

# As Fontes do Direito no Pensamento de Miguel Reale

Antônio Raimundo Barros de Carvalho

(Mestre em Direito Constitucional pela PUC/SP; professor na Universidade Federal do Amazonas; Centro Integrado de Ensino Superior da Amazônia – CIESA – e Escola da Magistratura do Estado do Amazonas)

Sumário: 1 – Introdução. 2 – O racionalismo jurídico. 3 – O empirismo jurídico. 4 – As fontes do direito positivo no pensamento de Miguel Reale. 5 – A lei. 6 – A jurisprudência. 7 – O direito consuetudinário. 8 – A autonomia da vontade. 9 – Conclusões.

## 1. Introdução

Desenvolvendo as teses para construção do tridimensionalismo concreto, entende Miguel Reale que o direito positivo se constitui pela reunião de três entes, quais sejam: valor, fato e norma. O legislador afere os valores existentes em determinada sociedade e incorpora os fatos. Da união de valores e fatos, surgem diversas proposições normativas. Em seguida, pela escolha do detentor do poder, transforma uma dessas proposições normativas em norma jurídica.

Os fatos e valores condicionadores da positividade da norma jurídica sofrem alteração no momento da aplicação pela inclusão de novos fatos e valores reclamados pela evolução da sociedade, inclusive as palavras usadas nos textos normativos são alteradas por força de novos fatos e de novos valores.

O normativismo concreto de Miguel Reale apresenta as seguintes características: a) é modelo operacional que regula comportamentos possíveis previstos no ordenamento jurídico; b) os conteúdos das normas jurídicas são integrados por fatos e valores extraídos de determinada sociedade, e; c) novos fatos e valores influenciam o momento de aplicação da norma jurídica.

Para o mestre do tridimensionalismo concreto, a fonte formal do direito é a única via possível de inovar na ordem jurídica.

## 2. O racionalismo jurídico

A fonte do conhecimento produzido exclusivamente pela mente humana denomina-se racionalismo. Esta forma de conhecimento se apóia nas ciências exatas e no método dedutivo para criar todas as modalidades de pensamento condicionadoras do progresso da humanidade.

Desde a Antiguidade, a ciência do direito incorporou o pensamento racionalista.<sup>13</sup> Na Roma Antiga, o direito primitivo era formado por um conjunto de regras consuetudinárias de caráter religioso e místico. As leis escritas tinham importância secundária, destinando-se a reafirmar os usos e costumes, corrigir eventuais abusos de interpretação e estabelecer regras para o funcionamento da administração. As regras escritas formavam o *jus civile*.

O espírito expansionista dos romanos motivou a formação de relações com outros povos. Daí a necessidade da elaboração de leis escritas para regular eventuais conflitos entre estrangeiros e romanos. Essas leis escritas receberam o nome de *jus gentium*.

Os pretores romanos nos séculos II e III a.C., com a finalidade de suavizar os rigorismos dos *jus civile* e do *jus gentium*, indicavam por escrito, no início de cada ano forense, os procedimentos e as regras que iriam aplicar. Desta prática se originou o Direito escrito.<sup>14</sup>

O apogeu do racionalismo somente ocorreu por época da Revolução Francesa. O movimento francês, com fundamento no direito natural e adotando formas matemáticas, produziu a lei escrita com conteúdo de generalidade e abstração. Acreditavam os revolucionários que as idéias produzidas em gabinete à maneira matemática, isto é, exclusivamente do raciocínio, eram aptas para estabelecer segurança e bem-estar. Os racionalistas franceses ainda pretendiam que as idéias professadas se revestissem de universalidade e vislumbravam o homem como um ente individual e abstrato. O racionalismo francês produziu a Constituição de 1789, bem como os códigos da era napoleônica.

13 PADOVANI, Humberto e CASTAGNOLA, Luiz. *História da Filosofia*. 13.ª ed., São Paulo: Ed. Melhoramentos, p. 93 a 105. Esclarecem que Parmênides desenvolveu as primeiras idéias atribuindo a razão como fonte única de forma de conhecimento. No século XVI a tese foi retomada por Descartes, Leibnitz, Espinoza e Wolff.

14 A lei foi enormemente utilizada em Roma. Cita-se, como exemplo, a codificação de Adriano, as compilações de Gregoriano e as Institutas de Justiniano entre outras.

A lei escrita se apresenta como instrumento de controle social reguladora da conduta humana. Produzida pelo Parlamento, a lei escrita não contém lacunas, cabendo ao magistrado encontrar no interior do ordenamento jurídico todas as soluções controvertidas. O racionalismo jurídico apresenta as seguintes características: a) a lei escrita constitui fonte única e exclusiva do direito positivo editada pelo Parlamento com conteúdo de generalidade e abstração b) o intérprete encontra sentido da norma por meio de recursos lógicos e dedutivos extraídos exclusivamente do interior do ordenamento jurídico; c) o magistrado diante da resolução de uma controvérsia, deve manter absoluta neutralidade d) a linguagem usada nos textos possui um único sentido, e e) os eventuais conflitos de normas são superados pela técnica oferecida pela teoria do ordenamento jurídico.

### 3. O empirismo jurídico

Entende-se por empirismo a corrente do pensamento que privilegia os fatos sociais e a experiência como fonte única do conhecimento humano. É o aprendizado colhido pela observação da realidade manifestada por práticas habituais.

O empirismo jurídico já era praticado pelos romanos ao afirmarem que o direito positivo nasce dos fatos. Sustentavam que os fatos produzem o direito positivo por intermédio de nexos de causalidade<sup>15</sup>. O desenvolvimento do empirismo jurídico se deu na Alemanha pela escola romântica como forma de reação ao pensamento racionalista. O movimento se estendeu na política, na religião, na literatura e, sobretudo, no direito. Denomina-se romântico, porque prega o aspecto emotivo e poético, o retorno à concepção histórica, ao tradicional e ao espontâneo, predominando as ações concretas através dos usos e costumes nacionais.

Coube a Gustavo Hugo desenvolver as primeiras teses da escola que, posteriormente, influenciou Savigny. Em obra publicada em 1797, sob o título *Do Tratado do Direito Natural como Filosofia do Direito*

15 REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 16.<sup>a</sup> ed., São Paulo: Saraiva, 1994, p. 92.

*Positivo*, sugere que a Alemanha copie o modelo romano e anglo-saxônico e construa seu direito positivo com base nos usos e costumes nacionais. Em outra obra, *São as Leis as Únicas Fontes das Regras Jurídicas*, demonstrou que o nascimento do direito e da linguagem são espontâneos. Contudo reconhece que o direito e linguagem sofrem transformações naturais impostas pela necessidade de cada coletividade.

No mesmo ano, Thibaut lançou um pequeno trabalho intitulado *Da necessidade de um direito civil comum para a Alemanha*, no qual sustenta a obrigatoriedade da elaboração de um código para regular as relações sociais do povo tedesco. Nesta época, a Alemanha era dividida em pequenos Estados, circunstância que favorecia a aplicação de vários direitos estrangeiros, como Justiniano, o romano, o francês e o canônico que, a cada momento, sofriam influências pelos usos e costumes locais.

Argumentava Thibaut que o código alemão devia guiar-se pelo modelo francês de 1804. Vale dizer, seguir idéias racionalistas e originar-se da autoridade estatal. Apontava que a codificação traria vantagens à Alemanha, porque privilegiaria a clareza e a precisão de suas regras, bem como estabelecia previsão para todos os componentes sociais. Ademais, unificaria a Alemanha.

No mesmo ano, Savigny escreveu um panfleto intitulado *Da vocação de nosso templo para a legislação e a jurisprudência*, contrariando os argumentos de Thibaut. Pensava Savigny que, naquele momento, a codificação se revelava inadequada pelo fato de o povo alemão não possuir maturidade necessária para compreender e absorver as idéias de um código tipo racionalista. A legislação alemã se encontrava em fase de decadência e a codificação, ao invés de trazer certeza e segurança na verdade, constituir-se-ia em obstáculo para sua evolução.

Acreditava Savigny que todos os bens existentes na natureza eram seres vivos e conseqüentemente possuíam alma. Esta se apresentava com caráter psicológico encontrado em cada povo, inclusive na nação. Daí a idéia de alma nacional (*volksgeist*), que se revelava na fonte exclusiva do direito positivo.

O empirismo alemão produziu, por necessidade circunstancial, o direito escrito do tipo racionalista e, por obra da doutrina, gerou os usos e costumes nacionais instituindo as bases do direito moderno.

#### 4. As fontes do direito positivo no pensamento de Miguel Reale

O autor não vê consistência na distinção realizada pela doutrina tradicional em classificar as fontes do direito em material e formal. Considera que fonte material são questões de natureza sociológica (econômicas, demográficas, religiosas, raciais) ou de natureza filosófica (justiça, liberdade, segurança). A verdadeira fonte do direito é de natureza formal, que consiste na formalização de processos adequados para positividade (vigência e eficácia) de cada espécie de modelo jurídico.

Revela-se de fundamental importância a compreensão dos termos, estrutura e modelo para o domínio da teoria das fontes do direito. No mundo da cultura, estrutura significa aferição da realidade histórica e social concreta existente em determinada sociedade. Os dados extraídos da sociedade se interpenetram, formando uma unidade lógica e dinâmica. Enquanto modelo, implica a idéia de projeto, planificação lógica, previsão normativa de fatos e valores, *a representação simbólica e antecipada dos resultados a serem alcançados por meio de uma seqüência ordenada de medidas ou prescrições*<sup>16</sup>. De maneira que a estrutura histórica e social projeta fatos e valores condicionadores dos conteúdos dos modelos jurídicos. Estes são espécies do gênero estrutura.<sup>17</sup>

Aponta o autor a existência de duas espécies de modelos, a saber: os modelos jurídicos e os modelos hermenêuticos.

Os modelos jurídicos nascem do entrelaçamento de fatos e valores. Os valores incidem sobre os fatos sociais. Estes, por sua vez, produzem diversas proposições normativas, cabendo ao poder eleger a unidade que transformará em norma jurídica. Os modelos jurídicos se caracterizam pela prescritividade que emerge da manifestação de vontade do Poder Legislativo, do Poder Judiciário, do Poder Social e do Poder Negocial.

16 REALE, Miguel. *Fontes e modelos do direito. Para um novo paradigma hermenêutico*. 1.ª ed. 2.ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 40.

17 Idem. *Ibidem*, p. 05.

## 5. A lei

Santo Agostinho classifica as leis em: a) eterna, proveniente de Deus, cuja finalidade consiste em regular todas as atividades existentes na Terra; b) natural, deriva da consciência humana, de caráter ético, permitindo ao homem distinguir o certo do errado e o justo do injusto; e, c) humana, destinada a regular as condutas não previstas pela lei natural. A lei humana varia no tempo e no espaço, tendo a finalidade de assegurar a paz para que os homens cumpram sua missão na face da Terra.

São Tomás de Aquino considera que o mundo é governado por três espécies de lei: a) eterna, que regula todos os seres, sejam racionais ou irracionais existentes na natureza; b) natural, extraída da lei eterna inata ao homem, dependendo do livre arbítrio e consiste, em última análise, em o homem fazer o bem e evitar o mal; c) humana, que surge da lei natural por intermédio de duas maneiras: por via de conclusão extraída dos primeiros princípios ou mediante regulação de casos não previstos. A lei humana se destina a manter a paz e a justiça pela utilização da força, caso seja necessário.

A leis humanas, nos países que adotaram o sistema romanístico, são provenientes do Parlamento, obedientes a procedimento previamente estabelecido para inovar na ordem jurídica. As leis somente adquirem vigência, fundamento e eficácia se ultrapassarem todas as etapas previstas no procedimento.

No Brasil, a matéria se encontra prevista nos arts. 61 a 69 da Constituição sob o título “Das leis”. O processo de formação das leis no ordenamento jurídico brasileiro exige a participação dos Poderes Legislativo e Executivo. No âmbito do Poder Legislativo existe a fase de iniciativa do projeto de lei, podendo ser apresentado tanto pelo presidente da República, deputado ou senador, quanto por uma parte da população. Em seguida, o projeto da lei se submete ao crivo da discussão, votação e aprovação. Terminadas essas etapas o projeto de lei, será remitido ao Poder Executivo para as demais fases, que consistem no veto ou na promulgação e a publicação.

## 6. O direito consuetudinário

A forma mais antiga de fonte do direito é o costume. Origina-se pela repetição de condutas que, aos poucos, adquire caráter de obrigatoriedade. Costume (consuetudo, mores maiores) caracteriza-se pela forma não escrita, tendo como requisitos fundamentais a generalidade, o uso repetido e o conhecimento difundido por toda a coletividade. Não basta a repetição dos usos e costumes para formar o direito consuetudinário. Exigem-se práticas reiteradas da conduta acompanhada da certeza e convicção jurídica que conduza a obrigatoriedade. Vale dizer, os usos e costumes, para se transformarem em direito consuetudinário, necessário se torna a convicção jurídica de certo e determinado modo de agir empregado na sociedade. O elemento subjetivo deve incidir sobre a prática de condutas lícitas. Não se admitem os usos e costumes de condutas que contrariem a moralidade da sociedade para transmudarem-se em direito consuetudinário.<sup>18</sup>

A força da convicção jurídica e a prática de condutas lícitas constituem os fundamentos para a formação do direito consuetudinário.

Existem três modalidades de costumes: a) *secundum legem* forma-se de acordo com as leis; b) *praeter legem* surge na ausência da lei visando preencher os vácuos normativos, e c) *contra legem* quando conflitam com as normas existentes no direito positivo.

Com relação à prova dos costumes, esclarece Miguel Reale<sup>19</sup> que o direito costumeiro se submete a três possíveis argumentos doutrinários: a primeira corrente com supedâneo no brocardo *iura novit curia* defende que o direito consuetudinário se presume de conhecimentos da comunidade. Ressalva, todavia, que o brocardo se revela certo para a lei. A segunda corrente sustenta que o direito consuetudinário deve ser provado. Aquele que o invocar deve provar sua positividade, enquanto, a última corrente proposta por Miguel Reale entende que o direito consuetudinário, uma vez contestado, impõe a comprovação.

18 As doutrinas medievais não aceitavam a prática de usos e costumes que ferissem o direito divino e o direito natural, transformar-se em direito consuetudinário.

19 REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*, op. cit., p. 159.

O atual código de processo civil brasileiro a teor do art. 337 preceitua que o juiz pode determinar a comprovação do direito consuetudinário.

## 7. A jurisprudência

A principal tarefa do magistrado consiste em interpretar as leis para em seguida aplicá-las ao caso concreto. Muitas vezes, ocorre que o magistrado, diante de determinada situação, se depare com possibilidade de várias interpretações. Nesta hipótese, o juiz ou tribunal deverá eleger uma norma que melhor se adapte ao caso. Busca, assim, definir o conteúdo da norma, precisar o alcance, preencher as lacunas e melhorar o direito vigente. No desenvolvimento deste trabalho, surgem novas normas que completam o direito escrito. As decisões dos tribunais, assim constituem-se em fontes do direito. Os pressupostos para a formação do direito jurisprudencial são: a) originar-se de decisões do tribunal, e b) o caso controvertido deverá ser idêntico e aplicada a mesma solução jurídica em várias decisões.

Pode ocorrer que as turmas do tribunal julguem controvérsias semelhantes de maneira diferentes. Nesta hipótese, o art. 476 do Código de Processo Civil regula procedimentos de unificação da jurisprudência.

## 8. A autonomia da vontade

O ser humano, no exercício da atividade diária, estabelece relações contratuais com outras pessoas. A formalização dos contratos decorre da autonomia da vontade inerente a todas as pessoas que se encontram no livre exercício de sua capacidade. Os contratos para adquirirem validade deverão constituir-se nos limites previstos pela lei.

Miguel Reale aponta a existência de três elementos configuradores da fonte negocial, a saber: a) capacidade das pessoas interessadas em pactuar as cláusulas contratuais; b) forma e objeto deverão estar com-

patíveis com a lei; c) paridade ou proporcionalidade entre os partícipes da relação a fim de evitar abusos e desvio de poder com o conseqüente desequilíbrio do negócio, inferiorizando uma parte em relação a outra.

Reunidos esses requisitos na avença de determinado bem jurídico, constitui-se em fonte formal de direito, conforme explica Miguel Reale<sup>20</sup>: *O fato é que, por assim terem livremente convencionado, homens e grupos dão nascimento a formas ou modelos jurídicos de ação, que os vincula à prática dos direitos e deveres avençados.*

## 9. Conclusões

- 1) O racionalismo jurídico desenvolveu a lei escrita produzida pelo parlamento com o conteúdo da generalidade e abstração;
- 2) O empirismo jurídico tem nos usos e costumes a fonte exclusiva do direito positivo;
- 3) A escola histórica alemã, com apoio da doutrina, privilegiou os usos e costumes nacionais, enquanto, por circunstâncias adotou o direito escrito à maneira racionalista;
- 4) Miguel Reale indica as fontes formais como as únicas e exclusivas produtoras do direito escrito;
- 5) Os poderes Legislativo, Judiciário, Social e Negocial constituem as fontes únicas e exclusivas do direito positivo;
- 6) A originalidade do pensamento de Miguel Reale consiste em apontar o Poder Negocial como fonte do direito positivo.

## Bibliografia

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico. Lições de filosofia do direito*. Trad. de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ed. Ícone, 1995.

20 REALE, Miguel. Op. cit. p. 180.

- COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga. Estudos sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma*. Trad. de Edson Bini, 2.<sup>a</sup> ed. Edipro – Edições profissionais, 1999.
- DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Direito Comparado, 2.<sup>a</sup> ed., trad. Hermínio A. Carvalho. Lisboa: Ed. Meridiano, 1978.
- DE CICCIO, Cláudio. *Aulas de teoria geral do direito ministradas no primeiro semestre do ano letivo de 2001, no curso de Pós-graduação na PUC/SP*.
- PADOVANI, Humberto; CASTAGNDA, Luiz. *História da filosofia*. 13.<sup>a</sup> ed., São Paulo: Melhoramentos, 1981.
- RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. Vol. I, 3.<sup>a</sup> ed., São Paulo: Ed. RT, 1978.
- REALE, Miguel. *Filosofia do direito*, 16.<sup>a</sup> ed., São Paulo, Saraiva, 1994;  
———. *Fontes e modelos do direito. Para um novo paradigma hermenêutico*, 1.<sup>a</sup> ed., 2.<sup>a</sup> tiragem. São Paulo, Saraiva: 1999.  
———. *Lições preliminares de direito*. 25.<sup>a</sup> ed., 2.<sup>a</sup> tiragem, São Paulo: Saraiva, 2001.  
———. *O direito como experiência*. 2.<sup>a</sup> ed., São Paulo: Saraiva, 1992;
- SICHES, Luis Recasens. *Tratado de filosofia del derecho*. 5.<sup>a</sup> ed., México: Porrúa S.A., 1965.