

A POSITIVIDADE NO DIREITO

PAULINO JACQUES

I — CONCEITO DE DIREITO

Ao conjunto das normas de organização do convívio humano e de conduta do homem dentro desse convívio — denomina-se Direito.

É óbvio que ditas normas apresentam conteúdo (matéria) e continente (forma) variados. Estão aí as normas internacionais (tratados, convenções e acordos) e as normas constitucionais (emendas, leis complementares e leis ordinárias), entre outras, para comprová-lo.

Sejam “normas abstratas ou gerais” (as normas civis ou penais), sejam “normas concretas ou particulares” (as sentenças e os contratos) todas elas, independentemente de seu conteúdo ou de seu continente, estruturam o convívio humano, a sociedade política, e traçam o comportamento do homem.

Quanto a isso, não divergem as escolas filosófico-jurídicas. A divergência, entretanto, ocorre no que diz respeito à natureza do fenômeno da juridicidade.

Para os jus-naturalistas, por exemplo, o direito é produto da “natureza divina” (São Paulo, Santo Agostinho e São Tomás) ou da “natureza humana” (Aristóteles, Cícero e Grotius); para os jus-contratualistas, fruto do “contrato-social” (Hobbes, Locke e Rousseau); para os jus-racionalistas, obra da “razão humana” (Kant, Hegel e Kelsen); para os jus-historicistas, “determinação da história” (Hugo, Savigny e Puchta), para os jus-sociologistas, “emanação dos grupos sociais” (Jhering, Gierke e Duguit), e para os jus-axiologistas, “criação dos valores eidético-fenomenológicos (Radbruch, Stammler e Cossio).

Assim, considerado o direito como produto da natureza divina ou humana, ou da razão ou do contrato, ou, ainda, da história ou do agrupamento social, ou, por fim, da axiologia — o que, realmente, importa é a sua *positividade* no convívio humano.

II — CONCEITO DE POSITIVIDADE

A qualidade do que é *positivo*, denomina-se *positividade*. Positivo — na concepção de Comte — é tudo que se funda em fatos, em fenômenos suscetíveis de observação e experimentação. e a chamada realidade fenomênica ou fática.

Embora a *positividade* seja multiforme — a “experimental” de Bacon; a “utilitária”, de Bentham; a “sensualista”, de Locke; a “pragmática” de Willian James — basta, para este nosso estudo, que a consideremos como tal, isto é, a *positividade* em si mesma, independentemente de sua natureza.

Também, a nossa conceituação é ampla, de modo a abranger as diferentes formas por que a *positividade* normativa se apresenta na sociedade política; costume, lei, jurisprudência, doutrina e ajustes particulares.

III — FORMAS ESPECÍFICAS DE DIREITO POSITIVO

O direito positivo, que é o direito objetivo vigente — o que atua no convívio humano — manifesta-se sob forma variada.

O Costume — é a *longa diuturna et inveterata consuetudo* — no conceito famoso de Ulpianus. Tanta força tinha, como *jus non scriptum*, nesses velhos tempos romanos, que, segundo Ahrens e Mommsen, as *leges* não prevaleciam contra ele. Pode dizer-se que revogava as leis que não se acomodassem aos seus ditames. E isto porque o costume era como que manifestação da vontade dos Deuses, que lhe imprimiam cunho de sacralidade. Daí, o antiquíssimo brocardo *nulla lex sine moribus*, e a necessidade em que se encontrou o Imperador Constantino I (306 a 307 d.C.) de proibir, em sua *Constitutione*, que o “*consuetudo*” revogasse as “*leges*”.

Também, na antiga Germânia, o costume revogava as leis, à maneira romana — na lição de Ahrens.

E, em todos os tempos, na Grã-Bretanha e na Hungria, o costume teria, força de lei, ainda que não possa revogá-la (veja de Paulino Jacques, “Curso de Introdução à Ciência do Direito”, 2ª edição, Forense, 1971, Cap. XXVIII). Tal ocorre em outros países.

Contudo, sempre se estabeleceram requisitos para que o costume constituisse direito positivo. Na velha Roma, a *opinio juris ac necessitatis*; na Grã-Bretanha, o reconhecimento pelos tribunais judiciais; e em outros países, como observa Dabin, inclusive, no Brasil, o registro da sentença de reconhecimento no órgão estatal competente (Código de Processo Civil Brasileiro, de 1939, art. 262).

Demais, no Brasil, o Código Comercial, de 1850, vigente ainda hoje, contém vários dispositivos que mandam aplicar “o estilo, o uso ou o costume, inexistindo lei ou ajuste das partes” (arts. 130, 133, 154, 169, 176 e 186, entre outros). Também, a nossa Lei de Introdução ao Código Civil autoriza o juiz a decidir “de acordo com o costume” (art. 49), tanto quanto a nossa consolidação das Leis do Trabalho (art. 89).

Daí porque andou acertado o Mestre Haroldo Valladão, quando incluiu o costume entre as fontes positivas do direito (Ante-projeto de Lei Geral de Aplicação das Normas Jurídicas, Rio, 1964, art. 69). Vale transcrever na íntegra dito texto:

“Art. 6º. O juiz e as autoridades não se eximem de sentenciar, despachar ou providenciar por ser a lei silenciosa, obscura ou ambígua.

“Aplicam as disposições concernentes aos casos análogos; o direito costumeiro; as normas estabelecidas pelos indivíduos e pelas pessoas jurídicas em atos, contratos, convenções coletivas, estatutos, regimentos, que não ofendam a ordem pública (art. 12 desta Lei); os princípios gerais de direito; a jurisprudência assente e a doutrina aceita, comum e constante, dos jurisconsultos”.

“Art. 12. Não terão eficácia quaisquer declarações de vontade que visem a modificar a constituição da família ou que ofenderem a soberania nacional, a ordem pública, a equidade, a moral e os bons costumes”.

Bom se percebe que o Mestre Valladão, além do costume, refere outras fontes positivas do direito, a saber:

- a) as normas estabelecidas pelos indivíduos, que não ofendam a ordem pública;
- b) as normas estabelecidas pelas pessoas jurídicas em atos, contratos, convenções coletivas, estatutos e regimentos, que não ofendam a ordem pública;
- c) os princípios gerais de direito;
- d) a jurisprudência assente;
- e) a doutrina aceita comum e constante, dos jurisconsultos.

A) *AS NORMAS ESTABELECIDAS PELOS INDIVÍDUOS*. São aquelas que as pessoas naturais estabelecem nos contratos que celebram entre si, para regular os seus negócios ou interesses legítimos. Constituem, sem dúvida, “direito positivo”, que o Mestre Valladão denomina “direito particular”. O Código Civil de Napoleão considera o “contrato individual” *lex inter partes*, desde que não ofenda a “lei maior”, que é o mesmo Código. A essas normas denominamos “atípicas secundárias”, em face da singularidade de sua elaboração e de sua hierarquia inferior (veja de Paulino Jacques *ib. cit.*, Cap. XIX, nº 46).

Contudo, é necessário que esse “direito particular” (Valladão), para a sua legitimidade, não ofenda apenas a “ordem pública”, mas também “a constituição da família, a soberania nacional, a equidade, a moral e os bons costumes” (art.12, supra-transcrito do Ante-Projeto de Lei Geral de Aplicação das Normas Jurídicas).

B) *AS NORMAS ESTABELECIDAS PELAS PESSOAS JURÍDICAS*. São as constantes de atos, contratos, convenções coletivas, estatutos e regimentos — que não ofendam a “ordem pública”. O Mestre Valladão eleva, com razão, a “ordem pública” à alta categoria de padrão de legitimidade, com a qual essas normas atípicas hão de harmonizar-se, sob pena de ilegitimidade e ineficácia.

Aliás, com relação aos estatutos ou regimentos das pessoas jurídicas, o Mestre Valladão esgotou o assunto, no “memorial” que ofereceu ao nosso Supremo Tribunal Federal, em grau de “recurso extraordinário”, em 1960 — onde examinou, com a sua habitual profundidade e amplitude, a força de lei interna, dos Estatutos ou Constituição da Ordem Maçônica do Brasil, denominada Grande Oriente do Brasil, que prevalecia sobre as normas das unidades maçônicas federadas (as Lojas Maçônicas), adstritas aos mandamentos legais e administrativos da entidade de hierarquia superior. A tese do insigne Mestre foi vitoriosa naquele Tribunal, que, aliás, já havia formado jurisprudência a respeito.

No que concerne às convenções coletivas do trabalho, basta lembrar que, no mundo inteiro, têm elas força de lei, integrando as normas atípicas primárias (veja de Paulino Jacques, *ob. e cap. cit.*).

A essas normas estabelecidas por pessoas naturais ou jurídicas, o Mestre Valladão denomina-as de “direito voluntário”, porque livremente estabelecido pelas partes — e a que Geny chama de “*droit libre*”.

O Mestre Valladão observa, acertadamente, que “nenhum sistema jurídico pode ficar estanque a essa fonte convencional, ampla e presente sempre na vida social, e que impera, livremente aceita, “quando não se torna incompatível com os princípios de ordem pública” (*in ob. cit.*, p.47, *in medio*). E refere que são expressas, neste particular, a Legislação Civil da U.R.S.S. art.4º; a Consolidação das Leis do Trabalho do Brasil, art.8º, e o Estatuto do Trabalhador Rural, também do Brasil, art.9º.

Entre as pessoas jurídicas públicas externas, figuram a ONU, a OEA, a OIT, UNESCO, a Corte de Justiça Internacional e a OAT — cujos Estatutos ou Regimentos têm *força normativa* reconhecida internacionalmente.

Também, entre as pessoas jurídicas públicas externas, referimos as Igrejas (Católica, Protestante, Bramânica ou Budista), com o seu *direito próprio* (códigos, estatutos ou regimentos).

No âmbito interno vale destacar as entidades para-estatais ou autárquicas, como os Institutos de Previdência e Assistência ou os de Economia e Finanças ou, ainda, os de Ciência e Tecnologia — todos com a sua ordenação jurídica peculiar.

E, igualmente, as recentes empresas multinacionais ou, mais exatamente, *transnacionais* — que vêm se multiplicando. Elas revelam um tipo novo de “colonialismo” ou imperialismo”, o de natureza econômico-financeira ou científico-tecnológica — com a sua normatividade singular.

E, por fim, os “partidos políticos”, que, no âmbito interno ou externo — qual os Partidos Comunista, soviético ou o chinês — cujos estatutos pairam acima das Constituições dos Estados em que atuam, numa subversão da hierarquia dos valores jurídicos tradicionais.

C) *OS PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO*. São aqueles que “informam o direito e se alçam pela generalização crescente” (Del Vecchio) — razão por que ostentam “validez universal absoluta, verdadeiros princípios de direito natural” (Legaz y Lacambra). Daí a observação esclarecida do Mestre Valladolid de que “os princípios gerais do direito — transcendem o âmbito nacional: são a ponte para os mais altos cimos da jurisprudência, as grandes soluções aceitas universalmente, derivadas dos valores supremos da justiça, da equidade, da moral, do direito natural” (*op. cit.*, p.48, *in principio*). Do direito natural, sim, porque, como ensina Del Vecchio, ele é ínsito no direito, positivo, sendo que este só é válido — nos ensinamentos de São Tomás e Suarez — na medida em que se harmoniza com aquele, sob pena de não merecer respeito.

Por isso, observa, com a sua habitual sabedoria, o Mestre Valladolid, que o direito natural paira acima de todas as fontes; é freqüentemente invocado através dos *princípios gerais de direito* e da *equidade*; que estão acima do Estado, de regimes, de políticas; porém, a verdade é que o direito natural está presente sempre na sua função grandiosa de farol inapagável da Justiça” (*op. cit.*, p. 50, *in fine*). E arremata esse passo com sua conhecida eloquência: “Mas acima de tudo, e inspirando legisladores, cientistas e, sobretudo, os juízes, nas horas tão freqüentes, em que falham as diversas fontes, em que todas as luzes se apagam, está o direito natural, que é como a luz e o calor artificiais” (*ib*). Mas, não deixa de referir casos em que Tribunais brasileiros e franceses decidem fundados no direito natural — o que, efetivamente, consagra a posição luminosa do insigne Mestre Valladolid.

D) *A JURISPRUDÊNCIA*. É o “conjunto dos estilos dos tribunais” no conceito conciso do saudoso Queirós Lima. Ela revela o sentido e o alcance da lei, tornando esta “viva e real”. Para alguns autores americanos, como Graye e Brown, a lei só é direito depois que os tribunais a reconhecem como

tal. Trata-se de posição aidética extremada que não pode ser aceita. Mas, revela, indubitavelmente, o prestígio da jurisprudência, que o Mestre Valladão entende, com a sua habitual argúcia e singularidade, ser “a tábua de logarítimos dos juristas” (*ob. cit.*, p.48, *in principio*). E isso porque “a jurisprudência dos tribunais superiores, as regras jurídicas proclamadas em reiteradas decisões, constituem nos países de língua inglesa uma *fonte positiva* expressa, e noutros, declaradamente, uma fonte teórica, mas, de fato, também uma fonte positiva” (*ib*). Porém, continua o Mestre, “forma-se, ao lado da lei, um direito jurisprudencial, mas moldável, reformável pelos tribunais, mais vivo, particularizado, e que é o direito positivo corrente” (*ib*). Ao concluir o seu percuciente raciocínio, o Mestre afirma que “o direito jurisprudencial une o direito presente ao futuro, a ponte entre o *jus constituto* e o *jus constituendo*” (*ib*). Lembra, por fim, o Mestre Valladão, os *assentos* da Casa de Suplicação de Lisboa (Portugal), que eram dotados de *força normativa*, no Reino Unido de Portugal, Brasil e Algarves, e mesmo depois da Independência de nosso País, em face do Decreto-legislativo nº 2.684, de 23 de outubro de 1875. Com a República brasileira, surgiram atenuados esses *assentos* — o “recurso extraordinário”, no âmbito federal, e o “prejulgado”, no estadual. Contudo, a partir de 1964, o nosso Supremo Tribunal Federal instituiu as *súmulas*, que correspondem, até certo ponto, aos referidos *assentos* lusitanos.

Efetivamente, não foi sem razão que Del Cueto disse que “a lei reina, mas a jurisprudência governa”.

E) A *DOCTRINA*. É o complexo dos princípios que informam as instituições jurídicas. A *communis opinio doctorum*. Como ensina o Mestre Valladão, ela apresenta três dimensões — a história do direito, o direito comparado e a filosofia do direito — que constituem o “direito científico”, consubstanciando os “ideais jurídicos, o direito futuro” (*op.cit.*, p.49, *in medio*).

A “história do direito” é a narrativa sistemática dos sistemas e instituições jurídicas dos povos, em todos os tempos. Tem a finalidade de apontar-lhes o processo causativo e teleológico — tal como o fizeram, Coulanges, Glotz, Mommsen, Ahrens e Homo, entre outros.

O “direito comparado” é o estudo paralelo dos sistemas e instituições jurídicas, em determinados povos e em certos períodos de sua história. Tem por fim determina-lhes as semelhanças ou dessemelhanças, visando a uma possível uniformização institucional. Assim o perqueriram Summer, Haine, Lambert, Di Ruffia, René David, Garcia, Pelayo e Haroldo Valladão, entre tantos.

A “filosofia do direito” é o estudo das causas primeiras e dos efeitos últimos da fenomenicidade jurídica — no entendimento de Hegel, Jhering, Stammler, Del Vecchio e Legaz y Lacambra, entre muitos.

É, incontestavelmente, fonte positiva do direito — com amplitude e profundidade apreciáveis — no ensinamento do Mestre Valladão.

Demais, a doutrina manifesta-se — na lição do insigne Mestre nos trabalhos especializados:

a) individuais, como aulas, artigos, pareceres e obras, de professores, juristas e advogados esclarecidos;

b) coletivos, quais estudos, debates e conclusões de associações, congressos e conferências de juristas dedicados à matéria (*ib*).

A doutrina, seja qual for a sua forma, é a mais pura fonte do direito — porque brota espontaneamente das idéias, sentimentos e volições dos estudiosos. A sua influência é tradicional; na Roma antiga, os pareceres dos insignes juristas, como Quintus Mucius Scaevola, Servius Sulpicius e Marco Tullius tinham força de lei, de acordo com os decretos dos Imperadores, como Augustus (63 a 14 a.C.) e Valentinianus III (425 a 455 d.C.). E, em outros povos, em todos os tempos, e ainda hoje, os tribunais, na inexistência de lei, costume, jurisprudência ou outra fonte — invocam a doutrina já consagrada pela própria filosofia do direito, com as chamadas escolas do “direito livre” (Geny, Ehrlich e Kantorowicz): veja de Paulino Jacques, “Curso de Introdução à Ciência do Direito”, *cit.*, Caps. LXVI e LXVII.

IV — CONCLUSÕES

De todo o exposto é de concluir-se:

a) que o direito positivo é o conjunto das normas jurídicas, imperativas e obrigatórias, que estruturam o convívio dos homens e lhes estabelecem os padrões de conduta;

b) que o Estado contemporâneo não tem mais o monopólio de edição das normas jurídicas — salvo em alguns Estados totalitários — porque entidades supra-estatais (ONU, OEA, OIT etc.) e infra-estatais (Institutos de Previdência e Assistência ou Institutos Econômico-Financeiros etc.) — exercem função normativa secundária, editando as suas normas estatutárias ou regimentais;

c) que os indivíduos humanos, dentro do seu convívio, também estabelecem normas jurídicas, atípicas, para reger os seus negócios ou interesses, as quais constituem o chamado “direito particular ou concreto”;

d) que o costume — *jus non scriptum* — outrora norma preponderante, hoje atua subsidiariamente, atendidas as exigências legais, para suprir omissões ou insuficiências do *jus scriptum*;

e) que a jurisprudência — conjunto de decisões uniformes dos tribunais sobre casos idênticos — continua a revelar o direito positivo, sem ofensa aos textos legais;

f) que os “princípios gerais de direito” — aqueles que informam os sistemas ou os institutos jurídicos — valem como fontes positivas de direito, especialmente o “direito natural”, que é o núcleo de toda a normatividade positiva;

g) que a doutrina — a *communis opinio doctorum* em todas as suas dimensões — história do direito, direito comparado e filosofia do direito — exerce grande influência no processo de elaboração, interpretação e aplicação do direito;

h) que, assim, está definitivamente consagrada a pluralidade de fontes positivas do direito, que são todas as acima aludidas;

i) que, em conseqüência, todas essas formas normativas supra-examinadas (costume, contratos, convenções, estatutos, regimentos, constituições, jurisprudência, princípios gerais e doutrina em suas diferentes manifestações) — integram, em toda a plenitude, o direito positivo.