Aquilo que preocupa o operador jurídico não é a interpretação correta e sim o conhecimento da opinião que é aceita pela maioria dos tribunais (em particular pelos tribunais superiores) e muito provavelmente será seguida na prática (Lição 9, 2.1.2).

Isso significa que são raros os casos juridicamente complicados ou casos difíceis (*hard cases*). Temos um caso difícil quando: a) apresentam-se dificuldades na construção da premissa maior, isto é, na interpretação das normas pertinentes, por termos conflitos normativos, lacunas, dificuldade de entendimento das normas ou dúvidas sobre sua aplicabilidade no caso concreto; b) há dificuldade em construir a premissa menor em razão dos problemas na apuração da situação fática.

Nesses casos, a solução não resulta da aplicação de uma norma. É necessário realizar pesquisas doutrinárias aprofundadas e elaborar argumentações sofisticadas para encontrar a solução. Nos casos difíceis, o profissional do direito deve recorrer aos trabalhos da doutrina e, eventualmente, solicitar o parecer de juristas especializados nessa área, além de pedir o auxílio de especialistas para apurar questões fáticas. Isso pode ser um pequeno alívio para quem inicia o estudo do direito, sentindo-se confuso perante as dificuldades da interpretação e as acirradas controvérsias entre juristas.

Para aprofundar o conhecimento

Alexy, 2001, p. 179-291; Barroso, 1999, p. 103-281; Bergel, 2001-a, p. 231-263, 295-330; Dimoulis, 2006, p. 209-255; Engisch, 1988, p. 165-274; Eskridge et al., 2006, p. 219-307; Ferraz Jr., 2001, p. 251-304; França, 1999, p. 3-57; Koller, 1997, p. 197-238; Larenz, 1989, p. 375-441; Machado, 1997, p. 173-218; Marmor, 2000; Müller, 1997; Puceiro, 2003; Rüthers, 1999, p. 392-536; Schauer, 2009, p. 148-170; Schröder, 2001; Sgarbi, 2007, p. 427-576; Tarello, 1980; Troper, 2001, p. 69-97; Vernengo, 1977; Vesting, 2007, p. 99-127; Viola e Zaccaria, 2001, p. 105-155, 175-310.

Lição 9

FONTES DO DIREITO

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

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

1. Fontes materiais

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

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

↳ incêndio do S. Maria → alterações na legislação municipal.

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

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

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

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

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

2. Fontes formais

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

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

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

2.1 Fontes escritas

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

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

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

2.1.1 Leis no sentido amplo ou material

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

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

2. Sobre um texto publicado no Diário Oficial da União sem ter sido votado pelo Congresso Nacional, cf. a decisão do Supremo Tribunal Federal, *Habeas Corpus* 77.724, relator Ministro Marco Aurélio, *DJ* 02.02.2001, p. 74.
3. O termo *lex* deriva, provavelmente, do verbo *lego*, que significa falar, ler e também ligar e vincular.

• foram estabelecidas em conformidade com o procedimento fixado em normas superiores;

• objetivam regulamentar direta ou indiretamente a organização da sociedade, apresentando alto grau de generalidade e abstração.

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

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

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

2.1.1.1 Leis no sentido estrito ou formal

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

Afirma-se, muitas vezes, que as leis no sentido formal devem ter caráter geral e abstrato. A generalidade indica que a norma regulamenta a conduta de numerosos e *a priori* desconhecidos destinatários. Já a abstração indica que a norma de conduta inclui descrições genéricas, abrangendo grande número de possíveis casos. A lei não é feita só para determinadas pessoas, mas deve ser geral, escrevia Ulpiano.[5]

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Por fim, pode ser inconstitucional uma lei que, apesar da formulação em termos gerais e abstratos, foi feita para beneficiar um pequeno grupo de pessoas. Exemplo: o STF declarou inconstitucional lei estadual que dava isenção fiscal a uma categoria geral de pilotos de automobilismo, mas na verdade favorecia uma única pessoa, amiga do Governador.[7]

Essas situações mostram que o melhor critério para definir a "lei" não é seu conteúdo (a generalidade e abstração), mas sua *origem*.

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

• *Lei ordinária*. Deve ser aprovada pela maioria simples do Congresso Nacional (Câmara dos Deputados e Senado)[8] e aceita ("sancionada") pelo Presidente da República (arts. 47, 59, 61, 65 e 66 da Constituição Federal). A lei ordinária pode regulamentar qualquer assunto que não seja de competência privativa de outras autoridades, devendo sempre estar em conformidade com os mandamentos constitucionais.

• *Lei complementar*. Distingue-se da lei ordinária pela exigência de um *quorum* de maioria próprio e pela especificidade de suas matérias. Em primeiro lugar, a lei complementar necessita da aprovação da maioria absoluta dos deputados e senadores,[9] sendo, em seguida, assim como a ordinária, sancionada pelo Presidente da República (arts. 59, 61, 65, 66 e 69 da Constituição Federal). Em segundo lugar, a lei complementar limita-se a regulamentar alguns assuntos importantes, indicados pela própria Constituição.

Exemplos: criação de um novo Estado Federal (art. 18, § 3.º); fixação do número total dos membros da Câmara dos Deputados (art. 45, § 1.º). Quando a

7. Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.259, relator Ministro Ricardo Lewandowski, DJe 154, 28.08.2010.

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

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

Constituição não exige a edição de lei complementar, é suficiente a lei ordinária. O fato de a lei complementar necessitar da aprovação da maioria absoluta dos parlamentares indica que é hierarquicamente superior à ordinária, não podendo ser revogada por essa última.[10]

• *Lei delegada*. Trata-se de ato normativo elaborado pelo Presidente da República após específica autorização do Congresso Nacional, por meio de resolução. Existem restrições quanto às matérias que podem ser regulamentadas por lei delegada. Essas restrições são indicadas pelo art. 68, § 1.º, da Constituição Federal.[11] A lei delegada possui a mesma força jurídica da lei ordinária. Trata-se, porém, de espécie legislativa em desuso: as últimas leis delegadas foram editadas em 1992.[12]

2.1.1.2 Demais espécies normativas

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

• *Constituição*. É o produto do poder constituinte originário e entra em vigor mediante uma decisão dos detentores do poder político. A Constituição

10. A maioria da doutrina e o STF sustentam que inexiste hierarquia entre a lei complementar e a lei ordinária, pois cada uma incidiria em campo diferente: a lei complementar nas matérias especificadas pela Constituição, a lei ordinária nas demais (cfr. Bacha, 2004; Tavares, 2006, p. 1.103-1.109; STF, Recurso Extraordinário 377.457, j. 17.09.2008, relator Ministro Gilmar Mendes: <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?numero=377457&classe=RE)>. Esse entendimento não é correto como mostra o seguinte caso: o art. 59, parágrafo único, da Constituição Federal prevê que uma lei complementar disporá sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis. A Lei Complementar editada com base neste artigo (LC 95 de 1998) estabelece regras de técnica legislativa que limitam o poder do legislador ordinário, impondo, por exemplo, que cada lei deve tratar de um único assunto (art. 7.º, I). Suponhamos que uma lei ordinária editada em 2011 trate de dois assuntos diferentes. Teríamos um conflito entre a Lei Complementar de 1998, que o proíbe, e a lei ordinária de 2011, que o faz. Se ambas estiverem no mesmo escalão da hierarquia, deve prevalecer a lei ordinária, por ser mais nova. Dessa forma, desrespeitaríamos a vontade do poder constituinte que reservou à lei complementar, votada com maioria absoluta dos parlamentares, a regulamentação da técnica legislativa. Por isso, a lei complementar é hierarquicamente superior à ordinária. A favor da tese da hierarquia cf. Machado, 2004, p. 118-122; Carvalho, 2010, p. 259.

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

12. Fonte: <http://www.planalto.gov.br> (item "Legislação").

fixa as regras básicas de organização do poder estatal e da vida social e econômica e configura as relações do Estado com os indivíduos e com os demais Estados do mundo. A Constituição é o texto normativo que possui a maior força jurídica no âmbito do ordenamento nacional, devendo todas as demais espécies normativas e atos de autoridades do Estado estar em conformidade com os mandamentos constitucionais.

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

Essas limitações indicam que a Constituição Federal é *rígida*, já que as normas constitucionais só podem ser alteradas mediante um processo demorado e particularmente exigente. Além disso, a Constituição é em parte *imutável*, pois certas normas, consideradas como fundamentais, não podem ser abolidas por reforma constitucional. A doutrina denomina essa combinação de rigidez com imutabilidade constitucional de *super-rigidez constitucional*. Mas isso não impede as frequentes mudanças, sobretudo em relação a problemas econômicos. Até 2012 foram promulgadas 70 emendas constitucionais.

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

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

É notório o abuso das medidas provisórias no Brasil: entre 1988 e 2001 foram editadas 6.110 medidas provisórias (média de 35 por mês). Na maioria dos casos não havia relevância ou urgência. Dessa forma, decisões importantes de natureza legislativa eram tomadas pelo Presidente da República. E após a expiração do prazo de validade, a medida era reeditada, eternizando uma situação inaceitável. A Emenda Constitucional 32, de 2001, tentou limitar o uso de medidas provisórias, estabelecendo as restrições acima expostas. Em razão disso só foram editadas 585 medidas provisórias entre setembro de 2001 e outubro de 2012 (média de 4,4 por mês).[13]

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

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

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

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

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

• *Súmula vinculante.* Em matérias constitucionais, o Supremo Tribunal Federal pode editar tais súmulas vinculando os demais tribunais e o Poder Executivo (art. 103-A da Constituição Federal, regulamentado pela Lei 11.417 de 2006).[14] Uma forma de tornar obrigatórias as súmulas tradicionais foi introduzida em 2006 no Código de Processo Civil. O art. 518, § 1.º, prevê que os juízes não devem receber o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal. Isso agiliza os processos, mas também limita a liberdade decisória dos julgadores (algo que muitos criticam).

• *Poder normativo da Justiça do Trabalho.* Em princípio, o Judiciário tem competência para aplicar e não para criar atos normativos gerais e abstratos. Criando leis, usurparia as competências dos poderes politicamente escolhidos, violando o princípio da separação dos poderes. Uma das exceções está no art.

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

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

114, § 2.º, da Constituição Federal: em caso de fracasso das negociações coletivas e da arbitragem entre os empregadores e os empregados, a Justiça do Trabalho pode regulamentar assuntos trabalhistas (horário, salários, segurança, higiene etc.). Nesse caso, o Judiciário cria direito, mas não pode alterar disposições legais que protegem os interesses dos trabalhadores nem acordos anteriores em convenções coletivas (Nascimento, 2001, p. 174-176).

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

A Constituição Federal brasileira admite duas formas de controle de constitucionalidade pelo Judiciário.[15] Temos, em primeiro lugar, o *controle concreto de constitucionalidade* exercido por qualquer tribunal do país e consistindo na decisão de não aplicar certo dispositivo ao caso *sub judice* (submetido ao Judiciário). Fundamento dessa forma de controle é o art. 97 da Constituição Federal.

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

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

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

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

15. Apresentação das técnicas e dos problemas de controle de constitucionalidade em Tavares, 2006, p. 183-401; Dimoulis e Lunardi, 2012.

Um exemplo é o apoio que ofereceu o Supremo Tribunal Federal à política econômica do governo Collor (1990-1992), inclusive às medidas de sequestro da poupança popular, que eram claramente inconstitucionais. A análise desse caso e de outros parecidos indica que o controle de constitucionalidade das leis pelo Judiciário nem sempre impede as violações da Constituição pelos demais Poderes. Tudo depende dos interesses políticos que estão em jogo e da postura política que assume o Judiciário.[16]

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

2.1.1.3 Inflação legislativa

No Brasil constata-se, tal como em muitos outros países, um contínuo crescimento do número de atos normativos emitidos pelo Legislativo e Executivo. Entre 1822 e 1889 (67 anos) foram promulgadas menos de 500 leis no sentido formal (Martins Filho, 2000, p. XVIII, XX). Entre 1946 e outubro de 2012 (64 anos) foram promulgadas 12.729 leis pelo Congresso Nacional.[17]

Publicam-se, em média, 200 leis federais por ano, isto é, aproximadamente uma lei por dia útil! A essa produção se acrescentam as incontáveis leis estaduais e municipais. Para dar um exemplo, só no Estado de São Paulo foram publicadas mais de 4.000 leis entre 2000 e 2012.[18]

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

O fenômeno está relacionado a uma tendência de desvirtuamento da função da lei. Quem pesquisa as publicações oficiais percebe que muitas leis dedicam-

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

17. http://www4.planalto.gov.br/legislacao/legislacao-1/leis-ordinarias/2012-leis-ordinarias#content.

18. Pesquisa no site <http://www.legislacao.sp.gov.br/legislacao/index.htm>.

-se a modificar os valores dos orçamentos, a dar nomes a aeroportos e viadutos, a estabelecer "dias nacionais" e "patronos" de várias atividades. Tais normas carecem de interesse geral e não precisam ser conhecidas pelos operadores do direito. Mesmo ignorando tais normas, permanece o problema da inflação legislativa. É *impossível* para o operador do direito conhecer o conteúdo de todos os atos normativos em vigor. A inflação legislativa, a falta de harmonização e as imperfeições técnicas de leis redigidas e modificadas com velocidade vertiginosa são fatores que dificultam a aplicação do direito.

2.1.2 Jurisprudência

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

2.1.2.1 Decisão isolada

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

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

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

Isso indica que a jurisprudência constitui uma importante fonte do direito, já que permite resolver dúvidas jurídicas e pacificar conflitos sociais. Para saber o que deve acontecer em tais casos, a única fonte fidedigna é a decisão do Poder

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

Judiciário. Isso significa, porém, que os tribunais criam normas jurídicas individuais, aplicáveis em casos concretos (cf. Lição 6, 3.2.1).

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

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

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

2.1.2.2 Jurisprudência assentada

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

Nada pode excluir que um tribunal decida, no futuro, de forma diferente, já que isso não é legalmente proibido. As mudanças de jurisprudência são, porém, estatisticamente raras. Os tribunais inferiores sabem que eventual decisão contra uma jurisprudência "assentada" não será admitida nas instâncias superiores, por considerarem que as mudanças de entendimentos comprometem tanto a segurança jurídica como a autoridade do próprio Poder Judiciário. Por

essas razões, a jurisprudência assentada influencia de forma decisiva as futuras decisões dos tribunais.

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

Exemplo de *ementa*: "Recurso Ordinário em *Habeas Corpus*. (...) 1. Para a configuração do delito previsto no art. 14 da Lei 10.826/2003, basta que o agente porte a arma de fogo sem autorização ou em desacordo com a determinação legal, o que torna irrelevante o fato de a arma encontrar-se desmuniciada. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça. 2. Recurso desprovido".[20]

2.1.2.3 Súmulas

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

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

Apesar de sua importância, as súmulas não vinculam plenamente o tribunal que as emite nem os tribunais inferiores. Como já sabemos, os juízes brasileiros são submetidos tão somente ao "império da lei" e as suas decisões simplesmente *interpretam* e aplicam normas gerais. Não criam tais normas gerais nem vinculam o próprio tribunal e os inferiores. Além disso, cada tribunal pode reformar ou abolir suas súmulas.[23]

20. Supremo Tribunal de Justiça, Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* 20136/SC, 5.ª Turma, relatora Ministra Laurita Vaz, *DJ* 13.11.2006, p. 275.
21. São utilizados também os termos "jurisprudência uniforme" e "jurisprudência dominante". Outras regras de uniformização da jurisprudência são contidas nos arts. 476-478 do Código de Processo Civil.
22. Ver também o art. 38 da Lei 8.038, de 28.05.1990, e o art. 896, *a*, da Consolidação das Leis do Trabalho.
23. Um exemplo oferece a Súmula 174 do Superior Tribunal de Justiça: "No crime de roubo, a intimidação feita com arma de brinquedo autoriza o aumento da pena". O

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

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

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

2.1.3 Doutrina

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

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

O renascimento do direito romano na Idade Média levou à criação da figura do doutor em direito (*doctor iuris*), que, após longos estudos, obtinha o privilégio de emitir pareceres e

art. 157, § 2.º, I, do Código Penal prevê aumento da pena por roubo "se a violência ou ameaça é exercida com emprego de arma". A arma de brinquedo é arma no sentido legal? A questão causou acirradas controvérsias na doutrina e na jurisprudência. A súmula equiparou a verdadeira arma com a arma de brinquedo. A doutrina continuou criticando a equiparação e o Tribunal decidiu mudar sua posição em 2001, abolindo a súmula.

24. Sobre as características das súmulas cf. Streck, 1998; Mancuso, 2001; Costa, 2002; Tavares, 2006, p. 356-368.
25. O decreto dos Imperadores Teodósio II e Valentiniano III promulgado em 426 d.C. proclamou vinculantes para os tribunais somente as opiniões de cinco jurisconsultos: Papiniano, Paulo, Ulpiano, Gaio e Modestino (Codex Theodosianus, 1.4.3). Fonte: <http://www.ucl.ac.uk/history/volterra/texts/cthlib1.htm#t1>.

ensinar nas universidades. A *communis opinio doctorum* era o entendimento ao qual convergiam vários doutores. Esse entendimento considerava-se vinculante, ou seja, constituía uma verdadeira fonte do direito (Schröder, 2001, p. 46-48).

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

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

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

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

A doutrina desempenha seu papel nas seguintes condições:

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

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

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

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

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

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

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

4. *Atividade legislativa dos doutrinadores*. Uma forma direta de participação dos doutrinadores na criação do direito consiste na elaboração de projetos de reformas legais. Juristas especializados em determinada área são frequentemente nomeados pelas autoridades estatais para elaborarem anteprojetos de lei. Essas comissões exercem uma forte influência

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

27. Exemplo: "As hipóteses de rejeição da denúncia previstas no artigo 43 do Código de Processo Penal não são taxativas, conforme já prelecionava Câmara Leal e, recentemente, veio a recordar Xavier de Aquino em seu *Manual de processo penal*" (Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, 05.06.2000, *Boletim IBCCrim* (Jurisprudência) 98/512, 2001).

na produção legislativa, incorporando nas reformas legais os ensinamentos da doutrina nacional e estrangeira.[28]

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

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

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

Resumindo: nos ordenamentos jurídicos modernos a doutrina não possui força vinculante porque não faz parte da hierarquia das normas jurídicas reconhecidas pela Constituição. Mesmo assim, constitui uma *fonte formal indireta*, uma vez que as opiniões e argumentos doutrinários influenciam de forma decisiva a cultura jurídica de um país e, consequentemente, a aplicação do direito (Rodriguez Jr., 2010).

2.2 Fontes não escritas

É comum ler nos manuais que as principais fontes do direito são as leis e os costumes. Isso não vale para o direito moderno que, a princípio, não admite as fontes não escritas, das quais faz parte o costume. Isso ocorre, como dissemos (Lição 6, 3.2.2), por razões de segurança jurídica e de publicidade das normas.

2.2.1 Costumes jurídicos

2.2.1.1 Costumes sociais

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

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

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

Em tais casos, estamos em presença de um *costume social*. O termo provém do latim *consuetudo*. Indica uma regra de comportamento ("no Brasil não se deve tomar álcool no café da manhã") que não só indica aquilo que é corriqueiro, como ocorre com o hábito, mas também estabelece algo considerado obrigatório pelos membros da sociedade.

O costume social não se deve ser confundido com o costume jurídico. Quem toma cerveja no café da manhã pode enfrentar sanções sociais, por exemplo, comentários de reprovação, mas não viola uma regra jurídica. Ao contrário, a Constituição garante a todos, em seu art. 5.º, *caput*, o direito à liberdade, que inclui a possibilidade de tomar bebida alcoólica em qualquer horário do dia.[29] Isso indica que o costume social não possui caráter juridicamente obrigatório, isto é, não possui validade no âmbito do ordenamento jurídico.

2.2.1.2 Costumes jurídicos

O costume jurídico define-se como norma válida no âmbito do ordenamento jurídico, e seu descumprimento acarreta sanções negativas de natureza jurídica. Para entender a posição do costume jurídico, devemos fazer uma breve digressão histórica (cf. Gilissen, 1988, p. 250-291). Os doutrinadores do direito romano e medieval afirmavam que uma *consuetudo* consolidada possuía força de lei e quanto mais velha fosse (*consuetudo longa, inveterata, immemorialis*), maior seria sua força.[30]

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

29. Há normas limitadoras do consumo de álcool, por exemplo, por motoristas (arts. 165 e 306 do Código de Trânsito Brasileiro de 1997). Mas o objetivo não é abolir a liberdade de consumo de álcool, e sim harmonizá-la com a proteção de outros bens e interesses.

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

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

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

Os autores iluministas do século XVIII defenderam a tese que uma legislação nova, sistemática, escrita e de aplicação geral seria capaz de eliminar a arbitrariedade dos senhores feudais e dos juízes e permitir a todos viverem felizes em uma sociedade justa.[31] Essa visão desacreditava os costumes que garantiam os privilégios dos poderosos e, com sua obscuridade, favoreciam decisões arbitrárias. A imposição do poder central-estatal com monopólio da força física impede que fontes não escritas do direito possam competir com as normas emitidas pelas autoridades legislativas. As codificações de leis que começaram a se realizar em vários países europeus no final do século XVIII aboliram os antigos costumes, consagrando o monopólio jurídico dos legisladores.

2.2.1.3 O costume jurídico como fonte do direito brasileiro

No ordenamento brasileiro, os costumes são fontes formais do direito? E se a resposta for positiva, qual é a relação do costume com as demais fontes do direito, isto é, qual é a posição do costume na hierarquia das fontes do direito?

Em relação à primeira pergunta, a maioria dos doutrinadores sustenta que o costume é juridicamente válido (vinculante), desde que satisfaça dois requisitos:

- Deve ser produto de uma prática social relativamente longa e constantemente repetida (*usus* ou *diuturnitas*). Esse requisito é de natureza objetiva ou social.
- Os membros da sociedade devem estar convencidos da necessidade da regra costumeira, isto é, de seu caráter obrigatório e não somente conveniente.

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

Considerar o costume como juridicamente vinculante e necessário (*opinio iuris vel necessitatis*) é um requisito subjetivo ou psicológico de sua validade. Esse requisito indica o caráter problemático do costume. Enquanto a lei escrita indica claramente sua obrigatoriedade, no caso do costume é muito difícil averiguar a "consciência" das pessoas e saber o que ocorrerá se alguns o considerarem obrigatório e outros não.

2.2.1.4 Costumes jurídicos secundum legem e contra legem

O costume *secundum legem (conforme a lei)* vale quando uma outra norma prevê que certa questão será regulamentada com base nos costumes. Desse modo, o art. 113 do Código Civil estabelece, como um dos critérios de interpretação dos negócios jurídicos, "os usos do lugar de sua celebração", para evitar que o formalismo inviabilize acordos concluídos segundo os costumes locais. De forma semelhante, o art. 597 do Código Civil autoriza a aplicação de "convenção ou costume" com relação ao modo de pagamento do prestador de serviços.[32] Em tais casos, o legislador não considera oportuno impor um único regulamento e permite que a própria sociedade encontre a solução por meio de seus costumes.

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

Devemos, finalmente, lembrar que nas sociedades atuais, que conhecem vertiginosas e incessantes mudanças e em que se constata um contínuo aumento de leis, é improvável a formação de costumes, que surgem de forma lenta e paulatina. Hoje não existem praticamente costumes (Costa, 2001, p. 191-192), com a exceção de algumas questões secundárias, sobre as quais o legislador não quis legislar (exemplos em Ludwig, 2005, p. 153-176). O costume encontra-se em processo de extinção, algo que gera protestos dos juristas mais conservadores (Justo, 2003, p. 211).

2.2.1.5 Costumes jurídicos contra legem?

O costume *contra legem* não pode ser acolhido no direito brasileiro, mesmo se alguns autores defendem-no como "expressão viva da sociedade" (Vaz, 2007, p. 251). Aceitar essa forma de costume significaria admitir que um processo social informal possa levar à revogação de normas estabelecidas pelas autoridades

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

legislativas. Isso seria inconstitucional, já que o constituinte estabeleceu os modos de criação das normas jurídicas em todos os níveis de governo (federal, estadual, municipal), mediante as normas de competência normativa (Lição 6, 3.2.8). Assim, o costume encontra-se no *último lugar* da hierarquia das normas jurídicas, podendo ser aplicado somente se não contrariar as normas do direito escrito.[33]

2.2.2 Princípios gerais de direito

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

Os princípios apresentam duas características básicas. Em primeiro lugar, são *abstratos e genéricos*, não permitindo, assim, decidir com certeza sobre sua aplicação no âmbito de uma subsunção (Lição 6, 5.1). Exemplo: a Constituição Federal garante o direito à moradia no art. 6.º. Não especifica, porém, quem é titular desse direito. Os sem-teto? Quem mora em construção precária ou em casa muito pequena pelo tamanho da família? Tampouco indica qual autoridade deve efetivar esse direito e as características da moradia que deve ser oferecida.

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

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

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

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

Além disso, o ordenamento jurídico exprime frequentemente valores e objetivos contraditórios: liberdade empresarial e redução das desigualdades sociais; ordem pública e liberdade do indivíduo; defesa nacional e internacionalismo. Por essa razão, revela-se impossível identificar um único princípio que regulamente determinada matéria e que possa ser aplicado sem causar controvérsias.

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

Além de seu papel como fonte subsidiária do direito, os princípios desempenham outras funções no ordenamento jurídico. Grande parte da doutrina entende que a Constituição não é composta somente por regras jurídicas, mas também por princípios. A definição desses princípios, seu poder vinculante e o modo de sua aplicação causam grandes controvérsias entre os teóricos do direito.[34]

Observamos, finalmente, que o art. 102, § 1.º, da Constituição Federal reconhece ao Supremo Tribunal Federal a competência de avaliar se determinada

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

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

decisão do legislador ou de outra autoridade causou o "descumprimento de preceito fundamental" que decorre da Constituição. Em tais casos, a decisão deve ser invalidada. O conceito de preceito fundamental não é muito diferente do conceito de princípio (Tavares, 2001, p. 102-161). Isso indica que o descumprimento de princípios do ordenamento jurídico pode ensejar uma ação específica em prol de seu respeito.

2.2.3 Vontade dos particulares (poder negocial)

Quando dois particulares assinam um contrato de compra e venda, ocorrem importantes alterações no ordenamento jurídico. O comprador deve pagar o preço na forma acordada e o vendedor deve transferir o domínio da coisa (art. 481 do Código Civil). Se uma das partes não cumprir as obrigações que assumiu por meio do contrato, poderá ser acionada judicialmente e condenada a realizar a prestação, pagando inclusive as custas do processo, juros ou indenizações. Isso significa que as partes passam, pela simples assinatura de uma folha de papel, a ter direitos e assumir obrigações que não existiam antes. O ordenamento jurídico reconhece essa situação e o Estado se compromete a prestar a assistência à parte eventualmente lesada coagindo a outra a cumprir o contrato.

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

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

A segunda grande diferença encontra-se no fato de o poder negocial ser fortemente limitado por normas estatais, que fixam condições para a manifestação da vontade dos particulares. Desse modo, a legislação estabelece requisitos para a conclusão de contratos em próprio nome (capacidade de exercício), indica os objetos lícitos do contrato, proíbe cláusulas abusivas, impõe o pagamento de impostos em caso de compra e venda ou de recebimento de herança etc.[35]

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

Uma forma peculiar do poder negocial dos particulares são as *convenções coletivas* no direito do trabalho. Trata-se de acordos concluídos, geralmente após trabalhosas negociações, por representantes dos empregados e dos empregadores de determinado setor da atividade econômica, no intuito de resolver, sem intervenção estatal, conflitos relativos às condições e à remuneração do trabalho. As convenções coletivas são hierarquicamente superiores a futuros acordos individuais entre os empregados e os empregadores cobertos pela convenção, desde que estes acordos não sejam mais favoráveis ao trabalhador (princípio da "norma favorável"). Exemplo: se na convenção coletiva for estabelecido salário mínimo de R$ 500,00 para determinada profissão, um posterior contrato de trabalho individual que estabeleça um salário de R$ 300,00 não possuirá validade, podendo o empregado exigir judicialmente o pagamento do salário acordado na convenção coletiva (Nascimento, 2001, p. 204-210, 254-255).

Quadro sinótico 8:
Tipologia das fontes do direito

Fontes materiais	**Fontes formais (no direito federal brasileiro)**		
	Diretas		*Indiretas*
	Escritas	*Não escritas*	
• Valores sociais • Necessidades humanas • Elementos culturais • Costumes sociais • Vontade do povo • Vontade de certas classes sociais • Vontade dos grupos de poder	• Constituição • Emenda à Constituição • Lei no sentido estrito • Tratados internacionais • Medida provisória • Decreto legislativo • Resolução • Decreto e regulamento • Instrução • Portaria • Circular • Ordem de serviço • Decisões do Judiciário (incluindo súmulas vinculantes, exercício do poder normativo da justiça de trabalho e declarações de inconstitucionalidade)	• Costumes jurídicos • Princípios gerais de direito • Vontade dos particulares	• Doutrina • Precedentes judiciais e súmula não vinculante

3. Conclusão

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

Os ordenamentos jurídicos modernos são marcados pela multiplicidade das fontes formais, que podem ser tanto escritas como não escritas, tanto diretas como indiretas. Contudo, constata-se a clara prevalência das fontes escritas e, principalmente, das normas oriundas do legislador constitucional e ordinário. As demais fontes do direito (jurisprudência, costumes, vontade dos particulares, princípios gerais não escritos, doutrina jurídica) encontram-se em posição subordinada; só desenvolvem efeitos normativos quando isso estiver previsto na legislação em vigor.

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

Para aprofundar o conhecimento

Arnaud, 1993; Ascensão, 2001, p. 247-305, 325-343; Bergel, 2001, p. 53-130; Canotilho, 2002, p. 689-701; Carvalho, 2007, p. 163-187; Coelho, 2004, p. 256-271; Costa, 2001, p. 187-213; Diniz, 1998, p. 278-323, 447-468; Terré, 2009, p. 161-171, 199-327; França, 1999, p. 61-92, 135-225; Gusmão, 2001, p. 101-136; Justo, 2003, p. 183-222; Ludwig, 2005; Machado, 2004, p. 116-159; Modugno, 2002; Montoro, 1999, p. 321-365; Oliveira, 2006, p. 161-192; Ross, 2000, p. 101-134; Roya, 1991; Rüthers, 1999, p. 123-151; Vaz, 2007, p. 227-263; Venosa, 2004, p. 139-169; Viola e Zaccaria, 2001, p. 156-171, 311-332, e 2003, p. 162-177, 207-211.

Lição 10

LIMITES DE VALIDADE DA NORMA JURÍDICA

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

1. Validade da norma no tempo (vigência)

1.1 Definição

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

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

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

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

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

No primeiro caso, temos uma norma de *efeito imediato*. No segundo, uma norma de *efeito diferido*. As normas de efeito diferido estabelecem um prazo entre a data de publicação e sua entrada em vigor. Esse período de carência é denominado *vacatio legis* (vacância de lei). Justifica-se por razões de divulgação

das novidades jurídicas, permitindo que os operadores jurídicos prepararem-se para a aplicação da nova regulamentação. A fixação do lapso temporal da vacância é particularmente necessária quando entra em vigor uma lei inovadora e de impacto, que promove significativas alterações no ordenamento jurídico.[1]

O art. 1.º da Lei Complementar 107/2001 precisou a contagem do prazo de vacância das leis para garantir maior certeza sobre o momento de entrada em vigor das leis. Pode parecer detalhe insignificante saber se uma lei entra em vigor hoje ou amanhã. Mas em muitos casos, o destinatário pode sofrer graves prejuízos ou, ao contrário, se beneficiar dependendo do momento da entrada em vigor. Isso vale em particular em relação a leis tributárias, previdenciárias e penais.

Valem as seguintes regras. Primeiro, as leis que estabeleçam período de vacância devem utilizar a cláusula: "Esta lei entra em vigor após decorridos (o número de) dias de sua publicação oficial" (art. 1.º, § 2.º, da LC 107/2001). Isso promove a segurança permitindo um cálculo preciso. Mas ainda são editadas leis que respeitam essa previsão, fixando o prazo de vacância em meses e não em dias. Por exemplo, a Lei 11.417/2006 prevê a entrada em vigor "três meses após a sua publicação". Nesse caso, o mais plausível é entender como "mês" os 30 dias.

Segundo, a contagem do prazo para a entrada em vigor se faz com a inclusão da data da publicação e do último dia do prazo. A lei entra em vigor no dia após o fim do prazo (art. 1.º, § 1.º, da LC 107/2001). Exemplo: uma lei é publicada no dia 5 com vacância de "15 dias". A vacância termina no dia 19, entrando em vigor a lei no dia 20.

O art. 8.º da Lei Complementar 95/1998, impõe que as leis indiquem expressamente a data de início de sua vigência. Segundo a mesma norma, as leis de pequena repercussão podem entrar em vigor na data de sua publicação; nos demais casos, a lei deve estabelecer "prazo razoável para que dela se tenha amplo conhecimento". Exemplo: o novo Código Civil, promulgado em 10.01.2002, estabeleceu, em seu art. 2.044, que só entraria em vigor um ano após a sua publicação.

1. A *vacatio legis* pode criar situações de extrema complexidade. Um exemplo oferece a verdadeira "aventura" do art. 374 do Código Civil. O Código Civil, cujo texto foi publicado no dia 11 de janeiro de 2002, deveria entrar em vigor no dia 11.01.2003. A Medida Provisória 75, de 24.10.2002, revogou o art. 374. Essa Medida Provisória foi rejeitada pelo Congresso Nacional em 18.12.2002. Assim sendo, o art. 374, revogado antes de sua entrada em vigor, voltou a valer. Mas, no dia 09.01.2003, dois dias antes da entrada em vigor do Código Civil, a Medida Provisória 104 revogou novamente o art. 374. Esta última Medida Provisória foi aceita pelo Congresso Nacional (Lei 10.677, de 22.05.2003), eliminando definitivamente o art. 374 do Código Civil.

Devemos sublinhar que o art. 8.º da Lei Complementar 95/1998 *revogou* o art. 1.º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, que regulamentava de maneira diferente o início da vigência das leis. Mas há livros didáticos que ignoram a Lei Complementar 95 e continuam ensinando as regras de entrada em vigor das leis com base na legislação anterior.[2]

1.2 Revogação

Em alguns casos a norma estabelece um lapso temporal de vigência. Isto ocorre nas seguintes hipóteses:

- Normas transitórias, que regulamentam o modo de passagem de um antigo a um novo regulamento, estabelecendo um prazo para que a administração pública ajuste-se às novas exigências ou preservando direitos adquiridos.
- Normas de direito financeiro e tributário que costumam ser de validade anual.
- Normas que regulamentam situações excepcionais. Exemplo: o decreto que proclama o estado de sítio, cuja duração total não deve ser superior a sessenta dias (trinta dias prorrogáveis uma vez por mais trinta, se persistirem as razões que justificaram a decretação – art. 136, § 2.º, da Constituição Federal).

Nessas hipóteses, a perda da validade da norma denomina-se *caducidade*. O transcorrer do prazo estabelecido provoca a "saída" da norma do ordenamento jurídico, sem necessidade de edição de outra norma.

A maioria das normas jurídicas é de validade indeterminada. Quando o legislador não estabelece nada sobre a duração da norma, a sua vigência se estende até que norma posterior venha a aboli-la ou substituí-la. Nesse sentido, o art. 2.º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro prevê: "Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue".

Os princípios da hierarquia e da posterioridade (Lição 11, 3.1 e 3.2) indicam que a nova norma deve ser de nível igual (ou superior) à anterior. Quando o legislador modifica a sua vontade, a norma anterior perde a validade.

O ato que dá fim à vigência de uma norma denomina-se *revogação*. Podemos distinguir várias formas de revogação (Sgarbi, 2006). Com base no critério da *extensão*, a revogação pode ser total se o dispositivo for totalmente abolido (*ab-rogação*) ou parcial, se somente uma parte se tornar sem efeito (*derrogação*).

Exemplo: A norma que prevê a isenção do imposto de renda de quem mora no exterior, possuindo rendas no Brasil, pode ser ab-rogada se o legislador con-

2. Machado, 2004, p. 99-100; Oliveira, 2006, p. 276-278; Vaz, 2007, p. 281.

siderar que a isenção não se justifica mais. Teríamos uma derrogação se uma nova norma previsse que a isenção só se aplica para quem mora por mais de três anos no exterior.

Com base no critério do *modo de revogação* temos a revogação *explícita* quando a nova norma indica os dispositivos revogados e a *tácita* quando o legislador cria uma norma que conflita com anteriores sem prever nada sobre a revogação, ficando aos cuidados do aplicador constatar a revogação.

O legislador brasileiro utilizava, às vezes, a técnica da revogação explícita, estabelecendo uma *cláusula de revogação* "fica revogada a lei x". Na maioria dos casos, porém, a revogação expressa era genérica, empregando-se a fórmula: "revogam-se as disposições em contrário". É evidente que tal fórmula nada passa de uma revogação tácita, deixando a critério do aplicador decidir quais normas e em qual medida foram revogadas.

A Lei Complementar 95/1998 remediou essa situação de insegurança. Proibiu a revogação genérica e a tácita, estabelecendo que o legislador deve indicar expressamente e enumerar as disposições revogadas.[3] Se não houver tal revogação explícita devemos entender que o dispositivo anterior continua vigorando.

Essa regra pode causar situações curiosas. Imaginemos que a Lei A prevê: "O curso de direito terá duração de 5 anos". A Lei B, posterior, prevê: "O curso de direito terá duração de 4 anos", e, por descuido, não revoga expressamente a Lei A. Como admitir que a Lei B, adotada pelo mesmo legislador e expressando sua atual vontade, não prevalece da Lei A? Não seria preferível continuar aceitando a revogação tácita? Diante da formulação da Lei Complementar 95/1998, a resposta deve ser negativa. Cabe ao legislador ter o cuidado de verificar a legislação anterior e revogar expressamente normas contrárias à sua vontade.

Há uma hipótese na qual nos parece ainda possível a revogação tácita.[4] Se a norma mais recente que entra em conflito com a anterior for hierarquicamente superior, prevalece mesmo não prevendo a revogação. Caso contrário, teríamos violação do princípio fundamental da hierarquia das fontes.

Exemplo: o art. 105, I, *i*, da Constituição Federal, adotado em 2004, prevê que a homologação de sentenças estrangeiras deve ser feita pelo Superior Tribunal de Justiça. Esse artigo entra em conflito com o art. 15 da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, que prevê que tal homologação será feita pelo Supremo Tribunal Federal. A norma constitucional não revoga expressamente o dispositivo da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, mas deve prevalecer por ser hierarquicamente superior.

3. Art. 9.º da Lei Complementar 95, de 26.02.1998, modificado pela Lei Complementar 107, de 26.04.2001.

4. Agradeço a observação do Dr. Rafael Toni Silva.

1.3 *Ultratividade e retroatividade*

Em regra geral, a nova norma substitui a anterior a partir de sua entrada em vigor. Nesse caso, dizemos que a norma possui vigência *ex nunc*, isto é, vigência imediata. Esta regra conhece duas exceções: a preservação parcial da norma anterior (ultratividade) e a retroatividade.

1. *Ultratividade*. A antiga lei pode continuar sendo aplicada em determinados casos após a cessação de sua vigência. Isto está previsto no art. 5.º, XXXVI, da Constituição Federal que proíbe que as normas infraconstitucionais prejudiquem os direitos adquiridos, os atos jurídicos perfeitos e a coisa julgada. Nesses casos, a norma posterior não pode mudar a situação em detrimento de direitos que as pessoas já possuem.

Essa regra era prevista antes da entrada em vigor da Constituição, no art. 6.º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, que define os referidos termos da seguinte maneira:

- Temos direito adquirido quando seu titular pode exercê-lo sem necessitar de autorização do Estado ou de terceiros. Exemplo: um funcionário, após ter completado os 30 anos de serviço previstos em lei, passa a receber aposentadoria plena. Uma lei posterior que exigir serviço de 35 anos para aposentadoria plena não pode prejudicar o direito do funcionário que já recebe a aposentadoria.

- O ato jurídico (Lição 13, 2) é considerado perfeito a partir do momento de sua conclusão. Exemplo: um contrato feito oralmente continua valendo, mesmo se após sua conclusão uma nova lei exigir a forma escrita para contratos dessa espécie.

- Coisa julgada é a decisão judicial não sujeita a recursos, isto é, a decisão que resolve de forma definitiva um conflito. Exemplo: o tribunal condena o devedor inadimplente de um banco a pagar juros de 12% ao mês segundo a legislação em vigor. Se uma lei posterior diminuir retroativamente os juros a 6% ao mês para casos de inadimplência, o banco não perde o direito a receber juros de 12%, já que a lei não pode alterar a coisa julgada.

2. *Retroatividade*. São retroativas as disposições que têm efeitos sobre situações ocorridas antes de sua entrada em vigor (vigência *ex tunc*, já no passado). Certamente, nenhuma norma pode mudar o passado. As normas influenciam o presente e o futuro. A diferença está no fato que as normas retroativas *modificam* a previsão legal sobre situações ocorridas no passado: a demissão considerada lícita é revertida, uma taxa devidamente paga deve ser devolvida. A retroatividade das leis é problemática porque desmente a confiança das pessoas no ordenamento jurídico, gerando insegurança e prejudicando as atividades sociais (Schlink, 2002, p. 50-53).

Por outro lado, em sociedades complexas que vivenciam contínuas mudanças, se faz, às vezes, necessário alterar as regras jurídicas em relação ao passado. Exemplo: a evolução dos costumes fez com que muitos países introduzissem a possibilidade do divórcio.[5] Quem contraiu núpcias sob o regime da indissolubilidade não pode se prevalecer eternamente dessa regra, proibindo que seu cônjuge peça o divórcio possibilitado por uma lei que entrou em vigor após a celebração do casamento.

O legislador deve encontrar um equilíbrio entre a necessidade de evitar leis retroativas, para garantir a segurança jurídica, e a de admitir a retroatividade, quando for necessária. Por esse motivo, a proibição geral da retroatividade, que se encontrava, no Brasil, nas Constituições do século XIX e ainda se encontra na França,[6] não foi incluída na Constituição Federal de 1988.

Em matéria de retroatividade, aplicam-se as seguintes regras no ordenamento jurídico brasileiro:

• Como dissemos, a Constituição proíbe a retroatividade da lei quando isso prejudica as situações consolidadas mencionadas no art. 5.º, XXXVI. Já que a maioria das leis gera direitos adquiridos, a retroatividade deve ser considerada como excepcional.

• As normas jurídicas podem ser retroativas, se isso for expressamente previsto em seu texto. Isso decorre da exigência de segurança jurídica, que veda as "surpresas". Quando a lei dispõe que entra em vigor na data de sua publicação, devemos concluir que ela não tem efeito retroativo.[7]

• No âmbito do direito penal valem duas regras absolutas sobre a retroatividade. Em primeiro lugar, é proibida a retroatividade quando isso prejudique o réu, por exemplo, quando é aumentada, após o cometimento do delito, a pena prevista na lei (pena cominada). Em segundo lugar, a nova lei penal deve retroagir se beneficiar o réu (art. 5.º, XL, da Constituição Federal; art. 2.º, parágrafo único, do Código Penal). Surge um problema quando a nova lei é em parte mais benéfica e em parte mais rigorosa que a anterior. Qual se aplicará para crime cometido antes da entrada em vigor da nova lei? A melhor solução seria o julgador combinar as sanções menos graves de cada norma. Mas a jurisprudência brasileira escolhe uma das duas leis, aquela que "tem o maior teor de benignidade".[8]

5. No Brasil, o divórcio foi introduzido pela Lei 6.515, de 26.12.1977.
6. Na prática francesa a proibição de retroatividade prevista no Código Civil conhece muitas exceções (Terré, 2009, p. 435-454).
7. O Supremo Tribunal Federal decidiu que a Constituição é retroativa somente quando o determina expressamente (Barroso, 1999, p. 87-88). Essa regra vale, com maior razão, para as normas de força jurídica inferior (normas infraconstitucionais).
8. Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário 596.152, relator Ministro Ricardo Lewandowski, DJe 30, 13.02.2012.

• Leis que criam ou aumentam tributos não podem ser retroativas nem aplicadas no exercício financeiro no qual foram criadas e só podem ser cobradas em relação a fatos geradores que ocorreram no mínimo 90 dias após a publicação da lei (art. 150, III, da Constituição Federal).

• A lei que altera o processo eleitoral pode ser aplicada a partir das eleições organizadas um ano após a sua entrada em vigor (art. 16 da Constituição Federal).

1.4 Desuso

As sociedades que conhecem rápidas evoluções tecnológicas são submetidas a contínuas mudanças de regras: os costumes mudam, profissões e atividades sociais desaparecem e novas se criam, os meios de comunicação se transformam. Basta pensar que pessoas que nasceram em bairros sem eletricidade podem hoje, por meio da Internet, escolher e comprar produtos armazenados nos países mais longínquos, recebê-los em casa em poucos dias e pagar a conta informando eletronicamente o número de seu cartão de crédito.

Nesse âmbito, muitas leis deixam de ser aplicadas porque a realidade mudou e não encontram mais objeto de aplicação. Podemos dizer que uma norma que não é aplicada por muitos anos, porque "envelheceu", deve ser considerada extinta de forma natural? Eis a questão do *desuso* das leis (em latim: *desuetudo*).

Em geral, as leis que não correspondem a exigências atuais são derrogadas ou modificadas para se adaptarem às novas situações. Entretanto, temos muitos casos de leis que, apesar de serem socialmente superadas, continuam em vigor. Qual é a influência do fator temporal nesses casos? Podemos considerar que o longo desuso causa a ab-rogação de uma lei?

Devemos distinguir os motivos pelos quais uma lei não é aplicada:

• As violações da norma não são levadas ao conhecimento das autoridades competentes. Exemplo: os proprietários de supermercados quase nunca denunciam o furto de produtos de pequeno valor.

• As pessoas desrespeitam a lei em suas relações. Exemplo: o mercado pede juros maiores que os permitidos e os consumidores aceitam essa situação por necessidade econômica ou falta de informação.

• Os tribunais deixam de utilizar uma alternativa que lhes oferece a lei. Exemplo: uma lei prevê pena de prisão ou multa, mas os tribunais aplicam sempre a pena de multa.

No direito romano era aceita a ab-rogação por desuso. No Digesto encontramos a regra que "as leis não se ab-rogam só pela decisão do legislador, mas também pelo consenso tácito de todos que leva ao desuso".[9]

9. "Leges non solum suffragio legis latoris, sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur"; opinião do jurisconsulto Juliano. Digesto de Justiniano, 1.3.32.1. Fonte: <http://webu2.upmf-grenoble.fr/Haiti/Cours/Ak/Corpus/d-01.htm>.

Nos ordenamentos modernos, a validade da norma não deve ser confundida com a sua eficácia social, que depende do comportamento social e não da vontade do legislador. A violação de normas válidas deve acarretar as previstas sanções, mesmo se for muito frequente e as autoridades competentes foram omissas no passado. Ninguém pode alegar a seu favor o fato de que outras pessoas em situações semelhantes não foram punidas, por não ser possível invocar a igualdade na ilegalidade.

Tampouco podemos ter desuso simplesmente por falta de casos de aplicação da lei. Se, por exemplo, nas últimas décadas ninguém concluiu uma espécie de contrato prevista no Código Civil, isso não significa que as normas que o regulamentam perderam sua validade. Se, no futuro, apresentar-se tal caso, as respectivas normas devem ser aplicadas.

A única possibilidade de ab-rogação da norma por meio do desuso seria a formação de um costume ab-rogatório, quando as pessoas, além de deixarem de aplicar a lei, deixam de considerá-la obrigatória. Isto constituiria, porém, um costume *contra legem*, que não é admitido nos ordenamentos jurídicos modernos (Lição 9, 2.2.1).

Disso resulta que o longo desuso não influencia diretamente a validade da norma. Pode, porém, afetá-la de forma indireta. Isto ocorrerá se a pessoa, acusada de violar uma norma há muito tempo não aplicada, alegar desconhecimento e for isenta de penalidade.

Exemplo: suponhamos que, nos últimos cinquenta anos, as autoridades de um país tenham tolerado o porte e consumo de pequenas quantidades de *cannabis*, apesar de expressa proibição legal. Se um jovem for preso em posse dessa substância, poderá alegar de forma plausível o desconhecimento da norma incriminadora, sendo provável sua absolvição. Nesse caso, a norma não deixa de valer formalmente, mas, devido ao desuso, não pode produzir seus efeitos.[10]

2. Validade da norma no espaço

Estudando a legislação de vários países constataremos que existem grandes disparidades. A idade mínima para o exercício dos direitos políticos varia; os requisitos para o casamento e para a redação de um testamento são diferentes; as penas previstas para os mesmos delitos são de duração e de natureza diversa e assim por diante. Como decidir qual legislação se aplica em um caso concreto, se, por exemplo, uma chilena e uma brasileira quiserem casar na Dinamarca? Coloca-se aqui o problema da validade da norma jurídica no espaço.

10. O art. 21 do Código Penal brasileiro prevê que o réu não deve ser punido se o desconhecimento da proibição era "inevitável".

2.1 *Princípio da territorialidade*

Os ordenamentos jurídicos modernos possuem caráter *estatal-nacional*. Titulares da soberania são os povos organizados em Estados. Nesse sentido, a regra geral é que as normas emitidas no âmbito de um ordenamento jurídico possuem validade na área em que o respectivo Estado exerce sua soberania.

Temos aqui o princípio da *territorialidade* do direito. A validade de uma norma no espaço depende basicamente dos limites da soberania de cada Estado. Em outros termos, as normas de cada ordenamento jurídico nacional possuem, em princípio, validade no território do respectivo Estado. Exemplo: um furto cometido na Espanha será punido segundo o direito espanhol e um furto cometido em Portugal será punido conforme as leis lusitanas, não importando qual é a lei mais branda ou mais nova. Disso resulta que, quando há conflito entre normas de vários países, não se aplica o critério da validade das normas no tempo e sim o critério da validade da norma no espaço.

Espaço de aplicação da lei é principalmente o espaço geográfico que se situa entre as fronteiras terrestres do país (solo, subsolo, lagos, rios etc.). Além disso, cada país exerce sua soberania em partes que se situam fora de suas fronteiras terrestres, no denominado espaço nacional *ultraterritorial*. Em relação a este último temos as seguintes regras:

- A maioria dos países considera como parte do território nacional os navios e aviões nacionais.
- O direito nacional e internacional estabelece complexas regras sobre a nacionalidade do mar e do ar. Nestes casos fala-se em "mar territorial" e "espaço aéreo nacional".
- Em zonas fronteiriças podem ser aplicáveis regras específicas. Exemplos: a *no man's land* (terra de ninguém), que separa os exércitos durante um conflito armado, sendo considerada zona neutra e fora da jurisdição dos países beligerantes; as zonas de livre comércio, criadas em portos ou nas imediações de fronteiras e submetidas à jurisdição conjunta de dois ou mais Estados ou a uma autoridade específica.
- As representações diplomáticas e as bases militares mantidas por exércitos estrangeiros são submetidas a regimes específicos, que criam privilégios e imunidades para os integrantes destes serviços.
- Há regulamentos especiais para as colônias (figura jurídica em extinção), para os territórios que estão sob controle internacional e para a Antártica.

No âmbito de uma introdução ao direito não é necessário estudar essas regras, cuja relevância para o cotidiano do operador jurídico é limitada. Só indicamos dois exemplos:

• O Código Penal brasileiro estabelece, em seu art. 5.º, § 1.º, que as embarcações e aeronaves brasileiras são consideradas como extensão do território nacional, desde que sejam de propriedade pública ou estejam a serviço do governo brasileiro. As demais embarcações e aeronaves são consideradas como extensão do território nacional somente quando se encontram no espaço aéreo brasileiro ou fora do mar territorial dos demais Estados.

• O alto-mar é tradicionalmente considerado como espaço que se situa fora do alcance da soberania dos Estados. Essa regra foi reiterada pelo art. 89 da Convenção das Nações Unidas sobre o direito do mar concluída em Montego Bay, em 10.12.1982, e incorporada no direito brasileiro pelo Decreto Legislativo 5 de 1987. A escolha do direito nacional que será aplicado aos navios que se encontram no alto-mar depende principalmente da "bandeira" que utilizam (arts. 92 e 94 da mesma Convenção).

O princípio da territorialidade aplica-se também no âmbito das Federações, quando se deve escolher entre normas emitidas por vários Estados ou por vários Municípios. Os Estados e os Municípios possuem, em princípio, competência no âmbito de seu território. Ocorrendo conflito entre normas federais, estaduais e municipais, vale principalmente a regra hierárquica (subordinação dos Estados ao direito federal e dos Municípios ao direito estadual), mas há muitas exceções.

2.2 *Princípio da nacionalidade e direito internacional privado*

Em muitos casos, o princípio da territorialidade do direito é completado ou substituído pelo critério da nacionalidade. Em tais hipóteses, as normas do ordenamento jurídico nacional são aplicadas aos cidadãos do país, mesmo quando estes se encontram fora do território nacional.

Isso vale, em primeiro lugar, para os direitos e obrigações relacionados com a nacionalidade (direitos políticos, serviço militar, nacionalidade dos filhos etc.). Exemplos: a possibilidade de voto nas embaixadas ou nos consulados para cidadãos que se encontram no exterior (art. 225 do Código Eleitoral).

Em segundo lugar, o Estado pode reservar-se o direito de punir seus nacionais, mesmo quando eles cometem crimes no exterior. O art. 7.º do Código Penal brasileiro prevê que os crimes cometidos por brasileiros no exterior serão punidos conforme a lei brasileira, existindo também exceções, estudadas no âmbito do direito penal.

Uma consequência da soberania nacional é que cada país estabelece suas próprias normas em relação à aplicação do direito, em casos que envolvem mais países ou pessoas de várias nacionalidades.

Isso pode ocorrer no direito comercial. Exemplo: uma empresa brasileira assina com uma empresa alemã um contrato de exportação e comercialização,

nos Estados Unidos, de produtos agrícolas provenientes de países do Mercosul, sendo o contrato concluído na representação da empresa alemã na Argentina e prevendo utilizar os serviços de uma transportadora japonesa. Semelhantes situações são muito frequentes nas últimas décadas, quando mesmo países tradicionalmente autárquicos, como o Brasil, abrem-se ao comércio internacional e, em paralelo, o desenvolvimento dos transportes e das comunicações diminui o custo das exportações.

Situações análogas encontram-se no direito das pessoas físicas. Exemplo: um brasileiro, que possui também a nacionalidade portuguesa por ser filho de imigrantes lusitanos, celebra casamento na Espanha, país de origem de seu cônjuge, e, posteriormente, ambos encontram trabalho e se instalam na França, onde também nascem seus filhos. Qual direito vale para suas relações pessoais e patrimoniais e para a nacionalidade dos filhos?

As regras do direito internacional privado (Lição 14, 3.2) permitem delimitar o âmbito de incidência de cada ordenamento jurídico, por meio da indicação do direito nacional que será aplicado no caso concreto. Cada país pode decidir se aplicará o princípio da nacionalidade, o princípio da territorialidade ou uma combinação de ambos para resolver um conflito. No Brasil, a Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro fixa as regras básicas para a aplicação do direito privado em casos "internacionais" (arts. 7.º a 19).

O problema surge quando as regras dos vários direitos nacionais são incompatíveis entre si, levando, por exemplo, a decisões contraditórias dos tribunais de dois (ou mais) países sobre o mesmo caso. O problema se ameniza com a assinatura de acordos bilaterais sobre a aplicação do direito em determinados casos. Para dar uma solução definitiva seria necessário que todos os países adotassem as mesmas regras. Mas, até hoje, apesar das tentativas de juristas e organismos internacionais, não foi possível uniformizar o direito internacional privado.

Para aprofundar o conhecimento

Ascensão, 2001, p. 305-324, 575-620; Barroso, 1999, p. 51-102; Bergel, 2001-a, p. 195-203; Cardoso, 1995; Diniz, 1998, p. 385-394, e 2004, p. 42-77; França, 1999, p. 93-129; Machado, 1997, p. 219-251; Nunes, 2002, p. 197-222; Oliveira, 2006, p. 287-310; Sgarbi, 2006; Terré, 2009, p. 435-454.

Lição 11

CONFLITOS ENTRE NORMAS JURÍDICAS

SUMÁRIO: 1. O princípio da não contradição no direito – 2. Antinomias aparentes – 3. Critérios de solução de antinomias reais: 3.1 Critério da superioridade (ou hierárquico): 3.1.1 Conteúdo; 3.1.2 Direito internacional; 3.2 Critério da posterioridade (ou cronológico): 3.2.1 Conteúdo; 3.2.2 O problema da repristinação; 3.3 Critério da especialidade – 4. Conflitos entre critérios – 5. Inaplicabilidade dos critérios e proporcionalidade – 6. Superação dos critérios de solução de antinomias pelo "diálogo das fontes"?

1. O princípio da não contradição no direito

Um princípio fundamental da lógica clássica é a *não contradição*: uma coisa não pode existir e inexistir ao mesmo tempo e uma afirmação não pode ser verdadeira e falsa.[1] Se alguém afirmar que a água da banheira está gelada e quente, isso será considerado, dependendo da situação, como brincadeira, desconhecimento do significado das palavras (no caso de um estrangeiro) ou indício de problema mental.

Traduzindo o princípio da não contradição na linguagem da lógica, temos uma *alternativa*: "Se é verdade que a água da banheira é quente, então é necessariamente falso que seja gelada" (e vice-versa). Devemos escolher! Aplica-se esse princípio ao direito? Já sabemos que as normas jurídicas não podem ser qualificadas como verdadeiras ou falsas, mas somente como válidas ou inválidas (Lição 6, 2.2). Poderíamos, então, pensar que o princípio da não contradição, aplicável em todas as afirmações do ser, não encontra aplicação nas normas do dever ser. Com efeito, nada impede o legislador emitir duas ordens contraditórias para a mesma pessoa e o mesmo caso. Ambas serão formalmente válidas.

Isso é correto em princípio. Na prática, porém, a situação é bem diferente, já que o legislador procura regulamentar a vida social e não quer fazer brincadeiras e jogos de palavras. Por isso não encontraremos lei cujo art. 1.º preveja,

1. Os três princípios fundamentais da lógica clássica são: a *identidade* (A é A); o terceiro excluído ou a *bivalência* (A é ou não é; não há outra possibilidade); a *não contradição* (A não pode ser e não ser ao mesmo tempo).

por exemplo, que o voto é obrigatório, uma vez que o art. 2.º da mesma lei estabelece que o voto é facultativo. Tal contradição pode, no máximo, ser um erro de redação, que deve ser imediatamente corrigido.

A contradição entre normas jurídicas apresenta-se principalmente em duas situações. Primeiro, quando o legislador cria uma norma contrária à lei anterior e, por desconhecê-la, não prevê explicitamente sua revogação. Se alguém invocar a velha norma, as autoridades competentes devem resolver o conflito.

Segundo, quando uma autoridade estatal toma uma decisão que contraria normas jurídicas de força superior. Exemplos: uma lei tributária desrespeita normas constitucionais; um decreto do Presidente da República entra em contradição com uma lei. Em tais casos não temos um erro, mas a expressão da vontade de desrespeitar as normas superiores.

Os teóricos do direito reconhecem a existência de contradições entre normas jurídicas. O termo que designa tais contradições é *antinomia*.[2] Definimos como antinomia a existência de duas ou mais normas jurídicas que apresentam três características:

- fazem parte do mesmo ordenamento jurídico;
- são válidas e aplicáveis ao mesmo tempo e no mesmo caso;
- revelam-se incompatíveis entre si porque "uma obriga e a outra proíbe, ou uma obriga e a outra permite, ou uma proíbe e a outra permite o mesmo comportamento" (Bobbio, 1991, p. 86).

Como dissemos, as normas jurídicas podem conter contradições, já que pertencem ao mundo imaginário do dever ser. Mas, no mundo real do comportamento humano, a contradição leva a consequências sociais indesejáveis. Gera insegurança jurídica e mina a confiança na capacidade do ordenamento jurídico de regulamentar a vida social. Se a mesma pessoa deve e não deve pagar uma dívida, o direito falha em sua principal promessa: organizar o convívio pacífico, definindo os direitos e as obrigações de cada um. Nesse sentido, o ordenamento jurídico é um sistema fechado que, apesar das antinomias, sempre permite chegar a uma decisão clara e definitiva.

Em outras palavras, a antinomia jurídica impõe escolher o dispositivo (ou a combinação de partes de dispositivos) a ser aplicado. Para tanto, devemos possuir critérios de resolução das antinomias. Esses critérios são, muitas vezes, indicados por normas de competência normativa (Lição 6, 3.2.8) e sistematizados pela doutrina.

2. Termo de origem grega que significa existência de normas contraditórias (*anti* =entre tra, *nomos* = lei).

Ponto de partida constitui a tese de que o legislador é *racional*, não podendo ter emitido ordens contraditórias. Todos sabem que a realidade é bem diferente. No entanto, os operadores do direito fundamentam seu trabalho na *ficção* de que as normas jurídicas não podem ser contraditórias entre si (Lição 8, 3.2). Isto significa que deve prevalecer uma das normas contraditórias ou uma combinação harmônica entre elas.

A pergunta é: *qual norma vale no caso concreto, devendo ser utilizada como premissa maior na construção do silogismo jurídico?* Diante de um caso, o operador jurídico identifica as normas jurídicas que, *prima facie* (à primeira vista), podem ser aplicadas e, em seguida, decide qual e como será aplicada.

2. Antinomias aparentes

Muitos conflitos entre normas são somente *aparentes*, podendo ser resolvidos com o bom senso do aplicador. Temos uma antinomia aparente quando as normas conflitantes aplicam-se em âmbitos diferentes. Neste caso, as normas não apresentam a primeira, ou a segunda, característica da definição da antinomia que indicamos acima.

Isso ocorre, em primeiro lugar, quando as normas pertencem a ordenamentos jurídicos diferentes.

Exemplo: o Código Penal brasileiro pune a violação de correspondência com pena de detenção de até seis meses (art. 151). O Código Penal português prevê para o mesmo delito pena de até um ano (art. 194). Essas normas não são contraditórias, pois fazem parte de ordenamentos diferentes. Basta saber qual dos dois incide no caso concreto para resolver facilmente o problema da pena cabível. Aqui se aplicam os critérios de delimitação da validade das normas no espaço (Lição 10, 2).

Em segundo lugar, a antinomia aparente verifica-se quando normas que pertencem ao mesmo ordenamento jurídico valem para pessoas ou situações diferentes.

Exemplos: entre duas leis municipais que estabelecem diferentes alíquotas de imposto predial não há antinomia porque se aplicam em espaços diferentes. Suficiente saber em que município situa-se o imóvel para decidir qual norma aplicável.

o regulamento de uma biblioteca permite o empréstimo de livros aos por uma semana e aos professores por quinze dias não há contradição. se o usuário é professor ou aluno para aplicar a norma correspondez que cada uma possui destinatários diferentes.

plos referem-se a normas que estabelecem claramente seu âmse isso não for claro, devem ser aplicados os critérios de resotre normas que analisaremos no item 3.

1. con-

Haverá também antinomia aparente se uma das normas em conflito tiver algum vício que impeça sua aplicação. Isso ocorre se uma das normas for inconstitucional ou ilegal, porque foi editada por autoridade incompetente, ou em desrespeito ao processo legislativo, ou porque contraria o conteúdo de normas superiores. Semelhante é a situação na qual se constata que uma das normas em conflito não entrou ainda em vigor ou foi revogada. Aqui temos uma aparência de antinomia que se revela sem fundamento após o exame cauteloso do material normativo.

Por fim, o aplicador deve tentar *harmonizar* as normas conflitantes antes de afirmar a existência de antinomia real. Quando há, por exemplo, suspeita de inconstitucionalidade de uma lei (antinomia entre Constituição e lei), o aplicador deve tentar "salvar" a lei, interpretando-a de maneira conforme à Constituição (Tavares, 2006, p. 250-254, e 2006-a, p. 133-150). Em outros casos, o aplicador pode evitar a antinomia fazendo interpretação restritiva de um dos dispositivos para evitar o conflito com o outro.[3]

3. Critérios de solução de antinomias reais

Temos uma antinomia real quando o aplicador constata que os legisladores manifestaram duas vontades contraditórias a respeito do mesmo assunto. Para resolver as antinomias reais, a teoria do direito elaborou uma série de critérios que apresentamos a seguir.

3.1 Critério da superioridade (ou hierárquico)

3.1.1 Conteúdo

As normas jurídicas constituem um sistema porque são hierarquizadas, existindo entre elas relações de superioridade e subordinação. Como diz um conhecido brocardo: *lex superior derogat legi inferiori* (a norma superior revoga a inferior). Esse critério permite resolver muitas antinomias.

Para aplicar o critério da superioridade precisamos conhecer a hierarquia de normas em determinado ordenamento jurídico. Dita hierarquia reflete as relações *genéticas* no âmbito do ordenamento jurídico. A criação de uma norma é autorizada pelas superiores, devendo estar em conformidade com estas (Kelsen, 2000, p. 215-238).

3. Parte da doutrina dá uma definição ampla das antinomias aparentes. Considera como tais todas as antinomias que podem ser resolvidas com a aplicação dos critérios que apresentaremos em seguida e denomina de "reais" só as antinomias insolúveis (Bobbio, 1991, p. 92; Engisch, 1988, p. 314; Diniz, 2004, p. 71-72). Essa visão nos parece equivocada. Primeiro, porque não há antinomias insolúveis no direito. O juiz sempre deve e pode decidir algo. Segundo, porque a presença de duas normas incompatíveis entre si é uma antinomia real causada por um conflito de vontades legislativas.

Isso significa que uma norma é válida quando satisfaz dois requisitos. Primeiro, seu emissor deve estar autorizado por normas superiores para editar essa espécie de norma. Segundo, não pode contrariar as normas dos escalões superiores da pirâmide normativa. Em caso de conflito entre o conteúdo de duas normas prevalece a hierarquicamente superior, que possui maior força formal: lei ordinária contrária à Constituição é inconstitucional; decreto que desrespeita disposição legislativa é ilegal etc.

Nos Estados federais funcionam em paralelo dois sistemas de hierarquia normativa:

1. Hierarquia de normas no âmbito de cada entidade federativa. Essa hierarquia é fixada no texto normativo maior da respectiva entidade (Constituição Federal, Constituição Estadual, Lei Orgânica do Distrito Federal e dos Municípios). Temos, assim, no Brasil, a hierarquia das normas federais, a hierarquia das normas estaduais e a hierarquia das normas municipais.

No direito federal brasileiro a pirâmide das normas resulta da interpretação sistemática de várias normas da Constituição, realizada pelos tribunais, e compõe-se dos seguintes escalões:

- Constituição;
- emenda à Constituição ou tratado internacional a ela equiparado (art. 5.º, § 3.º, da Constituição);
- tratado internacional sobre direitos humanos;
- lei complementar;
- lei ordinária e delegada, medida provisória, demais tratados internacionais;
- decreto;
- portaria, instrução e demais regulamentos administrativos.[4]

2. Hierarquia das normas das diferentes entidades federativas. Aqui as normas oriundas das várias entidades são comparadas e hierarquizadas no intuito de resolver eventuais conflitos. As bases do sistema são estabelecidas na Constituição Federal, que é o texto normativo supremo da Federação. Em regra geral, o direito federal prevalece sobre o estadual e este último sobre o municipal. Encontramos, no entanto, exceções previstas na própria Constituição Federal, que, em alguns casos, prevê que a entidade superior não pode desrespeitar a autonomia das inferiores.

4. Entre os regulamentos administrativos existe uma hierarquia interna, que depende da posição de cada autoridade na hierarquia administrativa.

Exemplos: a União não pode alegar a superioridade de seu direito e cobrar impostos que a Constituição Federal determina como municipais ou estaduais (arts. 155 e 156). Uma lei federal não pode fixar as regras de organização dos Municípios, que, por previsão constitucional, possuem a competência exclusiva para votar a sua Lei Orgânica (art. 29, *caput*).

O critério da superioridade encontra sua justificação na finalidade do ordenamento jurídico. A vontade política que impõe e mantém a Constituição como norma suprema estabelece regras de competência e de conteúdo. O legislador comum e as demais autoridades do Estado são seus mandatários. Quando decidem de forma contrária ao mandato que lhes deu o texto supremo contradizem a suprema vontade no mundo jurídico e suas normas não devem ser aplicadas.

3.1.2 Direito internacional

O princípio da superioridade encontra seu maior desafio jurídico e político quando é chamado para resolver conflitos entre normas de direito nacional e internacional. Desde o início do século XX, o direito internacional público sofreu muitas transformações, devido ao fortalecimento e à proliferação dos organismos internacionais em um mundo sempre mais interligado pela facilitação das comunicações e pelos interesses econômicos de expansão do comércio e da especulação financeira.

Na doutrina jurídica, o problema das relações entre o direito internacional e os direitos nacionais recebeu duas respostas diferentes, dadas pelas correntes do monismo e do dualismo.

O *monismo* considera que existe uma única pirâmide de normas jurídicas. Uma subcorrente do monismo sustenta a superioridade do direito nacional em face das normas internacionais; a outra subcorrente admite a primazia do direito internacional.

O *dualismo* afirma que entre ambos os ordenamentos não existem relações hierárquicas. Cada um é independente, porque o fundamento de sua validade é diferente. Assim, como não há hierarquia entre dois direitos nacionais e os conflitos resolvem-se por meio de acordos políticos e – infelizmente – de guerras, não há hierarquia entre o direito internacional e o direito nacional. As relações entre ambos é problema de política internacional e não de interpretação jurídica.

Essas doutrinas são estudadas com profundidade pelo direito internacional público. Aqui interessa indicar que os ordenamentos nacionais estabelecem quase sempre a prevalência da Constituição nacional em relação às normas de direito internacional. Alguns países reconhecem a prevalência das regras de direito internacional em relação às leis ordinárias e as demais normas infraconstitucionais. Isso ocorre, por exemplo, na Alemanha (art. 25 da Lei Fundamental) e na França (art. 55 da Constituição).

No Brasil, por muito tempo foi considerado que as regras de direito internacional posicionam-se no nível hierárquico da lei ordinária. Por serem incorporadas no direito interno mediante decisão do Congresso Nacional (art. 49, I, da Constituição Federal), possuem a força jurídica de leis ordinárias e uma lei ordinária mais nova pode ab-rogar ou derrogar norma internacional anterior (posição monista com prevalência do direito nacional). O Supremo Tribunal Federal adotou por muito tempo esse entendimento, que nos parece correto (Sabadell e Dimoulis, 2003). Essa posição encontrou a oposição de parte da doutrina. O Supremo modificou sua jurisprudência em 2008, decidindo que os tratados internacionais que garantem direitos humanos são superiores às leis ordinárias brasileiras (tese da *supralegalidade* dos tratados internacionais), mas continuam inferiores à Constituição Federal.[5]

Além disso, segundo o art. 5.º, § 3.º, da Constituição Federal, os tratados sobre direitos humanos adquirem força de emenda constitucional se forem aprovados com o procedimento previsto no art. 60 da Constituição Federal (aprovação em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, com o voto positivo de três quintos dos membros de cada Casa).

3.2 Critério da posterioridade (ou cronológico)

3.2.1 Conteúdo

Quando as normas conflitantes possuem a mesma força jurídica (encontram-se no mesmo "escalão" da hierarquia), mas foram promulgadas em tempos diferentes, prevalece a norma mais nova. Nesse caso, utiliza-se o brocardo *lex posterior derogat legi priori* (a norma posterior revoga a anterior).[6]

A sua justificativa é óbvia. O fato de o legislador ter introduzido posteriormente um regulamento diferente sobre a mesma questão significa que este quis revogar o anterior. Da mesma forma que o garçom traz ao freguês a bebida que acabou de pedir e não aquela que tinha pedido na semana passada, seria contrário à lógica considerar que a lei anterior continua valendo mesmo após uma nova manifestação de vontade do legislador sobre a mesma matéria.

Exemplo: uma lei tributária aumenta a alíquota do imposto sobre veículos. Mesmo se o texto da lei não indicar que a lei anterior perde sua validade, isso deve acontecer por estarmos diante da manifestação de vontade mais recente da mesma autoridade estatal.

5. Recurso Extraordinário 349.703, relator Ministro Carlos Britto, julgamento em 03.12.2008 (<http://www.stf.jus.br>).

6. Encontramos a regra formulada em grego antigo pelo jurisconsulto Modestino no Digesto de Justiniano, 1.4.4. Fonte: <http://webu2.upmf-grenoble.fr/Haiti/Cours/Ak/Corpus/d-01.htm>.

Para resolver tais conflitos devemos conhecer qual é a norma mais nova, isto é, qual foi criada posteriormente. Tratando-se de normas escritas, consideramos que é decisivo o momento de sua *publicação* oficial, que indica a conclusão do processo de elaboração e torna definitiva a manifestação da vontade das autoridades competentes.

Sabemos que, desde 1998, no Brasil a revogação da lei anterior deve ser expressa (Lição 10, 1.2). Isso acabará inutilizando o critério da posterioridade. Com efeito, se a lei posterior não revogar expressamente a anterior, presume-se que essa última continua vigorando, apesar de contrariar a norma mais recente.

Em caso de conflito entre dois costumes, a constatação do mais novo é muito mais difícil. Dada, porém, a pouca relevância jurídica do costume (Lição 9, 2.2.1), o tema carece de interesse prático.

3.2.2 O problema da repristinação

Um problema particular cria-se quando uma norma revoga outra que, por sua vez, tinha sido editada para substituir norma anterior. Se a norma mais recente limitar-se a revogar a anterior sem estabelecer um novo regulamento, voltaria a ser válida a norma inicial? Eis a questão da *repristinação* ou do *efeito repristinatório* (do verbo repristinar que significa restaurar, fazer valer de novo).

Exemplo fictício: lei de 1990 estabelece um salário-família para quem possuir no mínimo dois filhos; lei de 2000 a revoga, prevendo que o salário-família é concedido aos trabalhadores de baixa renda, independentemente do número dos filhos. Se uma lei de 2010 ab-rogar a lei de 2000 sem prever nada sobre o salário-família, será de novo aplicável a lei de 1990?

Os casos de repristinação são muito raros, pois os dispositivos legais têm quase sempre duas partes: a negativa (revogação de normas anteriores) e a positiva (nova regulamentação). A repristinação pode ser cogitada somente se a norma revogar a anterior sem estabelecer nada novo, algo muito raro.

O ordenamento jurídico brasileiro admite a repristinação se for expressamente prevista pela lei revogadora: "Salvo disposição em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência" (art. 2.º, § 3.º, da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro). No exemplo dado, a lei de 2010 não prevê o retorno à lei de 1990. Por essa razão, não é possível a repristinação da lei originária. Em outras palavras, no direito brasileiro só é aceita a repristinação expressamente prevista na lei (repristinação explícita). Se não houver repristinação, cria-se uma lacuna jurídica. Esta deverá ser preenchida por meio dos métodos já estudados (Lição 8, 6) e, preferencialmente, pela aplicação analógica de outras normas.

Há uma situação em que, apesar da referida norma da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro ocorre a repristinação tácita, restaurando-se a norma originária sem previsão legal. Isso ocorre quando o Supremo Tribunal Federal declara a inconstitucionalidade de certas normas. Pode essa declaração "ressuscitar" a regulamentação anterior que tinha sido revogada pela norma ora declarada inconstitucional?

A resposta é positiva. Se não fosse assim, a lei inconstitucional – e por isso inválida – poderia anular uma lei que vigorava em plena conformidade com a Constituição (Barroso, 1999, p. 90-95; Francisco, 2007).

Exemplo fictício: lei de 2009 concede aos genitores solteiros auxílio mensal para a educação dos filhos menores de 16 anos. Lei de 2010 derroga a lei de 2009 e prevê um auxílio do mesmo valor só para as mães solteiras. Se a lei de 2010 for declarada inconstitucional por violar o princípio da igualdade entre homens e mulheres e se for repristinada a lei de 2009, o resultado seria extremamente injusto, causando prejuízo tanto para as mães como para os pais solteiros. A lei de 2009 volta a vigorar por meio de repristinação *tácita*.

3.3 *Critério da especialidade*

Em casos de antinomia entre normas do mesmo escalão da pirâmide jurídica, prevalece a norma específica, isto é, aquela que regulamenta de forma particular determinados casos. Aqui se aplica o brocardo *lex specialis derogat legi generali*: a norma específica revoga a geral.

Exemplo: em caso de desapropriação a Constituição Federal impõe o pagamento de indenização justa, prévia e em dinheiro (art. 5.°, XXIV). Tratando-se, porém, de imóvel rural desapropriado para fins de reforma agrária, outra norma constitucional dispõe especificamente que a indenização justa e prévia não será paga em dinheiro, mas em títulos da dívida agrária resgatáveis no prazo de até 20 anos a partir do segundo ano de sua emissão (art. 184, *caput*). No caso de imóveis rurais, prevalece a norma específica, não podendo o proprietário exigir a indenização em dinheiro que constitui a regra nas desapropriações.

O princípio da especialidade também possui justificação lógica. Sendo o legislador racional, devemos entender que quando trata de forma específica um assunto prevalece sua vontade concreta e não a regra geral. Caso contrário, teria se contentado em estabelecer a regra geral!

4. Conflitos entre critérios

Analisados separadamente, os referidos critérios permitem resolver conflitos, indicando qual norma e como deve ser aplicada. Assim sendo, os critérios permitem salvaguardar a coerência e a certeza do ordenamento jurídico, não deixando os operadores do direito e a população desamparados diante de incoerências ou de conflitos entre as normas válidas.

A situação complica-se quando o emprego desses critérios leva a resultados diferentes. Nesse caso temos um conflito de segundo grau (Sgarbi, 2007, p. 662). Qual deverá prevalecer? Valem as seguintes regras:

– *Prevalência absoluta do critério da superioridade*. Pelas razões já indicadas, em caso de conflito entre os referidos critérios prevalece sempre o hierárquico. A norma superior impõe-se às inferiores, mesmo quando forem mais novas ou específicas. Seria um claro desrespeito à vontade do constituinte admitir que o legislador comum pudesse abolir partes da Constituição, emitindo normas mais recentes ou específicas. O sistema de controle de constitucionalidade objetiva impedir que uma norma infraconstitucional mais recente ou específica possa introduzir alterações na ordem constitucional.[7]

– *Relações entre os critérios da especialidade e da posterioridade*. Temos conflito entre esses dois critérios quando o mesmo caso for regulamentado por uma norma anterior e especial e uma outra, posterior e mais geral.[8] Aqui se revela muito mais difícil a resolução da antinomia.

Exemplo:[9] a Lei 1 prevê que para o crime de tráfico de drogas a pena de prisão será integralmente cumprida sem nenhum benefício para o condenado. A Lei 2 (posterior) prevê que todas as penas de prisão inferiores a quatro anos serão substituídas por penas alternativas, como a prestação de serviço à comunidade. Se alguém for condenado a três anos de prisão por tráfico de drogas, é aplicável a Lei 1, que se refere à punição de um delito em específico, ou a Lei 2 que institui uma regra mais geral, mas não prevê explicitamente a revogação da Lei 1?

A maior parte da doutrina sustenta que deve prevalecer a norma especial, mesmo sendo anterior: *lex posterior generalis non derogat legi priori speciali* (ou *generalia specialibus non derogant*).[10] Outra corrente doutrinária considera que o referido brocardo só cria uma *presunção interpretativa*: em geral deve prevalecer a lei especial mesmo sendo anterior, mas, dependendo das circunstâncias, po-

7. Mais frequente é a *coexistência* de normas superiores genéricas e de normas inferiores especificadoras. Exemplo: a lei concretiza um direito fundamental previsto na Constituição. Nesse caso, o aplicador deve dar preferência à norma inferior e específica. Isso explica por que os tribunais aplicam os artigos do Código Penal que tipificam o homicídio e não a norma constitucional, que garante o "direito à vida" (art. 5.°, *caput*). Antes de optar pela aplicação da norma inferior especificadora, o operador jurídico deve examinar sua concordância com a superior, impedindo que a norma inferior restrinja indevidamente a superior. Isso mostra que a prevalência da norma superior é absoluta, mesmo quando a inferior a concretiza. Parte da doutrina considera possível aplicar a norma inferior que contraria as superiores, invocando a "adaptabilidade" do direito (Ferraz Jr., 2001, p. 207; Diniz, 2004, p. 80-81; Mascaro, 2007, p. 177). Essa sugestão ignora a hierarquização das normas jurídicas, que constitui fundamento do Estado de direito.

8. Não há problema se a norma posterior for também mais específica. Nesse caso, tanto o critério da especialidade como o critério da posterioridade dão preferência à norma posterior e especial.

9. O exemplo apresenta de forma simplificada o problema da execução da pena nos crimes hediondos que criou grandes controvérsias na jurisprudência e na doutrina. Cf. as referências em Franco, 2001, p. 1.202-1.208.

10. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial 5.344, de 1991, relator Min. Eduardo Ribeiro; Recurso Especial 266.741 de 2002, relator Min. Felix Fischer. Fonte: <http://www.stj.gov.br>. Ver, entre a doutrina, Bergel, 2001-a, p. 195; Mascaro, 2007, p. 177.

derá ocorrer o contrário.[11] Há também autores que consideram preferível deixar a decisão ao Judiciário, em vista das peculiaridades de cada caso (Sgarbi, 2007, p. 675).

Parece-nos correto considerar que, em regra geral, deve prevalecer a lei mais recente (cf. Ross, 2000, p. 160-161). Se no nosso exemplo o legislador achou correto, do ponto de vista da política criminal, conceder benefícios aos condenados a penas de curta e média duração, entendemos que deve ser considerada tacitamente revogada a norma anterior e mais rígida sobre a punição de determinado delito. A lei mais recente que está no mesmo nível hierárquico da anterior possui maior legitimidade democrática e não deve ser afastada pela anterior, mesmo sendo esta específica.

É importante destacar três pontos:

Primeiro, deve ser examinada a finalidade da lei mais nova. Se for claro que o legislador não quis revogar um regulamento específico anterior, este deve permanecer em vigor.

Segundo, o aplicador do direito deve levar em consideração e resguardar eventuais direitos adquiridos sob a vigência do regulamento anterior.

Terceiro, devemos lembrar que desde 1998, no Brasil, a norma mais nova só revoga a anterior se isso for expressamente previsto (Lição 10, 1.2). Isso significa que, em caso de silêncio, continuará vigorando a lei anterior, independentemente de seu caráter mais genérico ou mais específico em relação à norma posterior.

Quadro sinótico 9:
Solução de conflitos entre os critérios de prevalência de normas

Tipo de norma:	Posterior	Superior
Posterior	———	Prevalece a superior
Especial	Opinião dominante: prevalece sempre a especial Outra opinião: prevalece a especial, havendo exceções Opinião do autor: prevalece a posterior, havendo exceções	Prevalece a superior

11. Essa é a jurisprudência da Corte constitucional italiana. Acórdão 41, de 1992. Fonte: <http://www.giurcost.org/decisioni/1992/0041s-92.html>. No mesmo sentido, Bobbio, 1991, p. 108; Modugno, 2000, p. 109; Castignone, 2001, p. 134-135; Diniz, 2004, p. 80; Sanchís, 2005, p. 141.

Exemplo real de solução de conflitos de prevalência: o Código Penal Militar de 1969 configura como delito as relações sexuais em lugares sujeitos à administração militar, mesmo se os envolvidos são adultos e consentem (art. 235). A norma conflita com o Código Penal que não criminaliza tais atos. Prevalece o Código Penal Militar, porque é específico para os militares e os lugares sob administração militar. Além disso, o Código Penal foi promulgado em 1940, e o Código Penal Militar data de 1969, sendo mais novo. Por isso não há conflitos entre os princípios da especialidade e da posterioridade. Mas, ainda que o Código Penal Militar fosse anterior ao Código Penal, prevaleceriam suas disposições por ser clara a vontade do legislador de introduzir regulamentos específicos, preservando a disciplina e ordem militar.

Por outro lado, a penalização da prática de atos sexuais entre adultos que consentem plenamente, sem que haja nenhuma forma de pressão ou de publicidade que poderia causar escândalo público, viola os direitos fundamentais à liberdade, à vida privada e à intimidade (art. 5.º, *caput* e inciso X, da Constituição Federal). Por essa razão, revela-se inconstitucional. Havendo conflito, prevalecem as normas constitucionais que são hierarquicamente superiores, não se aplicando as normas específicas do Código Penal Militar.

5. Inaplicabilidade dos critérios e proporcionalidade

O que ocorre se nenhum dos três critérios de prevalência puder ser aplicado em caso de antinomia? Isso se verifica quando as normas conflitantes possuem o mesmo valor hierárquico, foram promulgadas simultaneamente e apresentam o mesmo grau de generalidade. Semelhante situação encontra-se frequentemente nos conflitos entre normas constitucionais.

Exemplo: os membros de um sindicato organizam uma passeata no centro da cidade, no horário comercial. Isto impõe fortes restrições ao trânsito, impedindo que uma parte da população locomova-se livremente. Aqui o direito de reunião, garantido pela Constituição Federal (art. 5.º, XVI), entra em conflito com a liberdade de locomoção, também garantida pela Constituição (art. 5.º, XV). O que deverá fazer a polícia? Qual dos dois direitos deverá ser sacrificado?

Ambas as normas conflitantes são de nível constitucional, foram promulgadas no mesmo dia (05.10.1988) e não podem ser classificadas conforme o critério da especialidade, já que tratam de assuntos diferentes. Por tal razão, a antinomia não pode ser resolvida com os critérios geralmente aplicáveis.

Isso ocorre quase sempre nos conflitos entre direitos fundamentais ou entre normas constitucionais de baixa densidade normativa ("princípios"). O aplicador do direito deve resolver a antinomia analisando os interesses que entram

em contradição. Em vez de afastar a aplicação de uma das normas, como acontece nas demais antinomias, deve tentar, na medida do possível, a *harmonização*. O aplicador deve otimizar todos os direitos ou princípios, sabendo que todos merecem a mesma proteção e nenhum pode ser sacrificado em prol do outro.[12]

A principal ferramenta para realizar a harmonização em casos de antinomias é a proporcionalidade, utilizada pela jurisprudência constitucional de vários países.[13] Avaliando um caso de conflito entre direitos fundamentais ou princípios sob o prisma da proporcionalidade, é possível encontrar um ponto de equilíbrio. Examina-se, notadamente, se a limitação feita em um direito ou princípio para preservar um outro direito ou princípio é:

- adequada (permite alcançar a finalidade proposta) e
- necessária (não há um outro meio que permita alcançar a mesma finalidade, limitando menos o direito fundamental ou o princípio).

Exemplo: o pagamento de impostos é uma obrigação prevista na Constituição Federal. A mesma Constituição garante, porém, o direito de propriedade, uma vez que os impostos diminuem o patrimônio e, quando a alíquota for particularmente alta, pode causar o confisco do patrimônio. Se o contribuinte alegar a inconstitucionalidade da alíquota de um imposto, o tribunal deverá examinar sua adequação e, principalmente, sua necessidade, evitando uma injustificada restrição do direito de propriedade.

O exame da proporcionalidade gera problemas. As regras da adequação e da necessidade não se baseiam em critérios absolutamente certos e fixos, criando-se o risco de uma avaliação subjetiva por parte do juiz. Aqui também se faz necessária a detalhada *fundamentação* da decisão que resolve o conflito, para diminuir os riscos do subjetivismo e possibilitar a crítica.

Além disso, o aplicador do direito deve demonstrar a máxima cautela ("autolimitação") durante o exame da proporcionalidade, evitando que suas posições subjetivas se sobreponham a avaliações constitucionais ou a medidas legislativas que delimitam o exercício dos direitos fundamentais e concretizam os princípios constitucionais (Martins, 2003).

Finalmente, quando há conflitos, dúvidas e controvérsias persistentes sobre a melhor forma de tratar antinomias reais no âmbito da Constituição, a solução mais condizente com a segurança jurídica e o princípio democrático é a intervenção do poder constituinte reformador. Uma emenda constitucional pode

12. Alexy, 1994, p. 162.
13. Clérico, 2001; Barros, 2000; Steinmetz, 2001; Sarmento, 2002, p. 27-40; Silva, 2002; Sanchís, 2005, p. 143-150; Dimoulis e Martins, 2010, p. 122-209.

resolver de maneira autorizada e clara uma série de problemas que atormentam a prática do direito, tal como ocorre atualmente no Brasil com os problemas da reforma agrária, do salário mínimo ou do aborto.

6. Superação dos critérios de solução de antinomias pelo "diálogo das fontes"?

Alguns autores sustentam que, na atualidade, os critérios para solução de antinomias estariam superados. No conflito entre normas que regulamentam o mesmo tema, o aplicador não deveria optar por uma norma de acordo com os quatro critérios indicados. O certo seria realizar o "diálogo das fontes", aplicando concomitantemente as normas ou optando pela norma ou combinação de normas que melhor atende as finalidades de proteção de determinados grupos de pessoas (Marques, 2005, p. 663-701; Marques, 2007).

Essa teoria nos parece em parte desnecessária (a) e em parte equivocada (b).

a) *Diálogo das fontes como sinônimo da interpretação sistemática.* A sugestão de harmonizar e adaptar mutuamente as normas (Marques, 2007, p. 91, 96; Marques, 2005, p. 693-701) está correta, mas não constitui novidade. Os autores mais tradicionais da teoria da interpretação jurídica insistem na necessidade de realizar interpretação sistemática (Lição 8, 3.2), preservando e harmonizando as normas jurídicas, quando isso for possível. Nesse aspecto, o "diálogo das fontes" usa um vocabulário diferente para apresentar a tradicional ideia da interpretação sistemática.

b) *Diálogo das fontes como equívoco teórico.* O problema surge quando não é possível harmonizar as normas. Havendo incompatibilidade, uma das normas deve ceder o lugar, total ou parcialmente. Exemplo: há frequentes conflitos entre o Código de Defesa do Consumidor (CDC) de 1990 e o Código Civil (CC) de 2002. Parte da doutrina e jurisprudência segue a proposta do diálogo das fontes e sugere dois critérios: optar pelo CDC, pois ele protege de maneira mais intensa os direitos do consumidor do que o CC; verificar qual norma melhor protege o consumidor em cada caso, devendo ser aplicada sem levar em consideração os critérios rígidos da especialidade e da posterioridade (Marques, 2005, p. 689-693).

O art. 27 do CDC prevê que a pretensão do consumidor para reparação de danos causados pelo produto ou serviço prescreve em 5 anos. Já o art. 205 do CC prevê prazo prescricional de 10 anos sem, contudo, derrogar o dispositivo do CDC. Já que não podemos harmonizar, pergunta-se qual é a norma aplicável.

Pela proposta do diálogo das fontes se aplica o prazo maior do Código Civil porque melhor protege os consumidores (Marques, 2006, p. 430). Ora, a proteção do consumidor é um preceito da Constituição Federal (art. 5.º, XXXII),

ao lado da livre iniciativa na economia (art. 170) e da proteção da propriedade privada (art. 5.º, XXII). A proteção do consumidor não é um valor constitucional superior aos demais, como foi dito, comparando o Código Civil com os espaços de uso comum de um prédio e o Código de Defesa do Consumidor com um apartamento de cobertura que dá privilégios especiais aos seus moradores (consumidores) (Marques, 2007, p. 93-94). *Todos* os direitos proclamados na Constituição são igualmente fundamentais e todos os seus titulares merecem a mesma proteção.

No caso do prazo prescricional, aplica-se o art. 27 do CDC. Segundo o referido art. 9.º da Lei Complementar 95 de 1998, modificado pela Lei Complementar 107 de 2001, aplica-se a lei mais nova se houver revogação expressa. Se não, continua aplicável a lei anterior para os assuntos específicos que ela regulamenta. Nesse caso, o Código Civil não revogou expressamente o art. 27 do Código de Defesa do Consumidor, que, por isso, permanece em vigor.

Para aprofundar o conhecimento

Bergel, 2001-a, p. 169-175; Bobbio, 1991, p. 71-114; Celotto, 2000; Diniz, 1998, p. 385-394; Engisch, 1988, p. 309-342; Ferraz Jr., 2001, p. 202-211; Justo, 2003, p. 365-392; Marques, 2007; Modugno, 2000, p. 104-112; Perelman, 1965.

SUMÁRIO: 1. Definição do sujeito de direito – 2. C
reito: 2.1 Pessoa física; 2.2 Pessoa jurídica; 2.3 E
Direito subjetivo – 4. Direitos, deveres e garanti

1. Definição do sujeito de direito

O direito regulamenta o nosso comportame
jeitos de direito". "Sujeito" provém do latim *sub*
ou grupo que é *submetido* ao poder de outrem, ou
subordinação, de submissão. Nesse sentido, dize
sanções.

O termo "sujeito" adquiriu na filosofia ocide
se oposto: passou a indicar o ser humano que po
tendo a capacidade de dominar as coisas e o mun
elemento que domina os objetos. Quando a prop
exclusiva entre um sujeito e um objeto, o, sujeit
mas indica aquele que exerce o poder, o domínio

Na área jurídica, o termo "sujeito de direito
do significado. Indica o titular de um direito, ou
possui a capacidade de adquirir um direito ou ass
sua vontade e preservando seus interesses.

O primeiro sentido do termo (sujeição a um
sente no direito. Com efeito, só pode ser sujeito d
como tal pelo ordenamento jurídico, por meio de
capacidade.

Isso significa que o termo não indica a sup
nem é um atributo natural do ser humano. É um
exclusivamente pelo ordenamento jurídico, que
terminadas pessoas a qualidade de sujeito de dire
que, durante séculos, não eram sujeitos, mas si
situação que perdurou até o final do século XIX,

OUTRAS PUBLICAÇÕES

O Caso dos Denunciantes Invejosos
8.ª edição
Dimitri Dimoulis

Filosofia na Antiguidade – Sócrates e Platão
Regis Fernandes de Oliveira
Disponível também na versão e-book

Introdução à Ciência do Direito
30.ª edição
André Franco Montoro

O Novo Paradigma do Direito – Introdução à teoria e metódica estruturantes
3.ª edição
Friedrich Müller

THOMSON REUTERS
REVISTA DOS TRIBUNAIS