

Bom Senso e Senso Jurídico

Nelson Monteiro Neto

Advogado

RESUMO: O autor deste trabalho procura apontar a significação das expressões *bom senso* e *senso jurídico*; menciona, além disso, diversas posições, muito interessantes, a respeito do tema. Afigura-se correto o entendimento de que, no universo do Direito, é sem dúvida fundamental, em não poucos casos, a utilização do bom senso.

PALAVRAS-CHAVE: Bom senso. Senso jurídico. Lógica. Processo civil. Solução justa.

SUMÁRIO: 1. Traços característicos das expressões. 2. Bom senso e senso jurídico: noções. 3. Posição de Pontes de Miranda. 4. Aplicação do direito e Gustav Radbruch. 5. Relevância da lei e Wilson de Souza Campos Batalha. 6. Direito positivo, segurança e justiça. 7. Importância da consciência: Giorgio Del Vecchio. 8. Lógica e bom senso. 9. Piero Calamandrei: tarefa de julgar e intuição. 10. Textos legais, senso jurídico e solução do problema. 11. Luiz Fernando Coelho: subsunção no mundo jurídico. 12. Prudência do juiz, utilização do bom senso: palavras de Barbosa Moreira.

1. TRAÇOS CARACTERÍSTICOS DAS EXPRESSÕES

Dois textos que escrevemos, na área do direito processual civil, empregam as locuções “bom senso” e “senso jurídico”. Daí parece útil fazer breves considerações acerca de tais elementos, os quais, não poucas vezes, influem na solução do litígio.

Convém, antes de mais nada, registrar duas opiniões a respeito do tema.

“(…) Denominamos de *senso jurídico* a qualidade do profissional do Direito que tem o dom de atinar com a solução justa para o

problema. Equivale à *intuição jurídica*, locução que sublinha a instantaneidade e não discursividade do encontro da solução” (Carlos Nicolau Galves, *Manual de Filosofia do Direito*, pág. 30).

“O *senso jurídico* supõe uma sensibilidade especial, um espírito de justiça, uma finura de avaliação dos atos humanos, um equilíbrio que o afasta da paixão e do interesse particularizante” (Silvio de Macedo, *Enciclopédia Saraiva do Direito*, vol. 67, pág. 502).

Ambas as afirmações atinentes ao *senso jurídico*, acima transcritas, põem em relevo “a solução justa” e “um espírito de justiça”, também a tal respeito menciona a primeira delas a “intuição jurídica”, no que tange ao exame da questão.

A noção de bom senso e a de *senso jurídico* se assemelham; porém, não são totalmente coincidentes. Em relação ao *senso jurídico*, deve a pessoa observar sem dúvida o bom senso, como tal entendido a “aplicação da razão de um indivíduo, que serve para julgar ou raciocinar nos casos particulares da vida” (no dizer de Laudelino Freire, *Grande e Novíssimo Dicionário da Língua Portuguesa*, vol. II, 3ª ed., pág. 1.066); e, além disso, a pessoa precisa levar em conta a legislação, a doutrina e a jurisprudência, visando à obtenção de um resultado justo. Isto é: no *senso jurídico*, digamos assim, contém-se *algo mais*, quanto à atitude do intérprete ou aplicador do Direito, no sentido de solucionar o problema.

Com referência à sentença de primeiro grau, levada em conta a norma do art. 494 do Código de Processo Civil de 2015 (ou art. 463 do Código anterior), o erro do juiz às vezes pode ser corrigido por via de embargos de declaração, mesmo que não se trate de algum dos defeitos típicos (obscuridade, contradição ou omissão, ou ainda erro material), aplicando-se, neste caso, o bom senso, ou o *senso jurídico*. Tal entendimento consta do trabalho “Embargos de declaração e regra da imodificabilidade da sentença”, por nós elaborado ao tempo do Código de 1973.

2. BOM SENSO E SENSO JURÍDICO: NOÇÕES

Sabemos todos o que se entende por “bom senso”; mas convenhamos que é extremamente difícil definir (dizer o que é), em termos claros, tal qualidade. Tentaremos, em todo caso, formular, agora, a noção de bom senso, e também a de *senso jurídico*.

Bom senso é um atributo da pessoa humana que possibilita a tomada de posição mais exata no caso concreto. No que respeita ao senso jurídico, este último é (significa) aquele mesmo bom senso, ligado ao Direito. De modo que não raro o operador do Direito, ante as circunstâncias, à vista do estado atual da legislação, da doutrina e da jurisprudência, valendo-se do senso jurídico (ou da “intuição jurídica”, como diz Carlos Nicolau Galves), apresenta a correta solução para o problema, independentemente de regras expressas (*vide* os exemplos adiante aludidos: item nº 3).

Observa-se que “bom senso” e “senso jurídico” são expressões cognatas das palavras “sentimento” e “sentença”. Cumpre levar-se em consideração, no trabalho de julgar, o bom senso, o senso jurídico e o senso prático (que significa “sentido utilitário”, como explica Antônio de Moraes e Silva, *Grande Dicionário da Língua Portuguesa*, vol. X, 10^a ed., pág. 63).

3. POSIÇÃO DE PONTES DE MIRANDA

Sobre a “incidência e aplicação das regras jurídicas”, observa Pontes de Miranda (*Sistema de Ciência Positiva do Direito*, tomo II, 2^a ed., pág. 87): “As regras jurídicas incidem no espaço e no tempo a que elas se destinam. Uma vez que se compõe todo o suporte fáctico, a regra como que colore o que se compôs”. Poucas linhas abaixo, remata: “Se alguém não atende ao que ocorreu e, pois, à incidência, o juiz, ou quem tenha de impor o respeito à lei, *aplica* a regra jurídica. Aplica-se o que incidiu”.

Eis aí expressiva síntese da doutrina desse notável jurista, no que tange à incidência das normas jurídicas e à aplicação do direito a fato.

No volume I da mesma obra acima citada (pág. 97), assim se manifesta o mencionado autor sobre o *senso jurídico*: “Não basta ao jurista o chamado senso jurídico, que é amplo surrão para todas as fraquezas de equidade e todos os desacertos inseridos em textos”. Pouco adiante, acrescenta o escritor: “As impressões humanas são falíveis, como a razão. É preciso temer as perfídias daquelas e as desta, que todas podem danar a evolução da cultura e a realização da felicidade humana”.

É forte essa maneira de dizer, utilizada por Pontes de Miranda, no tocante ao significado de senso jurídico, mas o argumento, em

certa medida, afigura-se procedente, e o ideal seria que os operadores do Direito pudessem solucionar, sempre, o problema discutido, à luz das normas jurídicas, observado o que acima ficou dito sobre a “incidência e aplicação das regras jurídicas”. Entretanto, não poucas vezes, a realidade judiciária demonstra que, ante a inexistência de norma legal que permita uma decisão exata, o senso jurídico, o qual é o bom senso utilizado no mundo do Direito, tem influência decisiva no que tange ao desfecho do julgamento.

Note-se, a propósito, que, exemplificativamente, no que concerne ao direito material, a utilização do senso jurídico, no trabalho de julgar, outrora tornou possível o reconhecimento da sociedade de fato decorrente de concubinato; e, no tocante ao direito processual civil, o senso jurídico, hoje, vem possibilitando um resultado justo, no mesmo processo, por via de embargos de declaração, fora das hipóteses legais. Sob a vigência do Código de Processo Civil de 1973, escrevemos um comentário a acórdão, intitulado “Embargos de declaração. Devolução de tributo indevido. Correção monetária. Existência de decisão com premissa equivocada. Senso jurídico”, o qual ilustra esta última afirmativa, no sentido de que as hipóteses de cabimento do recurso de embargos de declaração, já agora, não são apenas as enumeradas na lei.

4. APLICAÇÃO DO DIREITO E GUSTAV RADBRUCH

Sobre o juiz e as regras expressas, assinala Gustav Radbruch (*Filosofia do Direito*, trad. de L. Cabral de Moncada, 6^a ed., pág. 182): “Sentimos, sem dúvida, desprezo pelo padre que prega uma doutrina contrária às suas convicções; não, porém, pelo juiz que se não deixa desviar do respeito devido à lei, não obstante a oposição que na sua consciência experimenta contra ela, inspirada no seu sentimento jurídico”. E acrescenta o autor: “Porque a verdade é esta: o dogma só tem valor como expressão duma fé religiosa; a lei, essa, não o tem só como expressão da justiça, senão também como penhor da segurança e da ordem, sendo esta até a razão principal pela qual ela se acha colocada nas mãos dos juízes”. Ainda segundo o escritor, “(...) um juiz que cumpre a lei é já por isso mesmo, e só por isso, um ‘juiz justo’”.

Não se desconhece a relevância da segurança jurídica e da ordem a que alude esse autor. Contudo, voltando a exemplo já refe-

rido, é dado da experiência que, não poucas vezes, o órgão judicial, nos embargos declaratórios, reforma (acertadamente) a decisão por ele proferida, em hipótese não prevista no texto legal, mas admitida pela jurisprudência, possibilitando, com isso, um resultado justo. Conforme a construção de Gustav Radbruch, seriam inadmissíveis aí os embargos porquanto o recorrente aponta fundamento não elencado no estatuto processual civil. Convém ressaltar que, no sistema do Código de 2015, a jurisprudência tem força vinculativa (*vide* o art. 489, § 1º, nº VI).

Diga-se que foi publicado no livro *Filosofia do Direito* (já aludido), 6ª ed., págs. 415-418, como “apêndice”, pequeno texto intitulado “Cinco minutos de filosofia do direito”, onde se lê (“*Quarto minuto*”): “(...) Será, muitas vezes, necessário ponderar se a uma lei má, nociva ou injusta, deverá ainda reconhecer-se validade por amor da segurança do direito; ou se, por virtude da sua nocividade ou injustiça, tal validade lhe deverá ser recusada”. Pouco adiante (“*Quinto minuto*”), acrescenta Gustav Radbruch: “Há também princípios fundamentais de direito que são mais fortes do que todo e qualquer preceito jurídico positivo, de tal modo que toda a lei que os contrarie não poderá deixar de ser privada de validade”.

Nesse texto mais recente (o qual, segundo consta, foi “publicado pela primeira vez como circular dirigida aos estudantes de Heidelberg, após a guerra, em 1945”), o citado escritor menciona também a importância da segurança jurídica; e, além disso, admite o exame referente à validade da regra expressa, bem como valoriza a atuação do juiz, o resultado justo, ainda no caso de decisão que nega vigência à lei.

5. RELEVÂNCIA DA LEI E WILSON DE SOUZA CAMPOS BATALHA

Pela observância das normas legais, frisa Wilson de Souza Campos Batalha (*Lei de Introdução ao Código Civil*, vol. I, pág. 376): “(...) abandonando-se a lei, para dar prevalência ao que se diz ser o Direito, abrem-se as portas ao arbítrio infrene, em que pompeiam as convicções subjetivas acerca dos ideais jurídicos, vacilantes, fugidios, incertos e inseguros”. E ainda: “A segurança jurídica compõe, com o ideal jurídico, a ideia do Direito. Direito, sem segurança jurídica, não seria mais direito – seria o arbítrio, isto é, seria *não Direito*”.

De fato, impressiona a consideração supratranscrita. Entretanto, na decisão que emprega o senso jurídico, a possibilitar a prestação jurisdicional adequada, só excepcionalmente ocorre a inobservância de norma contida na lei (não raro em razão da posição da jurisprudência), e essa exceção não gera insegurança. Assim é que o pronunciamento que emprega o senso jurídico, as mais das vezes, não é prejudicial à normatividade.

6. DIREITO POSITIVO, SEGURANÇA E JUSTIÇA

Direito positivo é o ordenamento jurídico vigente no país. Com referência à paz social, é sem dúvida fundamental a segurança. Cumpre sublinhar, além disso, a importância da justiça.

A normatividade, o direito positivo é essencial à segurança jurídica. Se, porém, os textos legais não tornam viável um resultado justo, segue-se que o órgão judicial pode valer-se do senso jurídico, ou quem sabe dos subsídios do senso comum (posição da maioria das pessoas), para a formulação de uma decisão acertada. Parece razoável sustentar que isso, em geral, não compromete a segurança, e permite a justiça, relativamente aos integrantes da coletividade.

Quanto a decisões transitadas em julgado, salvo as hipóteses previstas na lei, não há lugar para o rejugamento (mesmo em caso de injustiça), sob o regime vigente, e em razão da certeza jurídica.

7. IMPORTÂNCIA DA CONSCIÊNCIA: GIORGIO DEL VECCHIO

Consoante explica Giorgio Del Vecchio (*Lições de Filosofia do Direito*, vol. 2, trad. de Antônio José Brandão, págs. 258-259), “gozamos de faculdade originária, não induzível da experiência, graças à qual nos é possível distinguir a Justiça da Injustiça”. Noutro passo, continua: “Verdade é, na maior parte dos casos, que o direito positivo se conforma ao exigido pela nossa consciência. No entanto, se a correspondência entre ambos falta, e assim acontece, por vezes, logo do confronto entre ambas, resulta a experiência inesgotável da consciência subjectiva do justo e do injusto”. E, pouco adiante, conclui esse mesmo autor, com acerto, que tal consciência é fundamental no que tange à evolução do Direito.

No que respeita à tarefa de julgar, a observação do que acontece mostra que o uso do bom senso ou do senso jurídico, de modo geral, é legítimo, e não compromete a segurança jurídica.

Ainda com relação ao trabalho de julgar, nenhum texto legal (*vide* o art. 4º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, e o art. 140 do Código de Processo Civil) faz menção ao “senso jurídico”, mas na verdade tal elemento, em não poucos casos, torna viável um pronunciamento judicial exato.

8. LÓGICA E BOM SENSO

Não raro, precisa a pessoa valer-se da lógica, a par do bom senso (v. Ludgero Jaspers, *Manual de Filosofia*, 5ª ed., pág. 266; Goffredo Telles Junior, *Curso de Lógica Formal*, 4ª ed., pág. 83). Quanto aos advogados e juízes, é instrumento de trabalho a linguagem, o argumento.

Pode o indivíduo bem argumentar, é certo, sem haver estudado lógica. Todavia, cumpre observar, o conhecimento de lógica facilita muito a atividade profissional, no campo jurídico.

O bom senso relaciona-se com a intuição, enquanto a lógica diz respeito à argumentação. Há casos em que o raciocínio baseia-se, antes de tudo, no bom senso. A lógica, em última análise, tem grande utilidade para o intérprete ou aplicador do Direito.

9. PIERO CALAMANDREI: TAREFA DE JULGAR E INTUIÇÃO

Sobre a formulação da sentença, assim se manifesta Piero Calamandrei (*Eles, os Juízes, vistos por nós, os Advogados*, trad. de Ary dos Santos, págs. 144-5): “Posto que continue a repetir-se que a sentença pode esquematicamente reduzir-se a um silogismo, no qual, de premissas dadas, o juiz, por simples virtude de lógica, tira a conclusão, sucede às vezes que ele, juiz, ao elaborar a sentença inverte a ordem normal do silogismo, isto é: encontra primeiro o dispositivo e depois as premissas que o justificam”.

Esse mesmo autor, pouco adiante, afirma, com muito acerto, que, no trabalho de julgar, “a intuição e o sentimento têm frequentemente maior lugar do que à primeira vista parece”.

Desse ponto de vista, algumas vezes, a conclusão é ditada pelo bom senso. Em tal hipótese, pode ser complexa a adoção de premissas justificadas, no tocante à conclusão acertada.

10. TEXTOS LEGAIS, SENSO JURÍDICO E SOLUÇÃO DO PROBLEMA

Que as “impressões humanas são falíveis, como a razão”, não há dúvida. Porém, cumpre reconhecer que o senso jurídico às vezes representa significativo fator atinente ao correto equacionamento da questão.

De qualquer maneira, chamam a atenção as observações feitas por Pontes de Miranda, bem como as formuladas por outros escritores citados, sobre o assunto.

Em nosso ordenamento, é sem dúvida muito importante a observância das normas legais. Contudo, em não poucos feitos, à míngua de regra de direito escrito que possibilite um resultado justo, mostra-se essencial o uso do senso jurídico quanto à solução do litígio.

11. LUIZ FERNANDO COELHO: SUBSUNÇÃO NO MUNDO JURÍDICO

Referindo-se ao momento da subsunção, Luiz Fernando Coelho (*Lógica Jurídica e Interpretação das Leis*, 2ª ed., pág. 148) sublinha que “o próprio silogismo judicial como um todo pode significar que a decisão concreta é anterior a todo raciocínio analítico, isto é, o enunciado das premissas é somente um apoio lógico-formal que o próprio juiz elabora para fundamentar *a posteriori* a decisão que ele já tomara”.

Isso quer dizer que, às vezes, o juiz, primeiro, encontra a solução (ou seja: desenha-se desde logo a conclusão correta) e, imediatamente em seguida, faz os outros passos do raciocínio (isto é: adota as premissas exatas). Sua intuição, nesse caso, influi na decisão (v. acima, item nº 9).

12. PRUDÊNCIA DO JUIZ, UTILIZAÇÃO DO BOM SENSO: PALAVRAS DE BARBOSA MOREIRA

No dizer de Barbosa Moreira (*O Juiz e a Cultura da Transgressão*, *in Revista da EMERJ*, vol. 3, nº 9, 2000, pág. 118), “nenhum dos princípios do ordenamento jurídico pode ser tomado como absoluto, sem a preocupação de confrontá-lo com outros, porque há uma série de garantias e de direitos que podem estar em choque uns com os outros”.

Logo em seguida, vem o exemplo que ilustra a afirmação antes feita: “A liberdade de informação pode chocar-se com o meu direito à honra, à privacidade e em muitas situações acontecem esses conflitos”.

Daí, conforme acentua esse notável processualista, “é necessária muita prudência, utilização do bom senso”, por parte do juiz, para, no exame de caso concreto, apontar o princípio ou o direito que deve prevalecer, de modo que se obtenha uma solução justa.

Aludindo ao problema da transgressão e da repressão (rev. cit., pág. 119), em última análise, corretamente o inesquecível mestre coloca em evidência a importância da utilização do bom senso, da prudência do juiz. ❖