

FONTES DO DIREITO

Kamyla Andrade Gonçalves Borges

RESUMO: O homem, em sua trajetória de evolução, consolidou, ao unir-se com outros indivíduos o que se entende por sociedade e nesse meio, entendeu que para que se pudesse viver em comum, havia a necessidade de organização e ordenamento, de forma a evitar conflitos. A formação do homem como indivíduo social, ocorreu primeiramente pela necessidade de proteção, uma vez que sozinho, estava exposto às adversidades e riscos de sobrevivência e então através do trabalho e da formação familiar, em torno da terra. Dessa maneira acabou por positivar aquilo que lhe era costumeiro definindo os padrões do dever ser. A partir desta concepção, este estudo interdisciplinar sobre fontes do direito, tem o escopo de entender e delimitar quais as fontes do direito após a concretização do direito positivado, para que se possa preencher as lacunas legais, com outras fontes do direito, ampliando a possibilidade do magistrado em perceber o caso concreto sob uma ótica social, aplicando essencialmente justiça, além de determinar a ação do poder judiciário quanto a prestação da tutela jurisdicional, amparando quem por ventura dela necessitar. Apesar de se haver delimitado a existência de fontes do direito, além do que se refere a lei propriamente dita, existem pontos divertes sobre quais são essas fontes, daí a importância de se entender esse aspecto, para que o direito possa definitivamente atender aos anseios sociais.

PALAVRAS – CHAVE: Direito positivo. Evolução Social.

SUMÁRIO: Introdução – 1. O Homem e a Sociedade – 2. Direito Positivado e Fontes do Direito – Conclusão.

INTRODUÇÃO

Este estudo visa à pesquisa e o entendimento sobre o que se considera atualmente como fontes do direito, após a positivação de leis que determinam o dever ser, como comando da sociedade, defronte a hermenêutica jurídica, vinculada ao que texto de lei positivado.

Definir as fontes do direito é de suma importância para a aplicação desta ciência no âmbito social, buscando atender a demanda jurisdicional com maior eficiência possível, e principalmente com equidade e justiça, diante do caso concreto.

Ocorre que na busca por essas fontes, pode-se deparar com divergências doutrinárias e de posicionamentos de magistrados, tal qual se extrai quando da afirmação de Hans Kelsen:

Fontes do direito é uma expressão figurativa e que tem mais do que uma significação. Esta designação cabe aos métodos de criação jurídica em geral, e toda norma superior em relação à norma inferior cuja produção ela regula. Por isso, pode por fonte de direito entender-se também o fundamento de validade de uma ordem jurídica, especialmente o último fundamento de validade, a norma fundamental. (KELSEN, 1998, p.258)

E posteriormente, do que se apresenta nas idéias do Ilustre magistrado Ronaldo Poletti (1996,págs. 206-213) que entende como fontes do direito a lei, a jurisprudência, a doutrina, os costumes e o poder negocial, e de Miguel Reale, no que diverge definindo como fontes do direito a lei, a jurisprudência, os costumes e o poder negocial sendo excluída portanto a doutrina, todos elencados a título de exemplificação e demonstração do quão importante se torna então o estudo sobre o que se definir como fontes do direito.

O termo fonte do direito deve indicar somente processos de produção da nome jurídica, vinculada a uma estrutura de poder, o qual diante dos fatos e valores, opta por uma dada solução normativa e pela garantia de seu cumprimento. A estrutura do poder é um requisito essencial ao conceito de fonte. A luz desse conceito quatro são as fontes do direito: o processo legislativo, a jurisdição (poder judiciário), os usos e costumes jurídicos e o poder negocial. (Miguel Reale, em Lições Preliminares de Direito)

1. O Homem e a Sociedade

O homem, em tempos remotos, vivia de modo isolado, ou seja, individualmente, e nômade, no que se define no melhor sentido da palavra, vagando por onde quer que encontrasse alimento, uma vez que sua sobrevivência dependia da caça e coleta de frutos, tornando então sua estadia sazonal.

Conforme se dava a evolução biológica do homem e seu intelecto também se apropriava as condições de vida do ambiente em que se inseria, houve a busca de novas tecnologias através de descobertas e adaptações daquilo que antes era apenas material avulso na natureza, de forma a torná-lo aparato de caça, pesca, ou que suprisse quaisquer outras necessidades daquele homem, até então primitivo.

A partir do início dessa evolução tecnológica, a realidade do homem também começou ser alterada, de modo que ele percebeu que sua maior necessidade, passou a ser segurança, e para sua obtenção, começou a viver em pequenos aglomerados de pessoas, iniciando-se assim a sociedade.

As pequenas famílias, uniam-se a outras, formando aldeias e povoados, e a partir do momento em que se consagrou o início da economia, consagrou-se também o início da expansão acelerada das sociedades, pelo aumento progressivo e significativo de indivíduos aglomerados em determinada região.

Assim, a percepção do homem inserido em um meio social, se modificou conforme a realidade que lhe era apresentada, portanto, iniciou-se a análise do comportamento humano, como ser social, e também a existência de conflitos gerados a partir das relações fáticas.

Então, para que se resolvem tais conflitos, eram utilizados costumes locais, que posteriormente acabaram sendo positivados em alguns lugares do mundo, exatamente como no Brasil.

O direito positivado, dessa forma, passou a ser o norte da sociedade regulando a ação humana, e definindo sanções nos casos de descumprimento daquilo que passou a ser regra, tendo como fiscal o próprio Estado, que presta a tutela jurisdicional àquele que lhe recorre.

2. Direito Positivado e Fontes do Direito

Inicialmente, as sociedades se regiam por aquilo que lhes eram de costume, sendo então aplicado ao caso concreto o que soava mais conveniente e plausível, de acordo com o que se considerava ética e moralmente aceito pela sociedade em questão.

Conforme formação cultural, o Estado, em alguns lugares, percebeu a necessidade de se reduzir a termo o que a sociedade aplicava costumeiramente, então por meio do Poder Legislativo, positivou-se o Direito.

O direito positivado vem de maneira mais formal estabelecer as regras e condutas sociais, determinando sanções quando essas regras são descumpridas, além de estabelecer também parâmetro jurisdicional e base legal para que o juiz fundamente suas decisões.

Ocorre que o direito positivado, não possui abrangência total quanto às situações fáticas, uma vez que a sociedade é dinâmica e está em constante movimento no tocante a inovação de fatos jurídicos, o que gera lacunas legais, todavia, o Estado não podendo se abster de sua função jurisdicional e prestação de tutela àquele que bate as portas do Poder Judiciário buscando seu auxílio para a solução da lide, se vê compelido a buscar novas formas de dar solução a lide.

Nesse sentido, temos o direito como ciência social aplicada, pois o direito tende a acompanhar os fatos sociais, mas nem sempre, o legislador consegue positivar tais fatos com a mesma velocidade e intensidade com que eles se firmam ou se transformam dentro do contexto social, assim, o julgador se encontra diante da necessidade de buscar outras formas de dar fim a demanda, senão com a utilização de dispositivos legais, valendo-se então das demais fontes do direito.

E apesar das divergências entre julgadores e doutrinadores, sobre o que se pode considerar como fonte do direito, elas se distribuem em jurisprudência, sendo esta, o que se firma como entendimento, a partir da prolação de sentenças semelhantes para casos semelhantes; a doutrina, como sendo a interpretação que o doutrinador dá ao dispositivo legal, acordando com sua vivência jurídica e interpretação própria; o poder negocial, determinado pela esfera privada, caracterizado pela convergência da manifestação de vontade de pessoas legitimadas a fazer o negócio jurídico, de forma que não se contrarie a lei, contento objeto lícito, com paridade ou pelo menos proporcionalidade de prestação e contraprestação na relação jurídica e por fim costumes, como anteriormente citado, são as ações sociais de acordo com o que se considera normal, comum, moral e ético para os padrões de determinada sociedade, sendo essas características geralmente delimitadas cultural e historicamente.

Sendo assim, tais fontes do direito podem se diferenciar entre fontes formais e matérias, distribuindo-se as fontes formais como direito devidamente corporífico, ou seja, em status de lei, podendo ser ainda estatal, advindas do poder público e não estatal, oriundas do convívio social, e fontes materiais, divididas em históricas, a partir de uma busca no passado de experiências que permitam uma nova visão do presente; econômicas que fundamentam-se na justiça social; naturais, que se relacionam com o meio ambiente e as respectivas legislações de manutenção e preservação; políticas, correlacionadas com a estruturação do Estado e moral, determinada pela visão da sociedade sobre os aspectos jurídicos que compõem a legislação.

E ainda, imediatas, representadas pela lei e mediatas representadas pelas outras formas de se estabelecer o preenchimento das lacunas legais, por outras fontes do direito, originárias quando da quebra com padrões históricos ou derivadas se delimitadas umas pelas outras.

Conclusão

A partir desse estudo, foi possível perceber a importância de se delimitar e entender as fontes do direito, uma vez que quando da ausência de dispositivo legal que trate de determinado assunto, e este existe nas relações fáticas e não no mundo jurídico, o Poder Judiciário, tem que se valer de outras formas de prestação de tutela jurisdicional.

A sociedade evolui, e transforma todas as relações jurídicas, e o povo, do qual se emana o poder, necessita tanto do amparo legal, quanto jurisdicional do Estado, uma vez que lhe é proibida a auto-tutela.

Dessa forma, o direito como ciência social aplicada, deve abranger da forma mais ampla possível, toda a realidade social e quando isso não ocorre, cabe ao julgador, atender a demanda buscando noutras maneiras de se interpretar o direito e os fatos sociais dentro da realidade jurídica.

Conclui-se portanto, as fontes do direito, se enquadram principalmente, na lei e nos costumes, dos quais se originam os dispositivos legais, mas também da jurisprudência, da doutrina e do poder negocial.

Bibliografia

- AZAMBUJA, Darcy. **TEORIA GERAL DO ESTADO.** 2^a ed. São Paulo: Globo 2008.
- DINIZ, Maria Helena. **COMPÊNDIO DE INTRODUÇÃO À CIÊNCIA DO DIREITO.** 20^a Ed. São Paulo: Saraiva 2009.
- KELSEN, Hans. **TEORIA PURA DO DIREITO.** 6^{oa} Ed. São Paulo: Martins Fontes 1998.
- POLETI, Ronaldo. **INTRODUÇÃO AO DIREITO.** 3^a Ed. São Paulo: Saraiva 1999.
- REALE, Miguel. **FILOSOFIA DO DIREITO.** 19^a Ed. São Paulo: Saraiva 1999.
- REALE, Miguel. **LIÇÕES PRELIMINARES DE DIREITO.** 25^a Ed. São Paulo: Saraiva 2001.
- WOLKMER, Antônio Carlos. **FUNDAMENTOS DE HISTÓRIA DO DIREITO.** 2^a Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- SOUZA, Daniel Coelho. **INTRODUÇÃO À CIÊNCIA DO DIREITO.** 4^a Ed. Saraiva. Disponível em www.webartigos.com. Acesso em 30/10/09 às 11h32min.

Disponível em <http://recantodasletras.uol.com.br/textosjuridicos/274232>. Acesso em 30/10/09 às 14h17min.