

José Cláudio Pavão Santana

FONTEES DO DIREITO

- UMA VISÃO POSITIVISTA -



EDUFMA

FONTE **DO DIREITO** **S**

- UMA VISÃO POSITIVISTA -



Universidade Federal do Maranhão

Reitor Prof. Dr. Natalino Salgado Filho
Vice Reitor Prof. Dr. Marcos Fábio Belo Matos



Editora da UFMA

Diretor Prof. Dr. Sanatiel de Jesus Pereira

Conselho Editorial Prof. Dr. Antônio Alexandre Isídio Cardoso
Prof. Dr. Elídio Armando Exposto Guarçoni
Prof. Dr. André da Silva Freires
Prof. Dr. Márcio José Celeri
Prof^a. Dra. Diana Rocha da Silva
Prof^a. Dra. Gisélia Brito dos Santos
Prof. Dr. Edson Ferreira da Costa
Prof. Dr. Marcos Nicolau Santos da Silva
Prof. Dr. Carlos Delano Rodrigues
Prof. Dr. Felipe Barbosa Ribeiro
Prof^a. Dra. Maria Aurea Lira Feitosa
Prof. Dr. Flávio Luiz de Castro Freitas
Bibliotecária Dra. Suênia Oliveira Mendes
Prof. Dr. José Ribamar Ferreira Junior



Associação Brasileira das Editoras Universitárias

José Cláudio Pavão Santana

FONTE **DO DIREITO** **S**

– UMA VISÃO POSITIVISTA –

São Luís



EDUFMA

2023

Copyright by © EDUFMA 2023

Projeto Gráfico, Capa e Diagramação Patrícia Régia Nicácio Freire

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Santana, José Cláudio Pavão.

Fontes do direito: uma visão positivista [recurso eletrônico] / José Cláudio Pavão Santana. — São Luís: EDUFMA, 2023.
Livro eletrônico PDF (1 arquivo: 355 KB).

ISBN 978-65-5363-316-2

1. Fontes do Direito . 2. Direito — Teoria. 3. Direito positivo. I. Título.

CDD 340.11
CDU 340.114

Ficha catalográfica elaborada pela bibliotecária Gilvane Carvalho Ferreira - CRB13/MA - 597

EDITADO NO BRASIL [2023]

Nenhuma parte desta obra poderá ser reproduzida ou transmitida por qualquer forma e/ou quaisquer meios (eletrônico ou mecânico, incluindo fotocópia e gravação) ou arquivada em qualquer sistema ou banco de dados, sem permissão prévia da Editora.

| EDUFMA | EDITORA DA UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO

Av. dos Portugueses 1966 | Vila Bacanga

CEP: 65080-805 | São Luís | MA | Brasil

Telefone: (98) 3272-8157

www.edufma.ufma.br | edufma.sce@ufma.br

*Às Professoras Maria Tereza e Maria
Eugênia “in memoriam” duas joias
do Curso de Direito da Universidade
Federal do Maranhão.*

- APRESENTAÇÃO -

O presente livro, sob a forma de e-book, é um dos trabalhos redigidos para cumprimento de atividade da disciplina Teoria Geral do Direito, ministrada pelo saudoso professor catedrático Lourival Vilanova.

Foi escrito em 1983 quando fui aluno do Curso de Mestrado em Direito da tradicional e querida Faculdade de Direito do Recife, da Universidade Federal de Pernambuco.

Já se vão muitos anos, mas o tema não ficou comprometido pelo tempo.

É certo que com o tempo a maturidade molda um pouco mais a pedra bruta. Algumas ideias poderiam ser mais bem escritas. Mas é preciso que se considere que àquela época eu era apenas um jovem que acabara de findar a graduação na Universidade Federal do Maranhão e já partia para o aperfeiçoamento visando a carreira que abracei com mais vigor e entusiasmo: o magistério universitário.

Preferi manter a redação original, ainda concebida em máquina de escrever, sem suprimir qualquer eventual erro datilográfico, preservando a autenticidade da obra. Ficou mantida, também, a estrutura formal do trabalho, para guardar a originalidade pretendida.

No ano em que completo 38 anos de magistério na UFMA, como professor da disciplina de Teoria Geral da Constituição, desejo que este singelo trabalho possa servir

a tantos quantos a ele tenham acesso e possam se utilizar para seus estudos.

Ficará disponível na internet sem qualquer custo para o leitor. É mais uma contribuição para a difusão do conhecimento.

Costumo dizer que conhecimento não transmitido é conhecimento perdido. Por isso, apesar da imaturidade hoje reconhecida de quando escrevi o texto, tenho a plena convicção de que os corações generosos relevarão os erros.

Boa leitura.

Prof. Pós-Doutor José Cláudio Pavão Santana

- SUMÁRIO -

Introdução

Sobre o tema

Nossos limites

Plano monográfico

Bibliografia

PRIMEIRA UNIDADE

Fontes do Direito (conceito)

Fontes do Direito (tipologia)

A lei

O costume

A jurisprudência

As fontes subsidiárias do direito

SEGUNDA UNIDADE

A visão positivista das Fontes do Direito sob o influxo da Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen

Legislação e costume

Jurisprudência

O negócio jurídico

Considerações conclusivas

Bibliografia

- SOBRE O TEMA -

Esta monografia aborda o conhecimento das fontes do Direito e encontra-se dividida em duas partes. Na primeira, através de uma visão geral, buscamos demonstrar como as fontes têm sido apresentadas pelos estudiosos da Ciência do Direito, num exercício que parte da ideia de “fonte”, até a tipificação das mais importantes. Na segunda, usando-nos dos recursos contidos na Teoria Pura do Direito, de Kelsen, pretendemos apresentar a normatividade do Direito como forma de garantir a sua explicação e fundamentação no processo de determinação das fontes o conhecimento, dentro da proposição conceptual que procuramos oferecer.

Não se trata, embora possa parecer, de simples repetição do que foi dito por Kelsen. Trata-se, sim, de procurar argumentos que possam ser aplicados na formação do Direito com um caráter dogmático que nos garanta o conhecimento de sua coercitividade.

- NOSSOS LIMITES -

Limitar-nos-emos a demonstrar o desenvolvimento da ordem jurídica, partindo da “Grundnorm”, até chegarmos à tipificação que demonstra a formação do Direito. Trata-se, assim, de recurso utilizado pelo próprio Kelsen na determinação do processo criador-aplicador do Direito, sendo que dentro dos limites que reconhecemos como necessários.

- PLANO MONOGRÁFICO-

O desenvolvimento temático sugere um trabalho sustentado na ideia de fontes do Direito preestabelecida por nós. Procuramos, aqui e ali, ressaltar o caráter de cada conceito, a fim de que não sejamos induzidos a uma postura inflexível diante da oscilação conceptual que se nos impõe. Não se trata, todavia, de uma indecisão; antes mesmo, é uma forma de procurarmos uma postura que nos afaste de qualquer visão unilateral, haja vista o caráter retificador que deve possuir a Ciência.

- BIBLIOGRAFIA -

Notará o leitor, em notas de rodapé, a ausência de alguns autores relacionados na bibliografia. É que não pretendemos citá-los pelo simples prazer de dispor de um trabalho erudito. Ao contrário, nossa intenção é estabelecer uma reflexão sobre o Direito, tomando por base sua formação dentro do quadro das fontes, de modo que possamos entendê-lo dentro da perspectiva que envolve o normativismo jurídico.

Ressaltamos, ainda, não termos utilizado grandes nomes da literatura jurídica que não deveriam faltar num trabalho dentro da Teoria Geral do Direito. Entretanto, nossa indisponibilidade bibliográfica pode-se justificar por vários motivos que preferimos não aduzir.

PRIMERA

UNIDADE

FONTES DO DIREITO

(CONCEITO)

Ao procurarmos desenvolver qualquer assunto inserido na Teoria Geral do Direito é prudente que procuremos estabelecer um limite operacional, a fim de que não mergulhemos nas águas turvas da indecisão e permaneçamos vagando por vários campos do conhecimento jurídico, sem que cheguemos a uma conclusão estável por não havermos construído uma prévia definição conceptual.

Por outro lado, vale ressaltar que não nos vinculamos a uma postura inflexível, de maneira que sejamos obrigados a permanecer intransigentes, mesmo diante das transformações emergentes. Ao contrário, propomo-nos sugerir uma ideia que funcione como conceito, se, todavia, implicar um caráter definitivo e acabado.

Ao analisarmos a expressão “fonte”, haveremos de compreendê-la como origem do conhecimento, conotando, desdarte, desde o nascimento, até a efetiva realização do conhecimento observado. Trata-se, aqui, do conhecimento indeterminado, significando um caráter generalizado que não se resume a um ramo específico, mas ao “conhecimento-gênero”.

Diferente será, por outro lado, ao procurarmos determinar a origem de um conhecimento específico, o que nos im-

FONTES DO DIREITO

JOSÉ CLÁUDIO PAVÃO SANTANA

primirá a utilização de elementos próprios, impelindo-nos a uma “determinação operacional limitada”, significando, mutatis mutandis, um campo de trabalho determinado. Desse modo, dependendo do campo de conhecimento explorado, seja químico, biológico, social, filosófico etc., teremos como variantes a fonte e o método, o que nos mostrará, evidentemente, a proposição admitida especificamente.

Consoante afirmamos, intrinsecamente dependente da área a ser abordada, estará o método. Assim, o analítico na bioquímica; o observador na antropologia; o lógico-dedutivo- nas ciências matemáticas, representam o reflexo da escolha voluntária na análise do estudo desenvolvido.

Munidos, então, da capacidade individualizadora dos ramos do conhecimento possíveis, buscamos determinar “Fontes do Direito”. A seguir, tomando por base a afirmativa apoiada na perspectiva de origem, teremos concedido ao tipo de fonte em análise a adjetivação de criadora estrutural do conhecimento.

Notamos visível a harmonia de ideias que se consubstancial no argumento de que há uma impropriedade na utilização do termo “Fontes do Direito”, o que configura sua admissibilidade como algo apenas suportável; Essa sua impropriedade conceptual, todavia, tem sido muito pouco contornada para que o substitutivo ponha fim a essa controvérsia, o que possibilitaria poupar o Direito das constantes polêmicas sobre a indevida utilização. Cremos, entretanto, que o caráter através do qual procuramos apresentar as Fontes do Direito muito pouco tem a impor-nos uma postura conceptual renovadora, razão pela qual nos manifestamos

FONTES DO DIREITO

JOSÉ CLÁUDIO PAVÃO SANTANA

pela utilização do termo dentro dos padrões semânticos. Atuais, sem desejarmos uma sugestão revolucionária. Vale, por outro lado, demonstrarmos a ideia como sendo fonte do Direito tanto um modo de revelação – presente aqui a noção de nascimento -, quanto formação ou desenvolvimento – estruturação e fundamentação -, o que possibilita demonstrar uma mixagem de processos interpretativos.

Dentro do estudo do Direito consideramos imprescindível a presença da ação humano, resultado indissociável da conduta do homem em relação ao direito, daí por que presenciamos a manifestação de “fontes intencionais” e “fontes não intencionais”¹. São apenas duas, entre as muitas classificações que podem ser arroladas.

Os modos de revelação das fontes constituem outra parafernália, apoiada consoante o argumento de cada estudioso, o que determinará o método para um tal estudo, compreendendo-se, pois, desde o método indutivo até o dedutivo, ou outro mais que represente a subjetividade do estudioso, sempre atendidas as determinações de cada ramo específico.

Constata-se, assim, que seja um Método “indutivo Aristotélico” “partindo da conclusão do particular para o geral, depois da simples elaboração lógica -, ou mesmo a indução científica, que vê os fatos sociais e deles parte para as duas funções de preenchimento do quadro jurídico que são: “suprir as verdadeiras lacunas e lacunas impropriamente ditas,

1 ASCENÇÃO, José de Oliveira – O Direito – Introdução e teoria geral. Ed. Calouste Gulberkian: Lisboa, 1978, p. 15.

FONTES DO DIREITO

JOSÉ CLÁUDIO PAVÃO SANTANA

completar e corrigir as fontes imediatas do direito positivo”- consoante assevera Pontes de Miranda² haveremos de deparar com a questão controvertida da origem do direito numa constante escala demonstrável de acordo com a variabilidade argumentativa adotada.

Como todo estudo, o das fontes do direito pode ser apreciado sob vários aspectos; e aqui, mais do que em qualquer outro, os aspectos variam em razão do caráter social do direito, razão pela qual relacionamos vários a fim de que possamos propiciar uma visão ampla do estudo.

Faz-se mister, entretanto, que partamos do princípio de que a revelação do Direito pode se manifestar tanto por via histórica, quanto antropológico-social, ou até filosófica; enfim, por várias outras, de acordo com a investigação desenvolvida pelo estudioso.

Desse modo, fontes diretas ou imediatas, indiretas ou mediatas, sendo as primeiras. Aquelas que por si sós são suficientes para gerar a regra jurídica, ao passo que estas, por não dispor da possibilidade daquelas, conseguem iluminar e encaminhar a inteligência para a elaboração da norma ou normas. Haverá, pois, a disponibilidade abrangente capaz de fornecer opções, ao mesmo tempo em que poderemos utilizarmo-nos do critério acima demonstrado, no estudo desenvolvido acerca da proposição temática.

Imbuídos, então, da necessidade de observar o fenômeno do surgimento do Direito, fixaremos pontos de conhe-

2 MIRANDA, Pontes de – Filosofia de ciência positiva do direito, vol IV. Ed. Borsoi: Rio de Janeiro, 1972, pgs. 4/50.

FONTES DO DIREITO

JOSÉ CLÁUDIO PAVÃO SANTANA

cimento das fontes que, por sua vez, constituir-se-iam em verdadeiras fontes do conhecimento.

Sob o ponto de vista histórico uma análise nos fornecerá evolução da constituição do direito, o que poderia ser conseguido através de coletâneas de leis, entre as quais destacaríamos o próprio Direito Romano.

Como fora de criação do direito estariam presentes os conceitos vários sobre Razão Humana, Ideal de Justiça, além das necessidades sociais como fatores determinantes do aparecimento do direito. Registre-se, aqui, que notamos ponto deveras complexo, sobretudo se tivermos em conta o argumento daqueles que atribuem ao Direito Natural – tanto o divino quanto o racional – caráter originário do Direito.

O Estado, compreendendo o povo e a sociedade, constituiu-se elemento representativo, através do qual teríamos a autoridade criadora do direito.

O ato criador, por outro lado, caracterizar-se-ia através da legislação, costume e jurisprudência – estes últimos em acepção de norma -não-acabada – representa a ação reveladora do direito.

O fundamento de validade é outro aspecto a ser enfatizado neste rol, fundamento este de uma norma de direito, o que aliás, veremos aqui com a conotação positivista.

O modo de manifestação das normas que consiste em: lei, decreto, costume; o formalismo aqui demonstrado como componente do quadro analítico aqui feito. Diferente do que vimos no item “Ato Criador”, o costume já é concebido como norma acabada.

FONTES DO DIREITO

JOSÉ CLÁUDIO PAVÃO SANTANA

O fundamento subjetivo do direito é mais um dos elementos deste rol, dispensando – imaginamos – maiores considerações.

Do que demonstramos fica uma dependência não compulsória pois que, evidentemente, varia de acordo com a argumentação utilizada; mas nota-se visivelmente uma interdependência nos elementos apresentados até pelo caráter de estruturação havido na análise de formação do fundamento da origem do Direito.

Vale remeter o, leitor para observar sentido similar arrolado pelo Prof. Ascenção³, no que diz respeito à concepção da palavra fonte, o que possibilitará uma visão ainda mais completa.

Consideremos agora a impropriedade semântica do termo. Considerando-se a priori que fonte imediata do direito é a lei, e levando-se em consideração que, sob o aspecto formal, lei e norma, são não diferenciam, haveremos de discordar do termo “fontes do direito”, uma vez que ele transcende os limites que conota. Ora, sendo a lei fonte imediata seria resumir fontes ao caráter objetivo do direito, o que bem demonstra a visão unilateral do argumento.

A generalidade atribuída ao termo, pela significação própria, representa a inviabilidade de aplicação do mesmo, uma vez que o conteúdo apresentado é constiutivo-normativo; ou seja: conteúdo normativo que exprime o direito em

3 ASCENÇÃO, José de Oliveira – O direito – introdução e teoria geral. Ed. Fundação Calout Gulberkian, 1978, p. 40.

FONTES DO DIREITO

JOSÉ CLÁUDIO PAVÃO SANTANA

sentido mais amplo, quando, na realidade, exprime um sentido estrito.

Mantemos, pois, a utilização do termo apenas por uma questão de harmonia existente entre os autores consultados. Todavia, buscaremos demonstrar o caráter gerador do direito, ou melhor, os modos através dos quais o direito se revela.

Observe-se que se não restringe no presente tópico, o caráter criador. Buscamos ir além, até mesmo chegarmos à estruturação e fundamentação do direito, tanto que, utilizando-nos do sistema explicativo de Kelsen⁴, sobretudo no que diz respeito à parte de fundamentação, por admitirmos ser ele um dos sistemas mais complexos, ao mesmo tempo em que um dos mais suficientes para a real concepção do direito, não só pelo seu aspecto principal; que afasta qualquer ameaça metafísica, mas sobretudo pela sua logicidade que nos permite compreender seguramente sua proposição.

Isto posto, buscamos tentar uma análise individual da tipologia das fontes, após termos oferecido uma visão global, na expectativa de que consigamos, numa primeira unidade, apresentar as fontes arroladas pelos cientistas do Direito; na segunda; com o auxílio da Teoria Pura do Direito, de Kelsen, buscaremos o caráter normativo próprio da Ciência do Direito. Fiquemos, agora, com a ideia de origem associada à fundamentação de validade e estruturação.

4 KELSEN, Hans – Teoria pura do direito, trad. Dr. João Baptista Machado. Arménio Amado, Editor, Sucessor: Coimbra, 1974.

FONTES DO DIREITO (TIPOLOGIA)

Fixada a noção de fontes do direito, que evidentemente será ampliada com novos argumentos no desenvolvimento temático, supomos adentrar uma área que compreende uma controvérsia bastante acentuada, o que se traduz através da determinação da classificação das fontes.

A Ciência do Direito, visando o seguro conhecimento de ciência que lhe cede o nome, sem dúvida alguma leva em consideração a controvérsia da classificação aludida, e ao que nos parece, imprime uma avaliação do ponto de vista do estudioso em seu sentido subjetivo, uma vez que seus argumentos serão fundados em convicções e pressupostos desenvolvidos durante sua determinação de pesquisa, variando, destarte, de indivíduo para indivíduo. Não que haja uma pretensão de reduzir o caráter cognoscível a um radical subjetivismo, o que certamente implicaria numa instabilidade do conhecimento, mas sobretudo procurando entender que são aspectos que não podem deixar de estar presentes numa análise dessa natureza.

Dentro assim, dessa perspectiva, constataremos a existência de fontes que para alguns serão autênticas fontes do Direito; para outros, ao contrário, não passam de processos interpretativos.

FONTES DO DIREITO

JOSÉ CLÁUDIO PAVÃO SANTANA

Trata-se de estudar as fontes que poderíamos denominar de “comuns”, que serão concebidas dentro de argumentações diferentes, consoante o critério subjetivo, ou se preferirmos, consoante a convicção de cada um, formada pela sua consciência jurídico-metodológica.

Dessa maneira, poderíamos conduzir o leitor à tipologia das fontes do direito, usando – permita-se-nos – assim denominar de atitude tradicional, que consistiria em arrolar as fontes materiais consistentes nos dados-de-fato-econômicos, políticos, religiosos, morais etc. – que servem de suporte social ao sistema das normas vigentes; o segundo, seria o grupo das fontes formais que consistiria no conjunto dos processos que o sistema jurídico-positivo mantém para constituição das normas – formação-transformação – com força aos indivíduos e órgãos.

Desse modo, composto um esquema que se constitui basicamente do seguinte: como gênero fonte, que comporta as espécies supracitadas. As matérias englobam o fato social, as ideias e valores da Ciência do Direito; as formais, ou dogmáticas são constituídas por lei, costume, jurisprudência e, para alguns, a doutrina.

Existem estudiosos que, paralelamente à classificação sugerida, entendem haver outras que se denominam de fontes subsidiárias, formadas pela equidade, os princípios gerais do Direito, o negócio jurídico e a doutrina.

Por razões metodológicas buscamos demonstrar a priori a concepção geral das fontes do direito. A seguir, já sob o influxo positivista, tentaremos demonstrar nossa concep-

FONTES DO DIREITO

JOSÉ CLÁUDIO PAVÃO SANTANA

ção atual sobre as fontes. Fazemos a ressalva para evitar a conotação contraditória.

Chamamos a atenção, ainda, para o fato de arrolarmos nesta primeira unidade apenas aquelas fontes que despertam interesse analítico, razão pela qual deixamos de lado algumas outras que podem ser tidas como fontes, mas que não vemos necessidade de inclusão no momento.

A LEI (TIPOLOGIA)

Facultando-nos, o direito, de dispormos do binômio fontes imediatas e fontes mediatas, tentaremos fixar o desenvolvimento temático circunscrito a esse caráter de imediatidade e mediatidade.

Como coro uníssono, no estudo da Ciência do Direito, vemos o caráter imediatista que se compõe através da primeira fonte a ser apresentada.

O problema que se reduz à lei já há tempos chegou a ser confundido com outro que diz respeito à norma, o que pode parecer, a priori, um comportamento acadêmico. É que, para alguns, lei e norma são tomadas como sinônimos, requerendo para uma solução uma análise pormenorizada.

Da lei, poderíamos afirmar tratar-se de uma manifestação exterior da norma, manifestação formal, que surge para regular os fatos relevantes em uma ordem jurídica, mantendo, pois, o equilíbrio dessa ordem através da regulamentação de fatos hipotéticos que seriam tipificados consoante o comportamento exterior dos indivíduos.

Examinando a questão, tomaremos em conta que disporemos da norma como gênero, e como tal sujeito a apreciação estrutural, revestir-se-á de uma estrutura interna e outra externa, que possibilitará o entendimento exato sobre

FONTES DO DIREITO

JOSÉ CLÁUDIO PAVÃO SANTANA

a sua exteriorização, ou não, e por conseguinte, sua “validade” como fonte ou apenas como processo colaborador na formação e estruturação do Direito.

Dentro da concepção que atribui à norma uma estrutura interna e outra externa, compreenderemos o fato de não apresentarmos diretamente a lei como fonte, uma vez que sendo ela manifestação exterior da norma, só assim poderemos considerá-la como fonte. É que, se diretamente a considerarmos como um “momento-primeiro” capaz de ser denominado como fonte, conseqüentemente ela não mais será manifestação exterior exclusiva de uma norma, já que também o costume poderá determiná-lo, quando a ordem jurídica admiti-lo como contido em sua estrutura.

A questão envolverá uma controvérsia ainda maior se argumentarmos [a adoção do costume como fonte somente possível através de uma lei, o que geraria a polêmica de saber quem nasce primeiro. Entretanto, é de se notar que a lei por isso não perde o seu caráter de fonte do Direito, uma vez que, ao concebermos uma estrutura escalonada como forma teórico-gnosiológica observaremos que, ao ser aplicação do Direito ela funcionará como fonte pela razão da possibilidade de criação-aplicação de que dispõe o próprio Direito, o que nos leva a ponderar sobre nossa argumentação, dizendo que ela aparecerá como manifestação da própria norma, ou ainda, manifestação formal do Direito.

Há, entretanto, quem procure resolver o assunto com o argumento de que se trata apenas de controvérsia criada ao longo do estudo do Direito. Assim, em simples, mas sempre

sábias palavras, San Tiago Dantas⁵ procurava demonstrar serem a lei e a norma – formalmente – a mesma coisa, ponderando que ao ser a norma declarada pelo Estado de maneira expressa, por via de um processo de elaboração determinado pelo Direito Constitucional, teríamos a lei; ao passo que a partir do momento em que essa elaboração acontece sem a intervenção dos órgãos legislativos do Estado, aceitando vigor graças à aceitação dele, teremos a norma costumeira, sendo que, no primeiro caso, houve uma manifestação do Estado através dos seus órgãos de modo a externar sua vontade; no segundo exemplo deu-se fora dos órgãos legislativos do Estado.

Trata-se, enfatizava o saudoso professor, de confusão que reside em que a lei provir da norma jurídica, quando a seu ver, lei e norma se confundem.

Ao considerarmos que a lei é uma exteriorização formal da norma, portanto, indo de encontro ao professor supracitado, ponderemos, por outro lado, em vista do argumento apresentado por aquele jurista, observar que na verdade podem existir dois momentos referentes ao problema da lei e da norma. Num primeiro momento encontraremos a lei como manifestação da norma, na medida em que se torna uma forma de expressar a vontade do Estado, ao mesmo tempo em que é a própria norma jurídica, pois contém uma hipótese prevista no ordenamento jurídico abrigado pela ordem jurídica.

5 DANTAS, San Tiago – Programa de Direito Civil – parte geral. Ed. Rio: Rio de Janeiro, 1977, pp. 81/82.

FONTES DO DIREITO

JOSÉ CLÁUDIO PAVÃO SANTANA

Todavia, levando-se em consideração o caráter geral da norma, veremos que nos será impossível apreciar um “denominador contínuo” de coincidência de norma e lei, já que toda lei é uma norma jurídica expressa, ao passo que nem toda norma jurídica é uma lei.

A lei nada mais é do que um meio instrumental de que dispõe o Estado para que seja elevada a sua vontade através da disponibilidade de coação encontrada na própria lei, muito embora ela possua conteúdo normativo.

Tomando, ainda, a perspectiva que envolve o binômio de imediatidade, conjugar da opinião o inesquecível Clóvis⁶ que atribui à lei imediatidade, considerando-a fonte do Direito, com a ressalva de que por não encerrar em si os fenômenos sociais variados e gerais que advêm da vida e buscam no Direito garantia, requer o estabelecimento de fontes subsidiárias que aparecem na tentativa de suprir possíveis claros deixados pela lei, o que nos privamos de abordar aqui.

Na realidade, o assunto que se reporta à questão traz inúmeras opiniões que bem podem deixar uma ideia da complexidade que possui. Se desejássemos, poderíamos arrolar vários autores na Teoria Geral do Direito que enunciam as mais variadas opiniões. Todavia, nossa objetividade impõe-nos um comportamento restritivo, de maneira que nos limitamos a considerar lei como fonte do Direito ajustada às ponderações desenvolvidas anteriormente.

6 BEVILÁQUA, Clovis – Teoria geral do direito civil, 6ª ed. rev. e atual. Por Cáo Mário da Silva Pereira. Ed. Rio: Rio de Janeiro, 1980, 2ª ed., p. 32.

FONTES DO DIREITO

JOSÉ CLÁUDIO PAVÃO SANTANA

Faz-se mister acentuar que, por considerarmos um estudo de tal natureza, é imprescindível que procuremos conceber uma determinada ordem, nacional ou internacional, pois só assim estaremos aptos a desenvolver uma sistemática de ação que nos permita uma análise ajustada a determinantes que adredemente foram fixadas. Assim, as sábias palavras do Prof. Vilanova quando, exaltando a atitude de Bobbio, se reporta à questão do costume. Diz ele:

“Consideremos o costume. Se é fonte de normas jurídicas, é no interior do ordenamento, não antes dele. Bobbio observa, com acerto, que inexistente norma jurídica isolada, e, acrescentamos, fonte normativa sem vinculação interna: tudo está dentro do ordenamento, e só é aplicável em função do todo que é o ordenamento, e só é aplicável em função do todo que é o ordenamento jurídico. Uma fonte situada historicamente, sociologicamente, antes do ordenamento só é compreensível pelo jurista no pressuposto de uma regra ou norma que confira a esse ato-origem o caráter de produtor de normas (por isso Kelsen formulou, com exigência epistemológica, o postulado da norma fundamental. Com isso, o fato-origem insere-se no ordenamento”⁷.

Dentro do ordenamento reside a norma geral que, aplicada, produzirá a norma individual – como pretende Kelsen⁸ - que constituirá também fonte do Direito; dentro do ordenamento encontrar-se-á o fundamento de validade de uma ordem jurídica, objeto também de conceituação atribuída às fontes.

7 VILANOVA, Lourival – As estruturas lógicas e o sistema de direito positivo. Ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2^a ed., p. 32.

8 KELSEN, Hans – Teoria pura do direito, trad. João Baptista Machado. Arménio Amado, Editor, Sucessor: Coimbra, 1974, 3^a ed., p. 320.

O COSTUME

Juntamente com a lei o costume se nos apresenta como fonte do Direito, o que se evidencia como uma unanimidade entre aqueles que escrevem sobre a Ciência do Direito, concebendo-o como elemento importante na estruturação esquemática, aqui proposta apenas com um caráter metodológico.

Cumpre-nos atentar para o aparecimento do costume, a fim de que nos seja possível determinar até que ponto poderemos concebê-lo como fonte real do Direito – real aqui no sentido de possível, existente.

Surgem discussões sobre o problema da obrigatoriedade do costume, já que se não pode admiti-lo simplesmente como fonte do Direito sem que procuremos, de uma maneira ou de outra, determinar seu caráter obrigatório, para, então, determinarmos a viabilidade de sua existência como fato gerador do Direito.

Para tanto, os apologistas do costume como fonte do Direito nos apresentam várias teorias que, segundo seus fundamentos, são capazes de justificar essa questão da obrigatoriedade, conduzindo-nos, destarte, à aceitação de seus argumentos na formação crítica sobre o assunto.

Das várias manifestações possíveis para o costume ser argumentado como portador de obrigatoriedade, encontra-

FONTES DO DIREITO

JOSÉ CLÁUDIO PAVÃO SANTANA

remos a vontade popular, na qual estaria propriamente essa possibilidade. Outra teoria é a de convicção jurídica; e, finalmente, a teoria da razoabilidade judicial.

A primeira teoria – a da vontade popular – assenta-se no argumento de que a obrigatoriedade do costume repousa na vontade tácita do povo, ou na vontade do legislador, o que exige que o povo tenha conhecimento dos costumes existentes, e vezes são aquelas em que vemos um costume em vigor ignorado, o que impossibilita a sua defesa.

À segunda teoria – da convicção jurídica – vemos filiado Savigny⁹, com o argumento de que o costume possui dois elementos: um objetivo, originariamente externo, e um subjetivo e interno. Da união de ambos teremos a obrigatoriedade. O primeiro caracteriza-se pelo uso, o segundo, na necessidade da norma, de sua existência, revelado por meio da convicção jurídica. Opõe-se à teoria Washington de Barros Monteiro por entender que nada autoriza que seja transformado em Direito a simples convicção de que determinada prática seja necessária¹⁰.

A terceira teoria – defendida por Planiol – importa em que a obrigatoriedade do costume é resultado das decisões judiciais, objetada pelo mesmo autor, com o argumento de que os tribunais não criam Direito¹¹.

9 Friedrich Carl von Savigny Apud Whashington de Barros Monteiro – Curso de direito civil – parte geral. Saraiva: São Paulo, 1979, 19ª ed., p. 18.

10 Ob. cit., p. 19.

11 Ibidem, p. 19.

FONTES DO DIREITO

JOSÉ CLÁUDIO PAVÃO SANTANA

Para explicarmos o costume tomamos uma estrutura jurídica, onde encontramos com a sustentação, várias esferas de normas determinadas por uma superior.

Ora, tendo em vista uma tal argumentação logicamente que deduziremos que à norma superior será deixada a tarefa de reconhecê-lo – o costume -, ou não, como elemento portador de qualificações que possam influir na criação do Direito, mesmo até em seu processo elaborador.

Sendo nossa preocupação a determinação do que representa o costume, iniciamos pela perspectiva que envolve a prática reiterada pelo povo de determinados hábitos e possibilitam um comportamento quanto mais homogêneo possível. Concentra-se a ideia, aqui, no campo jurídico.

Como prática reiterada o costume retrata determinada postura social diante dos fatos, fornecendo, assim, a possibilidade de identificarmos os costumes sociais políticos, jurídicos, religiosos, que estarão inclusos num universo maior denominado “CONSTUME”.

Acompanhando sempre a linha que suporta o entendimento de que ao estudioso é legada a faculdade de criteriosa, constataremos a presença de certos elementos que marcam uma espécie de “ponto-comum” sobre os costumes: continuidade, uniformidade e obrigatoriedade, são, pois, presenças efetivas nesse processo de identificação.

Ao Estado caberá, como órgão competente para a determinação de processo formador do Direito – competência essa ajustada aos padrões determinados pela estruturação da ordem jurídica – a possibilidade de criar, através

FONTES DO DIREITO

JOSÉ CLÁUDIO PAVÃO SANTANA

de processo constitucional, determinada norma. Por outra perspectiva que se concretiza pela não manifestação organizacional do Estado, mas por sua aquiescência, estará este admitindo a formação da norma através do costume, e, pois, a criação do próprio Direito. Assim, tanto através da manifestação expressa, quanto tacitamente, o Estado exprimirá seu entendimento, sendo que, no segundo exemplo este será de maneira diferente, já que havia previamente essa possibilidade prescrita. O que se caracteriza (cremos), é que a criação do Direito, pelo costume, decorre de uma contingência predeterminada pelo Estado.

Parece-nos razoável a argumentação apresentada, visto que o Estado representa a formação institucional alcançada através de uma norma superior, sendo nela encontrada a base de sustentação para atribuir, ou não, ao costume, qualidade de fenômeno gerador do Direito. Recebe ele, da norma superior, essa competência que possibilita uma manifestação sobre ser ou não ser fonte.

Trata-se, pois, de conditio sine qua non para que o fato costumeiro seja reconhecido como gerador do Direito – e, pois, como norma jurídica objetivamente válida -, que a Constituição outorgue essa possibilidade.

Isto posto, temos as normas gerais criadas através do ato legislativo – norma conscientemente postas -, como também o fato legislação, como atos produtores do Direito, fato esse que alcança característica de criador do Direito, através da objetivação de seu sentido subjetivo – deve-ser – pela Constituição.

A JURISPRUDÊNCIA

A evolução da Ciência do Direito tem momentos marcantes que envolvem, sobretudo, a questão da jurisprudência como tendo ou não caráter científico. Na Alemanha, em época posterior à Savigny, vimos a formação da “Jurisprudência dos conceitos” que buscou o conhecimento metodológico do Direito por meio de critérios que variam, desde a “genealogia dos conceitos” de Puchta, até a concepção da Ciência do Direito como Sociologia do Direito, portanto, já sob o influxo do conceito positivista de ciência, sendo que anterior à Teoria Pura do Direito de Kelsen. A preocupação, cremos, era a sistematização da ciência, muito embora tenham variado os critérios adotados. Assim, desde a formação lógica em estilo piramidal, até a formação escalonada da estrutura normativa, presenciamos acepções diversas que bem demonstram a compreensão do Direito como ciência desvinculada da impregnação metafísica outrora existente, muito embora presenciemos, vez por outra, argumentos que se encontram envoltos numa metafísica evidente.

Preocupados já com fase posterior, desejamos tomar o assunto em termos de criação do Direito, visto que é o ponto maior deste trabalho. Ora, sendo assim, teremos várias significações que bem podem revelar o que seja jurisprudência. A princípio confunde-se, a jurisprudência, com a própria Ciência do Direito. Pode, destarte, significar a Ciência

FONTES DO DIREITO

JOSÉ CLÁUDIO PAVÃO SANTANA

propriamente dita, um estado – momento-aplicador – do Direito, ou ainda, um conjunto de decisões uniformes capazes de formarem um arquivo onde estejam contidos dados mais ou menos homogêneos e constantemente disponíveis.

Ao concebermos uma ordem jurídica com o caráter sistemático necessário para a percepção das manifestações jurídicas, sem dúvida que consideraremos a presença da jurisprudência como elemento imprescindível, ao lado das normas jurídicas gerais de origem legislativa ou consuetudinária, assim como intrinsecamente ligada às demais composições estruturais que manifestam o Direito através do fenômeno “aplicação-criação”.

Tomemos, pois, como manifestação de um órgão legitimamente constituído através de uma previsão sistêmica. Assim, representa basicamente a opinião de um tribunal através de uma decisão, uma faixa intermediária colocada entre a Constituição, seguindo através da legislação e do costume, até à decisão judicial, e, finalmente a execução da sanção correspondente. Trata-se, assim, de um conjunto que atende a uma rota prefixada para que cheguemos à aplicação do Direito.

Se atendermos ao fato de que a manifestação do tribunal na criação de uma norma individual se dá em razão deste não possuir apenas uma função declarativa, isto é, não se restringe ao fenômeno da juris-dicção – declaração de direito -, mas, sobretudo, procurar aplicar a norma jurídica em geral ao caso individual, criando, destarte, uma norma – e assim possuindo uma função constitutiva – entenderemos a possibilidade deixada aos tribunais para o estabelecimen-

FONTES DO DIREITO

JOSÉ CLÁUDIO PAVÃO SANTANA

to de regras que, buscando fundamento em normas gerais, são individualizadas nos julgamentos, a fim de que possam dirimir um caso concreto que lhes é apresentado.

Vemos, então, um processo que individualiza determinada situação, procurando aplicar-lhe uma norma individual, que encontra, por outro lado, fundamento na norma geral, constitucionalmente estabelecida através dos processos determinados.

Contra essa nossa argumentação, de certo que veremos a tese de que as decisões – súmulas – existentes nos Tribunais Superiores, não criam força obrigatória, servindo como simples esquematização que propiciará ao estudioso apenas uma disponibilidade de caráter facultativo na aplicação, ou não, dessas decisões ao caso que se lhe afigure como idêntico. Ademais, hoje vemos uma tendência que se a-critica por parte dos integrantes do Poder Judiciário, de modo que, quase invariavelmente, se portem como simples repetidores das decisões sumuladas, numa atitude visivelmente passiva na aplicação do direito.

Esta antítese, entretanto, vem à tona em razão de muitos conceberem o Direito como constituído exclusivamente de normas gerais, transcendendo ao apresentado aqui. Ora, já antes nos manifestamos no sentido de que não se trata apenas de declarar o Direito, mas sobretudo de constituir um direito através da decisão indivisível que possui, em última instância, fundamento na norma geral constitucionalmente existente. Temos, então, o processo de formação jurídica onde o Tribunal, recebendo competência para produzir uma norma individual, diante do caso que lhe é

FONTES DO DIREITO

JOSÉ CLÁUDIO PAVÃO SANTANA

proposto, atua tendo em vista o fato de, essa norma por ele criada, não possuir seu conteúdo previamente determinado por qualquer norma geral de direito material criada através dos meios anteriormente aqui.

AS FONTES SUBSIDIÁRIAS DO DIREITO

Muito tem sido escrito sobre as fontes subsidiárias do Direito, na expectativa de que as mesmas funcionem como “remédio” no tratamento das anomalias emergentes, de maneira a caracterizar uma ausência de previsão legal para casos que apareçam. Trata-se, pretendem alguns, de solução que deixou de ser vista pelo legislador na elaboração do ordenamento jurídico.

Há de ser questionado se estaremos efetivamente diante de uma lacuna do Direito, ou de fenômeno diverso que assim possa parecer, o que nos vinculará à ideia da interpretação jurídica.

O problema da interpretação jurídica advém da circunstância acima descrita, dado que, até então, estávamos diante de circunstâncias que compreendia a aplicação de uma proposição jurídica a uma situação fática, como se essa proposição jurídica contivesse um objeto determinado, fixo, onde não houvesse a dúvida, significando que a lei, ou a ordem jurídica – incluindo o Direito consuetudinário – encerrarem em suas previsões conceitos que não seriam indeterminados, e desse modo, plenamente suficientes para a solução dos conflitos.

Ao concebermos o problema como consequência de uma imprevisão – ou previsão insuficiente – para consecução do fim determinado, de certo que não mais teremos o mesmo resultado.

Há de ser notado que, tanto no primeiro caso, quanto no segundo, a proposição jurídica a ser aplicada não poderá prescindir da interpretação jurídica própria.

Trata-se, pois, de verificar o conteúdo da proposição jurídica na própria interpretação.

Vale enfatizar que nesse processo interpretativo não nos é dado modificar o texto legal, ou mesmo acrescentar-lhe qualquer elemento novo. Trata-se de entendê-la como um especialista qualquer, e por força da circunstância, dentro dessa perspectiva jurídica.

Parece-nos inoportuno relacionar todas as espécies possíveis de interpretação, uma vez que a proposição aqui se resume apenas em demonstrar o valor do processo como forma de manifestação do direito. Entretanto, chamamos a atenção para a variante que vai desde a perspectiva histórica, até a semântica. Surge-nos, destarte, a Ciência Jurídica e a jurisprudência para a função interpretativa, consoante nos demonstra Larenz¹².

Como todo estudo do Direito, a interpretação jurídica terá suas teorias justificativas que procurarão, consoante seus fundamentos, explicar o fenômeno quer através de conceitos a priori, ou por via da vontade do legislador e sentido normativo da proposição, ou mesmo através de quaisquer perspectivas possíveis e existentes.

12 LAREN, Karl – Metodologia da ciência do direito, trad. José de Sousa e Brito e José Antonio Veloso. Ed. Fundação Calouste Gulberkian: Lisboa, 1969, pp. 428 e seguintes.

Retornando ao aspecto subsidiário das fontes, intrinsecamente estaremos ligados às lacunas.

Comumente pode-se pensar que uma lacuna consiste em que não haja previsão para determinado caso concreto, e, pois, que há um espaço deixado pelo legislador. Todavia, o problema da lacuna não se apresenta tão-somente tendo em vista essa ausência de previsão para casos concretos; vai além desse limite, já que pode ser caracterizado pelo fato de, muito embora a lei exista para o caso em pauta, não se adequa na verdade ao mesmo, o que, aliás, é revelado pelo processo interpretativo supracitado. No primeiro caso, poderíamos afirmar que, ainda que a lei guarde silêncio não existe propriamente uma lacuna, e, já no segundo, muito embora ela exista – a lei –, necessita de uma complementação criteriosa.

Bem andou Larenz sobre o assunto, quando procura determiná-lo através da afirmação de que:

“o facto de não conter uma regra sobreo assunto, não significa que a ordem jurídica seja “incompleta”. Antes há sempre uma esfera mais ou menos ampla de assuntos que a ordem jurídica deixa em liberdade. O que é abrangido por esse “espaço juridicamente livre” não está em princípio sujeito a regulamentação jurídica”.

“Pensa-se muitas vezes que só existe uma “lacuna da lei” quando uma norma em vigor não pode ser aplicada sem se acrescentar uma outra disposição que falta na lei. Nestes casos, poder-se-ia falar duma “lacuna da norma”, porque a norma invisual em si é incompleta”¹³

13 Ibidem, pp. 428/429.

Na verdade, o fato de conceber o problema da lacuna consoante alguns juristas, implica em determinar a existência de lacunas no Direito, uma vez que as normas individuais, “ou não existem, ou são “inadequadas” aos casos individuais.

Acertadamente, tanto Kelsen quanto Larenz tratam sobre o assunto, uma vez que em verdade admitir a existência de uma lacuna pelo fato de o Direito não prever uma norma para certa conduta, não justifica necessariamente a posição, isto porque, não sendo possível a aplicação de uma norma individual, mesmo assim poderemos dispor da possibilidade de lançar mãos às normas gerais, e, pois, da própria aplicação do Direito.

Não podemos, destarte, aceitar a assertiva de que, o que não for proibido é permitido. Ademais, se atentarmos para o fato, veremos que a presunção de uma lacuna se dá quando a ausência de uma norma for considerada, pelo órgão capaz de aplicação do Direito, como indesejável sob aspecto político-jurídico, e, portanto, a aplicação do Direito vigente se torna indesejável pelo órgãos, e, pois, entendida como não equitativa e desacertada.

Pode, ainda, acontecer que a aplicação de uma ordem jurídica em vigor, não equitativa e desacertada, seja considerada não só quando não havendo uma norma geral a aplicar, mas, da mesma maneira, em havendo uma norma a aplicar.

Na realidade, se levarmos em consideração a estrutura escalonada de uma ordem jurídica, entenderemos que não passa de ficção a figura da lacuna, uma vez que, conside-

FONTES DO DIREITO

JOSÉ CLÁUDIO PAVÃO SANTANA

rando essa tal estrutura, o Direito será sempre aplicado pois será uma constante aplicação-criação em razão de sua relação de dependência entre as normas superiores e inferiores. Fala-se, ainda, em lacuna em sentido técnico, consistente no fato de que teria o legislador deixado de prever determinada situação jurídica. Ora, não menos será o argumento inválido quanto o primeiro, uma vez que ao legislador é dado o direito de prever apenas o essencial dentro da generalidade proposta. Trata-se, destarte, de exigir que situações sejam individualmente previstas, num esforço que ensejaria uma verdadeira parafernália de leis, própria de países onde a consciência jurídica é tomada pela imperfeição, em consequência da vontade abrangente.

O que verdadeiramente ocorre é que, muito embora não haja uma previsão específica dentro das normas gerais, a solução para dirimir o conflito individualizado brotará de uma norma inferior em aplicação de toda a estrutura superior, acompanhando, destarte, toda a desenvoltura proposta na supra-infra-posição de normas.

Trata-se, já se vê, de contingências que envolve uma análise de todo o ordenamento jurídico, sem, pois, uma análise individual, até por que toda a estrutura é válida em razão da contingência supra.

Vemos, finalmente, a denominação de fontes do Direito sugerindo um “socorro” necessário e disponível para as situações que se nos apresentam, como uma espécie de munição entregue ao aplicador do Direito. Trata-se, já salientamos, de entender – lacunas como insuficiência ou ausência

FONTES DO DIREITO

JOSÉ CLÁUDIO PAVÃO SANTANA

de previsão, o que nos levará de volta ao silogismo dos processos interpretativos.

Chegamos, por fim, aos critérios que deverão entrar como elementos informadores, formadores e explicativos na análise interpretativa; surgem-nos, aqui, discordância generalizada entre autores diversos, visto que alguns procuram elementos que se limitam ao âmbito da interpretação, procurando atribuir-lhes caráter de fontes autônomas, através do recurso de “Fontes Subsidiárias”, o que contradiz todo o caráter estrutural que deve possuir uma ordem jurídica [ara que possa ser analisada. Como fontes subsidiárias apresentam: os princípios gerais do Direito, o negócio jurídico e a doutrina.

SEGUNDA

UNIDADE

A VISÃO POSITIVISTA DAS FONTES DO DIREITO SOB O INFLUXO DA TEORIA PURA DO DIREITO DE KELSEN

A proposição conceptual de fontes do Direito sugerida linhas atrás, procurou enfatizar um conjunto de aspectos que inferem na ideia de formação do Direito, sem possuir, conforme ressalvamos, um caráter último e intocável que não admite qualquer reformulação, haja vista propugnarmos por uma ciência que “se caracteriza por sua função re-
tificadora¹⁴, apta a permitir uma constante renovação de ideias e conceitos, sem, contudo, conotar uma instabilidade que impeça uma segurança científica. Assim, cremos que o conceito que atribuímos às Fontes do Direito deva ser mantido, ampliando-se, todavia, conforme necessidades emergenciais, o que lhe garantirá aplicabilidade ao objeto cognoscível.

Dentro destas considerações, acabaremos por notar que as “fontes subsidiárias do Direito” às quais muitos estudiosos procuram atribuir o caráter de “fonte”, não passam de elementos integrativos do processo interpretativo a que está sujeita a ordem jurídica, sendo-lhes suportado o caráter de fontes apenas quando consideradas como subordinadas a uma conjuntura que se expressa através de um tal proces-

14 MARQUES NETO, Agostinho Ramalho – A ciência do direito: conceito, objeto, método. Forense: Rio de Janeiro, 1982, p. 51.

FONTES DO DIREITO

JOSÉ CLÁUDIO PAVÃO SANTANA

so. Por outras palavras, significa: não são fontes autônomas do Direito, mas constitutivos que integram um conjunto de métodos interpretativos para a solução das situações que a priori apareçam como não normadas explicitamente, mas que se inserem na concepção apresentada por Larenz, por nós demonstrada anteriormente.

Este. Processo interpretativo a que nos referimos não poderá ser perdido de vista, mesmo por que se encontra como exercício de uma faculdade deixada pela ordem jurídica, portanto, de acordo com as normas estabelecidas dentro dessa ordem, não importando o escalão em que encontre suporte.

Necessário é retornar a impropriedade do termo fontes subsidiárias do Direito. O que se nos afigura no momento é determinar as fontes do Direito com base no normativismo Kelseniano.

Tomemos, então, por fontes do Direito, tanto aquelas que possuem um caráter vinculante, quanto as que, muito embora contribuam na aplicação do Direito e influenciam de fato na sua criação, não possuem esse caráter de vincula. Estas poderiam ser arroladas como sendo os princípios morais e políticos, teorias políticas, pareceres de especialistas etc. Aquelas, como fontes do direito positivo, reconheceriam a estas – com o suporte de uma norma jurídica – caráter de fontes.

Desse modo, como fontes vinculantes teríamos: a legislação e os costumes considerando-se aqui uma determinada ordem jurídica – estadual; diferente será, ao tomarmos em conta uma ordem internacional, quando não mais terá cará-

FONTES DO DIREITO

JOSÉ CLÁUDIO PAVÃO SANTANA

ter de fonte a legislação, visto concebermos a formação do Direito como uma questão de toda uma estrutura. Assim, da mesma maneira incluiremos como fontes aquelas capazes de atribuir fundamento de validade à existência da ordem.

Ao tomarmos em conta a estruturação de uma ordem jurídica de maneira sistematizada, fluirá uma ideia em torno de uma composição que nos garantirá a estrutura esquemática, e finalmente poderemos entender o caráter que deve ser dado à criação e aplicação do Direito, fato que ocorrerá simultaneamente dentro da concepção normativa por nós abraçada.

Falar sobre o Direito, e especificamente sobre suas fontes, usando como ponto de apoio o pensamento Kelseniano, constitui-se tarefa não menos fácil que tentar explicar o empirismo ao leigo, aquele que age de tal maneira por um impulso natural, sem, todavia, imaginar o que isso possa representar, se não a própria satisfação de necessidades quotidianas. Por isso, não pretendemos esgotar o normativismo, e nem poderíamos, já que a Ciência nunca alcançará uma realização completa, sempre faltando o que fazer a fim de que não perca o seu caráter de conhecimento. Ademais, a Teoria Pura do Direito, de Kelsen, requer uma visão mais crítica quanto possível, exige uma permanente leitura que sempre nos despertará para uma nova descoberta.

Isto posto, é-nos lícito começar pelo primeiro instante utilizado por Kelsen dentro da concepção de uma estrutura escalonada.

Não se pode reduzir a concepção a uma simples afirmação de que o Direito é norma; não passaria de um ato

FONTES DO DIREITO

JOSÉ CLÁUDIO PAVÃO SANTANA

infirmativo. Desse modo, conceber o Direito como norma, recorrendo a figura pleonástica, significa concebê-lo como uma ordem normativa que regula a conduta entre os indivíduos, possuindo origem que lhe garanta fundamento exato e preciso e inserção numa determinada ordem jurídica.

Mas o Direito com esse caráter normativo proposto, requer uma origem apreensível; há de possuir um ato que o produza e possa possibilitar que o conheçamos, de maneira que possamos compreendê-lo através da perspectiva das fontes, ou, através de revelação no estudo das fontes do Direito.

Ora, concebendo essa estrutura normativa que deve ser o Direito, sem muita dificuldade compreenderemos a capacidade geradora de si mesmo que ele dispõe, mas para tanto, não podemos perder de vista que qualquer justificativa sobre o assunto tem de implicar em um fundamento que justifique tal argumento, uma vez que não nos bastará apenas a implicação hipotética que possa representar um argumento. É necessário que encontraremos um argumento capaz de justificar a validade da ordem normativa.

Note o leitor que, sendo a ordem composta por uma pluralidade de normas, sua validade não poderá ser procurada senão dentro da própria ordem normativa, o que nos possibilitará compreender que as próprias normas serão fundamento umas das outras, num fundamento interdependente recíproco de fundamentação criado pela concepção estruturada da ordem. Entretanto, é evidente que ao admitirmos o ordenamento encontramos invariavelmente um limite que apresente como ponto máximo dessa fundamentação

FONTES DO DIREITO

JOSÉ CLÁUDIO PAVÃO SANTANA

recíproca o fundamento da ordem, pois que, até o presente, somente as normas que compõem o ordenamento o forma. É preciso que seja apresentada a fundamentação do ordenamento para que ele seja válido, já que suas normas o são.

Saliente-se que, se as normas que compõem o ordenamento já são tidas como válidas é porque houve uma garantia de fundamentação entre as outras, que, por sua vez, deem ter obtido fundamentação em uma norma superior que possa garantir-lhes sua validade. Essas normas -postas – encontrarão validade atribuída pelo ordenamento que, por sua vez, encontrará fundamento numa norma fundamental que só poderá ser obtida através de processo de pressuposição, capaz de servir de argumento para o próprio ordenamento normativo, e, mediatemente, funcionará como fundamento de validade das. Normas que compõem a ordem normativa.

Mas a norma fundamental não se apresenta como fundamento de validade de uma ordem – aqui normativa – com caráter estritamente particular, ou seja, não se trata de uma norma pressuposta capaz de fundamentar apenas uma ordem normativa. A norma fundamental, pois, concede possibilidade de argumentação a qualquer ordem, isto porque em qualquer ordem aparecerá como norma que atribui fundamento. Assim, v.g., no próprio naturalismo encontraremos uma norma fundamental adaptada ao argumento de que devemos obedecer aos comandos da natureza.

Do ponto de vista normativo, a norma fundamental aparece com um caráter lógico-transcendental, sem, todavia, possuir qualquer reflexo ético-político, o que significa

FONTES DO DIREITO

JOSÉ CLÁUDIO PAVÃO SANTANA

possuir uma função de mero caráter teórico-gnosiológico, consoante nos demonstra a “Teoria Pura”, de Kelsen.

As normas que representam dentro da ordem normativa fundamento de validade umas das outras encontram-se superpostas, de maneira que possuimos, na concepção Kelseniana, normas superiores e normas inferiores, possuindo estas fundamento naquelas. Todavia, essa relação existente na ordem de trazer consigo o limite de fundamentação supracitado que será encontrado numa norma superior que funcione como fundamento da ordem mesma, não podendo ser imaginado que a origem de uma tal norma advenha de uma tarefa entregue a um indivíduo ou órgão competente, visto que, qualquer dos dois, necessitaria de uma norma ainda mais superior, o que nos levaria a um movimento contínuo e interminável.

Pela necessidade de pressuposição da “Grundnorm”, e sendo a mesma. A garantia de interpretação da ordem normativa objetivamente válida e eficaz, concluimos que a teoria utilizada não conota um positivismo lúcido através do normativismo, mas, cremos, é o próprio positivismo exposto por recursos normativistas.

Atendendo a sua sistemática, isto porque a ordem normativa é sua própria explicação, a ordem jurídica desponta como uma estrutura escalonada que possui seu fundamento de validade tanto quanto o vimos na ordem normativa; aqui evidentemente, particularizado pela circunstância. Todavia, muito embora as normas de uma ordem jurídica devam ser reproduzidas atendendo a determinados atos de criação, não deixarão de possuir sua fundamentação nas nor-

FONTES DO DIREITO

JOSÉ CLÁUDIO PAVÃO SANTANA

mas superiores, até chegarmos à norma fundamental que será uma Constituição de sentido lógico-jurídico. A Constituição – aqui em sentido jurídico-positivo – funcionando como ordenamento máximo na elaboração das normas jurídicas, recebe fundamento de validade daquela, sem, pois, confundir-se com ela, já que enquanto esta é denominada como norma fundamental de determinada ordem jurídica, aquela funciona como fundamento de validade desta; tem, destarte, uma pressuposição de existência, e por conseguinte, tem caráter hipotético.

Nunca é demais afirmar que, atendendo à sistemática denominada na exposição normativa anteriormente feita por nós, a ordem jurídica possui suas normas que estão entre si em dependência e conexão pela contingência de fundamentação e que, assim, possuem validade por estarem de acordo com a norma fundamental.

Dentro dessa perspectiva, continuaremos questionando a relação das fontes do Direito. Ora, não esperamos aqui aquela divisão tradicional efetuada na demonstração do estudo das fontes do Direito comumente apresentada. É que, só mesmo analisando o problema da norma fundamental, pois, da estrutura normativa, poderemos tentar demonstrar o estudo das fontes, de modo que não sejamos vinculados à metodologia que determina a classificação; ao contrário, desejamos que se projete a partir da explicação da teoria aqui utilizada.

Pelas considerações aduzidas até aqui, queremos ter a ideia de junção pretendida por nós entre a norma fundamental e a essência do primeiro momento da proposição

FONTES DO DIREITO

JOSÉ CLÁUDIO PAVÃO SANTANA

conceptual adredemente estabelecida; entre a representação pretendida com a explicação da norma fundamental e a conotação referente a origem como fonte, vemos conectar perfeitamente a ideia de Kelsen, que se trata de um ponto de partida que nada mais representa que a própria criação do Direito¹⁵, o que nos parece atender perfeitamente ao sentido de nascimento, de origem do Direito, de primeiro-momento.

Essa ideia, conjugada à nossa, supracitada, encontra asilo no fato de que, para que determinada ordem jurídica tenha validade é necessário que haja a “Grundnorm” para atribuir-lhe fundamento, é justamente ela que, em reconhecendo validade à ordem dá origem ao Direito, uma vez que o sistema escalonado deve ser de acordo com a mesma – a norma – e então, conseguintemente, também dará origem ao Direito conforme teremos oportunidade de observar.

Mas dentro da Teoria Pura do Direito, de Kelsen, ainda se nos afigura elemento largamente importante em sua estruturação lógica, que é o ato produtor, responsável direto pela formação do Direito.

Como falamos ser necessário à ordem jurídica meios especiais para a criação das normas que a compõem, nos parece o mesmo que afirmar que esses atos funcionam como ato produtor, e, nesse sentido, a Constituição como fonte constituinte determinará os meios através dos quais serão criadas tais e quais matérias, a cargo de quem deverá ficar a

15 KELSEN, Hans – Teoria pura do direito, trad. João Baptista Machado. Arménio Amado, Editor, Sucessor: Coimbra, 1974, 3ª ed., p. 275.

tarefa de criação das normas gerais componentes da ordem jurídica. Desse modo, as normas jurídicas poderão ser fundadas no costume ou por via de processo legislativo consoando, destarade, com a teoria proposta, o que implicará novamente em retornar à norma fundamental que representa, em última análise, a “instauração do fato fundamental”¹⁶, como demonstra o Professor Vienense.

Levando-se em conta a concepção do sistema escalonado, é necessário que saibamos como admitir a operacionalização das normas inferiores, como elas se portam e o que representam.

A Constituição – aqui em sentido jurídico-positivo -, funcionando como norma fundamental de uma ordem particularizada, dá fundamento às outras normas inferiores, que serão postas por ato de alguém. É, pensamos, onde reside o grande conflito entre Kelsen e aqueles que objetam a Teoria Pura, pois que, para essas normas sejam postas, é necessário que haja um ato normativo sob a forma de ato legislativo, quando teremos a existência de normas particulares. De outra maneira, e quando a Constituição assim o prever, poderão nascer através do costume. Trata-se, pois, de ato intermediário colocando uma norma inferior pela determinação de uma norma superior, que caracterizará a estrutura escalonada.

Dentro, assim, desse “movimento elaborador” da ordem jurídica fundamentado pela “Grundnorm” - lógica-jurídica – mediatamente, e imediatamente pela Constituição – por

16 Ibidem, p. 275.

FONTES DO DIREITO

JOSÉ CLÁUDIO PAVÃO SANTANA

sua vez fundamentando-se na “Grundnorm”, possuiremos nessa estrutura, as normas gerais e as normas especiais intermediadas através de atos legislativos.

Começa, então, uma segunda fase, ainda dentro da perspectiva de origem do Direito, por nós proposta supra, quando muito menos com uma característica conceptual e muito mais analítico, deixamos as ideias de origem, fundamentação de validade e estruturação.

Essa estrutura escalonada de normas supra-infra-ordenadas umas às outras, dá origem ao Direito – funciona como fonte na medida em que observamos a generalidade e particularidade dessas normas. Ou seja, na medida em que nos detemos diante do sistema observado – no caso a ordem jurídica – entenderemos a real dependência de uma norma à superior, uma prova lúcida da necessidade de análise da ordem jurídica sempre de maneira conjugada e nunca individualizada.

Ao concebermos uma norma que seja fundamento de validade de uma outra inferior, compreenderemos que ela é uma norma geral em relação a esta que, em função dessa relação, é uma norma particular. Ora, sendo a primeira norma – a superior – geral em relação a esta – a particular – torna-se fonte do Direito por duas contingências: primeiro, cria do Direito na medida em que é uma norma particular em relação àquela que lhe atribui validade, e, simultaneamente, cria Direito na medida em que se torna norma geral em relação a uma norma inferior tornando sê-lhe fundamento de validade. Em breves palavras: cria o Direito na medida

FONTES DO DIREITO

JOSÉ CLÁUDIO PAVÃO SANTANA

em que recebe fundamento da norma geral e logo serve de fundamentação para uma norma particular.

Poderia ser aventada a questão de saber se, ao receber a fundamentação de uma norma geral, portanto, o reconhecimento dessa norma geral, na verdade essa norma nesse instante não estaria criando Direito, mas sendo o próprio Direito, o que pode ser respondido de várias maneiras.

Quando uma norma geral reconhece validade a uma norma particular, além da criação do Direito por esta – a geral – haveremos de ter criação de Direito pela norma particular, na medida em que ela se tornará fundamento de validade para a norma mais particular que ela, tornando-se – como já enfatizamos – uma norma geral em relação a esta particular. Por outro lado, poderia ainda ser questionado se o reconhecimento da validade da norma particular, através da geral, não consistiria apenas da expressão “nascimento do Direito”, ou seja, se o aparecimento dessa norma particular produziria de certo modo, a criação do Direito apenas naquela via primeira – o reconhecimento da norma particular pela geral. Na verdade, tal possibilidade não se nos afigura, uma vez que o direito possui essa característica marcante que lhe individualiza, e, sobretudo ao positivismo, que consiste em se autocriar, ou seja: o momento de aplicação é o mesmo momento de criação do Direito, razão pela qual a questão aventada em segundo plano não poderia lograr êxito.

Já há algum tempo envolvemo-nos com o problema das normas gerais e particulares, que agora procuraremos, com proposição apenas enfática, analisar tomando por base de-

FONTES DO DIREITO

JOSÉ CLÁUDIO PAVÃO SANTANA

terminada ordem jurídica, esperando que possamos alcançar nosso objetivo.

Ao concebermos o problema, tendo em vista a determinação de uma ordem jurídica, a sua Constituição – em sentido lógico-transcendental – refere-se a uma determinada Constituição em sentido jurídico-positivo – estabelecida através de um ato legislativo ou através dos costumes, mas que tenha eficácia, uma vez que essa – a eficácia – se torna “conditio sine qua non” para a existência da ordem jurídica, e, pois, do ordenamento jurídico.

Dito isso, nunca é demais repetir que, havendo a relação válida entre as duas “constituições”, as normas que compõem o ordenamento encontrarão amparo para que desempenhem suas funções, amparo que, em virtude da especificação de uma ordem jurídica por nós admitida, será encontrado numa Constituição – em sentido jurídico-positivo. Assim, através do processo de fundamentação das normas gerais na Constituição, será atribuída às normas singulares fundamentação, e, por conseguinte, possuiremos mais uma vez a comprovação da fonte do Direito: as normas singulares, aqui no caso, de determinada ordem jurídica. Estas, investidas na condição de validade preestabelecida, regularão matérias específicas do Direito, de modo que seja completado o círculo de operacionalização do ordenamento.

Dentro da perspectiva de individualização dessa ordem jurídica poderíamos apreciar a Constituição – material – como ordenamento máximo positivo dessa ordem, o que consistiria em atribuir um determinado processo através do qual as normas deveriam ser produzidas, ou até mesmo,

FONTES DO DIREITO

JOSÉ CLÁUDIO PAVÃO SANTANA

guardadas as devidas proporções, previsto o conteúdo das normas a serem produzidas, o que, mais uma vez demonstra a possibilidade de que dispõe o Direito de regular a sua própria criação.

Ademais, podemos notar na primeira probabilidade a previsão de que as normas jurídicas gerais sejam criadas por uma via específica, o que, invariavelmente, nos levaria a pensar em processo que, por sua vez, poderia executado por um órgão, também determinado, que usaria dos meios disponíveis – legislação – para o processo de elaboração dessas normas jurídicas gerais, sendo estas compreendidas entre: leis e decretos. Além da determinação pela Constituição na atribuição dos órgãos competentes para a criação, a própria criação do Direito pelo Direito só seria admissível como fonte, na medida e desde que a própria Constituição o reconhecesse como tal.

Teríamos, então, em vista do exposto, a Constituição – em sentido jurídico-positivo -, os costumes – se reconhecidos. -, além das normas gerais de acordo com a Constituição, como fontes do Direito.

LEGISLAÇÃO E COSTUME

A legislação e o costume são tradicionalmente apresentados como fontes do Direito, tanto pela Filosofia do Direito, quanto pela Teoria Geral.

Mister é não perdemos de vista a ideia de ordem jurídica desenvolvida nesta segunda parte, através da exposição do argumento Kelseniano, a fim de que possamos determinar, efetivamente, o caráter, ou não, de fonte a legislação e o costume.

Em primeiro lugar, é necessário que tomemos a questão tendo em vista determinada ordem estadual, o que indubitavelmente nos levará à aceitação de ambas como fontes capazes de gerar o Direito. Diversamente será o resultado ao estendermos o problema a uma esfera superior, à internacional, v.g., quando será privativo do costume o caráter de formação do Direito, visto que é uma característica notável ao Direito Internacional, sua formação tendo por base o costume entre as nações.

De posse da estrutura escalonada pretendida por Kelsen, após a Constituição – em sentido formal – teremos as normas gerais que, conforme dissemos supra, podem ser de acordo com a precisão adredemente estabelecida, através da legislação ou do costume.

FONTES DO DIREITO

JOSÉ CLÁUDIO PAVÃO SANTANA

Considerando-se a estrutura do Estado hodierno, compreenderemos perfeitamente a necessidade de distribuição de atividades entre vários níveis estatais, motivo pelo qual caracteriza – não exclusivamente – a divisão do trabalho. É, pois, à Constituição entregue a tarefa de prever o estabelecimento de órgãos capazes de desempenharem as funções estabelecidas, a fim de que a estrutura estatal funcione de modo eficaz e duradouro.

Os organismos criados têm competência para estabelecerem normas gerais que serão aplicadas pelos tribunais e autoridades administrativas, estes, estes investidos de suas funções aplicadora do Direito. Temos, destarte, a estrutura estabelecida pela Constituição que determina os órgãos competentes para a criação do Direito; seus aplicadores que, com base na mesma previsão constitucional, que são a legislação e o costume, aqui processos produtores do Direito, sendo primeiro fatos legislativos, concebidos na Constituição como fato produtor do Direito.

Pode, a Constituição, instituir como fato produtor do Direito, o costume, que terá como sentido subjetivo a determinação que vincule o indivíduo a agir como devendo-ser de acordo com ele. No sentido objetivo, para que valha como norma jurídica, é necessário que seja reconhecido como tal pela Constituição, havendo mesmo que serem reconhecidos, também por ele, órgãos que o aplique – o costume.

Pensam alguns, que ao costume não pode ser atribuído qualquer outro caráter, senão o declarativo que possui, negando-se-lhe, pois, a possibilidade de criar direito. Nesse sentido poderemos observar a Escola Alemã, que procura de-

FONTES DO DIREITO

JOSÉ CLÁUDIO PAVÃO SANTANA

monstrar que só mesmo no espírito do povo, e não na legislação ou costume, estará contida a possibilidade de criação.

Aliada à Escola Alemã encontraremos a concepção da Escola Frances – Sociológica – diferenciando-se da primeira no sentido de que entende como origem do Direito a “solidarité sociale”. Para ambas, tanto a legislação quanto os costumes serviriam como instrumentos, uma vez que encontraria fundamento num Direito adredemente existente, o que é inaceitável por uma teoria que se considere positivista.

Não pretendemos considerar os fatores endógenos e exógenos que consistem na análise da legislação e do costume; cingimo-nos à perspectiva que envolve a estreita relação de subordinação de ambos à Constituição.

As normas gerais, criadas pela legislação ou pelo costume, assim como sua aplicação por via judiciária ou administrativa, possuem uma relação que não pode ser radicalmente diferenciada daquela encontrada entre a Constituição e as normas que se encontram reguladas por ela, normas gerais do Direito. Dessa maneira, a conclusão lógica nos leva à concepção de que a criação de normas jurídicas gerais é aplicação da Constituição, quando não menos, é a aplicação de normas jurídicas gerais pelos órgãos investidos nas funções previstas – tribunais e órgãos administrativos -, criação de normas que apenas são separadas em virtude do escalão de produção. Enquanto as gerais, oriundas via legislação ou costume aparecem sob o aspecto formal e, esporadicamente, sob o material criadas pelos aros judiciais ou administrativos, o são tanto sob o aspecto formal quanto material,

pelas normas gerais legislativas ou consuetudinárias. A relação entre os elementos – formal e material – deve, entretanto, ser sentida, uma vez que a Constituição – no sentido material da palavra – determina quais os órgãos e procedimento da atividade legislativa, atribuindo o conteúdo das leis ao órgão legislativo, o que, só excepcionalmente, é contraditado através da determinação do conteúdo das leis por via de exclusão de outros conteúdos.

No que se refere à produção de Direito consuetudinário, não pode ser excluído pela Constituição um determinado conteúdo das normas jurídicas criadas por esta via, já que a própria Constituição – ainda que escrita, em sentido formal – pode ser alterada por noemas jurídicas produzidas consuetudinariamente. Aqui, entretanto, as normas jurídicas gerais criadas de acordo com a Constituição determinam, quase sempre, não só o processo e os órgãos pelos quais devem ser aplicadas, mas, ainda, em medida variável, o conteúdo das normas individuais que representam as decisões judiciais e administrativas. Na órbita penal a predeterminação do conteúdo da decisão judicial é notada em certa medida, visto o pouco espaço deixado ao juiz na criação da forma individual, que será constituída pela livre apreciação. Fenômeno inverso notaremos no Direito Administrativo, o que levou Kelsen¹⁷, referindo-se à Constituição, a afirmar: “ela representa predominantemente o Direito formal, enquanto que o escalão da criação jurídica que lhe está imediatamente subordinado tanto representa Direito material quanto formal”.

17 Ibidem, pág. 322.

JURISPRUDÊNCIA

Cientes de que a estrutura escalonada em que a ordem jurídica é constituída por normas gerais – através da Constituição, por processo legislativo ou consuetudinário -; e por normas individuais – criadas através das decisões judiciais e administrativas -, arrolamos a jurisprudência.

O fenômeno aqui tomado, não é outro senão a aplicação, pelos tribunais, de regras individuais criadas por normas gerais, voltando-se, mais uma vez, à assertiva que consiste na aplicação do Direito ser, imediatamente, sua criação.

A norma individual – como decisão de um tribunal, representa uma faixa intermediária entre o momento inicial do processo que é a criação da Constituição que se entende - através da legislação e do costume – até decisão judicial e execução e execução da sanção -, representa um mecanismo constitucionalmente recriador do Direito.

A nós não interessa discorrer detalhadamente sobre o procedimento judicial na criação do Direito; basta-nos afirmar a função aplicadora-criadora concernente à atribuição do Tribunal, que não reside apenas em declarar direitos, mas, sim, ao invés da limitação do reconhecimento da norma geral, procura aplicá-la ao caso concreto, buscando sempre encontrá-la como prescrita em processo constitucional, “*conditio sine qua non*” para estruturação e operação da or-

FONTES DO DIREITO

JOSÉ CLÁUDIO PAVÃO SANTANA

dem jurídica por nós concebida. Eis por que a decisão judicial, compreendida exclusivamente no seu caráter declarativo, induzirá o indivíduo à obtusa visão que desconhece que a sanção possui caráter constitutivo e que, portanto, a norma individual que coloca diante do indivíduo uma tal sanção só é criada através de uma decisão judicial, passando, destarte, a ter vigência, o que elimina a visão limitada de que as normas do Direito possuem apenas um caráter geral.

Trata-se, então, a criação do Direito, de fenômeno efusivo uma vez que a dinamicidade da ordem jurídica é representada pela interação criação-aplicação e vice-versa. Dispondo de meios adequados, os órgãos competentes apresentarão as normas individuais, através das decisões, operando como produção de normas jurídicas, além das resoluções e atos administrativos que, conjuntamente, compõem a via legislativa, e o costume, fonte de produção das normas jurídicas gerais. Ressaltamos, que os tribunais funcionam como aplicadores de normas gerais estabelecidas para darem efeito – criação – às normas individuais, que têm seu conteúdo determinado por aquelas. Somado a essas fontes de produção, a Teoria Pura do direito arrola os atos negociais havidos, que tanto representam – através da expressão “negócio jurídico” - o ato produtor da norma, como ainda a norma produzida pelo ato.

Não muito distante da linha de raciocínio, anexamos ao exposto a qualidade, ou característica, privada do ato que funciona como criador da norma que lhe atribui sentido.

Vê-se, então, que dentro de toda a estrutura da ordem jurídica aqui demonstrada, a nós não será tortuoso identi-

FONTES DO DIREITO

JOSÉ CLÁUDIO PAVÃO SANTANA

car o processo de criação das normas jurídicas, tanto gerais quanto individuais, ou particulares, uma vez que, através dessa estruturação escalonada admitida, a ordem individualizada nos possibilitará, através do princípio da divisão do trabalho, atribuir os órgãos competentes para desempenho das funções, tomando a palavra aqui significando não só o sentido do órgão jurídico comumente apresentado, mas de a mesma forma físico – pessoa, generalizada, aliás, no primeiro conceito de Kelsen -, uma vez que o caracterizará a atribuição recebida dentro da estrutura.

Dentro dos argumentos propostos, resta-nos, finalmente, ressaltar a importância dos atos e resoluções administrativas como elementos relevantes na dinâmica da ordem jurídica. Trata-se de função jurídica do mesmo modo que o é a função judicial, já que funciona como aplicação e criação de normas jurídicas, diferenciando-se através da ausência de coercitividade em casos particulares.

O NEGÓCIO JURÍDICO

Consoante nossa exposição, até aqui desenvolvida com base nos argumentos Kelsenianos, compreenderemos que a ordem jurídica reconhecerá a determinado fenômeno a qualidade de fato produtor do Direito, o que nos garantirá a percepção de que a validade de uma relação será reconhecida pela ordem, sem possuímos, todavia, a visão inicial da teoria utilizada aqui, que entendia haver uma certa categoria de fatos ou condutas que eram alheios ao Direito.

Das relações que mais importam ao Direito encontraremos o negócio jurídico que, consoante a sugestão do termo, representa uma relação entre partes envolvendo a sugestão do termo, representa uma relação entre partes envolvendo um direito real ou obrigacional. Desse modo, a ordem jurídica confere aos indivíduos a ela subordinados o poder de regular as relações havidas entre si.

Atendendo ao princípio da dependência encontrado entre as normas nua certa ordem jurídica, do mesmo modo encontraremos o negócio jurídico, uma vez que, ao serem estabelecidas as normas que regem a relação comercial – geralmente por via contratual –, só serão tidas como operantes se consideradas em combinação com as demais normas gerais que estatuem as sanções pelo não cumprimento das previsões estabelecidas. Não são, pois, em relação à ordem, normas autônomas, senão em relação ao pacto, visto neces-

FONTES DO DIREITO

JOSÉ CLÁUDIO PAVÃO SANTANA

sitarem de compactuação com as outras normas que compõem o sistema para que o fenômeno da superposição seja mantido.

Trata-se, pois, o negócio jurídico, de fonte do Direito, já que se encontra inserido no contexto geral da ordem, como elemento particular, com a capacidade de regular uma relação entre os indivíduos, possibilitando a manifestação do Direito.

Isto posto, parece-nos completo o quadro proposto para a apresentação das fontes, restando-nos, tão-somente, breves considerações que possam resumir nossa intenção apresentada com o auxílio enfático da Teoria Pura do Direito de Kelsen.

CONSIDERAÇÕES CONCLUSIVAS

Submetidos a uma proposição previamente estabelecida, procuramos desenvolver o estudo das fontes do Direito dentro da Teoria Geral dividindo este nosso trabalho em duas etapas distintas. Na primeira, através de uma visão tradicional, tentamos oferecer ao leitor uma ideia geral de como as fontes do direito têm sido apresentadas pela Teoria Geral do Direito, de maneira que pudéssemos tecer considerações sobre cada uma delas determinando, quando possível, suas manifestações dentro da abrangência conceptual estabelecida. Na segunda parte, utilizando-nos da Teoria Pura do Direito de Kelsen, buscamos dar ênfase positivista ao trabalho, no intuito de demonstrar o método mais eficaz para estudarmos o Direito.

Creemos ser dispensável uma minuciosa justificativa do porquê usarmos prestamento Kelseniano. Entretanto, tivemos o propósito de estabelecer um ajustamento das fontes do Direito à questão da ordem jurídica defendida pela Teoria Pura, de modo que nos fosse possível demonstrar que uma estrutura jurídica defendida pela Teoria Pura, de modo que nos fosse possível demonstrar que uma estrutura jurídica deve ser estudada de forma global, visto que, só em sua globalidade, poderemos considerar as suas normas.

A propósito de sua existência, Larenz¹⁸ afirma tratar-se de uma tentativa de explicar a ciência como ciência, o que a faz manter-se submetida ao conceito positivista, e, pois, sofrendo restrições. Entretanto, não poderá deixar de ser reconhecida a “grande utilidade teórica” nela encontrada, em contraste com a sua pouca valia, prática, justamente, segundo ele, o oposto do que antes ocorrera com a jurisprudência dos interesses.

Com base na conotação positivista que apresenta a teoria, poderemos afirmar que se trata de uma Teoria Geral do Direito, e, portanto, uma Teoria Geral do Direito Positivo, como pretender seu autor.

Ademais, procura Larenz acentuar que a Teoria Pura do Direito procura a “especificidade lógica e autonomia metodológica da Ciência do Direito”, o que pode ser evidenciado quando Kelsen não desconhece validade nas reflexões psicológicas e sociológicas; pe=retende, sim, que o jurista não se sirva dos resultados obtidos através de sua consideração exemplificativa na edificação conceptual normativa¹⁹.

Trata-se, assim, de uma teoria realista, isto porque procura, tão-somente, demonstrar toda a estruturação – origem, desenvolvimento e fundamentação – do Direito positivo, e, nesse sentido, o conteúdo das normas que a compõem não pode ser determinado pela razão, pela lei moral etc., mas pode ser qualquer um que se queira.

18 LAREN, Karl – Metodologia da ciência do direito, trad. José de Sousa e Brito e José Antonio Veloso. Ed. Fundação Calouste Gulberkian: Lisboa, 1969, p. 88.

19 Idem, p. 91.

Na parte final de seus comentários Larenz procura admitir que a Ciência do Direito só poderá vir a ser conhecida de duas maneiras: “ou como investigação científico-causal dos fatos subjacentes à vida jurídica, isto é, como sociologia do Direito, ou como uma teoria das formas lógicas das relações jurídicas, ou seja, como “teoria pura do direito”²⁰.

Por fim, para que a especificidade da Ciência do Direito e garantia de uma autenticidade como ciência sejam alcançadas, propõe Larenz o desprezo do conceito de ciência sob o enfoque positivista.

Creemos, todavia, que a teoria consegue atender à proposições estabelecidas, o que nos leva a ressaltar a importância do caráter normativo como forma de cientificidade da Ciência do Direito.

Não obstante o pouco conhecimento sobre o assunto, poderíamos apresentar as seguintes conclusões:

Chamou-nos a atenção a necessidade de considerarmos uma certa ordem jurídica para entendermos a questão das fontes, sobretudo no que diz respeito à existência de uma supra-infra-ordenação das normas, umas em relação as outras.

Tenhamos, ainda, em conta, nossa proposição conceitual: origem, estruturação e fundamentação de validade. Parece-nos haver uma interligação tamanha que chegamos até mesmo a confundi-las. Desse modo, a Norma Fundamental – “Grundnorm”- apresentada pela teoria, satisfaz plenamente

20 Idem, p. 97.

FONTES DO DIREITO

JOSÉ CLÁUDIO PAVÃO SANTANA

o nosso intento, uma vez que, ao iniciarmos a análise de uma ordem jurídica teremos de contar com uma atribuição capaz de fundamentar o direito, de maneira que sua origem – aqui individualizada sob a forma de uma ordem jurídica – possa ser demonstrada de maneira consciente e eficaz, sendo-nos possível apenas tendo em vista a pressuposição normativa.

Por outro lado, a imediata fundamentação normativa de uma norma em relação a outra, faz com que tenhamos solucionado o problema das fontes do Direito, de maneira que nos convencemos da impropriedade de uma tal denominação.

Finalmente, ressalvadas as dificuldades encontradas durante o desenvolvimento temático, queremos crer haver-mos conseguido discorrer sobre a origem do Direito, sua estruturação e fundamentação de validade – dada aqui através de uma ordem jurídica – com o auxílio do pensamento Kelseniano.

Permitimo-nos, ainda, duas palavras.

A valoração atribuída à Teoria Pura do Direito de Kelsen, pela Faculdade de Direito do Recife, na pessoa do Prof. Vilanova, conota a importância do estudo do Direito comparado, tão esquecido pelos cursos de graduação das universidades brasileiras. Entretanto, isto não significa que nos tenha sido negada a livre manifestação no decorrer do curso. Ao contrário, serviu para que entendêssemos a carência no campo da pesquisa científica as ciências Sociais por que passa o Brasil.

Deixamos, pois, à consideração do Mestre.

BIBLIOGRAFIA

ASCENÇÃO, José de Oliveira – O direito – introdução e teoria geral: uma perspectiva luso-brasileira. Lisboa: Fundação Calouste Gulberkian, 1978.

BEVILÁQUA, Clóvis – Teoria geral do direito civil, ed. Ver. e atual. Por Prof. Cáo da Silva Pereira, 2ed. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1980.

DANTAS, San Tiago – Programa de direito civil (aulas proferidas na Faculdade Nacional de Direito), parte geral. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977.

DELEUSE, Gilles – A filosofia crítica de Kant– trad. Geminiano Franco – Lisboa: Edições 70, 1963.

ENGLISH, Karl – Introdução ao pensamento jurídico, 5ed. Trad. J. Batista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulberkian, 1979.

HESSEN, Johannes – Filosofia dos valores, 5ed. Trad. Prof. L. Cabral de Moncada. Coimbra: Américo Arménio Amado, Editor, Sucessor, 1980.

KANT, Emmanuel – Da utilidade de uma nova crítica da razão pura (resposta a Eberhard), trad. introd. E notas Márcio Pugliese e Edson Bini. São Paulo: Hemus – Livraria Editor Ltda., 1975.

FONTES DO DIREITO

JOSÉ CLÁUDIO PAVÃO SANTANA

KELSEN, Hans – A justiça e o direito natural, 2ª ed., trad. De João Baptista Machado, Arménio Amado, Editor, Sucessor, Coimbra, 1979.

KELSEN, Hans – Teoria pura do direito, 3ª ed., trad. Dr. João Baptista Machado, Arménio Amado, Editor, Sucessor, Coimbra, 1974.

LARENZ, Karl – Metodologia da ciência do direito, trad. De José de Sousa e Brito e José Veloso, 2ª ed., 1969, Fundação Calouste Gulberkian, Lisboa, 1978.

MACEDO, Sílvio de – História do pensamento jurídico. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1982.

MACEDO, Sílvio de – Introdução à filosofia do direito (uma nova metodologia), 2ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

MACEDO, Sílvio de – Lógica jurídica. Editora Rio, 1978.

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho – A ciência do direito – conceito, objeto, método. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

MIRANDA, Pontes de – Filosofia de ciência positiva do direito, 2ed, tomo IV. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972.

MOTEIRO, Washington de Barros – Curso de direito civil – parte geral -, 19ed. São Paulo: Saraiva, 1979.

PAUPÉRIO, A. Machado – Teoria geral do estado, 7ª ed., Forense: Rio de Janeiro, 1978.

RADBRUCH, Gustav – Filosofia do direito, 6ed. rev. trad. Prof. L. Cabral de Moncada. Coimbra: Arménio Amado, Editor, Sucessor, 1979.

FONTES DO DIREITO

JOSÉ CLÁUDIO PAVÃO SANTANA

REALE, Miguel – Filosofia do direito, 9ed. São Paulo: Saraiva, 1982.

REALE, Miguel – Estudo de filosofia e ciência do direito. São Paulo: Saraiva, 1982.

SALDANHA, Nélon Nogueira – Kant e o criticismo no bicentenário da crítica da razão pura. Recife: Editora Massurunga – Fundação Joaquim Nabuco, 1982.

VANNY, Icillio – Filosofia do direito (trata-se de obra traduzida para o português sem possuímos qualquer referência sobre data, edição e editora.

VILANOVA, Lourival – As estruturas lógicas e o sistema de direito positivo. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1977

SILVA, José Afonso da – Aplicabilidade das normas constitucionais, 2ª ed., ver. E atual., Ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 1982.

WIEACKER, Franz – história do direito privado moderno, 2ed., trad. A. M. Hespanha, Fundação Calouste Gulberkian, Lisboa, 1967.

*Realizado o Depósito legal na Biblioteca Nacional conforme a Lei nº 10.994,
de 14 de dezembro de 2004.*

TÍTULO	<i>CONSTITUIÇÃO: origem, conceito e validade</i>
AUTOR	<i>José Cláudio Pavão Santana</i>
PROJETO GRÁFICO E CAPA	<i>Patrícia Régia Nicácio Freire</i>
PÁGINAS	<i>75</i>
FORMATO	<i>768 x 1024 px</i>
TIPOGRAFIA	<i>Taviraj CORPO Montserrat TÍTULOS</i>



DGP CNPQ

**Direito
Constitucional
Contemporâneo**