



American College of Brazilian Studies

FONTES DO DIREITO

Unidade

02

TEORIA GERAL DO DIREITO

A
R
B
E
E
A

AUTOR

MsC. Georgenor de Sousa Franco Neto

American College of Brazilian Studies
37 N Orange Ave, suite 500, Orlando - FL 32801
Phone: +1-866 782-6272

SUMÁRIO

RESUMO DA UNIDADE	7
CONSIDERAÇÕES INICIAIS	8
OS FATOS SOCIAIS	16
AS FONTES FORMAIS	14
DIREITO E LINGUAGEM: DISPOSITIVOS E NORMAS	27
CLASSIFICAÇÕES	30

RESUMO DA UNIDADE

Nesta Unidade, estudaremos os principais aspectos da teoria normativa, conhecendo o conceito e as principais espécies de normas. Além do estudo da norma – conceito essencial para o estudo do direito – iremos nos dedicar ao estudo da sua validade, vigência e eficácia.

OBJETIVO

Nesta lição, vamos prosseguir no estudo das normas. Teremos como foco o conceito de fontes do direito, a distinção entre texto, norma e fonte e a classificação delas.





CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Fonte remete à ideia de origem. A nascente de um rio é uma fonte. Partindo dessa noção, a fonte do direito é onde ele surge. Paulo Nader nos apresenta a distinção entre fontes materiais e formais:

“É a sociedade, como centro de relações de vida, como sede de acontecimentos que envolvem o homem, quem fornece ao legislador os elementos necessários à formação dos estatutos jurídicos. Como causa produtora do Direito, as fontes materiais são constituídas pelos fatos sociais, pelos problemas que emergem na sociedade e que são condicionados pelos chamados *fatores do Direito*, como a Moral, a Economia, a Geografia, entre outros.”
(...)

O Direito Positivo apresenta-se aos seus destinatários por diversas formas de expressão, notadamente pela lei e costume. *Fontes formais* são os meios de expressão do Direito, as formas pelas quais as normas jurídicas se exteriorizam, tornam-se conhecidas.”¹

Há divergências acerca daquilo que se pode incluir no conceito de fontes. A doutrina trabalha com a dicotomia *fonte material* e *fonte formal*. Dentro do conceito de fonte material podemos encontrar de fatos sociais que influenciam a criação de uma lei até o próprio processo legislativo. Em fontes formais, podemos encontrar da Constituição à doutrina. Prezado aluno, para você ter ideia, vejamos três citações:

“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. (...) fontes formais [são] ‘lugares’ nos quais se encontram os dispositivos jurídicos e onde as pessoas devem pesquisar sempre que desejam tomar conhecimento do direito em vigor. Essas fontes são denominadas formais porque dão forma ao direito, porque ‘formulam’ os dispositivos válidos.”²

“(...) o que se costuma indicar com a expressão ‘fonte material’ não é outra coisa senão o estudo filosófico ou sociológico dos

1 NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. 22ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 138.

2 DIMOULIS, Dimitri. *Manual de introdução ao estudo do direito*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 166-7.

motivos éticos ou dos fatos econômicos que condicionam o aparecimento e as transformações das regras de direito. Fácil é perceber que se trata do problema do fundamento ético ou do fundamento social das normas jurídicas. (...) Por 'fontes do direito' designamos os processos ou meios em virtude dos quais as regras jurídicas se positivam com legítima força obrigatória."³

"A *fonte formal* lhe dá forma, fazendo referência aos modos de manifestação das normas jurídicas, demonstrando quais os meios empregados pelo jurista para conhecer o direito, ao indicar os documentos que revelam o direito vigente (...). *Fontes materiais* ou *reais* são não só *fatores sociais*, que abrangem os históricos, os religiosos, os naturais (...), mas também os valores de cada época."⁴

Notamos que dentro do conceito de fonte observamos vários sentidos. Os termos fontes materiais e fontes formais ajudam-nos a compreender o conceito. Mais adiante, iremos expor um percurso de criação e aplicação da norma que irá nos guiar neste estudo. Neste momento, vamos tentar esquematizar essa difusão de conceito.

Como você pode notar, as fontes materiais agrupam desde fatores sociais à órgãos como o Legislativo e o Executivo. Existem as:

⇒ *Fontes materiais indiretas*: são os fatores sociais, como as alterações nas estruturas econômicas e os movimentos sociais. Não podemos negar o peso das "Diretas Já!" na redemocratização do Brasil, que acabou por criar um sistema jurídico novo. Os fatos não precisam ser tão, digamos, "cataclísmicos"! Uma simples comoção com um crime bárbaro pode provocar (e já provocou) mudanças na lei;

⇒ *Fontes materiais diretas*: Primeiro, podemos colocar os processos de positivação/criação de normas; exemplos: os processos de emenda da constituição ou os processos nos tribunais. Aqui também incluímos os órgãos produtores das normas. Todos aqueles sujeitos que o Ordenamento Jurídico reconhece competência para produzir normas são aqui incluídos. E o espectro é amplo: vai desde o Poder Legislativo, produzindo normas gerais e abstratas, até as pessoas capazes quando celebram um contrato (espécie de norma individual). Outros exemplos são as sentenças, as medidas provisórias, as portarias ministeriais. Em um sistema de direito costumeiro, o principal produtor de normas será o costume social.

3 REALE, Miguel. *Lições preliminares do direito*. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 140.

4 DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001, pp. 280-2





As fontes formais reúnem a produção das fontes materiais. Tradicionalmente a doutrina inclui: a lei, os costumes, jurisprudência, doutrina, princípios gerais do direito e a vontade dos particulares, que se subdividem em:

⇒ *Fontes formais diretas*: são os meios mais diretos de expressão do direito. Eles criam direitos. São as leis, os costumes (nos países de direito costumeiro), os princípios gerais do direito (pelo ângulo da teoria positivista) a vontade dos particulares;

⇒ *Fontes formais indiretas*: seriam elementos que não criam direito, mas auxiliam na interpretação deles. Doutrina jurídica, jurisprudência, costumes (em países de direito positivo) e princípios gerais do direito (pelo ângulo do jusnaturalismo).

As fontes materiais indiretas são todas as influências sociais que alcançam o direito. Da cultura de uma época aos movimentos sociais; da moral de um grupo à força do dinheiro. Enfim, qualquer elemento extranormativo que influencia na produção do direito. Elas influem as fontes materiais diretas, ou seja, os sujeitos competentes para produzir normas usando o processo de criação de normas. As fontes materiais indiretas costumam ser estudadas por ciências como a sociologia, a antropologia, a economia, etc. O processo de positivação das normas, e seus agentes, são objetos de estudos dos Direito, se estudadas pelo ângulo normativo. Dentre as fontes formais temos a legislação (leis), os costumes, as decisões judiciais (isoladamente consideradas), a jurisprudência (aqui incluídas as súmulas), princípios gerais do direito, a autonomia da vontade dos particulares (também denominada de *vontade dos particulares* ou *atos negociais*) e a doutrina. Mais adiante, iremos aprofundar esses elementos. Agora, cabe perguntar o porquê tantas fontes?

A produção de normas jurídicas tem estrita ligação com o poder. Segundo Miguel Reale "(...) toda fonte de direito implica uma *estrutura normativa de poder*, pois a gênese de qualquer regra de direito (...) só ocorre em virtude da interferência de um *centro de poder*, o qual, diante de um complexo de *fatos e valores*, opta por dada *solução normativa* com características de objetividade."⁵ Só produz norma jurídica quem tem poder para tal. A base desse poder está no Estado. Contudo, mesmo o tendo como centro, notamos uma difusão de fontes com o surgimento do Estado. É a curioso que o estudo das fontes nasce com a modernidade.

Muito antes do nascimento do Estado moderno, Direito se confundia com outros elementos sociais, notadamente com a religião. Estamos falando da antiguidade. Era difícil distinguir direito, religião, moral, trato social, magia, etc. Só com a Roma Antiga que começamos a distinguir o direito das demais normas sociais. Deixa-se o direito costumeiro primitivo pelo direito doutrinário e jurisprudencial dos romanos. Na Idade Média, o direito ou é difuso nos diversos feudos ou se confunde

com os preceitos religiosos. Apenas com a Idade Moderna, o direito volta a ganhar autonomia. Todavia, o direito se confunde com a figura do imperador. Apenas quando o poder dos déspotas começa a decair, o pensamento iluminista e o nascimento do Estado contemporâneo que a teoria das fontes tem importância. Tércio Sampaio Ferraz Jr. explica bem:

“Quando a dominação tem por fundamento a crença na tradição (dominação tradicional) ou no carisma (o prestígio da liderança), não se desenvolve, com centro crucial de preocupação, uma teoria das fontes do direito. Foi justamente quando, no continente europeu, o desenvolvimento do capitalismo, o aparecimento do Estado burocrático e as exigências de promulgação da maior parte das normas costumeiras impuseram-se, é que assistimos ao aparecimento da moderna teoria das fontes. Ela é, ao mesmo tempo, uma *racionalização* do fenômeno jurídico e uma *justificação* de uma conjuntura histórica, cujo expoente ideológico máximo é o liberalismo.”⁶

Em alguma medida, o problema das fontes torna-se relevante com o surgimento da norma escrita. Com movimentos como a revolução francesa e a era napoleônica, a norma escrita ganha importância. Com a diferenciação entre leis e costumes o debate sobre as fontes ganha importância: o que prevalece, o costume que nasce no meio social ou a lei produzida pelo Parlamento?

Diante de tanta difusão, noções como Estado, ordenamento jurídico e constituição tornam-se importantes para uma visão unificada das fontes. Afinal, a ciência do direito “(...) utiliza-se da expressão metafórica *fonte* para descrever os modos de formação das normas jurídicas, ou seja, sua entrada no sistema do ordenamento.” Indo além da metáfora, a ciência deve apontar elementos que unifiquem os diversos pontos de emanção de normas.

Estabelecemos que a maior autoridade em um território tem capacidade de produzir normas jurídicas. Na atualidade, essa autoridade é o Estado, que dá sustentação ao ordenamento jurídico. Contudo, observando as normas que compõem o ordenamento, elas provem de diversos sujeitos competentes. Do ponto de vista estritamente normativo, a Constituição unifica tudo, apenas o que é compatível com ela podemos falar em norma integrante do universo jurídico.

Para deixar mais claro as relações entre as diversas, vamos estabelecer um percurso de positivação, que vai dos fatos sociais à norma individual e concreta. Esse esquema

6 FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 222.





pretende deixar mais clara as diversas questões envolvidas nos conceitos de fontes.

Fatos sociais (fontes materiais indiretas) > Processo de positivação de normas feita pelos sujeitos competes (fontes materiais diretas) > Dispositivos legais/textos normativos (fontes formais) > sujeitos competentes para interpretar os dispositivos legais (fontes materiais diretas) > norma > aplicação da norma.

Vocês podem perceber que concentramos em um único ponto todas as fontes formais, independente de diretas ou indiretas. No tópico devido, desceremos aos detalhes. Já as fontes materiais, podemos perceber que elas se espraiam por diversos pontos. Devem ter percebido que usamos o termo *norma* apenas no final dessa cadeia, distinguindo-o das fontes formais. Nos tópicos devidos, vamos esmiuçar esse esquema.

OS FATOS SOCIAIS, O PROCESSO DE POSITIVAÇÃO DE NORMAS E OS SUJEITOS COMPETENTES.

Sob a rubrica *fontes formais indiretas* temos qualquer elemento social que influencie no processo de criação de normas. Pensem em um projeto de lei tramitando no Congresso Nacional. Haverá o grupo que lute pela sua aprovação e aquele que fará lobby pela sua rejeição. Há também o fato social em si que será regulado pela futura lei. São muitos os fatos e razões sociais que sustentam uma lei ou impedem a sua aprovação. E por trás de tudo isso, temos os mais diversos valores. Podemos chamar tudo, simplesmente, de fatos sociais. Antes do direito ser predominantemente escrito, era difícil distinguir as normas jurídicas das demais espécies de normas (sociais, de etiqueta, religiosas, etc). Conforme ensina Dimitri Dimoulis "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."⁷

Percebe-se que o autor se refere ao conceito de fontes materiais *indiretas*. Mas, já vimos que existem as chamadas fontes materiais *diretas*. Miguel Reale escreveu:

"Por 'fonte do direito' designamos os processos ou meios em virtude dos quais as regras jurídicas se positivam com legítima força obrigatória, isto é, com vigência e eficácia no contexto de uma *estrutura normativa*. O direito resulta de um complexo de fatores que a Filosofia e a Sociologia estudam, mas se manifesta, como ordenação vigente e eficaz, através de certas formas, diríamos mesmo de

certas fôrmas, ou estruturas normativas, que são o processo legislativo, os usos e costumes jurídicos, a atividade jurisdicional e o ato negocial.”⁸

Além dos fatos sociais, são apontados como fontes os processos de criação de textos legais e os sujeitos competentes para operar nesses processos. Por sua vez, os resultados desses processos serão as fontes formais do direito. Vamos primeiro nos focar no processo de positivação de normas e depois nos sujeitos competentes.

O processo de positivação de normas (ou de textos legais) é mais perceptível na contemporaneidade, quando o Direito passou a ser escrito predominantemente escrito. Se pensarmos na antiguidade, quando as regras sociais e jurídicas se confundiam e elas eram orais, é difícil identificar claramente a produção de uma norma. Elas decorriam da dinâmica social. Textos antigos como a Lei das XII Tábuas, do Direito Romano, era uma consolidação de usos e costumes dos romanos.⁹ Se pensarmos em um grupo sem nenhuma norma escrita, os usos e costumes eram as normas. Tínhamos um direito costumeiro. Pensando no Direito Romano, quando o Direito começa a ganhar uma forma mais clara, o processo de positivação ainda era confundido com a própria aplicação, por ser um sistema baseada em doutrina e jurisprudência. Contudo, na Roma Antiga, “(...) não existe uma teoria jurídica romana, na qual se procure, de maneira clara e intencional, distinguir o jurídico do não-jurídico. Existiu, entretanto, uma experiência jurídica bem claro e bem consciente de sua especificidade.”¹⁰

Fazendo um salto temporal, hodiernamente, a lei se torna o centro do direito. Nos séculos XVIII e XIX temos o surgimento do primado da lei produzida pelo Parlamento, tendo o Código Civil Francês, de 1804, conhecido como Código Napoleônico, como expressão máxima. Sobre essa época, escreve Miguel Reale:

“Surgem, assim, as grandes teorias, sustentando a possibilidade de atingir-se o Direito através de um trabalho racional, meramente abstrato. Desprezam-se, por via de consequências, os usos e costumes jurídicos, como um Direito secundário, compreendendo-se a lei como expressão racional da vontade coletiva.”¹¹

Nos países da tradição do *civil law*, há o primado da lei. São as produções legislativas as principais fontes formais do direito em países dessa tradição. O Brasil está inserido nesse contexto. O processo de positivação das normas tem como grande símbolo o processo legislativo cujo sujeito competente é o Parlamento. Em nosso ordenamento, a Constituição

8 REALE, M. *Ob. Cit.*, p. p. 140.

9 Cf *Idem*, pp. 144-5.

10 *Idem*, p. 145.

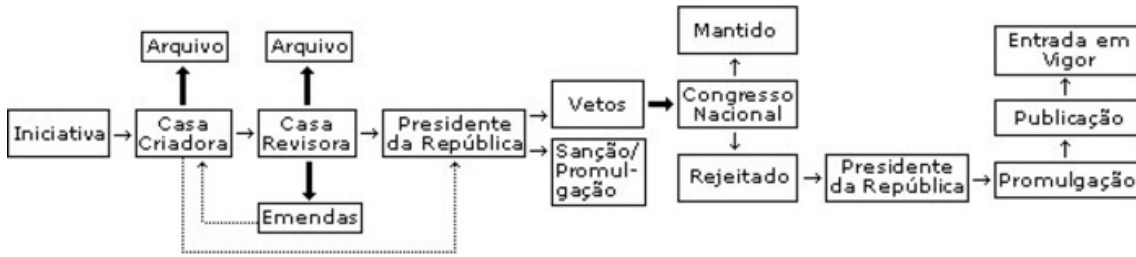
11 *Idem*, 152.





Federal estabelece as linhas gerais do processo legislativo. Apenas para vocês terem ideia: o processo legislativo começa, em geral, na Câmara, em suas comissões, segue para votação no plenário da Câmara. Depois segue para o Senado, que também passará pelas comissões e será votado no plenário. Aprovado pelo Congresso Nacional, a Presidência da República pode sancioná-lo ou vetá-lo. Sancionado, é publicado. Há outros pormenores. Vejam o fluxograma abaixo, disponível no site da Câmara dos Deputados:

Fluxo Simplificado do Processo Legislativo



Fonte: Site da Câmara dos Deputados (<http://www2.camara.gov.br/processolegislativo>)

Nos países de *common law* (os maiores exemplos são Estados Unidos e Reino Unido), o que prevalece é o precedente judicial. Tradicionalmente o conjunto das decisões judiciais é que formam as fontes formais. São as dinâmicas dos julgados os processos de positivação por excelência. As duas tradições vem se aproximando: no *civil law*, as decisões judiciais ganham força; no *commom law*, a legislação ganha destaque. Independente de qual tradição estamos falando, "(...) como estes são órgãos do Estado, verifica-se que, quer se trata do *primado da lei* (como o *civil law*) quer do *primado do precedente judicial* (como no *commom law*) o que se dá, no Estado Moderno, é a supremacia das normas editadas pelo Estado sobre todas as demais."¹²

Nas duas tradições, temos o primado das fontes estatais. O Estado, como a maior autoridade em determinado território, é a força legitimadora das fontes materiais indiretas. Temos como processos de positivação por excelência do *processo legislativo* e o *processo jurisdicional*. Em ambas as tradições, encontramos os dois processos, apesar da predominância de um deles dependendo da tradição. O processo legislativo tem como autoridade competente o Parlamento (Poder Legislativo); o processo legislativo produz as leis (veremos abaixo) e é regulamentado pelo Constituição, por leis e pelos regimentos internos dos Paramentos; no Brasil, o Congresso Nacional, com as duas casas, Senado e Câmara, é o sujeito competente para produzir leis nacionais, as Assembleias Legislativas, no âmbito estadual, e as Câmaras de Vereadores, no âmbito municipal. O processo jurisdicional tem como autoridade competente o Judiciário (Poder Judiciário); o processo é regido pelas leis de processo (Código de Processo Civil, Código de Processo Penal, Lei de Execução Fiscal, etc.) e pelos regimentos internos de cada tribunal; o Supremo Tribunal Federal – STF funciona como órgão de cúpula do

Poder Judiciário e como Corte Constitucional, na outra ponta, temos todos os juízes de primeiro grau.

Podemos notar uma diferença entre os dois processos: o *processo legislativo* criam normas gerais e abstratas que, em princípio, alcançam todas as pessoas; o *processo jurisdicional* produz normas individuais e concretas que, em princípio, alcançam pessoas determinadas. Temos como exemplos, respectivamente, o Código Civil e uma sentença de reconhecimento de paternidade.

O Poder Executivo também é sujeito competente para produzir normas. A Presidência da República pode expedir Medidas Provisórias, os Ministérios podem expedir portarias, a Receita Federal pode publicar Instruções Normativas para regular a declaração de imposto de renda. Por esses exemplos, podemos notar que o Poder Executivo também tem seus processos de positivação de normas. Em sua estrutura, o Presidente da República, como autoridade máxima, é o principal sujeito competente desse Poder, estando nos demais escalões hierárquicos outros sujeitos competentes como os Ministros. Por esses processos gerarem *essencialmente* normas gerais e abstratas, vamos colocar esses processos de positivação do Poder Executivo na classe dos Processos Legislativos.

O Poder Executivo também possuem processos de positivação que geram *essencialmente* normas individuais e concretas. São verdadeiras sentenças administrativas. No campo do Direito Tributário, existe o Conselho Administrativo de Recurso Fiscais – CARF, órgão cuja competência é julgar lides entre o contribuinte e o Fisco Federal. O CARF é um sujeito competente para produzir normas individuais e concretas. São decisões muito parecidas com as do Poder Judiciário. Logo, por esses processos gerarem *essencialmente* normas individuais e concretas, vamos colocar esses processos de positivação do Poder Executivo na classe dos Processos Jurisdicionais.

Em síntese, todos os entes públicos tem competência para produzir normas jurídicas. Além deles, temos mais duas classes de sujeitos competentes.

A vontade dos particulares podem produzir normas, tais como contratos de compra e venda, contratos de aluguéis, os Contratos Sociais das Empresas, os estatutos de clubes, entre outros tipos de acordos entre particulares. Qualquer pessoa que atenda aos requisitos legais pode produzir norma jurídica.

O outro “sujeito competente” seria a sociedade. “Como assim, professor???” pergunta o sagaz aluno. A pergunta tem razão de ser. Incluímos os costumes dentre as fontes formais. O costume nasce no seio da sociedade e é reconhecido pelos entes públicos. Assim, o corpo social é um agente competente para produzir normas jurídicas. Claro, ele sozinho não é capaz disso. É necessário que algum agente estatal dê guarida à determinado costume. Podemos concluir que a soma dos





hábitos sociais com a chancela de um agente público tornam o costume uma fonte do direito.

Fechando este tópico, podemos esquematizar: as fontes materiais diretas agregam dois elementos: a) o sujeito competente para produzir normas; b) esses sujeitos devem seguir alguns procedimentos regulados pelo ordenamento para criar normas válidas; c) como o direito é composto por normas, os processos de positivação são regidos também por normas; d) existem vários sujeitos competentes para criar normas, todos devidamente reconhecidos pelo próprio ordenamento jurídico.

AS FONTES FORMAIS.

Vamos rever nosso esquema:

Fatos sociais (fontes materiais indiretas) > Processo de positivação de normas feita pelos sujeitos competes (fontes materiais diretas) > **Dispositivos legais/textos normativos (fontes formais)** > sujeitos competentes para interpretar os dispositivos legais (fontes materiais diretas) > norma > aplicação da norma.

Até aqui, não diferenciávamos muito claramente os termos “norma”, “fontes formais” e “dispositivos legais”. Norma, fontes formais e dispositivos legais são coisas distintas. Os dispositivos legais são textos encontrados nas fontes formais das quais o interprete irá (re)construir a norma jurídica. Vamos primeiro o que podemos incluir entre as fontes formais. No próximo tópico, vamos aprofundar a distinção entre dispositivos e normas. Sobre fontes formais, escreve Dimitri Dimoulis:

“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.”¹³

As fontes formais são veículos introdutórios de textos/enunciados linguísticos com força normativa. Eles trazem a base para a interpretação do direito e consequente construção das normas. No contexto do direito contemporâneo, o exemplo mais clássico de fonte é a lei. Em sentido amplo, lei

significa legislação¹⁴, o conjunto de enunciados normativos emanados da autoridade estatal, segundo os procedimentos previstos pelo ordenamento jurídico. Também são fontes formais as sentenças dos juízes, os tratados internacionais, os costumes jurídicos, um contrato de compra e venda. Todas essas fontes trazem enunciados linguísticos que, devidamente interpretados, o leitor cria as normas.

As fontes formais são os veículos nos quais os textos e enunciados linguísticos produzidos pelos sujeitos competentes podem ser encontrados. Chamemos esses textos e enunciados encontrados nas fontes de *dispositivos legais*. Vejamos dois exemplos extremos para compreender a diferença entre *fontes formais* e *dispositivos legais*.

Pensando em uma lei como o Código de Defesa do Consumidor – CDC. Ele é uma fonte formal. E comporta por diversos artigos. O CDC como um todo é um grande texto. Se pescarmos um trecho desse grande texto, podemos denominá-lo de dispositivo legal. Pode ser um artigo, um inciso, uma alínea ou um parágrafo. Basta que o texto selecionado possua um sentido. Cada fragmento (artigo, inciso, etc.) é um dispositivo normativo¹⁵ trazido por uma fonte formal do direito chamado CDC (lei). Outro exemplo são os costumes. Mesmo não sendo um texto escrito, eles são enunciados linguísticos (por via oral) que circulam no corpo social. Não é possível demonstrar a clara diferença, mas podemos dizer que existe, dentro da mesma estrutura, a fonte formal e o dispositivo legal.

Notem a sutileza: os dispositivos legais são trazidas pelas fontes formais. Mais adiante, veremos que a interpretação desses dispositivos permite o surgimento das normas. Acreditamos ter ficado mais claro a metáfora das fontes: são fontes formais porque deles emergem os dispositivos que viabilizam a interpretação da qual surgem as normas jurídicas. Mas, quais são essas fontes, esses bebedouros de dispositivos legais?

São fontes formais: a) Legislação (Lei); b) Costumes; c) Princípios gerais do direito; d) Vontades dos Particulares/Autonomia da Vontade/Atos Negociais; e) Jurisprudência e Decisões Judiciais; f) Doutrina.

a) *Legislação (Lei)*.

Se você procurarem nos livros, normalmente será encontrada a expressão *lei*. Contudo, consideramos essa expressão muito polissêmica para permitir um debate científico. Encontramos 4 sentidos para tão breve palavra.

Primeiro, lei como sinônimo de norma. É comum vermos o leigo usar o termo para se referir a qualquer norma jurídica.

14 Vide: NUNES, Rizzato. *Manual de introdução ao estudo do direito*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 115-32.

15 Por questão de estilo, usamos como sinônimos os termos “dispositivo legal”, “dispositivo normativo”, “dispositivo jurídico” ou apenas “dispositivo”.





Este é um sentido pouco útil para nós. Os três sentidos seguintes são importantes.

Lei em sentido amplo ou material seria toda norma capaz de inovar no ordenamento jurídico. Dimitri Dimoulis apresenta quatro requisitos para um texto ser considerado lei: "São escritas; entraram em vigor por decisão das autoridades estatais competentes; 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.¹⁶" Dimitri Dimoulis inclui no conceito da Constituição à lei ordinária, dos tratados internacionais às portarias expedidas por um Ministério; chega a incluir as súmulas vinculantes, o poder normativo da justiça do trabalho e as declarações de inconstitucionalidade. Estas três são emanadas pelo Poder Judiciário, por isso, vamos excluí-las do conceito de lei e incluí-las no tópico da jurisprudência.

Podemos usar a palavra *lei* em dois sentidos mais restritos: lei como todas as fontes produzidas pelo Poder Legislativo; são as fontes descritas no art. 59 da Constituição Federal, que descreve os objetos do processo legislativo. Por questões lógicas, incluímos aqui também a Constituição, por ter sido produzido pelo Poder Constituinte Originário. E, em um universo mais restrito, que Dimitri Dimoulis chama de *lei no sentido estrito ou formal*, temos as leis complementares, as leis ordinárias e as leis delegadas.

Diante disso, consideramos mais apropriados usar o termo Legislação. Dentro dessa palavra podemos incluir qualquer norma que atenda aos quatro requisitos indicados por Dimitri Dimoulis, da Constituição a uma ordem de serviço. Vejamos a lista completa:

1. Constituição Federal;
2. Emendas à Constituição;
3. Tratados Internacionais;
4. Leis complementares;
5. Leis ordinárias;
6. Leis delegadas;
7. Medidas provisórias;
8. Decretos legislativos;
9. Resoluções;
10. Decretos e regulamentos;
11. Instruções;
12. Portarias, circulares, ordens de serviço.

Doutrinadores como Dimitri Dimoulis incluem nessa lista as súmulas vinculantes, o poder normativo da justiça do trabalho e as declarações de inconstitucionalidade por terem um caráter geral. Mas, preferimos incluí-las na classe da jurisprudência.

A Constituição Federal é produzida pelo Poder Constituinte Originário. É a norma máxima do ordenamento jurídico; todas as normas devem respeito a ela. Ela estabelece regras básicas de organização do estado, do processo de criação de normas, a separação de Poderes, direitos fundamentais, enfim, as linhas básicas do ordenamento jurídico e do Estado. Por curiosidade, vejam a definição do constitucionalista José Afonso da Silva:

“A constituição do Estado, considerada sua lei fundamental, seria, então, a organização dos seus elementos essenciais: um sistema de normas jurídicas, escritas ou costumeiras, que regula a forma do Estado, a forma de seu governo, o modo de aquisição e o exercício do poder, o estabelecimento de seus órgãos, os limites de sua ação, os direitos fundamentais do homem e as respectivas garantias. Em síntese, a constituição é o conjunto de normas que organiza os elementos constitutivos do Estado.”¹⁷

Segundo o art. 59 da Constituição Federal, o Processo Legislativo é formado pelas seguintes normas: “I - emendas à Constituição; II - leis complementares; III - leis ordinárias; IV - leis delegadas; V - medidas provisórias; VI - decretos legislativos; VII - resoluções.” Em maior ou menor grau, essas fontes normativas possuem generalidade e abstração. Cada uma delas um processo de formação específico. Todas elas são de competência do Poder Legislativo.

Os Tratados Internacionais são fontes originadas no direito internacional através de acordos entre diversos países. Eles são incorporados ao direito brasileiro mediante edição de lei ou de processo equivalente a emenda constitucional.

Os decretos e regulamentos são editados pelo Presidente da República com a finalidade de pormenorizar as disposições de leis superiores; exemplo, o Regulamento do Imposto sobre a Renda que esclarece e pormenoriza diversos aspectos da lei do imposto. As instruções normativas são os textos emitidos pelos Ministros de Estado para regulamentar a execução de leis, decretos e regulamentos. Já as portarias, as circulares e as ordens de serviço são normas criadas pelas diversas autoridades do Poder Executivo.

Para registrar: leis advindas de outros sistemas jurídicos podem ser aplicadas no Brasil, caso a nossa legislação assim aceite. O

17 SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, pp. 37-8.





art. 14 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB¹⁸ prescreve: “não conhecendo a lei estrangeira, poderá o juiz exigir de quem a invoca prova do texto e da vigência.” O dispositivo confirma a permissão para o juiz acatar e aplicar, quando provada, legislação estrangeira.

Todas essas normas, em maior ou menor grau, possuem os quatro elementos descritos por Dimitri. São escritas, o que revela a racionalidade da lei no Direito contemporâneo. São atos de poder, postas por uma autoridade estatal. São formadas conforme procedimentos fixados em leis superiores. Pretendem regular as relações sociais, em diversos graus de abstração e generalidade. São o símbolo máximo da racionalidade jurídica.

b) Costumes.

Não é qualquer costume que pode ser considerado jurídico. O direito entende por costume algo “decorrente da prática reiterada de certo ato com a convicção de sua necessidade jurídica, forma que predominou até a lei escrita.”¹⁹ Não se confundem com as regras do trato social. Estas envolvem questões de menor profundidade, muitas vezes regulando minúcias do cotidiano que, se desrespeitadas, não causam maiores transtornos. A doutrina entende que um costume se torna jurídico quando atende dois requisitos:

- Elemento *objetivo* ou *social*: a repetição habitual de certo comportamento por um período de tempo;
- Elemento *subjetivo*: a consciência social de que determinado comportamento é obrigatório, juridicamente vinculante e necessário.

Sendo assim, os costumes jurídicos não podem ser confundidos com normas morais ou do trato social. Em nossa perspectiva, nem todas as normas sociais são costumes jurídicos, mas todos os costumes jurídicos acabam sendo normas do trato social.

Os costumes são distintos da legislação. Quanto à origem, a legislação tem sua gênese clara, facilmente identificável. Os costumes têm seu nascimento difuso, com reconhecimento posterior pelo sistema jurídico. Outra distinção é a extensão ou âmbito de eficácia. Alega-se que a legislação possui um alcance amplo e genérico; os costumes seriam particulares atendendo à certos grupos. Não concordamos com essa ideia, pois os costumes também podem alcançar todos os estratos sociais.

18 Este é o Decreto-lei n.º 4.657/1942. Era denominada de “Lei de Introdução ao Código Civil – LICC”. Com a Lei 12.376/2010, seu nome foi alterado para Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB. O novo nome nos parece mais apropriado.

19 DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001, pp. 298-9.

Outra diferença é a forma de elaboração. A legislação segue um rito rígido e claramente definido. Os costumes surgem no seio social de maneira difusa. O que possui algum protocolo é a forma como o sistema jurídico o reconhece como norma. Sim!, porque por mais que as pessoas considerem um costume específico como obrigatório, ele somente será jurídico quando alguma autoridade estatal o reconhecer como tal.

Entendemos que essa chancela deve se dar por meio de decisões judiciais. Quando a legislação reconhece um costume, temos sua legalização e não o reconhecimento do costume como uma fonte formal. Se uma lei é elaborada com base em um costume, eles funcionam como fontes materiais indiretas. Para que um costume seja visto como fonte formal, apenas por decisão judicial. Imaginem um tribunal administrativo como o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE adotando um costume no campo comercial, ou um Tribunal de Justiça reconhecendo um costume no campo do consumidor. Muitas vezes a lei determina que algo seja praticado conforme os costumes do local; em outros casos, o costume auxilia na interpretação da norma. Não devemos confundir isso com a legalização de um costume determinado, mas como o reconhecimento dos costumes como fonte formal. A art. 4º da LINDB deixa claro esse reconhecimento: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.” Se não há uma regra, o juiz pode recorrer aos costumes.

Um exemplo clássico de costumes é o cheque pré-datado. Na época da hiperinflação, nas décadas de 1980 e 1990, o comércio começou a aceitar cheques para pagamentos futuros, apesar de ser um título para pagamento à vista. O judiciário começou a aceitar esses acordos. Até que uma portaria do Banco Central regulou o tema. O problema deste exemplo – que é um problema dos costumes – é saber se esse cheque é um costume ou apenas uma modalidade atípica de contrato bastante difundida.

A utilização dos costumes é mais fácil nos ramos do direito privado. No direito público, em vista do princípio da legalidade, é dificultoso o uso desse recurso. Em direito tributário, por exemplo, é impensável o costume produtor de um tributo.

Confrontados com a legislação, dos costumes podem ser:

➤ *Secundum legem*: a lei autoriza a utilização dos costumes. O sistema prevê que a questão será regulada pelo costume local. Vejam o exemplo do Código Civil, sobre o direito de vizinhança:

“Art. 1.297. O proprietário tem direito a cercar, murar, valar ou tapar de qualquer modo o seu prédio, urbano ou rural, e pode constranger o seu confinante a proceder com ele à demarcação entre os dois prédios, a aviventar rumos apagados e a renovar marcos destruídos ou aruinados, repartindo-se proporcionalmente en-





tre os interessados as respectivas despesas.”

“§ 1º Os intervalos, muros, cercas e os tapumes divisórios, tais como sebes vivas, cercas de arame ou de madeira, valas ou banquetas, presumem-se, até prova em contrário, pertencer a ambos os proprietários confinantes, sendo estes obrigados, de conformidade com os costumes da localidade, a concorrer, em partes iguais, para as despesas de sua construção e conservação.”

➤ *Praeter legem*: o costume é subsidiário, quando há uma lacuna, uma ausência de regras. Após o esgotamento das diversas normas escritas, recorre-se ao sistema. O art. 4º da LINDB é sua porta de entrada.

➤ *Contra legem*: eles não podem ser acolhidos pelo sistema porque falam o oposto ao descrito na norma escrita. Adotá-lo seria violação da lei.

Devemos observar que em país de tradição consuetudinária, como a Inglaterra (*commom law*), os costumes terão uma força vinculante maior do que em países de tradição romana, como o Brasil (*civil law*), onde a lei escrita prevalece. Nos de tradição consuetudinários, os costumes devem ser abraçadas pela jurisprudência, tornando-se precedentes judiciais. Ademais, nesses países, a lei escrita vem ganhando espaço, em vista da segurança jurídica.²⁰ Onde o direito positivo prevalece, os costumes figuram como fonte supletiva, para sanar alguma lacuna legal ou auxiliar na interpretação da lei.

c) Princípios gerais do direito.

Dimitri Dimoulis classifica os princípios gerais do direito como fontes formais diretas *não escritas*. Contudo, dependendo da concepção que se adota, podemos falar que ele se encontra na lei ou em um plano supra-positivo.

A ideia de “princípios gerais do direito” possui forte ligação com uma tradição jusnaturalista, que os coloca acima do direito. Seriam regramentos eternos, universais, imutáveis, aplicáveis a todos os sujeitos. Nesta concepção, são fontes não escritas, alcançadas pela racionalidade humana, e não pela leitura de textos legais.

É neste sentido que o art. 4º da LINDB fala. Omissa a lei, se nem a analogia e nem os costumes oferecerem solução, o juiz recorre aos princípios gerais do direito. Dimitir Dimoulis²¹ indica duas características: a) *abstratos e genéricos*: não são claramente identificados, alguns autores tentam identificá-los com os antigos preceitos do direito romano²²; b) *colisão entre princípios*: por serem abstratos e terem alta carga valorativa, princípios contraditórios podem entrar em choque.

20 *Vide*: NADER, P. *Introdução ao estudo do direito*. 22ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, pp. 150-2.

21 DIMOULIS, D. *Ob. Cit.*, pp. 187-8.

22 Cf FERRAZ JR, Tércio Sampaio. *Ob. Cit.*, pp. 242-4.

Autores de certa corrente positivista²³ entendem que os princípios estão incluídos na lei, seja de forma explícita nos textos legais seja implícita – resultantes da pura interpretação. Para autores como Ronald Dworkin e Robert Alexy a Constituição é fonte dos princípios jurídicos. Apesar de comumente se confundirem esses princípios com os princípios gerais do direito descritos pelo art. 4º da LINDB, entendemos que são entendimentos distintos.

Pela primeira tradição, princípios gerais do direito seriam frutos da racionalidade jurídica, estariam acima dos ordenamentos. Já por uma interpretação neoconstitucionalista, os princípios decorreriam do texto da Constituição. Eles fariam parte do sistema jurídico, estariam no interior do direito. Há divergência acerca do que os positivistas entendem por princípios e suas funções.²⁴ Contudo, é predominante hoje o entendimento de que os princípios são normas de nível constitucional construídas pelo interprete.

Discute-se a persistência do art. 4º da LINDB. Afinal, se os direitos são normas constitucionais, eles estão inseridos na principal fonte jurídica, a legislação, no caso, na lei mais importante, a Constituição.

Poderíamos concluir este tópico buscando distinguir *princípios* (como espécies normas) dos *princípios gerais do direito*. Aqueles seriam extraídos dos dispositivos presentes na Constituição (legislação); estes seriam fruto da racionalidade do interprete, uma fonte localizada fora do sistema jurídico. Os *princípios* seriam positivados; os *princípios gerais do direito* teriam por base o direito natural. Princípios seriam fontes formais diretas; princípios gerais do direito seriam fontes formais indiretas.

d) Vontades dos Particulares/Autonomia da Vontade/Atos Negociais.

Os ordenamentos jurídicos tendem a reconhecer a ação dos particulares (pessoas físicas ou jurídicas) para a produção de normas jurídicas. Pode ser o contrato de compra e venda de imóveis, uma simples compra no supermercado, a assinatura do contrato social de uma empresa, o contrato de um casamento ou o estatuto de um clube esportivo. Em todos os casos, temos sujeitos competentes produzindo documentos legais mediante procedimentos especificados ou não em lei.

O casamento ou a compra e venda de imóveis são contratos com procedimentos previstos na lei civil. O estatuto de um clube ou o contrato social de uma empresa devem ser registrados. A compra e venda de bens de consumo dispensa formalidades. Em todos os casos, as pessoas criam normas individuais e concretas. Tomem o contrato de compra e

23 Podemos denominar, genericamente, essa corrente de *neoconstitucionalismo*. Em parte, nos filiamos a essa corrente. Não concordamos com a denominação *pós-positivismo*, pois tais correntes são positivistas.

24 Esta unidade possui uma lição inteiramente dedicada ao tema.





venda de imóveis: na formulação do contrato, aplicam-se diversas normas gerais e abstratas. O resultado dessas tratativas é um documento chamado contrato de compra e venda de imóveis. É um documento normativo, uma fonte formal da qual retiramos normas individuais e concretas cujo efeito prático é a troca de propriedade de um imóvel. Sobre os denominados atos negociais, Miguel Reale ensina:

“Essa espécie de normas resulta do fato de que, qualquer que seja o ordenamento jurídico vigente, será sempre necessário reconhecer, pela natureza mesma das coisas, que o homem é um ser capaz de direitos e obrigações e, notadamente, com o poder de estipular negócios para a realização de fins lícitos, graças a acordo de vontades.”²⁵

Esses atos negociais são fundados na *autonomia da vontade*. Preferimos este termo por ser mais abrangente, ou ainda, o termo *poder negocial*. A autonomia da vontade é a liberdade de alguém agir ou se omitir, dentro dos limites legais. Dimitri Dimoulis identifica duas importantes diferenças entre o poder negocial e as demais fontes formais:

“(...) 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. (...) 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.”²⁶

e) Jurisprudência e Decisões Judiciais.

Vamos falar de três dimensões da atuação da jurisdição: as decisões judiciais isoladamente; a jurisprudência; enunciados de caráter abstrato. Nos três casos, estamos falando das decisões dos Tribunais.

O Judiciário deve solucionar conflitos específicos. Todos têm direito de ir aos tribunais pedir por uma solução. Os juízes devem interpretar os dispositivos presentes nas fontes, encontrar as normas e decidir. A decisão pode ser chamada de sentença (decisão de um juiz isolado) ou de acórdão (decisão colegiada de juízes). Elas são aplicações de normas gerais e abstratas a casos particulares. A sentença ou o acórdão são fontes formais, pois são textos legais que carregam dispositivos que, quando interpretados, encontramos as normas individuais e concretas. Elas regulam casos particulares. Mesmo uma decisão do STF, em princípio, alcança apenas as partes.

25 REALE, M. *Ob. Cit.*, p. 179.

26 DIMITRI, D. *Ob. Cit.*, p. 190.

Diferente das leis, que obrigam uma quantidade indeterminada de sujeitos, as decisões judiciais vinculam apenas as partes do processo. Elas não obrigam outros julgadores a decidirem do mesmo modo. O Legislador possui grande discricionariedade ao redigir as leis. O julgador está limitado pelas normas produzidas pelos demais poderes. Apenas quando não há na legislação norma clara para decidir um caso, o sistema oferece caminhos para o juiz decidir o caso.

A jurisprudência é a reiteração de decisões uniformes dos tribunais. Podemos falar de jurisprudência considerando todo o Poder Judiciário, ou considerando apenas determinado escalão (ex.: a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Pará). Segundo Miguel Reale, a jurisprudência "(...) não se forma através de uma ou três sentenças, mas exige uma série de julgados que guardem, entre si, uma linha essencial de continuidade e coerência."²⁷

O acúmulo de decisões similares provoca o nascimento de uma jurisprudência. Uma decisão isolada que divirja das demais é um *precedente* que pode ou não virar jurisprudência. Existem jurisprudências que se mantêm por anos, outras que demoram a se consolidar. Podemos ter duas linhas decisões disputando a prevalência

Paulo Nader a inclui como fonte formal indireta, porque seria apenas um auxílio na interpretação das leis. No entanto, a jurisprudência não se reduz a um auxiliar da interpretação. Ela é interpretação! É o conjunto de decisões isoladas que a forma; essas decisões isoladas possuem força coercitiva estatal garantindo sua aplicação ao caso concreto. Ora, como não ser considerada fonte direta?

Sem dúvida, a forma como a doutrina coloca, entendemos, inapropriada. A jurisprudência é essencialmente a interpretação dos Tribunais acerca do direito. Em um segundo momento, quando o operador do direito ou o cientista interpreta as normas, eles podem se utilizar da jurisprudência como auxiliar na sua interpretação. É comum que o juiz busque seguir o entendimento de uma jurisprudência consolidada. Pode, inclusive, optar por decidir igualmente a uma decisão isolada tomada por um tribunal superior. O juiz não precisa esperar a um entendimento se consolide. Afinal, ao aplicar um entendimento isolado contribui para a formação da jurisprudência.

As decisões judiciais, isoladas ou como jurisprudência, completam o sistema. Se o ordenamento dependesse apenas das fontes anteriormente citadas, ele seria incompleto. É a decisão judicial que fecha o sistema.

Dentre as decisões judiciais, temos três peculiaridades.

As declarações de inconstitucionalidade em controle concentrado e abstrato são decisões tomadas pelo STF. Elas podem retirar uma fonte do sistema jurídico, ou determinar quais interpretações podem ser feitas para que





essa fonte seja constitucional. É o caso de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade que declarou inconstitucional. São decisões que, isoladamente, produzem eficácia contra todas – todas as pessoas devem respeitá-la – e efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública – esses sujeitos devem seguir o entendimento; apenas não estão vinculados o Poder Legislativo, que pode votar outra lei, e o STF, que pode decidir de maneira diversa em futuros casos. Logo, temos uma decisão isolada que pode colocar abaixo uma jurisprudência consolidada.

O poder normativo da Justiça do Trabalho permite que ela, em caso de fracasso de negociações coletivas e da arbitragem entre patrão e empregado, elabora sentença de caráter regulamentar. É literalmente uma sentença com estrutura de uma lei.

O sistema jurídico busca estabelecer mecanismos para encurtar a consolidação da jurisprudência. Um mecanismo forte é a súmula. São enunciados linguísticos que representam uma linha decisória de um determinado tribunal. Elas formalizam as teses adotadas pelo órgão. São emitidas pelos Tribunais (órgão de segundo grau ou superiores). Um juiz singular não pode emití-las. As mais famosas são as emitidas pelo STF e demais tribunais superiores (STJ, TST, TSE, STM). Nenhum julgador é obrigado a seguir uma súmula, contudo, é comum a sua adoção.

Com a Emenda Constitucional 45 de 2004, criou-se a Súmula Vinculante. É uma súmula editada pelo STF que deve ser obrigatoriamente aplicada pelos demais órgãos do Judiciário. Foi um mecanismo para diminuir a quantidade de recursos ao STF.

f) Doutrina.

A doutrina é o resultado das pesquisas desenvolvidas no âmbito da Ciência do Direito. Não há, do nosso ponto de vista, como considerá-la uma fonte, ainda que indireta. Primeiro, a Ciência do Direito não tem força coercitiva; é produto do labor científico. Caso contrário, qualquer teoria teria força vinculante. Segundo, porque a Ciência é um olhar de fora do direito. Não pertence às estruturas de poder.

Escreveu Paulo de Barros Carvalho: "A doutrina não é fonte do direito positivo. Seu discurso descritivo não altera a natureza prescritiva do direito. Ajuda a compreendê-lo, entretanto não o modifica."²⁸ Na Roma Antiga, os jurisconsultos tinham força para tornar a doutrina vinculante. Atualmente, é majoritário o entendimento de que doutrina não é fonte do direito.

28 CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p.56

Como referência ao nosso sistema jurídico, consideramos fontes formais do direito: a) Legislação (Lei); b) Costumes; c) Princípios gerais do direito; d) Vontades dos Particulares/Autonomia da Vontade/Atos Negociais; e) Jurisprudência e Decisões Judiciais;

Os costumes e os princípios gerais do direito são fontes supletivas²⁹. Quando falamos apenas em *princípios*, eles são normas que podem ser extraídas da Constituição, a maior lei de um ordenamento. Não consideramos a doutrina (Ciência do direito) como fonte do direito.

DIREITO E LINGUAGEM: DISPOSITIVOS E NORMAS

Expostos os conceitos sujeitos competentes, de processos de positivação, de fontes formais e de termos pincelado o conceito de dispositivos, vamos nos deter no conceito de norma. Iremos aprofundar o conceito de dispositivo legal. Apenas para refrescar a cabeça, vejamos novamente nosso esqueminha:

Fatos sociais (fontes materiais indiretas) > Processo de positivação de normas feita pelos sujeitos competes (fontes materiais diretas) > Dispositivos legais/textos normativos (fontes formais) > sujeitos competentes para interpretar os dispositivos legais (fontes materiais diretas) > **norma** > aplicação da norma.

Na lição anterior, tivemos uma abordagem zetética, buscando uma justificação extrajurídica para as normas. Elas são postas e garantidas pela maior autoridade em determinado território com a finalidade de regular as relações sociais. Vejamos, agora, um conceito mais dogmático de norma jurídica. Na dogmática, não precisamos fazer considerações extrajurídicas para verificar se um ordenamento é ou não jurídico. Sua natureza é pressuposta. Como base, iremos utilizar o conceito traçado por Dimitri Dimoulis:

“Norma jurídica é uma proposição de linguagem incluída nas fontes do direito válidas em determinado espaço (texto de norma); seu significado é fixado pela interpretação jurídica; a norma jurídica regulamenta o comportamento social de forma imperativa, estabelecendo proibições, obrigações e permissões. Na maioria dos casos, o descumprimento da norma está associada a sanções negativas.”³⁰

Primeiro, as normas jurídicas são proposições de linguagem. Proposições podem ser entendidas como enunciados, construções em língua portuguesa cujo significado pode ser

29 Se for nos países de tradição do *commom Law* os costumes se tornam fonte direta de primeira grandeza.

30 DIMOULIS, D. *Ob. Cit.*, p. 102. (*grifos nossos*)





compreendido pelos destinatários. Exemplos: "homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição" (inciso I do art. 5º da CF); ou, "segundo a Constituição brasileira, homens e mulheres devem ser tratados com igualdade de direitos e obrigações". São enunciados com sentido na língua portuguesa. Construções como "a advogado 14 B vermelho papel" não possui um sentido na língua portuguesa no contexto de um discurso racional como o jurídico – talvez, a frase tenha valor na linguagem poética. Os enunciados jurídicos (sejam normas ou dispositivos) devem ter um sentido racional em língua portuguesa.

Tendo em mente que fontes, dispositivos e normas são coisas distintas e interligadas, podemos dizer que nas *fontes formais* encontramos o texto normativo (os artigos, incisos, alíneas, parágrafos) chamados de dispositivos. É da interpretação desses dispositivos que se constrói a norma jurídica. De forma direta, podemos diferenciar o texto e norma assim:

- ⇒ Dispositivo legal: é um texto normativo encontrado nas fontes formais, independente de serem escritas ou orais. São, simplesmente, os textos produzidos pelas autoridades competentes. Exemplos: os artigos, incisos, alíneas e parágrafos da Constituição ou de qualquer outra lei; de uma sentença ou de um contrato e compra e venda. Os costumes como dispositivos não escritos. Mas, claro, estamos ampliando esse entendimento.
- ⇒ Norma: é o resultado da interpretação desses dispositivos legais.

Riccardo Guastini diferencia assim os conceitos: "(1) chamo 'dispositivo' qualquer enunciado que faça parte de um documento normativo, ou seja, qualquer enunciado do discurso das fontes; (2) chamo 'norma' todo enunciado que constitua o sentido ou significado atribuído (por qualquer um) e uma disposição (ou a um fragmento de disposição, ou a uma combinação de disposições, ou a uma combinação de fragmentos de disposições) (...) disposição é (parte de) um texto ainda por ser interpretado; a norma é (parte de) um texto interpretado."³¹

Humberto Ávila fornece explicação clara:

"Normas não são texto nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos. Daí se afirmar que os dispositivos se constituem no objeto da interpretação; e as normas, no resultado. O importante é que não existe correspondência entre norma e dispositivo, no sentido de que sempre que houver um dispositivo haverá uma norma, ou sempre que houver uma norma

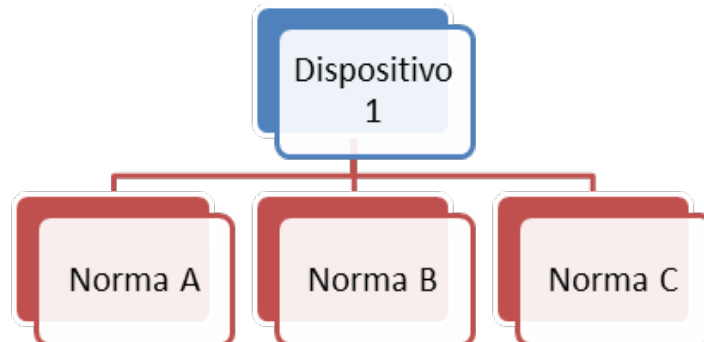
31 GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. (Trad. Edson Bini). São Paulo: Quartier Latin, 2005, pp. 25-6.

deverá haver um dispositivo que lhe sirva de suporte.³²

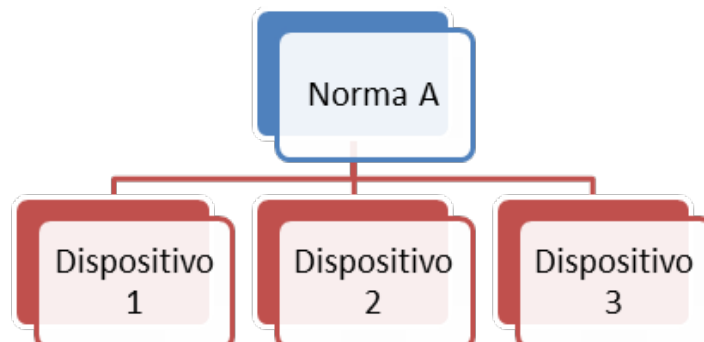
Voltando ao nosso esqueminha, percebemos que o sujeito competente além de produzir as fontes formais, irá interpretá-las, gerando normas. O legislador irá interpretar a Constituição para poder criar novas normas (uma lei complementar, por exemplo). Se um processo judicial iniciar envolvendo essa nova lei, caberá ao juiz interpretá-la, identificar normas gerais e abstratas a serem aplicadas ao caso concreto. Esta aplicação consiste na formulação de normas individuais e concretas, que serão traduzidas em outra fonte formal, a sentença. Ao ler a sentença, o advogado irá identificar essas normas individuais e concretas.

Como norma é interpretação, ela pode ser baseada em um único dispositivo (como em um inciso apenas) ou de vários dispositivos (arts. 1º, 2º e 3º da CF geram uma norma, por exemplo). Visualmente, podemos traduzir da seguinte maneira:

De 1 dispositivo tiramos várias normas:



De vários dispositivos tiramos 1 norma:



De 1 dispositivo tiramos 1 norma

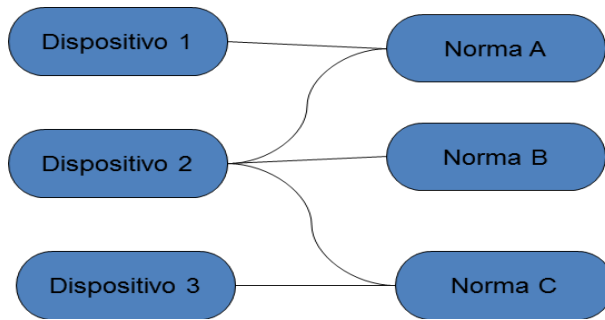


32 ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 30.





De vários dispositivos extraímos várias normas:



Em nossa disciplina, sempre que possível, vamos priorizar o termo *fonte formais* para nos referirmos aos meios introdutórios de textos normativos (leis, medidas provisórias, etc.), o termo *dispositivo* para nos referirmos aos textos trazidos pelas fontes do direito (artigos, parágrafos, alíneas, incisos). O termo *norma* será usado de duas maneiras: a) em um sentido mais técnico-dogmático, como resultado da interpretação dos dispositivos; b) em um sentido mais geral, como as ordens emitidas pelos sujeitos competentes, para regular as relações entre as pessoas.

CLASSIFICAÇÕES:

Vamos apontar algumas classificações das fontes formais/dispositivos/normas. Vamos usar a palavra norma de maneira genérica, abrangendo as três dimensões.

Sempre é bom deixar claro que as classificações não são verdadeiras ou falsa, mas úteis ou inúteis para determinado fim. Contudo, uma classificação pode ser errada se não seguir os as regras lógicas.

a) Quanto à hierarquia:

Como o sistema jurídico possui diversos escalonamentos, podemos dividi-lo em diversas camadas. O critério aqui adotado é a constituição. Assim, temos dois tipos de normas: a) normas constitucionais; b) normas infraconstitucionais. Simples: a primeira classe agrega a Constituição Federal e suas emendas; na segunda, temos as demais normas.

b) Quanto ao conteúdo

As normas tratam de diversos temas. Logo, podemos ter várias classificações conforme o recorte feito. Aqui, tomamos como pauta se elas regulam relações pessoais ou relações processuais. Assim, temos: normas substantivas: tratam de direitos subjetivos dos sujeitos, das relações entre as pessoas; b) normas processuais: regulam os processos de acesso ao judiciário.

c) Quanto à aplicabilidade:

Considerando a forma de incidência da norma, podemos falar em: a) normas autoaplicáveis, que não dependem de outras normas para serem aplicadas; b) normas não autoaplicáveis:

elas demandam outras normas para funcionarem plenamente, como um decreto, um regulamento ou uma portaria. Esta última classe, se observarmos a fonte como um todo, pode ser dividida entre fontes que só são aplicadas depois de reguladas e aquelas que alguns de seus dispositivos ficam sem aplicação, aguardando regulamentação, enquanto outros dispositivos são aplicados imediatamente.

d) Quanto à sistematização:

É uma classificação tradicional, mas não correta, ao menos na forma que Rizzato Nunes coloca: a) constitucionais; b) codificadas; c) esparsas ou extravagantes; d) consolidadas. Rizzato Nunes descreve assim:

“Definem-se como normas constitucionais as que, dispostas num único corpo legislado, são postas por um poder constituinte (...). Normas codificadas são as que constituem um todo orgânico de normas relativas a certo ramo do Direito e são fixadas numa única lei. (...) Esparsas ou extravagantes são aquelas editadas isoladamente para tratar de temas específicos. (...) Consolidadas são as que resultaram da reunião de uma série de leis esparsas que tratavam de determinado assunto, o qual era por elas amplamente regulado.”³³

Há dois problemas nessa classificação. Corretamente observada, essa classificação se limita a uma categoria específica das fontes formais: a legislação. Não é uma classificação das normas, no sentido dogmático estabelecido aqui. Outro problema é a colocar a constituição em uma classe específica. Ora, a Constituição é organicamente tanto quanto o Código Civil. Em nosso entender, há apenas três classes: a) codificadas: Código Civil, Código Penal, Constituição; b) esparsas ou extravagantes: lei de execução fiscal, lei do inquilinato; d) consolidadas: Consolidação das Leis Trabalhistas – CLT.

e) Quanto à obrigatoriedade:

Nas primeiras lições estudamos que o direito pode ser público ou privado. Levando isto em conta, as normas podem ser divididas em: a) normas de direito público; b) normas de direito privado.

f) Quanto à esfera do Poder Público de que emanam

Este critério leva em consideração o fato de o Brasil se constituir em uma Federação, dividida em três níveis. Dependendo do qual emana, temos normas: a) federais; b) estaduais; c) municipais; d) distritais (emanadas pelo Distrito Federal).

