

*DAS FORMAS DE EXPRESSÃO DO DIREITO*

---

*R. Limongi França*



## DAS FORMAS DE EXPRESSÃO DO DIREITO

### SUMÁRIO

#### I — IMPORTÂNCIA DO ESTUDO DAS CHAMADAS «FONTES» DO DIREITO

#### II — NOTÍCIA SOBRE O ESTADO DA QUESTÃO DAS «FONTES» DO DIREITO

- a) Escola histórica
- b) Estudos contemporâneos especialmente importantes sobre a matéria
- c) A obra de Gény
- d) A contribuição dos publicistas
- e) Brethe de la Gressaye e Laborde-Lacoste

#### III — SUBSTITUIÇÃO DA IDÉIA DE «FONTE» PELA DE «FORMA» DO DIREITO POSITIVO

- a) Impropriedade da expressão «fonte», para designar os modos de expressão do Direito
- b) A idéia de «fonte formal»
- c) Ahrens e Fernandes Elias
- d) Necessidade da distinção entre *fonte* e *forma* do Direito

#### IV — CLASSIFICAÇÃO DAS FORMAS DE EXPRESSÃO DO DIREITO

- a) Introdução
- b) Fontes históricas
- c) Fontes genéticas
- d) Fontes instrumentais
- e) Formas de expressão do Direito. Classificação segundo o critério da natureza da coercitividade
- f) Classificação segundo o critério da importância estrutural

## I — IMPORTÂNCIA DO ESTUDO DAS CHAMADAS «FONTES» DO DIREITO

Fonte é o lugar de onde provém alguma coisa. Fonte do Direito seria, analogamente, o lugar de onde são oriundos os preceitos jurídicos.

Conquanto se possa discutir a maior precisão e procedência desta idéia, é bastante que assim ela seja apresentada para que se possa aquinhoar a importância da matéria, tanto no que concerne à investigação pura e simples dos fatos jurídicos como no que tange à aplicação prática da norma jurídica aos problemas a ela atinentes, e que fluem necessariamente da complexidade da vida social.

Na verdade, não haverá profissão ou atividade na vida do Direito que não dependa, para o seu desenvolvimento, de noções básicas relacionadas com o presente assunto, nem questão de natureza jurídica que nas «fontes» não deva buscar e encontrar a necessária solução.

As razões de um advogado, o parecer de um jurisconsulto, o libelo de um promotor, a sentença de um Juiz, a preleção de um catedrático, a investigação de um cientista do Direito, jamais poderão prescindir do diuturno, constante e impostergável recurso aos elementos fornecidos pelas fontes das relações jurídicas.

Não obstante, a bibliografia nacional atinente ao assunto é simplesmente paupérrima. Não deixa de versá-lo, evidentemente, a generalidade dos nossos tratadistas, chegando a ser mesmo um lugar comum das obras de teoria geral do Direito Civil, como de introdução à Ciência do Direito. Entretanto, *data venia*, não se tem notado, por parte dos respectivos autores, qualquer esforço maior no sentido de uma revisão das doutrinas e conceitos sobre a matéria, sendo que tal, como adiante se verá, de há muito se vem fazendo mister.

Enquanto isto, em outros países o assunto tem sido objeto de refletidas ponderações, exaradas em monografias, de profundo valor filosófico e jurídico, cujos resultados apresentam um grande sentido para a reconsideração do tema, dando ao mesmo a possibilidade de um passo a mais nas conquistas da Ciência Jurídica.

Este trabalho, obviamente, não tem por fim o escopo de «preencher lacunas». Esperamos, entretanto, conforme o nosso ardente desejo de sermos fiel ao espírito universitário, possa pelo menos acenar com os elementos primeiros, os rudimentos, para que outros (quem sabe, no futuro, os nossos próprios alunos) possam realizar aquilo que, ao lado de muitas coisas, está faltando entre nós, no caso, em estudo sério e acabado a respeito desse importantíssimo capítulo da propedêutica do Direito Civil e da Ciência Jurídica em geral.

## II — NOTÍCIA SOBRE O ESTADO GERAL DO PROBLEMA DAS FONTES DO DIREITO

### a) *A doutrina das fontes, segundo a Escola Histórica. Savigny e Puchta*

Foi, sem dúvida, com a Escola Histórica do Direito, florescida nos albores do século XIX (1) e cujos pró-homens foram Savigny e Puchta, que se iniciaram, em profundidade, os estudos relativos às chamadas «fontes» do Direito.

(1) A Escola Histórica, conforme demonstrou o preclaro mestre Alexandre Correia («A Concepção Histórica do Direito», págs. 10/22, e págs. 23/52, São Paulo, 1934), tem como próceros Burke, na Inglaterra, e De Maistre, na França. Foi, entretanto, na Alemanha que encontrou os seus grandes realizadores, em meio aos quais avulta a figura gigantesca de Savigny, cuja obra foi secundada pelo seu discípulo Puchta.

Tão importante corrente do pensamento jurídico não é mais que um aspecto particular de toda uma concepção geral, a respeito do nascimento e da evolução das instituições humanas.

Na verdade, antes da Escola Histórica e especialmente antes de *Savigny*, desde os romanos, o estudo das fontes se havia limitado à sua descrição externa, sem qualquer preocupação de perquirir origens e razões de ser <sup>(2)</sup>.

É, por exemplo, o que se nota na obra de Heinecius, da chamada Escola dos Pós-Glosadores <sup>(3)</sup>, bem assim na dos juriconsultos reinóis do século XVIII, entre eles a figura respeitável de Mello Freire <sup>(4)</sup>. A própria obra de Montesquieu, o celeberrimo tratado «De l'Esprit des Loix, que lhe valeu a posição de precursor da Escola Histórica <sup>(5)</sup>, em suma, não obstante o reluzente valor literário, do ponto de vista científico não passa de desarticulado ensaio de um dileitante do Enciclopedismo <sup>(6a)</sup>.

Savigny é realmente o primeiro grande autor a entrar a fundo no estudo das fontes do Direito. Por isso, os seus ensinamentos devem merecer nossa especial atenção, e, por uma questão de facilidade didática, tentaremos resumir em itens as linhas mestras das lições que expende sobre a matéria <sup>(6)</sup>. Seriam as seguintes:

- a) O autor distingue fontes das *relações jurídicas particulares* (contratos) das *fontes da regra jurídica geral* (lei).
- b) Discerne fontes do Direito, *propriadamente ditas*, de fontes históricas <sup>(7)</sup>.
- c) São fontes do Direito o povo e o Estado, aos quais correspondem, respectivamente, o *Direito Consuetudinário* e a lei.
- d) Considera ainda, como fonte, o *Direito Científico*, ou *Direito dos Juriconsultos* («Juristenrecht»), que subdivide em *teórico* e *prático*. Teórico, o que re-

---

Constitui, no panorama das idéias filosófico-jurídicas, uma reação contra a Escola do «Naturrecht», do Direito Natural Absoluto ou Jusnaturalismo, que campeou sobretudo no século XVIII.

Sua idéia central, segundo se observa no «Sistema do Direito Romano Atual», de Savigny (v. trad. de Scialoja, 1886) e no «Curso das Instituições», de Puchta (trad. de Turchiarulo, Napoli, 1854), está na negação da possibilidade de se deduzir o direito *more geometrico*, por um processo exclusivo de raciocínio, divorciado da realidade dos fatos. Antes, é tão-somente no envolver histórico da realidade das instituições jurídicas, tal como se dá com o idioma, que encontramos a origem de todo o direito. Encontrando-se em estado latente na consciência do novo ou consciência nacional, tem como primeira manifestação o costume, cujo significado é o de um estágio anterior à lei.

Como a língua, o direito é diverso para cada povo, e deixa de ser direito quando deixa de exprimir a *opinio necessitatis* da consciência popular (§§ 7º, 8º, 12 e 13, do «Sistema», de Savigny; e §§ 10 a 21, págs. 7/15, do «Curso», de Puchta).

- (2) Savigny, *op. cit.*, págs. 115 e segs.
- (3) Heinecius, «Recitationes in Elementa Iuris Civilis secundum Institutionum», §§ 44 e segs., Coimbra, 1817.
- (4) Mello Freire, «Institutiones Iuris Civilis Lusitani», I, § 5º e sp., Coimbra, 1853.
- (5) Montesquieu, «Do Espirito das Leis», Edições de Cultura, 1945; v. Edmond Picard, «O Direito Puro», pág. 183, ed. portuguesa, s/d.
- (5a) «De nos jours, cependant, l'influence de Montesquieu décline; ou plutôt il resti un nom, il cesse l'être un maître. Une partie de son livre est devenue banale, en s'inscrivant dans les faits. Une autre est devenue fausse, ayant été démontré par les faits. Au point de vue scientifique, l'insufisense de son observation, les fantasies de sa methode éclatent. Au point de vue politique, notre démocratie échappe de plus en plus à ses cadres e à ses formules»... (G. Lanson, «Hist. de la Littérature Française», pág. 725, Hachette, 1951).
- (6) V. «Sistema», págs. 40 e segs.
- (7) Vide, no mesmo sentido, Alexandre Correia e Gaetano Sciascia, «Manual de Direito Romano», pág. 12.

sulta da perquirição científica, pura e simples. Prático, o suscitado por problema jurídico concreto, aí inclusa, portanto, a *jurisprudência*, no sentido estrito do vocábulo<sup>(8)</sup>.

e) Constitui nota marcante da doutrina de Savigny o fato de atribuir procedência ao costume sobre a lei, o que se explica em razão do seu historicismo. É de se ressaltar também a circunstância de considerar os juristas uma elite que *representa* o povo na elaboração do Direito. Todo Direito vem da consciência popular, mas os juristas, que são parte do próprio povo, vêm a ser os órgãos habilitados para elaborar o Direito em nome do povo.

Desse modo de pensar participou, desde logo, o seu discípulo Puchta, conforme se vê no seu «Curso das Instituições».

Daí para cá, de modo geral, a doutrina das fontes tem sido exposta pelos juristas dos diversos países ocidentais, mais ou menos ao modo de Savigny.

Felizmente, entretanto, autores houve que não se circunscreveram a esses limites e, num grande esforço de renovação, mais claras luzes trouxeram ao estudo do tema de que estamos tratando. É o que procuraremos estudar em seguida.

#### b) Estudos contemporâneos especialmente importantes, realizados sobre a matéria

De início, cumpre seja assinalada a grande importância de algumas monografias que se publicaram, relacionadas com a matéria, entre as quais podemos citar, na França, a de Henri de Page, «A Propos du Gouvernement des Juges»<sup>(9)</sup>; na Itália a de Del Vecchio, «Os Princípios Gerais de Direito»<sup>(10)</sup>, e, na Espanha, o estudo recente de Puig Brutau, «La Jurisprudencia como Fuente del Derecho»<sup>(11)</sup>.

Significado todo especial, para o aprofundamento do assunto, deparamos no «Recueil d'Études sur les Sources du Droit en l'Honneur de François Géný»<sup>(12)</sup>, do qual participa uma plêiade de especialistas na matéria. A obra, em três volumes, enfeixa excelentes ensaios em torno de três temas fundamentais: I — Aspectos históricos e filosóficos; II — Fontes gerais dos sistemas jurídicos atuais; e III — Fontes dos diversos ramos do Direito.

#### c) Obra de Géný

A maior obra, entretanto, que se escreveu até hoje sobre matéria foi a daquele em cuja honra esses estudos foram publicados, o eminente François Géný, por sinal o grande restaurador, no Direito Privado, da concepção clássica do Direito Natural. Denomina-se «Méthode d'Interpretation et Sources en Droit Privé Positif», 2 volumes<sup>(13)</sup>, cujas conclusões foram posteriormente completadas por outra realização magistral, a «Science et Technique en Droit Privé Positif», em quatro volumes<sup>(14)</sup>.

De profundo significado é a sua contribuição no setor da metodologia da interpretação das fontes, assim como da construção científica do Direito. Quanto, porém, à questão da identificação das fontes e da sua classificação, Géný fica no terreno tradi-

(8) Na acepção, de conjunto dos pronunciamentos dos órgãos da função judicante.

(9) Henri de Page, «A Propos du Gouvernement des Juges», Paris, 1931.

(10) Giorgio del Vecchio, «Los Principios Generales del Derecho», trad. de J. Osorio Morales, Barcelona, 1933.

(11) José Puig Brutau, «La Jurisprudencia como Fuente del Derecho», Barcelona, s/d.

(12) «Recueil d'Études sur les Sources du Droit en l'Honneur de François Géný», 3 vols., Sirey, Paris, s/d.

(13) François Géný, «Méthode d'Interpretation et Sources du Droit Privé Positif», 2<sup>a</sup> ed., 2 Tomos, Paris, 1919.

(14) Idem, «Science et Technique en Droit Privé Positif», 4 vols., Paris, 1922/1924.

cional, distinguindo fontes *substanciais* de fontes *formais*, e, em meio a estas, a *lei*, o *costume*, a tradição e a *autoridade*, compreendidas aí a doutrina e a jurisprudência<sup>(15)</sup>.

Aliás, na nota I, pág. 239, do Tomo I, do «Méthode», é o próprio autor quem confessa não poder fazer melhor que remeter o leitor aos autores de até então, a saber, Gierke, Korkounov, Charmont, Sternberg e Kohler<sup>(16)</sup>.

#### d) A contribuição dos publicistas

Diversamente, verdadeira revolução na matéria, se verificou em virtude das modernas teorias do Direito Público, professadas por Duguit, Jèze, Bonnard e outros, especialmente no que se entende com a premissa pelos mesmos estabelecida, de que inexistente uma separação absoluta entre o Direito Público e o Direito Privado e de que nada pode haver de menos exato que a afirmação corrente de que «l'esprit qui doit presider à l'étude du droit public n'est pas le même que celui qui doit inspirer l'étude de droit privé»<sup>(17)</sup>.

A necessidade de comprovar esta afirmação básica levou esses autores a fazerem uma série de revisões nos conceitos tradicionais, entre os quais, para a matéria em foco, avulta em importância o que concerne aos *atos jurídicos*<sup>(18)</sup>.

Côm efeito, Bonnard, embora afirme a diferença de conteúdo do Direito Público e do Direito Privado, não deixa de reconhecer que «en ce qui concerne l'activité de l'État de ses organes, on pourrait à la rigueur concevoir que les règles du droit privé leur soient appliquées. Les actes juridiques de l'État seraient accomplis suivant les mêmes règles que ceux des particuliers»<sup>(19)</sup>.

Assim, foi possível chegar-se a uma concepção *monista* do ato jurídico, passando a considerar-se tal a lei, o ato jurisdicional, o ato regulamentar, etc. Ora, isto posto, se atos como a lei e o jurisdicional constituem atos jurídicos, com relação à matéria de fontes do Direito, as idéias tradicionais não puderam deixar de ser revistas, porque, nestas condições, a rigor, a verdadeira fonte do Direito passaria a ser o próprio ato *jurídico*, em cujo conceito estariam abrangidas as mais importantes das fontes segundo a doutrina corrente.

#### e) Brethe de la Gressaye e Laborde-Lacoste

O esmiuçamento concreto e sistemático destas noções, em matéria de fontes do Direito, foi levado a efeito de modo excelente por Brethe de la Gressaye e Laborde-Lacoste, em sua obra «Introduction Générale à l'Étude du Droit», onde se passaram a distinguir duas espécies fundamentais daquela categoria jurídica: *fontes atos* e *outras fontes*. Fontes atos, a lei, o Direito Corporativo, o ato jurídico individual e o ato jurisdicional. E outras fontes, a saber, o costume, os princípios gerais de Direitos e a doutrina<sup>(20)</sup>.

O conceito de lei dispensa explicações maiores. Seria o ato jurídico legislativo. Direito Corporativo, o especial conjunto de normas que regem as instituições sociais.

(15) V. «Méthode», I, págs. 237 e segs.

(16) «Méthode», I, págs. 239, Nota I.

(17) Léon Duguit, «Manual de Droit Constitutionnel», pág. 66, Paris, 1907.

(18) Ato jurídico, conformê o art. 81 do Código, é «todo o ato lícito, que tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos».

(19) Roger Bonnard, «Précis de Droit Public», pág. 1, Paris, 1939. Cf. Duguit, op. cit., págs. 67/69.

(20) Brethe de la Gressaye e Laborde-Lacoste, «Introduction Générale à l'Étude du Droit», pág. 179, v. págs. 169 a 196.

*Ato jurídico individual* os contratos, os testamentos etc. *Ato jurisdicional*, a jurisprudência (20a).

Também as *outras fontes*, a esta altura, prescindem de esclarecimentos mais esmiuçados, pois a elas voltaremos no envolver deste trabalho.

Convém fique assinalado, por uma questão de justiça, que a idéia dos atos jurídicos, como fonte de Direito foi, entre nós, divulgada por Orlando Gomes, em sua «Introdução ao Direito Civil», cuja exposição está intimamente entrosada com os capítulos sobre a matéria, de Brethe de la Gressaye e Laborde-Lacoste (21).

### III — SUBSTITUIÇÃO DA NOÇÃO DE «FONTES» PELA DE «FORMA» DO DIREITO POSITIVO

a) *Impropriedade da expressão «fontes», para designar os modos de expressão do Direito*

O exame dos diversos autores que, de Savigny para cá, trataram do problema da especificação e classificação das «fontes» do Direito, mostra ainda um certo progresso, nem sempre intencional, referente à gradativa substituição da noção de «fonte» pela de «forma» do Direito Positivo.

Na verdade, servindo a palavra «fonte» para designar o fulcro *gerador* de alguma coisa, o seu uso neste capítulo do Direito tem dado azo a uma série de confusões, pois o objeto que se tem pela frente são antes os *modos*, as *formas* de expressão do Direito e não as suas *fontes de produção*, como se vê esclarecido em alguns autores.

Com efeito, a lei, o costume, etc., não geral, não criam, não produzem o Direito. O que gera o Direito são as necessidades sociais e a vontade humana. É esta que, tomando conhecimento das imposições inadiáveis da realidade sócio-jurídicas, se serve da organização política da nação, o Estado, para criar as leis. Do mesmo modo, já no terreno dos *atos* (em contraoposição ao do Direito, constituído) é ainda a vontade humana, conglomerada na *consciência popular* (22) que cria o costume.

Assim, realmente, as fontes do Direito propriamente ditas são o arbítrio humano e o Direito Natural. O Estado e a consciência popular (ou o povo) são apenas as causas instrumentais da elaboração do Direito. Ao passo que a lei, o costume, etc., são os modos, as formas, os meios técnicos de que lança mão a vontade humana para, através do Estado e da consciência popular, dar a conhecer, objetivar o direito suscitado pelas imposições naturais da vida em sociedade.

b) *A idéia de «fonte formal»*

Esta noção encontramos esboçada em muitos autores, entre eles François Gény, Trabucchi, Bonnecase (23) Brethe de la Gressaye e Laborde-Lacoste. Entre nós, podemos referir Paulino Neto (24), Serpa Lopes (25), Orlando Gomes (26) e Vicente Ráo (27).

(20a) É importante notar-se, neste particular, a sabedoria dos Romanos, que, num único conceito, o de *lex*, faziam abranger estas três categorias. Havia assim a *lex privata*, que era a cláusula contratual, p. ex., *lex venditionii*, a *lex collegii*, das associações, e a *lex publica*, que era a lei propriamente dita, conforme a noção moderna. (V. A. Correia e G. Sciascia, «Manual», pág. 14).

(21) Orlando Gomes, «Introdução ao Direito Civil», págs. 59-62; cf. Brethe de la Gressaye e Laborde-Lacoste, *op. e loc. cit.*

(22) Usamos a expressão para exprimir a unidade moral, das vontades individuais, e não a idéia de um ser autônomo conforme o ensinamento da Escola Histórica (v. Alexandre Correia, «Concepção Histórica do Direito», págs. 114/128).

(23) Julien Bonnecasse — v. «Supplément», ao «Tratatto Teorico-Pratico» de Baudry-Lacantinerie, T. I, págs. 396 e sp., Paris, 1924; v. tb. «Introduction à l'Étude du Droit», 19, Paris, 1939.

(24) Paulino Neto, «Cadernos do Direito Civil», I, pág. 35, Rio, 1934.

(25) Serpa Lopes, «Curso», I, pág. 65, 2ª ed., Rio, 1957.

(26) Orlando Gomes, *op. cit.*, pág. 39.

(27) Vicente Ráo, «O Direito e a Vida dos Direitos, I, pág. 275, São Paulo, 1952.



Com efeito, esses jurisperitos, de modo geral, adotam a divisão de François Géný, que, como vimos, distingue fontes *substanciais* de fontes *formais* do Direito. Fontes substanciais seriam os elementos, os *dados* do Direito — materiais, históricos, racionais e ideais — aos quais as fontes formais — lei, costume, tradição e autoridade, — dão uma expressão apropriada. Ora, como se vê, os chamados elementos substanciais podem perfeitamente reduzir-se ao Direito Natural, enquanto as chamadas «fontes formais» não passam de mero *modo* de exteriorização dos preceitos da Justiça aplicados à solução dos problemas sociais.

Por isso, a expressão, «fonte formal», segundo nos parece, é duplamente imprópria, porque, ou encaramos a lei, o costume, etc., do ponto de vista do seu conteúdo, e são o *próprio direito já constituído*, e não a sua fonte; ou os consideramos segundo o mero prisma da *forma* e, em tal caso, constituiriam apenas o *modo* pelo qual o Direito se positiva, se externa, se exterioriza <sup>(28)</sup>.

### c) Ahrens e Fernandes Elias

Dois autores do passado tiveram a nítida idéia disto que estamos expondo. São eles o clássico Ahrens, autor de «Cours de Droit Naturel», e Fernandes Elias, jurisconsulto espanhol, entre cujas obras se conta o «Tratado del Derecho Civil Español». Com efeito, são do primeiro estas palavras que convém sejam transcritas no original:

«Tout droit se manifeste donc dans la vie réelle dans des *formes*, soit dans des formes générales de naissance, comme les coutumes et les *lois*, soit dans des formes spéciales dans toutes les matières particulières» <sup>(29)</sup>. No mesmo diapasão, ensina-nos o outro autor: «Téngase muy en cuenta que nosotros aceptamos como fuentes del Derecho y de la ley a la *legislación*, la *política* u la *jurisprudencia*, sola y exclusivamente en el terreno material, práctico y formulario, porque el Derecho y la ley no tienen, no pueden tener otras fuentes que la *razon*, la *voluntad*, la *libertad* y el bien y la *justicia*» <sup>(30)</sup>.

### d) Necessidade da distinção entre «fonte» e «formas» do Direito

Com efeito, esta distinção não é ociosa nem desnecessária. Por três razões, que iremos examinando à medida que as indicarmos.

Primeiro, ela corresponde à realidade dos fatos. Como vimos, a *lei*, o costume, etc., na verdade não *geram* o Direito. São apenas *modos de expressão do Direito*.

Segundo, evita uma série de erros e imprecisões em matéria de especificações dessas categorias jurídicas.

Na verdade, a confusão entre as noções de «fonte» e de «forma» do Direito, parece-nos ser o móvel principal de enganos como, por exemplo, o de se considerar a equidade como o que os autores denominam «fonte formal». Como se sabe, a equidade, em si, é um princípio semelhante ao da Justiça, e, assim, só pode ser fonte geradora, e nunca formal; do ponto de vista da ética, é uma virtude, e, evidentemente, nenhuma virtude se considerará, a rigor, modo de expressão do Direito, senão apenas um hábito prático capaz de proporcionar a efetivação daquilo que é bom. Está longe, pois, de se ajustar à noção de forma de expressão do Direito.

Outro exemplo de equívoco, *data venia*, parece encontrar-se em alguns mestres quando consideram o Estado «fonte formal» do Direito. A despeito das distinções que se procuram fazer, o fato é que o Estado não passa de *instrumento* de efetivação da forma positiva <sup>(31)</sup>.

(28) Por outro lado, a expressão é híbrida, pois «fonte» é causa eficiente, e «formal», como o nome está dizendo, diz respeito a causa formal, que com a primeira não se confunde.

(29) Henri Ahrens, «Cours de Droit Naturel», I, pág. 174, Leipzig, 1875.

(30) Fernandes Elias, «Curso», I, pág. 58, Madri, 1880.

(31) Vicente Ráo, *op. cit.*, pág. 277.

A definição rigorosa dos conceitos referentes à *forma* do Direito Positivo parece capaz de evitar todas essas falácias, por isso que elucida bem a idéia de que, na matéria, o estudioso deve ater-se tão-somente aos modos *exteriores* do Direito.

Terceiro, ao invés de ficarmos na preocupação de excluir algumas formas e aceitar outras, com uma visão excessivamente restrita do assunto, deparamos que, graças a esse expediente da análise jurídica, o campo que se nos abre é muito mais vasto, pois, como será visto, há uma grande série de atos e fatos humanos que podem ser encarados como formas de expressão do Direito, do mesmo modo que coordenados segundo os princípios de uma mesma sistemática.

Na verdade, além da lei, do costume, da jurisprudência, da doutrina, como habitualmente enumeram os autores, são ainda *modos* através dos quais o direito se revela, para integrar o conjunto das relações sócio-jurídicas, o Direito Estranho, os Princípios Gerais de Direito, o Direito Estatutário, os Atos Jurídicos Particulares, o «Standard», etc.

Como a árvore que, em virtude da poda nacional, é desvencilhada dos ramos desnecessários, este capítulo da Ciência Jurídica, ao invés de diminuir, cresce em harmonia e substância.

A seguir, tentaremos mostrar como, precisadas estas noções, passa a ser possível, de modo mais claro e mais completo, toda uma classificação geral das fontes e formas do Direito Positivo.

#### IV — CLASSIFICAÇÃO DAS FORMAS DE EXPRESSÃO DO DIREITO

##### a) *Introdução*

A definição do conceito de *forma de expressão do Direito*, diverso daquele que diz respeito às suas *fontes* propriamente ditas, seja dito desde logo, não estabelece um sectionamento dessas categorias jurídicas, de modo a deverem ser considerados em planos totalmente separados. Embora, a nosso ver, como esperamos haver exposto acima, a análise jurídica deva realizar a sua precisa distinção para melhor conhecimento do efetivo conteúdo das respectivas noções, força é reconhecer a sua interdependência, e como a elucidação de uma não pode prescindir do esclarecimento das demais.

O capítulo das fontes do Direito, propriamente ditas, concerne ao que poderíamos chamar a *etiologia* jurídica; ao passo que aquele que se ocupa das formas de expressão, dos modos pelos quais o direito, latente na natureza das coisas, por um ato da vontade humana passa a tornar-se objetivamente definido e coercitivo <sup>(32)</sup>, seria o da *morfologia* do Direito.

Mas é bem de ver que a forma, por si mesma, não tem maior importância, se não vem acompanhada da matéria, do conteúdo que objetiva e define. E é evidente que esse conteúdo, para chegar a adquirir forma, passou necessariamente por um largo processo de elaboração, cujo estudo respeita exatamente ao capítulo das fontes do Direito propriamente ditas.

Eis porque, a despeito da distinção, para nós indispensável, entre *fonte* e *forma* do Direito Positivo, retomando algumas noções acima já esboçadas, tentaremos precisar bem a distinção entre as diversas *fontes* do Direito, para só depois classificarmos as suas formas de expressão, impropriamente chamadas *fontes formais*.

---

(32) Cf. Alexandre Correia e Gaetano Sciascia, «Manual de Direito Romano», I, pág. 12.

Assim, quatro seriam as espécies de fontes de Direito, a saber: as *fontes históricas*, as *fontes genéticas*, as *fontes instrumentais*, e as assim chamadas *fontes formais*, para nós, simplesmente *formas de expressões do Direito*.

#### b) *Fontes históricas*

Em mais de um sentido se pode tomar a expressão *fonte histórica*. Uma delas encontramos em Savigny — a aceção de conjunto de documentos que servem de base para a elaboração da Ciência Jurídica <sup>(32a)</sup>. Outra semelhante a esta, mais vulgarmente utilizada, é a proposta por Correia e Sciascia, segundo a qual «se entendem por fontes de Direito os documentos através dos quais chegamos a conhecer o direito de determinado povo» <sup>(33)</sup>.

De nossa parte, temos a observar que esses seriam tão-somente modos *externos* de conceituar *fontes históricas*. Uma outra maneira de encará-las também haveria, esta de natureza interna, conforme a qual por essa expressão seria entendido o *processo histórico* de elaboração da norma jurídica.

Esse processo histórico poderia subdividir-se em *próximo e remoto*. Próximo, o relativo às condições de natureza sócio-jurídica que em dado meio e momento deram azo à elaboração da lei ou outra forma de expressão do Direito. Remoto, o que se entende com as *origens históricas* da instituição jurídica que a norma visa a regulamentar. Sob este prisma, o estudo das fontes pode remontar aos mais longínquos (e nem sempre menos importante) fatores da formação de um povo ou de uma cultura.

O estudo das fontes históricas das instituições jurídicas é indispensável ao seu efetivo conhecimento. Como observa Sternberg, «aquele que quisesse realizar o Direito sem a História não é jurista, nem sequer um utopista, não trará à vida nenhum espírito de social consciente, senão mera desordem e destruição» <sup>(34)</sup>.

No que concerne à sua correlação com o estudo das demais espécies de fontes, é de se assinalar que é a história do Direito que possibilita o melhor conhecimento das condições relativas às suas fontes, quer genéticas, quer instrumentais.

#### c) *Fontes genéticas*

Por *fontes genéticas* do Direito, entendemos o *Direito Natural* <sup>(35)</sup>, e o *arbitrio humano*.

Quanto ao que chamamos de Direito Natural, cumpre sejam oferecidos alguns esclarecimentos.

Primeiramente, tomamos a expressão no seu sentido clássico, no sentido aristotélico-tomista, e não naquele utilizado pelos Jusnaturalistas, de Grotius a Rousseau. Segundo estes autores, o Direito Positivo não deveria ser mais do que a projeção de uma ordem preestabelecida na própria natureza das coisas, levada a efeito, a rigor,

(32a) Savigny, «Sistema», I, pág. 41.

(33) Correia e Sciascia, *op. cit.*, pág. 12.

(34) Theodor Sternberg, «Introducción a la Ciencia del Derecho», pág. 32, 2ª ed., Labor, 1940.

(35) Sobre o conceito de Direito Natural, v. especialmente a tese do Prof. Alexandre Correia, «Há um Direito Natural? Qual o seu conceito» 1917; do mesmo autor, v. ainda «Concepção Tomista do Direito Natural», in «A Balança», Tomo II, nº 32. V. Cathrein, «Philosophia Moralís», nºs 295/297, Barcelona, 1945, etc. V. tb. nosso estudo «Direito Natural e Direito Positivo», in «Estudos Jurídicos» comemorativos do cinquentenário da Revista dos Tribunais.

independentemente do arbítrio humano, que, na confecção das leis, não passaria de mero instrumento desse Direito Natural determinista, necessário e imutável (36).

Já conforme a concepção clássica do Direito Natural, este direito, embora se estabeleça sobre *princípios* estáveis, não pode deixar de sofrer uma constante mudança, conforme as condições de meio e de momento. Assim, enquanto o Jusnaturalismo criou um Direito Natural substancialmente cerebrino, dedutível **more geometrico**, de acordo com a Escola Clássica, o Direito deve ser elaborado de acordo com a realidade dos fatos (37).

Outra distinção a ser feita é a referente ao fato de tomarmos o Direito Natural na acepção lata. Num conceito estrito, o Direito Natural se reduz aos princípios primeiros da Justiça; de um ponto de vista mais largo, o Direito Natural envolve não apenas esses princípios estáveis, como ainda as necessidades sociais que, atendidos os imperativos oriundos desses princípios, emergem do próprio evoluir da existência e da cultura humana.

Com efeito, as mutações do processo, as transformações da ciência, a transmutação accidental das mentalidades, vão criando uma série de necessidades cujo atendimento deve ser levado a efeito sem prejuízo dos imperativos da Justiça.

Algumas instituições exigem transformações radicais, outras desaparecem pelo desuso, outras ainda se criam e é preciso regulamentá-las. Eis aí, portanto, as necessidades sociais, as necessidades que, em virtude da própria *natureza* do homem e das coisas, é mister sejam supridas — a gerarem a regra de Direito Positivo.

Por outro lado, essa regra não se exprime por si mesma, nem pode ser idêntica em diferentes lugares e momentos. Cumpre, pois, aquilatar as conveniências da sua aplicação deste ou daquele modo, ou ainda se não fora melhor deferir a sua promulgação para ocasião mais oportuna. Ponderações desta natureza são, em suma, aquilo que respeita à parte do *arbítrio humano* na gênese do Direito Positivo, muito embora esse mesmo arbítrio deve ficar subordinado aos princípios primeiros da Justiça, bem assim à condição do atendimento efetivo das exigências jurídico-sociais.

#### d) *Fontes instrumentais*

Ora, a vontade humana, embora conserve sempre o seu essencial de vontade *individual*, para realizar a coercitividade da lei ou outro preceito jurídico necessita de atuar através dos órgãos que personalizam a organização social de um povo, ou dos povos no seu conjunto universal. Esses órgãos, a nosso ver, são de duas naturezas, uma *jurídica*, na sua acepção estrita, outra, de *fato*, sustentada apenas pelas imposições da própria realidade social.

No plano jurídico, o órgão dessa natureza que representa a unidade é o *Estado*; no plano dos fatos, a *consciência nacional*. Projetados no campo das relações entre os povos, ao primeiro corresponde a *sociedade política das nações*, e, ao segundo, uma como que *consciência social universal*.

(36) Hugo Grotius, «De Iure Belli ac Pacis», Prolegom 6-11; Cap. I, X, 1-7; I, XIV; I, I, 1-5, etc., ed. de Telders, Haia, 1948; Rosseau, «Contrato Social», LI, Ed. Cultura, 1944.

Na Economia Política, o Jusnaturalismo encontra sua manifestação na Fisiocracia, de Quesnay e Turgot. O primeiro, por sinal, é autor de um tratado de Direito Natural (v. Papaterra Limongi, «Economia Política», pág. 119, 5ª ed., 1959).

(37) V. as obras citadas de Alexandre Correia e Cathrein. V. também Sto. Thomaz de Aquino, «Suma teológica», Ia., IIae. Q. XCIV. Arts. III e IV; do mesmo autor, v. «In Aristotelis Stagirtae Libros Nonnullos Commentaria», V. lec. 12, in «Thomae Aquinatis Opera Omnia», vol. XXV, pág. 460, Paris, 1875; Jacques Maritain, «Humanismo Integral», págs. 16 e segs.; José Pedro Galvão de Souza, «O Positivismo Jurídico e o Direito Natural», São Paulo, 1940.

Tais entidades morais seriam a rigor as verdadeiras *fontes instrumentais* do Direito Positivo, aos quais corresponderiam, de modo precipuo e genérico, a *lei* e o *costume*, inclusive os usos internacionais.

Além disso, uma terceira categoria poderíamos alinhar ao lado dessas, a saber, o *acordo das partes*, que, realmente, é o meio de que lançam mãos os interessados para criarem obrigações e direitos, no plano dos negócios particulares <sup>(38)</sup>.

Exposta a noção destas fontes do Direito, na acepção própria do termo, podemos passar agora às fontes impropriamente ditas, ou formas de expressão do Direito Positivo, objeto precipuo deste trabalho.

d) *Fontes formais* (impropriamente chamadas) ou *formas de expressão do Direito. Classificação segundo o critério da natureza da coercitividade*

Se é certo que as fontes históricas no seu aspecto interno constituem a imensa cadeia de cujas complexas ebulições emergem as necessidades sociais; se é verdade que são essas necessidades, consideradas e manipuladas pela vontade humana, que geram a norma jurídica; se é patente que para objetivarem os vínculos do Direito os homens o fazem por meio de entidades hábeis a tornarem esses vínculos eficazes, claro também se nos antolha que todos esses momentos do surdo e multifário processo de elaboração do conjunto das relações positivas, vai encontrar o acabamento definitivo nas *formas* através das quais o Direito se revela e adquire capacidade coercitiva.

As mencionadas *formas*, segundo o critério que poderíamos chamar da *natureza da coercitividade*, podem inicialmente ser classificadas em três: 1º) a dos *atos jurídicos*; 2º) a dos *atos sociais de fato, com força jurídica*; e 3º) a das *conclusões da ciência jurídica*.

1º) *Atos jurídicos*. Com a expressão *atos jurídicos* queremos não apenas significar os negócios particulares <sup>(39)</sup>, mas o ato jurídico na sua acepção ampla, conforme o ensinamento dos publicistas <sup>(40)</sup>.

Assim, aí estariam incluídos: a) a lei; b) o ato jurisdicional particularmente considerado; c) o *Direito Corporativo* ou *Estatutário*; d) o *Direito Estranho*; e) o *ato jurídico administrativo*; e f) os *atos jurídicos individuais*.

*Lei*, por sua vez, é aí entendido no sentido largo <sup>(41)</sup>, de modo a abranger também os decretos, os regulamentos e os atos administrativos, como portarias, circulares, resoluções, ordens de serviço, etc., que visem a solucionar injunções de caráter geral, ainda que dentro de um setor particular <sup>(42)</sup>.

Os atos jurisdicionais são aqueles efetivados pelo Poder Judiciário, à face de um problema jurídico, de caráter contencioso. Na verdade, as sentenças e os Acórdãos, em virtude das propriedades da *res judicata*, que *pro veritate accipitur* <sup>(43)</sup>, são uma das

(38) Observe-se, com efeito, que o próprio Código Napoleão consagrou o princípio geral de que «les conventions légalement formées tiennent lieu de LOI à ceux qui les ont faites» (art. 1134). Por outro lado, vimos a moderna tendência, no sentido de considerar os atos jurídicos em geral como «fontes» do Direito. Finalmente, vimos (nota 20a) como os Romanos denominavam *leges privatae* às cláusulas contratuais.

(39) Serpa Lopes, «Curso de Direito Civil», I, págs. 39 e segs., 2ª ed., 1957.

(40) V. Duguit, «Cours de Droit Constitutionnel», págs. 64 e segs.; Bonnard, «Précis», pág. 1; v. ainda, de Duguit, «Les transformations du Droit Public», págs. 75/146, Paris, 1921.

(41) V. Chironi, «Istituzioni», I, pág. 19.

(42) Por exemplo, o regimento interno de setor de benefícios das autarquias da Previdência Social. Inclui de caráter geral, dentro de um setor particular.

(43) «Digesto», Livro XVII, 207, frag. de Ulpiano.

formas de que se reveste o Direito, uma vez que tais atos, embora subordinados ao direito preexistente, são capazes de definir situações jurídicas anteriormente dúbias e que, a partir dos mesmos, passam a reger uma parte do complexo geral das relações sócio-jurídicas.

Por Direito Corporativo ou Estatutário compreendemos o conjunto das relações jurídicas que regem as pessoas morais ou corpos sociais intermediários entre o indivíduo e o Estado. Apresenta uma natureza especial porque, na terminologia de Cathrein (44), essas sociedades são imperfeitas, incapazes de se bastarem a si próprias.

Não se incluem aí as impropriamente chamadas *autarquias paraestatais*, ou *departamentos*, do Direito Francês, porque as consideramos órgãos do próprio Estado, mero fruto da descentralização administrativa, do mesmo modo que as províncias constituem o resultado da descentralização político-territorial.

Abrange não apenas as sociedades de Direito Privado, civis e comerciais, como as do Direito «Social», quais os sindicatos e as associações profissionais. A estes se vêm ainda estritamente ligados atos jurídicos como os contratos coletivos de trabalho, que Duguit entende pertencer à espécie das chamadas *leis-convenções* (45).

São ainda atos jurídicos aqueles que concernem ao que denominamos *Direito Estranho*. Este Direito, subdividimos em: *Direito Romano*, *Direito Canônico* e *Direito das Nações Modernas*, expressão esta utilizada pela Lei da Boa Razão (46) e adotada pelos civilistas do passado (47).

Embora, como a expressão o diz, se trate de direito diverso do nosso, produzido por poderes que se não confundem com o do Estado nacional, abrange leis que, ainda hoje, embora menos que antanho, integram o nosso sistema de Direito Positivo. E se tal se dá é principalmente por terem sido criados como direitos atuantes nas respectivas sociedades a que correspondem ou corresponderam.

Quanto ao *ato jurídico administrativo*, é de se considerar que em muito diferem dos regulamentos e outras normas de caráter geral, de igual natureza. Na verdade, com esta expressão queremos expressar, de modo específico, os atos administrativos particularizados, como os despachos exarados nos processos administrativos, os contratos em que o Estado intervém, etc. No conceito dos mesmos incluímos os atos de *jurisdição voluntária*, em que não existe *ação*, propriamente dita, senão mero *pedido*, não há partes (autor e réu), mas interessados; não há *lide* e sim *negócio* (48).

Finalmente, ainda dentro do conceito amplo de *ato jurídico*, como forma de expressão do Direito, aparece o conjunto dos *negócios jurídicos particulares* que, evidentemente, não traçam normas de caráter geral; mas, fazendo lei entre as partes, encerram, na sua enorme massa, uma trama de complexíssimas relações em cuja base se assenta todo o conjunto das situações que a lei *supõe* como hipótese geral, mas às quais só esses atos podem emprestar vivência concreta e atuante.

São, portanto, igualmente, formas através das quais o Direito se revela. E, particulares embora, restritas que sejam às partes contratantes, no seu acervo imenso, é sem

(44) Cathrein, «Philosophia Moralis», § 511, pág. 355.

(45) Duguit, «Les Transformations du Droit Public», pág. 129.

(46) De 17 de agosto de 1769, inspirada por Pombal.

(47) V. p. ex. Coelho da Rocha, I, pág. 22.

(48) V. José Frederico Marques, «Ensaio sobre a Jurisdição Voluntária», pág. 200, 1952; Gabriel de Rezende Filho, «Curso de Direito Processual Civil», III, pág. 58, § 853, São Paulo, 1946; v. também, nessa monografia, «Do Nome Civil das Pessoas Naturais», págs. 392 e 417, notas 644 e 684.

dúvida dos modos mais importantes por meio dos quais o Direito é objetivado e assume força coercitiva.

Passemos agora àquela categoria que propomos denominar *atos sociais de fato com força jurídica*, ou simplesmente *atos com força jurídica*.

2º) *Atos sociais de fato, com força jurídica*. O porquê dessa denominação e do agrupamento de tais atos numa espécie particularizada — eis o que tentaremos explicar preliminarmente.

Com efeito, examinando a classificação das «fontes formais», proposta por Brethe de la Grassaye e Laborde-Lacoste, conquanto tenhamos averiguado a sua genérica procedência, notamos que, na verdade, não se cingem os autores a um critério único, ou melhor, não completam a classificação conforme os ditames do critério adotado.

Realmente, como foi visto, dividem as fontes em *fontes-atos* e *outras fontes*, aqui incluídos o costume, os princípios gerais de Direito e a doutrina.

Ora, de nossa parte, com a devida vênia, assinalamos que, tomando-se como ponto de partida o *ato jurídico*, o que bem procede, porque o Direito é efetivamente fruto de um ato gerado pela vontade humana, cumpre ver nessas «outras fontes» aquilo que elas apresentam de comum com o ato jurídico, bem assim o que revelam de dissemelhante, para desse modo podermos chegar a uma classificação quanto possível acabada.

Dai a nossa proposta de se distinguirem em meio às «outras fontes» um grupo específico que seria dos *atos sociais de fato, com força jurídica*, a saber, o *direito costumeiro*, de modo geral, o *costume judiciário* (diverso do ato jurisdicional puro e simples) e o «standard» jurídico.

*Atos sociais*, porque valem na medida em que são gerados pela *consciência nacional*, visando à solução de problemas próprios da vida do homem em sociedade.

*Atos sociais de fato*, para se contraporem aos atos *jurídicos*, pois enquanto estes trazem a sanção do ordenamento, aqueles exercem a força coercitiva por mera questão de *opinio necessitatis*.

*Atos sociais de fato com força jurídica*, porque, muito embora não sejam objeto de norma jurídica específica, são capazes de atuar ao modo do de verdadeira regra legal.

Nesse grupo de atos, como foi visto, incluímos desde logo, por excelência, o *Direito Consuetudinário*, criação típica da vontade popular, para a solução imediata, anterior ou complementar à da lei, dos problemas sócio-jurídicos que esta não prevê e que no entanto precisam de estribar-se numa regra geral.

A seguir alinhamos o *costume judiciário* ou *jurisprudência*, diverso do ato jurisprudencial particularmente considerado. Com efeito, enquanto este último constitui um *ato jurídico* na sua precisa acepção, o costume judiciário passa a ter eficácia coativa por mera questão de opinião coletiva de necessidade em meio aos julgadores. Não há lei, em países como o nosso, que ampare o valor vinculativo geral das decisões jurisprudenciais; no entanto, se um modo de decidir se repete com religiosa constância, anos a fio e na generalidade dos Tribunais, força é convir que dificilmente um Magistrado ou colégio judicante ensaiará, sem maiores razões, afastar-se dessa orientação.

Da mesma natureza reputamos o «standard» jurídico, categoria importada da «Common Law», e que consiste num critério básico de avaliação de certos conceitos jurídicos indefinidos, variáveis no tempo e no espaço (49). O «standard», ou diretiva jurídica, pode ser legal, como o do § 6º do art. 15 da Lei do Inquilinato, que inclui na expressão *uso próprio* a obrigatoriedade de permanecer o proprietário pelo menos um

(49) P. ex. o conceito de *boa-fé*, de *bonus pater familias*, de *prudente arbítrio* etc. No Direito Público, o de *necessidade social*, *utilidade pública*, *necessidades normais do trabalhador* etc. (v. Constituição, arts. 141 e 157, etc.).

ano no imóvel despejado. Poder ser *jurisprudencial*, como a orientação segundo a qual se considerava *abuso de direito* a purgação da mora, da parte do locatário, por mais de três vezes. E pode ser simplesmente *costumeiro*, como a generalidade dos costumes de natureza interpretativa (*secundum legum*).

O «standard» legal, em suma, é lei por natureza. Mas o jurisprudencial e o simplesmente costumeiro não passam de meros atos de fato com força jurídica.

Passemos agora à última das espécies de forma de expressão do Direito, segundo o critério da natureza da coercitividade.

3.º) *As conclusões da Ciência Jurídica*. Efetivamente o Direito que os cientistas perquirem nas bibliotecas não apenas informam a lei, os costumes, a jurisprudência, etc. como ainda possui o seu valor próprio como forma de expressão do Direito latente na natureza das coisas.

Savigny, não sem uma forte razão, considerou a Ciência Jurídica qual uma variedade do Direito Consuetudinário. Preferimos, porém, situá-la em apartado, devido ao seu especial modo de elaboração e à sua preeminente importância como principal intérprete do Direito justo.

Na verdade, se de um lado as leis injustas não são propriamente leis, mas meros atos discricionários de poder (50), que não obrigam em consciência, de outro, para se alcançar a lei justa é preciso auscultar com exatidão os reclamos das necessidades sociais, sob a égide da Justiça, trabalho esse que só aos especialistas da Ciência do Direito é dado realizar com a indispensável segurança.

No Direito Científico incluímos os Princípios Gerais de Direito e os Brocardos Jurídicos, porque é a Ciência Jurídica que define tais princípios: princípios esses que, por sua vez, se vêm expressos não raro através de parênteses ou brocardos (51).

Ao critério adotado para a classificação que acabamos de ensaiar denominados, da *natureza de coercitividade*. A razão disso, como a esta altura já se pode observar, está na circunstância de que enquanto a eficácia vinculativa dos atos jurídicos provém de modo imediato, sanção estatal, a dos atos sociais de fato, com força jurídica, deflui de fatores outros, qual seja, p. ex., no caso do *costume*, a *opinio necessitatis*.

Por seu turno, o Direito Científico passa às vezes a impor-se ao modo de verdadeiro preceito, em virtude do *consenso dos doutores (communis opinio doctorum)* e da sua correspondência com a verdade jurídica.

Outros critérios, porém, podem ser utilizados para a classificação das formas de expressão do Direito, como, p. ex., o da *importância* que apresenta na integração do sistema jurídico. Desse ponto de vista, distinguir-se-ia inicialmente a lei, que é a *forma fundamental* (52), considerando as demais — *formas complementares* entre elas — o costume, a jurisprudência, o Direito Científico, os Princípios Gerais de Direito e os Brocardos Jurídicos.

(50) Sobre a questão das leis injustas, v. Cathrein, *op. cit.*, pág. 182; Roubier, «Théorie Générale du Droit», pág. 323, 2.ª ed., 1951; Georges Rennard, «Introducción al Estudio del Derecho», vol. I, pág. 142; François Géný, «Science et Technique», vol. II, pág. 348.

(51) V. de nossa autoria «Dos Princípios Gerais de Direito», 260 págs., 1963, e «Brocardos Jurídicos — As Regras de Justiniano», 160 págs., 1961, ed. da Revista dos Tribunais.

(52) V. art. 4.º da Lei de Introdução ao Código Civil; v. também art. 141, n.º 2, da Constituição Federal.