

O Problema das Fontes do Direito.

Fontes Formais e Materiais.

Perspectiva Filosófica, Sociológica e Jurídica

SENADOR FRANCO MONTORO

De que fontes provém o direito positivo de uma nação?

Das leis escritas, promulgadas solenemente pelo Estado? Dos usos e costumes? Das decisões dos tribunais? Da elaboração espontânea das instituições sociais e dos organismos autônomos? Da reflexão dos juristas? Das exigências da justiça e dos demais princípios fundamentais do direito? Da natureza humana? Dos fatores políticos, históricos, geográficos, morais, religiosos, que acompanham a vida da sociedade?

É fácil, observou DEL VECCHIO, evitar de modo simplista o problema das fontes da ordem jurídica, afirmando, dogmáticamente, que o Estado é a fonte única do Direito.

**ESTADO,
FONTE
ÚNICA?**

É essa uma das posições do positivismo jurídico, que tende a reduzir o direito a uma série de ordens emanadas do Estado, buscando encontrar as fontes da ordem jurídica unicamente nas normas elaboradas ou aprovadas formalizadamente pelos órgãos do poder público.

Na realidade, a questão é bem mais complexa. “O problema das fontes do direito positivo, escreveu GURVITCH, (1) constitui o problema crucial de toda reflexão jurídica: é o ponto central da Filosofia do Direito e para êle converge toda a complexidade de seus temas.”

**QUESTÃO
COMPLEXA E
CENTRAL**

1. G. GURVITCH, “Théorie pluraliste des sources du droit positif”, in “Annuaire de l’Institut International de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique”, 1934, p. 114.

Reconhecendo a importância e a complexidade do assunto, o "Instituto Internacional de Filosofia do Direito e de Sociologia Jurídica" (2) dedicou os trabalhos de seu Primeiro Congresso, em 1934, ao "Problema das Fontes do Direito Positivo".

Que se deve entender por "fontes do Direito"? Qual o seu conceito?

**CONCEITO DE
FONTE DO
DIREITO**

"Fontes do Direito" é uma expressão figurada ou, se quisermos, um caso de analogia metafórica. Em sentido próprio, "fonte" é o ponto em que surge um veio de água. É o lugar em que êle passa do subsolo à superfície, do invisível ao visível. De certa forma, a "fonte" é o próprio curso de água no ponto de transição entre duas situações. É sua primeira aparição na superfície da terra.

De forma semelhante, observa o jurista húngaro BARNA HORVATH, a "fonte do Direito" é o próprio Direito em sua passagem de um estado de fluidez e invisibilidade subterrânea ao estado de segurança e clareza.

Procurar a fonte de uma regra jurídica, diz DU PASQUIER, significa investigar o ponto em que ela saiu das profundezas da vida social para aparecer na superfície do Direito. Assim, dir-se-á que a obrigação do serviço militar tem sua fonte na Constituição Nacional.

**FONTES
FORMAIS E
MATERIAIS**

Os autores costumam distinguir as fontes formais, isto é, os fatos que dão a uma regra o caráter de Direito Positivo e obrigatório, das fontes materiais, representadas pelos elementos que concorrem para a formação do conteúdo ou matéria da norma jurídica.

Como fontes formais do direito, indicam-se tradicionalmente:

1. a legislação;
2. o costume jurídico;
3. a jurisprudência; e
4. a doutrina.

2. Integram o grupo de fundadores entre outros, LE FUR (Paris), KELSEN (Viena), DEL VECCHIO (Roma), GODHART (Oxford), GURVITCH (Lyon), MIRCEA DJUVARA (Bucarest), ALEXEIEV (Moscou), POSADA (Madrid), SINZHEIMER (Amsterdam), ROSCOE POUND (Harvard), BENJAMIN CARDOZO (Washington), CORNIL (Bruxelas).

Como fontes materiais podem ser mencionadas:

1. a realidade social, isto é, o conjunto de fatos sociais que contribuem para a formação do conteúdo do Direito;
2. os valores que o Direito procura realizar, fundamentalmente sintetizados no conceito amplo de justiça.

Ao exame de cada uma dessas fontes é dedicado nosso próximo artigo, onde o problema é focalizado numa perspectiva estritamente jurídica e técnica.

**PERSPECTIVA
FILOSÓFICA**

A questão das fontes do Direito pode, entretanto, ser examinada também sob o aspecto filosófico e sociológico, como faz DEL VECCHIO no estudo apresentado ao citado Congresso do “Instituto Internacional de Filosofia do Direito e de Sociologia Jurídica”, reunido em Paris, em 1934. (3)

Apresentando uma ampla visão do problema, distingue o ilustre professor da Universidade de Roma três sentidos diferentes da expressão “fontes do Direito”, o filosófico, o sociológico ou histórico e o jurídico propriamente dito.

**DOCTRINA DE
DEL VECCHIO**

Em sentido filosófico e amplo, o Direito tem sua fonte essencial na natureza humana. Deixando de lado divergências doutrinárias sobre o conceito de natureza humana, existem alguns pontos básicos em torno dos quais é possível um entendimento amplo. Em primeiro lugar, o homem é essencialmente um “sujeito”, capaz de compreender e de se relacionar com outros “sujeitos” e não apenas com “objetos”. É precisamente essa “relação com outrem” que constitui a forma lógica do Direito, reconhecida pelos autores antigos e modernos. Além disso, do conceito de natureza decorre uma segunda consequência: essa “relação com outrem” se refere a sujeitos a quem se deve reconhecer seu “igual” valor essencial; o que impõe uma exigência fundamental de justiça, aplicável, como critério e medida, a todas as regras jurídicas. “É, portanto, possível e até mesmo necessário, conclui DEL VECCHIO (4) deduzir de uma consideração transcendental de nossa natureza as duas noções, conexas mas não idênticas, indicando o que é “jurídico”, de um lado, e o que é “justo”, de outro. A primeira noção é uma forma lógica, que compreende todas as experiências jurídicas possíveis e constitui o conceito limite. A segunda noção é o valor supremo, indicando a mais elevada verdade ética nas

**FORTE
FILOSÓFICA
OU
ESSENCIAL**

**NATUREZA
HUMANA**

3. “Le problème des sources du droit positif”, “Annuaire de l’Institut de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique”, ed. Sirey, Paris, 1934, págs. 20 a 36.

4. Ibidem, idem, p. 23.

relações entre sujeitos, isto é, o ideal absoluto da “justiça”.⁽⁵⁾

**FONTE
SOCIOLOGICA
OU
HISTÓRICA**

Em sentido menos amplo e histórico, de caráter psico-sociológico, o Direito tem sua fonte na produtividade jurídica das consciências individuais e se traduz por uma série de atos de pensamento e de vontade, que se relacionam necessariamente no terreno da experiência e dão lugar, assim, a uma fenomenologia jurídica positiva. O relacionamento e os atritos das sugestões fornecidas pelas diferentes consciências individuais, faz nascer um certo sistema de vida, isto é, um conjunto de regras que são seguidas efetivamente, mesmo que não sejam formuladas expressamente. Pode-se qualificar esse sistema como a expressão da “vontade social preponderante” ou da “razão histórica suficiente”. Toda vida em comum dos seres humanos deve ser necessariamente dirigida por certas regras, que podem não ser formuladas explicitamente, mas sempre existem. Essa regulamentação não é uma realidade extrínseca e destacada da vida. É, pelo contrário, a própria forma da vida social, a maneira própria de agir dos seres que têm uma vida em comum.

**VONTADE
SOCIAL
PREPON-
DERANTE**

Esse aspecto sociológico das fontes do direito foi focalizado especialmente pela Escola Histórica. É oportuno lembrar o conceito de SAVIGNY: “A consciência comum do povo é a fonte substancial do Direito.”⁽⁶⁾

**FONTES
JURÍDICAS
OU TÉCNICAS**

As regras da vida em comum, correspondentes à vontade social preponderante, podem ser expressas de diversas maneiras: formulação de preceitos por autoridades ou assembleias do povo, decisões dos magistrados etc. São exatamente esses modos de expressar as regras da vida em comum, que se denominam tecnicamente “fontes do Direi-

5. Apesar do caráter necessariamente contingente e empírico da ordem jurídica positiva de cada nação, esses princípios permanecem sempre como orientação e mira necessárias. E a eles é preciso frequentemente recorrer para suprir as lacunas de qualquer sistema jurídico positivo. Alguns sistemas, como o brasileiro, impõem expressamente ao aplicador da lei a obrigação de recorrer a esses princípios para resolver casos não previstos no texto legal. “Quando a lei for omissa, o Juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do Direito” (Art. 4.º da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro).

6. SAVIGNY, “Sistema de Derecho Romano”, vol. I, § 7.º V. ALEXANDRE CORRÊIA, “Escola Histórica do Direito”, São Paulo, 1936. VICENTE RAO, “Fontes do Direito Objetivo”, n.º 175 e seguintes de “O Direito e a Vida dos Direitos”.

to” ou “formas de expressão do Direito”. (7) Quais são, nesse sentido estritamente jurídico, as fontes do Direito? Ou, na fórmula preferida por DEL VECCHIO, quais são os modos de se manifestar a vontade social preponderante?

Uma primeira fonte é representada pelo “costume”, em sentido jurídico, a saber: uma repetição constante de determinados comportamentos na vida de uma comunidade, acompanhada da convicção de sua necessidade, ao ponto de poderem os interessados exigir o respeito a êsse comportamento pela força, em caso de transgressão.

COSTUME

A essa primeira fonte é preciso acrescentar uma segunda, representada pela resolução das controvérsias e dos conflitos que se produzem na vida social. Trata-se da atividade dos juízes. A regra para a resolução das controvérsias pode ser, muitas vezes, fornecida pelo “costume” pré-existente, mas, nesse caso, também a regra sofre um processo de aperfeiçoamento, que a torna mais clara e que a desenvolve, pois o juiz que a aplica deve tomar conhecimento e compreender o seu sentido com um grau de consciência muito mais profundo do que o suficiente para seguir a regra num caso simples e não contestado. A atividade jurisdicional ou judicante leva, por isso, quase necessariamente à formulação explícita de regras que se encontravam, em estado latente e implícito, na lógica do sistema social em vigor. Graças ao trabalho do juiz, o processo de gestação histórica do Direito se acelera; o sistema em vigor firma-se e se aperfeiçoa com novos elementos, até mesmo quando êle ainda não possui regras legais formalizadas.

**DECISÕES
JUDICIAIS**

Na realidade, já no curso dessa fase, e, mais ainda, quando a evolução se acentua, opera-se a produção do Direito Positivo por uma terceira forma: a da “legislação”. A diferença essencial entre esta forma e as outras não consiste no fato de serem as regras formuladas em termos gerais, de modo a englobar um número indefinido de casos, porque isso também pode ocorrer com os “costumes”, quando reunidos em sistema e documentados por escrito. A verdadeira diferença consiste no fato de que o poder de editar regras imperativas é confiado a órgãos especiais, criados para êsse

LEGISLAÇÃO

7. “As fontes do Direito, isto é, aquilo de onde provém o Direito, são o direito natural e o arbítrio humano. As assim chamadas “fontes formais” não são fontes, mas, como preferimos dizer, por se tratar de solução mais correta, “formas de expressão do direito” (RUBENS LIMONGI FRANÇA, “As formas de expressão do direito”, in “Manual de Direito Civil”, p. 24 e seguintes). Do mesmo autor: “Jurisprudência — seu caráter de forma de expressão do Direito”, in “Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro”, vol. XXX; “Dos Princípios Gerais do Direito”, pág. 14, ed. Revista dos Tribunais, 1963; “Das Formas de Expressão do Direito”, in “Revista dos Tribunais”, vol. 354, págs. 3 a 19.

fim, que representam tôda a comunidade social e possuem, por isso, autoridade para estabelecer em seu nome regras obrigatórias para todos. Como expressão de uma vontade jurídica consciente e deliberada, a lei constitui o grau mais elevado e mais perfeito de formação do Direito Positivo.

Significa isso que as demais fontes devam ser eliminadas?

O aparecimento e a predominância progressiva da legislação constitui um fato capital. Mas seria contrário ao espírito científico considerar como inexistentes as demais formações jurídicas que se produzem no seio da sociedade e se desenvolvem continuamente ao lado das leis. A legislação nunca conseguirá englobar todos os casos ocorridos na vida social. Poderá apenas — e com a condição de ser sustentada pela vontade social preponderante — estabelecer uma limitação negativa, isto é, que não se poderão retirar, das outras fontes, regras que estejam em contradição com as da própria lei.

Mas, dentro desses limites é, não apenas possível, mas também necessário recorrer a fontes subsidiárias, que têm apenas em parte ou indiretamente o caráter positivo. E quando não há nem mesmo esse apoio parcial, é à pura "razão jurídica" que é preciso recorrer. Porque, conclui DEL VECCHIO, "as diferentes manifestações do Direito ligam-se tôdas a essa fonte única, essencial e permanente, que é o espírito humano". (8)

**FONTE
TÉCNICA**

Invertendo a ordem seguida por DEL VECCHIO e adotando um processo mais empírico, podemos dizer que as "fontes imediatas ou técnicas" — lei, costume jurídico, jurisprudência, etc. — têm seu fundamento nas "fontes históricas e sociológicas" — vontade social preponderante ou realidade social, e estas, por sua vez, encontram sua base na "fonte essencial" do Direito, nessa "fonte das fontes" que é a natureza humana, a que corresponde a exigência fundamental da justiça.

8. "Espírito Humano", "natureza humana", "pessoa humana", são expressões que se correspondem. "Se quisermos ir às raízes da personalidade, é preciso chegar ao espírito humano." Essa é a grande lição da natureza.