

# A lei como fonte de direito

Nos sistemas anglo americano e romano cristão  
conceito valorativo, diferença, interpretação

LINCOLN MAGALHÃES DA ROCHA

O presente trabalho conquanto por demais modesto, tem também a sua história, o que, para mim, muito o valoriza.

Cursava eu o 3º ano da gloriosa Casa de Afonso Pena e, naquêlo ano, ocupava a cadeira de Direito Civil o Prof. Caio Mário, que era também o regente da cadeira de Direito comparado, do Curso de Doutorado.

Numa das provas, dissertávamos sôbre um dos institutos, ao que parece — a empreitada — e, no final, à semelhança do que víamos em Bevilacqua, citávamos orgulhosamente, sob o título de «Direito Comparado», os artigos dos códigos Civis de Itália, Portugal e Espanha, que nos acompanhavam.

Confesso que pensava estar a fazer obra de mestre, e qual não foi minha surpresa quando a nota, a mim atribuída, me tirou dessa doce fantasia...

Comecei então a perceber que o Direito Comparado não se restringia a uma simples enumeração de artigos de legislações estrangeiras.

Interessei-me, daí em diante, dentro das limitadíssimas possibilidades de tempo que afligem o estudante universitário, por tudo quanto dizia respeito ao Direito Comparado, até que chegamos a cursar o primeiro ano do Curso de Doutorado.

Fomos adquirindo noções mais precisas e eis que agora, nos pomos a escrever sôbre êle.

### Fonte do direito

O problema das fontes do direito têm desafiado a argúcia dos juristas e provocado os mais longos debates.

Donde vem o direito, donde a jurisdição da norma?

Vê-se logo que se trata de tarefa ingente e complexa, já de teor filosófico, já de cunho sociológico, já de natureza jurídica.

Modesto admirador — neófito embora — da teoria realista da Escola Anglo Americana, que não vê Direito «se não houver um juiz que o aplique»,<sup>1</sup> a ninguém poderíamos citar senão o percuciente e profundo Amílcar de Castro.

«Evidente está a ambigüidade da palavra «direito» empregada em **sentido próprio** como sinônimo de resultado da apreciação dos fatos e, em **sentido impróprio**, a compreender **critérios** destinados a esta apreciação ou nela utilizados: lei, (tratado), jurisprudência, costume, doutrina.

Sentindo esta diferença, vários autores falam em **fonte real** (juízo de valor) ao lado de **fontes formais** (critérios de apreciação jurídica dos fatos); pode-se também denominar aquela fonte imediata e estas fontes mediatas; mas o que é preciso ficar bem claro é que a palavra «direito» muda de sentido quando se faz referência à fonte real ou imediata e quando se fala em fontes formais ou mediatas.

Além disso, a palavra «fonte», em relação ao direito, é metáfora de três significações:

a) Em sentido histórico: vem a ser o documento antigo a mostrar certos critérios de apreciação dos fatos, em determinada época, tal como o «Corpus Juris Civilis» para o direito Romano, ou as «Ordenações Filipinas», para o nosso antigo direito;

b) Em sentido jurídico: são as origens do critério, pelos quais os fatos são apreciados em decisão judicial: lei, jurisprudência, tratado, costume e doutrina;

---

(1) Vanni: Lições de Filosofia do direito, pág. 49.

c) Em sentido sociológico ou filosófico é a decisão judicial como causa originária, foco ejetor do direito, onde se encontra a inteligência a apreciar oficialmente os fatos. Em lugar de repetir o velho brocardo «ex facto jus oritur», deve-se dizer com maior aproximação: «in mente jus oritur», sendo o fato apenas causa ocasional e não fonte. Coglioglio, já havia notado que «a utilidade cotidiana e a força da mente são, na realidade, as fontes de tôdas as normas sociais». <sup>2</sup>

Assim seja-nos lícito concluir que a verdadeira fonte formal, o lugar donde dimana a juridicidade e a exequibilidade de uma norma ou de uma disposição é a sentença proferida pela autoridade competente do órgão encarregado de distribuir a justiça, de apreciar e resolver o caso.

Em sendo assim, o juiz torna-se o verdadeiro destinatário da norma jurídica, tese que, com proficiência, defendeu o des. Cândido Martins, no concurso para a cátedra de Introdução à ciência do Direito, na Faculdade de Direito da U.M.G.

Tudo o mais são critérios, tudo o mais são meios de orientação.

Ê que como aplicador da norma, do **critério legal**, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se destina e às exigências do bem comum.

### Conceito valorativo da lei

Antes de conceituar o valor da lei, vamos conceituar a própria lei.

Existem, segundo o Doutor Angélico, 4 espécies de leis: a lei eterna, a lei natural, a lei humana e a lei divina.

Deixando de lado as considerações sobre as demais, que escapam à envergadura do trabalho, passemos a conceituar, ainda segundo a douta lição do aquinatense o que seja lei.

Lei seria um preceito da razão, ordenado ao bem comum, emanado da autoridade competente e por ela promulgado.

---

(2) Amílcar de Castro, Direito Internacional Privado, pág. 119, 120.

Juridicamente, lei é um preceito emanado da autoridade competente e oficialmente publicado.

Etimologicamente prende-se à legere, e, por consequência, a uma **escolha** e a uma **publicação**. E por isso, diz Isidoro: «lex a legendo, vocata est quod scripta». <sup>3</sup>

A lei sintetiza a opinião e o sentimento de um povo numa determinada época.

Mas, fique bem claro, que somente do prisma romântico — em cujas fileiras se colocam os «legalistas» — a lei representa realmente as aspirações e o sentimento de um povo. Que dizer das legislações, por ex., do nosso Código Civil de 1917, ou do nosso vetusto Código Comercial de 1850?

Representariam êles, por acaso, o sentimento e a opinião, enfim, o «sentire» da nossa gente?

A negativa se impõe. Veja-se, de outro lado, o recente caso do aumento de subsídios dos vereadores.

Se é verdade que o referido diploma nos mostra as «tendências» de nossa época, o desejo de enriquecimento, de gozo e de conforto, de outro lado, não apresenta as «aspirações» de um povo.

Basta, para efetivar a veracidade de nossa assertiva que se reque até os acontecimentos que cercaram dito trabalho legisferante: deflagrou-se uma greve, tôda a população de Belo Horizonte reprovava o gesto impatriótico dos nossos representantes.

Involuntariamente fugimos um pouco da linha que nos traçamos, mas a êle voltamos novamente.

O prof. Caio Mário, discordando do prof. René David, divide os **sistemas de direito** em quatro grupos:

- a) romano-cristão
- b) da common law
- c) soviéticos
- d) filosófico religiosos

---

(3) Apud Tomas Aquino, quaestio XC, «De essentia legis».

Na primeira categoria, coloca todos os direitos de filiação **romana** e inspiração **cristã**.

A cultura **romana** teria legado a êsse tipo de direito a sua técnica e a sua ideologia.

A princípio, o «**jus non scriptum**» através do «*mos majorum*».

Com o progresso da civilização, o «**jus scriptum**» da «*Lex 12 tabularum*», dos decemviri, que no dizer de Cícero «*est fons omnis juris Romani*».

As «*leges*» e os «*plebiscita*», pelas assembléias do povo: onde já se nota a linha ideológica da democracia.

Vem depois a «**jurisprudência**», já como a «*humanarum atque divinarum rerum notitia, justis ac injustis scientia*», já como a «*auctoritas rerum perpetuo et similiter judicatorum*».

A jurisprudência, no primeiro sentido era distribuída pelos «*jurisprudentes*», e, no segundo sentido, pelos «*proetores*».

O «*honeste vivere*», o «*alterum non laedere*», o «*sum cuique tribuere*», o «*bonus*» e o «*oequum*» eram o norte jurídico para onde pendia a agulha imantada dos que tinham o poder de «*jus dicere*».

Quanto ao **cristianismo**, a maior revolução que o pagamento humano teve a felicidade de contemplar, forneceu ao grupo a êsse «*jus*» um sentido espiritual, diferente do «*fas*».

«*Eu sou a videira e vós os galhos*», «*aquê que crer em mim terá a vida eterna e eu o ressuscitarei no último dia*», «*amai-vos uns aos outros*» — foram alguns apêlos do divino Rabi da Galiléia que transformaram a face da terra.

A existência de uma vida além da material, um prêmio ou um castigo, o desprezo dos bens terrenos, o domínio das paixões, a origem divina do poder («*omnis potestas a Deo*») são uns tantos axiomas que infundiram o nôvo sistema de direito.

No segundo grupo, estão os sistemas da «**Common Law**».

Peculiar é sua estruturação, diferente é sua terminologia, uma é a sua técnica, seu espírito também tem particularidades.

Sua origem é o Direito Inglês.

Seu traço específico é a observância da «*rule of precedent*» e nêle predomina o tradicionalismo.

As «Justice Courts» elaboram um tipo de direito baseado nas regras e nos fundamentos da decisão anterior.

«We are under a Constitution, but the Constitution is what the judges say it is». <sup>4</sup> A lei é o que o juiz diz que é, a lei é feita pelo juiz.

È que o texto frio e marmóreo da lei é morto e só adquire vida quando o sôpro vivificador da autoridade jurisdicional o informa.

Assim, cotejando o grupo **Romano Cristão** com o grupo **Anglo-Americano**, vemos que existe uma diferença no conceito valorativo de ambos.

È que o grupo romano cristão tem na LEX o seu principal critério de apreciação dos fatos.

Eu digo critério, e não fonte, por uma questão de coerência e vontade de ser preciso tènicamente.

Aqui fica a nossa posição delineada: somos partidários da **teoria realista** da Escola Anglo Americana de Holmes e de LLewvellyn, a nós magnificamente exposta pelo venerável Amílcar de Castro que vê na lei um simples critério oficial de apreciação dos fatos, sem dúvida o mais importante de todos os critérios — mas nada além de critério de apreciação.

«Indiscutivelmente a lei é a mais importante fonte de critérios jurídicos. Sendo os poderes públicos «independentes e harmônicos entre si», a lei, só por ser ato oficial do poder Legislativo, já merece especial acatamento do Poder Judiciário, mas, além disso, dotada de relativa precisão, **torna a incerteza menos incerta**; sendo limite à ação do govêrno, é preciosa garantia do indivíduo contra o arbítrio, e sendo regra geral, impessoal, leva ínsito o prestígio da imparcialidade. A jurisprudência compõe-se de uma série de atos oficiais, também imparciais, do Poder Judiciário, que é tão importante como o Legislativo, mas relativamente a **lei legal** é o mais importante dos que se destinam a revelar o direito nas decisões judiciais».

---

(4) Hughes, apud Lucio Bittencourt, Rev. For., vol. 94, pág. 2.

E isto porque o governo tem o monopólio da justiça e os valores jurídicos positivos são as decisões dos tribunais quer judiciários, quer administrativos.<sup>5</sup>

O julgador está prêso à lei dentro dos limites da conveniência social ditada pela sua mente.

Por isso, já se afirma: «in mente jus oritur».

Ê essa a verdadeira tradição do Direito Romano onde fortificava a doutrina «scire leges non est earum verba tenere sed vim ac potestatem».

Assim, porém, não pensa o grande René David, que em determinada altura de sua obra afirma: «les juristes allemands, italiens, belges, portugais, colombiens, voient dans la loi la panacée qui offre un remède à toutes les difficultés juridiques».<sup>6</sup>

Os juristas latinos lhe atribuem importância preponderante.

Mas, mesmo entre êstes juristas, nos diversos grupos que compõem o sistema romano cristão — como o alemão, o francês, o espanhol, os direitos<sup>7</sup> dos países sul americanos, o português — se notam certas diferenças de forma e de fundo, ou seja na sua interpretação.

Os países da América Latina, por exemplo, se opõem ao direito francês, na parte relativa à hierarquia das leis.

Os latino americanos partem da premissa de que a Constituição é a lei suprema e nenhuma outra lei pode estar em desacôrdo com ela, sob pena de o juiz lhe negar aplicação, o que, para um jurista francês, é inteiramente nôvo.

No sistema romano cristão, do direito, a «lex posita» tem a seu favor a presunção da justiça e é formalmente justa.

E daí ser do interêsse público acreditar a ordem jurídica intrinsecamente justa, para facilitar a tarefa governamental e a manutenção da ordem.

Aí está também a razão porque os juizes que julgam casos concretos, isolados, não podem descumprir as leis, sob o pre-

---

(5) Ver nota adiante.

(6) René David, D.C.C., páge 239.

(7) Direito aqui significa sistema jurídico.

texto de serem injustas: é que, oficialmente, o direito positivo, porque mantido pelo govêrno, é justo.

### Diferença entre os dois sistemas

Outra posição assumem os juristas da Common Law em relação à lei.

Ê que o direito inglês é um direito jurisprudencial, formado pelas decisões judiciais, que, por sua vez, se vão baseando em decisões anteriores.

Ê o «stare decisis», que se impõe ao juiz, através do «judge made law».

Ao contrário do direito romano cristão que é um «jus scriptum», o direito inglês é um «jus non scriptum».

Mas o que significará a expressão direito não escrito? Não significará, por certo, que não haja leis escritas na Inglaterra. Há-as, e em grande número. Assim é que, René David, mostra que o Direito Administrativo, em França, é um direito escrito, conquanto não haja um código daquele ramo.

O que a expressão realmente significa é que os ingleses têm um conceito de lei diferente dos romanos cristãos.

O haver leis escritas ou não é secundário. O importante é saber que a lei desempenha o papel diferente em um e outro sistema.

No sistema latino, a lex é a regra e a interpretação jurisdicional é a exceção; no sistema anglo americano, a «statute law» é a exceção e a «Common Law» a regra.

As leis são as addenda e as errata da Common Law.

Ê que a Common Law é não só um todo coerente, como também um sistema completo e suficiente para tôda eventualidade. Proposto um determinado problema a um jurista francês, êle irá logo consultar a legislação, pois é dela que êle vai exaurir a resolução da causa. Para êle, a lei, em sendo uma panacéia, tudo previu e tudo resolverá e — acrescenta, com ironia René David — «l'on préfère solliciter les textes, leur donner un seus qu'ils n'ont jamais eu, plutôt que d'avouer

ouvertement que l'on a recours à une autre source de droit que la loi». <sup>8</sup>

O procedimento do jurista anglo americano será completamente diverso. Ele recorrerá à jurisprudência, à luz da qual procurará resolver a pendência. Só depois de situado o problema é armada a equação, é que ele consultará a legislação para descobrir se porventura o legislador quis estabelecer uma exceção à regra geral.

O jurista latino busca na lex os princípios de seu direito, o jurista anglo americano vai descobrir na «statute law» as exceções e as derrogações aos princípios gerais.

Mas, desde logo se vê que, consoante o princípio de que «exceptio est strictrissimae interpretationis», tôdas as leis inglêsas devem ser interpretadas restritivamente, pois surgem como odiosas e «odiosa restringenda sunt».

A argúcia do comparatista, desce agora em pesquisa vertical e vai descobrir o «cur» do procedimento dos juristas da Common Law. É que a lei escrita constituiu, por muito tempo, o veículo preferido por meio do qual os tiranos faziam prevalecer sua vontade: «quod principi placuit, legis habet vigorem».

Por seu caráter restritivo, as leis se apresentam sob uma forma casuística e complicada, o que dificulta a sua codificação ou mesmo a consolidação.

### Interpretação

Ao órgão jurisdicional, incumbido de dizer o direito, compete a precípua missão de interpretar e é esta que, afinal, prevalecerá.

«A interpretação é parte integrante, complementar e inseparável do processo legislativo». <sup>9</sup> É por isso mesmo que o Bergeret de Anatole France, raciocinando filosoficamente dizia: «Eu não teria muito medo das más leis se elas fôssem

---

(8) René David, op. cit.

(9) Lúcio Bittencourt, op. cit.

interpretadas por bons juizes. Diz-se que a lei é inflexível, mas eu não acredito. Não há texto que não se deixe solicitar. A lei é morta. O magistrado está vivo. Ele tem uma grande vantagem sobre ela...»<sup>10</sup>

A verdade, porém, está com John Gray, quando afirma que todo direito é feito pelo intérprete, (all the law is judge made law), pois é quem dispõe da autoridade para resolver o conflito, é que torna o direito<sup>11</sup> efetivo e operante.

A disputa em torno do assunto não é nova na própria doutrina anglo americana. De um lado se colocam CORE, HALE e BLACKSTONE, que afirmam que o juiz não legisla, mas se limita a retirar o mando que oculta o sentido das leis às nossas vistas.

Em campo oposto se colocam AUSTIN, HOLLAND, GRAY e JETHRO BROWN, ao sustentarem que as côrtes é quem declaram o direito. Assim sendo, a lei não seria senão um critério oficial, uma espécie de «profecia» ou «prognóstico» do modo como as côrtes agirão, em caso de as partes virem a provocar o seu pronunciamento.

E dito poder se concede não só aos juizes de direito, senão também às autoridades administrativas,<sup>12</sup> sendo portanto irrecusável a assertiva de LLEVELYN: «O que os oficiais competentes do Estado decidem é, em verdade, o próprio direito».<sup>13</sup>

Ouçamos mais uma vez o verbo percuciente do jurista brasileiro que as garras inclementes da morte roubaram, tão prematuramente, ao nosso convívio: «A lei, enquanto não interpretada pela autoridade competente, é um organismo sem vida. O sôpro divino do intérprete é que transmite à argila das pala-

---

(10) Idem, ibidem.

(11) Aqui empregado "lato sensu".

(12) «Não há coisa julgada administrativa, no sentido estrito dos termos: irrevisibilidade e imutabilidade absoluta do ato. Os atos administrativos irrevisíveis para a administração podem ser sempre revistas no contrôle jurisdicional dos atos da administração. A coisa julgada é nesta ordem de elementos a pedra de toque do ato jurisdicional» (Eduardo Couture — El Conceito de Jurisdiccion Laboral).

(13) Apud Lúcio Bittencourt, op. cit.

vas a força e o poder, o pensamento, o espírito, enfim, que a vivifica e a anima. Essa é a verdade. Essa a lição dos fatos. Os ensinamentos citados e, sobretudo, os exemplos alinhados põem de manifesto o acêrto da tese. Os «juristas românticos» continuam a pensar como quiseram; ou prefiro ficar com os verdadeiros filósofos — os filósofos do pragmatismo.

Às «generalizações imaginosas» exuberantes de brilho mas ocas de verdade, como os pomos de Asfalite, prefiro o resultado das dolorosas e pacientes observações da vida, negra talvez, nas suas aparências e desoladora nos seus efeitos, mas que constitui, afinal de contas, a realidade.

Não se argumenta com a situação caótica de nossa «jurisprudência» tão bem arrasada pela pena vigorosa de Lafayette, para procurar destruir o acêrto da tese que defendemos. Essa alegação não deita por terra a realidade do fenômeno cuja existência evidenciamos.

A interpretação pela autoridade competente é, em qualquer lugar ou tempo, parte complementar do processo de formação da lei, de sorte que se os nossos tribunais não adotam o sistema anglo americano do «store decisis», e se os responsáveis pela interpretação das leis seguem cada dia uma orientação, mudam de idéia quotidianamente, trocam de ponto de vista de hora em hora — isso não infirma a nossa tese, mas apenas demonstra a inconsciência dos intérpretes. As exigências da ordem jurídica, sôbre que repousa a estrutura do Estado, não se coadunam com êsse trapezismo que gera a incerteza e fomenta descrença na Justiça». <sup>14</sup>

David lembra que, em três campos de atuação os dois sistemas de direito que ora estudamos se interpenetram: no pensamento filosófico, no ideal político e nas finalidades econômicas.

Nesta, realizam uma **economia capitalista**, no segundo, buscam os ideais **democráticos**, e, finalmente, ambos estão sob **inspiração filosófica do cristianismo**.

---

(14) Idem, ibidem.

Informados por êstes princípios, os intérpretes se entregam à árdua tarefa de apreciadores dos fatos.

As leis novas, em França, à semelhança da Inglaterra, têm uma interpretação restritiva que bem põem à mostra o seu caráter de exceção; tendo-se em vista o Código de Napoleão.

Do mesmo modo, um nôvo instituto que se venha a criar deve ser encarado como uma peça inteiramente nova e independente da Common Law, o que bem atesta o caráter excepcional da lei.

Outra diferença importante na interpretação das leis, nos dois sistemas em análise, é o grande cuidado que no sistema romano cristão se tem com os trabalhos preparatórios, a importância dos tratados, ds doutrinas e as noções arraigadas de «ordem pública», «bons costumes», «boa fé», etc...

Observe-se também a diferença fundamental que existe entre a própria estrutura do direito francês e a da Common Law, sobretudo quanto à diversidade de conceitos jurídicos e de noções a que os anglo americanos estão habituados.

O velho sistema da interpretação literal da «dura lex, sed lex», cedeu hoje lugar ao «scire leges non est earum verba tenere, sed vim ac potestatem».

Ê que hoje, nos países do direito romano cristão, não se tem mais em mente a interpretação dita autêntica, isto é, aquela que o legislador tinha em mente, quando a promulgou, o que se nota máximo em França.

O que hoje se tem em vista é uma finalidade social, resultante da necessidade quer da moral, quer da justiça, quer da economia.

E essa interpretação, dita teleológica, se faz tanto mais forte quanto mais arcaica se tenha tornado a legislação sôbre que ela versa.

Nota-se, em teoria, que a Alemanha permanece fiel ao modo clássico de interpretar as leis, buscando a intenção do legislador. Mas os juristas alemães não duvidam de lançar por terra as interpretações que os conduzem a absurdos sociais, mediante a técnica das «fórmulas gerais», pelas quais prevalece a solução por êles preconizada.

Invocando os «bons costumes» e sobretudo a «boa fé», êles fazem prevalecer as necessidades sociais atuais. O mesmo se nota no Brasil, onde se vê, a cada passo, a interpretação jurisdicional mudar o rumo literal do texto «frio e marmóreo» da lei, em direção às necessidades sociais, indubitavelmente, o norte para o qual se deve voltar a agulha imantada do direito, na realização do valor supremo da justiça.

### BIBLIOGRAFIA

- STO. TOMÁS DE AQUINO — Suma Teológica "De Lege" — Questio XC.  
Trad. de A. Corrêa, São Paulo, 1936.
- CASTRO, Amílcar — Direito Internacional Privado — Ed. Rev. Forense,  
1956.
- DAVID, René — Droit Civil Comparé — R. Pichon et R. Durand Aujias.  
Paris, 1950.
- KUNZ, Josef L. — La Filosofia del Derecho Latino Americano en el  
siglo XX, Buenos Aires, 1951.
- Revista da Faculdade de Direito* — Vol. 1952, usque 1957 — Belo Ho-  
rizonte.
- Revista Forense* — Vol. XCIV, fas. 478 — Rio de Janeiro, abril, 1943.
- SEIGNOBOS, L. — Antiquité Romaine — Librairie Armand Colin, Paris,  
1919.
- VANNI, Icilio — Lições de Filosofia do Direito — São Paulo, 1916.