

Miguel Reale

©III©

LIÇÕES PRELIMINARES
DE DIREITO

©III©

27ª edição ajustada ao novo
Código Civil
4ª tiragem

2004

 Editora
Saraiva

ISBN 85-02-04126-6

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Reale, Miguel, 1910-
Lições preliminares de direito / Miguel Reale. — 27. ed. ajustada ao
novo código civil. — São Paulo : Saraiva, 2002.

Bibliografia.

1. Direito 2. Direito - Filosofia I. Título.

02-4636

CDU-340.11

Índices para catálogo sistemático:

1. Direito : Teoria 340.11
2. Teoria geral do direito 340.11



Avenida Marquês de São Vicente, 1697 — CEP 01139-904 — Barra Funda — São Paulo - SP
Tel.: PABX (11) 3613-3000 — Fax: (11) 3611-3308 — Fone Vendas: (11) 3613-3344
Fax Vendas: (11) 3611-3268 — Endereço Internet: <http://www.editorasaraiva.com.br>

Filiais

AMAZONAS/RONDÔNIA/RORAIMA/ACRE

Rua Costa Azevedo, 56 — Centro
Fone/Fax: (92) 633-4227 / 633-4782
Manaus

BAHIA/SERGIPE

Rua Agripino Dórea, 23 — Brotas
Fone: (71) 381-5854 / 381-5895
Fax: (71) 381-0959 — Salvador

BAURU/SÃO PAULO

Rua Monsenhor Claro, 2-55/2-57 — Centro
Fone: (14) 3234-5643 — Fax: (14) 3234-7401
Bauru

CEARÁ/PIAUÍ/MARANHÃO

Av. Filomeno Gomes, 670 — Jacarecanga
Fone: (85) 238-2323
Fax: (85) 238-1331 — Fortaleza

DISTRITO FEDERAL

SIG QD 3 Bl. B - Loja 97 — Setor Industrial Gráfico
Fone: (61) 344-2920 / 344-2951
Fax: (61) 344-1709 — Brasília

GOIÁS/TOCANTINS

Av. Independência, 5330 — Setor Aeroporto
Fone: (62) 225-2882 / 212-2806
Fax: (62) 224-3016 — Goiânia

MATO GROSSO DO SUL/MATO GROSSO

Rua 14 de Julho, 3148 — Centro
Fone: (67) 382-3682 — Fax: (67) 382-0112
Campo Grande

MINAS GERAIS

Rua Alípio de Melo, 151 — Jd. Montanhês
Fone: (31) 3412-7080 — Fax: (31) 3412-7080
Belo Horizonte

PARÁ/AMAPÁ

Travessa Apinagês, 186 — Batista Campos
Fone: (91) 222-9034 / 224-9038
Fax: (91) 241-0499 — Belém

PARANÁ/SANTA CATARINA

Rua Conselheiro Laurindo, 2895 — Prado Velho
Fone/Fax: (41) 332-4894
Curitiba

PERNAMBUCO/PARÁIBA/R. G. DO NORTE

Rua Corredor do Bispo, 185 — Boa Vista
Fone: (81) 3421-4246

Fax: (81) 3421-4510 — Recife

RIBEIRÃO PRETO/SÃO PAULO

Av. Francisco Junqueira, 1255 — Centro
Fone: (16) 610-5843

Fax: (16) 610-8284 — Ribeirão Preto

RIO DE JANEIRO/ESPÍRITO SANTO

Rua Visconde de Santa Isabel, 113 a 119 — Vila Isabel
Fone: (21) 2577-9494 — Fax: (21) 2577-8867 / 2577-9565
Rio de Janeiro

RIO GRANDE DO SUL

Av. Ceará, 1360 — São Geraldo
Fone: (51) 3343-1467 / 3343-7563

Fax: (51) 3343-2986 / 3343-7469 — Porto Alegre

SÃO PAULO

Av. Marquês de São Vicente, 1697
(antiga Av. dos Emissários) — Barra Funda
Fone: PABX (11) 3613-3000 — São Paulo

CAPÍTULO XIII

FONTES DO DIREITO (II)

SUMÁRIO: A lei e o costume — distinções básicas. Papel dos costumes nos distintos campos do Direito. Compreensão do termo “lei” como fonte do Direito. Do processo legislativo como fonte legal.

A LEI E O COSTUME — DISTINÇÕES BÁSICAS

A distinção entre a *lei* e o *costume* pode ser feita segundo vários critérios. Quanto à origem, a da lei é sempre certa e determinada. Há sempre um momento no tempo, e um órgão do qual emana o Direito legislado. Se se trata de uma lei federal, por exemplo, será o Congresso, através de suas duas Casas, a Câmara dos Deputados e o Senado, o órgão elaborador da lei a ser sancionada pelo Presidente da República, que integra o processo legislativo, pelo poder de iniciativa, pela sanção ou pelo veto.

A origem da lei, portanto, não sofre qualquer dúvida, porquanto o órgão, que tem competência para editá-la, já está anteriormente previsto, com sua linha de atividade claramente marcada no espaço e no tempo.

O Direito costumeiro, ao contrário, não tem origem certa, nem se localiza ou é suscetível de localizar-se de maneira determinada. Geralmente não sabemos onde e como surge determinado uso ou hábito social, que, aos poucos, se converte em hábito jurídico, em uso jurídico.

O Direito costumeiro nasce por toda parte, de maneira anônima, ao passo que a lei, desde a sua origem, se reveste de segurança e de certeza.

A segunda característica é quanto à forma de elaboração. A lei não só se origina de um órgão certo como, na sua formação, obedece a trâmites prefixados. Uma lei é o resultado, o ponto culminante de um processo, que, em todos os seus momentos, em todos os seus ritmos, já está previsto em uma lei anterior, quanto mais não seja na Constituição. A Constituição vigente tem, no capítulo relativo ao *Processo Legislativo*, alguns artigos referentes às várias espécies de *normas legais*, e ao modo de sua elaboração.

Acontecerá a mesma coisa com referência aos usos e costumes? É claro que não. Os usos e costumes jurídicos aparecem na sociedade da forma mais imprevista; ninguém poderia predeterminar os processos reveladores dos usos e costumes. Ora é um ato consciente de um homem que, por atender a uma exigência social, passa a ser imitado e repetido, até transformar-se em um ato consciente no todo social; às vezes, é uma simples casualidade, que sugere uma solução no plano da conduta humana.

Há uma subconsciência social — por assim dizer — governando o aparecimento e a elaboração dos usos e costumes, tendo falhado todas as tentativas no sentido de subordinarmos esses processos a esquemas estereotipados.

Costuma-se dizer que a lei se distingue do costume também quanto à extensão ou âmbito de eficácia. Alega-se que, no mais das vezes, a lei é genérica, ou seja, possui um elemento de universalidade, enquanto que a maioria dos costumes são particulares, atendendo a uma categoria de pessoas ou de atos, bem como a situações locais, de um município ou de uma região. Na realidade, assim como há leis desprovidas de generalidade, também há *costumes genéricos*, como os que vigoram no Direito Internacional.

Outro critério distintivo válido diz respeito à forma. Quanto à forma verificamos a existência de muitas confusões que devem ser dissipadas. É com a devida cautela que podemos dizer que a lei é sempre escrita, enquanto que o Direito costumeiro é Direito não

escrito. Casos há, com efeito, em que o Direito costumeiro é consolidado e publicado por iniciativa de órgãos administrativos. Para dar um exemplo concreto, lembramos que a Junta Comercial de São Paulo, através de resolução publicada no Diário Oficial do Estado, consolidou os usos e costumes das praças comerciais de São Paulo e Santos, especialmente em matéria de comércio cafeeiro. Temos uma publicação oficial que facilita a indagação dos preceitos dos usos e costumes mercantis que governam grande parte da atividade de nosso Estado. Trata-se, entretanto, de um Direito costumeiro coligido por órgão da Administração e não por órgão a que esteja privativamente afeta a função legislativa.

O problema da forma está ligado intimamente a um outro critério, que o completa e esclarece, que é o problema da vigência em correlação com o da eficácia de uma norma legal ou costumeira.

A norma legal exatamente porque já teve prevista a sua formação através de um órgão predeterminado, se não estiver previsto o prazo de sua vigência, vigorará até o advento de nova lei que a revogue, salvo o caso de manifesto desuso, a que já aludimos. Verificada a prolongada falta de aplicação de uma norma legal, a sua validade formal ou vigência torna-se aparente, esvazia-se por perda de eficácia.

A vigência da lei é, por conseguinte, de natureza tal que ela, normalmente, somente cessa nas condições e no tempo em que nela mesmo se determinar, ou que venha a ser determinado por nova lei.

Quanto ao Direito costumeiro propriamente dito, não é possível a determinação do tempo de sua duração, nem tampouco prever-se a forma pela qual vai operar-se a sua extinção. As regras de Direito costumeiro perdem a sua vigência pelo desuso, pois a sua vigência é mera decorrência da eficácia. Quando o juiz reconhece a habitualidade duradoura de um comportamento, com intencionalidade ou motivação jurídica, confere-lhe validade formal e obrigatoriedade. Na vida da norma legal, a vigência é *prius*; a eficácia é *posterius*. Em se tratando de regra costumeira, dá-se o contrário, pois a vigência deflui da eficácia.

Eis aí alguns critérios básicos para se diferenciar a regra legal da regra consuetudinária ou costumeira. Há, no entanto, mais uma distinção a assinalar-se, que é quanto à produção dos respectivos efeitos.

Dissemos que a lei tem sempre uma origem determinada, ligada a um órgão prefixado, enquanto que o costume surge de forma indeterminada e, até certo ponto, imprevisível. Torna-se *costume jurídico*, porém tão-somente quando confluem dois elementos fundamentais: um é a repetição habitual de um comportamento durante certo período de tempo; o outro é a consciência social da obrigatoriedade desse comportamento.

O primeiro desses elementos é dito *objetivo*. Porquanto diz respeito à repetição de um comportamento de maneira habitual; o segundo elemento é chamado *subjetivo*, visto como está ligado à atitude espiritual dos homens, considerando tal conduta como necessária ou conveniente ao interesse social.

É em virtude da existência do “elemento intencional” que os antigos ensinavam não haver norma jurídica consuetudinária sem *opinio juris seu necessitatis*. Não basta a repetição material do ato, porque é essencial que seja marcada pela *convicção da juridicidade* do comportamento. De maneira mais objetiva poderíamos dizer que um costume adquire a qualidade de *costume jurídico* quando passa a se referir *intencionalmente* a valores do Direito, tanto para realizar um valor positivo, considerado de interesse social, como para impedir a ocorrência de um valor negativo, de um desvalor.

Do que acabamos de expor já se vê que o Direito costumeiro tem um sentido de espontaneidade, como que instintivo. O Direito legislado é um Direito racional, em que os elementos da obrigatoriedade são expressos de maneira esquematizada, após uma apreciação racionalmente feita da conduta humana.

Vale a pena referir-nos a um outro aspecto importante pelos seus efeitos práticos. A lei, cercada como está, desde a sua origem, por tantas certezas e garantias, opera, por si mesma, *erga omnes*, é universal quanto à sua aplicação. É de execução imediata e geral, dispensando a prova de sua existência. Ela é, de per si, o seu conteúdo

normativo e a força de sua obrigatoriedade, se não houver elemento de ordem formal condicionando a sua executoriedade.

E o Direito costumeiro? O Direito costumeiro é suscetível de prova em contrário. Não são, portanto, iguais os efeitos da lei e do costume. As leis têm efeitos indeclináveis, contra os quais nem as partes, nem o juiz podem oferecer elemento de fato que os conteste, salvo a hipótese extrema de desuso manifesto. O Direito costumeiro, mesmo quando consolidado por escrito, é suscetível de ceder ante uma prova em contrário.

Surgem, aqui, três possíveis posições na apreciação da matéria. Uma determinada corrente sustenta que também o Direito costumeiro deve presumir-se conhecido. Há um brocardo romano que diz: *Jura novit curia*, o que quer dizer que o foro, os juízes e tribunais presumem-se conhecedores do Direito. Esse brocardo é, indiscutivelmente, certo quanto à lei. Se invoco uma lei, não preciso exibir o Diário Oficial que a publicou.

Alguns autores pretendem que o mesmo deva ocorrer quanto aos usos e costumes, de maneira que também eles dispensariam a produção da prova de sua existência.

Uma teoria contraposta declara que o Direito costumeiro deve sempre vir acompanhado de prova, enquanto que, segundo uma solução intermédia, que me parece a melhor, a prova do Direito costumeiro deverá ser feita em havendo contestação da parte ou determinação *ex officio* do juiz; isto quer dizer que, se eu proponho uma ação em juízo, invocando uma regra costumeira, não precisarei fazer prova de sua existência, se não for contestada pela parte contrária ou não for a prova exigida pelo juiz *a quo*, pelo juiz competente.

PAPEL DOS COSTUMES NOS DISTINTOS CAMPOS DO DIREITO

O costume continua desempenhando função relevante na experiência jurídica de nossos dias, não sendo, porém, igual o seu papel em todas as disciplinas. Verificamos uma força maior do Direito costumeiro em certos ramos ou para a solução de deter-

minados problemas, como é o caso do Direito Comercial e do Direito Internacional.

A esse propósito vale a pena lembrar o que se passou com uma das mais altas figuras de juristas de nossa época, Hans Kelsen. O mestre da Teoria pura do Direito fundara antes todo o sistema do Direito das gentes, — concebido, aliás, como ordenamento jurídico supremo, — em critérios puramente racionais, à luz do pressuposto lógico de que “o pactuado deve ser mantido” (*pacta sunt servanda*).

A dolorosa experiência de guerras e revoluções, convertendo os tratados em “trapos de papel”, levou Kelsen a retificar seu ponto de vista, apresentando os costumes internacionais como fundamento real do Direito Internacional. É somente no plano filosófico que o antigo professor de Viena, sempre fiel à doutrina de Kant, subordina toda a vigência do Direito a uma norma transcendental, consagrada do respeito ao avençado como condição lógica de possibilidade da experiência jurídica.

Mas retornemos ao plano do Direito positivo, onde as “fontes” são *categorias históricas*, ou seja, realidades sujeitas a variações de lugar e de tempo. Se, hoje em dia, as normas legais primam no sistema do Direito brasileiro, o mesmo não acontece em outras Nações, havendo diferenças e contrastes até mesmo entre países subordinados à mesma tradição jurídica.

Partindo da distinção entre Direito Público e Direito Privado, podemos dizer que no primeiro os costumes desempenham papel mais relevante. Em algumas Nações, o Direito Público é, todo ele, no que tem de essencial, de natureza consuetudinária. A Inglaterra, por exemplo, formou as bases do seu regime parlamentar tão somente à luz de um comportamento político que foi se consolidando através do tempo e se transformando em uma consciência social muito viva, com maior capacidade de atuação do que as leis propriamente ditas.

Não existem normas constitucionais escritas governando a vida política da Inglaterra, que não possui uma Carta constitucional, na qual estejam discriminados os poderes dos órgãos essenciais do Estado, nem tampouco existem declarações de princípios que des-

çam a minúcias, como as que constam, em geral, dos textos constitucionais dos países americanos. Não obstante essa falta de forma legal, o povo inglês vive a substância de seu Direito Público, através de uma adesão de todos os dias, revelada no Direito costumeiro.

O “parlamentarismo” ou “governo de gabinete” formou-se, na Inglaterra, tão-somente por força de usos e costumes. Nenhuma lei exige que o Gabinete, ou seja, que o Ministério, na sua totalidade, deva refletir a maioria do Parlamento. Foi através das vicissitudes políticas que se estabeleceu essa correspondência entre a maioria parlamentar e a constituição do Ministério. O “parlamentarismo” britânico é fruto de uma experiência que se consolidou e que, hoje, governa partidos e indivíduos, sem precisar, de maneira alguma, da consagração expressa em textos legais.

Não resta dúvida que há uma grande vantagem nessa compreensão da vida jurídica, porquanto possibilita reformas de substância, mantendo-se sempre as mesmas formas, ao passo que países há onde as mudanças de formas são freqüentes, não se alterando, porém, uma linha sequer na substância dos comportamentos.

No Direito Administrativo anglo-americano também as regras costumeiras têm importância fundamental. Já no plano do chamado Direito Privado, especialmente na parte relativa ao Direito Civil, e ao Direito Comercial, as regras não são puramente costumeiras, mas assumem também um caráter jurisprudencial tornando-se obrigatórias em virtude de reiteradas decisões. Formam-se assim os *precedentes judiciais* que constituem a fonte primordial do *common law*.

Não é demais salientar que os Estados Unidos da América coincidem com a Inglaterra apenas no tocante ao Direito privado, pois, no plano do Direito Constitucional a Nação *yankee*, apartando-se do Direito costumeiro, nos oferece o mais notável exemplo de Constituição rígida, só suscetível de emendas através de múltiplas exigências e cautelas que envolvem todo o sistema federativo. O Brasil filia-se à tradição das constituições rígidas, apesar de nossa estrutura social e econômica não nos ter permitido usufruir de igual estabilidade política.

Essas referências à experiência jurídica inglesa e norte-americana bastam para demonstrar que, em matéria de fontes, não podem prevalecer esquemas abstratos, ou puramente lógicos. Não se pode falar em primado da lei ou do costume, a não ser em função de distintos ciclos históricos, havendo variações notáveis dentro de um mesmo País, com relação a esta ou aquela outra parte do Direito.

O mesmo acontece no Brasil, onde a promulgação do Código Civil de 1916, dada a euforia natural que acompanha a edição dos novos sistemas legislativos, teve o efeito de, num primeiro tempo, expelir o costume dos domínios do Direito Civil, como se o Código não tivesse lacunas e pudesse conter soluções para as mais imprevistas situações da vida social, tal como o reconhece o Código Civil de 2002.

Bem cedo, porém, a doutrina e a jurisprudência reconheceram o valor dos usos e costumes em matéria civil, mesmo antes de tal verdade ser reconhecida expressamente pelo legislador, promulgando, em 1942, a Lei de Introdução ainda em vigor, cujo art. 4.º determina que “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os *costumes* e os princípios gerais de direito”.

COMPREENSÃO DO TERMO “LEI” COMO FONTE DO DIREITO

São mais freqüentes do que se pensa os equívocos que rondam a palavra “lei”. Já tivemos ocasião de salientar que, em sua acepção genérica, lei é toda relação necessária, de ordem causal ou funcional, estabelecida entre dois ou mais fatos, segundo a natureza que lhes é própria. É nesse sentido amplo que nos referimos tanto às leis éticas como às leis sociais, ou às físico-matemáticas.

As leis éticas, todavia, quando implicam diretivas de comportamento, pautando objetivamente as formas de conduta, consoante também já foi exposto, se denominam propriamente *normas*, abrangendo as normas *morais*, as *jurídicas* e as de *trato social*, também chamadas de *costume social*.

Pois bem, dentre as espécies de normas ou regras se destaca a *norma legal*, que, por natural variação semântica, se denomina, pura e simplesmente, “lei”.

Quando, por conseguinte, nos domínios do Direito, se emprega o termo *lei* o que se quer significar é uma regra ou um conjunto ordenado de regras. Para que, porém, se possa empregar, com rigor, o termo *lei* não basta que haja norma ou um sistema de normas *escritas*, pois escritas são também normas dos regulamentos, decretos, resoluções, portarias, avisos etc.

Lei, no sentido técnico desta palavra, só existe quando a norma escrita é *constitutiva de direito*, ou, esclarecendo melhor, quando ela introduz algo de novo com caráter obrigatório no sistema jurídico em vigor, disciplinando comportamentos individuais ou atividades públicas. O nosso ordenamento jurídico se subordina, com efeito, a uma gradação decrescente e prioritária de expressões de competência, a partir da *lei constitucional*, a qual fixa a estrutura e os feixes de competência de todo o sistema normativo. Nesse quadro, somente a lei, em seu sentido próprio, é capaz de *innovar no Direito já existente*, isto é, de conferir, de maneira originária, pelo simples fato de sua publicação e vigência, *direitos e deveres* a que todos devemos respeito.

A essa luz, não são leis os regulamentos ou decretos, porque estes não podem ultrapassar os limites postos pela norma legal que especificam ou a cuja execução se destinam. Tudo o que nas normas regulamentares ou executivas esteja em conflito com o disposto na lei não tem validade, e é suscetível de impugnação por quem se sinta lesado. A *ilegalidade* de um regulamento importa, em última análise, num problema de inconstitucionalidade, pois é a Constituição que distribui as esferas e a extensão do *poder de legislar*, conferindo a cada categoria de ato normativo a força obrigatória que lhe é própria.

Pois bem, esse poder de legislar, dando nascimento a novas situações jurídicas objetivamente válidas, com legitimidade quanto à sua *vigência e eficácia*, manifesta-se através de uma série de atos que compõem a *nomogênese legal*, ou o *processo legislativo*.