima dito, ou Leis Imperiaes, ou pelos sagrados Cânones, então mandamos que se guardem as Glosas de Accursio, incorporadas nas ditas Leis, quando por commum opinião dos Doutores não forem reprovadas; e quando pelas ditas Glosas o caso não fôr determinado, se guarde a opinião de Bartolo, por que sua opinião commumente he mais conforme á razão, sem embargo que alguns Doutores tivessem o contrario; salvo, se a commum opinião dos Doutores, que depois delle screveram, for contraria.

2. E acontecendo caso, ao qual por nenhum dos ditos modos fosse provido, mandamos que o notifiquem a Nós, para o determinarmos; porque não sómente taes determinações são desembargo daquelle feito que se trata, mas são Leis para desembargarem outros semelhantes.

3. E sendo o caso, de que se trata tal, que não seja materia de peccado, e não fosse determinado per Lei do Reino, nem stylo de nossa Côrte, nem costume de nossos Reinos, nem Lei Imperial, e fosse determinado pelos textos dos Cânones per hum modo, e per as Glosas e Doutores das Leis por outro modo, mandamos que tal caso seja remetido a Nós, para darmos sobre isso nossa determinação, a qual se guardará”.

²⁸ O texto, *in verbis*:

“14. *Item*: Porque a mesma Ordenação e o mesmo preambulo della, na parte em que mandou observar os *estyllos da Côrte*, e os *costumes* destes Reinos, se tem tomado por outro nocivo pretexto para se fraudarem as minhas Leis;

aqui o reconhecimento apenas dos costumes *praeter legem* e *secundum legem*. Há notícia²⁹ de que apenas o Alvará de 4 de julho de 1789 reconheceu que o desuso podia revogar a lei.

O Código Comercial de 1850 reconhece a existência de costumes jurídicos³⁰, e o Regulamento 738, de 25 de novembro de 1850, em seus arts. 25 e 26, estabelece que eles devem:

“(a) serem conformes aos são princípios da bôa fé e maximas commerciaes e geralmente praticados entre os comerciantes do lugar, onde se acharem estabelecidos, (b) não serem contrarias a nenhuma disposição do Codigo Commercial ou lei depois delle publicada e (c) ter mais de 50 anos; sendo de competência das Juntas Comerciais tomar assento sobre esses costumes”.

Nenhum dos projetos de Código Civil, com exceção do *Esboço*, de Teixeira de Freitas, se ocupou da matéria, fazendo menção de que uma lei somente se revogaria por outra, referindo-se ao costume como forma supletiva³¹. Essa foi a posição tomada pelo Código Civil de 1916³² e pela Lei de Introdução que o seguiu³³. O atual Código Civil de 2002³⁴ também assim o entende. Dos Projetos de Lei de Introdução oferecidos, apenas o Projeto Valladolid (Lei Geral de Aplicação das Normas Jurídicas), previu a possibilidade de revogação pelo costume³⁵, se assim fosse confirmado pela jurisprudência. O atual Projeto n. 4.905/95 não repete o mesmo mandamento³⁶.

coabrindo-se as transgressões dellas, ou com as doutrinas especulativas e praticas dos differentes Doutores; ou com certidões vagas extrahidas de alguns Auditorios.

Declaro, que os *estyllos da Côrte* devem ser sómente os que se acharem estabelecidos, e aprovados pelos sobreditos *Assentos* na Casa da Supplicação; e que o *costume* deve ser sómente o que a mesma Lei qualifica nas palavras – *longamente usado, e tal, que por direito se deva guardar*: – cujas palavras mando; que sejam sempre entendidas no sentido de correrem copulativamente a favor do costume, de que se tratar, os trez essenciaes requisitos: de ser conforme as mesmas bôas razões, que deixo determinado que constituem o espirito de minhas Leis: de não ser a ellas contrario em cousa alguma, e de ser tão antigo, que exceda o tempo de cem annos.

Todos os outros pretensos costumes, nos quaes não concorrem copulativamente todos estes trez requisitos, reprovo, e declaro por corruptellas, e abusos: prohibindo que se alleguem, ou por elles se julgue, debaixo das mesmas penas acima determinadas, não obstante todas, e quaisquer disposições, ou opiniões de Doutores, que sejam em contrario.

E reprovando como dolosa a supposição notoriamente falsa, de que os Principes Soberanos são ou podem ser sempre, informados de tudo o que passa nos fôros contenciosos em transgressão das suas Leis, para com esta supposição se pretextar a outra igualmente errada, que se presume pelo lapso do tempo o consentimento, e a aprovação, que nunca se estendem ao que se ignora; sendo muito mais natural a présumpção, de que os sobreditos Príncipes castigarão antes os transgressores das suas Leis, se houvessem sido informados das transgressões dellas nos casos occorrentes”.

²⁹ BEVILAGUA, C. *Theoria* cit. (nota 22 supra), p. 35.

³⁰ V. a redação dos arts. 129, 2; 130, *caput*; 131, 4; 169, 2; 234, *caput*, da parte revogada pelo Código Civil de 2002. E arts. 673, 3, e 742, I, da parte ainda em vigor.

³¹ BEVILAGUA, C. *Theoria* cit. (nota 22 supra), p. 38.

³² V. a redação dos arts. 395, III; 588, § 2º; 1.192, II; 1.215; 1.218; 1.219; 1.221, *caput*; 1.226, III; 1.242 e 1.569, I.

³³ “Art. 4º A lei só se revoga, ou deroga por outra lei; mas a disposição especial não revoga a geral, nem a geral revoga a especial, sinão quando a ella, ou ao seu assumpto, se referir, alterando-a explicita ou implicitamente.”

³⁴ V. a redação dos arts. 432; 569, II; 596; 597; 599, *caput*; 615; 965, I, e 1.297, § 1º.

³⁵ “Art. 4º A lei se revoga, no todo ou em parte, de forma expressa ou tácita, por lei posterior e por força do costume ou desuso, geral e contínuo, confirmado pela jurisprudência assente.”

³⁶ “Art. 1º *Vigência da Lei* – A lei entra em vigor na data da publicação, salvo se dispuser em contrário; e perdura até que outra a revogue, total ou parcialmente.

Especial destaque deve ser dado ao Decreto-Lei n. 4.657/42, Lei de Introdução do Código Civil vigente, cujos dispositivos relativos à matéria serão transcritos, *in verbis*:

“Art. 2º Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.

§ 1º A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.

§ 2º A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior.

§ 3º Salvo disposição em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência.

[...]

Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

Perceptível que o sistema nada diz sobre o costume *contra legem*, admitindo-o apenas nas duas outras maneiras³⁷. Importante lembrar que nenhuma Constituição do Brasil se reportou ao costume como fonte do direito, mas apenas se refere a “bons costumes”³⁸. A Constituição Federal de 1988 em nada se refere aos costumes (a não ser utilizando-se dessa palavra no capítulo referente aos índios³⁹, com outra semântica), e o revogado Código Civil de 1916 estabelecia, nas suas disposições finais, *in verbis*:

“Art. 1.807. Ficam revogadas as Ordenações, Alvarás, Leis, Decretos, Resoluções, Usos e Costumes concernentes às matérias de direito civil reguladas neste Código”.

Não é diferente, quanto à não-aceitação do costume *contra legem*, o posicionamento atual da Jurisprudência, como é possível observar dos julgados selecionados que, propositalmente, tratam de problemas criminais, onde as consequências para o indivíduo são as mais graves do ordenamento. O primeiro e o segundo tratam da contravenção penal

§ 1º *Revogação* – A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare ou quando com ela seja incompatível.

§ 2º *Repristinação* – A vigência da lei revogada só se restaura por disposição expressa.

§ 3º *Republicação* – O texto de lei republicada, inclusive de lei interpretativa, considera-se lei nova.

§ 4º *Regulamentação* – A lei só dependerá de regulamentação quando assim o declare expressamente e estabeleça prazo para sua edição; escoado o prazo sem essa providência, a lei será diretamente aplicável.

[...]

Art. 3º *Dever de decidir* – O juiz não se eximirá de julgar alegando inexistência, lacuna ou obscuridade da lei. Nessa hipótese, em não cabendo a analogia, aplicará os costumes, a jurisprudência, a doutrina e os princípios gerais de direito.

Art. 4º *Aplicação do Direito* – Na aplicação do direito, respeitados os seus fundamentos, serão atendidos os fins sociais a que se dirige, as exigências do bem comum e a equidade.”

³⁷ PEREIRA, C. M. S. *Instituições de direito civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. v. 1, p. 46-47.

³⁸ Constituição de 1824, art. 179, XXIV; Constituição de 1891, nada consta; Constituição de 1934, arts. 113, 5, e 146, *caput*; Constituição de 1937, art. 122, § 4º, § 9º e “b”; Constituição de 1946, art. 141, § 7º; e Constituição de 1967, art. 150, § 5º.

³⁹ Art. 231, *caput* e § 1º.

da prática do *jogo do bicho*, ao passo que o terceiro é sobre o crime de *manter casa de prostituição*, cuja sanção é a privação da liberdade com reclusão de dois a cinco anos (art. 229 do Código Penal):

1) “Recurso Especial.

Art. 105, inc. III, letras ‘a’ e ‘c’, da Constituição Federal.

Contravenção Penal do art. 58, § 1º, do Dec.-Lei n. 6.259/44 (jogo do bicho). Sua alegada revogação pelo desuso da norma contravencional e tolerância da sociedade.

O art. 2º, da Lei de Introdução ao Código Civil, é claro: ‘não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue’. Com base nesse princípio da lei civil, não basta a simples alegação de seu desuso, para que deixe o juiz de aplicar a lei. Montesquieu advertiu para o fato de que o juiz é a boca da lei. Ao legislador compete derrogar ou revogá-la, no exercício de seu poder.

Hipótese em que se conhece do recurso e dá-se-lhe provimento, para cassar o acórdão e restabelecer a sentença condenatória”⁴⁰.

2) “Penal. Processo Penal. Jogo do bicho. Impossibilidade de absolvição em razão do costume. Recurso provido por ambas as alíneas.

I – O sistema jurídico brasileiro não admite possa uma lei perecer pelo desuso, porquanto, assentado no princípio da supremacia da lei escrita (fonte principal do direito), sua obrigatoriedade só termina com sua revogação por outra lei. Noutros termos, significa que não pode ter existência jurídica o costume *contra legem*.

II – Recurso provido por ambas as alíneas”⁴¹.

3) “Penal. Recurso Especial. Casa de Prostituição. Tolerância. Atividade policial. Tipicidade (art. 229 do CP).

I – A eventual tolerância ou a indiferença na repressão criminal, bem assim o pretenso desuso não se apresentam, em nosso sistema jurídico-penal, como causa de atipia (Precedentes).

II – A norma incriminadora não pode ser neutralizada ou ser considerada revogada em decorrência de, v. g., desvirtuada atuação policial (art. 2º, *caput*, da LICC).

Recurso conhecido e provido”⁴².

É o que M. Vinagre⁴³ evidencia ao dizer que nem sempre a não-aplicação de uma norma exprime a convicção popular no sentido de não haver dúvidas da revogação de uma lei, pois a falta de publicidade do preceito, a inércia, a debilidade, a negligência do Poder Público podem determinar o não-uso da lei, sem que isso implique um descompasso com a sociedade.

⁴⁰ STJ, Sexta Turma, RESP n. 20.798 – RO (1992/0007880-0), rel. Min. José Cândido de Carvalho Filho, j. 30.6.1992, v.u., *LEXSTJ*, v. 41, p. 329.

⁴¹ STJ, Sexta Turma, RESP n. 30.705 – SP (1992/0033143-2), rel. Min. Adhemar Maciel, j. 14.3.1995, v.u., *RT*, v. 715, p. 539.

⁴² STJ, Quinta Turma, RESP n. 146.360 – PR (1997/0061025-0), rel. Min. Felix Fischer, j. 19.10.1999, *RT*, v. 774, p. 554.

⁴³ *Costume cit.* (nota 6 supra), p. 124.

Vale lembrar, ainda, que, de acordo com o Código de Processo Civil de 1973, a parte que alegar direito consuetudinário (*praeter legem e secundum legem*) tem o ônus de provar a sua vigência se assim o juiz determinar⁴⁴.

9 O descompasso entre a lei escrita e as transformações sociais

Sendo certo que o ordenamento jurídico brasileiro não aceita o costume *contra legem* como forma de revogação de uma lei, não se pode esquecer que o direito não pode quedar inerte perante as transformações sociais.

Aqui, é preciso estabelecer duas possibilidades: (i) a primeira diz respeito ao que M. Reale⁴⁵ chamou de “pseudodesuso”, ou seja, uma verdadeira revogação da norma em face do ordenamento jurídico, visto em seu todo sistemático, em consequência de edições de outras leis que atestam as transformações; e (ii) a segunda, que confronta tais transformações diretamente com a norma questionada.

Se no primeiro caso a argumentação parece mais clara e mais simples de ser demonstrada, pois haveria o fenômeno da *revogação tácita*, o mesmo não se passa com a segunda. Nesta, o jurista deverá demonstrar uma incompatibilidade da norma, orientado por uma de suas principais pautas de interpretação: a *proporcionalidade*.

10 O conteúdo da pauta interpretativa da proporcionalidade

Qual o conteúdo da *proporcionalidade*? E. Szaniawski⁴⁶ identifica (i) um *sentido lato* que conduz a um princípio de proibição de excesso, comportando uma subdivisão, de acordo com a doutrina alemã, em (a) princípio da pertinência (*Geeignetheit*), que tem por objetivo balancear os interesses postos em conflito e decidir até que ponto deve prevalecer a medida adotada pelo poder público e se ela é a apropriada para a consecução do interesse público, e (b) princípio da necessidade (*Erforderlichkeit Prinzip*), ou seja, diante de diversos meios para se alcançar um fim, deve-se optar pelo menos gravoso; e (ii) um *sentido estrito*, segundo o qual os meios utilizados pelo operador do direito deve sempre ser proporcional à situação fática, levando-se em consideração os interesses postos em jogo.

Há, portanto, uma evidente relação entre meios e fins, para que seja possível um controle de excessos, que podem se verificar tanto na edição de atos normativos contrários a princípios fundamentais quanto na aplicação de normas em total descompasso com a realidade, atuando a serviço dos direitos fundamentais, sendo-lhes uma verdadeira *garantia*⁴⁷. Por isso é legítimo pensar em um duplo controle de constitucionalidade de uma

⁴⁴ “Art. 337. A parte, que alegar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário, provar-lhe-á o teor e a vigência, se assim o determinar o juiz.”

⁴⁵ *Lições* cit. (nota 1 supra), p. 122.

⁴⁶ Apontamentos sobre o princípio da proporcionalidade-igualdade. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 5, p. 55-57, 2001.

⁴⁷ BONAVIDES, P. O princípio constitucional da proporcionalidade e a proteção dos direitos fundamentais. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, v. 34, p. 282-283, 1994.

lei: a) a primeira em relação à própria Constituição; e b) a segunda, à compatibilidade das restrições estabelecidas com a *proporcionalidade*⁴⁸. Há uma tentativa de harmonização (a) dos interesses *individuais* dos membros de uma sociedade, (b) com aqueles de toda a comunidade, sejam eles *coletivos* ou *públicos* (gerais)⁴⁹.

11 A interpretação

Dessa forma, a *proporcionalidade* é utilizada na *atividade interpretativa*, pois todo texto normativo, para que seja transportado a um caso concreto, necessita de um intérprete (por isso ele é *alógrafo*).

A arte da interpretação consiste em “explicar, esclarecer; dar o significado de vocábulo, atitude ou gesto; reproduzir por outras palavras um pensamento exteriorizado; mostrar o sentido verdadeiro de uma expressão; extrair, de frase, sentença ou norma, tudo o que a mesma contém”, na definição de C. Maximiliano⁵⁰. Mas não só isso; o intérprete retira a norma dos textos, *produzindo-a*⁵¹; nesse sentido, a interpretação e a aplicação do direito não ocorrem em momentos distintos, mas no mesmo momento.

Sendo a interpretação uma prudência, portanto, uma virtude, o intérprete atua conforme a *lógica da preferência*, em que prevalece a *teoria da argumentação* e a *razão prática*, necessitando ser a decisão justificada para ser aceitável (e não uma demonstração daquilo que seria o correto, como em ciências exatas)⁵². É por conta dessa atividade que o direito se *atualiza*, pois o texto do direito será interpretado no contexto histórico presente e de acordo com todo um sistema de normas no qual ele está inserido (desde a Constituição Federal, no caso brasileiro), pois não se interpreta o direito “em tiras”, na expressão de E. R. Grau⁵³.

12 Limitação do conteúdo de uma atividade interpretativa

É certo, também, que há limites na apreciação do Poder Judiciário para a análise da proporcionalidade de uma lei. Se há uma intenção de limitar os abusos do Poder Legislativo e do Executivo, não haveria interesse em transferi-los ao Judiciário, pois a exigência de *segurança jurídica* é indispensável à convivência social.

⁴⁸ MENDES, G. A proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *IOB – Repertório de Jurisprudência – Tributário e Constitucional*, v. 23, p. 371, 1994.

⁴⁹ GUERRA FILHO, W. S. Princípio da proporcionalidade e teoria do direito. *Revista Jurídica da Universidade de Franca*, v. 4, p. 206, 2000.

⁵⁰ *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 7.

⁵¹ GRAU, E. R. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros Editores, 2002. p. 69-70.

⁵² Enquanto a teoria da demonstração está se referindo à razão teórica, preocupando-se com a verdade, a descrição ou a explicação fiel da realidade objetiva, a teoria da argumentação se refere à razão prática, preocupada com o êxito, a conveniência, a prescrição sobre aquilo que se deve fazer, atuando no sentido de se justificar para convencer as pessoas (ALVES, A. C. *Lógica: pensamento formal e argumentação – elementos para o discurso jurídico*. Bauru: Edipro, 2000. p. 113-115).

⁵³ GRAU, E. R. *Ensaio* cit. (nota 51 supra), p. 113.

Isso faz com que, mesmo não havendo um único tipo de interpretação possível para um texto normativo, o intérprete deva se orientar pelos sentidos normativos ditados pela Constituição Federal⁵⁴, que, no Brasil, estão nos arts. 1º⁵⁵ e 3º⁵⁶.

13 A proporcionalidade de uma norma em face de um mínimo de eficácia

Portanto, o que *deve ser argumentado* não é a vigência de um costume *contra legem*, mas a falta de *proporcionalidade* de uma norma mantida no ordenamento através de um meio por ele legitimado.

Autores como F. C. Pontes de Miranda⁵⁷, C. Bevilacqua⁵⁸, G. Telles Júnior⁵, M. Reale⁶⁰ e T. S. Ferraz Júnior⁶¹, ao admitirem a revogação da lei pelo costume, justificando-a como (a) uma falta de harmonia entre a norma e as transformações econômicas, intelectuais e morais operadas no país ou (b) quando a regra jurídica não corresponde à convicção da sociedade ou à sua função adaptativa, ou (c) quando está incompatibilizada com as novas concepções dominantes, ou (d) a profundidade do divórcio entre a norma e a experiência social, sendo certo que esqueceram de revogá-la, estão realizando, em verdade, um juízo de proporcionalidade. Mesmo o Projeto Valladolid⁶², admitindo-a, condiciona-a à confirmação pela jurisprudência, que fará, necessariamente, esse mesmo juízo.

Essa ponderação que será realizada pela interpretação do direito é que dará à norma um novo juízo sobre seu *mínimo de eficácia*, na acepção de H. Kelsen⁶³, ou seja, a possibilidade de ela ser aplicada ante as modificações pelas quais a sociedade passou.

A argumentação, portanto, só será possível de ser realizada em cada caso concreto, para que sejam demonstradas as incompatibilidades.

⁵⁴ GRAU, E. R. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 7. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002. p. 235-237.

⁵⁵ “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I – a soberania;

II – a cidadania;

III – a dignidade da pessoa humana;

IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V – o pluralismo político.”

⁵⁶ “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I – construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II – garantir o desenvolvimento nacional;

III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”

⁵⁷ *Tratado da ação rescisória das sentenças e de outras decisões*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976. p. 280.

⁵⁸ BEVILAGUA, C. *Theoria* cit. (nota 22 supra), p. 32.

⁵⁹ *Iniciação na ciência do direito*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 217-218.

⁶⁰ *Lições* cit. (nota 1 supra), p. 121-122.

⁶¹ *Introdução* cit. (nota 17 supra), p. 205.

⁶² Nota 35 supra.

⁶³ *Reine* cit. (nota 24 supra), p. 12.

14 Conclusão

Portanto, não podendo um costume revogar uma norma contida em uma lei escrita, pois se atentaria contra a segurança jurídica, do mesmo modo não pode ignorar o dinamismo da vida social, perpetuando normas em total descompasso com ela por apeço a um formalismo jurídico exacerbado, pois se atentaria contra a principal função do direito, a pacificação social.

Por isso a importância conformadora da pauta interpretativa da proporcionalidade como caminho conciliador entre a segurança e a mutabilidade, confiando ao intérprete a ponderação de cada caso concreto, estando o órgão julgador limitado pelos princípios informadores de um dado ordenamento jurídico, como os arts. 1º e 3º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988⁶⁴.

⁶⁴ Ver notas 55 e 56 supra.