

Lição 9

FONTES DO DIREITO

SUMÁRIO: 1. Fontes materiais – 2. Fontes formais: 2.1 Fontes escritas: 2.1.1 Leis no sentido amplo ou material; 2.1.2 Jurisprudência: 2.1.2.1 Decisão isolada; 2.1.2.2 Jurisprudência assentada; 2.1.2.3 Súmulas; 2.1.3 Doutrina; 2.2 Fontes não escritas: 2.2.1 Costumes jurídicos; 2.2.2 Princípios gerais de direito; 2.2.3 Vontade dos particulares (poder negocial) – 3. Conclusão.

De onde surge o direito? Onde podemos encontrá-lo? “Onde está escrito”? A resposta a esta indagação é dada pela teoria das fontes do direito. Fonte (em latim: *fons*) é o lugar de surgimento da água, a nascente. O termo *fonte do direito*¹ possui vários sentidos (Sanchís, 2005, p. 152-153), entre os quais os mais relevantes são os de fonte material e de fonte formal. Neste capítulo, analisaremos esses significados e as espécies das fontes do direito.

1. Fontes materiais

Por fontes *materiais* ou genéticas entendemos os fatores que criam o direito, dando origem aos dispositivos válidos. São fontes materiais todas as autoridades, pessoas, grupos e situações que influenciam a criação do direito em determinada sociedade.

A identificação das fontes materiais do direito é particularmente controversa. Há autores que preferem dar uma resposta descritiva, indicando uma interminável série de valores sociais, de necessidades humanas e de elementos culturais que influenciam a criação das normas jurídicas (Diniz, 1998, p. 281-282). Podemos, por exemplo, dizer que em uma sociedade tecnológica, em que há necessidade de conhecimentos especializados, o Estado deve oferecer amplo acesso à educação. Neste intuito serão criadas normas possibilitando o acesso de todos ao ensino básico e organizando os estudos técnicos e universitários. Assim sendo, as necessidades do sistema de produção podem ser consideradas como fonte material das normas que organizam um sistema de educação pública.

1. A metáfora da “fonte” se encontra já em autores romanos (Justo, 2003, p. 183). Mas não é muito feliz. Não existe uma nascente das normas jurídicas; existem somente suas raízes na realidade social e seus “recipientes”, quer dizer, os veículos escritos, nos quais encontramos as normas.

Outros autores, e principalmente os sociólogos do direito, consideram que essa descrição é insuficiente e empenham-se na pesquisa das forças políticas e dos grupos sociais que determinam o conteúdo do direito. Dependendo da visão sociológica de cada autor pode ser considerada como fonte material do direito a vontade de um povo, de uma classe social ou de um grupo de poder.

A esse respeito se contrapõem as teorias funcionalistas e as teorias do conflito social (Sabadell, 2010, p. 83-85, 159-160, 174-190). Em palavras simples, as teorias funcionalistas consideram o direito como expressão dos interesses gerais da sociedade (harmonia, paz, segurança). As teorias do conflito social discordam radicalmente, analisando o direito como resultado da contínua luta entre interesses opostos. Os interesses dos mais fortes acabam prevalecendo, sendo tutelados pelo direito.

Consideramos que a verdadeira fonte do direito é indicada pelas teorias do conflito social. O direito não se cria com base em valores, ideais ou necessidades da sociedade em geral. O direito é um fenômeno histórico, que exprime a vontade política dominante em determinado momento. Não cabe aqui o aprofundamento da questão. O estudo das fontes materiais é objeto da sociologia do direito e, em parte, da teoria do Estado e da ciência política. O operador jurídico que deseje identificar e interpretar o direito em vigor não deve se preocupar, na sua prática cotidiana, com a pesquisa das fontes materiais.

São objeto de interesse da dogmática jurídica os dispositivos juridicamente válidos, independentemente das situações e dos interesses que deram o impulso para a sua criação. Esses dispositivos são criados pelas autoridades que possuem competência para tanto e devem seguir o procedimento previsto.

2. Fontes formais

Cada ordenamento jurídico possui suas *fontes formais*. O termo indica os “lugares” nos quais se encontram os dispositivos jurídicos e onde as pessoas devem pesquisar sempre que desejem tomar conhecimento do direito em vigor. Essas fontes são denominadas formais porque dão forma ao direito, porque “formulam” os dispositivos válidos. Cabe ao intérprete/aplicador do direito encontrar dispositivos, para, em seguida, interpretá-los e formular as normas jurídicas aplicáveis no caso concreto. Dito de outra maneira, as fontes formais incluem os dispositivos que serão utilizados para construir a premissa maior do silogismo jurídico (Lição 6, 5).

As fontes formais dependem da natureza do ordenamento jurídico de cada época. A fonte formal pode ser escrita e acessível a todos, mas também pode ser oral e de difícil constatação. Como sabemos, o direito moderno é de origem estatal e privilegia a forma escrita, produzindo documentos que permitem a todos constatar com relativa facilidade e certeza as regras vigentes.

Além disso, as fontes formais apresentam diferenças entre os vários ordenamentos jurídicos nacionais. As fontes do direito argentino são, por exemplo, diferentes das fontes do direito uruguaio, mesmo se os ordenamentos jurídicos que pertencem a uma mesma “família” jurídica apresentam grandes semelhanças em suas fontes formais. Realizaremos em seguida uma apresentação das fontes formais no direito federal brasileiro.

2.1 Fontes escritas

Em sua prática, os estudantes de direito e os operadores jurídicos utilizam como principal fonte de conhecimento do direito as coletâneas de Códigos, leis e outras espécies de normas publicadas por editoras jurídicas. Essas coleções facilitam o acesso do interessado ao direito, mas não possuem valor oficial; não são as verdadeiras fontes formais do direito. Constituem fiéis reproduções do texto oficial das normas, inicialmente publicado em meios de divulgação oficiais. Por isso, encontramos nas coletâneas de leis a anotação “Lei publicada no *Diário Oficial da União*” (ou de um Estado ou Município), com indicação da data de publicação. Essa anotação permite identificar a fonte formal das normas jurídicas.

Devemos esclarecer que os dispositivos publicados em veículos oficiais não adquirem sempre e necessariamente validade jurídica. Na hipótese de publicação por erro, ou na tentativa de fraude, o texto publicado não possui força jurídica, é juridicamente inexistente. Isso indica que a verdadeira fonte formal do direito não é o veículo oficial onde se encontram estampados os dispositivos, mas a autoridade que possui a força de criar esses dispositivos.²

Como veremos em seguida, fazem também parte das fontes escritas do direito a jurisprudência e a doutrina jurídica, que interpretam as leis em vigor.

2.1.1 Leis no sentido amplo ou material

O termo *lei* provém do latim *lex*³ e tem muitas acepções fora e dentro do mundo jurídico. No direito moderno, o termo é utilizado no sentido amplo (*lato sensu*) ou material, para indicar todas as normas jurídicas que satisfazem quatro requisitos:

- são escritas;
- entraram em vigor por decisão das autoridades estatais competentes;

2. Sobre um texto publicado no Diário Oficial da União sem ter sido votado pelo Congresso Nacional, cf. a decisão do Supremo Tribunal Federal, Habeas Corpus 77.724, relator Ministro Marco Aurélio, DJ 02.02.2001, p. 74.

3. O termo *lex* deriva, provavelmente, do verbo *lego*, que significa falar, ler e também ligar e vincular.

- foram estabelecidas em conformidade com o procedimento fixado em normas superiores;
- objetivam regulamentar direta ou indiretamente a organização da sociedade, apresentando alto grau de generalidade e abstração.

Dessa forma, ficam excluídas do conceito de lei no sentido material as regras criadas por meio de costumes populares, de decisões do Judiciário ou de opiniões dos juristas, que podem fazer parte do direito em vigor, sendo fontes formais, mas não fazem parte do conceito de lei.

A distinção provém da época da Roma imperial, em que se distinguia entre dois termos. *Lex* indicava as normas emitidas pelo imperador ou pelos seus funcionários e *ius* indicava o direito em geral, composto por tradições, textos de jurisconsultos e decisões dos tribunais.

Podemos classificar as leis no sentido material em duas categorias: por um lado, as leis no sentido estrito (*stricto sensu*) ou no sentido formal e, por outro lado, as demais espécies normativas. O estudo detalhado das leis no sentido formal e dos requisitos para a sua criação e alteração compete ao direito constitucional. As demais espécies normativas são analisadas pelo direito administrativo. Aqui nos limitaremos a uma breve apresentação.

2.1.1.1 Leis no sentido estrito ou formal

As leis no sentido estrito (ou formal) constituem a coluna vertebral dos ordenamentos jurídicos modernos. Critério de definição é a sua *origem*: todas as leis no sentido formal são produto de decisão majoritária dos integrantes do poder legislativo, que, nos regimes de democracia representativa, são escolhidos pelo povo por meio de sufrágio (voto) universal.⁴ Textos normativos oriundos de outras autoridades estatais e, principalmente, do Poder Executivo não são leis no sentido formal.

Afirma-se, muitas vezes, que as leis no sentido formal devem ter caráter geral e abstrato. A generalidade indica que a norma regulamenta a conduta de numerosos e *a priori* desconhecidos destinatários. Já a abstração indica que a norma de conduta inclui descrições genéricas, abrangendo grande número de possíveis casos. A lei não é feita só para determinadas pessoas, mas deve ser

4. Nos regimes ditatoriais as leis são estabelecidas pelo grupo que controla o poder sem consulta popular. Devemos, porém, saber que mesmo nas democracias o sufrágio nunca é realmente “universal”. Muitos grupos sociais foram, no passado, excluídos da participação política (mulheres, pobres, escravos) e, até hoje, continuam sendo excluídos os estrangeiros, os adolescentes e aqueles que perderam os direitos políticos, principalmente após uma condenação penal.

geral, escrevia Ulpiano.⁵ Séculos depois, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, promulgada na França em 1789, proclamava em seu art. 6.º: “A lei deve ser a mesma para todos, quer ela proteja, quer ela castigue”.

Desse modo, as leis devem estabelecer regras para o futuro (textos *prospectivos*), utilizando descrições bastante genéricas para indicar seus destinatários e as situações regulamentadas, sem indicar nomes ou situações conhecidas. Exemplos de designações genéricas dos destinatários: trabalhador, cidadão, funcionário, idoso. Exemplos de designações genéricas de situações: contrato, testamento, licitação, sequestro.

Com efeito, não encontraremos leis prevendo: “Se José sequestrar Josefina será punido com dois anos e três meses de reclusão”; e sim normas que preveem: “Privar alguém de sua liberdade, mediante sequestro ou cárcere privado: Pena – reclusão, de um a três anos” (art. 148 do Código Penal).

Esse requisito da generalidade não é, porém, absoluto, já que as leis devem tratar pessoas e situações diferentes de forma diferenciada (Neumann, 1980, p. 246-257; Modugno, 2002, p. 24-29; Bechillon, 1997, p. 19-38). A generalidade não significa que todos devem ser tratados da mesma forma, mas que o legislador deve respeitar o princípio da igualdade em direitos e obrigações (art. 5.º *caput*, da Constituição Federal), que impõe tratar os iguais de forma igual e vice-versa.

No entanto, uma lei que reconhece direitos ou estabelece obrigações para uma restrita categoria de pessoas não é sempre inconstitucional. Deve ser considerada “suspeita” de inconstitucionalidade e só se harmoniza com a Constituição se o critério utilizado para o tratamento diferenciado pode ser justificado pelas particularidades de certa categoria de pessoas ou situações. Exemplo: isentar do serviço militar os deficientes visuais é justificada; prever a mesma isenção para os brancos seria claramente inconstitucional.⁶

Mesmo uma lei que prevê indenização para vítimas de um acidente ou catástrofe, indicando os nomes dos beneficiários, não é necessariamente inconstitucional se há motivo para tratar de forma peculiar as vítimas. Exemplo: a Lei 10.821 de 2003 indeniza as famílias das vítimas de acidente com foguete ocorrido em base militar brasileira, indicando os nomes das vítimas. Não padece de inconstitucionalidade em razão do caráter excepcional do evento.

5. “Iura non in singulas personas, sed generaliter constituuntur” (Digesto de Justiniano, 1.3.8. Fonte: <<http://www.gmu.edu/departments/fld/CLASSICS/digest1.html>>).

6. A doutrina emprega também a distinção entre leis em sentido material e formal para diferenciar duas espécies de leis formais. As leis formais que apresentam generalidade são também leis no sentido material. Já as leis formais que regulamentam casos específicos são “tão somente formais” (*nur formelle Gesetze*) ou “leis de efeito concreto”, sendo, do ponto de vista material, atos administrativos. Exemplo: lei estadual que desapropria imóvel é “tão somente formal”, é um ato administrativo em forma de lei (Böckenförde, 1981; Dimoulis, 1996, p. 72-90, 132-151).

Isso significa que o melhor critério de definição da “lei” não é seu conteúdo (a generalidade e abstração), mas o critério de sua *origem*.

Cada ordenamento constitucional distingue várias categorias de leis formais, conforme o tema e o procedimento de sua edição (“*plurimodalidade* legislativa” – Canotilho, 2002, p. 692-693). No direito federal brasileiro, encontramos três categorias de leis:

- *Lei ordinária*. Deve ser aprovada pela maioria simples do Congresso Nacional (Câmara dos Deputados e Senado)⁷ e aceita (“sancionada”) pelo Presidente da República (arts. 47, 59, 61, 65 e 66 da Constituição Federal). A lei ordinária pode regulamentar qualquer assunto que não seja de competência privativa de outras autoridades, devendo sempre estar em conformidade com os mandamentos constitucionais.

- *Lei complementar*. Distingue-se da lei ordinária pela exigência de um *quorum* de maioria próprio e pela especificidade de suas matérias. Em primeiro lugar, a lei complementar necessita da aprovação da maioria absoluta dos deputados e senadores,⁸ sendo, em seguida, assim como a ordinária, sancionada pelo Presidente da República (arts. 59, 61, 65, 66 e 69 da Constituição Federal). Em segundo lugar, a lei complementar limita-se a regulamentar alguns assuntos importantes, indicados pela própria Constituição.

Exemplos: criação de um novo Estado Federal (art. 18, § 3.º); fixação do número total dos membros da Câmara dos Deputados (art. 45, § 1.º). Quando a Constituição não exige a edição de lei complementar, é suficiente a lei ordinária. O fato de a lei complementar necessitar da aprovação da maioria absoluta dos parlamentares indica que é hierarquicamente superior à ordinária, não podendo ser revogada por essa última.⁹

7. A maioria simples consiste no voto positivo do primeiro número inteiro superior à metade dos parlamentares presentes. Mas o número dos presentes não pode ser inferior ao primeiro número inteiro superior à metade dos membros da Casa (art. 47 da Constituição Federal). Exemplo: tendo a Câmara dos Deputados 513 membros, devem estar presentes 257 deputados ($513/2 = 256,5$). Portanto, o primeiro número inteiro superior à metade é 257). Se estiverem presentes 257 deputados, a maioria simples é alcançada com o voto positivo de 129 entre estes ($257/2 = 128,5$). Logo, o primeiro número inteiro superior à metade é 129). Assim sendo, as leis podem ser aprovadas com o voto positivo de aproximadamente 25% do total dos parlamentares.

8. A maioria absoluta consiste no voto positivo do primeiro número inteiro superior à metade dos membros das Casas Legislativas (art. 69 da Constituição Federal). Exemplo: tendo a Câmara dos Deputados 513 membros, devem dar voto positivo 257 entre eles ($513/2 = 256,5$). O primeiro número inteiro superior à metade é 257).

9. A maioria da doutrina e o STF sustentam que inexistente hierarquia entre a lei complementar e a lei ordinária, pois cada uma incidiria em campo diferente: a lei complementar nas matérias especificadas pela Constituição, a lei ordinária nas demais (cfr.

• *Lei delegada*. Trata-se de ato normativo elaborado pelo Presidente da República após específica autorização do Congresso Nacional, por meio de resolução. Existem restrições quanto às matérias que podem ser regulamentadas por lei delegada. Essas restrições são indicadas pelo art. 68, § 1.º, da Constituição Federal.¹⁰ A lei delegada possui a mesma força jurídica da lei ordinária. Trata-se, porém, de espécie legislativa em desuso: as últimas leis delegadas foram editadas em 1992.¹¹

2.1.1.2 Demais espécies normativas

Além das leis no sentido estrito, fazem parte das leis no sentido material as seguintes categorias (espécies normativas):

• *Constituição*. É o produto do poder constituinte originário e entra em vigor mediante uma decisão dos detentores do poder político. A Constituição fixa as regras básicas de organização do poder estatal e da vida social e econômica e configura as relações do Estado com os indivíduos e com os demais Estados do mundo. A Constituição é o texto normativo que possui a maior força jurídica no âmbito do ordenamento nacional, devendo todas as demais espécies normativas e atos de autoridades do Estado estar em conformidade com os mandamentos constitucionais.

Bacha, 2004; Tavares, 2006, p. 1.103-1.109; STF, Recurso Extraordinário 377.457, j. 17.09.2008, relator Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?numero=377457&classe=RE>>. Esse entendimento não é correto como mostra o seguinte caso: o art. 59, parágrafo único, da Constituição Federal prevê que uma lei complementar disporá sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis. A Lei Complementar editada com base neste artigo (LC 95 de 1998) estabelece regras de técnica legislativa que limitam o poder do legislador ordinário, impondo, por exemplo, que cada lei deve tratar de um único assunto (art. 7.º, I). Suponhamos que uma lei ordinária editada em 2011 trate de dois assuntos diferentes. Teríamos um conflito entre a Lei Complementar de 1998, que o proíbe, e a lei ordinária de 2011, que o faz. Se ambas estiverem no mesmo escalão da hierarquia, deve prevalecer a lei ordinária, por ser mais nova. Dessa forma, desrespeitaríamos a vontade do poder constituinte que reservou à lei complementar, votada com maioria absoluta dos parlamentares, a regulamentação da técnica legislativa. Por isso, a lei complementar é hierarquicamente superior à ordinária. A favor da tese da hierarquia cf. Machado, 2004, p. 118-122.

10. “§ 1.º Não serão objeto de delegação os atos de competência exclusiva do Congresso Nacional, os de competência privativa da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, a matéria reservada à lei complementar, nem a legislação sobre: I – organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros; II – nacionalidade, cidadania, direitos individuais, políticos e eleitorais; III – planos plurianuais, diretrizes orçamentárias e orçamentos.”

11. Fonte: <<http://www.planalto.gov.br>> (item “Legislação”).

• *Emenda à Constituição*. Esta espécie normativa altera o texto da Constituição, criando novas normas ou revogando as existentes (reforma constitucional). O processo e as limitações de criação das emendas constitucionais são regulamentados no art. 60 da Constituição Federal. A emenda deve ser aprovada pelo Congresso Nacional, sendo exigido o voto de três quintos dos deputados e senadores e a observância de uma série de requisitos processuais. Além disso, o alcance do poder de emenda é limitado, não podendo abolir as normas fundamentais da Constituição, as denominadas *cláusulas pétreas*.

Essas limitações indicam que a Constituição Federal é *rígida*, já que as normas constitucionais só podem ser alteradas mediante um processo demorado e particularmente exigente. Além disso, a Constituição é em parte *imutável*, pois certas normas, consideradas como fundamentais, não estão sujeitas ao poder de reforma constitucional. A doutrina denomina essa combinação de rigidez com imutabilidade constitucional de *super-rigidez constitucional*. Mas isso não impede as frequentes mudanças, sobretudo em relação a problemas econômicos. Até dezembro de 2010 foram promulgadas 66 Emendas constitucionais.

• *Tratados internacionais*. São normas criadas por acordo internacional com a participação de autoridades brasileiras. Incorporam-se ao direito brasileiro mediante lei ou ato equivalente a Emenda constitucional (cf. Lição 11, 3.1.2).

• *Medida provisória*. Trata-se de atos normativos que, apesar de criados pelo Poder Executivo sem a autorização do Legislativo, possuem força de lei formal. A medida provisória pode ser editada pelo Presidente da República em casos de relevância e urgência, para introduzir um novo regulamento ou revogar leis ordinárias anteriores. A medida provisória deve ser aprovada pelo Congresso Nacional no prazo de 120 dias após a sua edição (sem computar os períodos de recesso parlamentar). Se for aprovada, converte-se em lei ordinária; se não, perde sua validade. Finalmente, não é permitida a edição de medidas provisórias em matérias, tais como a nacionalidade e os direitos políticos, o direito penal e eleitoral, nem a sua reedição na mesma sessão legislativa (art. 62 da Constituição Federal).

É notório o abuso das medidas provisórias no Brasil: entre 1988 e 2001 foram editadas 6.110 medidas provisórias (média de 35 por mês). Na maioria dos casos não havia relevância ou urgência. Dessa forma, decisões importantes de natureza legislativa eram tomadas pelo Presidente da República. E após a expiração do prazo de validade, a medida era reeditada, eternizando uma situação inaceitável. A Emenda Constitucional 32, de 2001, tentou limitar o uso de medidas provisórias, estabelecendo as restrições acima expostas. Em razão disso só foram editadas 510 medidas provisórias entre setembro de 2001 e outubro de 2010 (média de 5 por mês).¹²

12. Fonte dos dados: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/MPV/Quadro/_Quadro%20Geral.htm#posterioremc>.

- *Decreto legislativo*. Ato normativo emitido pelo Congresso Nacional que não necessita de sanção do Presidente da República. Regulamenta os assuntos de exclusiva competência do Congresso Nacional (e não de cada uma das Casas Legislativas), indicados no art. 49 da Constituição Federal. Exemplo: autorizar referendo.

- *Resolução*. Ato normativo utilizado em assuntos de exclusiva competência da Câmara dos Deputados, do Senado (arts. 51, 52, 155, § 2.º, IV e V, da Constituição Federal) ou do Congresso Nacional (art. 68, § 2.º). Não necessita de sanção do Presidente da República. Exemplo: eleição dos membros do Conselho da República pela Câmara dos Deputados.

- *Decreto e regulamento*. Normas elaboradas pelo Presidente da República com o objetivo de concretizar as leis no sentido formal, providenciando o necessário para sua aplicação (art. 84, IV, da Constituição Federal).

- *Instrução*. Norma emitida por um Ministro de Estado para regulamentar a execução de leis, decretos e regulamentos (art. 87, parágrafo único, II, da Constituição Federal).

- *Portaria, circular, ordem de serviço*. Normas criadas por autoridades do Poder Executivo para orientar a atividade da administração na execução das leis.

- *Súmula vinculante*. Em matérias constitucionais, o Supremo Tribunal Federal pode editar tais súmulas vinculando os demais tribunais e o Poder Executivo (art. 103-A da Constituição Federal, regulamentado pela Lei 11.417 de 2006).¹³ Uma forma de atribuir indiretamente valor de súmula vinculante a súmulas tradicionais foi introduzida em 2006 no Código de Processo Civil. O art. 518, § 1.º, prevê que os juízes não devem receber o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal. Isso limita a possibilidade de contestar decisões do Judiciário que estão de acordo com orientações dos tribunais superiores. Limita a liberdade decisória dos julgadores e agiliza os processos.

- *Poder normativo da Justiça do Trabalho*. Em princípio, o Judiciário tem competência para aplicar leis, não podendo criar atos normativos gerais e abstratos. Caso contrário, usurparia as competências das demais autoridades estatais, violando o princípio da separação dos poderes. Uma das exceções está no art. 114, § 2.º, da Constituição Federal, em caso de fracasso das negociações coletivas e da arbitragem entre os empregadores e os empregados, a Justiça do Trabalho pode regulamentar assuntos trabalhistas (horário, salários, segurança, higiene etc.). Nesse caso, o Judiciário cria direito, mas não pode alterar disposi-

13. Comentários em Tavares, 2009; Leite, 2007.

ções legais que protegem os interesses dos trabalhadores nem acordos anteriores em convenções coletivas (Nascimento, 2001, p. 174-176).

- *Declaração de inconstitucionalidade*. O Poder Judiciário exerce, no Brasil, uma importante competência, podendo determinar a não aplicação de normas criadas pelos demais Poderes (*controle judicial de constitucionalidade*).

A Constituição Federal brasileira admite duas formas de controle de constitucionalidade pelo Judiciário.¹⁴ Temos, em primeiro lugar, o *controle concreto de constitucionalidade* exercido por qualquer tribunal do país e consistindo na decisão de não aplicar certo dispositivo ao caso *sub judice* (submetido ao Judiciário). Fundamento dessa forma de controle é o art. 97 da Constituição Federal.

Em segundo lugar, a Constituição prevê o *controle abstrato de constitucionalidade*, exercido pelo Supremo Tribunal Federal, que pode declarar a nulidade das normas incompatíveis com o texto constitucional. Fundamento dessa forma de controle são os arts. 102 e 103 da Constituição Federal.

Essa competência gera grandes polêmicas. Os partidários do controle judicial de constitucionalidade alegam que sem essa fiscalização o legislador pode impunemente violar a Constituição. Os críticos dizem que essa competência do Judiciário cria perigos para o regime democrático. Os juízes não possuem mandato político, nem são responsáveis perante o povo. Quando o Judiciário invalida as decisões do Poder Legislativo, forma-se um “Estado de juízes” (*Richterstaat*) ou “governo de juízes” (*gouvernement des juges*) que poderia aliar-se com minorias políticas e desrespeitar as decisões da maioria do Congresso Nacional, este sim eleito pelo voto popular.

Ambas as posições são questionáveis porque partem do pressuposto de que o Judiciário não é um Poder político, mas um Poder neutro. Os partidários do controle de constitucionalidade consideram que os juízes, graças à sua neutralidade, são os mais indicados para resguardar a supremacia constitucional. Seus adversários consideram que o Judiciário, por não ser um poder político, não está legitimado a avaliar as decisões do Legislativo.

Na realidade, tanto o Executivo e o Legislativo como o Judiciário são Poderes políticos, que muitas vezes cedem às pressões dos grupos dominantes. Basta lembrar que o Judiciário, ao se posicionar nas últimas décadas em questões emblemáticas, muitas vezes cedeu a pressões políticas.

Um exemplo é o apoio que ofereceu o Supremo Tribunal Federal à política econômica do governo Collor (1990-1992), inclusive às medidas de sequestro da poupança popular, que eram claramente inconstitucionais. A análise desse caso e de outros parecidos indica que o controle de constitucionalidade das leis

14. Apresentação das técnicas e dos problemas de controle de constitucionalidade em Tavares, 2006, p. 183-401.

pelo Judiciário nem sempre impede as violações da Constituição pelos demais Poderes. Tudo depende dos interesses políticos que estão em jogo e da postura política que assume o Judiciário.¹⁵

Podemos concluir que os mecanismos atuais de controle de constitucionalidade *não resolvem* de forma satisfatória o problema do respeito à Constituição e à soberania popular. Quem se preocupa com a efetivação da soberania popular e o aprofundamento da democracia deveria pensar em modelos que possam garantir a *participação direta e intensiva dos próprios cidadãos* tanto no processo de elaboração de leis como no processo de controle de constitucionalidade. Esse é o caminho para sair do impasse criado pelos atuais modelos de elaboração e fiscalização das leis.

2.1.1.3 Inflação legislativa

No Brasil constata-se, tal como em muitos outros países, um contínuo crescimento do número de atos normativos emitidos pelo Legislativo e Executivo. Entre 1822 e 1889 (67 anos) foram promulgadas menos de 500 leis no sentido formal (Martins Filho, 2000, p. XVIII, XX). Entre 1946 e 2010 (64 anos) foram promulgadas mais de 12.400 leis pelo Congresso Nacional.¹⁶

Publicam-se, em média, 200 leis federais por ano, isto é, aproximadamente uma lei por dia útil! Em 2002, o Congresso Nacional chegou a publicar um anúncio publicitário, afirmando que um país grande, populoso e em contínuas mudanças necessita de muitas leis e se orgulhando de ter votado 682 leis em 14 meses.¹⁷ Isso significa que em 14 meses foi aprovado um número de leis federais maior do que o total de leis editadas nos 67 anos de duração do Império brasileiro!

A essa produção se acrescentam as incontáveis leis estaduais e municipais. Para dar um exemplo, só no Estado de São Paulo foram publicadas mais de 3.500 leis entre 2000 e 2010.¹⁸

Isso gera uma situação de insegurança jurídica. Parece que hoje ninguém sabe exatamente quantas leis estão em vigor! Uma estimativa oficial é que dentre os 200.000 textos legislativos *federais* que entraram em vigor desde a Independência, continuam em vigor aproximadamente 45.000 (Martins Filho, 2000, p. XXV). Essa situação se repete em outros países, sendo que na França vigoram aproximadamente 10.000 leis e quase 200.000 decretos do governo central (Terré, 2009, p. 348).

15. Cf. a análise crítica da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em Vieira, 1994, p. 97-147; Arantes, 1997, p. 153-209; Lunardi, 2005, p. 591-597. Sobre os problemas de legitimidade da justiça constitucional cf. Tavares, 2005; Agra, 2005.

16. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/_leis2010.htm>.

17. Revista Classe, ano XVII, n. 93, 2002.

18. Pesquisa nos sites: <<http://www.legislacao.sp.gov.br/legislacao/index.htm>>.

O fenômeno está relacionado a uma tendência de desvirtuamento da função da lei. Quem pesquisa as publicações oficiais percebe que muitas leis dedicam-se a modificar os valores dos orçamentos, a dar nomes a aeroportos e viadutos, a estabelecer “dias nacionais” e “patronos” de várias atividades, sendo normas que carecem de interesse geral e cujo conhecimento não é necessário para a esmagadora maioria dos operadores do direito. Mas, mesmo ignorando tais normas, permanece o problema da inflação legislativa. É *impossível* para o operador do direito conhecer o conteúdo dos atos normativos em vigor e acompanhar as contínuas mudanças legislativas. Dessa forma, a inflação legislativa, a falta de harmonização das leis e as imperfeições técnicas de leis redigidas e modificadas com velocidade vertiginosa são fatores que dificultam sobremaneira a aplicação do direito.

2.1.2 Jurisprudência

Uma outra fonte escrita do direito moderno encontra-se nas decisões dos tribunais (também denominadas sentenças ou acórdãos). Devemos distinguir três figuras de decisões do Poder Judiciário.

2.1.2.1 Decisão isolada

Sabemos que o direito é de natureza *impositiva*. Não se limita a ordenar um comportamento, mas também ameaça com sanções e as aplica, em caso de descumprimento da norma. De forma impositiva são também resolvidos pelos tribunais os conflitos entre pessoas e grupos que alegam possuir um direito.

Isso pressupõe que os tribunais possam dizer a “última palavra”, resolvendo de forma definitiva as controvérsias sobre fatos e alegações juridicamente relevantes. Sem esse poder da última palavra nunca chegaríamos a decisões definitivas, nem seria possível a aplicação do direito. Por esse motivo, as decisões do Judiciário são vinculantes para as partes do processo. Podemos derrubar uma sentença somente por meio de um recurso que será julgado por outro tribunal, até chegar à última instância de julgamento. Sempre, porém, haverá uma decisão do Judiciário resolvendo o conflito.

A decisão definitiva possui força de *coisa julgada* (Lição 10, 1.3). Essa decisão pode ser contestada como injusta, juridicamente errada ou demasiadamente rigorosa pelas pessoas envolvidas no conflito e por estudiosos, que eventualmente publicarão comentários criticando as soluções dadas pelo tribunal. A decisão definitiva não pode, porém, ser juridicamente contestada. Por essa razão, afirma-se que constitui a última palavra do ordenamento jurídico, equivalendo à verdade (em latim: *res iudicata pro veritate accipitur*).¹⁹

19. Opinião de Ulpiano. Digesto de Justiniano, 1.5.25. Fonte: <<http://ebu2.upmf-grenoble.fr/Haiti/Cours/Ak/Corpus/d-01.htm>>.

Isso indica que a jurisprudência constitui uma importante fonte do direito, já que permite resolver dúvidas jurídicas e pacificar conflitos sociais. Para saber o que deve acontecer em tais casos, a única fonte fidedigna é a decisão do Poder Judiciário. Isso significa, porém, que os tribunais criam normas jurídicas individuais, aplicáveis em casos concretos (cf. Lição 6, 3.2.1).

Entre as leis no sentido material e as decisões do Poder Judiciário encontramos duas diferenças no ordenamento jurídico brasileiro. Em primeiro lugar, as decisões dos tribunais são vinculantes somente para as partes de determinado processo (efeito *intra partes*). Ao contrário da lei, a decisão judiciária não obriga os demais tribunais nem o próprio tribunal em relação a futuras decisões, sendo sua força jurídica particularmente limitada (salvo em casos peculiares, como o controle concentrado de constitucionalidade que analisaremos em seguida).

Em segundo lugar, o legislador possui um extenso poder discricionário quando cria um dispositivo, podendo configurar seu conteúdo e as sanções, segundo avaliações de oportunidade e seguindo suas opções morais, políticas etc. O Poder Judiciário possui, ao contrário, o *dever* de aplicar o direito em vigor. Conforme prevê o já indicado art. 35, I, da Lei Orgânica da Magistratura Nacional, de 1979, constitui dever do magistrado “cumprir e fazer cumprir, com independência, serenidade e exatidão, as disposições legais”.

Apesar dessa limitação, o Poder Judiciário realiza a assim chamada *integração* do ordenamento jurídico: além de resolver conflitos concretos, os juízes oferecem soluções em casos de dúvidas na interpretação, suprem lacunas e concretizam os princípios gerais do direito.

2.1.2.2 Jurisprudência assentada

Podemos entender a jurisprudência como um conjunto de decisões uniformes dos tribunais, resultantes da aplicação das mesmas normas em casos semelhantes. Se muitos tribunais decidirem por um longo período da mesma forma, seu entendimento passa a possuir uma força vinculante maior do que a de uma decisão isolada. Quando temos decisões uniformes, provenientes de vários tribunais, é muito provável que casos semelhantes sejam decididos da mesma forma no futuro. Em tal hipótese, temos uma jurisprudência assentada, também denominada jurisprudência dominante, predominante ou entendimento pacífico. Essa jurisprudência desempenha, muito mais do que as decisões isoladas, o papel de integração do ordenamento jurídico, impondo na prática certas interpretações do direito vigente.

Nada pode excluir que um tribunal decida, no futuro, de forma diferente, já que isso não é legalmente proibido. As mudanças de jurisprudência são, porém, estatisticamente raras. Os tribunais inferiores sabem que eventual decisão contra uma jurisprudência “assentada” não será admitida nas instâncias supe-

riores, por considerarem que as mudanças de entendimentos comprometem tanto a segurança jurídica como a autoridade do próprio Poder Judiciário. Por essas razões, a jurisprudência assentada influencia de forma decisiva as futuras decisões dos tribunais.

Nesse sentido tem particular importância a publicação da jurisprudência nas revistas jurídicas e principalmente a sua *ementa*, que indica resumidamente a solução dada ao caso. As ementas indicam aos possíveis pleiteantes qual é o entendimento dos tribunais, sendo frequentemente citadas em outras decisões e na doutrina.

Exemplo de *ementa*: “Recurso Ordinário em *Habeas Corpus*. (...) 1. Para a configuração do delito previsto no art. 14 da Lei n. 10.826/03, basta que o agente porte a arma de fogo sem autorização ou em desacordo com a determinação legal, o que torna irrelevante o fato de a arma encontrar-se desmuniada. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça. 2. Recurso desprovido”.²⁰

2.1.2.3 Súmulas

Os tribunais contribuem para a segurança jurídica uniformizando a jurisprudência. Um importante meio de uniformização encontra-se na publicação das *súmulas de jurisprudência predominante*.²¹ As súmulas são proposições sobre a interpretação do direito que resultam de uma jurisprudência assentada no tribunal sobre temas controvertidos. Dessa forma, as súmulas formalizam as teses adotadas pelo tribunal.

O art. 479 do Código de Processo Civil prevê que toda decisão tomada pela maioria absoluta dos membros de um tribunal deve ser formulada e publicada em forma de súmula e constitui um “precedente na uniformização da jurisprudência”, devendo ser utilizada como ponto de referência para as futuras decisões do tribunal em casos parecidos.²²

Apesar de sua importância, as súmulas não vinculam plenamente o tribunal que as emite nem os tribunais inferiores. Como já sabemos, os juízes brasileiros são submetidos tão somente ao “império da lei” e as suas decisões simplesmente *interpretam* e aplicam normas gerais. Não criam tais normas ge-

20. Supremo Tribunal de Justiça, Recurso Ordinário em Habeas Corpus 20136/SC, 5.^a Turma, relatora Ministra Laurita Vaz, DJ 13.11.2006, p. 275.

21. São utilizados também os termos “jurisprudência uniforme” e “jurisprudência dominante”. Outras regras de uniformização da jurisprudência são contidas nos arts. 476-478 do Código de Processo Civil.

22. Ver também o art. 38 da Lei 8.038, de 28.05.1990, e o art. 896, a, da Consolidação das Leis do Trabalho.

rais nem vinculam o próprio tribunal e os inferiores. Além disso, cada tribunal pode reformar ou abolir suas súmulas.²³

Mas, na prática, o tribunal que formula uma súmula compromete-se a seguir a solução no futuro e os tribunais inferiores sabem que uma decisão diferente daquela adotada pela súmula de um tribunal superior, muito provavelmente, será modificada nas instâncias superiores.²⁴

Por essa razão, podemos dizer que o conteúdo das súmulas possui relevância semelhante àquela dos atos normativos, por ser vinculante na prática e apresentar caráter geral. Isso explica por que as súmulas dos tribunais superiores são publicadas nas coletâneas de legislação e não só nas coletâneas de jurisprudência.

Isso não impede, porém, que uma lei disponha no futuro de forma diferente ao entendimento da Súmula. Exemplo: a Súmula 227 do Superior Tribunal de Justiça prevê que “a pessoa jurídica pode sofrer dano moral”. Uma lei pode limitar ou até excluir o direito das pessoas jurídicas a pedirem indenização por danos morais.

2.1.3 Doutrina

A doutrina jurídica pode ser definida como o conjunto da produção intelectual dos juristas que se empenham no conhecimento teórico do direito. Trata-se dos ensinamentos e entendimentos de pessoas que possuem formação jurídica e dedicam-se à análise de problemas de interpretação do direito.

O termo doutrina provém do latim *doctrina*, que deriva do verbo *docere* (ensinar). A partir do século IV a.C., os juristas romanos, conhecidos como “jurisconsultos”, tomavam posição em controvérsias jurídicas, elaborando pareceres fundamentados (*responsa*) (Cannata, 1996, p. 30-42). Esses pareceres eram considerados como fonte do direito pelos tribunais. Os imperadores reconheciam esse poder dos juristas, editando, inclusive, as chamadas “leis das citações”, que indicavam quais jurisconsultos podiam ser citados como autoridades perante os tribunais e qual opinião prevalecia em caso de conflito entre eles.²⁵

23. Um exemplo oferece a Súmula 174 do Superior Tribunal de Justiça: “No crime de roubo, a intimidação feita com arma de brinquedo autoriza o aumento da pena”. O art. 157, § 2.º, I, do Código Penal prevê aumento da pena por roubo “se a violência ou ameaça é exercida com emprego de arma”. A arma de brinquedo é arma no sentido legal? A questão causou acirradas controvérsias na doutrina e na jurisprudência. A súmula equiparou a verdadeira arma com a arma de brinquedo. A doutrina continuou criticando a equiparação e o Tribunal decidiu mudar sua posição em 2001, abolindo a súmula.

24. Sobre as características das súmulas cf. Streck, 1998; Mancuso, 2001; Costa, 2002; Tavares, 2006, p. 356-368.

25. O decreto dos Imperadores Teodósio II e Valentiniano III promulgado em 426 d.C. proclamou vinculantes para os tribunais somente as opiniões de cinco jurisconsultos:

O renascimento do direito romano na Idade Média levou à criação da figura do doutor em direito (*doctor iuris*), que, após longos estudos, obtinha o privilégio de emitir pareceres e ensinar nas universidades. A *communis opinio doctorum* era o entendimento ao qual convergiam vários doutores. Esse entendimento considerava-se vinculante, ou seja, constituía uma verdadeira fonte do direito (Schröder, 2001, p. 46-48).

Não há definição oficial do doutrinador nem existe uma hierarquia em relação à importância de suas opiniões. Os doutrinadores atuam principalmente como professores universitários, combinando o ensino com a pesquisa jurídica. Sua capacitação é realizada principalmente por meio de estudos de pós-graduação (mestrado, doutorado), que permitem aprofundar o conhecimento, aprender as técnicas de pesquisa e produzir estudos universitários. Em vários países constata-se a tendência de profissionalização da pesquisa jurídica, dedicando-se os doutrinadores quase exclusivamente à carreira universitária. No Brasil, ainda prevalece a antiga tendência de combinar o trabalho docente com a prática do direito.

A produção bibliográfica dos doutrinadores compõe-se de trabalhos com finalidades diferentes. Podemos indicar os seguintes tipos: obras acadêmicas (dissertações e teses para obter títulos de pós-graduação); tratados jurídicos que analisam profundamente um assunto; manuais didáticos dedicados às várias disciplinas e ramos do direito; artigos de doutrina, publicados em coletâneas e revistas jurídicas; comentários da legislação e da jurisprudência.

O direito moderno, fundamentado no “império da lei” e na completude do ordenamento jurídico, fez diminuir a importância da doutrina enquanto fonte do direito. Nenhum tribunal deve considerar a opinião dos doutrinadores como fonte do direito, ou seja, não possui a obrigação de decidir conforme os entendimentos da doutrina.

Em outras palavras, os escritos da doutrina não possuem formalmente força jurídica: são opiniões pessoais sobre a interpretação do direito em vigor. Mesmo assim, a doutrina continua sendo um elemento extremamente importante para o conhecimento e a aplicação do direito, porque os juristas reconhecidos exercem um considerável poder enquanto grupo social (“comunidade dogmática” – Calsamiglia, 1986, p. 132-146). Como foi observado, a doutrina sustenta e fortalece as fontes formais tal como o concreto reveste a armação de um prédio, sendo impossível dizer se a armação sustenta o concreto ou o concreto a armação (Jestaz, 2002, p. 59).

A doutrina desempenha seu papel nas seguintes condições:

Papiniano, Paulo, Ulpiano, Gaio e Modestino (Codex Theodosianus, 1.4.3). Fonte: <<http://www.ucl.ac.uk/history/volterra/texts/cthlib1.htm#t1>>.

1. *Prestígio institucional.* Nem todos os doutrinadores gozam do mesmo reconhecimento. Quem pode se prevalecer do prestígio de uma função ou de títulos acadêmicos possui maiores chances de ver suas opiniões adotadas pelos tribunais e suas propostas de reforma seguidas pelos legisladores. Mesmo critérios aparentemente secundários, como o renome das editoras e das revistas em que um autor costuma publicar, a personalidade que escreve o prefácio do livro de um jovem pesquisador, o prestígio das universidades onde o doutrinador estudou e ensina, são fatores que incidem sobre a repercussão prática de seu trabalho.

O prestígio permite empregar o denominado *argumento de autoridade* (*argumentum ab auctoritate*).²⁶ Quem o utiliza procura justificar certa opinião não por meio de argumentos de conteúdo, mas invocando o prestígio de um doutrinador. O raciocínio é o seguinte: já que X é um dos mais reconhecidos juristas do país, as posições que ele sustenta devem estar certas.

O uso desse argumento é muito comum nos trabalhos jurídicos e nas decisões dos tribunais. Lemos inúmeras vezes frases do tipo: “como prelecionou o ilustre mestre X” ou “conforme inesquecível lição do preclaro doutor Y”. O argumento de autoridade não tem valor metodológico. É um expediente retórico que esconde a incapacidade de justificar uma opinião pelo seu conteúdo. Quem não pode convencer os demais do caráter correto de sua opinião tenta intimidá-los com a referência a autoridades (Müller, 1997, p. 278).

No estudo do direito, como em qualquer outra atividade de pesquisa, interessam os argumentos de fundo e não a pessoa que os utilizou. Se uma opinião for convincente, não ganha nada pelo fato de ter sido sustentada por Rui Barbosa. Da mesma forma, aquilo que está errado não deixa de sê-lo porque Rui Barbosa o sustentou! Por essa razão, os alunos de direito devem, desde o início de seus estudos, rejeitar a tentação dos argumentos de autoridade. Devem pensar com a própria cabeça e justificar suas posições com argumentos bem fundamentados.

Como escreveu Thomas Paine (1717-1809) ao publicar de forma anônima a obra *Common sense* “o autor desse livro é totalmente ininteressante para o público, pois objeto de atenção é própria doutrina e não o homem” (Paine, 1997, p. 2).

2. *Qualidade da pesquisa.* Os trabalhos que são embasados em profundas pesquisas, que apresentam críticas detalhadas das posições anteriormente sustentadas, levando em consideração as contribuições da doutrina internacional e utilizando argumentos originais, podem tornar-se mais influentes do que trabalhos superficiais, repetitivos e retóricos, mesmo se os autores desses últimos gozem de prestígio institucional.

3. *Formação de opinião dominante.* A influência dos doutrinadores na aplicação do direito exprime-se principalmente com a formação de uma opinião dominante, também denominada opinião comum ou entendimento pacífico. Quanto maior o número e o prestígio de doutrinadores que adotam certo posicionamento sobre temas polêmicos, maiores são as chances de vê-lo adotado pelos operadores jurídicos. É muito comum os tribunais citarem obras da doutrina para justificar seu entendimento.²⁷ Mas a simples referência à opinião dominante não

26. Além da referência às opiniões dominantes na doutrina, no discurso jurídico são empregados outros argumentos de autoridade: a invocação do legislador; do orador; do auditório; dos números e das estatísticas; da tradição; dos fatos comprovados. Cf. Mathieu-Izorche, 2001, p. 357-366.

27. Exemplo: “As hipóteses de rejeição da denúncia previstas no artigo 43 do Código de Processo Penal não são taxativas, conforme já prelecionava Câmara Leal e, recentemente, veio a recordar Xavier de Aquino em seu Manual de processo penal” (Tribu-

passa de um acúmulo de argumentos de autoridade que, como dissemos, não pode convencer, mas tão só intimidar.

4. *Atividade legislativa dos doutrinadores.* Uma forma direta de participação dos doutrinadores na criação do direito consiste na elaboração de projetos de reformas legais. Juristas especializados em determinada área são frequentemente nomeados pelas autoridades estatais para elaborarem anteprojetos de lei. Essas comissões exercem uma forte influência na produção legislativa, incorporando nas reformas legais os ensinamentos da doutrina nacional e estrangeira.²⁸

5. *Atividade de ensino e extensão.* A aprendizagem básica do direito ocorre nas faculdades de direito. Os professores transmitem o conhecimento teórico e as opiniões da doutrina que analisa, sistematiza e critica o direito positivo. Dessa forma, o futuro operador jurídico aprende o direito por meio do prisma da doutrina, fato que marca a sua formação jurídica. Além disso, as atividades de extensão, que divulgam o pensamento teórico sobre o direito (seminários, conferências, congressos), comunicam aos operadores jurídicos a visão da doutrina sobre assuntos controversos.

Basta pensar que após cada reforma do direito vigente de certa relevância são realizados inúmeros eventos, cursos e publicações no intuito de preparar os operadores jurídicos para a aplicação do novo direito. Isso indica que o operador jurídico não aprende o direito lendo simplesmente o texto das leis, mas recebendo os ensinamentos dos doutrinadores, mesmo após o fim de seus estudos universitários.

Finalmente, os estudos de pós-graduação, principalmente voltados para a capacitação dos professores de direito, veiculam novas teorias e análises doutrinárias, que os alunos de pós-graduação passarão para os próprios alunos nos cursos de graduação.

Resumindo: nos ordenamentos jurídicos modernos a doutrina não possui força vinculante porque não faz parte da hierarquia das normas jurídicas reconhecidas pela Constituição. Mesmo assim, constitui uma *fonte formal indireta*, uma vez que as opiniões e argumentos doutrinários influenciam de forma decisiva a cultura jurídica de um país e, conseqüentemente, a aplicação do direito.

2.2 Fontes não escritas

É comum ler nos manuais que as principais fontes do direito são as leis e os costumes. Isso não vale para o direito moderno que, a princípio, não admite

nal de Alçada Criminal de São Paulo, 05.06.2000, *Boletim Ibccrim* (Jurisprudência) 98/512, 2001).

28. Lemos na Exposição de Motivos da Parte Geral do Código Penal de 1983: “Com efeito, acolhe o Projeto, nos arts. 20 e 21, as duas formas básicas de erro construídas pela dogmática alemã: erro sobre elementos do tipo (Tatbestandsirrtum) e erro sobre a ilicitude do fato (Verbotsirrtum)”. Isso indica que a verdadeira fonte da mudança legal sobre o erro não foi o voto da maioria dos deputados e senadores que aprovou a reforma do Código Penal por meio da Lei 7.209, de 1984. Os deputados e senadores simplesmente aprovaram as teorias dos doutrinadores alemães acolhidas no anteprojeto pelos penalistas brasileiros.

as fontes não escritas, das quais faz parte o costume. Isso ocorre, como dissemos (Lição 6, 3.2.2), por razões de segurança jurídica e de publicidade das normas.²⁹

2.2.1 Costumes jurídicos

Quando constatamos que muitos membros da sociedade comportam-se de certa forma, dizemos que isso é um *hábito social*.

Exemplo: a grande maioria dos brasileiros toma café na primeira refeição do dia que, justamente por isso, chama-se “café da manhã”. Quem observa no restaurante de um hotel uma pessoa que, às 7 da manhã, toma chá, não vai estranhar, já que o hábito de tomar café não é considerado obrigatório pelos membros da sociedade. A reação do observador será muito diferente se a mesma pessoa tomasse cerveja. Não porque o consumo de bebidas alcoólicas seja socialmente rejeitado, mas porque se considera que quem inicia seu dia com bebida alcoólica é uma pessoa alcoólatra ou desequilibrada. Mesmo se aquele que toma cerveja no café da manhã assegurasse que essa é a única bebida alcoólica que tomará durante o dia, não deixaríamos de reprovar seu comportamento.

Em tais casos, estamos em presença de um *costume social*. O termo provém do latim *consuetudo*. Indica uma regra de comportamento social que não só é corriqueira, como ocorre com o hábito, mas é considerada obrigatória pelos membros da sociedade.

Aqui é necessária atenção, pois muitos estudantes de direito confundem o costume social com o costume jurídico. Na verdade, a maioria dos costumes sociais não possui caráter de costume jurídico, isto é, validade no âmbito do ordenamento jurídico. Quem toma cerveja no café da manhã pode ser submetido a sanções sociais, por exemplo, a comentários desagradáveis a seu respeito, mas não viola uma regra jurídica. Ao contrário, a Constituição garante a todos em seu art. 5.º, *caput*, o direito à liberdade, que inclui a possibilidade de tomar qualquer bebida alcoólica em qualquer horário do dia.³⁰

O costume jurídico define-se como norma válida no âmbito do ordenamento jurídico, e seu descumprimento acarreta sanções negativas de natureza jurídica. Para entender a posição do costume jurídico, devemos fazer uma breve digressão histórica (cf. Gilissen, 1988, p. 250-291).

29. Do ponto de vista histórico, a marginalização dos costumes jurídicos e das tradições populares é devido à imposição política do poder central-estatal que detém o monopólio da força física e impede que as fontes não escritas do direito enfraqueçam ou mesmo anulem as normas emitidas pelas autoridades legislativas.

30. Há normas limitadoras, por exemplo, a limitação do consumo de álcool por adolescentes ou a proibição de dirigir automóvel após o consumo de álcool (art. 165 e 306 do Código de Trânsito de 1997). Mas seu objetivo não é abolir a liberdade de consumo de álcool, e sim harmonizá-la com a proteção de outros bens e interesses.

Os doutrinadores do direito romano e medieval afirmavam que uma *consuetudo* consolidada possuía força de lei e quanto mais velha fosse (*consuetudo longa, inveterata, immemorialis*), maior seria sua força.³¹

Dessa forma, os ordenamentos jurídicos do passado reconheciam que regras tradicionalmente seguidas adquiriam particular autoridade. O raciocínio era o seguinte: o costume nasceu no seio da sociedade e regulamenta as relações sociais de forma satisfatória; caso contrário, a própria sociedade o rejeitaria. Os tribunais e os legisladores devem respeitá-lo, seguindo as regras que demonstram sua capacidade de responder às expectativas sociais.

Isso significa que o costume é uma fonte *espontânea* do direito. Não se cria pela vontade de um legislador, cujo mandamento entra vigor imediatamente. O costume cria-se de forma gradual e silenciosa pela sociedade; somente após o longo uso é que as pessoas passam a considerá-lo juridicamente vinculante.

Podemos perguntar quem (e como) constata a existência e o conteúdo do costume jurídico. A primeira resposta é que isto é tarefa dos juízes. Mas, por ser de natureza oral, o costume pode não ser claro nem certo. Na Europa, ante os tribunais da Idade Média, os pleiteantes sustentavam versões diferentes sobre o conteúdo dos costumes. Para resolver o problema foram criados métodos para provar a existência dos costumes. Mesmo assim persistiam as controvérsias. A partir do século XIII, os juristas e, em seguida, os senhores feudais e os reis decidiram fixar por escrito os costumes de cada território, fazendo uma seleção e reformulação dos costumes. Dessa forma, o costume deixou de ser oral e começou a ser aplicado com base em textos escritos. Por isso, alguns autores consideram o costume como uma das fontes escritas do direito (Jestaz, 2002, p. 48).

Os autores iluministas do século XVIII defenderam a tese que uma legislação nova, sistemática, escrita e de aplicação geral seria capaz de eliminar a arbitrariedade dos senhores feudais e dos juízes e permitir a todos viverem felizes em uma sociedade justa.³² Essa visão desacreditava totalmente os costumes por garantirem os privilégios dos poderosos e, com sua obscuridade, favorecerem as decisões arbitrárias. As codificações que começaram a se realizar em vários países europeus no final do século XVIII aboliram os antigos costumes, consagrando o monopólio jurídico dos legisladores que detêm o poder político.

Podemos dizer que, em nossos dias, os costumes são fontes formais do direito? E se a resposta for positiva, qual é a relação do costume com as demais fontes do direito, isto é, qual é a posição do costume na hierarquia das fontes do direito?

31. Digesto de Justiniano, 1.3.32–1.3.38. Fonte: <<http://www.gmu.edu/departments/fld/CLASSICS/digest1.html>>.

32. Adotando essa visão, Voltaire escreveu, em 1764: “Quereis ter boas leis? Queimem as vossas e criem novas” (Cannata, 1996, p. 178).

Em relação à primeira pergunta, a maioria dos doutrinadores sustenta que o costume pode ser juridicamente válido, desde que satisfaça dois requisitos:

- Deve ser produto de uma prática social relativamente longa e constantemente repetida (*usus* ou *diuturnitas*). Esse requisito é de natureza objetiva ou social.
- Os membros da sociedade devem estar convencidos da necessidade da regra costumeira, isto é, de seu caráter obrigatório e não somente conveniente. Considerar o costume como juridicamente vinculante e necessário (*opinio iuris vel necessitatis*) é um requisito subjetivo ou psicológico de sua validade. Esse requisito indica o caráter problemático do costume. Enquanto a lei escrita indica claramente sua obrigatoriedade, no caso do costume é muito difícil averiguar a “consciência” das pessoas e saber o que ocorrerá se alguns o considerarem obrigatório e outros não.

Sobre a questão da posição do costume na hierarquia das fontes do direito (Lição 11, 3.1.1), devemos partir da constatação que os costumes atuam de duas formas. Primeiro, completam as normas do direito escrito. Isso ocorre com o costume *secundum legem* ou *praeter legem*. Segundo, podem revogar normas escritas anteriores. Isso acontece com o costume *contra legem*.

O costume *secundum legem* (*conforme a lei*) vale porque há previsão legal que autoriza sua validade. Isso ocorre quando um dispositivo vigente prevê que certa questão será regulamentada com base nos costumes. O costume *praeter legem* (*supletivo da lei*) não se baseia em uma previsão do direito escrito, mas surge na prática. Seu objetivo é bastante concreto e limitado: trata-se de suprir uma lacuna do direito escrito. Essas duas espécies de costume complementam o ordenamento jurídico e sua validade não contraria a vontade do legislador.

A legislação brasileira autoriza a aplicação de costumes (jurídicos), se houver lacuna do direito. O art. 4.º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro e o art. 126 do Código de Processo Civil estabelecem que, em caso de lei omissa, o juiz deve aplicar a analogia e, se esta não for cabível, decidir conforme “os costumes”. Aqui o costume desempenha uma função exclusivamente *subsidiária* (*praeter legem*); é utilizado somente após o esgotamento das possibilidades de aplicação de normas escritas de forma direta ou mesmo indireta, por meio da analogia.

O costume pode, também, ser aplicado quando isso for explicitamente previsto por normas escritas. Desse modo, o art. 113 do Código Civil estabelece como um dos critérios de interpretação dos negócios jurídicos “os usos do lugar de sua celebração”, para evitar que o formalismo inviabilize acordos concluídos segundo os costumes locais. De forma semelhante, o art. 597 do Código Civil

autoriza a aplicação de “convenção ou costume” com relação ao modo de pagamento do prestador de serviços.³³ Em tais casos, o próprio legislador autoriza o recurso aos costumes (*secundum legem*). Não considera oportuno impor um único regulamento e permite que a própria sociedade encontre a solução por meio de seus costumes.

O costume *contra legem* não pode ser acolhido no direito brasileiro, mesmo se alguns autores defendem-no como “expressão viva da sociedade” (Vaz, 2007, p. 251). Aceitar essa forma de costume significaria admitir que um processo social informal possa levar à revogação de normas estabelecidas pelas autoridades legislativas. Isso seria inconstitucional, já que o constituinte estabeleceu os modos de criação das normas jurídicas em todos os níveis de governo (federal, estadual, municipal), mediante as normas de competência normativa (Lição 6, 3.2.8). Assim, o costume encontra-se no *último lugar* da hierarquia das normas jurídicas, podendo ser aplicado somente se não contrariar as normas do direito escrito.³⁴

Devemos, finalmente, lembrar que nas sociedades atuais, que conhecem vertiginosas e incessantes mudanças e em que se constata uma “inflação” de leis sem precedentes, não há possibilidade de formação de costumes, que surgem de forma lenta e paulatina. Dessa forma, hoje não existem praticamente costumes (Costa, 2001, p. 191-192) – a não ser com relação a questões secundárias, sobre as quais o legislador não quis legislar. Isso significa que o costume encontra-se em processo de extinção, algo que gera protestos dos juristas mais conservadores (Justo, 2003, p. 211).

2.2.2 Princípios gerais de direito

Uma outra fonte do direito à qual se recorre em caso de silêncio do legislador são os “princípios gerais de direito” (art. 4.º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro; art. 126 do Código de Processo Civil). Tal como os costumes, os princípios gerais constituem uma fonte subsidiária do direito, sendo aplicáveis só em caso de falta de normas escritas.

Os princípios apresentam duas características básicas. Em primeiro lugar, são *abstratos e genéricos*, não permitindo, assim, decidir com certeza sobre sua aplicação no âmbito de uma subsunção (Lição 6, 5.1). Exemplo: a Constituição

33. Referências semelhantes encontramos nos arts. 596 e 615 do Código Civil.

34. Alguns constitucionalistas sustentam, por exemplo, que a longa prática das autoridades e a opinião dominante na doutrina podem alterar o sentido das normas constitucionais. Trata-se do fenômeno da mutação constitucional informal que procura “atualizar” a Constituição sem mudar o seu texto (análise e crítica em Lunardi e Dimoulis, 2008, p. 225-233).

Federal garante o direito à moradia no art. 6.º. Não especifica, porém, quem é titular desse direito. Os sem-teto? Quem mora em construção precária ou em casa muito pequena pelo tamanho da família? Tampouco indica qual autoridade deve efetivar esse direito e as características da moradia que deve ser oferecida.

Em segundo lugar, constata-se muito frequentemente a *colisão* entre dois ou mais princípios. Exemplo: o art. 170 da Constituição Federal prevê, como princípios da ordem econômica, o pleno emprego e a livre concorrência. O que deverá acontecer se uma empresa demitir 50% de seus funcionários, alegando que, se não diminuir os gastos com a folha de pagamento, será levada à falência? Aqui o aplicador do direito deve *ponderar* os princípios conflitantes, tentando harmonizar os interesses em jogo ou, se isso não for possível, aplicar o princípio que apresenta a maior importância no caso concreto.

O aplicador encontra os princípios gerais de direito por meio da interpretação das normas jurídicas escritas. Estas revelam que o ordenamento jurídico fundamenta-se em orientações gerais, que devem ser levadas em consideração na aplicação do direito por corresponder à ideologia política, às opções e valores dos legisladores. Às vezes, os princípios são expressamente enunciados nas fontes escritas do direito. Encontramos, assim, uma série de princípios “fundamentais” de organização do Estado e da sociedade expressamente formulados nos arts. 1.º a 4.º da Constituição Federal (soberania popular, liberdade e solidariedade social, paz, desenvolvimento econômico, bem-estar da população etc.). Outros princípios encontram-se formulados em normas infraconstitucionais. Exemplos: a proibição de alegar desconhecimento de lei (art. 3.º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro; art. 21 do Código Penal); o princípio da boa-fé e da probidade (arts. 422 e 1.268 do Código Civil).

Em caso de lei omissa, tais princípios devem nortear a aplicação do direito, permitindo solucionar uma questão conforme os valores e o “espírito” do ordenamento jurídico. O recurso aos princípios gerais de direito parece justificado. O que há de melhor que solucionar um conflito respeitando as linhas mestras do ordenamento jurídico? Na prática, porém, a identificação e a aplicação dos princípios gerais criam problemas.

Para o aplicador do direito é arriscado colocar-se em posição de árbitro supremo, decidindo sobre o que é conforme ao “espírito” do direito. Tais decisões são sempre subjetivas, e cada pessoa tenderá a ver como valor do direito aquilo que corresponde às suas opiniões.

Além disso, o ordenamento jurídico exprime frequentemente valores e objetivos contraditórios: liberdade empresarial e redução das desigualdades sociais; ordem pública e liberdade do indivíduo; defesa nacional e internaciona-

lismo. Por essa razão, revela-se impossível identificar um único princípio que regulamente determinada matéria e que possa ser aplicado sem causar controvérsias.

Por serem vagos e imprecisos, os princípios gerais de direito permitem várias interpretações e não garantem a aplicação do direito conforme as exigências de segurança jurídica. O juiz que, por ordem legal expressa, em caso de omissão do legislador, deve recorrer à aplicação de tais princípios, necessita estar consciente dessas dificuldades, tentando limitar ao máximo o subjetivismo. Para tanto deve fundamentar sua decisão de forma detalhada e completa, permitindo aos interessados controlar como e por quais razões foi aplicado determinado princípio de direito.

Além de seu papel como fonte subsidiária do direito, os princípios desempenham outras funções no ordenamento jurídico. Grande parte da doutrina entende que a Constituição não é composta somente por regras jurídicas, mas também por princípios. A definição desses princípios, seu poder vinculante e o modo de sua aplicação causa grandes controvérsias entre os teóricos do direito.³⁵

Observamos, finalmente, que o art. 102, § 1.º, da Constituição Federal reconhece ao Supremo Tribunal Federal a competência para avaliar se determinada decisão do legislador ou de outra autoridade causou o “descumprimento de preceito fundamental” que decorre da Constituição. Em tais casos, a decisão deve ser invalidada. O conceito de preceito fundamental não é muito diferente do conceito de princípio (Tavares, 2001, p. 102-161). Isso indica que o descumprimento de princípios do ordenamento jurídico pode ensejar uma ação específica em prol de seu respeito.

2.2.3 *Vontade dos particulares (poder negocial)*

Quando dois particulares assinam um contrato de compra e venda, ocorrem importantes alterações no ordenamento jurídico. O comprador deve pagar o preço na forma acordada e o vendedor deve transferir o domínio da coisa (art. 481 do Código Civil). Se uma das partes não cumprir as obrigações que assumiu por meio do contrato, poderá ser acionada judicialmente e condenada a realizar a prestação, pagando inclusive as custas do processo, juros ou indenizações.

35. Dworkin, 2002, p. 23-203; Alexy, 1985 e 1996, p. 71-157; Bergel, 2001, p. 101-129; Viola e Zaccaria, 2001, p. 366-407; Canotilho, 2002, p. 1.145-1.173; Rothenburg, 1999; Ávila, 2003; Sarmiento, 2002; Leite (org.), 2008; Tavares, 2006-a, p. 85-123. Críticas ao conceito dos princípios encontram-se em Alexander e Kress, 2000; Lopes, 2003; Martins, 2008; Dimoulis e Lunardi, 2008.

Isso significa que as partes passam, pela simples assinatura de uma folha de papel, a ter direitos e assumir obrigações que não existiam antes. O ordenamento jurídico reconhece essa situação e o Estado se compromete a prestar a assistência à parte eventualmente lesada coagindo a outra a cumprir o contrato.

Assim sendo, a vontade de um particular, que não exerce o poder público, pode criar normas jurídicas. Da mesma forma que a Prefeitura pode exigir o pagamento de uma quantia em dinheiro a título de imposto predial, o particular pode exigir o pagamento do preço da venda fundamentando-se no contrato de compra e venda.

A doutrina reconhece que a vontade dos particulares constitui fonte formal de direito e a denomina de *normação privada* ou *poder negocial*. Entre as demais fontes formais do direito e o poder negocial existem duas importantes diferenças de alcance. Em primeiro lugar, as autoridades estatais criam normas de forma unilateral, impondo-as a todos, e os particulares só podem vincular outros se houver acordo. Enquanto o Estado pode desapropriar uma casa sem consentimento do proprietário e mesmo contra sua resistência, um particular não pode obrigar alguém a lhe vender sua casa.

A segunda grande diferença encontra-se no fato de o poder negocial ser fortemente limitado por normas estatais, que fixam condições para a manifestação da vontade dos particulares. Desse modo, a legislação estabelece requisitos para a conclusão de contratos em próprio nome (capacidade de exercício), indica os objetos lícitos do contrato, proíbe cláusulas abusivas, impõe o pagamento de impostos em caso de compra e venda ou de recebimento de herança etc.³⁶

Uma forma peculiar do poder negocial dos particulares são as *convenções coletivas* no direito do trabalho. Trata-se de acordos concluídos, geralmente após trabalhosas negociações, por representantes dos empregados e dos empregadores de determinado setor da atividade econômica, no intuito de resolver, sem intervenção estatal, conflitos relativos às condições e à remuneração do trabalho. As convenções coletivas são hierarquicamente superiores a futuros acordos individuais entre os empregados e os empregadores cobertos pela convenção, desde que estes acordos não sejam mais favoráveis ao trabalhador (princípio da "norma favorável"). Exemplo: se na convenção coletiva for estabelecido salário mínimo de R\$ 500,00 para determinada profissão, um posterior contrato de trabalho individual que estabeleça um salário de R\$ 300,00 não possuirá validade,

36. Os contratos classificam-se entre as fontes não escritas porque na maioria dos casos são feitos oralmente. Mas o contrato pode ter a forma escrita se as partes assim o desejarem ou quando há explícita exigência legal.

podendo o empregado exigir judicialmente o pagamento do salário acordado na convenção coletiva (Nascimento, 2001, p. 204-210, 254-255).

Quadro sinótico 8:
Tipologia das fontes do direito

Fontes materiais	Fontes formais (no direito federal brasileiro)		Indiretas
	Diretas		
	Escritas	Não escritas	
<ul style="list-style-type: none"> • Valores sociais • Necessidades humanas • Elementos culturais • Costumes sociais • Vontade do povo • Vontade de certas classes sociais • Vontade dos grupos de poder 	<ul style="list-style-type: none"> • Constituição • Emenda à Constituição • Lei no sentido estrito • Tratados internacionais • Medida provisória • Decreto legislativo • Resolução • Decreto e regulamento • Instrução • Portaria • Circular • Ordem de serviço • Decisões do Judiciário (incluindo súmulas vinculantes, exercício do poder normativo da justiça de trabalho e declarações de inconstitucionalidade) 	<ul style="list-style-type: none"> • Costumes jurídicos • Princípios gerais de direito • Vontade dos particulares 	<ul style="list-style-type: none"> • Doutrina • Precedentes judiciais e súmula não vinculante

3. Conclusão

As fontes materiais do direito constituem a verdadeira causa de criação dos sistemas jurídicos. Por isso atraem o interesse da sociologia do direito e de outras disciplinas extrajurídicas, preocupadas com a compreensão da origem e da função social do direito. O operador do direito interessa-se principalmente pelas fontes formais, que contêm os regulamentos juridicamente válidos.

Os ordenamentos jurídicos modernos são marcados pela multiplicidade das fontes formais, que podem ser tanto escritas como não escritas, tanto diretas

como indiretas. Contudo, constata-se a clara prevalência das fontes escritas e, principalmente, das normas oriundas do legislador constitucional e ordinário. As demais fontes do direito (jurisprudência, costumes, vontade dos particulares, princípios gerais não escritos, doutrina jurídica) encontram-se em posição subordinada; só desenvolvem efeitos normativos quando isso estiver previsto na legislação em vigor.

Temos aqui uma importante característica dos ordenamentos jurídicos modernos, notadamente dos ordenamentos da Europa continental e dos países que, em decorrência da colonização, foram marcados por essa cultura jurídica, como na América Latina. Nesses casos, o caráter legicêntrico do direito limita fortemente o poder normativo do Judiciário, da doutrina jurídica e da própria sociedade (costumes e vontade dos particulares).

Para aprofundar o conhecimento

Arnaud, 1993; Ascensão, 2001, p. 247-305, 325-343; Bergel, 2001, p. 53-130; Canotilho, 2002, p. 689-701; Carvalho, 2007, p. 163-187; Coelho, 2004, p. 256-271; Costa, 2001, p. 187-213; Diniz, 1998, p. 278-323, 447-468; Terré, 2009, p. 161-171, 199-327; França, 1999, p. 61-92, 135-225; Gusmão, 2001, p. 101-136; Justo, 2003, p. 183-222; Machado, 2004, p. 116-159; Modugno, 2002; Montoro, 1999, p. 321-365; Oliveira, 2006, p. 161-192; Ross, 2000, p. 101-134; Royo, 1991; Rüthers, 1999, p. 123-151; Vaz, 2007, p. 227-263; Venosa, 2004, p. 139-169; Viola e Zaccaria, 2001, p. 156-171, 311-332, e 2003, p. 162-177, 207-211.

Lição 10

LIMITES DE VALIDADE DA NORMA JURÍDICA

SUMÁRIO: 1. Validade da norma no tempo (vigência): 1.1 Definição; 1.2 Revogação; 1.3 Ultratividade e retroatividade; 1.4 Desuso – 2. Validade da norma no espaço: 2.1 Princípio da territorialidade; 2.2 Princípio da nacionalidade e direito internacional privado.

1. Validade da norma no tempo (vigência)

1.1 Definição

Um estudante de direito encontra na biblioteca de seu avô, juiz aposentado, um Código Penal. Será que ele pode utilizá-lo para seu estudo? Será que o amarelado livro corresponde ao direito em vigor? A resposta é negativa. O livro está totalmente desatualizado, pois ocorrem anualmente várias modificações da legislação penal. Assim sendo, o nosso aluno deve comprar a edição mais recente e ficar atento às contínuas mudanças da legislação.

Isso indica que antes de o profissional de direito aplicar uma lei deve sempre responder a duas questões:

- A partir de quando uma lei entrou em vigor?
- Até quando possui validade?

Essas questões são tratadas sob a rubrica da *validade temporal* ou *vigência* do texto normativo. Trata-se de uma característica da norma que indica o lapso de tempo no qual a conduta por esta prescrita é exigível. Em outras palavras, a vigência indica o período no qual as prescrições jurídicas têm efeito, sendo este período delimitado pela entrada e a retirada da norma do ordenamento jurídico.

O momento de entrada em vigor de um texto normativo é quase sempre estabelecido em seu último artigo. As fórmulas utilizadas são: “Esta lei entra em vigor na data de sua publicação” ou “este decreto entra em vigor no prazo de X dias, contado da data de sua publicação”.

No primeiro caso, temos uma norma de *efeito imediato*. No segundo, uma norma de *efeito diferido*. As normas de efeito diferido estabelecem um prazo entre a data de publicação e sua entrada em vigor. Esse período de carência é