

FONTES DO DIREITO EM SEUS MODALIDADES FORMALS E MATERIAIS

Após o estudo do problema das fontes do direito, em sua perspectiva filosófica, sociológica e jurídica (1), é oportuno caracterizar cada uma das modalidades em que se desdobram essas fontes.

Como fontes formais do direito, indicam-se tradicionalmente:

1. a legislação;
2. o costume jurídico;
3. a jurisprudência; e
4. a doutrina, para alguns autores.

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; e
2. os valores que o Direito procura realizar, fundamentalmente sintetizados no conceito amplo de justiça.

1. A LEGISLAÇÃO

Nas sociedades modernas, a lei é indiscutivelmente a mais importante das fontes formais da ordem jurídica. Ela é a forma ordinária e fundamental de expressão do direito. É "essencial que os direitos do homem sejam protegidos pelo império da lei", afirma o "Preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos do Homem". "Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa a não ser em virtude de lei", prescreve o art. 153, n.º 1 da Constituição Brasileira. E o art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil determina que "sòmente quando a lei fôr omissa" é que se aplicarão as demais formas de expressão do direito.

**PRIMADO
DA LEI**

1) SENADOR FRANCO MONTORO — "O problema das fontes de direito, Perspectiva filosófica, sociológica e jurídica" "In" Revista de Informação Legislativa", outubro a dezembro, 1971, n.º 32.

**SENTIDOS
DE LEI
JURÍDICA**

É a lei que fixa as linhas fundamentais no sistema jurídico e serve de base para a solução da maior parte dos problemas do direito.

Como definir a lei, em sentido jurídico?

Devemos distinguir preliminarmente três acepções diferentes do termo "lei" no campo do direito:

**SENTIDO
AMPLÍSSIMO**

1. Muitas vezes o vocábulo "lei" é usado, em sentido amplíssimo, como sinônimo de norma jurídica, incluindo quaisquer regras escritas ("jus scriptum") ou costumeiras ("jus non scriptum"); nesse caso, lembra VICENTE RAO, a palavra "lei" tem "o sentido compreensivo de toda norma geral de conduta que define e disciplina as relações de fato incidentes no direito e cuja observância o poder do Estado impõe coercitivamente, como são as normas legislativas, as costumeiras e as demais ditadas por outras fontes do direito, quando admitidas pelo legislador".⁽²⁾ A essa acepção corresponde a definição de lei jurídica, que apresentamos em artigo anterior: norma de conduta do homem no seu relacionamento com seus semelhantes, garantida pela eventual aplicação da força social, tendo em vista a realização da justiça.

**SENTIDO
AMPLIO**

2. Outras vezes, em sentido menos amplo, a palavra "lei" ou legislação é empregada para indicar quaisquer normas jurídicas escritas, sejam as leis propriamente ditas, oriundas do Poder Legislativo, sejam os decretos, decretos-leis, regulamentos, ou outras normas baixadas pelo Poder Executivo; a esse conceito corresponde a observação de GENY: "a legislação compreende todos os atos da autoridade cuja missão consiste em editar regras gerais, sob forma de injunções obrigatórias, como são as leis propriamente ditas, os decretos, os regulamentos".⁽³⁾

**SENTIDO
ESTRITO
E PRÓPRIO**

3. Finalmente, em sentido estrito e próprio, "lei" é apenas a norma jurídica aprovada regularmente pelo Poder Legislativo. Esse é o sentido técnico, que distingue a lei, propriamente dita, dos decretos, regulamentos, portarias, instruções, e outras normas emanadas da Administração Pública. Dentre as diversas acepções do termo "lei", este é o que interessa fundamentalmente ao presente estudo.

Quais as características da lei nesse sentido? Como definir a lei propriamente dita?

2. "O direito e a vida dos direitos", n.º 202.

3. F. GENY, "Méthode d'interprétation et sources", n.º 54.

Com LA GRESSAYE e LACOSTE, (4) podemos definir a lei, em sentido estrito e próprio, como:

**DEFINIÇÃO
DE LEI**

- uma regra de direito geral, abstrata e permanente,
- proclamada obrigatória pela vontade da autoridade competente, e
- expressa numa fórmula escrita.

Três elementos integram esse conceito. Um elemento material, que é o conteúdo da lei: regra de direito geral, abstrata e permanente. Um elemento formal: a vontade do legislador. Um elemento instrumental: a fórmula escrita.

A matéria ou conteúdo da lei é sempre uma regra de direito, norma jurídica “geral” e, por consequência, “abstrata” e “permanente”.

**ELEMENTO
MATERIAL**

A lei é uma norma “geral” ou comum. “Lex est commune praeceptum”, diz PAPINIANO. (5) É uma regra estabelecida não em vista de um caso individual, mas de todos os casos da mesma espécie. (6) Ela pode ser mais ou menos geral — por exemplo, referir-se a todos os homens residentes no País, aos cidadãos, aos funcionários públicos, aos gráficos, aos vereadores, aos governadores, ao Presidente da República — mas, dentro de seu campo, ela se aplica igualmente a todos os casos ocorrentes. Essa característica liga-se à finalidade da lei que é o “bem comum”, (7) ao sentido de justiça que marca toda norma jurídica. (8)

**NORMA
GERAL**

Dêsse caráter de generalidade da lei, decorrem duas outras características igualmente importantes: a lei é uma regra “abstrata” e “permanente”.

A lei disciplina uma situação jurídica “abstrata”, isto é, separada das circunstâncias variáveis em que ela se

4. LA GRESSAYE e LACOSTE, “Introduction générale a l'étude du droit”, n.º 224. No mesmo sentido, é a definição de BODENHEIMER: “Por legislação entende-se a deliberada formulação de preceitos de direito por um órgão do governo criado para isso, o qual dá uma expressão articulada aos preceitos, formalizando-os num diploma legal.” “Ciência do Direito”, n.º 64.

5. PAPINIANO, 1, 1, D. 1, 3.

6. “Jura non in singulas personas, sed generaliter constituuntur”, ULPIANO, 1, 3, 10, 8.

7. “Toda lei tem por finalidade o bem comum. É ela o instrumento normal que deve conduzir a atividade de todos os membros da comunidade para o bem geral. Até mesmo nos casos em que a lei beneficia algum setor particular da sociedade, sua justificação liga-se ao interesse que esse benefício, direta ou indiretamente proporciona a toda a coletividade. Toda norma que se desviar desse objetivo e atender a interesses particulares, em prejuízo do bem comum, estará contrariando uma das exigências da própria natureza da lei”. V. ANDRÉ FRANCO MONTORO, “Introdução à Ciência do Direito”, Vol. II, 3.ª parte, 1.º Cap., § 3.º

8. “A norma é geral porque todos são iguais perante a lei. E essa é, também, a significação fundamental da justiça: realizar a igualdade nas relações entre os homens. Podemos acrescentar que na noção de “igualdade” estão contidas as de “alteridade” e “devido”, que, em conjunto, constituem a própria essência da justiça: dar a “outrem” o que lhe é “devido” segundo uma “igualdade”. Com razão escreveu DABIN que a justiça é a matéria normal da regra jurídica”.

ABSTRATA

apresenta em cada caso concreto. Ao contrário do juiz, que sempre decide diante de fatos concretos — assassinio de Luther King ou de Trotsky, falência de determinada empresa, despejo da favela X — o legislador dispõe para situações jurídicas definidas “abstratamente” — homicídio, inquilinato, direito de voto, casamento, concordata. Alguns publicistas, como LAUBADÈRE⁽⁹⁾ preferem a expressão “impessoal”, para indicar essa característica. Na realidade a “impessoalidade” é um dos aspectos do caráter “abstrato” da lei. Esta faz abstração de tôdas as circunstâncias variáveis que acompanham as situações jurídicas concretas e, entre essas circunstâncias, estão as “pessoas” individualmente abrangidas pela norma. Nesse sentido, a lei é impessoal.

PERMANENTE

A lei é uma norma permanente, isto é, tem continuidade no tempo, e se aplica indefinidamente aos casos ocorrentes, enquanto não fôr revogada ou não se esgotar o tempo de sua vigência.

Essas características referem-se ao conteúdo ou matéria da lei em sentido jurídico. Mas não basta têmos um preceito geral, abstrato e permanente para que haja uma lei.⁽¹⁰⁾ É, ainda, necessário que êsse preceito seja declarado obrigatório por decisão do órgão legislativo competente. É êsse, na terminologia jurídica usual, o aspecto “formal” ou “orgânico” da lei.⁽¹¹⁾

ELEMENTO FORMAL

Mas, qual é o órgão ou autoridade competente para exercer êsse poder? Quem é o legislador?

Isso depende do regime político. Nas democracias modernas, a Constituição confere, em geral, o poder de legislar a uma assembléia eleita pelo povo (Parlamento), com a participação do Chefe do Governo (iniciativa de projetos, sanção e promulgação das leis aprovadas pelo Parlamento, direito de veto etc.).

Nos regimes ditatoriais, o poder legislativo é absorvido pelo Chefe do Governo.

VONTADE DO LEGISLADOR

No Brasil, a Constituição estabelece: “O Poder Legislativo é exercido pelo Congresso Nacional, que se compõe da Câmara dos Deputados e do Senado Federal” (Art. 27). “Cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Pre-

9. LAUBADÈRE, “Manuel de Droit Administratif”.

10. Outras normas jurídicas, como o direito costumeiro, até mesmo, as normas morais, religiosas, costumes sociais, etc., podem ser também gerais, abstratas e permanentes.

11. O termo “formal” não tem aqui o sentido filosófico de “causa formal” ou “essencial”, mas o de forma externa, aparência, formalidade. Da mesma forma, o termo: “orgânico”, é empregado, no caso, não no sentido corrente de “estruturado” ou “coerente”, mas de “derivado do órgão público competente”.

sidente da República, dispor sobre todas as matérias de competência da União” (Art. 43).

E a participação do Presidente da República no processo legislativo, relativamente à iniciativa, sanção, veto e delegação de poderes, está fixada nos termos seguintes:

a) quanto à iniciativa: “A iniciativa das leis cabe a qualquer membro ou comissão da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, ao Presidente da República e aos Tribunais Federais com jurisdição em todo o território nacional” (Art. 56); “É da competência exclusiva do Presidente da República a iniciativa das leis que: I. Disponham sobre matéria financeira; II. criem cargos, funções ou empregos públicos ou aumentem vencimentos ou a despesa pública; III. fixem ou modifiquem os efetivos das forças armadas; IV. disponham sobre a administração do Distrito Federal e dos Territórios; V. disponham sobre servidores públicos da União; VI. concedam anistia relativa a crimes políticos” (Art. 57).

b) quanto à sanção: “Compete privativamente ao Presidente: sancionar, promulgar e fazer publicar as leis” (Art. 81, nº III); (12)

c) quanto ao direito de veto: “Compete privativamente ao Presidente: . . . vetar projetos de lei” (Art. 81, nº IV); “Comunicado o veto ao Presidente do Senado Federal, êste convocará as duas Câmaras para, em sessão conjunta, dêle conhecerem, considerando-se aprovado o projeto que dentro de 45 dias, em votação pública, obtiver o voto de dois terços dos membros de cada uma das Casas. Neste caso, será o projeto enviado, para promulgação, ao Presidente da República. Se a lei não fôr promulgada dentro de quarenta e oito horas pelo Presidente da República, nos casos dos §§ 2º e 3º, o Presidente do Senado Federal a promulgará; e, se êste não o fizer em igual prazo, fa-lo-á o Vice-Presidente do Senado Federal” (Art. 59, §§ 3º e 5º);

d) quanto à delegação legislativa: “A delegação ao Presidente da República terá a forma de resolução do Congresso Nacional, que especificará o seu conteúdo e os termos para o seu exercício”. Parágrafo único. “Se a resolução determinar a apreciação do projeto pelo Congresso Nacional, êste a fará em votação única, vedada qualquer emenda” (Art. 54);

e) quanto aos decretos-leis: “O Presidente da República, em casos de urgência ou de interesse público relevante, e desde que não haja aumento de despesa, poderá

12. A sanção é a concordância do Presidente com o texto decretado pelo Legislativo. A promulgação é o ato de declarar tal texto obrigatório. Publicar a lei é torná-la conhecida dos que lhe devem obediência.

expedir decretos-leis sobre as seguintes matérias: I. segurança nacional; II. finanças públicas, inclusive normas tributárias; e, III. criação de cargos públicos e fixação de vencimentos. § 1º Publicado o texto, que terá vigência imediata, o Congresso Nacional o aprovará ou rejeitará, dentro de sessenta dias, não podendo emendá-lo; se, nesse prazo, não houver deliberação o texto será tido como aprovado" (Art. 55).

ELEMENTO

Elemento instrumental da lei é sua fórmula escrita.

INSTRUMENTAL

A lei é sempre formulada num texto escrito dividido em artigos e, muitas vezes, em capítulos, títulos, seções, livros etc. O que lhe dá maior concisão, clareza e segurança, além de facilitar a invocação e referência a seus preceitos.

**FÓRMULA
ESCRITA**

Muitos autores ligam o caráter escrito da "lei" a origem etimológica do vocábulo. O termo "lei" vem do latim "légere", que significa "ler", dizem LA GRESSAYE e LA-COSTE, trata-se de um texto escrito, feito para ser "lido".

Por ser escrita, distingue-se a lei ("jus scriptum") do "costume jurídico", que é também norma jurídica, mas não escrita ("jus non scriptum").

PROBLEMAS

A conceituação da lei jurídica, com as características que acabamos de expor, é assunto que comporta grandes discussões.

Alguns doutrinadores, exagerando a importância do elemento formal, chegam a considerá-lo suficiente para caracterizar a lei, e desprezam o elemento material ou o conteúdo da norma. Em consequência, desde que um preceito seja aprovado, com as formalidades devidas, pelo órgão legislativo competente, ele é lei; até mesmo no caso de disposições particulares ou individuais, como as que estabelecem a denominação de uma rua, a desapropriação de um imóvel, a concessão de um prêmio. Esse é o pensamento de LABAND e outros. (13)

Inversamente, para outros autores, basta a matéria: "norma geral, abstrata e permanente", para caracterizar uma lei. Nesse sentido, os regulamentos e demais "normas gerais" baixadas pelo Executivo são considerados verdadeiras leis. "Esses regulamentos (os regulamentos autônomos) são verdadeiras leis, escreve BANDEIRA DE MELLO, e como tal devem ser materialmente considerados". (14)

**LEI FORMAL
E LEI
MATERIAL**

Na realidade, ambos os elementos material e formal são necessários para que uma norma seja, em sentido próprio e pleno, uma "lei". Quando lhe faltar um desses ele-

13. Para esses autores o que prevalece é o aspecto "orgânico" (órgão competente), "forma" (a forma e não o fundo ou o conteúdo do preceito) e "subjetivo" (a decisão do "sujeito" ou autoridade individual ou coletiva).

14. "Princípios gerais de Direito Administrativo", n.º 296.

mentos, a norma será uma lei imperfeita. Mais correto será denominá-las “leis meramente formais” ou, como preferem alguns: “leis formais” no primeiro caso. E “leis apenas materiais” ou simplesmente “leis materiais” no segundo.

Entre as leis formais, podem ser mencionadas: 1. as que criam um novo Município, Estado ou Comarca; 2. as que declaram a utilidade pública de uma instituição; 3. as que desapropriam um imóvel ou autorizam sua venda; 4. a chamada lei orçamentária; 5. as que concedem pensão ou cidadania a determinada pessoa; etc. ⁽¹⁵⁾

Pelo contrário, podem ser considerados “leis materiais” os atos do Poder Executivo que contêm normas gerais, abstratas e permanentes, como é o caso comum dos Regulamentos Administrativos, especialmente os Regulamentos Autônomos. ⁽¹⁶⁾

2. O COSTUME JURÍDICO

O costume é a mais antiga das fontes do direito. Nos povos primitivos inexistem normas jurídicas escritas. O comportamento tradicional regula a conduta dos membros da comunidade e constitui a fonte substancial do direito. Com o decurso do tempo, as leis escritas passam a ter predominância na formulação do direito, mas o costume mantém-se, em todos os povos, e constitui em todos uma das fontes formais do direito.

Costume jurídico, direito costumeiro ou direito consuetudinário são suas denominações usuais.

Os romanos, além do termo “consuetudo” (costume), empregavam as expressões “mores”, para indicar os costumes em geral, e “mores maiorum”, para designar os costumes dos antepassados.

É também chamado “direito não escrito” (“jus non scriptum”), em oposição à lei, que é sempre direito escrito. Essa denominação, válida para os tempos antigos em que os costumes se transmitiam apenas oralmente de geração em geração, não é hoje inteiramente correta. Pois, o costume atualmente, é, com frequência, formulado por escrito em repertórios e consolidações que se fazem para sua fixação e provas. ⁽¹⁷⁾ Com maior propriedade, podemos dizer que o direito “consuetudinário” se opõe não ao direito escrito, mas ao direito “legislado”.

Costume jurídico, direito costumeiro ou direito consuetudinário, define COVIELLO, é a norma jurídica que

FONTE
PRIMITIVA

DENOMINA-
ÇÕES

CONCEITO

15. V. COVIELLO, “Doctrina General del Derecho Civil”, n.º 11.

16. V. BANDEIRA DE MELLO, “Princípios gerais de Direito Administrativo”, § 39.

17. Ver, por exemplo, “Assentamentos de Usos e Costumes da Praça do Estado de São Paulo”, feito pela Junta Comercial.

resulta de uma prática geral constante e prolongada, observada com a convicção de que é juridicamente obrigatória. É a "longa, inveterata, diuturna, consuetudo", dos romanos, relativa a determinada situação de fato e observada com a convicção de corresponder a uma necessidade jurídica.

Para que um uso qualquer se transforme num costume jurídico são necessárias duas condições, que são os elementos constitutivos do costume:

ELEMENTOS

1º) Ele precisa ser praticado por longo tempo, de forma constante e geral, aplicando-se a todos os casos compreendidos naquela espécie ("longa, inveterata, diuturna consuetudo"); é o elemento externo ou seja, o uso;

2º) É necessária a convicção de que ele é obrigatório, de que constitui uma regra ou preceito correspondente a uma necessidade jurídica ("opinio necessitatis" ou "opinio juris"); é o elemento interno ou psicológico.

NORMA JURÍDICA

O costume apresenta-se, pois, como verdadeira norma jurídica, cuja principal característica é ser criado espontaneamente pela consciência comum do povo e não editada pelo poder público. Não se confunde, assim, com outras práticas ou usos coletivos, de natureza religiosa, moral ou social, que são seguidos por simples respeito à tradição ou por outras razões de conveniência, mas, sem a convicção de serem juridicamente obrigatórios.

IMPORTANCIA

A importância do costume é, antes de tudo, de caráter histórico, já que foi ele a fonte originária do direito. Como vimos, nos povos primitivos o direito é apenas costumeiro. A lei escrita representa uma fase posterior, mais evoluída da formação jurídica.

Existem, entretanto, ainda hoje, países de direito predominantemente costumeiro, como a Inglaterra, os Estados Unidos e outros, filiados à tradição britânica do "common law".

E, até mesmo nos países de direito predominantemente legislado, o costume tem inegável importância jurídica. Sua eficácia varia, entretanto, conforme o ramo do direito que se considere.

DIREITO COMERCIAL

É maior no Direito Comercial onde, a própria lei determina a aplicação dos "usos e costumes" comerciais, embora, segundo o art. 2º do Regulamento nº 737, só se possa invocar o costume em terceiro lugar, ou seja, depois de se recorrer à lei comercial e à lei civil. Os "usos e costumes" comerciais mais comuns numa determinada praça são periodicamente reunidos em compilações, pelas Juntas Comerciais, e a seguir publicados. Essas compilações e publicações, todavia, não passam de verificação dos costumes já

existentes. Não têm caráter impositivo. A publicação tem por finalidade apenas informar e orientar os interessados sobre os costumes vigentes em determinada praça.

No Direito Penal Moderno o costume não tem acolhida como fonte normativa. Vigora nesse direito o princípio de que não haverá nenhum crime e nenhuma pena, sem lei pré-existente (“*nullum crimen, nulla poena, sine lege*”). Ninguém poderá ser condenado criminalmente com fundamento no costume. É esse um preceito fundamental do Direito Penal que exprime uma garantia dos direitos fundamentais do homem: o seu direito à vida, à liberdade, à integridade física. E o que preceitua o art. 1º do Código Penal: “Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.”

**DIREITO
PENAL**

No Direito Internacional as normas costumeiras têm maior importância, determinada pela inexistência de um Estado mundial, capaz de legislar. O costume, juntamente com os tratados ou convenções internacionais, é fonte formal ou positiva dos direitos e obrigações regulados pelo direito internacional. O costume em Direito Internacional Público, ensina HILDEBRANDO ACCIOLY, é “o conjunto de normas consagradas por longo uso e observadas nas relações internacionais como obrigatórias. Sua obrigatoriedade procede de uma prática geral admitida como lei. Supõe, além disso, uma certa reciprocidade no sentido de que, se um Estado contesta a existência de um costume internacional ou se recusa a aplicá-lo, os demais Estados não são obrigados a respeitá-lo em suas relações com o primeiro”.

**DIREITO
INTERNA-
CIONAL**

Igualmente, no Direito Administrativo, o costume, a praxe administrativa, a reiteração dos casos, servem geralmente de elemento essencial à construção não só da doutrina, mas também da norma jurídica. MERKEL em sua “Teoria Geral do Direito Administrativo”, ressalta a importância do costume na formação do direito administrativo e seu valor como elemento de investigação das fontes jurídicas administrativas.

**DIREITO
ADMINIS-
TRATIVO**

No Direito Civil é raro encontrar-se um costume com o caráter de norma jurídica. É ele admitido, excepcionalmente, para suprir lacunas ou deficiências da lei. O art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil dispõe que: “Quando a lei fôr omissa, o Juiz decidirá o caso de acôrdo com a analogia. os costumes e os princípios gerais do direito”. Em numerosos textos o Código Civil indica essa suplementação pelos usos e costumes. É o caso por exemplo do art. 1.210: “Não havendo estipulação em contrário, o tempo da locação de prédio urbano regular-se-á pelos usos locais”. E o art. 1.218, referindo-se ao contrato de locação de

DIREITO CIVIL

serviços, dispõe: “Não se tendo estipulado, nem chegando a acôrdo as partes, fixar-se-á por arbitramento a retribuição, segundo o costume do lugar, o tempo de serviço e sua qualidade”.

**DUAS
CORRENTES
EXTREMADAS**

Na avaliação da “importância do costume” encontramos, entre as concepções jurídicas, duas correntes opostas. A primeira, representada por aquêles que, como SAVIGNY e JOSEPH DE MAISTRE, acentuam a importância do costume e pretendem, até mesmo, reduzir todo o direito ao costume. A segunda, por aquêles que praticamente negam valor ao costume e reduzem todo o direito à lei, como o fizeram os enciclopedistas e os voluntaristas. Para êsses autores, a lei é um valor absoluto, onipotente e a única fonte das normas jurídicas.

São posições extremadas, que exageram o papel de uma ou outra fonte do direito. Na realidade, cada uma delas tem sua função própria.

VANTAGENS

Com referência à lei, o costume oferece vantagens e desvantagens. A grande vantagem do costume sôbre a lei é a sua adaptação à realidade: o costume corresponde sempre a vida real, senão êle desaparece. Diz IHERING que o costume faz uma “unidade com a vida social”.

As leis permanecem rígidas, enquanto a realidade social evolui. Por isso as normas perdem, muitas vêzes, sua correspondência com a realidade. Nesse aspecto o costume apresenta grande superioridade sôbre a lei, pois êle é dinâmico e mutável.

DESVANTAGENS

Tem êle, também, seus inconvenientes. E o maior dêles é representado por sua incerteza e obscuridade. Enquanto a lei fixa normas em têrmos definidos, o costume não tem uma formulação escrita, fixa e clara. Presta-se, por isso, a maiores dúvidas e insegurança.

ESPÉCIES

Em relação à lei, o costume pode ser das seguintes espécies:

- a) segundo a lei (“secundum legem”);
- b) na falta da lei (“praeter legem”);
- c) contra a lei (“contra legem”).

**“SECUNDUM
LEGEM”**

a) O costume é “secundum legem”, quando a lei a êle se reporta expressamente e reconhece sua obrigatoriedade. Por ex.: o art. 1.192, II, do Código Civil dispõe: “O locatário é obrigado: II — a pagar pontualmente o aluguel nos prazos ajustados e, em falta de ajuste, segundo o costume do lugar”. Vemos, nesse caso, que o preceito consuetudinário, não contido na lei, é por ela reconhecido e admitido com eficácia obrigatória. Muitos outros autores incluem, entre os costumes “secundum legem”, o costume

interpretativo, pois, como diz o Código de Direito Canônico, “o costume é o melhor intérprete da lei”.

b) O costume é “*praeter legem*” quando intervém na falta ou na omissão da lei. Tem caráter supletivo. A lei deixa lacunas que são preenchidas pelo costume, apesar de não referir a ele expressamente. É o que dispõe o já citado art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil quando preceitua que o Juiz decidirá de acôrdo com a analogia, os “costumes” e os princípios gerais do direito, se a lei fôr omissa. Por exemplo, a lei silencia quanto ao modo pelo qual o arrendatário deve tratar a propriedade arrendada; devemos então socorrer-nos dos costumes locais. O cheque visado, de amplo uso no comércio, mas não previsto em lei, é outro exemplo do costume “*praeter legem*”.

“PRAETER
LEGEM”

c) O costume é “*contra legem*” quando contraria o que dispõe a lei. O que pode ocorrer em dois casos: no desuso (“*desuetudo*”), quando o costume simplesmente suprime a lei, que fica letra morta, ou no costume abrogatório (“*consuetudo abrogatoria*”), que cria uma nova regra.

“CONTRA
LEGEM”

O costume “*secundum legem*” e o “*praeter legem*” são aceitos pacificamente pela doutrina, a legislação e a jurisprudência. Quanto à aceitação do costume “*contra legem*”, abre-se no campo do direito grande controvérsia.

As legislações naturalmente negam a possibilidade de um costume contra a lei escrita. É o caso da disposição geral da lei de introdução ao Código Civil: “Não se destinando à vigência temporária, a LEI TERÁ VIGOR ATÉ QUE OUTRA A MODIFIQUE OU REVOGUE” (art. 2º). (18)

Os autores, entretanto, apresentam soluções diferentes, de acôrdo com sua orientação doutrinária.

De um lado, os de tendência racionalista, legicista ou formalista, rejeitam, em geral, a validade de costumes “*contra legem*”, por incompatíveis com a função legislativa do Estado e com a regra de que as leis só se revogam por outras leis.

De outro lado, as escolas de orientação mais histórica, sociológica e realista, (19) sustentam que o costume “*contra legem*”, isto é, aquêle que contraria eficazmente a lei escrita, representa, como diz GASTON MORIN, a “revolta dos fatos contra os Códigos” e constitui o verdadeiro direito positivo da comunidade. Nesse caso, podemos perguntar com

18. No mesmo sentido: Código Civil Argentino: “El uso, la costumbre, o practica no pueden crear derechos, si no quando las leyes se refiran a ellos” (VICENTE RAO, pág. 293) (art. 17, in fine; “nelle materie regolati dalle leggi e dai regolamenti gli usi hanno efficacia solo in quanto sono da essi richiamati, etc” Código Civil Italiano, art. 3º).

19. VICENTE RAO, “O Direito Costumeiro”, pág. 291. No mesmo sentido ver OLIVEIRA VIANNA, “Instituições de Direito Público”.

MACHADO NETO ⁽²⁰⁾ — qual o direito positivo de um povo? A lei, que ninguém segue e os próprios tribunais já não aplicam, ou o costume, que é vivido real e diretamente pelos membros da comunidade jurídica?

3. A JURISPRUDÊNCIA

CONCEITO A palavra “jurisprudência” pode ter, na linguagem jurídica, três significações diferentes:

1. pode indicar a “Ciência do Direito”, em sentido estrito, também denominada “Dogmática Jurídica” ou “Jurisprudência”;

2. pode referir-se ao conjunto de sentenças dos Tribunais, em sentido amplo, e abranger tanto a jurisprudência uniforme como a contraditória;

3. em sentido estrito, “jurisprudência” é apenas o conjunto de sentenças uniformes; nesse sentido, falamos em “firmar jurisprudência” ou “contrariar a jurisprudência”.

É nesta última acepção que se coloca o problema da jurisprudência como fonte do direito.

Podemos, por isso, dizer que jurisprudência, como fonte formal do direito positivo, é o conjunto uniforme e constante das decisões judiciais sobre casos semelhantes. Uma decisão isolada não constitui jurisprudência, lembra CARLOS MAXIMILIANO; é mister que se repita e sem variações de fundo. ⁽²¹⁾

JURISPRUDÊNCIA E SENTENÇA Jurisprudência não se confunde com sentença. Sentença é uma decisão individualizada, aplicável a um caso concreto. Enquanto que a jurisprudência, como fonte do direito, constitui uma norma geral, aplicável a todos os casos idênticos.

COSTUME JUDICIÁRIO Da mesma forma que o costume se forma pela repetição de fatos individuais, a jurisprudência se constitui através de sentenças idênticas. Daí a aproximação que muitos autores fazem entre a jurisprudência e o costume. Alguns chegam mesmo a denominá-la “costume judiciário”, em oposição ao “costume popular”.

O caráter consuetudinário da jurisprudência foi ressaltado por SAVIGNY, no seu “Sistema do Direito Romano”. Nesse sentido, a jurisprudência é obrigatória na medida em que se reveste das características do costume judiciário. E isso se dá com a aceitação comum, reiterada e pacífica,

20. MACHADO NETO, “Curso de Introdução à Ciência do Direito”, página 293.

21. CARLOS MAXIMILIANO, “Hermenêutica e aplicação de Direito”, n.º 198, pág. 226.

por parte dos tribunais, dos preceitos consubstanciados em decisões idênticas.

Há, todavia, certas características que permitem distinguir, com clareza, o costume da jurisprudência:

1. O costume é criação da consciência comum do povo e pode originar-se de qualquer setor da coletividade. A jurisprudência é obra exclusiva de um setor apenas da comunidade: o dos juízes e tribunais.

2. O costume nasce naturalmente, como decorrência do exercício de direitos e obrigações. A jurisprudência decorre de decisões sobre casos em conflito.

3. O costume é espontâneo: a jurisprudência é reflexiva: provém do trabalho de reflexão dos julgadores, que recorrem a noções técnicas e a métodos peculiares de investigação e raciocínio.

A jurisprudência, como a lei, traça uma norma jurídica geral e obrigatória. Mas se distingue da lei por sua maior flexibilidade e maleabilidade. Graças a essa flexibilidade, a jurisprudência desempenha importante papel no esclarecimento dos conceitos gerais da norma legislativa e na sua adequação às peculiaridades dos casos concretos.

O juiz não é o aplicador mecânico das regras legais, mas um verdadeiro criador de direito vivo. Já os antigos observavam que "o juiz é justiça viva", em comparação com a lei, que é a "justiça inanimada".⁽²²⁾

Em algumas matérias, a jurisprudência antecipa-se ao trabalho legislativo, chegando mesmo a abalar conceitos tradicionais. É que ela, como diz PLANIOL, não se alimenta de abstrações; forma-se, ao contrário, no meio dos casos concretos e das realidades.

Foi o que sucedeu, por exemplo, no tocante à retomada do imóvel pelo compromissário comprador. Essa retomada começou a ser uniformemente admitida por juízes e tribunais e, afinal, foi consagrada em texto expresso, pela lei nº 1.300, de 28-12-1950.

22. "Judex est justum animatum", S. TOMAS, II II, 58. 1 ad. 5. ARISTÓTELES, "Ética a Nicômano", livro 5.º, lect. VI. "A regra abstrata e rígida, observou DEL VECCHIO, não pode ter uma correspondência imediata com a complexidade das relações humanas sem que haja um trabalho de adaptação que constitua precisamente a tarefa do juiz. Todo jurista sabe que nada há de mecânico nesta adaptação. Trata-se de uma nova elaboração. Quase uma nova criação da regra a aplicar. E isso permite que se vejam, muitas vezes, no momento da aplicação, novos aspectos da regra que não haviam sido previstos pelo legislador. Com frequência, sobre a base da mesma fórmula legal, realiza-se uma grande evolução de concepções e de instituições jurídicas. Há fórmulas que, embora pareçam permanecer sempre idênticas, na realidade, com o passar o tempo, acabam por adquirir um sentido completamente oposto ao que elas tinham no começo" ("Les problèmes des sources du droit positif", in *Annuaire de l'Institut International de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique*, 1934/1935, ed. Sirey, Paris, pág. 30).

**COSTUME E
JURISPRU-
DÊNCIA**

**JURISPRU-
DÊNCIA
E LEI**

Outro exemplo: o Supremo Tribunal Federal impediu, por meio de *habeas corpus*, durante o estado de sítio, o degredo para lugares desertos ou insalubres; posteriormente, a Constituição de 1934 transformou essa decisão em preceito constitucional (art. 175, § 1º)

Na França, lembra CARLOS MAXIMILIANO, (23) o legislador inspirou-se nas inovações introduzidas pela jurisprudência, nos casos seguintes:

a) Seguro de vida, sobretudo quanto ao abuso de direito dos seguradores;

b) Obrigações Naturais, mormente quanto ao dever do pai de garantir o bem-estar e a independência econômica do filho que se casa;

c) Enriquecimento sem causa, especialmente ampliando o alcance da ação "in rem verso" a tôdas as hipóteses em que um terceiro obtivesse vantagem de sacrifício ou esforço pessoal do Autor;

d) Condições ilícitas, atenuando os efeitos da diferença, fixada por lei, a êsse respeito, entre atos a título oneroso e atos a título gratuito, e desenvolvendo a teoria da causa impulsiva e determinante;

e) Abuso de Direito, além dos casos de seguro de vida, admitindo outros, com referência às relações jurídicas entre vizinhos, e entre patrão e empregado, bem como ao uso de chicana forense;

f) Aplicação do preceito — "a respeito de móveis a posse tem o valor de título"; a jurisprudência vai reduzindo ao mínimo o valor desta regra, deixa amplo arbitrio ao juiz para decidir se a posse é equivocada, e atribui em prol do possuidor presunção simples, isto é, admite qualquer prova em contrário.

**IMPORTANCIA
DA JURISPRU-
DÊNCIA COMO
FONTE DE
DIREITO**

A jurisprudência firma-se e impõe-se na mesma medida do costume: pela sua repetição longa, diuturna, uniforme e constante, e pela "opinio juris et necessitatis".

Embora reconhecida a importância da jurisprudência na formação do direito, divergem os autores e os sistemas jurídicos contemporâneos na apreciação do seu valor. Este é considerável para o direito anglo-saxão, que é um direito costumeiro. No sistema latino, de predominância legislativa, seu papel é menos significativo. Entendem alguns que, como fonte eficaz do direito, êsse papel é praticamente nulo: "Por mais reiterada que seja, a jurisprudência não constitui norma imperativa como fonte normal do direito positivo", afirma WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO (V. "Revista Forense" 76/204). Nenhum juiz está obrigado a

23. Obra citada, n.º 16, pags. 26 e 27.

decidir em determinado caso concreto de acôrdo com a jurisprudência dos Tribunais superiores, por mais firmada que seja. E nada impede que o mesmo tribunal modifique sua jurisprudência, orientando-a em sentido diverso do que vinha sendo seguido até então.

No mesmo sentido, VICENTE RÃO assim sintetiza a doutrina “geralmente aceita dentro da ordem jurídica contemporânea: a lei surge como fonte direta e imediata do direito, seguindo-se-lhe, tão somente, com caráter mediato e direto, o costume. Além dessas, nenhuma outra fonte pode admitir-se, nem mesmo com caráter supletivo. E também se exclui a jurisprudência, isto é, a “auctoritas rerum similiter judicatarum”, porque, por maior que seja a influência dos precedentes judiciais, jamais eles adquirem o valor de uma norma obrigatória e universal, podendo, quando muito, propiciar reformas ou inovações legislativas, como também pode fazer a ciência jurídica”. (24)

Em posição oposta coloca-se a chamada “Escola do direito justo” de H. KANTOROWICS, (25) que sustenta, em nome da justiça e da elaboração social do direito, a validade da jurisprudência, até mesmo contrária ao texto da lei.

Qual a solução objetiva do problema, diante do direito brasileiro atual? Tem nossa justiça alguma competência normativa, no sentido de estabelecer normas gerais e permanentes?

É evidente que nossos juízes não têm, como os antigos magistrados romanos, o poder de baixar “Editos” fixando, ao serem empossados, as regras a ser observadas nos assuntos de sua competência. (26) Entretanto, por preceito constitucional, o Supremo Tribunal Federal tem poderes para editar normas sobre determinados assuntos, como o “processo e julgamento dos feitos de sua competência originária”, e outras matérias indicadas no art. 120, parágrafo único, da Constituição. O que constitui, sem dúvida, uma atribuição normativa. Paralelamente, outros tribunais exercem atribuições análogas, através dos Regimentos e Instruções que elaboram.

No tocante à jurisprudência propriamente dita, isto é, aos julgados uniformes dos tribunais, é incontestável que, de fato, eles atuam como norma aplicável aos demais casos, enquanto não houver nova lei ou modificação na jurisprudência. O modo de interpretar e aplicar a norma jurídica sempre lhe afeta a extensão e o alcance, reconhece VICENTE RÃO, “de tal sorte que, embora subsidiariamente,

24. VICENTE RÃO, “O direito e a vida dos Direitos”, n.º 192, pág. 303.

25. V. CARLOS MAXIMILIANO, obra citada, n.º 76, pág. 99.

26. V. “Direito Romano”, A. CORREIA e SCIASCIA, vol. 1, § 7.

a jurisprudência não deixa de participar no fenômeno de produção do direito normativo". (27)

O reconhecimento da validade e importância normativa da jurisprudência pode ser demonstrado pela criação da "Súmula da Jurisprudência Predominante", do Supremo Tribunal Federal, que é publicada oficialmente, como Anexo ao Regimento daquele Tribunal. Nessa "Súmula", que vigora a partir de 1964, o Supremo Tribunal Federal declara predominante e firme a jurisprudência ali resumida. Não se exclui, porém, a possibilidade de alteração do entendimento da maioria e, sempre que o plenário decidir em contrário ao que constar da "Súmula", será cancelado o enunciado correspondente, até que de novo se firme a jurisprudência no mesmo ou em outro sentido.

A "Súmula" tem relevantes efeitos processuais no acolhimento de determinados recursos, especificados no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. Sua finalidade é, não só, proporcionar maior estabilidade à jurisprudência, mas também facilitar o trabalho do advogado e do Tribunal, simplificando o julgamento das questões mais frequentes.

É, assim, impossível negar à jurisprudência o valor de verdadeira fonte jurídica. E o Supremo Tribunal Federal o confirma ao admitir que "a invariável seqüência dos julgamentos torna-se como que o suplemento da própria legislação" (Revista dos Tribunais, 199/608).

Reconhecendo esse papel da jurisprudência e a importância de sua unificação para a ordem jurídica, as legislações estabelecem normas processuais e de organização judiciária destinadas a promover a unificação da jurisprudência. Estão nesse caso as normas relativas aos recursos de revista, recurso extraordinário e outros. (28)

**PODER
NORMATIVO
DA JUSTIÇA
DO TRABALHO**

No campo de Direito do Trabalho surge modernamente uma nova modalidade de sentença, com o caráter de fonte formal do direito. É o caso das chamadas decisões normativas da Justiça do Trabalho, a que se refere o art. 142, § 1º, da Constituição de 1967: "A lei especificará as hipóteses em que as decisões, nos dissídios coletivos, poderão estabelecer normas e condições de trabalho".

27. Obra citada, n.º 195, pág. 306.

28. "Conceder-se-á recurso de REVISTA nos casos em que divergirem, em suas decisões finais, duas ou mais câmaras, turmas ou grupos de câmaras, entre si, quanto ao modo de interpretar o direito em tese" (art. 853 do Código de Processo Civil); "Compete ao Supremo Tribunal Federal... julgar mediante RECURSO EXTRAORDINÁRIO as causas decididas por outros tribunais ou juizes, quando a decisão recorrida... der à lei interpretação divergente da que lhe haja dado outro tribunal ou o próprio Supremo Tribunal Federal" art. 114, inciso III, letra d da Constituição do Brasil, de 24 de janeiro de 1967). V. MACHADO NETO, "Compêndio de Introdução à Ciência do Direito", pág. 286, A. TORRÉ, "Procedimentos de unificação", obra citada, pág. 324.

É, assim, a própria Constituição que autoriza a Justiça do Trabalho a editar normas, “não a título de interpretação, mas a título de legislação ou de captação técnica dos usos e costumes negociais e de disciplina de cláusulas negociais”. Sem dúvida, não poderão estas normas alterar ou revogar a lei, pois, onde esta dispõe, cessa a competência daquelas: “A lei deixa à Justiça a elaboração de regras sobre certos assuntos e de disposições de ordem negocial, de modo que, por explícita norma constitucional, se reconhece que a Justiça do Trabalho edita regras jurídicas (imperativas, dispositivas ou interpretativas dos negócios jurídicos) e regras dos negócios (cláusula como se costuma dizer), nos casos especificados em lei”. (29)

4. A DOUTRINA

Como fontes formais do direito, citam-se comumente: a lei, o costume, a jurisprudência e a doutrina. Nos parágrafos anteriores examinamos as três primeiras. Resta-nos considerar a doutrina.

CONCEITO

Como conceituá-la?

Segundo a lição de GARCIA MAYNEZ (30), podemos dizer que doutrina é o estudo de caráter científico que os juristas realizam a respeito do direito, seja com o propósito puramente especulativo de conhecimento e sistematização, seja com a finalidade prática de interpretar as normas jurídicas para sua exata aplicação.

Constituirá a doutrina, realmente, uma fonte formal do direito?

Não, responde A. TORRÉ: “é costume enumerar-se a doutrina entre as fontes formais do direito, mas trata-se de um erro, porque a doutrina, rigorosamente falando, é uma fonte material e não formal do direito. (31)

**DOUTRINA
COMO FONTE
DE DIREITO**

Essa questão não pode, entretanto, ser resolvida em termos absolutos e universais. Houve época e sistemas jurídicos em que a doutrina exerceu incontestável função de fonte formal do direito.

Em Roma, no período de ADRIANO, o Imperador deu força obrigatória à opinião de certos jurisconsultos, quando fossem concordantes, isto é, à “communis opinio doctorum”. Nem toda a doutrina possuía força normativa, mas uma parte dela: a opinião de determinados jurisconsultos, quando concordantes, e durante certo tempo.

**EXEMPLOS
HISTÓRICOS**

29. PONTES DE MIRANDA, “Comentários à Constituição”. vol. 1.º, pág. 319.

30. GARCIA MAYNEZ, “Introduction al estudio del derecho” ed. Porrúa, Mexico, 1949, pág. 86.

31. A. TORRÉ, “Introduction al derecho”, pág. 335.

Posteriormente, para resolver os casos de controvérsia entre os autores, foi editada a chamada "Lei de citações" (ano 426 p. C.), que atribuiu obrigatoriedade às opiniões de PAPINIANO, GAYO, PAULO, ULPIANO e MODESTINO. Nos casos de divergência, devia seguir-se a opinião da maioria. E, em última hipótese, a de PAPINIANO. Essa lei foi revogada no século VI pelo Imperador JUSTINIANO.

De forma semelhante, algumas legislações medievais, e até mesmo modernas, admitiram expressamente como fonte subsidiária da lei a obra de alguns autores. Assim dispunham, por exemplo, as Ordenações Afonsinas, em relação às opiniões de BARTOLO e ACÚRSIO.

ATUALMENTE

Atualmente, as legislações não contêm disposição semelhante. Mas, de outra parte, a doutrina vem ganhando importância cada vez maior na formação do direito, seja através das construções teóricas e elaborações doutrinárias, que atuam sobre a legislação e a jurisprudência, seja pela investigação e descoberta de novas fontes, como os usos sociais obrigatórios e a multiplicidade de ordenamentos jurídicos no dinamismo real das sociedades modernas. É na obra dos juristas que se encontram a origem de inúmeras disposições de lei e a inspiração de julgados que inovam e aperfeiçoam o direito, na sua perpétua procura da justiça. É o caso das teorias da imprevisão, do abuso de direito, do direito social e de muitas outras que tiveram papel decisivo nas transformações do direito moderno.

GASTÃO MORIN desenvolveu esse tema, em estudo apresentado ao Congresso do Instituto Internacional de Filosofia de Direito e de Sociologia Jurídica, dedicado ao "Problema das fontes do direito positivo".⁽³²⁾

Nesse trabalho podem encontrar-se outros aspectos da contribuição da doutrina para a elaboração do direito positivo e a confirmação de seu papel como fonte do direito.

5. O PROBLEMA DAS FONTES NÃO ESTATAIS

NORMAS NÃO ESTATAIS

Ao lado das normas jurídicas elaboradas pelo Estado, existem outras normas, efetivamente obrigatórias e exigíveis, de origem não estatal. São elaboradas pelos diferentes grupos sociais e destinadas a reger a vida interna desses grupos.

Em nossa "Introdução à Ciência do Direito", examinamos essa matéria, sob aspectos diferentes.⁽³³⁾

32. GASTON MORIN, "Le rôle de la doctrine dans l'élaboration du droit positif", em "Annuaire de l'Institut de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique", ed. Sirey, Paris, pág. 84. segs.

33. V. vol. 1.º, Primeira Parte, cap. II, § 2.º, n.º 45 e vol. 2.º, Quinta Parte, cap. III, § 2.º

Esses ordenamentos jurídicos, elaborados por outros grupos sociais e não pelo Estado, constituem também fontes do direito, embora com caráter subsidiário e, em regra, desde que não colidam frontalmente com a legislação em vigor.

Estão nesse caso, entre outros:

1. o direito estatutário;
2. o direito esportivo;
3. o direito social nas relações de trabalho;
4. o direito religioso ou eclesiástico;
5. o direito costumeiro nas relações internacionais.

1 — DIREITO ESTATUTÁRIO: É constituído pelos estatutos, regulamentos, instruções e outras normas elaboradas por grupos ou instituições sociais, como direito autónomo, para regular o funcionamento de seus órgãos e sua atividade interna.

**DIREITO
ESTATUTÁRIO**

É o caso do direito interno, das associações, empresas, fundações, universidades etc. ⁽³⁴⁾

2 — O DIREITO ESPORTIVO: É o conjunto das normas que regulam a atividade esportiva, elaboradas pelas próprias organizações de esporte.

**DIREITO
ESPORTIVO**

Esse direito se diversifica de conformidade com os diversos ramos do esporte: futebol, atletismo, natação, remo etc. Em alguns setores, tal sistema normativo — sempre com força obrigatória na respectiva comunidade — consta de costumes ou de preceitos escritos expressamente aprovados pelas organizações competentes. Com frequência, tais normas apresentam-se sistematizadas em Códigos e sua vigência garantida pela atuação de Tribunais Esportivos, incumbidos da aplicação de penalidades aos transgressores. Na literatura jurídica existem hoje diversos estudos dedicados ao direito esportivo. E, por iniciativa da Universidade Nacional do México, realizou-se naquele país, em 1968, o “Primeiro Congresso Internacional de Direito do Esporte”. ⁽³⁵⁾

3 — O DIREITO SOCIAL DO TRABALHO, também chamado direito operário, é constituído pelo conjunto de normas que regulam as relações entre empregados e empregadores e as condições de trabalho. Esse direito foi, em grande parte, principalmente na Europa e nos Estados Unidos, elaborado pelas próprias organizações representativas

**DIREITO
SOCIAL DO
TRABALHO**

34. Sobre o direito estatutário, v. GURVITCH, “Théorie pluraliste des sources du droit positif”, in “Le problème des sources du droit positif”, ed. Sirey, Paris, 1934; V. RAO, “O direito e a vida dos direitos”, 1.º volume, n.º 213; A. LEGAL et B. de LA GRESSAY, “Le pouvoir disciplinaire dans les institutions privées”, ed. Sirey, Paris, 1938; LUIZ JOSÉ DE MESQUITA, “Direito disciplinar do trabalho”, ed. Saraiva, 1950.

35. “Primer Congreso Internacional de Derecho del Deporte”, México, D.F., 1968.

dos interessados. As associações ou sindicatos de empregados e empregadores, através de acordos e contratos coletivos, foram estabelecendo normas que passaram a regular, com força obrigatória, a relação de emprego e as condições de trabalho em cada categoria profissional. Foram os próprios interessados, e não os Estados, que elaboraram essas normas. Como observa GURVITCH, o direito do trabalho é caracterizado, antes de tudo, pelo papel crescente do direito extra-estatal, que emana diretamente dos grupos representativos dos interessados e de seus acordos. (36)

No Brasil, o processo foi diferente. Em sua maior parte o direito do trabalho foi outorgado pelo Poder Público. Mas, como demonstra OLIVEIRA VIANA, no estudo sobre "Instituições Políticas Brasileiras", temos também a ocorrência de um direito social-operário em muitos setores de nossa realidade social. (37)

DIREITO RELIGIOSO

4 — O DIREITO RELIGIOSO. A Igreja Católica, e as demais comunidades religiosas, Protestantes, Israelita e outras, estão constituídas com regimes jurídicos próprios, que têm por objeto fundamental a matéria espiritual. O sistema de normas que rege a organização e funcionamento dessas comunidades, assim como as relações com os respectivos fiéis, constitui o direito religioso. Este, muitas vezes, como no caso do Direito Canônico, é sistematizado e codificado.

Esse direito é elaborado não pelo Estado, mas pelas diferentes comunidades religiosas e constitui mais um caso representativo do direito não estatal.

Como escreveu LACERDA DE ALMEIDA, "assim como as associações, por mais variados que sejam a sua organização, objeto e fins, estão dentro da esfera do Direito Comum, o que se compadece com o regime de tôdas; assim também a Igreja, apesar de seu caráter soberano, apesar de sua constituição especial, de seus Cânones e Direito Privado,

36. V. GURVITCH, "Le temps présent et l'idée du droit social", ed. J. Vrin, Paris, 1932, cap. 1.º, págs. 13 e segs.

37. "Outro setor costumeiro, cujo descobrimento foi para mim uma verdadeira surpresa, é o do nosso direito social operário. Del com esta chamada, ou esta subestrutura jurídica popular, quando tive que presidir, pela natureza das funções que exercia no Ministério do Trabalho, algumas das inúmeras comissões constituídas para a regulamentação dos horários de trabalho das nossas diversas atividades profissionais: — e o que deparamos, os meus companheiros e eu, foi todo um complexo de normas e regras, militante, vivaz, estuante de vida e sangue, objetivando em usos, tradições, praxes, costumes e mesmo instituições administrativas officiosas. Era todo um vasto sistema, que regulava as atividades das obscuras massas do trabalho, a vida produtiva de milhões de brasileiros, mas cuja existência os nossos legisladores não haviam sequer pressuposto. Sistema orgânico de normas fluídas, ainda não cristalizadas ou ossificadas em códigos, mas, tôdas provindas da capacidade criadora e da espontaneidade organizadora do nosso próprio povo-massa, na sua mais autêntica expressão." OLIVEIRA VIANA, "Instituições políticas brasileiras", ed. José Olympio, 1949, 1.º vol. Prefácio, p. 15.

pode com a sua constituição, seu Direito Privado e Cânones estar sujeita ao Direito Comum, sem que o Estado veja nesse Direito particular dela, no Direito Canônico, outra coisa mais que o Direito social da Igreja, sua economia interna como associação, seu estatuto, o modo de ser da coletividade Igreja. Dêste ponto de vista será fácil solver dificuldades que se possam afigurar ao julgador ou intérprete em face dos dois Direitos".⁽³⁸⁾

5 — O DIREITO COSTUMEIRO NAS RELAÇÕES INTERNACIONAIS: o direito constituído pelos usos e costumes internacionais, com fôrça obrigatória, bem como as regras editadas pelos organismos internacionais, constituem outras manifestações de direito não estatal.

**DIREITO
COSTUMEIRO
INTERNACIONAL**

Essas regras não estatais têm sido amplamente estudadas por juristas e sociólogos como GENY, GURVITCH e outros, e interessam de perto à Sociologia Jurídica e ao Direito Moderno.

PURVITCH observa que êsse direito não estatal pode existir dentro do Estado, ao lado do Estado e acima do Estado. Dentro do Estado, como o direito estatutário ou o direito operário. Ao lado do Estado, como o direito canônico, que dispõe sôbre matéria espiritual, enquanto o Estado regula a atividade temporal. Acima do Estado, como os usos e costumes internacionais.

Outros autores, entretanto, não admitem que se denomine "direito" a êsses ordenamentos jurídicos não estatais. Defendendo a tese do "monismo jurídico", negam aos ordenamentos não elaborados pelo Estado qualquer caráter jurídico. Afirmam que só há um ordenamento jurídico: o estatal. Recusando o pluralismo jurídico, êsses autores admitem apenas um sentido estrito da palavra "direito": o direito elaborado pelo Estado.

**MONISMO E
PLURALISMO
JURÍDICO**

Todavia, embora as normas elaboradas ou aprovadas formalizadamente pelos órgãos do Poder Público constituam o grau mais elevado e mais perfeito de formação do direito positivo, seria contrário ao espírito científico considerar como inexistentes as demais formações jurídicas que surgem no seio da sociedade, têm vigência efetiva e se desenvolvem continuamente ao lado das leis do Estado.

Mesmo porque, como observa DEL VECCHIO, as diferentes manifestações do direito ligam-se tôdas a essa fonte única, essencial e permanente, que é o espírito humano.

38. LACERDA DE ALMEIDA "Das pessoas jurídicas", ed. Rev. dos Tribunais, Rio, 1905, § 14, pág. 127.

6. AS FONTES MATERIAIS: A REALIDADE SOCIAL E OS VALORES JURÍDICOS

CONCEITO DE FONTE MATERIAL

Ao lado das fontes formais, que são os modos de expressão do direito, devemos distinguir as **fontes materiais**, que geram o conteúdo ou a matéria do direito. Fontes materiais, diz A. TORRÉ, são os elementos e fatores que determinam o conteúdo das normas jurídicas. E GARCIA MAYNEZ explica gráficamente a relação entre as fontes materiais e as formais, dizendo que estas constituem o canal por onde correm e se manifestam aquelas. (39)

Nesse sentido, duas são as fontes principais, que fornecem, ao legislador e ao aplicador da lei, os elementos relativos à matéria ou conteúdo das normas jurídicas. São elas:

1. a realidade social ou os dados de fato, que contribuem para a formação do direito (elemento sociológico).
2. **os valores**, que o direito procura realizar, sintetizado no conceito de justiça (elemento axiológico).

REALIDADE SOCIAL

A realidade social é fator básico na elaboração do direito. Ela é representada, em primeiro lugar, pelos problemas econômicos, culturais, políticos, sociais, que o direito deve resolver. E, além disso, pelas condições sociais, de ordem econômica, política, cultural, natural, etc., que atuam sobre as soluções adotadas. Entre os chamados "fatores sociais do direito" podemos mencionar:

ECONÔMICA

1. **O fator econômico:** sua influência é poderosa em todo o direito. Algumas correntes, como a do materialismo histórico, entendem mesmo que a organização econômica constitui a "infra-estrutura" de toda a sociedade e é capaz de explicar, em última instância, todas as demais manifestações sociais, como o direito, a política, a cultura, a religião, que constituiriam a "superestrutura" da sociedade.

Sem discutir, no momento, o caráter absoluto ou não dessa influência, é inegável que o fator econômico atua

39. GARCIA MAYNEZ, "Introducción al estudio del Derecho", pág. 66.

poderosamente na elaboração e transformações das normas jurídicas. G. RIPERT descreve em seu estudo sobre os “Aspectos jurídicos do capitalismo moderno” (40) uma série de modificações no ordenamento jurídico contemporâneo, decorrentes das novas realidades econômicas e, especialmente, da Revolução industrial, que determinou o aparecimento de novos ramos do direito, como o direito do trabalho, e das sociedades anônimas, da propriedade industrial, etc. Como exemplo significativo dessa influência, em relação a um fato isolado, os autores costumam citar o “crack” da Bolsa de Nova Iorque, em 1929, que provocou o fenômeno conhecido por “Grande Depressão”, causando pânico, crises e falências em bancos, comércio, indústrias. Resultado: nova legislação determinando a intervenção do Estado no campo econômico, leis limitando preços, restringindo a liberdade contratual e o exercício do direito de propriedade, num país onde predominava o liberalismo econômico e a concepção individualista da propriedade.

2. **O fator religioso:** é decisiva sua influência no direito de família e em outros ramos do direito. Houve tempo em que não se distinguiam normas religiosas e normas jurídicas. Em sua “História do direito nacional” MARTINS JÚNIOR menciona o direito canônico como um dos três troncos, que ao lado do direito romano e do antigo direito germânico, deram origem ao direito moderno. (41) Ainda hoje essa influência é patente.

RELIGIOSA

A Constituição Federal de 1967, mantendo a tradição brasileira e cristã, quanto à indissolubilidade do vínculo consagrada nas Cartas de 1934, 1937 e a de 1946, igualmente declara no § 1º do art. 175, que o “casamento é indissolúvel”.

A atual Constituição Federal, seguindo a mesma orientação da de 1946, dispõe nos §§ 2º e 3º do citado artigo 175:

“O casamento religioso equivalerá ao civil, se observados os impedimentos e as prescrições da lei, assim o requerer o celebrante ou qualquer interessado, contanto que seja o ato inscrito no registro público.”

40. GEORGE RIPERT, “Aspectos jurídicos do capitalismo moderno”, ed. Freitas Bastos, Rio (1947).

“O casamento religioso celebrado sem as formalidades dêste artigo terá efeitos civis se, a requerimento do casal, fôr inscrito no registro público, mediante prévia habilitação perante a autoridade competente.”

MORAL 3. **O fator moral:** o fator moral está quase sempre ligado ao religioso. Difícil seria separar-se a moral dominante no Ocidente do Cristianismo.

Na Sociedade moderna, em que o direito está secularizado, pelo que RIPERT denomina de “princípio de laicidade”, foi a **religião substituída pela moral**, que influi na elaboração, interpretação e aplicação do direito.

Aspectos importantes dessa influência foram examinados por RIPERT em seu estudo sôbre “A regra moral nas obrigações civis”.

POLÍTICA 4. **O fator político:** Como negar a influência dos fenômenos políticos do direito? As monarquias e as repúblicas, as ditaduras e as democracias, o absolutismo e o feudalismo são acompanhados de um direito próprio.

O liberalismo ditou, em matéria contratual e na de propriedade, os preceitos consagrados no Código de Napoleão. O socialismo soviético estrutura todo o direito russo — não só o público, como também o privado. Entre nós, cada modificação política — Revolução de 1930, Golpe de 1937, Revolução de 1964 — tem sido acompanhada de nova Constituição e profundas modificações na legislação comum.

NATURAL 5. **Os fatores naturais:** Quantas vêzes uma sêca prolongada, a geada, um terremoto ou outros fenômenos naturais provocam legislações destinadas a proteger a produção agrícola ou outros direitos, dilatando prazos legais e contratuais. Fatores naturais permanentes, como o clima, os meios de navegação, a configuração ou a natureza do território, a raça, a flora, a fauna, constituem elementos importantes na elaboração e aplicação de normas escritas ou do direito costumeiro.

41. MARTINS JÚNIOR, “História do Direito Nacional”: “Quem, do pináculo da civilização hodierna, estende o olhar para o passado procurando ver os grandes marcos da estrada do direito, os monumentos que serviram à edificação da moderna Cidade Jurídica, encontra imediatamente diante de si três grandiosas construções legislativas. São elas o “Corpus Juris Romani”, o “Corpus Juris Germanici” e o “Corpus Juris Canonici” (pág. 37).

Ao lado dos fatores indicados, que representam a “realidade social”, fizemos referência aos “valôres”, isto é, à justiça e aos princípios gerais do direito, como fontes materiais do ordenamento jurídico.

O papel da justiça, como fonte material das normas jurídicas, é reconhecido pelo atual direito brasileiro?

Não há dúvida que nossa legislação contém freqüentes referências à justiça, como critério inspirador de nosso direito. A começar pela Constituição, que em diversos pontos refere-se à “justa indenização” (art. 161), à “justiça social” (art. 160), “justa distribuição da propriedade” (art. 153, § 34).

Mas haverá alguma disposição geral que autorize o intérprete ou o aplicador da lei a recorrer aos critérios que informam o conceito de justiça?

Ao dispor sobre as regras gerais de aplicação das normas jurídicas, a Lei de Introdução ao Código Civil determina: “Quando a lei fôr omissa, o juiz decidirá o caso de acôrdo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito” (art. 4º). Outras legislações, como a italiana, a argentina, a mexicana, etc. (42) fazem igualmente expressa referência aos “princípios gerais de direito” ou aos “princípios gerais do ordenamento jurídico”.

Quais são êsses princípios?

Sobre o assunto diverge o entendimento dos tratadistas. VICENTE RAO (43) arrolando as diversas doutrinas, assim enumera as havidas por principais:

a) os princípios gerais do direito correspondem aos do direito natural (BRUNETTI, DEL VECCHIO e outros);

b) são princípios que se equiparam aos ditados pela equidade (BORSARI, GIORGI, etc.);

c) são os que decorrem da natureza das coisas (GENY, ESPÍNOLA, etc.);

42. V. VICENTE RAO, “O direito e a vida dos direitos”, n.º 196, págs. 307 e 308.

43. Obra citada, n.º 199, págs. 310 e 311.

d) são os de caráter universal, ditados pela ciência e pela filosofia do direito (BIANCHI, PACCHIONI, BEVILACQUA, etc.);

e) são, para cada povo, os resultantes de seu sistema jurídico (ex. art. 12 do Código Civil Italiano; FADDA e BENSANA, nota ao § 23, vol. I, das Pandectas de WINDSCHEID, etc.).

Entretanto, na base dos diversos aspectos indicados no texto — direito natural, equidade, natureza das coisas, princípios universais da ciência do direito ou resultantes do sistema de cada povo — existe um elemento comum, aceito expressamente por todas as doutrinas indicadas. Esse elemento é a justiça, cuja estrutura não é apenas formal, mas contém exigências precisas, decorrentes da dignidade e da natureza social da pessoa humana. A justiça, em sua acepção mais ampla, (44) está na base de todas as instituições jurídicas. A ela se reduzem os princípios gerais do direito. Como ensina A. TORRÉ, “Comumente, na falta de um preceito expresso ou de leis análogas, as legislações remetem o intérprete aos princípios gerais do direito, isto é, aos princípios da justiça, como fonte última a que se deve recorrer para integrar o ordenamento jurídico”. (45)

A justiça é a pedra angular de todo o edifício jurídico, disse DEL VECCHIO, retomando a conhecida observação de GENY: “No fundo, o direito não encontra seu conteúdo próprio e específico, senão no conceito primário e fundamental de “justo”. Em todas as normas jurídicas, de forma mais ou menos perfeita, está presente essa exigência fundamental de justiça. Como vimos, em outro estudo, (46) é a justiça que dá sentido ao direito e explica o conteúdo essencial das normas jurídicas.

44. Como relação fundamental de intersubjetividade, a justiça é a exigência de que se dê, a cada pessoa ou comunidade, o que lhe é devido, segundo uma relação de igualdade, simples ou proporcional. “A essência da justiça consiste em dar a outrem o que lhe é devido, segundo uma igualdade”, S. TOMÁS, II II.

45. ABELARDO TORRÉ, “Introduction al derecho”, n.º 70, pág. 367.

46. ANDRÉ FRANCO MONTORO, “Introdução à Ciência do Direito”, Vol. 1.º, n.º 22, págs. 39 s.; pág. 50, n.º 60, pág. 113; n.º 74 e 75, págs. 147 s.; n.º 91, pág. 169 s.