

Racionalização do Estado

A fim de entrarmos com mais profundidade no tema da nossa aula, importante trazer alguns aspectos históricos a fim de compreendermos melhor o que será apresentado.

Nesse contexto, a discussão das antinomias e das lacunas aponta para outro problema, no sentido de o direito não ser dado, mas construído. Acerca disso, algumas teorias merecem ser indicadas:

- **Teoria de Savigny:** quanto ao direito construído esse autor pregava que se tratava de um ato do Estado e, por outro lado, quanto ao direito dado, se trataria do espírito do povo.
- **Teoria de François Geny** (jurista francês, nascido em 1861 e falecido em 1959): a respeito do direito construído entendia que compreendiam as fontes formais de elaboração técnica de forma solene, ao passo que o direito dado compreenderia às fontes substanciais tais como história, razão e os ideias de um povo.

Ademais, ainda importante registrar, acerca da ambiguidade do termo “fonte”, uma vez que ao mesmo tempo se refere à origem (histórica, sociológica, econômica, por exemplo), mas também se relaciona ao modo de produção do direito.

Nesse contexto, cumpre observar que a problemática existente relacionada às fontes do direito surge, justamente, na modernidade, quando há o abandono da tradição e da autoridade, firmando-se na racionalidade e eficiência.

Com isso, surge o denominado poder disciplinar, uma vez que Estado passa a controlar não apenas o território, mas também as pessoas.

É por essa razão que se mostra importante definir o que cabe ao Estado, à sociedade privada e ao indivíduo. Por isso, a dogmática moderna oferece os instrumentos para regular a contínua produção de normas tendo em vista a necessidade de se preservar a segurança jurídica das relações.

Assim a dogmática considera “fonte”, os modos de formação das normas jurídicas, buscando explicar como são absorvidas pelo ordenamento jurídico.

Legislação

Definimos legislação como modo de formação de normas jurídicas por meio de atos competentes.

São atos competentes, por sua vez, os que são, eles mesmos, normas jurídicas, retrocedendo até as normas constitucionais.

Importante destacar que a Constituição Federal é considerada a lei fundamental de organização básica do Estado. Por meio dela, os direitos fundamentais, formas, competências e limites do Poder Público são garantidos.

Consideramos “constituição material” aquela parte que dispõe como as leis devem ser criadas. Consideramos “constituição formal” tudo aquilo que foi submetido ao procedimento formal para estar na Constituição Federal.

E o que são as leis? São a forma com que se reveste a norma ou um conjunto de normas, atendendo aos procedimentos institucionalistas que geram a promulgação.

Aproveitamos para registrar que “promulgação” é o ato decisivo da autoridade legítima que torna a lei válida, momento em que ela é absorvida pelo ordenamento jurídico. “Publicação” é o que torna a lei conhecida, porém não de fato, apenas serve para neutralizar a ignorância prevista no artigo 3º da Lei de Introdução ao Direito Brasileiro, em que dispõe: “Ninguém se escusa de cumprir a lei alegando que não a conhece”.

Algumas espécies de legislação:

- **Decreto-lei:** ato do Poder Executivo buscando resolver problemas gerados pelas mudanças sociais abruptas.
- **Decreto (atual):** ato do Poder Executivo para estabelecer forma de execução e regulação de leis.
- **Emendas:** normas estabelecidas por atos legislativos que passam a integrar o texto constitucional.
- **Leis complementares:** são as leis infraconstitucionais dotadas de maior importância e requerem mais estabilidade jurídica e exigem quórum especial ao serem votadas.
- **Leis ordinárias:** representam a maioria das leis e requerem quórum simples ao serem votadas.
- **Leis delegadas:** leis com prescrições de princípios e orientações gerais, que conferem competência ao Poder Público para editar os detalhes.
- **Leis federais, estaduais e municipais:** serão assim chamadas, respectivamente em cada uma das esferas, dependendo do Poder Legislativo que as originar.
- **Portarias:** atos administrativos ministeriais para órgãos da administração.
- **Instruções:** atos administrativos internos que vinculam no âmbito de órgãos públicos.
- **Códigos:** são assim denominados os conjuntos de normas estabelecidas por lei. Representam o esforço técnico para englobar um grande âmbito de situações.
- **Consolidações:** reformulação de normas pré-existentes, dando-lhes uma confirmação unitária.
- **Tratados:** acordo entre soberanias que se tornam normas no âmbito internacional e nacional (se aprovadas internamente).
- **Convenções internacionais:** normas celebradas em organismos internacionais, submetidas à aprovação interna para terem eficácia no âmbito nacional.

Costume

Prosseguindo com as fontes do direito, apresentamos o costume, que, basicamente, se trata de “algo que deve ser, simplesmente porque sempre foi”. Essa fonte do direito possui menor

objetividade, é criado de forma difusa e sem um ato formal sancionador e pode, ainda assim, se tornar uma norma consuetudinária.

Se torna norma válida e plenamente aplicável quando indicada por regras estruturais do sistema jurídicos (sua invocação nas normas formalmente sancionadas podem aparecer mais ou menos assim: “conforme usos e costumes”, “em respeito aos bons costumes”, “há de se reconhecer o costume como fonte de direito”, etc).

Uma questão que surge a respeito de sua vigência é a de que o costume invocado deve ser provado por quem o alega. O costume possui uso continuado e convicção de obrigatoriedade, mas necessita alguns elementos:

- **Elemento substancial:** uso reiterado no tempo.
- **Elemento relacional:** se trata do processo de institucionalização formado pela convicção da obrigatoriedade.

Além disso, importante considerar que do costume podem gerar três tipos de normas:

- **Costume negativo (ou contra legem):** conduta reiterada com efeito revogatório de normas.
- Costumes que não se opõem à lei, mas disciplinam matérias que a lei não conhece, preenchendo lacunas (*praeter legem*).
- Pode se falar em *secundum legem*, quando há coincidência de lei e costume.

Jurisprudência

Também é uma fonte do direito, a jurisprudência. Origina-se de duas tradições jurídicas: a romanística e a anglo-saxônica, com força vinculante dos precedentes judiciais.

Adicionalmente, é possível afirmar que na tradição romanística a lei é proeminente (chegando a proibir a decisão conforme o precedente em alguns momentos históricos).

No Brasil, não há vinculação nem em grau hierárquico, nem na mesma hierarquia, nem no mesmo tribunal e nem a si próprio. Ainda assim, existe o entendimento pacífico em algumas temáticas, que não obrigam, mas são seguidas pelos Tribunais.

Recentemente, passaram a existir iniciativas no sentido das uniformizações com os institutos das Súmulas, Súmulas Vinculantes e Incidentes Recursais de Demandas Repetitivas.

Fontes negociais e razão jurídica

São, igualmente, fonte do direito:

- **Papel normativo da autonomia privada:** contratos como fonte de direitos, em razão de se comportarem como norma entre as partes.
- **Razão jurídica:** a posição doutrinária dominante, servindo como base de orientação para a interpretação do direito (nesse contexto, cumpre mencionar o que são os chamados standards jurídicos. Se tratam de fórmulas interpretativas para conceitos abertos, tais como justa causa, ruído excessivo etc).

- **Analogia:** forma de raciocínio baseada numa comparação de semelhanças e diferenças entre normas.
- **Princípios gerais:** regras estruturais presentes no sistema jurídico para solução de conflitos e possuem formulação indefinida.
- **Equidade:** a consideração das circunstâncias concretas, ajuste da norma a fim de que haja uma solução justa.