

© 1987 by EDITORA ATLAS S.A.

1. ed. 1988; 2. ed. 1994; 3. ed. 2001; 2ª tiragem
ISBN 85-224-2759-3

Foto da capa: Agência Keystone
Composição: Lino-Jato Editoração Gráfica

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

Ferraz Junior, Tercio Sampaio,

Introdução ao estudo de direito : técnica, decisão, dominação / Tercio Sampaio Ferraz Junior. – 3. ed. – São Paulo : Atlas, 2001.

Bibliografia.

ISBN 85-224-2759-3

1. Direito 2. Direito – Estudo e ensino I. Título.

93-3637

CDU-340.11

Índice para catálogo sistemático:

1. Direito : Introdução 340.11

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS – É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio. A violação dos direitos de autor (Lei nº 9.610/98) é crime estabelecido pelo artigo 184 do Código Penal.

Depósito legal na Biblioteca Nacional conforme Decreto nº 1.825, de 20 de dezembro de 1907.

Cód.: 0505 50 067

Impresso no Brasil/Printed in Brazil

a historicidade do fenômeno jurídico etc. Como sua base é tópica (de *topoi*, lugares comuns), a teoria não tem um acabamento rigorosamente lógico. Os lugares comuns são apenas fórmulas de procura e orientação do raciocínio, que se explicitam em função dos problemas de decidibilidade.

Entre estes lugares comuns devem-se mencionar, como uma espécie de princípio orientador geral para a organização dos demais, os valores liberais da segurança e da certeza. A partir desse critério, podemos entender que a dogmática proponha classificações das fontes com base no grau maior ou menor de objetividade de que gozem as normas em face de sua origem e modo de formação. Nesse contexto, as fontes estatais aparecem em primeiro lugar, por sua formalidade e formulação revestida de autoridade geral e reconhecida institucionalmente. Em seguida, aparecem as fontes menos objetivas, de menor grau de certeza e segurança, como os costumes e a jurisprudência. Por fim, as fontes negociais, próprias da atividade privada, por natureza múltipla e particularizada, variável de situação para situação, que são fontes de baixo grau de certeza e segurança, por sua subjetividade acentuada, como é o caso também da própria doutrina, dos sentimentos de justiça e equidade (cf. Ross, 1970:75).

Para operar essas classificações, a dogmática vale-se de conceitos técnicos que ela elabora a partir da própria tradição jurídica. São as noções de legislação, administração, jurisdição, direito consuetudinário, negócio jurídico etc. Descrevê-los e operacionalizá-los, discriminar as normas que têm ali seu modo de formação é, então, o objeto da teoria dogmática das fontes do direito.

4.3.3.1 LEGISLAÇÃO

Na dogmática analítica contemporânea, tem relevância especial, no que concerne às fontes, a noção de *legislação*. Isso ocorre sobretudo no direito de origem romanística, como é o caso do direito europeu continental e dos países latino-americanos de modo geral. Legislação, lato sensu, é modo de formação de normas jurídicas por meio de atos competentes. Esses atos são sancionadores no sentido de estabelecadores de normas soberanas (veja a expressão: a lei foi sancionada pelo Presidente da República). Sendo a sanção um exercício de competência, a legislação é fonte de inúmeras normas que requerem procedimentos regulados por outras normas que, por sua vez, são também produto de atos competentes. Essa regressão tem um fim: a primeira competência estabelecida conforme normas primeiras, as normas constitucionais. Ou seja, o reconhecimento da legislação como fonte de direito baseia-se necessariamente numa hipótese racionalizadora: um ato fundante que produz um conjunto de normas primárias, a Constituição.

4.3.3.1.1 Constituição

O conceito de Constituição, porém, é controvertido (cf. Ferraz Jr., 1986b:6-11).

Entendemos usualmente por *Constituição* a lei fundamental de um país, que contém normas respeitantes à organização básica do Estado, ao reconhecimento e à garantia dos direitos fundamentais do ser humano e do cidadão, às formas, aos limites e às competências do exercício do Poder Público (legislar, julgar, governar).

Em primeiro lugar, vejamos a expressão *lei fundamental*. A idéia que nos surge inicialmente é a de *fundamento*, portanto de uma lei primeira, que contém normas básicas. Básicas em que sentido? Ora, se falamos em lei fundamental, as normas básicas devem dizer respeito a como e por quem vão ser feitas outras normas. Ou seja, existe toda uma corrente jurídica que diz que uma Constituição deve, principalmente, conter normas chamadas secundárias, posto que são normas que dizem respeito à elaboração de outras. Há quem diga, no entanto, que a Constituição deve conter também normas de obrigação, ou seja, normas que determinam imediatamente um comportamento e não apenas a competência para a elaboração de normas sobre o comportamento. Perceba a diferença. Uma coisa é dizer que é obrigatório o respeito à liberdade do cidadão em movimentar-se por todo o território nacional. Essa é uma norma que tem o que se chamaria de uma repercussão imediata sobre a conduta. Outra coisa são as normas (secundárias) que dizem quem é competente para elaborar normas que proibam o desrespeito à liberdade de ir e vir.

A prática nos mostra que as constituições têm os dois tipos de normas; elas têm algumas normas que determinam como outras serão feitas, em que limites e por meio de que processo, mas contêm normas que repercutem imediatamente sobre a conduta.

Isso faz com que surja, numa teoria constitucional, uma classificação no conceito de Constituição, classificação essa que não é muito clara entre os constitucionalistas, mas que um deles, Kelsen (1960, v. 5:35), vê do seguinte modo: a constituição é a lei fundamental, é a primeira lei posta, é a primeira lei do Estado; mas existe Constituição no sentido *material* e Constituição no sentido *formal*. A Constituição no sentido material é aquele conjunto de normas que são constitucionais por sua matéria, por sua matéria específica. E qual é a matéria específica da Constituição? A matéria específica de uma Constituição é dizer como devem ser feitas todas as leis (as normas gerais). Isto é, Constituição no sentido material é um conjunto de normas que são constitucionais, por sua natureza: normas básicas para a elaboração de outras normas gerais. No entanto, há Constituição no sentido formal, pois existem as normas que já disciplinam certos comportamentos imediatamente.

Para essas normas, deveremos então dizer que elas são constitucionais, não por sua matéria, mas por sua forma. Isto é, elas são constitucionais não porque sua matéria seja estritamente constitucional, mas porque elas estão submetidas a certas formalidades de elaboração e de alteração. Assim, toda e qualquer norma que estiver submetida a um processo específico de produção e/ou alteração, disciplinado por outras normas constitucionais (quórum especial) passa a ser constitucional pela forma. Em tese, podemos tomar de uma matéria de ordem urbanística, por exemplo, um dispositivo que proíba a construção de prédios acima de determinado número de andares na orla marítima de uma cidade, e colocá-la dentro da Constituição. A matéria é até de disposição por norma municipal, mas, estando na Constituição, só pode ser alterada segundo certas normas da própria Constituição. Estritamente falando, não é matéria constitucional, é matéria administrativa. No entanto, passa a ser constitucional pela forma.

Essa é a distinção que Kelsen propõe. Contudo, não há muito acordo entre os constitucionalistas sobre o conteúdo dessa distinção. Há alguns que invertem até os termos da relação. Uns chamam de constituição no sentido formal o que Kelsen chama de constituição no sentido material e vice-versa. A formulação de Kelsen, no entanto, parece bastante clara didaticamente. Fiquemos, pois, com ela, pelo menos como um ponto de partida.

Este é, pois, o primeiro aspecto a ressaltar num entendimento preliminar sobre Constituição. Refere-se à lei fundamental como um conjunto de normas básicas. Outra questão diz respeito ao *caráter fundamental e supremo* da Constituição.

Nesses termos, é importante distinguir entre um sentido sociológico, político e jurídico de Constituição. Embora entremeados na prática, esses três sentidos ajudam-nos a entender algumas das polêmicas em torno do processo formador do direito e, conseqüentemente, de suas fontes.

Começemos com o enfoque sociológico (cf. Lassale, 1946). Em conformidade com ele, a Constituição de um país é, em essência, a soma dos fatores reais do poder que regem esse país, e esses fatores reais do poder constituem a força ativa e eficaz que forma todas as leis e instituições jurídicas da sociedade em questão, fazendo com que não possam ser, em substância, mais que tal e como são. Numa formulação mais simples, o que estamos dizendo com isso é que uma Constituição manifesta a emergência das forças sociopolíticas, do poder ativo dentro de uma sociedade. Quando esses fatores reais, os fatores reais do poder, convertem-se em fatores jurídicos, ocorre então a organização de uma série de procedimentos que culminam na elaboração de normas em um documento. Temos, então, a chamada Constituição escrita. Em termos de teoria das fontes, a Constituição, como conjunto de fatores reais, é a fonte da qual emanam as normas constitucionais. De um

lado, temos uma regra estrutural; de outro, um elemento do sistema do ordenamento.

Por exemplo, quando os fatores reais conduzem à idéia de que o Presidente da República tem que ser eleito por um Colégio Eleitoral, isso se converte num problema procedimental: como esse Colégio Eleitoral deverá ser organizado? Quem deverá fazer parte dele? Quem deverá elegê-lo? Como será a votação para presidente? O voto será nominal? O voto será secreto? Será escolhido por maioria? Por que tipo de maioria? Maioria absoluta? Maioria relativa? Todos esses procedimentos são então transformados em normas escritas, no documento constitucional. Em resumo, os fatores reais impulsionam numa direção, que exige procedimentos; esses procedimentos então têm que ser regulados, e aí temos a elaboração das normas constitucionais.

Obviamente, nesse processo está uma problemática de ordem social que, por sua vez, tem de apresentar certas características, de tal modo que a Constituição (escrita) resultante apresente um pressuposto de durabilidade e permanência. Portanto, só uma Constituição boa e durável mereceria esse nome; na prática, essa, apenas, seria uma Constituição real; toda constituição que não tivesse viabilidade, isto é, que não espelhasse os fatores reais de poder, conforme a própria realidade social, acabaria por ser uma constituição no papel, sem qualquer eficácia.

Tal concepção chama a atenção para muitos aspectos importantes de uma Constituição e há estudos em diversos países, já há muito tempo, tentando verificar seus argumentos. Na literatura norte-americana, Charles Beard fez uma pesquisa em 1913 que causou grande impacto na literatura de então. Foi quando se tentou uma interpretação econômica da Constituição dos Estados Unidos, para demonstrar que os interesses econômicos subjacentes a toda forma constitucional acabam regendo a Constituição. Tentou-se demonstrar que seria inteiramente falso o conceito de que a Constituição é uma peça de legislação abstrata, na qual são secundários os interesses econômicos. Pelo contrário, mostrou-se que o antagonismo dos interesses estava presente, o que vinha fortalecer o sentido sociológico de Constituição.

Em segundo lugar, temos o sentido político de Constituição. Nesse caso, a Constituição deve ser encarada como uma *decisão* política fundamental, não obstante suas referências sociológicas e jurídicas (cf. Schmitt, 1957). Em termos de teoria das fontes: essa decisão política fundamental seria a *fonte*, da qual emana o direito constitucional. Ou seja, de um lado uma regra estrutural; de outro, um elemento do sistema.

* [Num sentido absoluto, dizemos, a Constituição seria um todo unitário, equivalente ao próprio Estado. A Constituição nada mais é que um Estado e um Estado é essa unidade política concreta, onde está tudo e para o que tudo converge.

Dentro dessa unidade concreta vamos encontrar os aspectos jurídicos, as técnicas normativas por meio das quais esse absoluto se organiza. No entanto, o que confere a esse conjunto de normas seu caráter de Constituição é uma decisão política fundamental. Assim, ela se identifica com o conteúdo político social tido como ideal. Nesse sentido, podemos falar em diferentes tipos de Constituição: uma Constituição liberal, uma Constituição fascista, uma Constituição revolucionária, uma Constituição conservadora etc. Isso nos lembra um pouco a concepção sociológica. Mas é diferente porque em sua base está o que se chamou de decisionismo (também se fala em voluntarismo), porque, para Carl Schmitt, a Constituição (fonte) é, na realidade, uma decisão válida apenas em razão da vontade do poder que a estabelece. O que a concepção sociológica chamaria então, eventualmente, de uma Constituição de fachada é distinção que desaparece. Na concepção política não existe fachada e real. A Constituição é um ato de vontade, não importa se corresponde ou não a anseios sociais. É uma questão de oportunidade política, pode ou não corresponder aos fatores reais de poder na sociedade. O importante é uma decisão de vontade que se impõe: a decisão política fundamental.

Finalmente, temos a Constituição no sentido jurídico (*stricto sensu*), que já examinamos. Nesse caso, Constituição é lei fundamental, é um conjunto de normas articuladas, que tecnicamente viabilizam os procedimentos para que realmente a atividade organizada da sociedade possa se desenvolver. A concepção jurídica encara a Constituição como normas básicas postas, independentemente de ser ela estabelecida por uma vontade, ou corresponder às aspirações sociais, ou ser fachada para uma imposição política. O jurista primariamente depara-se com conflitos concretos e para eles procura soluções em normas constitucionais vigentes, tentando tecnicamente coordená-las de maneira que elas funcionem, possam atuar, isto é, orientar os procedimentos, resolver os problemas. Por isso, toma a Constituição como um conjunto de normas básicas, de conteúdo eminentemente técnico. O reconhecimento racional desse conjunto (aproximadamente o que Kelsen chama de “norma fundamental pressuposta”) é, então, a “fonte” da qual emana o direito constitucional. Ou seja, de um lado temos uma regra estrutural; de outro, um elemento do sistema do ordenamento.

4.3.3.1.2 Leis

Nos regimes constitucionais, com base na Constituição, são elaboradas leis, que, no quadro geral da legislação como fonte, são de especial importância. As próprias constituições costumam garantir-lhes uma preeminência na forma de um princípio: ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. É o princípio da legalidade.

A noção de lei, contudo, não é fácil de determinar. Antes de mais nada, como vimos, é preciso evitar a confusão entre lei e norma. A norma é uma prescrição. A lei é a forma de que se reveste a norma ou um conjunto de normas dentro do ordenamento. Nesse sentido, a lei é fonte do direito, isto é, o revestimento estrutural da norma que lhe dá a condição de norma jurídica. Por exemplo, uma prescrição que determina: “o segurado pagará o prêmio que estipulou no ato de receber a apólice” pode ser uma cláusula de uma proposta oferecida pelo corretor de seguros ao cliente ou pode vir *prescrita em lei* (ver art. 1.449 do Código Civil: “Salvo convenção em contrário, no ato de receber a apólice pagará o segurado o prêmio, que estipulou”). No primeiro caso, a prescrição não é lei, é apenas um enunciado prescritivo que faz parte de um negócio que está sendo discutido. No segundo caso, a prescrição tem caráter de norma jurídica legal e esse caráter deriva do *revestimento* na forma de lei.

A palavra *revestimento* está usada no sentido de que a norma é formada, atendendo-se uma série de procedimentos institucionalizados que culminam numa promulgação solene e oficial. A palavra *lei* (fonte) designa que esses procedimentos, tendo sido cumpridos, conferem à norma um caráter jurídico, especificamente o caráter legal. Um conjunto de prescrições ou uma prescrição que ainda não foi submetida àqueles procedimentos e constitui mera proposta a ser encaminhada à autoridade chama-se anteprojeto de lei. As prescrições não obrigam, não constituem direito. Para obrigar, falta-lhes o caráter legal, que emana, que tem sua fonte na legislação, isto é, no complexo de procedimentos que as promulgarão como lei.

Note, portanto, que a palavra *lei* parece ter uma espécie de “condão mágico” de transformar a mera prescrição em direito. É como se a prescrição fosse “tocada” por algo e mudasse, então, sua natureza. Essa “mágica” corresponde ao que, modernamente, chamamos de institucionalização (ver item 4.1.3). No direito primitivo, a institucionalização estava realmente ligada a crenças mágicas atribuídas a certos comportamentos, como a imposição das mãos sobre a cabeça do ungido, cuja palavra, então, adquiria a força da responsabilidade: era a crença no carisma do chefe, aquele que pronunciava a lei. Atualmente, nas formas de dominação burocrática, a institucionalização está referida à crença em procedimentos que, por sua publicidade e solenidade, conferem aos enunciados o caráter legal (cf. Weber, 1976:125).

Cumpra à dogmática descrever esses procedimentos institucionalizados que, obviamente, variam entre os diferentes Estados, conforme o prescrito pelas respectivas ordens jurídicas. Entre eles, porém, há dois que merecem destaque: a promulgação e a publicação. A promulgação é o ato de sancionar a lei, é o ato que lhe confere tecnicamente a entrada no universo do ordenamento. No contexto da positivação do direito, promulgada a lei, ela passa a ter validade no sentido de que formalmente está posta. A autoridade que a

promulga pode ser o Presidente da República, se for este o regime adotado, ou o primeiro ministro, ou, em alguns casos, o presidente do Congresso. Tudo isso depende do regime constitucional. Contudo, não importa qual seja a autoridade, a promulgação é um ato decisivo para dar-se existência à lei.

A publicação é outro procedimento importante. Destina-se a tornar a lei conhecida. Não devemos entender isto, no entanto, no sentido empírico de que a lei deva de fato tornar-se conhecida. É óbvio que, não obstante a publicação, muitas leis, até por sua complexidade e dificuldade técnica de apreensão, permanecem ignoradas de fato. O ato de publicação tem por função neutralizar a ignorância; mas não eliminá-la. Neutralizar significa fazer com que ela não seja levada em conta, não obstante possa existir. É este o sentido do art. 3º da Lei de Introdução do Código Civil: "Ninguém se excusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece." Ou seja, embora a publicação sirva para que a lei se torne conhecida, sua função básica é imunizar a autoridade contra a desagregação que a ignorância pode-lhe trazer (afinal, uma autoridade ignorada é como se não existisse).

Nos regimes democráticos sob princípio republicano, a responsabilidade da elaboração da lei cabe aos representantes do povo constituídos no Poder Legislativo. Em tese, o Poder Executivo não faz leis, apenas as cumpre e as faz cumprir. Apesar disso, são conhecidos certos atos de legislação que cabem ao Poder Executivo e que gozam de "força de lei". Não são leis, mas têm a mesma força, isto é, como fonte são equiparados. É o caso, por exemplo, na Constituição brasileira de 1967-1969, do chamado decreto-lei. Trata-se de uma fórmula típica do Estado-gestor contemporâneo que, em princípio, atende aos problemas gerados pela celeridade das mudanças sociais, nem sempre acompanhada pelos procedimentos legislativos, por natureza mais morosos.

O processo de legislação por meio do Poder Legislativo produz leis. No entanto, conforme os requisitos procedimentais institucionalizados, podemos distinguir vários tipos. Obedecidas as respectivas formalidades, podemos ter atos legislativos que estabeleçam *emendas* à Constituição, cujas normas passam a integrá-la, *leis complementares* à Constituição, que servem para disciplinar certos âmbitos do comportamento julgados exponenciais e merecedores de maior estabilidade em face da possibilidade de revogação. As emendas exigem quórum especial, bem como as leis complementares. Já as *leis ordinárias* requerem um quórum mais simples. Nos regimes submetidos à tripartição dos poderes, conhecem-se as chamadas *leis delegadas*, cujas normas contêm prescrições de princípios e balizas gerais de orientação, conferindo-se, então, ao Poder Executivo a competência para editar atos normativos que irão detalhá-los. Além disso, nos Estados federados, conforme seja o Poder Legislativo emanador, pode-se falar em *leis federais, estaduais e municipais*.

Todo ato de legislação, realizado pelo poder competente e obedecidos os requisitos do ordenamento, é lei. Discutimos, no entanto, se entre as condicionalidades essenciais para o conceito de lei devem ser incluídas algumas referentes ao conteúdo. A doutrina distingue, assim, entre lei no sentido *material* e no sentido *formal*.

Lei no sentido formal ou, abreviadamente, lei formal é expressão que designa um modo de produção de normas, como examinamos até agora. Lei no sentido material ou, sinteticamente, lei material designa seu conteúdo. No passado, sob forte pressão do liberalismo, dizia-se, em primeiro lugar, que os conteúdos prescritos em lei deveriam ser sempre gerais e universais. Ou seja, as normas legais deveriam ter conteúdos abrangentes e destinar-se à universalidade dos sujeitos. Era a repulsa ao *privilégio*.

A dogmática contemporânea não faz mais, estritamente, esse tipo de restrição. Embora, por pressão ideológica, continuemos a dizer que, em princípio, leis contêm normas gerais, reconhecemos que isso nem sempre ocorre. Existem leis que, não obstante a utilização dos procedimentos prescritos pelo ordenamento, têm por conteúdo não a edição de normas gerais, mas uma prescrição individualizada (por exemplo – citado por Ascensão (1982:209) – a Lei nº 5.558, de 11-12-68, que prorrogou por cinco anos a duração dos direitos autorais sobre as obras de Carlos Gomes).

Resumidamente, podemos distinguir, então, entre leis materiais, isto é, leis caracterizadas por sua natureza (produção solene e institucionalizada de normas gerais) e leis formais ou caracterizadas pela forma (conteúdos que adquirem o caráter de lei porque obedecem a sua forma de produção).

Essa distinção entre lei material e lei formal, porém, não é uniformemente usada pela doutrina. Nesses termos, costumamos usar a expressão *lei material* para designar o direito substantivo, isto é, o conjunto de normas que prescrevem diretamente obrigações e direitos subjetivos. Já a expressão *lei formal* designa o conjunto de normas que estabelecem os meios judiciais de se fazerem valer aqueles direitos e obrigações. Segundo Limongi França (s.d., v. 31:150), ao que parece, essa distinção, que perdura na linguagem do senso comum jurídico, foi definida por Bartolo, chefe-escola dos pós-glosadores.

4.3.3.1.3 Hierarquia das fontes legais: leis, decretos, regulamentos, portarias

No sentido amplo de legislação como fonte do direito devem ser incluídos, além do citado decreto-lei, outros atos normativos do Poder Executivo. Especial destaque merecem os *decretos*, cuja fonte emanadora é o Presidente da República (Constituição Federal de 1988, art. 84, IV) e que, entre outras funções, estabelecem os regulamentos das leis. Por conterem normas

gerais, muitas leis, para adquirirem eficácia técnica, exigem detalhamentos. Os regulamentos, assim, explicitam as normas legais, tendo em vista sua execução. Não basta, por exemplo, criar, por lei, um tributo. É preciso disciplinar a forma como será cobrado, a autoridade que irá cobrá-lo, a agência que irá recolhê-lo, os prazos em que isso deve ocorrer etc. É verdade que, teoricamente, nem sempre um regulamento pressupõe uma lei determinada. Existem os chamados *regulamentos autônomos*, estabelecidos por decreto, e subordinados à ordem jurídica em seu conjunto. Tais regulamentos eram admitidos pela Constituição anterior (67-69). Hoje, não mais. Os decretos que regulamentam leis, porém, dentro da concepção liberal do direito que reconhece o princípio da legalidade como regra estrutural do sistema, devem servir ao fiel cumprimento da lei, não podendo, em tese, contrariar-lhe os conteúdos prescritivos nem acrescentar-lhe outros. Essa restrição está ligada aos valores da segurança e da certeza. Apesar disso, é conhecido o problema do moderno Estado-gestor que, em face da complexa celeridade das transformações econômicas, acaba por contrariar aquela restrição, produzindo, no rol das normas regulamentadoras, prescrições que ou são incompatíveis ou extrapolam as limitações legais. Isto, ademais, não ocorre apenas com os decretos, mas também com outros atos normativos do Executivo, como as *portarias* (atos administrativos ministeriais que estabelecem normas, em princípio, de eficácia individual e apenas para os órgãos da administração), *instruções* (atos administrativos internos que vinculam no âmbito de órgãos) etc.

Na verdade, o advento e o crescimento do Estado-gestor tornou muito mais complexa a legislação como fonte do direito. Se no início ela pôde-se restringir à produção de leis, hoje abarca um rol enorme de atos, como resoluções, regimentos, instruções normativas, circulares, ordens de serviço etc. que, em tese (liberal), deveriam estar subordinados às leis enquanto expressão da vontade do povo, mas que, na prática, implodem a chamada estrutura hierárquica das fontes.

O que observamos, na verdade, é que a chamada hierarquia das fontes, não obstante ocultar uma relação de poder e de exercício de poder, num âmbito circunscrito, tecnicamente é um instrumento importante para o mapeamento formal das competências estatais. O ponto de partida é a Constituição, que, por pressuposto analítico, determina todas as competências normativas do Estado. Assim, por exemplo, confere ao Poder Legislativo a competência para elaborar emendas à própria Constituição, leis complementares, leis ordinárias, decretos legislativos, seu próprio regimento, confere ao Presidente da República a competência para baixar decretos-leis e decretos, regulamentar leis, aos ministros de Estado, para baixar portarias, aos órgãos, para estabelecer instruções etc. Se observarmos essa distribuição de competência, vamos notar que o âmbito de validade de suas normas está, em tese, delimitado: cada um desses diplomas normativos tem uma função à qual cor-

responde um conteúdo. Uma lei ordinária serve para estabelecer normas gerais que criam ou extinguem direitos soberanamente. No entanto, não serve para alterar a Constituição. Para isso, temos as emendas. Uma portaria serve ao ministro para disciplinar o comportamento orgânico em seu âmbito ministerial. Contudo, não serve para baixar o regulamento de uma lei. Para isso, precisamos do decreto presidencial. Para ir mais longe, num Estado Federal, as competências também se organizam constitucionalmente no que concerne ao âmbito de validade das normas que cabem à União, aos Estados, aos Municípios. A União é competente para legislar sobre matéria trabalhista, mas não o é para matéria de impostos estaduais ou municipais e vice-versa. O que temos, então, é um imenso mapeamento de competências e âmbitos de exercício. A questão da hierarquia coloca-se quando, dentro desse mapa horizontalmente estendido, uma competência avança nos limites da outra. É nesse momento que surge uma verticalização, em tese organizada por uma regra estrutural do sistema: a *lex superior*.

A idéia de que a norma superior prevalece sobre a inferior, porém, pressupõe uma outra regra estrutural, fundada num velho lugar comum: quem pode o mais pode o menos (*a maiore ad minus*). Sobre essa ordem hierárquica, porém, podem surgir controvérsias doutrinárias. Há autores, por exemplo, que procuram demonstrar que, como o âmbito de competência de uma lei complementar (em geral, vista como superior) é *diferente* do de uma lei ordinária (em geral, vista como inferior àquela), não há hierarquia entre elas: o que se exige é apenas que cada qual fique em seu âmbito e não invada o outro. Caso ocorra essa invasão, uma delas prepondera não por uma verticalidade, mas por contrariar limites horizontais.

Não obstante, é preciso reconhecer que, ao lado dos limites horizontais (que nos permitem dizer, por exemplo, que a lei federal *não* prevalece sobre a estadual, apenas disciplina âmbitos diversos), aparecem distinções verticais, pois, em alguns casos, nada obsta que a matéria própria para uma competência seja objeto de uma outra. Nesse momento é que aparece a reflexão hierarquizante fundada no *a maiore ad minus*: um decreto pode fazer as vezes de uma portaria, mas a recíproca não é verdadeira, uma lei complementar pode fazer as vezes de uma lei ordinária, mas a recíproca não é verdadeira. Sempre que essa possibilidade existir (nem sempre isso ocorre: a distribuição horizontal das competências entre Estados, União, Municípios é rígida e aí não cabe o lugar-comum mencionado), os poderes hierarquizam, hierarquizando-se em consequência as fontes e as respectivas normas.

A hierarquia, assim, é, apesar de tudo, um importante instrumento de organização das fontes. Cada vez mais, porém, sua função é mais jurídico-política (como instrumento hermenêutico e decisório) do que analítica. Analiticamente, o que faz que uma fonte prevaleça sobre outra não é a generalidade de suas normas, mas a relação de validade. Normas que prescrevem

como e com que conteúdo outras normas serão produzidas prevalecem sobre estas. Este é, no entanto, um critério abstrato que, na prática, se preenche de forma a produzir “irregularidades”. Assim, nada obsta que, de fato, uma fonte (a) que, por suas normas, atribua a outra fonte (b) a produção de certas normas, termine por atribuir-lhe a competência de modificar normas de uma terceira fonte (c) que, em tese, lhe seria superior. Por exemplo, uma lei que determine ao Ministro que, por meio de portarias, discipline determinada matéria que estava regulada por um decreto, sabendo que, em tese, decretos prevalecem sobre portarias. Para explicar essa “anomalia” só mesmo recorrendo à noção de norma-origem como a que confere, a uma série normativa, seu título de validade, e à idéia de que os sistemas normativos contêm não uma única, mas várias normas-origem e correspondentes séries normativas, constituindo um todo coeso, integrado, não necessariamente hierárquico (ver item 4.3.1.3), regido não pelo princípio regressivo a um ponto inicial e irradiador único, mas pelo princípio da *equifinalidade*, isto é, que um mesmo ponto final pode ser atingido a partir de diversas origens e por diversos meios. Assim, a alteração de um regulamento baixado por um decreto pode ser na prática atingida ou por outro decreto ou por uma lei ou por um decreto-lei que determina ao ministro, por meio de portaria, a modificação da matéria disciplinada.

4.3.3.1.4 Códigos, consolidações e compilações

Isso, obviamente, não significa que os ordenamentos sejam assistemáticos, nem mesmo que as leis não possam ser organizadas por princípios coerentes. Nesse passo, é importante mencionarem-se certas figuras dogmáticas, relacionadas com a legislação como fonte. Referimo-nos aos códigos.

Códigos são conjuntos de normas estabelecidos por lei. Às vezes, esta vem separada do código, num diploma especial (lei que estatui o código tal), às vezes estão ambos contidos no mesmo diploma. O que caracteriza o código é a regulação unitária de um ramo do direito (Código Civil, Comercial, Penal etc.), estabelecendo-se para ele uma disciplina fundamental, atendendo a critérios técnicos não necessariamente lógicos, mas tópicos. Veja, por exemplo, o Código Civil, organizado, conforme a tradição germânica, em uma Parte Geral e uma Parte Especial distribuída em: Direito das Coisas, das Obrigações, da Família e das Sucessões. O critério remonta à classificação das relações jurídicas que Savigny estruturou conforme o legado do Direito Romano. A distinção entre parte geral e especial, aquela cuidando de situações e institutos comuns a todas as relações civis que são, então, especificadas nessa, remonta, a *topoi* ou lugares-comuns da cultura ocidental como o são os pares *abstrato* e *concreto*, *geral* e *específico*, *universal* e *particular*. Já a divisão dos livros da Parte Especial reporta-se a antigas distinções romanas