

**UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
NÍVEL DOUTORADO**

ROBERTA MAGALHÃES GUBERT

**NOVA TEORIA DAS FONTES:
DA DIFERENÇA ONTOLÓGICA ENTRE FONTE NORMATIVA E NORMA
JURÍDICA**

São Leopoldo

2017

Roberta Magalhães Gubert

NOVA TEORIA DAS FONTES

Da diferença ontológica entre fonte normativa e norma jurídica

Tese apresentada como requisito parcial
para obtenção do título de Doutor em
Direito, pelo Programa de Pós-Graduação
em Direito da Universidade do Vale do
Rio dos Sinos – UNISINOS
Área de concentração: Direito Público

Orientador: Prof. Dr. Lenio Luiz Streck

São Leopoldo

2017

G921n Gubert, Roberta Magalhães
Nova teoria das fontes: da diferença ontológica
entre fonte normativa e norma jurídica / Roberta
Magalhães Gubert -- 2017.
277 f. : 30cm.
Tese (Doutorado em Direito) -- Universidade do Vale
do Rio dos Sinos. Programa de Pós-Graduação em
Direito, São Leopoldo, RS, 2017.
Orientador: Prof. Dr. Lenio Luiz Streck.

1. Direito - Fonte. 2. Positivismo jurídico. 3. Diferença
Ontológica. 4. Direito - Fonte Normativa. 5. Direito - Norma
jurídica. I. Título. II. Streck, Lenio Luiz.

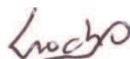
CDU 340.13

Catálogo na Publicação: Bibliotecária Eliete Mari Doncato Brasil - CRB 10/1184

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
NÍVEL DOUTORADO

A tese intitulada: “NOVA TEORIA DAS FONTES: DA DIFERENÇA ONTOLÓGICA ENTRE FONTE NORMATIVA E NORMA JURÍDICA”, elaborada pela doutoranda **Roberta Magalhães Gubert**, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de DOUTORA EM DIREITO.

São Leopoldo, 18 de dezembro de 2017.



Prof. Dr. **Leonel Severo Rocha**,

Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Dr. Lenio Luiz Streck

Membro: Dr. Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira

Membro: Dr. Igor Raatz dos Santos

Membro: Dr. Anderson Vichinkeski Teixeira

Membro: Dr. Gerson Neves Pinto

Para Isadora – melhor parte de mim –, por todas minhas ausências.

AGRADECIMENTOS

Ao meu marido, Keny, pelo companheirismo e pela compreensão e por dividir comigo a aventura do maior amor de todos – nossos filhos, Isadora e Gustavo, que está por chegar.

Aos meus pais, Celia e Paulo, pelos exemplos de vida e de ética profissional e também pelo imenso apoio no cuidado com a Isa, sem o qual eu não teria escrito a tese.

Ao meu Orientador, Prof. Dr. Lenio Luiz Streck, verdadeiro referencial teórico, pelo exemplo de integridade intelectual e excelência acadêmica e pela criteriosa orientação.

Aos coordenadores do Curso de Graduação em Direito da UNISINOS, Prof. Dr. André Luiz Olivier da Silva, Prof. Dr. Guilherme de Azevedo e Prof. Dr. Tomás Grings Machado, pela concessão da bolsa parcial de financiamento do curso e pela compreensão nos ajustes de horários e disciplinas.

Ao Prof. Dr. Anderson Vichinkeski Teixeira e ao Prof. Dr. Wilson Engelmann pelas oportunas críticas e excelentes sugestões apresentadas na banca de qualificação do Projeto de Tese.

À Vera Loebens e Ronaldo César Rodrigues, da Secretaria do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS, pela constante disponibilidade e pelo auxílio nas questões administrativas.

Criticar não é exercer um pensamento negativo, é pôr em crise um modo de entender o mundo (um paradigma) para tomar decisões que permitam uma mudança, abandonar-se; desprender-se do que já está morto em nós ou na sociedade, ou em nossas relações com os outros¹.

¹ WARAT, Luis Alberto. O ofício do mediador II: a escuta dos marginalizados. In: *Surfando na pororoca*. v. 3. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 196.

RESUMO

A tese de doutorado versa sobre o tema das Fontes do Direito e a necessidade de uma concepção atualizada de fontes, congruente com o contexto da teoria do Direito contemporânea, fundada na importância do constitucionalismo e na discussão que emerge da tensão provocada pelas crises do Estado moderno e suas implicações – perda de soberania, internacionalização e privatização das fontes – e está delimitada, especificamente, pelo objetivo de desenvolver uma teoria das fontes adequada à Crítica Hermenêutica do Direito (CHD), de Lenio Streck. Desta forma, o problema de pesquisa está centrado no questionamento acerca do sentido de fonte que, enquanto categoria que tradicionalmente compõe a teoria do Direito, é mais adequado à realidade contemporânea, visivelmente alterada pelo constitucionalismo e pela internacionalização. Como hipótese original, o trabalho defende a tese de uma nova formulação da diferença ontológica heideggeriana entre “ser e ente”, para o âmbito do Direito, agora denominada diferença ontológica entre fonte normativa e norma jurídica. O método de trabalho é o fenomenológico-hermenêutico, fundado principalmente na filosofia hermenêutica de Martin Heidegger e na hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer, nos conceitos-chave de diferença ontológica e de círculo hermenêutico (pré-compreensão) e na crítica ao pensamento metafísico. O principal referencial teórico no âmbito do Direito é a Crítica Hermenêutica do Direito (CHD), de Lenio Streck. No capítulo dois enfrentam-se os aspectos dogmáticos das fontes, sua evolução histórica e principais classificações, tema bastante emaranhado, em decorrência da plurivocidade de sentidos do termo figurativo “fontes do Direito”. O capítulo três trata de forma crítica das concepções de fonte desenvolvidas pelas correntes positivistas dos séculos XIX e XX. O capítulo quatro aborda o contexto brasileiro e analisa de forma crítica a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. O capítulo cinco, mais propositivo, apresenta o cenário contemporâneo de internacionalização e privatização das fontes, e propõe um novo conceito de diferença ontológica no Direito, entre fonte normativa e norma jurídica, como forma mais adequada de superar as teses positivistas de fontes e harmonizar as fontes tradicionais – leis, doutrina, jurisprudência – às novas fontes do Direito – princípios, tratados, normas, contratos e decisões internacionais, *standards* e indicadores, entre outros –, e

que seja compatível com a Crítica Hermenêutica do Direito e sua preocupação com a autonomia do Direito, capaz de superar a arbitrariedade judicial.

Palavras-chave: Fontes do Direito. Positivismo Jurídico. Diferença Ontológica. Fonte Normativa. Norma Jurídica.

ABSTRACT

The doctorate thesis explores the theme Sources of Law and the necessity of an updated concept of sources, congruent with the contemporary law theory. Founded in the importance of constitutionalism and the debate that emerges from the tensions raised by the crisis in the classical elements that characterizes modern States, such as the sovereignty principle, and today's implications – internationalization and privatization of sources. The theme is specially delimited by the purpose of developing a source theory that is suitable for the Critical Hermeneutics Legal Theory, proposed by Lenio Streck. The research problem questions the meaning of source that, as a traditional category in law's theory, is more suitable for contemporary's reality, clearly altered by constitutionalism and internationalization. As the original hypothesis, the paper suggests a new formulation for Heidegger's ontological difference between "being and entity" in the context of Law, now denominated ontological difference between normative source and legal norm. The methodology adopted was the hermeneutical-phenomenology of Martin Heidegger's hermeneutical philosophy and Hans-Georg Gadamer's philosophical hermeneutics. The main concepts of this current of thought used were ontological difference and hermeneutical circle (previous comprehension) and the criticism of metaphysical thought. The main theoretical frame in the scope of Law was Lenio Streck's Critical Hermeneutics of Law Theory. Chapter two confronts conceptual and theoretical aspects of sources, as well as its historical evolution and main classifications, which considering the plurality of possible meanings attributed to the figurative term "sources of law" is a very tangled matter. Third chapter critically analyzes XIX and XX's century positivism conceptions about sources of law. Chapter four talks specifically about the Brazilian context and criticizes the "Introduction to Brazilian Norm's Statue". The fifth chapter, more propositional, presents the current scenario for the new international and private sources and proposes a new concept for ontological difference in the field of Law, between normative source and legal norm. This is considered a more suitable alternative to overcome positivist thinking as well as to harmonize traditional sources – statutes, jurisprudence, precedents – with new kinds of sources – principles, treaties, contracts and international decisions, *standards* and indicators, and others. This new concept is also considered to be the

most compatible with Lenio Streck's Critical Hermeneutics Legal Theory, that is very concerned with Law's autonomy and the surpassing of judicial arbitrariness.

Key-words: Sources of Law. Legal Positivism. Ontological Difference. Normative Source. Juridical Norms.

RESUMEN

La tesis de doctorado versa sobre el tema de las Fuentes del Derecho y la necesidad de una concepción actualizada de fuentes, congruente con el contexto de la teoría del Derecho contemporánea, fundada en la importancia del constitucionalismo y la discusión que emerge de la tensión provocada por la(s) crisis del Estado moderno y sus implicaciones – pérdida de soberanía, internacionalización y privatización de las fuentes – y se delimita, específicamente, por el objetivo de desarrollar una teoría de las fuentes adecuada a la Crítica Hermenéutica del Derecho (CHD), de Lenio Streck. De esa manera, el problema de investigación se centra en cuestionar acerca del sentido de fuente que, en cuanto categoría que tradicionalmente compone la teoría del Derecho, es más adecuado a la realidad contemporánea, alterada, de manera visible, por el constitucionalismo y por la internacionalización. Como hipótesis original, el trabajo defiende la tesis de una nueva formulación de la diferencia ontológica heideggeriana entre “ser y ente”, para el ámbito del Derecho, ahora denominada diferencia ontológica entre fuente normativa y norma jurídica. El método de trabajo es lo fenomenológico-hermenéutico, fundado principalmente en la filosofía hermenéutica de Martin Heidegger y en la hermenéutica filosófica de Hans-Georg Gadamer, en los conceptos clave de diferencia ontológica y círculo hermenéutico (precomprensión) y en la crítica al pensamiento metafísico. El principal referencial teórico en el ámbito del Derecho es la Crítica Hermenéutica del Derecho (CHD), de Lenio Streck. En el capítulo dos se enfrenta los aspectos dogmáticos de las fuentes, su evolución histórica y sus principales clasificaciones, tema bastante marañado, debido a la polivalencia de sentidos del término figurativo “fuentes del Derecho”. El capítulo tres trata de manera crítica de las concepciones de fuente desarrolladas por las corrientes positivistas de los siglos XIX y XX. El capítulo cuatro aborda el contexto brasileiro y analiza de manera crítica la Ley de Introducción a las Normas del Derecho Brasileiro. El capítulo cinco, más propositivo, presenta el escenario contemporáneo de internacionalización y privatización de las fuentes, y propone un concepto nuevo de diferencia ontológica en el Derecho, entre fuente normativa y norma jurídica, como la manera más adecuada de superar las tesis positivistas de fuentes y armonizar las fuentes tradicionales –leyes, doctrina, jurisprudencia– a las nuevas fuentes del Derecho – principios, tratados, normas, contratos y decisiones

internacionales, estándares e indicadores, entre otros –, y que sea compatible con la Crítica Hermenéutica del Derecho y su preocupación con la autonomía del Derecho y capaz de superar la arbitrariedad judicial

Palabra-clave: Fuentes del Derecho. Positivismos Jurídicos. Diferencia Ontológica. Fuente Normativa. Norma Jurídica.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	14
2 A ORIGEM E A HISTÓRIA DAS FONTES DO DIREITO	24
2.1 As fontes como um problema da dicotomia jusnaturalismo e juspositivismo	26
2.2 Da casuística à sistematicidade e completude – legados do Direito Romano –, e sua influência na formação histórica da concepção de fontes normativas nos países de tradição romano-germânica.....	32
2.3 A recepção do <i>Corpus Iuris Civilis</i> no Medievo	47
2.4 Estado Moderno, soberania e monopólio das fontes	57
2.4.1 A dicotomia fontes formais e fontes materiais: distinções terminológicas I	70
2.4.2 A dicotomia Direito objetivo e Direito subjetivo: distinções terminológicas II....	83
3 VELHOS E NOVOS POSITIVISMOS: DO SÉCULO XIX AOS DIAS ATUAIS	93
3.1 A Escola da Exegese e a codificação.....	97
3.2 A Escola Histórica alemã e a Jurisprudência dos Conceitos.....	107
3.3 As correntes sociológicas do Direito	118
3.4 O positivismo normativista de Hans Kelsen.....	123
3.5 O positivismo “soft” de Herbert Hart e os positivistas inclusivistas contemporâneos	128
3.6 A “tese social” de Joseph Raz e o positivismo exclusivista.....	137
4 AS FONTES DO DIREITO NO CONTEXTO BRASILEIRO.....	145
4.1 A visão do passado sobre o Art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil	146
4.2 A visão contemporânea sobre o Art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro: passado ou presente?	159
4.3 O Diálogo das Fontes.....	172
4.4 A inconstitucionalidade e o anacronismo da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro	176
5 POR UMA COMPREENSÃO HERMENÊUTICA DE FONTE	191
5.1 A crise do modelo de Estado Moderno e do monopólio estatal das fontes: de pirâmides, redes e outras linhas deslocadas	195
5.2 Da diferença ontológica heideggeriana entre ser e ente	216
5.3 Da diferença ontológica entre Texto e Norma à diferença ontológica entre Fonte Normativa e Norma Jurídica	223

5.4 Profusão de fontes e a (im)possibilidade de catalogação: em busca de uma compreensão hermenêutica das fontes normativas	245
6 CONCLUSÃO	260
REFERÊNCIAS.....	273

1 INTRODUÇÃO

A lei é uma fonte do Direito. Afirmção bastante simples e direta, que, em princípio, não produz maiores dúvidas aos estudantes e operadores do Direito. Partindo dessa afirmação, parece inquestionável que as fontes do Direito existem e que, portanto, exercem uma função no Direito e em sua teoria. Contudo, após um olhar mais atento ou uma pergunta mais incisiva, a evidência dessa afirmação não diminui as enormes controvérsias que recaem sobre essa expressão figurativa; em realidade, diante da pluralidade de sentidos com que é empregada, existem mais dúvidas e desencontros do que certezas a respeito do tema das fontes. O que elas designam? Qual sua função na ciência do Direito? Quais são elas? Como surgem e o que as constitui?

O **tema** da presente tese é a teoria das fontes do Direito e a necessidade de uma concepção atualizada de fonte, congruente com o contexto da teoria do Direito contemporânea, discussão que emerge da tensão entre as crises do Estado moderno e suas implicações, tais como os fenômenos da internacionalização e da privatização das fontes, e a valorização do constitucionalismo como fundamento de validade, tendo como **delimitação** a busca por uma concepção de fontes adequada, especificamente, a Crítica Hermenêutica do Direito (CHD), de Lenio Streck.

O estudo das fontes, e inclusive a popularização do termo, tornou-se mais relevante a partir do século XIX, em decorrência do trabalho de sistematização e classificação desenvolvido pelas escolas positivistas do período. Tanto o Positivismo Exegético, como a Escola Histórica do Direito e, principalmente, o Movimento do Direito Livre, capitaneado por François Geny, foram determinantes para a fixação das fontes como um dos pilares da teoria do Direito. Esse fato explica o enraizamento que a visão positivista exerce sobre a matéria – em pontos como a equiparação entre lei e norma, a subsunção, as lacunas da lei, a analogia, os princípios gerais do Direito e a discricionariedade judicial – e a dificuldade de se romper, inclusive até nos dias atuais, com um senso comum que, desde então, prevalece sobre o problema das fontes.

Prova disso é que o século XX, apesar de toda a revolução copernicana experienciada pela publicização e constitucionalização do Direito, não vislumbrou avanços significativos no estudo do tema e quase nada se alterou em termos de

produção doutrinária ou manifestação dos tribunais, apesar da radical transformação produzida pela jurisdição constitucional e pela viravolta paradigmática produzida pelo constitucionalismo democrático, como fundamento de validade e legitimidade dos sistemas jurídicos, das decisões judiciais e da teoria do Direito.

Ocorre que, nem mesmo tendo ultrapassado os desafios epistemológicos impostos pelo constitucionalismo do século XX, uma nova onda de transformações invade as margens do estudo das fontes; trata-se agora de enfrentar as mutações produzidas pela globalização e pela internacionalização do Direito, de um modo geral. O surgimento de novas instâncias e organizações no plano internacional, autônomas em relação à hierarquia e à soberania estatal, colocou em crise os elementos clássicos de sustentação do Estado moderno, sob os quais as fontes do Direito haviam sido escoradas e construídas.

Nesse contexto, o **problema** a ser enfrentado pela tese questiona qual o sentido de fonte, enquanto categoria que tradicionalmente compõe a teoria do Direito, mais adequado à realidade contemporânea imposta ao Estado e, especificamente, ao paradigma hermenêutico que embasa o referencial teórico da Crítica Hermenêutica do Direito?

Diante do que já foi referido, a **hipótese** original que circunscreve o questionamento proposto é no sentido de que as fontes do Direito sejam compreendidas dentro de uma nova formulação da diferença ontológica; se antes a diferença heideggeriana entre “ser e ente” era compreendida no plano do Direito como a diferença entre texto e norma (sentido do texto), agora – diante da crise da soberania do Estado e da multiplicidade desordenada de fontes que a realidade impõe e sob a luz de uma teoria contemporânea das fontes, capaz de acompanhar os avanços da teoria da norma e da decisão – o teorema fundamental passa a ser melhor compreendido como uma *diferença ontológica entre fonte normativa e norma jurídica*.

Assim, o trabalho propõe duas modificações terminológicas. A primeira busca resolver os problemas decorrentes do uso figurativo da metáfora da *fonte*, que dada a polissemia do termo, motivou seu emprego em uma variedade de sentidos e formas distintas de classificação – fontes formais e materiais, fontes sociais, fonte de validade, fonte histórica, fonte de conhecimento, apenas para citar as mais conhecidas –, razão pela qual se propõe a substituição do termo *fontes do Direito*

por *fontes normativas*, buscando designar com maior clareza todos os fenômenos (textos/eventos) que dão azo à compreensão (produção) das normas jurídicas. A outra é o cerne da presente tese e propõe que a diferença ontológica, no âmbito do Direito, se dá entre fonte normativa e norma jurídica.

As breves linhas acima apresentadas já dão conta do paradigma filosófico que subsidia a tese e o referencial teórico por ele adotada, respectivamente a filosofia hermenêutica, de Martin Heidegger, e a Crítica Hermenêutica do Direito, de Lenio Streck. Por isso, serão centrais e constituintes da tese os dois teoremas fundamentais da filosofia de Heidegger – a diferença ontológica e o círculo hermenêutico (pré-compreensão) –, bem como a crítica e a superação do pensamento metafísico (metafísicas clássica e moderna), e também as noções e proposições estruturantes da teoria da decisão (CHD), de Lenio Streck, teoria de base da tese.

Nesse sentido, a teoria das fontes aqui defendida não poderá avançar sem a (re)colocação da linguagem em seu papel constitutivo de toda a compreensão do próprio intérprete e do mundo que busca conhecer e explicar, isto é, a viragem linguística (*linguistic turn*) é ponto de partida para imbricar (conectar) todos os pressupostos da hermenêutica jurídica, que é o trançado no qual Lenio Streck constrói sua teoria da norma e sua teoria da decisão. Nesse pano de fundo, a compreensão da *applicatio* gadameriana será o *locus* para aplicação da diferença ontológica entre fonte normativa e norma jurídica. Assim, a presente tese foi concebida a partir da ideia de que diante da complexidade e da profundidade com que a CHD desenvolve clara posição sobre as da teoria da norma e da decisão (teoria da interpretação), torna-se imprescindível acompanhar tamanho empreendimento teórico com uma concepção de fontes a ela adequada, lembrando que um dos principais propósitos da CHD é assegurar autonomia ao Direito e às decisões judiciais, combatendo uma das mais graves e prejudiciais crises que assolam o sistema jurídico brasileiro, a arbitrariedade judicial.

Se o Direito se manifesta por meio das normas jurídicas e essas só podem ser compreendidas por meio da linguagem, então é condição para sua validade (legitimidade) estabelecer qual a origem dessas normas, ou seja, quais são os textos/eventos que informam esta normatividade; se não há como pensar a norma jurídica, e sua compreensão, fora da linguagem e do paradigma hermenêutico,

também as fontes devem ser compreendidas dentro desse mesmo horizonte. Há, portanto, uma necessária coimplicação entre fonte, norma e decisão.

Para realizar a empreitada aqui assumida, a tese está **organizada** em quatro capítulos de conteúdo e desenvolvimento. O capítulo dois enfrentará os aspectos mais dogmáticos das fontes, partindo da relação entre filosofia e teoria do Direito, remonta a investigação das fontes desde o início do debate entre as correntes jusnaturalista e juspositivista, percorrendo as origens do termo fontes pelo Direito romano e a formação da tradição romano-germânica, para chegar aos pressupostos da formação do Estado Moderno e do conceito e sistema de fontes que, a partir dele foi forjado, assentado nas ideias de soberania e monopólio das fontes. Ao final, busca-se dar alguma organização à plurivocidade do termo figurativo “fontes do Direito”, compilando-se as principais classificações e sentidos empregados ao termo, com especial destaque à dicotomia fontes formais e fontes materiais, que é retomada em várias passagens ao longo do trabalho.

O terceiro capítulo fará um percurso histórico pelas correntes positivistas dos séculos XIX e XX, que efetivamente moldaram o instituto como hoje o conhecemos. Iniciando pela Escola do Positivismo Exegético e sua influência (negativa) decisiva na conformação de elementos que até hoje acompanham a ideia de fontes, tais como a equiparação entre lei e norma, as lacunas da lei, a subsunção, a analogia e os princípios gerais do Direito, o capítulo prossegue com as escolas alemãs – Histórica e da Jurisprudência dos Conceitos –, para chegar às correntes sociológicas da virada para o século XX, que deram novo impulso à perspectiva das fontes materiais. Enfrentará ainda as mais importantes expressões do positivismo normativista do século XX – Hans Kelsen e Herbert Hart –, para concluir com as correntes mais contemporâneas – inclusivistas e exclusivos –, que buscam reabilitar o positivismo por meio da ideia de fontes sociais, outra herança positivista que na prática tem se mostrado de difícil superação.

O capítulo quatro desloca sua atenção especialmente para o contexto brasileiro e se ocupará, principalmente, da noção de fonte que foi introduzida pelo Art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (a famigerada LINDB), ainda nos idos da década de 40 do século passado, que perpetuou no sistema brasileiro uma concepção de fonte fortemente alinhada à concepção exegética. Nesse sentido, o capítulo está dividido de forma a evidenciar que em quase 80 anos

de existência da lei, a doutrina *main stream*, e o senso comum que ela retroalimenta, pouco avançaram na compreensão crítica desses elementos, repetindo por décadas todas as insuficiências da concepção positivista. Ao final, fazendo uma reconstrução da crítica heideggeriana às metafísicas clássica e moderna, busca-se demonstrar os dualismos inerentes à interpretação tradicional da LINDB e que, irremediavelmente, acarretam seu anacronismo e, conseqüentemente, sua inconstitucionalidade.

Cumprir registrar que, no contexto do presente trabalho, falar da história das fontes é *condição de possibilidade* para pensar sua transformação, isso significa que o aspecto histórico do instituto é parte integrante e necessária da tese. Assim, o “revolvimento do solo linguístico” (Lenio Streck) é fundamental para dar ao intérprete a pré-compreensão (projeto prévio) para inserir a si próprio e ao objeto estudado no horizonte da compreensão, despertando a consciência histórico crítica que se faz necessária para superar o modelo atual e apontar para uma noção mais coerente e adequada ao constitucionalismo contemporâneo.

Por fim, o quinto e último capítulo é o de natureza mais propositiva. Inaugura o ponto, uma compilação das principais teorias que vêm sendo desenvolvidas sobre o novo cenário de fontes, profundamente transformado pelas crises do Estado moderno, como a fragilização da soberania e a perda do monopólio estatal sobre a produção das fontes, especialmente em território europeu, em decorrência de diferentes fenômenos, que podem ser genericamente englobados pelas ideias de internacionalização e privatização das fontes. Em sua maioria, essas abordagens se caracterizam pela proposta de substituir o esgotado modelo piramidal kelseniano por outras formas geométricas ou imagens metafóricas.

A seguir, adentra-se propriamente na filosofia hermenêutica, para apresentar a diferença ontológica heideggeriana e de que forma esta foi transposta para o Direito. Partindo da diferença entre texto e norma, defende-se, como ponto de originalidade da tese, a diferença ontológica entre fonte normativa e norma jurídica. Por fim, como forma de síntese, busca-se unir o novo contexto multiforme de fontes, nacionais e internacionais, estatais e não estatais, à concepção da diferença ontológica entre fonte normativa e norma jurídica, como alternativa capaz de assentar este novo cenário complexo de fontes a uma teoria do Direito comprometida com a legitimidade, a autonomia e o controle das decisões judiciais – a Crítica Hermenêutica do Direito.

Como **objetivo geral** da tese busca-se demonstrar a existência de uma diferença ontológica entre fonte normativa e norma jurídica, como concepção de fonte do mais adequada às transformações sofridas pelo Estado contemporâneo e, especificamente, à construção teórica da Crítica Hermenêutica do Direito.

Nesse contexto, os **objetivos específicos** que pautam todo o desenvolvimento do trabalho na consecução do objetivo geral e na demonstração da originalidade e da viabilidade da tese, são:

- (a) situar o espaço e a relevância do estudo das fontes no âmbito da teoria e da filosofia do Direito;
- (b) reconstruir a historicidade das fontes, desde o pensamento grego, passando pelo Direito romano até a consolidação do conceito nos países de tradição romano-germânica;
- (c) compreender os pressupostos e os elementos que constituíram a formação do Estado moderno e que foram determinantes para a teoria das fontes desenvolvida na modernidade;
- (d) elucidar as diferentes classificações e sentidos empregados para o termo metafórico “fontes do Direito”, com especial atenção à distinção fontes formais e materiais;
- (e) percorrer as principais escolas e movimentos do pensamento positivista, a partir do século XIX, e compreender o conceito de fontes defendida por cada uma;
- (f) investigar de que forma as diferentes escolas e movimentos do pensamento positivista influenciaram o conceito moderno de fontes;
- (g) analisar as particularidades da noção de fontes no Brasil, com foco no Art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro;
- (h) conhecer o contexto histórico e a visão da doutrina clássica acerca da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro;
- (i) contrastar a visão da doutrina brasileira contemporânea acerca do conceito de fonte e da aplicação da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro;
- (j) criticar a incapacidade da doutrina brasileira dominante de assumir uma posição crítica em relação à Lei de Introdução às Normas do Direito

Brasileiro, bem como demonstrar o anacronismo e a inconstitucionalidade da mesma frente à Constituição Federal de 1988 e ao paradigma teórico que a sustenta;

- (k) explicar de que forma a filosofia hermenêutica de Martin Heidegger procede a superação da metafísica, apresentar os teoremas fundamentais da diferença ontológica e do círculo hermenêutico (pré-compreensão), bem como os conceitos centrais do paradigma hermenêutico indispensáveis à compreensão geral da tese;
- (l) apresentar o cenário jurídico e as principais teorias que vêm se dedicando ao estudo das fontes na atualidade;
- (m) propor uma nova terminologia e um novo conceito para as fontes do Direito.

Como fica evidenciado, inclusive pelo paradigma filosófico que pautará as reflexões propostas no trabalho, o **método** de abordagem adotado para o desenvolvimento da tese será o fenomenológico-hermenêutico. Nesse sentido, tal metodologia se torna essencial tanto para investigar as origens históricas da conformação do instituto – o que é condição de possibilidade para compreender criticamente o(s) sentido(s) que se perpetuou(aram) na tradição positivista, bem como para propor a necessária superação desse modelo, calcado na racionalidade moderna, que tem no método uma forma de expressar a segurança de uma verdade absolutizante –, como também é fundamental para desenvolver um novo conceito de fonte, desenvolvido no contexto pós-metafísico da filosofia de Heidegger, que compreende a verdade como desvelamento.

Nesse sentido, o estudo das fontes a seguir proposto não pode acontecer fora o espaço constitutivo da linguagem, que tem na finitude e na pré-compreensão – determinantes para a condição humana de apreender o mundo na medida em que compreende a si mesmo –, a possibilidade de assimilar a verdade como desvelamento e a abissalidade do fundamento que estrutura os sentidos. Dessa forma, a superação dos modelos modernos de fontes, dependentes do dualismo metodológico – pirâmide kelseniana, regra de reconhecimento, fontes sociais e formais, etc. – e da exclusividade e da soberania estatal, só poderão ser pensados pelos aportes da fenomenologia-hermenêutica.

A escolha e a relevância do tema de trabalho da tese têm como **justificativa** um estranhamento que foi sendo construindo ao longo da experiência docente universitária da autora. Lecionando no ensino superior disciplinas propedêuticas (Introdução do estudo do Direito, Teoria Geral do Direito, História do Direito, Parte geral do Direito civil, etc.), desde 2007, sempre despertou um certo incômodo e constrangimento, enfrentar em sala de aula, os tópicos relativos ao estudo das fontes, sempre integrantes das ementas das referidas disciplinas e cujas indicações de leitura nunca deram conta da historicidade e da complexidade do tema. Nesse sentido, a experiência docente com alunos ingressantes na graduação sempre despertou o interesse e a curiosidade de aprofundamento no tema, inclusive porque o conteúdo da lei (LINDB) e dos livros de introdução, oferecidos aos alunos em formação, nunca de fato, atenderam à realidade prática ou aos anseios de professor e alunos, que vislumbram na prática judicial e no mundo globalizado uma realidade muito distante dos limites exegéticos do Art. 4º da LINDB e de seus comentadores, que ainda se ocupam de explicar as lacunas da lei, a analogia e os “princípios de justiça”.

Somado a esse aspecto empírico, a presente temática também se faz necessária sob o ponto de vista teórico-acadêmico, diante dos avanços ocorridos nos campos da teoria da norma e da interpretação; a segunda metade do século XX e as primeiras décadas do século XXI foram testemunhas de grandes esforços intelectuais no campo da teoria do Direito, a partir de diferentes matrizes – hermenêutica, sociológica, sistêmica, teoria da argumentação, jusnaturalismo, inclusive correntes que buscam reabilitar o positivismo –, todas concentraram seus esforços, principalmente, na reestruturação da teoria da norma (regras e princípios) e na revalorização da interpretação (que na CHD pode ser chamada de uma teoria da decisão). Contudo, esse empenho não foi igualmente compartilhado com a teoria das fontes, que ficou relegada a segundo plano. Isso significa dizer que, atualmente, muito se escreve sobre normas, com especial ênfase para a questão dos princípios, e muito se debate sobre o papel, os limites e as formas de interpretação (em sentido amplo), mas, em contrapartida, quase nada se tem falado das fontes normativas, pelo menos não na mesma proporção.

Sob esse ponto de vista mais teórico, desdobra-se uma terceira motivação para a tese ora proposta, a busca por uma nova concepção de fontes que seja

especialmente compatível com a Crítica Hermenêutica do Direito e sua teoria da decisão, por duas razões mais diretas. Primeiro, porque a obra de Lenio Streck é, hoje, no Brasil, a teoria jurídica mais crítica e mais sofisticada sendo desenvolvida e está especialmente atenta e direcionada a enfrentar as principais crises que assolam o Direito brasileiro – a arbitrariedade judicial e o ensino jurídico, tragédias que são complementares e se retroalimentam. Segundo, porque o tema das fontes, embora referido de forma recorrente pelo autor, ainda não foi enfrentado por ele direta e especificamente, sendo ainda um espaço aberto para a inovação e a contribuição.

Por isso, desde logo é fundamental esclarecer que a *diferença ontológica entre fonte normativa e norma jurídica* não significa a superação da diferença ontológica entre texto e norma, tradicionalmente referida por Lenio Streck; trata-se, com efeito, da necessária readequação do instituto ao novo cenário de fontes – que vai muito além dos textos legais – que vem se redesenhando no horizonte. Com isso, busca-se assegurar uma noção de fontes normativas que possa se integrar e dialogar com os demais elementos da Crítica Hermenêutica do Direito de Lenio Streck.

Daí a importância do teorema da diferença ontológica heideggeriana e do caráter universal da hermenêutica gadameriana. Na diferença ontológica, o ser só pode ser o sentido de seu ente e o ente somente se manifesta e pode ser em seu ser; ser e ente não são a mesma coisa, mas também não estão separados, há entre eles uma diferença ontológica. No plano do Direito, a fonte normativa só pode ser conhecida em *sentido normado*, a norma jurídica. Ocorre que o texto legal, que foi por muitos séculos a principal fonte do Direito, hoje já não corresponde à realidade das normas jurídicas; com Gadamer, o texto (ente) é mais universal, pode ser entendido como evento.

A norma jurídica (ser/sentido) continua sendo a manifestação de seu ente (único e irrepetível), ocorre que diante do cenário contemporâneo, não é mais possível compreender o ente apenas como texto, na medida em que as fontes normativas (os entes que dão origem legítima à atribuição de sentido das normas jurídicas) existem sob diferentes plataformas, em uma multiplicidade de espécies. O cenário jurídico da atualidade está invadido por uma pluralidade de fontes que sequer pode ser catalogada: *soft law*, verbetes, súmulas, normas técnicas, contratos, tratados, agendas e decisões de organismos internacionais, fontes

argumentativas, precedentes, *standards* e indicadores, mediação e arbitragem, etc., – além das tradicionais e desprestigiadas lei, jurisprudência e doutrina; escritas ou não escritas, expressas ou implícitas, estatais ou não estatais, todas estas fontes normativas são textos (evento) na perspectiva universal da hermenêutica de Gadamer e, assim devem ser compreendidas na diferença ontológica entre fonte normativa e norma jurídica.

Por fim, é preciso lembrar que se é verdade que toda a fonte é um texto – mesmo que se trate de uma fonte costumeira ou um princípio implícito –, o contrário não é verdadeiro, ou seja, nem todo texto é fonte; por isso, a relevância do debate aqui proposto, na medida em que o esclarecimento acerca dos elementos que delimitam a noção de fontes do Direito será determinante para a compreensão da multiplicidade e da desorganização que hoje compõe esse universo. E isso é importante porque, de certa forma, a presente tese visa também defender a reabilitação do espaço e da importância da lei (legislada) como fonte que permanece válida e central.

Com isso, busca-se demonstrar que, de certa forma, a danosa arbitrariedade judicial, típica das posturas positivistas, que não conseguiram ultrapassar o *problema da discricionariedade*, ensejando fenômenos como o pamprincipilogismo – exacerbção dos princípios, tanto em sua aplicação direta, quanto na criação de novos princípios, sem qualquer fundamento histórico ou epistemológico –, podem ser justamente atribuídas à ausência de um sentido mais claro e presente de fonte normativa; trata-se de norma inautênticas, uma vez que produtos de uma atribuição de sentido que não respeita a diferença ontológica e acabam incorrendo no uso corretivo da moral ou da política, que não são fontes normativas.

Por tudo isso, a superação do positivismo precisa ser enfrentada para além dos temas mais recorrentes e de certa forma já saturados no plano da doutrina majoritária, isso significa combater seu caráter mais insidioso, ou seja, sua silenciosa ocupação dos fundamentos teóricos que embasam os conceitos-chave e mais dogmáticos da teoria do direito – no caso do presente trabalho, o conceito de “fonte do direito”.

2 A ORIGEM E A HISTÓRIA DAS FONTES DO DIREITO

As fontes do Direito sempre estiveram ligadas à questão da unidade do ordenamento jurídico, relacionadas à garantia da aplicação de normas consideradas válidas e pertencentes a determinado sistema; desta forma, a preocupação com as fontes do Direito se torna especialmente relevante quando há dúvida sobre a existência e a validade de determinado conteúdo jurídico, se este conteúdo se constitui como efetiva norma jurídica e se pertence ao ordenamento jurídico ao qual se pretende a aplicação.

Nesse sentido, Castanheira Neves é bastante claro sobre a relevância do tema e sua situação. Trata-se do problema fundamental “de saber de que modo se constitui e se manifesta o direito positivamente vigente numa determinada comunidade histórica – ou seja, de que modo o direito se objectiva aí como direito”; o que “implica o próprio problema do direito em si mesmo”².

Sobre o estudo do ordenamento jurídico, Norberto Bobbio reflete que a teoria do Direito foi e tem sido estudada “mais do ponto de vista da norma jurídica, considerada como um todo distinto, do que daquele da norma jurídica considerada como parte de um todo mais amplo que a compreende”³. Ao refletir sobre um possível conceito de Direito, Bobbio⁴ exalta Hans Kelsen, como sendo o jurista de maior impacto no século XX, justamente por sua preocupação em isolar os problemas específicos dos ordenamentos jurídicos daqueles próprios da norma individualmente considerada – o que se reflete na divisão de seu Teoria Geral do Direito e do Estado⁵ e Teoria Pura do Direito⁶ nos capítulos sobre os Ordenamentos Jurídicos Estáticos (problemas das normas jurídicas isoladas) e Ordenamentos Jurídicos Dinâmicos (problemas da operação de um todo complexo) –, e, desta forma, conclui não ser possível a elaboração de um conceito de Direito sob o ponto de vista exclusivo da norma, dependendo uma definição satisfatória da consideração do ordenamento jurídico como um todo – incluindo nesse horizonte “o modo como uma determinada norma é tornada eficaz por uma organização complexa que

² CASTANHEIRA NEVES, António. *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, v.2, p. 7.

³ BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral do Direito*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 186.

⁴ BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral do Direito*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 187.

⁵ KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

⁶ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

determina a natureza e a importância das sanções, as pessoas que devem exercê-las e sua execução”⁷.

Contudo, antes de avançar, é imprescindível fazer o registro de que Kelsen mantinha pouca ou quase nenhuma consideração pelo conceito de fontes, na medida em que – sendo uma expressão figurativa, de diversas aplicações e sentidos –, o considerava um “termo imprestável”⁸.

A equivocidade ou pluralidade de significações do termo “fonte de Direito” fá-lo aparecer como juridicamente imprestável. É aconselhável empregar, em lugar desta imagem que facilmente induz em erro, uma expressão que inequivocamente designe o fenômeno jurídico que se tem em vista.

Da afirmação acima, entretanto, é de se destacar que a restrição de Kelsen não é propriamente direcionada ao estudo e ao desenvolvimento da noção de fonte do Direito como fonte de normatividade – como se pretende abordar no presente trabalho; a crítica do professor austríaco está justamente centrada na falta de precisão conceitual e técnica na aplicação do termo – que foi e continua sendo utilizado de forma muito livre, quase coloquial ou leiga – o que só pode ser corrigido, justamente, pelo estudo e pela discussão doutrinária como aqui está sendo proposta.

Nesse contexto, é possível perceber que o problema das fontes do Direito está intimamente ligado à própria definição do que seja Direito. Mas este diagnóstico também demonstra uma realidade em crise, na medida em que passados mais de cinquenta anos da publicação destas obras e de todo o esforço dos teóricos do Direito em superar a teoria kelseniana, a verdade é que muito pouco se avançou na reflexão específica acerca do tema das fontes, pelo menos no cenário brasileiro, o que justifica o percurso histórico a ser desenvolvido nesta primeira parte do trabalho, bem como a problematização do tema proposto.

Desta forma, da noção de fontes que se adotar, derivam, também, os critérios que definirão os elementos caracterizadores do que sejam normas jurídicas – visão que não é incompatível com a teoria contemporânea que reconhece a natureza normativa tanto das regras como dos princípios – e, portanto, informadores do

⁷ BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral do Direito*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 188.

⁸ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 259.

próprio conceito de Direito a ser adotado e defendido. Daí a importância do resgate histórico proposto neste primeiro segmento do trabalho.

2.1 As fontes como um problema da dicotomia jusnaturalismo e juspositivismo

Antes mesmo que a Teoria do Direito – ramo que se ocupa com mais interesse pelo estudo das fontes – se afirmasse como disciplina independente da Filosofia do Direito, já existia a dúvida sobre os fundamentos e a legitimidade para a afirmação e a imposição das regras determinantes do comportamento humano, ou seja, das normas que compõem o Direito de determinada sociedade.

Com a substituição do *mythos* pelo *Logos*⁹, o homem passa a buscar explicações ou justificativa para os mais variados fenômenos. Assim como investiga as leis das ciências físicas ou naturais, questiona-se também sobre a existência de possíveis “regularidades racionais” no campo das ciências do espírito; no âmbito do Direito, isso se traduz pela interrogação acerca de um “elemento indisponível”, que ficará essencialmente conhecido como a “doutrina do direito natural”¹⁰.

Ao iniciar uma investigação sobre as fontes do Direito¹¹, partindo-se da milenar discussão sobre a dicotomia jusnaturalismo e juspositivismo, há que se fazer uma breve digressão, abrindo-se parênteses para destacar, com Arthur Kaufmann, sobre os domínios e as diferenças entre as disciplinas da Teoria e da Filosofia do Direito; isso, porque, enquanto os fundamentos do Direito são um tema clássico da Filosofia, as fontes tradicionalmente foram um objeto de investigação de caráter mais dogmático, ficando a cargo da Teoria do Direito.

Em realidade, a existência formal das duas disciplinas justifica-se apenas por “razões históricas”; que na prática poderia ser representada pela imagem de dois círculos interseccionados, na medida em que as duas se ocupam de temas muito

⁹ MARCONDES, Danilo. *Iniciação à história da filosofia*. 12. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p. 19-22.

¹⁰ KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do Direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2004, p. 32-34.

¹¹ Cumpre registrar que Mireille Delmas-Marty, em sua conhecidíssima obra *Por um direito comum*, afirma que o termo “fonte do direito” tem origem na expressão latina *fons juris*, como metáfora empregada por Cícero. Com isso, não se está dizendo que o resgate aqui proposto, da discussão direito natural e direito positivo, desde a Antiguidade, implique em afirmar a existência ou a preocupação com a categoria das fontes, mas apenas visa demonstrar que a pergunta por uma origem do direito acompanha toda a trajetória do pensamento jurídico. DELMAS-MARTY, Mireille. *Por um direito comum*. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 45.

próximos ou idênticos, muitas vezes adentrando uma no espaço (ou objeto de análise) da outra¹².

Buscando maior clareza e concretude, Kaufmann afirma que as matérias compartilham o fato de não se limitarem ao Direito vigente e que, enquanto a filosofia do Direito estaria mais voltada ao conteúdo, a teoria do Direito preocupa-se com a forma – o que também é uma distinção bastante vaga, uma vez que forma e conteúdo jamais podem ser pensados de forma isolada. De mais relevante, resta a conclusão de que “a teoria do direito só se distingue da filosofia do direito pelo seu motivo: o que está em causa é a «emancipação» face à filosofia”¹³. Esta afirmativa permite, de início, constatar a autonomia e o *status* que as fontes do Direito assumem enquanto elemento da (de uma) Teoria do Direito.

Daí, ser possível e também necessário, esclarecer que, para se falar das fontes do Direito, há que se compreender que a origem desse conceito tem suas raízes na busca, quase inerente à história do pensamento jurídico, por um fundamento – legitimador e limitador – do Direito, que estaria fundado *ou* em um elemento prévio, algo dado, próprio da natureza humana, que apenas deveria ser “descoberto” pela razão, posição defendida pela corrente do direito natural, *ou* seria produto da necessidade humana em determinado tempo e lugar, não existindo limites transcendentais quanto ao conteúdo convencionalizado para as normas jurídicas. Nesse mesmo sentido é a lição de Arthur Kaufmann.

Há interrogações que surgem em todos os tempos e em todas as culturas jurídicas, ainda que sejam respondidas de modos diferentes. Uma das mais importantes de tais interrogações é a de saber se o Homem pode dispor livremente do Direito ou se lhe são impostos limites na criação do mesmo. Desde já muito que utilizamos a designação “Positivismo Jurídico”, para a primeira concepção, e “Direito Natural”, para a segunda.¹⁴

Contudo, a defesa da tese do Direito Natural não implicava a absoluta recusa ao Direito Positivo, na medida em que o primeiro nunca foi tido como “direito em sentido estrito”, mas apenas “fonte normativa ideal de inspiração para a produção do

¹² KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried. *Introdução à filosofia e à teoria do direito contemporâneas*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002, p. 34-35.

¹³ KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried. *Introdução à filosofia e à teoria do direito contemporâneas*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002, p. 34.

¹⁴ KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do Direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2004, p. 31.

Direito Positivo”¹⁵. Desta forma, mesmo os defensores do jusnaturalismo aceitavam que, em termos práticos, o direito positivo (como o conjunto das regras vigentes) é produto intencional das necessidades humanas; assim, o que estava em discussão era o problema da origem, do fundamento, o que contemporaneamente se traduz mais como um problema de legitimidade e que, por vezes, foi confundido com a questão das fontes normativas, especialmente nos países de tradição legalista/codificada do sistema romano-germânico.

Apesar das diferentes doutrinas que se substituíram ao longo das eras, o Direito Natural sempre foi explicado pela ideia de “princípios intrinsecamente válidos”, indisponíveis ao homem, pois referidos a valores com validade objetiva, ou seja, valores em si mesmos, razão pela qual deveriam ser a base para a elaboração dos Direitos Humanos e do Direito Positivo¹⁶. Nesse mesmo sentido é a lição clássica de Gustav Radbruch:

A filosofia do direito, desde os seus primórdios até o começo do século XIX, foi a *doutrina do direito natural*. Certamente, essa designação envolve manifestações de diferentes tipos. O direito natural na Antiguidade girava em torno da oposição entre natureza e norma; o medieval, entre direito divino e humano, e o moderno, em torno da oposição existente entre a coação jurídica e a razão individual.¹⁷

É exatamente nesses termos que tal oposição se colocará na origem da controvérsia, que remonta ao pensadores pré-socráticos. Já em Anaximandro¹⁸ (610-547 a.C.) se dará a distinção entre os planos do ser e dever-ser, então nomeados de ser e ordem, embora ainda tidos como uma unidade “tudo que é, é-o também como «sendo» na ordem”¹⁹. Contudo, é somente em Heráclito (540-470 a.C.), e sua concepção de que só há lugar para “aquilo que se processa, o devir”²⁰, que se instituirá a contradição – problema da unidade permanente do ser diante da

¹⁵ SICHES, Luis Recasens. *Introducción al estudio del derecho*. Cidade do México: Editorial Porrúa, 2009, p. 43.

¹⁶ SICHES, Luis Recasens. *Introducción al estudio del derecho*. Cidade do México: Editorial Porrúa, 2009, p. 42.

¹⁷ RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 25.

¹⁸ SOUZA, José Cavalcante de. *Os pré-socráticos*. São Paulo: Nova Cultural, 1999, p. 47-49.

¹⁹ KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried. *Introdução à filosofia e à teoria do direito contemporâneas*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002, p. 61.

²⁰ KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried. *Introdução à filosofia e à teoria do direito contemporâneas*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002, p. 62.

pluralidade e mutabilidade das coisas particulares e transitórias²¹ – como força impulsionadora da existência das coisas, regidas pela única lei do mundo, a lei da razão, o *logos*²².

Aprofundando a noção de *logos*, Garcia-Roza, ao explicar o uso da palavra tanto em Heráclito, quanto em Parmênides – buscando mais aproximá-los do que confrontá-los, como é mais corriqueiro –, afirma tratar-se de uma “relação com o enigma e com o silêncio, que lhe é essencial”. A melhor tradução para o fragmento 123 (*Physis kryptesthai philei*) seria “a natureza gosta de esconder-se”, o que revela uma dualidade fundante, “é o jogo do desvelamento e do ocultamento da verdade”²³. Assim, “várias gerações de comentadores, filósofos e filólogos conheceram o fascínio exercido pelo *logos* de Heráclito. E ele tornou-se ‘razão’, ‘sentido’, ‘palavra’, ‘discurso’, ‘lei do pensamento’ e ‘lei do mundo’”²⁴. Mas é provavelmente em seu fragmento “todas as leis humanas se alimentam daquela única lei divina” que pela primeira vez surge a dicotomia entre a lei humana e a lei da natureza²⁵;

Os sofistas, termo abrangente usado para designar os pensadores estrangeiros – a quem se atribui o início da defesa da posição positivista –, que serão combatidos pelos pensadores socráticos de Atenas, não só concordaram com Heráclito na ideia de que tudo está constante em movimento, como foram além²⁶, acrescentando que “o homem é a medida de todas as coisas” (Protágoras, 487–412 a.C.), ou seja, tudo é relativo ao homem, razão pela qual, para esta corrente, o direito também será sempre produto de uma convenção humana relativa a

²¹ SOUZA, José Cavalcante de. *Os pré-socráticos*. São Paulo: Nova Cultural, 1999, p. 81.

²² STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 178-179.

²³ GARCIA-ROZA, Luiz Alfredo. *Palavra e Verdade*. 5. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2005, p. 41-42.

²⁴ GARCIA-ROZA, Luiz Alfredo. *Palavra e Verdade*. 5. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2005, p. 44.

²⁵ KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried. *Introdução à filosofia e à teoria do direito contemporâneas*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002, p. 62.

²⁶ Sobre a influência de Heráclito no pensamento de Protágoras: “A fonte inspiradora do pensamento de Protágoras pode ser encontrada em Heráclito. A doutrina do real concebido como um puro devir foi o solo de saber a partir do qual Protágoras elaborou um fenomenismo que apresenta uma considerável semelhança com aquele defendido por alguns pensadores da modernidade. Esse fenomenismo tem como correlato a relatividade da verdade e de todos os valores, e diz respeito tanto ao nível da experiência sensível quanto ao nível do discurso. Sua famosa sentença ‘O homem é a medida de todas as coisas’, é a expressão de sua descrença quanto à possibilidade de uma concepção unitária do mundo. Se a realidade é um devir constante e ininterrupto, como admitir uma verdade estável? Se tudo muda, mudam não só as coisas, como também o nosso olhar. Como pretender uma adequação constante entre as palavras e as coisas?”. GARCIA-ROZA, Luiz Alfredo. *Palavra e Verdade*. 5. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2005, p. 50.

determinado lugar e tempo²⁷. Assim, negam a possibilidade de uma verdade (ou lei) objetiva, universal e imutável, uma vez que só se poderia “designar como verdadeiro aquilo que o homem apreende com os seus sentidos, a verdade seria, pois, referida ao sujeito cognoscente e, portanto, relativa”²⁸.

Não obstante, tal relativismo não pode ser tachado como uma visão subjetivista individualista²⁹; primeiro, pela cultura coletivista própria daquele período grego; segundo, porque a verdade correspondia opinião da maioria. Logo, as normas positivas do Direito também eram produto da decisão da maioria e daquilo que deveria ser tratado como igual ou desigual³⁰. No cenário grego da transição da monarquia para democracia, Sólon (638-588 a.C.) introduziu em Atenas reformas que levaram a substituição da lei divina pela lei humana, como a criação de tribunais populares que julgavam as mais diversas disputas, bem como uma assembleia popular para a aprovação de projetos de lei; Nesse contexto, os sofistas chegaram a Atenas antes mesmo do nascimento de Platão, e na condição de estrangeiros passaram a oferecer um serviço de educação relevante para o novo funcionamento político da cidade-Estado³¹.

Apesar de todo cidadão livre ter acesso aos sofistas, **eles se voltavam sobretudo para aqueles que pretendiam uma formação política, isto é, para aqueles que nas assembléias públicas seriam os responsáveis pela elaboração das leis do Estado.** Não defendiam nenhuma doutrina específica nem formavam um grupo com identidade teórica ou político-ideológica. **O que possuíam em comum era o fato de recusarem qualquer valor que se apresentasse como absoluto [...]** No lugar de serem mestres da verdade, eram mestres da oratória e da dialética. (grifo nosso)

É esse relativismo defendido pelos sofistas, do qual decorre a ideia de rompimento entre o fenômeno e sua denominação, imaginando-se que a linguagem estaria, assim, à disposição dos homens, que vai levar Platão (428-348 a.C.) ao

²⁷ KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do Direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2004, p. 34.

²⁸ KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried. *Introdução à filosofia e à teoria do direito contemporâneas*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002, p. 63.

²⁹ GARCIA-ROZA, Luiz Alfredo. *Palavra e Verdade*. 5. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2005, p. 50-51.

³⁰ KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried. *Introdução à filosofia e à teoria do direito contemporâneas*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002, p. 63.

³¹ GARCIA-ROZA, Luiz Alfredo. *Palavra e Verdade*. 5. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2005, p. 48-49.

encobrimento do ser por meio da “doutrina das ideias”³², remetendo o nome das coisas a uma essência que existe somente no mundo das ideias, cindindo radicalmente a compreensão (pelo mero *emprego* da linguagem) em dois planos – inteligível e sensível –, esse dualismo abre caminho para a primeira metafísica, a metafísica clássica. A pergunta pelo ser, e a denúncia do esquecimento dessa interrogação desde Platão e Aristóteles até Hegel, inaugura a investigação de Martin Heidegger em *Ser e Tempo*³³.

Contraopondo-se aos sofistas, Aristóteles (384-322 a.C.) – que na esteira da tradição socrática, repudia o relativismo em prol de uma concepção objetiva de verdade –, destaca-se como o verdadeiro fundador da doutrina do Direito Natural. Rejeitando o dualismo de seu mestre Platão³⁴, Aristóteles defendeu a unidade da matéria e da forma como “sendo” e uniu a ideia ao conceito de natureza³⁵.

Partindo da premissa de que o bem é a finalidade de todas as coisas³⁶, e que a conformidade com a natureza é o melhor estado de coisas, Aristóteles concebe a existência de uma justiça humana, produto da lei positiva convencional, que se coloca diferentemente em cada Estado, e uma justiça natural, que seria a lei ideal, justamente por sua conformidade com a natureza.

A justiça política é em parte natural, em parte convencional. Uma regra de justiça é aquela que apresenta idêntica validade em todos os lugares e não depende de nossa aceitação ou inaceitação. Uma regra convencional é aquela que, em primeira instância, pode ser estabelecida de uma forma ou outra indiferentemente, ainda que uma vez estabelecida, deixa de ser indiferente [...] Algumas pessoas pensam que todas as regras de justiça são meramente convencionais porque enquanto uma lei da natureza é imutável e tem a mesma validade em todos os lugares, como o fogo que queima tanto aqui como na Pérsia, observa-se que as regras da justiça variam. Afirmar que as regras da justiça variam não é verdadeiro em termos absolutos, mas apenas com a presença de [certas] qualificações [...] As regras da justiça baseadas na convenção e na conveniência são como medidas padrões. As medidas de trigo e vinho não são iguais em todos os lugares, mas são maiores no atacado e menores no varejo. De modo análogo, **as regras da**

³² STEIN, Ernildo. *Exercícios de Fenomenologia*. Ijuí: Unijuí, 2004, p. 70. E, também, STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 177-182.

³³ HEIDEGGER, Martin. *Ser y Tiempo*. Madrid: Trotta, 2003, p. 25-28.

³⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 182.

³⁵ KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried. *Introdução à filosofia e à teoria do direito contemporâneas*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002, p. 68.

³⁶ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Bauru: Edipro, 2002, p. 39.

justiça que não são ordenadas pela natureza, mas pelo ser humano, não são as mesmas em todos os lugares, visto que as formas de governo não são as mesmas, ainda que em todos os lugares haja apenas uma forma de governo que é natural, a saber, a melhor forma.³⁷ (grifo nosso)

Assim, é possível perceber que, principalmente desde o debate grego entre os sofistas e os pensadores socráticos, há um questionamento e uma preocupação com as fontes que legitimam as normas jurídicas. Embora não exista vinculação imediata, é sabido que muitos equívocos derivam da confusão entre as fontes normativas na teoria do Direito e a pergunta (filosófica) pelo fundamento do Direito; isso ocorre por diversas razões, em parte, pela polissemia do termo fonte – especialmente pela imprecisão da ideia de fontes materiais, reais ou sociais do Direito –, e pela proximidade das disciplinas, de outra, mais ainda porque, na concepção moderna de Estado – fundado na soberania e na centralização do poder, que nos países de tradição romano-germânica buscaram a equiparação da produção legítima das normas jurídicas ao próprio processo legislativo – o conceito dogmático de fontes estava, também relacionado, à legitimidade das normas, à autoridade competente para instituí-las e ao poder soberano que validava esses procedimentos, como se pretende expor com maior detalhamento nos pontos que seguem.

2.2 Da casuística à sistematicidade e completude – legados do Direito Romano –, e sua influência na formação histórica da concepção de fontes normativas nos países de tradição romano-germânica

O reconhecimento de fontes normativas do Direito já ocorria entre os romanos, com mais substância e formalidade, desde os períodos pré-clássico e clássico³⁸. Todavia, há que se fazer, já de início, uma advertência: é bastante impreciso, quase leviano, descrever *o (ou um) Direito Romano*; em realidade, a duração e a complexidade do fenômeno que foi a experiência jurídica romana exige

³⁷ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Bauru: Edipro, 2002, p. 151-152.

³⁸ John Gilissen entende que o período clássico se estende dos séculos II a.C. a III d.C. Já Max Kaser trabalha com a divisão dos períodos em pré-clássico (fase republicana) e clássico (fase do Alto-Império ou Principado). Ver: GILISSEN, John. *Introdução histórica ao Direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1986, p. 87 e KASER, Max. *Direito Privado Romano*. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2011, p. 32.

descrever as características próprias dos vários períodos. Nesse mesmo sentido, Max Kaser se utiliza da ideia de diferentes camadas de direito:

Ao contrário dos códigos civis modernos, que regulamentam as matérias segundo um sistema coerente de ideias centrais e unitárias, o direito privado romano, que não está estruturado sistematicamente nem consagrado em NENHUMA lei global, não oferece **nenhuma Unidade** externa ou interna. É constituído por VÁRIAS MASSAS OU CAMADAS de instituições jurídicas e preceitos de direito, que se distinguem entre si pelos âmbitos de aplicação e pelos fundamentos de vigência [...] O coexistir e o misturar-se destas ‘camadas’, que derivam de uma PLURALIDADE DE FONTES DE MANIFESTAÇÃO, explica-se pela atitude fundamental própria dos Romanos, semelhante à dos Ingleses ainda hoje, segunda a qual seu direito não é concebido como legislação unitária planeada pelo Estado, e a sua evolução é deixada ao CRESCIMENTO NATURAL na prática³⁹.

Tradicionalmente, a história romana é dividida em razão dos regimes de governo que se sucederam – desde a realeza ou monarquia, a partir da mitologia que conta a fundação de Roma (753 a 509 a.C.), passando pela República (509 a 27 a.C.), e culminando com o Império, que em sua divisão ocidental perdurou de 27 a.C. até a queda de Roma pelas invasões bárbaras, lideradas por Odoacro, em 476, e que em sua extensão oriental perdurou até 1453, com conquista turca de Constantinopla⁴⁰.

A fase imperial, por sua vez, é dividida em Alto Império ou Principado (de 27 a.C. até 284 d.C.) e Baixo Império ou *Dominato*⁴¹ (a partir de 284 d.C. em diante), com os governos de Diocleciano e Constantino, que reorganizaram o Império caído em grave crise militar, por meio de uma centralização do poder – o Imperador deixa de ser Príncipe para se tornar absoluto, “divinizado” –, e pelo reconhecimento do cristianismo como religião oficial⁴².

Com a ascensão de Dioclesiano, em 284 d.C., terminou essa crise. Deixando de lado a política seguida por Augusto e seus sucessores, bem como a antiga constituição republicana, Dioclesiano implantou a monarquia absolutista, dando nova organização ao Império. Sua obra foi completada e aperfeiçoada por Constantino⁴³.

³⁹ KASER, Max. *Direito Privado Romano*. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2011, p. 32.

⁴⁰ GILISSEN, John. *Introdução histórica ao Direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1986, p. 80-84.

⁴¹ LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 30.

⁴² GILISSEN, John. *Introdução histórica ao Direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1986, p. 84.

⁴³ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, v.1, p. 41.

Foi neste último período, que no ano de 395 d.C., ocorreu a divisão geográfica do Império, confiando-se aos filhos de Teodósio os domínios ocidental e oriental⁴⁴. Justiniano, conhecido pela encomenda do *Corpus Iuris Civilis*, foi considerado o último imperador do Baixo Império e o primeiro do Império Bizantino – denominação do Império Romano Oriental nos quase mil anos que seguiram à queda de Roma⁴⁵.

Contudo, é a divisão em períodos do Direito Romano que mais interessa ao tema das fontes. A experiência jurídica romana é de extrema complexidade e riqueza e sua influência se estende para além da formação da tradição da *Civil Law* nos países da Europa continental, seja em razão de sua prolongada duração, seja por sua vasta ocupação territorial, o que de fato levou sua influência à gênese da tradição da *Common Law*⁴⁶, como também ao oriente, e até às experiências jurídicas híbridas contemporâneas, como da África do Sul, por exemplo⁴⁷. Sobre o conjunto da experiência milenar do Direito Romano, Gilissen afirma que a

história do direito romano é uma história de 22 séculos, do século VII a.C. até ao século VI d.C., no tempo de Justiniano, depois prolongada até o século XV no império bizantino. No Ocidente, a ciência jurídica romana conheceu um renascimento a partir do século XII; a sua influência permanece considerável sobre todos os sistemas romanistas de direito, mesmo nos nossos dias⁴⁸.

Sobre a possibilidade de incluir a *common law* inglesa como integrante da tradição legal europeia, Reinhard Zimmermann reflete que atribuir o desenvolvimento autóctone da *Common Law* à genialidade inglesa é um mito⁴⁹. Em realidade, a Inglaterra nunca foi radicalmente excluída do intercâmbio intelectual

⁴⁴ LOSANO, Mario G. *Os grandes sistemas jurídicos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 35.

⁴⁵ GILISSEN, John. *Introdução histórica ao Direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1986, p. 84.

⁴⁶ LOSANO, Mario G. *Os grandes sistemas jurídicos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 324.

⁴⁷ ZIMMERMANN, Reinhard. Mensagem de Reinhard Zimmermann sobre a tradução de The Law of Obligations. *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-nov-09/direito-comparado-mensagem-reinhard-zimmermann-traducao-the-law-of-obligations>>. Acesso em: 09 nov. 2016.

⁴⁸ GILISSEN, John. *Introdução histórica ao Direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1986, p. 80.

⁴⁹ ZIMMERMANN, Reinhard. Roman Law and European Culture. *New Zealand Law Review*, 341, 2007. Disponível em: <<http://www.direitocontemporaneo.com/wp-content/uploads/2014/02/Roman-Law-and-European-Culture.pdf>>. Acesso em: 05 mar. 2015, p. 369.

com a Europa continental. Oxford e Cambridge estudaram e ensinaram aos moldes da Escola de Bologna⁵⁰.

A primeira fase na evolução do Direito Romano é a do Direito arcaico ou primitivo, ainda vinculado às práticas religiosas de culto aos ancestrais, na qual os sacerdotes – chamados de *pontífices* – aplicavam os costumes (*mos*) de cada clã ou família (*mores gentium*)⁵¹. Essa primeira experiência jurídica é menos conhecida, tendo em vista que foram deixados poucos registros escritos⁵². A aplicação desse direito pelos pontífices era bastante formal e ritualística e se dava pela interpretação e aplicação de fórmulas legais, que, justamente por não serem escritas, deveriam ser mais resumidas e de fácil memorização.

Este direito – produto dos costumes das famílias, que detinham máxima autoridade – somente era aplicável aos cidadãos romanos (por isso da denominação *ius civile*), excluindo a plebe (estrangeiros, escravos, comerciantes e camponeses)⁵³. A família foi a “célula social central” para a formação de Roma; nesse contexto, somente os *quirites* ou patrícios – descendentes dos pais fundadores da cidade – eram considerados cidadãos⁵⁴.

Losano identifica que, neste período inicial, o Direito romano ainda era bastante assistemático e desordenado, na medida em que as decisões eram tomadas caso a caso, cabendo aos juristas adaptar “os costumes herdados (*mores*) aos novos problemas e as decisões dos tribunais tornavam-se, assim, outra grande fonte do direito”. O Direito possuía um caráter aberto, desenvolvendo-se “em qualquer direção para se adaptar a novas situações”. E justamente esta virtude da flexibilidade acaba se perdendo com a posterior sistematização por meio da codificação – o *Digesto*⁵⁵.

A publicação de algumas *leges* e também da Lei das XII tábuas marcam a transição para o período do Direito pré-clássico⁵⁶. Moreira Alves denomina este

⁵⁰ ZIMMERMANN, Reinhard. Roman Law and European Culture. *New Zealand Law Review*, 341, 2007. Disponível em: <<http://www.direitocontemporaneo.com/wp-content/uploads/2014/02/Roman-Law-and-European-Culture.pdf>>. Acesso em: 05 mar. 2015, p. 370.

⁵¹ LOSANO, Mario G. *Os grandes sistemas jurídicos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 32.

⁵² GILISSEN, John. *Introdução histórica ao Direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1986, p. 85.

⁵³ GILISSEN, John. *Introdução histórica ao Direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1986, p. 85.

⁵⁴ CAPELLA, Juan Ramón. *Fruto proibido*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 62.

⁵⁵ LOSANO, Mario G. *Os grandes sistemas jurídicos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 33-34.

⁵⁶ KASER, Max. *Direito Privado Romano*. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2011, p. 32.

período de “sistema das ações da lei”⁵⁷. Essas leis eram elaboradas pelos magistrados – que não se confundem com a figura do atual juiz. Em realidade, a magistratura era uma função eletiva e temporária – normalmente com duração de um ano –, e que compreendia diferentes cargos: cônsules, censores, pretores, ditadores, todos com diferentes funções, como emitir editos, fazer a disciplina, o censo, a vigilância sanitária, entre outras⁵⁸.

Os magistrados detinham a iniciativa de redação dessas leis de “ordem geral do povo ou da plebe”, cabendo aos comícios sua aprovação; uma vez aprovadas, as leis eram afixadas para conhecimento geral⁵⁹. Nessa fase, os comícios, e não o Senado, é que possuíam “função legislativa”. O Senado era vitalício, composto somente pelos patrícios, e tinha a função de aconselhamento, como guardiões da história de Roma; já os comícios (*centuriata*, assembleia dos militares; *tributa*, assembleia por tribos; e o *concilium plebis*) é que aprovavam as *leges*, ou os plebiscitos da plebe, no último caso⁶⁰.

Com a transição para o período clássico, inicia-se um processo de laicização do Direito Romano, um desligamento da religião, no qual as *leges publicae* e os editos dos magistrados somam-se aos costumes, também como fontes normativas⁶¹. Sobre a separação entre direito e religião, Reinhard Zimmermann refere que esta característica está na gênese do Direito europeu por influência romana, uma vez que o Direito foi desenvolvido como uma “profissão a ser aprendida”, cuja aplicação e desenvolvimento depende da atividade de juristas treinados⁶².

Contudo, esse período não perde por completo seu caráter empírico e casuístico, isso porque o período clássico do processo formular vai se caracterizar pela presença de duas figuras distintas na realização dos julgamentos. A disputa iniciava-se com o trabalho do pretor urbano ou peregrino, membros da magistratura que atendiam a cidade e o campo, respectivamente, cuja função era transformar o

⁵⁷ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, v.1, p. 207.

⁵⁸ VÉRAS NETO, Francisco Quintanilha. Direito romano clássico: seus institutos jurídicos e seu legado. In: WOLKMER, Antonio Carlos (Org.) *Fundamentos de História do Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 92-93.

⁵⁹ GILISSEN, John. *Introdução histórica ao Direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1986, p. 86.

⁶⁰ LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 31.

⁶¹ VÉRAS NETO, Francisco Quintanilha. Direito romano clássico: seus institutos jurídicos e seu legado. In: WOLKMER, Antonio Carlos (Org.) *Fundamentos de História do Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 93.

⁶² ZIMMERMANN, Reinhard. Roman Law and European Culture. *New Zealand Law Review*, 341, 2007. Disponível em: <<http://www.direitocontemporaneo.com/wp-content/uploads/2014/02/Roman-Law-and-European-Culture.pdf>>. Acesso em: 05 mar. 2015, p. 366.

conflito em uma causa jurídica, para então ser apresentada ao *iudex* ou árbitro⁶³. Introduzido pela Lei Aebutia (149 a 126 a.C.) e reestruturado pelas Leis Julias (17 a.C.)⁶⁴, o processo formular recebe este nome porque em sua primeira fase, *in iure*, cabia ao pretor elaborar a fórmula, ou seja, transformar “a queixa num conflito que pudesse ser decidido [...] muito semelhante a um ‘quesito’”. Esta fórmula deveria estar contida no edito, mesmo que de maneira geral, muito embora o pretor [...] pudesse criar condições especiais para os casos concretos”⁶⁵.

Assim, Moreira Alves conclui que na República, “as fontes do direito são três: o costume, a lei e os editos dos magistrados”⁶⁶. Sobre a natureza de fonte dos últimos, explica que os editos não se limitavam a listar as ações e os interditos para a proteção do *ius civile*, pois ao redigir as fórmulas, fixando os limites do julgamento das demandas, passaram, aos poucos, a arrogar a competência para denegar as ações que tutelavam o *ius civile*, bem como criar as ações que fossem necessárias para salvaguardar situações não previstas pelo *ius civile*. Desta forma, embora os magistrados desse período não pudessem atribuir direitos, mas apenas conceder ou negar ações, tais editos tinham eficácia jurídica prática, e, portanto, eram considerados “fontes de Direito” – *ius praetorium*⁶⁷.

Inicialmente orais e depois escritos, os editos tornaram-se regras permanentes de Direito, às quais os juízes progressivamente passaram a vincular sua atividade. São considerados por John Gilissen a fonte mais original no período republicano; tipicamente romana – sem comparação com outros sistemas –, significava uma espécie de “promessa de ação”, o que por si criava uma “garantia” ao demandante, tornando-se um direito distinto do *ius civile*⁶⁸.

O pretor prometendo uma acção, criava um direito de que os cidadãos se podiam prevalecer; enquanto que nos direitos modernos o direito é geralmente criado por uma lei, em Roma é o pretor que reconhece um direito atribuindo uma acção, isto é, um meio processual. Assim apareceu um *ius praetorium*, um direito pretoriano distinto do *ius civile*, constituído pelos costumes e pelas *leges*.⁶⁹

⁶³ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, v.1, p. 22-23.

⁶⁴ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, v.1, p. 23.

⁶⁵ LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 36.

⁶⁶ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, v.1, p. 21.

⁶⁷ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, v.1, p. 23.

⁶⁸ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, v.1, p. 23.

⁶⁹ GILISSEN, John. *Introdução histórica ao Direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1986, p. 90.

Nesse contexto, pode-se afirmar que o período clássico marca o início do emprego da noção de fonte de direito com o sentido mais aproximado ao aplicado contemporaneamente – isso porque com o estabelecimento de uma variedade de fontes (costumes, leis e editos), surge a necessidade da identificação dos parâmetros “aceitáveis” (para não usar o termo contemporâneo “legítimos”), à disposição do *iudex* ou árbitro, na fundamentação das decisões aplicadas aos casos concretos.

Todavia, o desenvolvimento dessa pluralidade não significa um crescimento desordenado; ao contrário, esse processo ocorre de forma bastante “orgânica” na prática romana clássica; apesar desse período ainda desconhecer a técnica de um direito dogmático e sistematizado, a jurisprudência casuísta romana não significava uma “selva de casos”, na medida em que os juristas romanos tinham a constante preocupação de coordenar e compartilhar entre si os conceitos, regras e institutos, criando ao mesmo tempo um sistema aberto e flexível⁷⁰.

O reduzido interesse dos Romanos por um sistema coerente nas suas partes e estruturado segundo princípios lógico-materiais deve-se não a não verem na sua ordem jurídica, baseada na ‘casuística’, tanto uma estrutura previamente ordenada de CONCEITOS abstractos, como um complexo de ‘figuras jurídicas’: INSTITUIÇÕES concretas de formas muito variadas, que se constroem sobre regras concretas (normas) mais ou menos específicas. Estas instituições são completadas por outras REGRAS de direito escrito ou não-escrito (neste ponto frequentemente direito dos juristas) e orientadas por certas ideias gerais (PRINCÍPIOS); p. ex., *bona fides*, *boni mores*, *aequitas*, e por muitas outras, de todas as áreas do direito⁷¹.

Por fim, o último ciclo do Direito romano se dará com a instituição do Império; mas a experiência jurídica desse período apresentará algumas diferenças nas respectivas fases do Principado e do *Dominato* (ou monarquia absoluta). Denominada de *Cognitio extra ordinem*, esta fase se caracteriza pela unificação das tarefas do pretor e do juiz (*iudex*) – com a centralização dos poderes de julgamento em um único órgão –, pela valorização do trabalho dos jurisconsultos e pela edição das constituições imperiais – que eram as leis editadas pelo Imperador⁷².

⁷⁰ ZIMMERMANN, Reinhard. Roman Law and European Culture. *New Zealand Law Review*, 341, 2007. Disponível em: <<http://www.direitocontemporaneo.com/wp-content/uploads/2014/02/Roman-Law-and-European-Culture.pdf>>. Acesso em: 05 mar. 2015, p. 357.

⁷¹ KASER, Max. *Direito Privado Romano*. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2011, p. 42-43.

⁷² LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 40.

Durante o Principado, os editos se consolidam como fonte e não sofrem modificações, surgindo a prática, em razão da perda do prestígio dos pretores, de se fazerem cópias dos magistrados antecessores. Essa situação acaba por se consolidar com a determinação do imperador Adriano (76-138 d.C.) de que o jurisconsulto Sálvio Juliano registrasse uma versão definitiva dos editos, que ficou conhecida como *Edictum Perpetum*⁷³. Novos editos só poderiam ser elaborados mediante autorização do Príncipe.

Também o acirramento da dicotomia ou da dissociação entre o Direito Público e o Direito Privado contribuiu para a formação da ideia de completude do Direito privado como um sistema independente:

Sob o Alto Império, o direito privado romano aparece como um sistema individualista, enquanto que do ponto de vista político, a liberdade dos cidadãos ia diminuindo sem cessar. Há assim um divórcio crescente entre o direito privado e o direito público. À submissão absoluta ao imperador opõe-se a grande liberdade dos cidadãos (*cives*) de disporem dos seus bens a título privado. Os juristas romanos constroem então, no domínio do direito das coisas e das obrigações, um sistema jurídico completo e coerente⁷⁴.

Por meio de uma substituição gradual do sistema dúplice dos pretores e juízes – que laboravam em uma prática jurídica verdadeiramente casuística –, as ações passaram a ser julgadas por uma única figura, que representava o Príncipe. A valorização do jurista e do julgamento por ele proferido não mais se dará por sua experiência prática, mas pela noção de autoridade do magistrado, como autêntico representante (delegado) do Príncipe; quando a decisão era proferida diretamente por este último, chamava-se *decretum*⁷⁵.

Quanto aos costumes – outrora centrais para o Direito romano –, jurisconsultos como Gaio e Papiniano já não os consideravam como fonte do direito – pois tido mais como um “fato” –, perdendo assim considerável importância em relação às fases anteriores, uma vez que já era bastante integrado aos editos dos pretores⁷⁶. A novidade em termos de fontes foram as *constituições imperiais* (leis ou decretos impostos pelo imperador), que embora originalmente não tenham surgido

⁷³ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, v.1, p. 35-36.

⁷⁴ GILISSEN, John. *Introdução histórica ao Direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1986, p. 87.

⁷⁵ LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 41.

⁷⁶ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, v.1, p. 34.

com uma natureza propriamente legislativa, foram paulatinamente recebendo esta função, até mesmo pela absorção dos editos que entraram em declínio⁷⁷.

Há uma passagem curiosa, porém muito breve, na obra de Moreira Alves, na qual o autor refere não haver dúvidas de que o costume *praeter legem* – para o preenchimento de lacunas – permanecia obrigatório. Considerando a falta de maior aprofundamento ou referências mais completas⁷⁸ sobre o que constituiria uma lacuna naquele sistema, não é possível avaliar com maior detalhamento se a compreensão de lacuna da época tem alguma semelhança com o conceito que se desenvolve com maior robustez no século XIX, mormente na Escola do Positivismo Legalista, como se verá mais adiante no trabalho.

O derradeiro traço marcante a ser destacado é o trabalho dos jurisconsultos, que viveram seu auge de criatividade e reverência entre os séculos II e III d.C., ultrapassando a importância e a contribuição dos pretores. Desse período, alguns nomes são muitos conhecidos: Gaio, Papiniano, Paulo e Ulpiano, dentre outros; esse último destaca-se pelo espaço que sua obra recebeu na compilação do *Corpus Iuris Civilis*, ocupando quase um terço. Ainda no período republicano, a atividade dos jurisconsultos era de natureza mais privada, e importante registrar que esses estudiosos eram procurados não apenas pelos particulares diretamente interessados, mas também por advogados, pretores e juízes, para prestar consultas na elaboração ou redação dos negócios jurídicos e testamentos (*cavere*), na orientação da escolha e da aplicação das fórmulas aos processos (*agere*) e, principalmente, na elaboração de pareceres (*responsas*) sobre casos controversos (*respondere*)⁷⁹.

Já no Principado, o papel dos jurisconsultos ganha contornos públicos, na medida em que passam a auxiliar o Príncipe na elaboração das constituições imperiais e, ainda, pela concessão – a partir de Augusto (63 a.C. a 14 d.C.) – do *ius publice respondendi auctoritate principis*, que reconhecia a alguns juristas uma maior autoridade de seus pareceres, constituindo-se esse material como verdadeira doutrina e fonte do Direito, tendo sido utilizada como a base para a compilação do *Corpus Iuris Civilis*.

⁷⁷ LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 42-43.

⁷⁸ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, v.1, p. 35.

⁷⁹ DOUVERNY, Felipe Eprecht. *Agere, Cavere, Respondere: a atividade consultiva dos juristas romanos como fonte do Direito*. 2013. 284f. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2013, p. 105-115.

A *jurisprudência*, no sentido romano, era o conhecimento das regras jurídicas e a sua actuação pelo uso prático. É antes aquilo que nas línguas novilatinas se designa por doutrina; porque a jurisprudência designa nestas línguas o conjunto das decisões judiciais; o termo inglês *jurisprudence* tem um sentido mais próximo do sentido romano⁸⁰.

Mas esse cenário de multiplicidade de fontes e de valorização da casuística pretoriana e da prudência dos jurisconsultos entra em processo de decadência com a fase do *Dominato*, último período imperial antes da queda de Roma no ocidente. Para Moreira Alves, as constituições imperiais, então denominadas de *Lex*, foram a única espécie de “fonte atuante de criação organizada do direito” da época, permanecendo o costume como fonte espontânea apenas com a função de preencher as lacunas das constituições, tendo pouca importância para o direito privado de então⁸¹.

A concentração dos julgamentos na figura do magistrado, cuja autoridade decorre do Príncipe e não da prudência, e a perda do prestígio dos jurisconsultos levam ao declínio da jurisprudência e ao empobrecimento das fontes (que se concentram nas *leges*). Pela falta de novos juristas, a jurisprudência é estudada indiretamente por meio dos textos deixados pelos clássicos e passa a ser denominada de *iura*. Desse evidente ocaso, instala-se um cenário de crise; por um lado, cresce o número de constituições imperiais (*leges*), por outro, surge a prática de manipulação da *iura* – “advogados habilidosos induziam em erro os juízes com citações capciosas ou falsas, que eram atribuídas àqueles jurisconsultos”⁸² – razão pela qual o uso dessas normas jurídicas foi inicialmente combatido.

Constantino, por exemplo, declarou sem eficácia os comentários de Paulo e Ulpiano sobre a obra de Papiniano. Outra tentativa, aproximadamente um século depois, foi a edição pelos Imperadores Teodósio II e Valentiniano III, de uma constituição que autorizava a consulta somente às obras dos cinco jurisconsultos clássicos de maior destaque: Gaio, Papiniano, Ulpiano, Paulo e Modestino, ou, então, aos autores por estes referidos, caso apresentados no original, o que ficou conhecido como a lei das citações⁸³.

⁸⁰ GILISSEN, John. *Introdução histórica ao Direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1986, p. 90.

⁸¹ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, v.1, p. 43.

⁸² ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, v.1, p. 44.

⁸³ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, v.1, p. 44.

É justamente nesse contexto de crise que surgem as primeiras compilações pré-justinianeias, tais como os Códigos *Gregoriano*, *Hermogeniano* e *Teodosiano*⁸⁴; este último, foi especialmente influente no ocidente, sobretudo na península ibérica, e perdurou após a queda de Roma, permanecendo em vigor até o século VI, sendo parcialmente retomado na *Lex romana Visigothorum*⁸⁵. Nesse ponto, *é interessante registrar que o movimento em direção à codificação se dá, a partir do Dominato, em razão da instalação de uma realidade de crise de confiança, pela falta de controle – e pela falta de lisura ou de comprometimento dos juristas com a comunidade jurídica e com a tradição romana – no uso e na aplicação das fontes normativas.*

Diante do que foi narrado até agora, pode causar certa estranheza a afirmação de que as noções de sistematicidade e de completude são heranças do Direito Romano; especialmente se retomadas as principais características desse empreendimento jurídico milenar, nos termos propostos pelo apanhado de Reinhard Zimmermann: (i) trata-se de uma jurisprudência altamente desenvolvida, um ramo do conhecimento sustentado exclusivamente por juristas (técnicos); (ii) o Direito tem autonomia em relação à religião, à moralidade, à economia e à política, ou seja, existe a separação entre Direito e não-Direito; (iii) ocorre uma ênfase no Direito privado e nos procedimentos, enquanto os crimes e a administração do Estado são vistos pelos juristas romanos como algo que não dependente de critérios jurídicos⁸⁶; (iv) o Direito era produto dos juristas e da experiência prática e não havia a preocupação em produzir uma “sistematicidade vinculante”; (v) por consequência, o Direito romano era realista e voltado para problemas práticos, mais do que para teorias abstratas; (vi) por todos esses atributos, seria impreciso, inclusive, referir

⁸⁴ LOSANO, Mario G. *Sistema e estrutura no direito: das origens à Escola Histórica*. São Paulo: Martins Fontes, 2008. v.1, p. 24-25.

⁸⁵ GILISSEN, John. *Introdução histórica ao Direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1986, p. 92.

⁸⁶ Sobre essa dicotomia, Max Kaser explica que: “a influência dos juristas estava limitada, quanto à matéria, ao **direito privado e ao direito processual civil**. Em contrapartida, o **direito** e a **JURISDIÇÃO PENAL** bem como toda a **administração** do Estado pareciam aos Romanos ser MATÉRIAS PÚBLICAS, INFLUENCIADAS POR FORÇAS POLÍTICAS E, POR ISSO, NÃO SUJEITAS A CRITÉRIOS EXCLUSIVAMENTE JURÍDICOS. Portanto, em geral os juristas não emitiram pareceres nessas áreas e descuraram-nas em termos de reflexão científica. Só a partir do período clássico tardio a literatura jurídica romana se estende, com certas limitações, ao direito penal e a alguns ramos do direito administrativo. KASER, Max. *Direito Privado Romano*. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2011, p. 35.

apenas “o Direito Romano”, na medida em que se trata de uma prolongada experiência de natureza casuística e extraordinariamente complexa⁸⁷.

Assim, é somente em razão da encomenda de uma nova compilação, o *Corpus Iuris Civilis* – mais abrangente que os Códigos anteriores –, pelo Imperador Justiniano, que as noções de sistematicidade e completude surgem, com as devidas ressalvas a seguir apresentadas, no horizonte do Direito Romano. Em 529 d.C. o imperador bizantino determinou a reunião e a organização do enorme acervo de fontes herdadas em mais de mil anos de cultura romana, especialmente aquelas provenientes do final da República e da fase do Principado.

Sua intenção estava fundada em duas razões: primeiro, pela adoção de uma posição mais reacionária, de resgatar e conservar o Direito clássico, diante da decadência que diagnosticava no Direito de sua época; e, segundo, por uma atitude codificadora, frente à enorme massa de materiais de consulta disponíveis (especialmente comentários e tratados de diversos juristas que surgiram), buscava eliminar aquilo que fosse errado, obscuro, repetitivo, ou estivesse em contradição. Dessa forma, tratou de abolir a autoridade dos juristas contemporâneos para elaboração de novos comentários, bem como limitou as fontes do Direito somente às obras originais que haviam sido selecionadas para integrar o *Corpus*, rejeitando todo o resto “como” Direito⁸⁸.

Embora visto como um grande corpo na modernidade, o trabalho foi composto por quatro obras distintas, realizadas em separado, sendo o *Digesto* ou *Pandectas*⁸⁹ sem dúvida o mais relevante entre eles; composto de cinquenta livros, o *Digesto* continha os fragmentos dos principais juristas clássicos e foi promulgado como lei⁹⁰. Como a maioria dos textos originais possuíam mais de trezentos anos à época da compilação, muitos já perdidos e outros incompletos, Triboniano – jurista responsável pela organização –, recebeu “a mais ampla faculdade para intervir nos textos clássicos, modificando-os, amputando-os ou completando-os onde lhe parecesse necessário, para chegar a um **texto legislativo unitário** que refletisse a

⁸⁷ ZIMMERMANN, Reinhard. Roman Law and European Culture. *New Zealand Law Review*, 341, 2007. Disponível em: <<http://www.direitocontemporaneo.com/wp-content/uploads/2014/02/Roman-Law-and-European-Culture.pdf>>. Acesso em: 05 mar. 2015, p. 356-357.

⁸⁸ MERRYMAN, John Henry. *La tradición jurídica romano-canónica*. 2. ed. Ciudad del Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1989, p. 25-26.

⁸⁹ Denominação grega.

⁹⁰ ZIMMERMANN, Reinhard. Roman Law and European Culture. *New Zealand Law Review*, 341, 2007. Disponível em: <<http://www.direitocontemporaneo.com/wp-content/uploads/2014/02/Roman-Law-and-European-Culture.pdf>>. Acesso em: 05 mar. 2015, p. 359.

realidade jurídica daquela época” (grifo nosso)⁹¹. Essas intervenções ficaram conhecidas como *interpolações* e suscitaram grandes debates filológicos, desde o medievo até a *Pandectista* alemã do século XIX⁹².

As outras três partes do *Corpus Iuris Civilis* – que só passou a receber esta denominação com Irnério, pela redescoberta do texto na Idade Média⁹³ – eram: o Códex (Código), que em doze livros trazia as leis imperiais; as *Institutas* (Instituições), uma obra de finalidade didática que servia de introdução ao estudo do *Corpus*, baseada nas Instituições de Gaio; e, por fim, as *Novellae Constitutiones* (Novelas ou Novas Constituições) que traziam as leis promulgadas pelo próprio Justiniano, com força de derrogação (e atualização) das disposições contidas nas demais partes⁹⁴.

Se a racionalidade é um traço essencial da cultura jurídica europeia, em grande parte isso se constitui como fruto do trabalho de compilação que pretendeu sistematizar o enorme arcabouço da produção jurídica romana, como um legado da antiguidade clássica⁹⁵. Losano esclarece que com a edição do *Corpus* a *noção de sistema entra no debate cultural* e passa a permear todo o pensamento ocidental, que terá como ápice a filosofia clássica alemã do século XIX. Nesse sentido, a sistematicidade é um traço que diferencia a civilização e o Direito ocidental e adverte que “uma das maiores dificuldades no estudo dos direitos não-europeus é exatamente a falta de sistematicidade, isto é, a atuação segundo padrões lógicos diferentes dos próprios da civilização greco-romano-germânica”⁹⁶.

Contudo, essa sistematicidade deve ser vista com parcimônia, na medida em que era verdadeiramente “estranha” ao espírito originário⁹⁷, sendo assim também um produto da releitura medieval e moderna da produção romana e do próprio *Corpus Iuris Civilis*; e, embora o termo “sistema” não exista no latim clássico, isso não significa a completa ausência do conceito⁹⁸.

⁹¹ LOSANO, Mario G. *Os grandes sistemas jurídicos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 36.

⁹² LOSANO, Mario G. *Os grandes sistemas jurídicos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 37.

⁹³ LOSANO, Mario G. *Os grandes sistemas jurídicos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 38.

⁹⁴ GILISSEN, John. *Introdução histórica ao Direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1986, p. 92.

⁹⁵ ZIMMERMANN, Reinhard. Roman Law and European Culture. *New Zealand Law Review*, 341, 2007. Disponível em: <<http://www.direitocontemporaneo.com/wp-content/uploads/2014/02/Roman-Law-and-European-Culture.pdf>>. Acesso em: 05 mar. 2015, p. 343.

⁹⁶ LOSANO, Mario G. *Os grandes sistemas jurídicos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 34.

⁹⁷ LOSANO, Mario G. *Os grandes sistemas jurídicos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 34.

⁹⁸ LOSANO, Mario G. Sistema e estrutura no direito: das origens à Escola Histórica. São Paulo: Martins Fontes, 2008. v.1, p. 22.

Os juristas romanos, instruídos na República tardia pela arte de pensar grega, conseguiram erguer um edifício coerente de conceitos e regras jurídicas que, devido à sua flexibilidade, abriu caminho a soluções úteis a todos os problemas práticos do direito privado, e que podemos aceitar como sistema 'INTERNO'. Os Romanos, no entanto, não tiveram em vista, fora das instituições destinadas ao ensino do direito, uma exposição acabada de toda a matéria jurídica num sistema 'EXTERNO'. Só a ciência moderna pretende extrair das fontes romanas um tal sistema exterior, e tenta assim tornar fecundos para a atualidade os conhecimentos jurídicos romanos, sem falsificar o seu espírito⁹⁹.

Duas espécies de sistematização podem ser identificadas na jurisprudência romana. Uma primeira corrente, oriunda do pensamento de Quinto Múcio Cevola, “extraí seu esquema de considerações lógicas”, tratando de problemas gerais, reúne os institutos e os conceitos pertencentes a uma mesma espécie; essa forma de sistematização pode ser exemplificada pela conhecida tripartição de Gaio – *personae, res e actiones* – e foi especialmente influente no Código de Napoleão, de 1804, e naqueles que nele buscaram inspiração. A segunda espécie, voltada para “os textos exegéticos dedicados não à sistematização de uma ampla matéria, mas à exposição do que era regulado por um único texto legislativo”, tomou por modelo a estrutura pentapartida do *Edictum Perpetum*¹⁰⁰. Os primeiros Códigos – Gregoriano, Hermogeniano e Teodosiano, por exemplo – seguiram essa estrutura¹⁰¹.

Já o *Corpus Iuris Civilis* seria uma terceira espécie, na medida em que mesclou as duas perspectivas. O *Digesto* segue a estrutura do edito; enquanto as *Institutas* se espelharam na obra de Gaio. Losano destaca que essa “evolução revela o quão caótica foi a composição do *Corpus iuris*”¹⁰², tendo sido, inclusive, inicialmente rejeitada a expressão *corpus* como designadora da unidade da matéria, pois poderia ser uma negação do sistema. Nesse contexto, conclui que a busca por uma sistematização do conhecimento jurídico é, na verdade, uma releitura fundada em um ideal moderno.

Falar de “sistema” a propósito da disposição da matéria jurídica em uma compilação romanística constitui um uso moderno (aliás, quase um abuso) do termo, devido provavelmente também ao eco das

⁹⁹ KASER, Max. *Direito Privado Romano*. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2011, p. 43.

¹⁰⁰ Ver nota de rodapé 71.

¹⁰¹ LOSANO, Mario G. *Sistema e estrutura no direito: das origens à Escola Histórica*. São Paulo: Martins Fontes, 2008. v.1, p.23-24.

¹⁰² LOSANO, Mario G. *Sistema e estrutura no direito: das origens à Escola Histórica*. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 25;

disputas do século XIX [...] Até o início do século XX, esse atormentado *Corpus iuris* foi a base de qualquer atividade jurídica, seja teórica, seja prática. Explica-se assim por que, desde a idade Média, o estado de espírito do jurista coincide com o de Dom Juan de Max Frisch, quando confia ao amigo: “Eu preciso dessa pureza, meu amigo, dessa sobriedade, dessa precisão”; explica-se também a razão pela qual eles fizeram desse *Corpus* a arena de suas lutas sistematizadoras. Enfim, dada a heterogeneidade do *Corpus iuris*, compreende-se também por que essas disputas perduram há dois mil anos sem chegar a um ponto firme: o *Corpus iuris* fornece imparcialmente argumentos em apoio a todas as partes contendentes¹⁰³.

Assim como a sistematização das fontes, a ideia de *completude* também pode ter sua origem remetida à jurisprudência romana por duas razões; primeiro, porque uma vez proclamado o *Corpus*, o imperador decretou a proibição de comentários sobre o texto¹⁰⁴. “May no lawyer dare to add commentaries to our work and spoil its brevity through his verbosity”¹⁰⁵, ou seja, ingenuamente Justiniano pretendia a manutenção original da literalidade do texto e a suficiência deste como fonte exclusiva para a aplicação do Direito dali por diante.

A segunda razão é que com a edição do *Corpus* o imperador também pretendia o esquecimento de todo o direito anterior, ou seja, não só não era possível “criar” novo Direito pela interpretação do *Corpus*, como também todo o Direito produzido até então deveria ser esquecido e substituído somente pelo “código” como fonte normativa exclusiva, imaginando-se que este pudesse ser completo, perfeito e acabado.

Justiniano y los codificadores franceses trataron de destruir el derecho anterior por razones diferentes pero análogas: Justiniano trataba de restablecer el derecho más puro de una época anterior y los franceses querían establecer un orden legal enteramente nuevo¹⁰⁶.

Evidentemente, a ingenuidade dessa pretensão não se confirmou e novos comentários foram elaborados, tanto no oriente, como no ocidente; afinal, a

¹⁰³ LOSANO, Mario G. Sistema e estrutura no direito: das origens à Escola Histórica. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 25-26.

¹⁰⁴ LOSANO, Mario G. *Os grandes sistemas jurídicos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 43.

¹⁰⁵ ZIMMERMANN, Reinhard. Roman Law and European Culture. *New Zealand Law Review*, 341, 2007. Disponível em: <<http://www.direitocontemporaneo.com/wp-content/uploads/2014/02/Roman-Law-and-European-Culture.pdf>>. Acesso em: 05 mar. 2015, p. 359.

¹⁰⁶ MERRYMAN, John Henry. *La tradición jurídica romano-canónica*. 2. ed. Ciudad del Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1989, p. 61.

veiculação das normas pelo *Corpus* e a criação das interpolações acrescentaram mais uma camada de complexidade à compreensão e aplicação do Direito e de forma alguma foram capazes de impedir a transformação da realidade e a consequente necessidade de atualização das normas.

Norberto Bobbio¹⁰⁷ bem diagnosticou que, pensando historicamente, a questão da completude do Direito surgiu provavelmente da tradição medieval do uso do Direito romano e da ideia de que o *Corpus Iuris Civilis* era o grande legado jurídico de caráter científico – portador de verdadeira *ratio scripta* –, guardando as regras necessárias para que o bom intérprete fosse “capaz de resolver todos os problemas jurídicos que já foram apresentados e que irão se apresentar”.

O *Corpus Iuris Civilis* irá trilhar dois caminhos bastante distintos. No oriente, permanece vigente no âmbito do Império Bizantino, mas será profundamente modificado por novos comentários, compilações e novelas dos Imperadores subsequentes¹⁰⁸. No ocidente, após a queda de Roma, em 476 d.C., e a tomada do território europeu pelas várias tribos bárbaras, passará por um período de esquecimento, até sua reabilitação com a Escola de Bolonha.

2.3 A recepção do *Corpus Iuris Civilis* no Medievo

A sociedade europeia do Alto Medievo viveu uma grade retração do pensamento jurídico; de um lado, pela perda da cultura e dos instrumentos jurídicos da tradição romana – que na ausência de escolas organizadas, significaram um processo de vulgarização do Direito, transformando os procedimentos jurídicos em práticas rudimentares fundadas no empirismo e nos costumes locais –, e, de outro, pela força do controle social exercido pela hegemonia da doutrina cristã¹⁰⁹ – cuja teologia, mais interessada na salvação individual do que propriamente de caráter filosófico-político – buscava conciliar razão e fé por meio da reinterpretação dos clássicos gregos¹¹⁰. Como bem explica Wolkmer:

¹⁰⁷ BOBBIO, Norberto. *Teoria geral do direito*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 275.

¹⁰⁸ LOSANO, Mario G. *Os grandes sistemas jurídicos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 43-49. O autor explica em detalhes os desdobramentos do Direito no Império Bizantino.

¹⁰⁹ WOLKMER, Antonio Carlos. *Síntese de uma História das Idéias Políticas*. Florianópolis: Boiteux, 2006, p. 35.

¹¹⁰ WOLKMER, Antonio Carlos. *Síntese de uma História das Idéias Políticas*. Florianópolis: Boiteux, 2006, p. 39-41.

A supremacia da Igreja Romana como instituição com legitimidade maior da cristandade consolida os ensinamentos de uma filosofia política em torno da forma de governo, da obediência e dos deveres do cristão ao poder público, as origens e os fundamentos do poder constituído, as relações entre Igreja e Estado etc. Inicialmente, pode-se dizer que a concepção cristã de governo e de autoridade legal se baseia numa filosofia do Direito divino, em que o poder constituído provém de Deus, que dá legitimidade aos governantes, competindo ao povo escolhido a obediência e a subordinação às autoridades em exercício¹¹¹.

Contudo, sobre a influência da Igreja Católica em termos de produção jurídica, Gilissen enfatiza que mesmo com a oficialização do cristianismo no século III e o conseqüente desenvolvimento do Direito canônico, este não será propriamente “absorvido” pelo Direito Romano, instalando-se, de fato, um sistema dualista – direito laico e direito religioso – que irá perdurar até o século XX¹¹².

Em realidade, após a queda de Roma, os territórios europeus invadidos pelos bárbaros passaram a se organizar em pequenos reinados e principados – dominados por diferentes tribos com costumes heterogêneos: vândalos, burgúndios, godos, francos, bávaros, saxões, lombardos, etc., todas abrangidas pela denominação comum de “povos germânicos”. Nesses reinados, o Direito Romano (da jurisprudência que se transformou em costume – o chamado “Direito romano vulgar” –, e não o do *Corpus Iuris Civilis*, que ainda é bastante desconhecido no ocidente) permaneceu sendo aplicado às populações de origem romana, enquanto os germânicos utilizaram o Direito costumeiro que lhe era tradicional, criando, assim, na Europa do Alto Medievo, especialmente entre os séculos V a VIII, uma tradição jurídica produto dessa amálgama¹¹³.

Isso se deu principalmente pela diferença de nível entre os sistemas, o Direito romano era muito mais evoluído do que aquele dos conquistadores, razão pela qual os germânicos ficaram impedidos de impor seu sistema jurídico¹¹⁴. À prática de aplicar o Direito (leis) do respectivo povo, raça ou tribo, independentemente do local em que se vive, foi dada a denominação de “princípio da personalidade do direito”¹¹⁵.

¹¹¹ WOLKMER, Antonio Carlos. *Síntese de uma História das Idéias Políticas*. Florianópolis: Boiteux, 2006, p. 42.

¹¹² GILISSEN, John. *Introdução histórica ao Direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1986, p. 127.

¹¹³ GILISSEN, John. *Introdução histórica ao Direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1986, p. 128.

¹¹⁴ GILISSEN, John. *Introdução histórica ao Direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1986, p. 167.

¹¹⁵ MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira. O direito romano e seu ressurgimento no final da idade média. In: WOLKMER, Antonio Carlos (Org.) *Fundamentos de História do Direito*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 149.

Embora o último imperador romano do Ocidente seja destituído em 476, a influência romana não deixou, no entanto, de se fazer sentir no Ocidente. A organização administrativa e religiosa conserva aí as características da época romana durante vários séculos. ***O direito privado romano permanece o direito das populações romanizadas enquanto que os invasores germanos mantêm os seus costumes ancestrais; aplica-se pois a personalidade do direito***, pelo menos durante alguns séculos¹¹⁶. (grifo nosso)

Essencialmente consuetudinário e oral, o Direito dos povos bárbaros não era “um”, para cada povo e seus diferentes costumes havia um direito tradicional próprio, guardadas algumas semelhanças¹¹⁷. Contudo, a partir do século V, alguns reis sentiram a necessidade de ordenar compilações de suas leis reais, especialmente entre os Francos e os Visigodos¹¹⁸.

O ápice de desenvolvimento do modelo de vida feudal se deu nos séculos IX e X. No território antes dominado pelo Império Romano, a Europa Ocidental transformou-se

numa multiplicidade de pequenos senhorios economicamente auto-suficientes, comandados por nobres belicosos que mantinham exércitos próprios. O poder real, apesar de ocupar um lugar no topo da hierarquia medieval, era incapaz de impor a sua vontade aos nobres, o que gerou o desaparecimento da atividade legislativa imperial e principalmente o desmembramento do poder judicial nas mãos dos senhores feudais. Dessa forma, o direito fica adstrito às relações feudo-vassálicas, ou seja, as relações dos senhores com os seus servos. O costume passa a ser a fonte por excelência do direito feudal.¹¹⁹

A evolução do Direito no Alto Medievo, de V a XII, pode ser sintetizada em quatro vetores: (a) embora inicialmente mantido, pelo progressivo desaparecimento do Direito romano; (b) pelo crescimento do Direito dos povos germânicos em contato com os povos romanizados; (c) pela atividade legislativa dos reis e imperadores; e (d) pelo progressivo “desmembramento do poder no quadro das instituições

¹¹⁶ GILISSEN, John. *Introdução histórica ao Direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1986, p. 166-168.

¹¹⁷ GILISSEN, John. *Introdução histórica ao Direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1986, p. 162.

¹¹⁸ GILISSEN, John. *Introdução histórica ao Direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1986, p. 171. Para uma leitura detalhada desta legislação germânica, ver: GILISSEN, John. *Introdução histórica ao Direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1986, p. 169-181 e LOSANO, Mario G. *Os grandes sistemas jurídicos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 38-42.

¹¹⁹ MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira. O direito romano e seu ressurgimento no final da idade média. In: WOLKMER, Antonio Carlos (Org.) *Fundamentos de História do Direito*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 150.

feudais”¹²⁰. A brevidade com que se abordou este período se dá pela menor influência que ele gravou na cultura jurídica ocidental. “Do longo tempo entre a tomada de Roma por Odoacro e o ano 1000 muito pouco sobreviverá em termos estritamente jurídicos, e pode-se com segurança dizer que o direito comum dos séculos XII a XV supera culturalmente de modo avassalador o que tinha existido antes”¹²¹.

Assim, se durante o Alto Medievo, o Direito – composto pelos costumes e práticas bárbaras – possuía caráter indutivo e empírico, com a transição para o Baixo Medievo percebe-se a “incorporação de postulados formalistas do direito romano, o direito ocidental adquire o caráter dedutivo que lhe é característico, com seu significado universalizador, abstrato e consubstanciado pelo atendimento dos requisitos formais essenciais”¹²².

Com o processo de abertura gradual da vida feudal intramuros durante o período do Baixo Medievo e a fundação das primeiras universidades europeias com características modernas, se estabelece um cenário propício para a retomada do estudo de um Direito mais dogmático e reflexivo. O novo interesse no estudo da compilação de Justiniano foi denominado de **período da recepção** e pode ser dividido em três grandes fases: (a) entre os séculos XII e XIII, no qual a jurisprudência romana prevalece sobre os direitos locais e ainda existe um trabalho interpretativo muito limitado por parte das primeiras escolas – glosadores e comentadores – que primeiramente se esforçam em compreender o texto elaborado com mais de 500 anos de diferença; (b) XIV e XV, no qual dos direitos locais crescem e se mantêm ao lado do *Corpus Iuris Civilis* como fontes; e (c) a partir do século XVI, no qual os decretos reais se afirmam como fonte maior, antecipando o monopólio do Direito como produto estatal na modernidade¹²³.

Essas transformações se deram por diversas causas, e cada qual com suas específicas variantes nacionais e regionais. Nesse sentido, o presente trabalho se

¹²⁰ GILISSEN, John. *Introdução histórica ao Direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1986, p. 167.

¹²¹ LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 50.

¹²² VÉRAS NETO, Francisco Quintanilha. Direito romano clássico: seus institutos jurídicos e seu legado. In: WOLKMER, Antonio Carlos (Org.) *Fundamentos de História do Direito*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 110.

¹²³ MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira. O direito romano e seu ressurgimento no final da idade média. In: WOLKMER, Antonio Carlos (Org.) *Fundamentos de História do Direito*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 151-152.

limita a resgatar os “componentes mais expressivos”¹²⁴ do contexto geral europeu, que se justificam em fatores de natureza cultural, econômica, política, sociológica e epistemológica.

Sob o ponto de vista cultural, a abertura dos muros da vida feudal implicou o reencontro com a cultura clássica (gregos e outros), ou seja, os povos germânicos –, assim como os romanos o fizeram mil anos antes – foram expostos à cultura do Oriente, muito mais rico e desenvolvido, e a assimilaram. Também na seara econômica há uma série de fatores que contribuíram para a recepção, mas a formação da burguesia como classe econômica e o surgimento embrionário do capitalismo, com a expansão das cidades e do comércio, são indiscutivelmente as duas razões centrais.

O início da sociedade mercantil será catalisador para o Direito, pois a substituição da economia fechada pela de troca¹²⁵ impõe a necessidade de um Direito que ofereça os instrumentos e processos que viabilizem o trânsito dessas riquezas, como os institutos de direito comercial, a noção de propriedade – inexistente no Alto Medievo –, bem como os critérios racionais de prova – permitindo o abandono das ordálias – e a prática de uma magistratura profissional, entre outros.

Contudo, essa acolhida não será plena e completa; na verdade, há autores que divergem da tese de que o Direito da compilação fosse mais adequado para o novo comércio da burguesia medieval. Franz Wieacker argumenta que o direito romano, produto de um regime autoritário e de uma economia baseada na escravidão, na qual o comércio ocupava lugar secundário, não oferecia a flexibilidade e a dinamicidade necessárias à nova era.

Tanto quanto se pode avaliar a qualidade de uma ordem jurídica apenas a partir das suas normas e instituições sem a valorização da sua função social, o que se pode dizer é que as fortes tendências absolutistas e eudemonísticas da legislação justinianeia não poderiam ter sido especialmente favoráveis aos primórdios do desenvolvimento de uma sociedade aquisitiva, virada para a liberdade, para a mobilidade e para o lucro, como a da época moderna europeia.¹²⁶

¹²⁴ MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira. O direito romano e seu ressurgimento no final da idade média. In: WOLKMER, Antonio Carlos (Org.) *Fundamentos de História do Direito*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 152.

¹²⁵ GILISSEN, John. *Introdução histórica ao Direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1986, p. 240.

¹²⁶ WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2004, p. 159.

Por tudo isso, pode-se concluir que o maior interesse com a introdução do *Corpus Iuris Civilis* será especialmente em relação aos aspectos formais desse Direito, permitindo um trançado do formalismo romano (processos) com as práticas mercantis medievais (costumes) para uma atualização do direito material¹²⁷. “O que se aprendia em Itália e França era um método, uma «gramática» jurídica, não o direito realmente aplicável nos vários domínios”¹²⁸.

Assim, a adequação do direito civil clássico aos interesses empresariais da burguesia nascente não era devido ao conteúdo material de sua legislação, produto de um contexto econômico diverso do existente na Europa à época da ascensão do capitalismo, mas sim a sua estrutura uniforme e racional, baseada na aplicação de leis escritas, previamente estabelecidas, por tribunais compostos por técnicos, que atendiam critérios racionais de prova e argumentação no processo judicial.¹²⁹

A perspectiva epistemológica – ancorada na criação das universidades e na nova tradição filosófica da escolástica – é de grande riqueza e profundidade. A institucionalização das Universidades será um *locus* de formação transnacional do ensino jurídico, o *ius commune*¹³⁰, na medida em que o Direito romano será ensinado – e depois levado – por estudantes de diferentes regiões da Europa continental, todos com uma língua comum, o latim. Assim, produz-se uma verdadeira revolução no estudo, na prática e mesmo na concepção do que se entende por Direito. Este renascimento é bem sintetizado pelos seguintes fatores: (a) Unidade e ordenação das fontes (que se dividiam em três grandes espécies: *Corpus Iuris Civilis*, Direito Canônico e costumes locais); (b) Unidade do objeto da ciência jurídica; (c) Unidade quanto ao método e à metodologia jurídica; e (d) Difusão de uma literatura especializada e uma língua comum, o latim¹³¹.

Sob uma outra ótica, a recepção da compilação de Justiniano também pode ser interpretada com um avanço em razão de atributos, *prima facie*, mais vantajosos

¹²⁷ VÉRAS NETO, Francisco Quintanilha. Direito romano clássico: seus institutos jurídicos e seu legado. In: WOLKMER, Antonio Carlos (Org.) *Fundamentos de História do Direito*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 109.

¹²⁸ WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2004, p. 78.

¹²⁹ MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira. O direito romano e seu ressurgimento no final da idade média. In: WOLKMER, Antonio Carlos (Org.) *Fundamentos de História do Direito*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 155.

¹³⁰ LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 106.

¹³¹ HESPANHA, Antonio Manuel. *História das instituições jurídicas*. Coimbra: Almedina, 1982, p. 441.

que os costumes locais, tais como, ser um Direito escrito, ser um Direito mais “completo”, pois introduzia diversos institutos até então desconhecidos na sociedade feudal, ser um Direito mais teórico e erudito e ser um Direito mais evoluído, porque produto de uma sociedade mais complexa que a feudal. A penetração da jurisprudência romana não foi uniforme; mas em razão da unidade de objeto e metodologia, o Direito da Europa continental será *comum*, pois a base de construção dos ordenamentos nacionais em formação será a mesma, o que fica conhecido como *ius commune*¹³².

Desse substrato comum, que será o alicerce para a formação da tradição da *Civil Law* (romano-germânica) é possível identificar, mesmo nos primeiros séculos da recepção (XII e XIII), traços que posteriormente serão marcantes desse sistema, como a ideia de que regras jurídicas são aquelas dotadas de generalidade e abstração e a formação de uma racionalidade jurídica na qual os casos concretos devem ser precedidos e solucionados por regras gerais fixadas pelo legislador, o que sinaliza o início da lei como a principal fonte do Direito¹³³.

A Universidade de Bolonha, na Itália, foi a primeira a se organizar¹³⁴. Irnério (1050-1125), professor do *trivium* das artes liberais, deu início ao ensino jurídico proferindo aulas sobre trechos do Digesto e é considerado o fundador da Escola dos Glosadores. A metodologia de ensino da escola – que deu o nome pelo qual ficou conhecida – era com base nas glosas: que basicamente consistiam em anotações interlineares (entre as linhas do livro) ou marginais (nas laterais das páginas)¹³⁵ com a finalidade primeira de compreender o texto. Tal metodologia não era nova, na verdade já era a forma de ensino da gramática do *trivium*¹³⁶. “No estudo da

¹³² GILISSEN, John. *Introdução histórica ao Direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1986, p. 203.

¹³³ GILISSEN, John. *Introdução histórica ao Direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1986, p. 204.

¹³⁴ “As Universidades são uma invenção medieval”. Embora bastante diferentes da estrutura que assumem contemporaneamente, muitas Universidade europeias remontam desse período. A época, estas escolas sequer possuíam um campus ou prédio próprio para a finalidade do ensino. As aulas aconteciam em salas ou espaços organizados por cada professor, muitos cedidos pela Igreja. O ensino das *artes liberais* estava estruturado em dois cursos básicos: O *trivium*: lógica/dialética, retórica e gramática; e o *quadrivium*: aritmética, geometria, astronomia e música/harmonia. Esse era o curso geral e a base exigida para os cursos maiores, como medicina, teologia e Direito. Para uma leitura aprofundada sobre o contexto universitário ver LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 104-116.

¹³⁵ MASSAÚ, Guilherme Camargo. O precursor: Irnério. *Revista Discurso Jurídico Campo Mourão*, v. 4, n. 1, p. 57-73, jan./jul. 2008, p. 68.

¹³⁶ WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2004, p. 51.

gramática, a breve explicação ou a modificação de uma palavra por seu sinônimo dava-se por meio da glosa”¹³⁷.

A exegese realizada pelos glosadores buscava a máxima fidelidade ao texto; o que deve ser entendido sob o contexto peculiar do período, como as limitações de acesso às cópias do livro (*littera*), o distanciamento geográfico e temporal desde sua elaboração e a fase embrionária desse novo mundo universitário e científico que estava em formação. A influência do pensamento escolástico contribuiu para o esforço interpretativo da escola.

Tudo ponderado, permanece como certo que os glosadores utilizaram corretamente as figuras geralmente conhecidas da dedução lógica e das categorias aristotélicas: assim, os quatro *causae materialis, finalis, efficiens e formalis*, bem como as especificamente escolásticas *causa proxima e remota, propria e impropria*; além disso, a determinação dos géneros (*genera*) e das espécies (*species, specialiter*), e os processos da *distinctio, divisio e subdivisio*.¹³⁸

Tais instrumentos escolásticos serão especialmente importantes pela postura medieval de estudar o *Corpus Iuris Civilis* como um “todo lógico racional”¹³⁹, ou seja, os medievais tentavam compreender o *Corpus* como um conjunto racional de normas harmônicas entre si; o que evidentemente era muito distante da verdade, como já demonstrado pela história da compilação. Vale destacar que a opção pela retomada do ensino do *Corpus*, dentre outras obras jurídicas existentes à época, se dá justamente pela noção de *ratio scripta*; isso significa dizer que os medievais atribuíam a autoridade da compilação à racionalidade decorrente da palavra escrita e da história da civilização romana¹⁴⁰.

¹³⁷ MASSAÚ, Guilherme Camargo. O precursor: Irnério. *Revista Discurso Jurídico Campo Mourão*, v. 4, n. 1, p. 57-73, jan./jul. 2008, p. 67.

¹³⁸ WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2004, p. 52.

¹³⁹ ZIMMERMANN, Reinhard. Roman Law and European Culture. *New Zealand Law Review*, 341, 2007. Disponível em: <<http://www.direitocontemporaneo.com/wp-content/uploads/2014/02/Roman-Law-and-European-Culture.pdf>>. Acesso em: 05 mar. 2015, p. 360.

¹⁴⁰ WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2004, p. 49-50. “A compreensão das intenções dos glosadores, pelos juristas modernos, através da origem da própria ciência jurídica, é mais dificultada do que facilitada por essas premissas. Pois, por sua vez, toda a autoridade do direito romano se baseou, até à aurora do historicismo moderno e do positivismo legal, na crença na *ratio scripta*. Na verdade, a fonte da legitimação da autoridade de *Corpus Iuris* modificou-se constantemente. Na Alta Idade Média, fundou-se na «na ideia de Roma», i.e., na convicção de que, por força da identidade histórico-espiritual do *corpus christianum* com o império, o mundo da actualidade era ainda o mesmo dos juristas romanos; e, depois da derrocada dos poderes universais, ela baseava-se na convicção do humanismo jurídico

Apesar de todas as possíveis críticas às limitações da Escola dos Glosadores, indiscutivelmente o trabalho lá iniciado foi um marco decisivo para o curso do Direito e suas fontes na tradição da Europa continental.

Os glosadores, pela primeira vez na Europa, apreenderam dos grandes juristas romanos a arte de resolver conflitos de interesses da vida em sociedade, não mais com recurso à força ou a costumes espontâneos irracionais, mas através da discussão intelectual dos problemas jurídicos autônomos e de acordo com uma regra geral baseada nesta problemática jurídica material. Esta nova exigência dos juristas racionalizou e jurisdicionizou para sempre a vida pública na Europa; em virtude de sua influência, de entre todas as culturas do mundo é a europeia a única que se tornou legalista. Na medida em que encontrou um princípio racional que substitui (pelo menos na ordem interna dos Estados) a decisão pela força dos conflitos humanos, a jurisprudência criou uma condição essencial para o progresso da civilização material – em especial da técnica da administração –, da organização racional da sociedade económica e mesmo do moderno domínio técnico da natureza.¹⁴¹

Contudo, algumas características negativas desse trabalho dos glosadores acabaram por permanecer e influenciar de forma determinante movimentos jurídicos futuros. Uma primeira consequência maléfica foi a introdução do chamado “legalismo”, ou seja, a prática de uma interpretação literal ou “fria” do texto – o que depois será retomado pelo Positivismo Exegético francês do século XIX em relação ao Código Civil de Napoleão¹⁴². Outro aspecto nocivo que persiste até os dias atuais é o divórcio entre teoria e prática ou entre o estudo e a aplicação do Direito. Os glosadores não eram e não possuíam preocupações práticas. “Seu objetivo, de natureza teórico-dogmática, era mais o de demonstrar a racionalidade do direito

de que os padrões da civilização moderna tinham sido estabelecidos pela antiguidade. No entanto, o carácter modelar do direito romano (ainda hoje proclamado como ideal pedagógico) manteve-se como algo de evidente para qualquer das duas épocas. Só com o juracionalismo radical se legitimou, de forma totalmente nova, a autoridade do direito positivo a partir do comando soberano do monarca e da vontade política geral da nação. A partir daí, o direito terreno não tem mais que obedecer ao texto intemporalmente racional da *ratio scripta*, mas à própria vontade de prosseguir um objetivo. Por outras palavras: o racionalismo contemplativo e intelectual da Idade Média acabou por gerar o racionalismo actuante e prático do moderno legislador e foi, ao mesmo tempo, absorvido por ele”.

¹⁴¹ WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2004, p. 65.

¹⁴² MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira. O direito romano e seu ressurgimento no final da idade média. In: WOLKMER, Antonio Carlos (Org.) *Fundamentos de História do Direito*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 160.

romano do que torná-lo pragmaticamente aplicável¹⁴³. Nesse mesmo sentido é o magistério de Ovídio Baptista.

Ocorre com a legislação justineana uma curiosa anomalia que marcará, para os séculos posteriores, o imenso divórcio que se verifica, ainda no direito contemporâneo, entre o direito ensinado nas universidades e o direito vivo da experiência judiciária. Se indagarmos como poderiam os juristas práticos aplicar uma consolidação de leis reunindo legislação de vários séculos, seremos forçados a imaginar que realmente as compilações do Imperador Justiniano poderiam servir como manuais universitários, porém dificilmente manejáveis como auxiliar da prática forense.¹⁴⁴

Mas Bolonha não foi o único centro de formação, logo em seguida no século XIII outras Universidades se estabeleceram na Itália, na França, na Península Ibérica, na Holanda e na Bélgica, entre outros territórios. Os primeiros que se seguiram foram os Comentadores (conciliadores ou práticos), que embora tenham mantido a “idéia, presente na glosa bolonhesa, de que o direito romano consistia num conjunto de normas que o intérprete não podia alterar”¹⁴⁵, tiveram o mérito de fazer uma maior aproximação entre o direito civil e os problemas de seu tempo¹⁴⁶, introduzindo um aspecto mais prático ao Direito pelo desenvolvimento de categorias como: (a) a *teoria do duplo domínio*, que a partir da distinção dos institutos romanos da *actio directa* e da *actio utilis*, diferenciava posse direta – do titular de um direito real sobre coisa alheia – da posse indireta – daquele que é o efetivo proprietário –, noções que se tornaram essenciais para explicar a coexistência de vários direitos sobre a mesma terra, algo muito comum no período feudal; ou a (b) definição de diferentes critérios para a solução dos conflitos de competência, variáveis de acordo com a matéria (localização da coisa, no direito imobiliário, lugar do delito, no direito penal, lugar do contrato e nacionalidade, por exemplo)¹⁴⁷.

¹⁴³ MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira. O direito romano e seu ressurgimento no final da idade média. In: WOLKMER, Antonio Carlos (Org.) *Fundamentos de História do Direito*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 160.

¹⁴⁴ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 79.

¹⁴⁵ MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira. O direito romano e seu ressurgimento no final da idade média. In: WOLKMER, Antonio Carlos (Org.) *Fundamentos de História do Direito*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 161.

¹⁴⁶ WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2004, p. 80.

¹⁴⁷ MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira. O direito romano e seu ressurgimento no final da idade média. In: WOLKMER, Antonio Carlos (Org.) *Fundamentos de História do Direito*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 161.

Apesar de todo o esforço medieval de integração da jurisprudência romana aos Direitos locais e às necessidades da burguesia mercantil, com o decorrer do processo de recepção nos séculos seguintes e a virada do Baixo Medievo para Modernidade, os direitos locais voltam a ocupar certo espaço, especialmente em razão das necessidades de cada governo, agora munidos de juristas capacitados para realizar o trabalho de construção do entrelaçamento entre os aspectos formais do Direito Romano e os institutos de direito civil material (costumes) próprios de cada localidade. Dessa forma, o processo de recepção do Direito Romano vai se desenrolando pelos séculos XIII, XIV, XV, XVI até o século XVII, sem solução de continuidade, combinando, de um lado, a permanência dos costumes de direito civil, e, de outro, o crescimento da lei como fonte de Direito; “o rei legisla tal como os príncipes territoriais e até as cidades”¹⁴⁸.

Também fora de Itália a enorme dispersão e insegurança do direito local reclamava já um direito geral, apreensível, comprovável por meios intelectuais e mais seguro. Estas três exigências mantiveram-se até à aurora da actualidade como os fios condutores da história do direito privado europeu e alemão.¹⁴⁹

Se para o bem ou para o mal, a história afirmou os glosadores como os “pais da jurisprudência europeia”. As universidades ocupam papel de destaque na vida econômica e cultural das cidades medievais e exercem grande influência política e social; os juristas provenientes dessas escolas formarão um corpo de caráter técnico que tomará para si o monopólio sobre atividades como a diplomacia, a administração do Estado e a administração da justiça, antecipando o advento do monopólio estatal do Direito na Modernidade¹⁵⁰.

2.4 Estado Moderno, soberania e monopólio das fontes

A data tradicionalmente apontada para marcar o início da Modernidade é 29 de maio de 1453, no século XV, quando o império Otomano (re)conquista Constantinopla (hoje chamada de Istambul), pondo fim ao milenar Império Romano

¹⁴⁸ GILISSEN, John. *Introdução histórica ao Direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1986, p. 240-244.

¹⁴⁹ WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2004, p. 67.

¹⁵⁰ WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2004, p. 65.

do Oriente. Não é sem estranheza que se pode questionar a aleatoriedade da escolha – um evento ocorrido no limiar do Oriente Médio – para marcar o “início” da Modernidade; isso porque, no território da Europa Ocidental, essa transição foi razoavelmente gradual e paulatina, sem que se possa apontar “um” grande marco de ruptura violenta.

Já no final do século XIV inicia-se a chamada “era do Príncipe”¹⁵¹. A antiga “realeza feudal” transforma-se em “monarquia moderna” e graças à unificação de territórios e a centralização do poder, a figura do Rei se sobrepõe à nobreza e ao clero. “A coroa se torna, sobretudo, uma verdadeira instituição política enquadrada por regras e prolongada por um aparelho administrativo”¹⁵² e a “construção do Estado no Ocidente é condição inseparável da ascensão do poder monárquico”¹⁵³.

O novo modelo de organização e dominação política, o Estado, dependerá de uma teoria legitimadora – que será encontrada, inicialmente, nas teorias absolutistas; as universidades, tão relevantes no período que antecedeu, entram em declínio: passam a depender da autoridade do Príncipe, perdendo sua autonomia e seu caráter internacional. “As grandes universidades urbanas são cada vez mais espaços políticos onde teólogos e juristas trabalham para construir a legitimidade monárquica. Sentem logo a concorrência de novas estruturas mais elitistas, os ‘colégios’, instalados em casas ricas”¹⁵⁴. Os clérigos e doutores das Universidades passam a integrar as estruturas políticas, compondo o *entourage* dos príncipes, vivendo sob os padrões da aristocracia da corte, o que implica relativa perda de sua autonomia intelectual.

Dá-se início a um “processo crescente de secularização e racionalização”¹⁵⁵ que visa legitimar o Estado e suas estruturas – o governo monárquico, a burocracia, o modelo econômico e, por consequência, o Direito – que será ao mesmo tempo consequência e instrumento dessa transformação. O cenário que se ambienta entre os séculos XV e XVII será desenhado pela consolidação do *capitalismo mercantil* – que vem aflorando desde o Baixo Medievo – e da *Burguesia* como classe hegemônica – ainda que apenas sob os aspectos econômico e social, na medida em

¹⁵¹ NAY, Olivier. *História das idéias políticas*. Rio de Janeiro: Vozes, 2007, p. 131.

¹⁵² NAY, Olivier. *História das idéias políticas*. Rio de Janeiro: Vozes, 2007, p. 135.

¹⁵³ NAY, Olivier. *História das idéias políticas*. Rio de Janeiro: Vozes, 2007, p. 136.

¹⁵⁴ NAY, Olivier. *História das idéias políticas*. Rio de Janeiro: Vozes, 2007, p. 131.

¹⁵⁵ WOLKMER, Antonio Carlos. *Síntese de uma História das Idéias Políticas*. Florianópolis: Boiteux, 2006, p. 109.

que sua força política será de fato conquistada somente no século XVIII com as Revoluções Burguesas¹⁵⁶.

A burguesia, diferentemente do clero e da nobreza – que tinham seus privilégios assegurados pela sociedade de estrutura estamental – adquire poder econômico e social pelo acúmulo de riquezas provenientes do trabalho e do comércio, ou seja, do esforço individual. Originalmente, o burguês era “o habitante do burgo, da cidade, com atividades de mercador, de artesão, de funcionário, de advogado ou de homem de letras, com direitos reconhecidos na Carta Jurídica de seu município”¹⁵⁷. Além da burguesia urbana, núcleo da formação do espírito capitalista, havia também a burguesia camponesa, proprietária de terras; foram os burgueses o primeiro grupo social a se reconhecer e ser reconhecido como *cidadãos*.

O comércio, antes limitado às cidades, se expande, alcançando amplitude internacional pelo impulso dos “descobrimentos”¹⁵⁸ geográficos da América e da circunavegação da África e pela criação das grandes companhias comerciais sob incentivo das coroas. Tais empreendimentos, – como, por exemplo, as Companhias Holandesa e Britânica das Índias Ocidentais – não eram iniciativas mercantis exclusivamente privadas. “Estavam dotadas de poder político, e os estados punham seus exércitos à sua disposição direta. Esta situação não foi em absoluto efêmera: perdurou durante todo o período do colonialismo político”¹⁵⁹. Christopher Hill explica que, no caso da Inglaterra, a venda dos odiados monopólios reais para a exploração exclusiva de bens pelas empresas, tanto de produtos de necessidades básicas (sabão, vela, carvão, goma, salitre, pólvora, tinta, pimenta, sal, etc), quanto de novos processos industriais, como a indústria têxtil, por exemplo, foi essencial para a manutenção dos cofres reais, especialmente durante os turbulentos períodos das guerras religiosas¹⁶⁰; e, conta que:

A Inglaterra de 1603 era uma potência de segunda classe; a Grã-Bretanha de 1714 era a maior potência mundial. Sob o reinado de

¹⁵⁶ WOLKMER, Antonio Carlos. *Síntese de uma História das Idéias Políticas*. Florianópolis: Boiteux, 2006, p. 102-103.

¹⁵⁷ WOLKMER, Antonio Carlos. *Síntese de uma História das Idéias Políticas*. Florianópolis: Boiteux, 2006, p. 102-103.

¹⁵⁸ O termo “descobrimento” é colocado entre aspas para destacar/problematizar o caráter eurocêntrico dessa análise.

¹⁵⁹ CAPELLA, Juan Ramón. *Fruto proibido*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 90-91.

¹⁶⁰ HILL, Christopher. *O século das revoluções: 1603-1714*. São Paulo: Unesp, 2012, p. 35-41.

Jaime e de Carlos, a colonização inglesa da América estava apenas começando; sob o reinado de Ana, a Inglaterra possuía um vasto império na América, na Ásia e na África – e questões coloniais foram decisivas na formulação de planos de ação. A Companhia das Índias Orientais foi construída em 1601; um século depois, era a mais poderosa corporação do país.¹⁶¹

Outra diferença que surge em relação ao mundo medieval, no âmbito do pensamento e da cultura, é a substituição do Teocentrismo – da fé como paradigma irradiador da legitimidade das instituições –, pelo Antropocentrismo e pela razão; abandona-se a crença de que o funcionamento da sociedade está amparado em uma ordem natural, estática, imposta por Deus; assim, o Renascimento implicará uma (re)fundação da capacidade e da razão humana.

A sociedade europeia se reestrutura fundada em um novo ideário: racionalismo, humanismo, secularização, laicidade, individualismo, liberalismo e nacionalização. A razão, por sua vez, “será a encarregada de construir uma legitimação laica, secularizada, do poder. Os conceitos novos (como soberania, cidadania, revolução, etc.) são amiúde conceitos teológicos secularizados”¹⁶².

O Renascimento se apresenta como a “celebração do humano como força autônoma e racional, desvinculada de todas as restrições transcendentais que inviabilizam a criatividade do pensamento e a liberdade da prática objetiva”, desta forma, o Renascimento rompeu com a visão medieval que percebia a sociedade como uma ordem natural regida por Deus, calcada no imobilismo social dos estamentos, e, com isso, instituiu uma concepção mais voluntarista da sociedade, produto da construção humana “histórico-social, cultural e artificial”¹⁶³.

O Racionalismo pode ser conceituado como a “exaltação da razão enquanto critério de conhecimento”¹⁶⁴, produto, portanto, de uma natureza humana, individual e livre, como uma emancipação do indivíduo e de seu conhecimento. Já o Humanismo pode ser compreendido, de forma geral, como um movimento que impulsiona as transformações no âmbito da cultura, da filosofia, das artes e da ciência pela valorização do indivíduo, por sua vontade, capacidade crítica e liberdade de ação na transformação deliberada da vida social e política, rebelando-

¹⁶¹ HILL, Christopher. *O século das revoluções: 1603-1714*. São Paulo: Unesp, 2012, p. 6.

¹⁶² CAPELLA, Juan Ramón. *Fruto proibido*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 101.

¹⁶³ WOLKMER, Antonio Carlos. *Síntese de uma História das Idéias Políticas*. Florianópolis: Boiteux, 2006, p. 110-111.

¹⁶⁴ WOLKMER, Antonio Carlos. *Síntese de uma História das Idéias Políticas*. Florianópolis: Boiteux, 2006, p. 122.

se como uma forte reação ao princípio da autoridade que foi tão determinante no medievo¹⁶⁵

Outro fator relevante, sob o ponto de vista político, é o processo de secularização dos Estados; as teorias absolutistas exerceram função central na unificação do poder monárquico e na conformação burocrática dos Estados modernos nacionais. “A evolução centralizadora e burocrática contribui para extinguir a fragmentação corporativa feudal, favorecendo a criação dos Estados Modernos, unitários e secularizados”¹⁶⁶.

Esse processo de nacionalização dos Estados e da política vai gerar, conseqüentemente, um processo de nacionalização do Direito; o que antes era *ius commune*, o estudo da jurisprudência romana, compartilhado pelos diferentes reinados e territórios da Europa Ocidental, como uma base comum, agora sofre um processo de nacionalização, o que importa uma significativa transformação na noção de fontes do direito. As transformações no Direito serão especialmente produzidas pelas transformações na *dinâmica do poder*: centralização, monopólio e burocracia se tornam conceitos-chave. A grande consequência será também um traço marcante: a íntima relação entre *poder estatal* e *Direito*, este segundo “como” lei escrita¹⁶⁷.

Claro está que a nascente ciência jurídica moderna não só se revela como produção de uma específica formação social e econômica, mas, principalmente, consolida-se no processo de junção histórica entre legalidade estatal e a centralização burocrática. O ápice teórico de convergência entre a unicidade do poder político e a nova ordenação do Direito pode ser encontrado na filosofia política de pensadores da época, como Thomas Hobbes. Certamente, assinala-se que Hobbes não é apenas um dos construtores do moderno Estado absolutista, mas igualmente um dos primeiros intérpretes a identificar o Direito do soberano. Tratava-se da tendência, que acabaria sendo predominante, do Direito identificado com a legislação posta pela autoridade revestida do poder máximo e, ainda mais, o Direito como criação do Estado.¹⁶⁸

¹⁶⁵ WOLKMER, Antonio Carlos. *Síntese de uma História das Idéias Políticas*. Florianópolis: Boiteux, 2006, p. 118.

¹⁶⁶ WOLKMER, Antonio Carlos. *Síntese de uma História das Idéias Políticas*. Florianópolis: Boiteux, 2006, p. 104.

¹⁶⁷ WOLKMER, Antonio Carlos. *Síntese de uma História das Idéias Políticas*. Florianópolis: Boiteux, 2006, p. 104-105.

¹⁶⁸ WOLKMER, Antonio Carlos. *Síntese de uma História das Idéias Políticas*. Florianópolis: Boiteux, 2006, p. 108.

Como já referido, a transição da organização feudal para a formação do Estado Moderno se deu fortemente pela capacidade de centralização do poder na figura do monarca, que se afirma progressivamente desde o século XIII e tem seu ápice no século XVIII. Nesse processo, o princípio absolutista será a primeira linha de argumentação em prol desse poder régio, fundada tanto em obras religiosas, quanto profanas. A preferência pela monarquia estaria na visão geral, cada vez mais crescente, de que seria uma ordem política mais estável e permanente¹⁶⁹:

A ideia de Estado certamente ainda não está teorizada, mas aparece já em filigranas em numerosos pontos doutrinários. No começo do século XVI, uma nova etapa é transposta. Maquiavel, ao apresentar o poder secular como uma ordem separada da religião e da moral, estabelece os fundamentos propriamente racionais do poder político. No entanto é preciso esperar a difusão do princípio de “soberania”, depois as teses de Jean Bodin no fim do século XVI, para que os princípios de legitimidade do Estado moderno sejam definitivamente forjados.

Dessa gênese da concentração absoluta de poder em uma única figura se explica a conseqüente ideia de que o Direito legítimo (positivo) também é somente aquele proveniente desta entidade máxima e única de poder, o soberano. Contudo, o pensamento monárquico não permaneceu obrigatoriamente vinculado a uma postura autoritária; com o surgimento das doutrinas protestantes (XVI) e todo o ideário iluminista do século XVIII, as denúncias de arbitrariedade e desmandos do príncipe implicarão a necessidade de uma adaptação desse poder absoluto em prol da moderação e da autolimitação do governo monárquico¹⁷⁰.

O Estado, como “novo sistema de dominação de caráter institucional”¹⁷¹, será viabilizado pela consolidação da monarquia; essa dinâmica da concentração de poder se dará por dois aspectos, de um lado, pelo interesse na conquista e na expansão de novos territórios – tanto no plano interno, pela afirmação de sua autoridade entre os senhores feudais, quanto no plano externo, pela disputa de fronteiras entre os diferentes reinos –, e, de outro, pelas estratégias matrimoniais, pois a alianças entre famílias por meio do casamento será fator determinante para a conformação dos novos impérios¹⁷².

¹⁶⁹ NAY, Olivier. *História das idéias políticas*. Rio de Janeiro: Vozes, 2007, p. 136.

¹⁷⁰ NAY, Olivier. *História das idéias políticas*. Rio de Janeiro: Vozes, 2007, p. 135.

¹⁷¹ NAY, Olivier. *História das idéias políticas*. Rio de Janeiro: Vozes, 2007, p. 140.

¹⁷² NAY, Olivier. *História das idéias políticas*. Rio de Janeiro: Vozes, 2007, p. 138-139.

A monarquia “como” instituição, ou seja, separada da pessoa do Rei, é a primeira etapa na lenta formação do Estado (nesse sentido, é bastante conhecida a expressão medieval “dois corpos do rei”, difundida pela obra de Ernst Kantorowicz); e esta instituição não pode se confundir com o poder ou os interesses de um homem, assim, torna-se uma “ordem de poder regulada por leis e enquadrada por estruturas que resistem no tempo” e essa transformação ao longo de vários séculos se deu a partir de um “tríplice processo” de despersonalização, racionalização e sacralização do poder¹⁷³.

Progressivamente os reis vão perdendo a liberdade de decidir e modificar, por vontade própria, as práticas e ações da coroa. Contudo, isso não significa um enfraquecimento do absolutismo; em realidade, torna-se necessário demarcar a diferença entre a pessoa do rei e a instituição da coroa, inclusive quanto ao patrimônio (despatrimonialização). Regras quanto à sucessão, que visavam evitar disputas pelo trono, tais como a ordem da primogenitura, a “lei sálica” e a continuidade da coroa (“O rei morreu, viva o Rei”) e assegurar a estabilidade do governo, são introduzidas como “leis fundamentais do reino” e posteriormente “inscritas nos registros jurídicos dos juristas régios”¹⁷⁴.

A concepção feudal na qual as decisões eram tomadas com base nos costumes e códigos de honra vai sendo substituída por uma racionalização das atividades e decisões políticas, por meio da codificação das regras monárquicas e também pelo desenvolvimento de uma burocracia que vai aparelhando o Estado; esse processo é acompanhado pela ideia de aconselhamento do rei, criam-se órgãos que inicialmente tomam a forma de “cortes” ou “conselhos”, e cuja estrutura vai evoluindo até assumir a função representativa dos parlamentos e assembleias. A Magna Carta, de 1215, e sua exigência de consentimento dos barões, pode ser considerado o primeiro exemplo dessa evolução¹⁷⁵.

Por fim, a sacralização se deu por uma multiplicação de símbolos e rituais que evidenciam o poder da coroa. “A efígie do rei é difundida por todo o reino através de moedas e de medalhas, do mesmo modo que são multiplicados os sinais e os

¹⁷³ NAY, Olivier. *História das idéias políticas*. Rio de Janeiro: Vozes, 2007, p. 141.

¹⁷⁴ NAY, Olivier. *História das idéias políticas*. Rio de Janeiro: Vozes, 2007, p. 141.

¹⁷⁵ NAY, Olivier. *História das idéias políticas*. Rio de Janeiro: Vozes, 2007, p. 142.

símbolos da monarquia nos lugares públicos e nos edifícios régios (coroa, flor de lis, brasão, cetro...)”¹⁷⁶.

Esse esforço de enraizamento dos símbolos e rituais culmina com a estabilização das fronteiras e a consolidação dos três atributos que tradicionalmente são apontados como elementos caracterizadores do Estado moderno ocidental: um *povo*, que compartilha a noção de pertencimento a determinada nação, um *território*, com fronteiras claramente delineadas, e um *governo soberano*, que monopoliza o poder sobre esse conjunto. Olivier Nay atribui a formação do sentimento nacional de ingleses e franceses aos estragos e ódios forjados nas guerras dos séculos XII a XV, especialmente a guerra dos Cem Anos (1337-1453); tais conflitos, ao fortalecerem o ódio ao “inimigo hereditário”, incentivaram um sentimento crescente de pertencimento ao reino. “A duração excepcional do conflito acaba de fato por enraizar a ideia de que a França e a Inglaterra são duas entidades distintas, irredutivelmente *estrangeiras* uma à outra [...] começam a se pensar como comunidades históricas distintas por sua origem, seu destino, seu território e sua língua”¹⁷⁷.

“A noção de soberania emerge quando há a consciência da oposição entre o poder do estado e outros poderes”¹⁷⁸. A partir do século XIII, o Rei da França e os príncipes das cidades italianas começam a lutar pelo domínio exclusivo de seus territórios – contrariando interesses papais e a visão do Sacro Império Romano-Germânico, fundada em uma releitura do Direito Romano que propunha o retorno de um *imperium mundi*, à semelhança do Império Romano da Antiguidade. Os juristas recuperam a frase, também originária da jurisprudência romana, “o rei é imperador em seu reino” (*imperator in regno suo rex*)¹⁷⁹.

É nesse período que o Rei assume a função de legislador e o Direito erudito se torna uma disciplina relevante como instrumento de unificação e imposição da autoridade real sobre os vassalos – substituindo-se a suserania¹⁸⁰ (própria da

¹⁷⁶ NAY, Olivier. *História das idéias políticas*. Rio de Janeiro: Vozes, 2007, p. 143.

¹⁷⁷ NAY, Olivier. *História das idéias políticas*. Rio de Janeiro: Vozes, 2007, p. 144-145.

¹⁷⁸ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luís Bolzan de. *Ciência Política e Teoria do Estado*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 167.

¹⁷⁹ NAY, Olivier. *História das idéias políticas*. Rio de Janeiro: Vozes, 2007, p. 152-153.

¹⁸⁰ A suserania, embora tenha a mesma origem latina medieval da soberania (*superanus*, “aquele que está acima”), é um conceito mais limitado: “remete a uma simples posição no cume da hierarquia feudo-vassálica [...] não dá nenhum poder direto sobre os súditos do reino (o rei não pode ter autoridade senão por intermédio de seus vassalos diretos)”. NAY, Olivier. *História das idéias políticas*. Rio de Janeiro: Vozes, 2007, p. 154.

relação feudal) pela soberania. As leis do Rei “(ordenanças, éditos, declarações) adquirem muito depressa uma importância capital: sob o impulso dos juristas elas se tornam uma nova fonte do direito público”¹⁸¹.

No caso do Brasil, são muito conhecidas as Ordenações portuguesas (ordenações porque “ordens” do rei): Afonsinas, no reino de D. Afonso V (1446), Manuelinas, compilação ordenada por D. Manuel (1512-1521), e Filipinas, quando Portugal passou para o domínio espanhol (1603); por fim, esta última teve de ser equalizada com a Lei da Boa Razão (1769), de forte impulso racionalista, foi imposta pelo Marquês do Pombal com o intuito de recomendar que “conferissem as opiniões dos doutores”, no sentido de diminuir a autoridade ainda reconhecida ao glosador Acúrsio e ao comentador Bártolo de Saxaferrato. “Nada tão obscuro que não tenha um douto que o apóie”. Com esta visão, o estadista português firmou, especialmente sobre as lacunas, regras como: (a) “que, havendo dúvidas, se fixe, antes, a inteligência da lei”; (b) “que, em assuntos políticos, de ordem econômica e mercantil, se recorra às leis das nações civilizadas, e não às Romanas”; (c) “que se atenda ao espírito das leis, e não a outras regras de interpretações; (d) “que o *costume* seja conforme a boa razão e as leis do reino, e de mais de cem anos”; e (e) “que se estude, porque disso resulta melhor julgamento e menos perigoso manejo do método aconselhado (conferência com a Boa Razão)”. A legislação portuguesa foi aplicada no Brasil – com as atualizações de Teixeira de Freitas – até a entrada em vigor do Código Civil de 1916¹⁸².

Os juristas franceses, que atendiam aos reis capetíngios, e depois a dinastia Valois, redescobrem antigas fórmulas de Ulpiano que serão usadas para reafirmar o poder do monarca, tanto como comandante militar, quanto como chefe civil: “o príncipe está desligado das leis” e “o que agrada o príncipe possui força de lei”. Contudo, é somente com a obra *Os seis livros de República*, de Jean Bodin, no século XVI, que o princípio da soberania é tratado como uma doutrina que fundamenta o poder civil do Estado.

Vivendo no conturbado período dos conflitos religiosos internos da França – como o infame massacre da noite de São Bartolomeu, de 1572 – Bodin foi além dos teóricos de sua época, que fundavam o caráter incontestável da monarquia na

¹⁸¹ NAY, Olivier. *História das idéias políticas*. Rio de Janeiro: Vozes, 2007, p. 154.

¹⁸² MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Fontes e evolução do Direito brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 38-44 e 65-66.

argumentação histórica e religiosa, sendo um “jurista experimentado, delegado do terceiro estado nos ‘estados gerais’ de 1576, edifica em mais de mil páginas uma *teoria abstrata* que busca colocar definitivamente os *princípios universais* do poder político”¹⁸³ (grifo nosso).

Diante do breve apanhado histórico acima resgatado, é possível compreender as dificuldades de se estabelecer uma distinção analítica do Estado Moderno e do princípio da soberania em sua origem, uma vez que o nascimento do primeiro está enraizado na formulação do segundo; e a concepção moderna de Direito nasce justamente desse entrelaçamento, tanto como produto dessa nova instituição (Direito como produção legislativa estatal), mas também como instrumento de atuação desse governo soberano. Por estas razões, pensar as fontes do direito na modernidade é discutir um tema que se situa na exata interseção da teoria do Estado e da teoria do Direito.

Como se percebe, o conceito de soberania se desenvolveu como uma *qualidade* indissociável do poder do Estado Moderno e, como consequência, é também o princípio que opera como “expressão da unidade de uma ordem jurídica”¹⁸⁴, no pensamento de Hans Kelsen. Dessa forma, enquanto em termos políticos a soberania se refere à eficácia do poder, em termos jurídicos significa o poder de decidir sobre a eficácia do direito, dizer qual o direito aplicável em cada caso; e é essa conotação do princípio da soberania que será estruturante do monopólio das fontes normativas pelo próprio Estado moderno – identificando como fonte do Direito (exclusivamente ou mormente) a lei escrita, produto do legislador.

Assim, esse relato da formação do Estado Moderno demonstra porque a concepção de Direito esteve tão vinculada à teoria da soberania, ou seja, a um conceito de direito voltado ao *sujeito do qual ele deriva*. Por isso,

“as teorias estatelistas, diretamente ligadas ao Estado moderno, afirmam que só as normas promulgadas pelo poder soberano são direito. É uma teoria útil para delimitar o direito do estado centralizado em relação à infinidade de usos locais e direitos particularistas, de um lado, e em relação aos ordenamentos

¹⁸³ NAY, Olivier. *História das idéias políticas*. Rio de Janeiro: Vozes, 2007, p. 156.

¹⁸⁴ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luís Bolzan de. *Ciência Política e Teoria do Estado*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 168.

normativos concorrentes, como os direitos da Igreja, dos mercadores e dos povos, do outro”¹⁸⁵. (grifo nosso)

Cumpre registrar que o processo de nacionalização do Direito e suas fontes se dará primeiro quanto ao Direito Público (constitucional, administrativo, internacional e penal), para só depois alcançar o Direito Privado. “Na verdade, o absolutismo conferiu primeiro, como é natural, um cunho especificamente regional ou nacional aos edifícios constitucional e administrativo, à legislação e jurisprudência criminal e, só depois, ao direito privado”¹⁸⁶.

Sob o aspecto do Direito Privado, outro desdobramento na ciência do Direito a partir do século XVI é a urgência com que se coloca a necessidade (e o desejo) de se estabelecer um método e uma sistemática de ordenação do Direito vigente. Muitos motivos são apontados: o excesso de material romanístico e judiciário, a difusão da imprensa (que substituiu o saber medieval mnemônico-auditivo pelo visivo-espacial do Renascimento), o incremento do comércio e a demanda por certeza e uma “tendência geral à sistematização”¹⁸⁷.

No contexto dos territórios alemães, cuja experiência de unificação foi tardia – e que, portanto, não vivenciou o absolutismo à semelhança de França, Espanha ou Portugal – a nacionalização do Direito e de suas fontes se deu pelo movimento da recepção (intensa da jurisprudência romana), passando inicialmente pelo *Usus modernus pandectarum* e, posteriormente, pelo jusracionalismo dos anos 1600-1800. As considerações de Wieacker sobre essa evolução são pertinentes para o entendimento das condições em que a ciência do Direito chega ao paradigmático século XIX.

Enquanto no restante da Europa ocidental “a ascensão do absolutismo, com sua atividade legiferante cada vez mais intensa, e a constituição de uma burocracia jurídica, promoveram a diferenciação territorial e nacional do direito comum europeu”¹⁸⁸, permitindo o surgimento das particularidades e especificidades de cada ordem jurídica, inclusive pela consolidação do termo “ordenamento jurídico”, a nacionalização do Direito alemão se dará pelo uso moderno das Pandectas

¹⁸⁵ LOSANO, Mario G. *Os grandes sistemas jurídicos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 556.

¹⁸⁶ WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2004, p. 229.

¹⁸⁷ LOSANO, Mario G. *Sistema e estrutura no direito: das origens à Escola Histórica*. São Paulo: Martins Fontes, 2008. v.1, p. 62-63.

¹⁸⁸ WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2004, p. 228.

(denominação do Digesto mais utilizada entre os alemães), ou seja, pela superação da recepção teórica, que era a “convicção de que o direito romano teria uma vigência geral em virtude da *translatio imperii* para o império germânico medieval”¹⁸⁹.

A prática da recepção significava que o Direito alemão só tinha vigência “norma por norma”, na qual deveria ser comprovada historicamente a recepção prática de cada princípio. Assim, a ciência do Direito ultrapassa a mera dispersão de fontes jurídicas particulares e se coloca no sentido da criação de novos institutos e novos ramos do Direito, não necessariamente dependentes do Direito Romano¹⁹⁰.

Desse modo, o *usus modernus* representou uma ponte multifacetada de transição desde o Baixo Medievo até o jusracionalismo e o revolucionário século XIX¹⁹¹, e marca o “início autêntico” de uma prática doutrinária que subsiste até aos dias atuais¹⁹². Em uma apreciação crítica, tal movimento deve ser entendido mais como uma cientificização da prática jurídica (ciência do Direito) do que a criação de novos princípios ou a modificação do conteúdo das normas jurídicas; sua principal influência será transferir para um corpo de juristas as atividades voltadas à jurisprudência e à legislação, o que modifica a própria concepção sobre o que é Direito, especialmente pela exigência, de uma postura científica mais consolidada com o jusracionalismo, de conceitos fundamentais e teorias gerais, o que aponta para uma certa ironia histórica:

Decorre daqui um paradoxo para a complicada estrutura da história dogmática. Uma ciência jurídica essencialmente exegético-casuística, avessa à generalização e axiomatização, constituiu a preparação prévia própria dos conceitos axiomáticos do jusracionalismo, da pandectista e a actual teoria do direito civil, enquanto estabeleceu, a pouco e pouco, através de suas figuras escolásticas e da sua contínua harmonização dos textos antigos, os tipos conceituais de carácter mais geral. Esta situação torna particularmente difícil um juízo seguro acerca da pré-história dos conceitos gerais.¹⁹³

¹⁸⁹ WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2004, p. 227.

¹⁹⁰ WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2004, p. 229.

¹⁹¹ WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2004, p. 237.

¹⁹² WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2004, p. 238.

¹⁹³ WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2004, p. 254.

Por tudo que foi exposto acima, se pode verificar que também na Alemanha – assim como na França, Espanha, Portugal e cidades italianas mais impulsionadas pelas monarquias absolutistas –, o Direito e sua ciência passaram por um processo de racionalização semelhante àquele que embasou os elementos estruturantes do Estado moderno, processo no qual o monopólio da criação do Direito e da administração da justiça é ao mesmo tempo instrumento e consequência.

Contudo, há que se lembrar que o momento do ápice da primazia da lei escrita, produto da legislação estatal, com prevalência ou exclusividade sobre todas as outras fontes, se dará somente no final do século XVIII e início do século XIX, com a vitória do Estado de Direito sobre o absolutismo e o Antigo Regime. O Estado de Direito, em sua primeira versão liberal, e o decorrente princípio da legalidade “suponían la reducción del derecho a la ley y la exclusión, o por lo menos la sumisión a la ley, de todas las demás fuentes del derecho”¹⁹⁴. Embora significativa, tal transformação não significou um total rompimento, na medida em que a mesma força normativa absoluta antes reconhecida pela tradição do Estado absolutista, fundada na concepção de Direito natural racional objetivo, passou a ser depositada na soberania legislativa do princípio da legalidade. “El hecho de que el rey fuese ahora sustituido o apoyado por asambleas parlamentarias cambia las cosas en muchos aspectos, pero no en la consideración de la ley como elemento de sostén o fuerza motriz exclusiva de la gran máquina del Estado”¹⁹⁵.

Se tomadas em conclusão as palavras de Lhering, *o Estado é a única fonte do Direito*¹⁹⁶, percebe-se com tal afirmativa a ambiguidade conceitual que existe sobre o termo fonte. Como aventado anteriormente, a íntima vinculação do conceito de soberania como elemento estruturante do poder estatal resultou na concepção de que só é Direito aquilo que é produto deste “Estado soberano”. O Estado toma para si o monopólio das fontes; e é partir dessa assimilação que proliferam os diferentes sentidos e aplicações do termo, como por exemplo sua confusão com o próprio fundamento de validade do Direito, como o fez Hans Kelsen, ou com a categoria positivista das fontes materiais/sociais, tudo isso causando enorme prejuízo à compreensão adequada das fontes de normatividade.

¹⁹⁴ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. 10. ed. Madrid: Trotta, 2011, p. 24.

¹⁹⁵ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. 10. ed. Madrid: Trotta, 2011, p. 25.

¹⁹⁶ DELMAS-MARTY, Mireille. *Por um direito comum*. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 46.

2.4.1 A dicotomia fontes formais e fontes materiais: distinções terminológicas I

Antes que se possa avançar na análise das teorias mais contemporâneas – incluídas as escolas do século XIX, por sua persistente influência até os dias atuais – há que se estabelecer alguns esclarecimentos de ordem terminológica, haja vista a polissemia que é tão peculiar ao tema das fontes.

A doutrina mais ordinária se limita a referir a existência da distinção entre *fontes formais* e *fontes materiais*, embora outras aplicações ao termo também possam ser encontradas nos mais variados tipos de obras jurídicas – tal e qual fontes como: (a) fundamento de validade do Direito; (b) fontes de conhecimento do Direito; (c) elemento determinante da melhor espécie de procedimento para a formação do Direito (legislativa, jurisprudencial ou doutrinária); (d) fontes sociais do Direito; e, (e) rol legal de fontes reconhecidas por determinado ordenamento jurídico. Tudo isso aumenta, ainda mais, a confusão e a dispersão sobre o tema. Tércio Sampaio exemplifica muito bem essa pluralidade de sentidos:

Na verdade, a expressão *fonte* do direito é uma metáfora cheia de ambiguidades. O uso da palavra está transposto e pretende significar origem, gênese. As discussões sobre o assunto, que mencionamos, revelam que muitas das disputas resultam daquela ambiguidade, posto que por *fonte* quer-se significar simultaneamente e, às vezes confusamente, a origem histórica, sociológica, psicológica, mas também a gênese analítica, os processos de elaboração e de dedução das regras obrigatórias, ou, ainda, a natureza filosófica do direito, seu fundamento e sua justificação. Por sua vez, a própria expressão *direito*, igualmente vaga e ambígua, confere à teoria uma dose de imprecisão, pois ora estamos a pensar nas normas (direito objetivo), ora nas situações (direito subjetivo) e até na própria ciência jurídica e sua produção teórica (as fontes da ciência do direito).¹⁹⁷

Desta forma, a finalidade deste ponto e dos dois seguintes é justamente fazer algumas diferenciações conceituais, a fim de bem delimitar o sentido de fonte que efetivamente interessa ao presente trabalho: as fontes da normatividade.

A dicotomia entre fontes formais e fontes materiais nasceu com o trabalho de Savigny, no século XIX, ao distinguir a *lei* como um ato do Estado do *sentido da lei*, que seria seu espírito, residente nas convicções, história e costumes de cada povo –

¹⁹⁷ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 225.

o *Volksgeist*, expressão muito conhecida, que marcou a ideologia da Escola Histórica alemã, da qual Savigny é seu grande expoente¹⁹⁸.

Contudo, foi François Geny – empenhado crítico da Escola da Exegese –, quem desenvolveu com mais detalhamento tal classificação: *fontes substanciais* (ou materiais) seriam aquelas consideradas em razão do aspecto dado que existiria no Direito, ou seja, as fontes seriam elementos naturais ou sociais que não possuem natureza normativa, mas que influenciam no conteúdo do Direito, em determinado sentido ou outro, tais como condições biológicas e psicológicas, fatos históricos, argumentos racionais ou valores idealizados; enquanto *fontes formais* decorreriam do aspecto construído (positivo) do Direito. Dito de outro modo, o Direito, como produto da convenção social, teria nas fontes formais os mecanismos legítimos e solenes de sua elaboração técnica¹⁹⁹.

Geny relaciona sua teoria das fontes a um novo método de interpretação do Direito, que busca superar o positivismo exegético legalista e a noção de plenitude da lei (ou, mais especificamente, do Código Civil francês). Sua crítica está voltada principalmente a dois pontos: (a) à pretensão de completude – ou seja, à ideia de que a lei escrita pudesse trazer todas as hipóteses de solução aos casos concretos que se apresentam ao juiz; e (b) à interpretação literal e mecanicista da lei ou, na expressão do próprio autor, ao método de interpretação de “rigidez matemática”²⁰⁰. O autor não usa o termo fontes substanciais (nem materiais) de forma sistemática para contrapor ao conceito de fontes formais. Na verdade, identifica como fontes formais positivas: lei, costume e “tradição e/da autoridade” (encontrada na jurisprudência e na doutrina):

al lado de la ley escrita y de la costumbre jurídica, que representan dos fuentes vivas en la actualidad, que sacan su fuerza imperiosa de esta misma actualidad, desarrollo de un fermento social que resurge e renueva sin cesar, creo que debe incluirse también, á lo menos en hipótesis y a reserva de investigación más detenida, á la *tradición* ó las *autoridades* que revisten formas no categóricas, y que principalmente consisten en precedentes de la jurisprudencia y opiniones doctrinales; fuerza esencialmente histórica y psicológica, pero de igual modo que las anteriores externa al intérprete, y acerca

¹⁹⁸ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 223-224.

¹⁹⁹ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 224.

²⁰⁰ GENY, Francisco. *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo*. Madrid: Hijos de Reus, 1902, p. 184.

de la cual, en tanto que suministra una dirección jurídica precisa, cabe preguntar también si no debe influir positivamente en la interpretación, y en qué condiciones puede aspirar á dirigirla. Por consiguiente, *la ley, costumbre, tradición ó autoridades*, tal es por orden jerárquico, trazado por los hechos mismos, la serie de fuentes formales cuya fuerza vamos á apreciar.²⁰¹

Em contraposição, refere que diante da “irreduzível insuficiência da lei escrita”²⁰², ou seja, das lacunas da lei, existiria um espaço de “livre investigação científica”, no qual seria necessário dar margem (e aceitar) um certo grau de discricionariedade, inerente à interpretação individual do juiz. Contudo, tal abertura interpretativa não seria violadora da separação de poderes, nem poderia ser considerada “obra legislativa”, na medida que a atividade do legislador tem caráter geral e permanente, enquanto a autoridade dos juizes está limitada ao caso para o qual foram designados a julgar²⁰³. Dispensável mencionar que tais afirmativas foram lançadas no auge do paradigma liberal-positivista no Direito (a primeira edição do texto é de 1899).

Embora crítica do legalismo exegético, a posição de Geny não significa uma superação do positivismo. Isso, porque não é capaz de romper com a ideia de que a interpretação é produto da subjetividade do intérprete e que, portanto, sempre carrega uma certa discricionariedade. “Llega necesariamente un momento en que el intérprete, desprovisto de todo apoyo formal, debe entregarse á si mismo para hallar la decisión que no puedo rehusar”²⁰⁴, referindo-se ao conhecido artigo quarto do Código Civil francês. Nesse sentido, afirma que as fontes formais (superiores) pretendem fornecer, por meio de elementos objetivos, segurança e estabilidade ao Direito positivo; contudo, tais fontes seriam incapazes de esgotar o conteúdo jurídico e de informar o caráter absoluto da justiça como valor²⁰⁵.

Denuncia que a rigidez dos métodos matemáticos e das construções lógico-abstratas pretendida pelos legalistas como uma lógica absoluta que pretende

²⁰¹ GENY, Francisco. *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo*. Madrid: Hijos de Reus, 1902, p. 214.

²⁰² GENY, Francisco. *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo*. Madrid: Hijos de Reus, 1902, p. 185.

²⁰³ GENY, Francisco. *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo*. Madrid: Hijos de Reus, 1902, p. 187.

²⁰⁴ GENY, Francisco. *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo*. Madrid: Hijos de Reus, 1902, p. 479.

²⁰⁵ GENY, Francisco. *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo*. Madrid: Hijos de Reus, 1902, p. 193-195.

suprimir mecanicamente “por uma espécie de fatalismo geométrico a parte do juízo individual na aplicação do direito”, em realidade apenas dissimula o “irremediável subjetivismo das soluções”²⁰⁶. Dessa forma, ao contrário de mascarar a subjetividade pelo mecanicismo da interpretação, sugere a aceitação da índole essencialmente social da ciência jurídica e o reconhecimento de que a investigação positiva é apenas o ponto de partida diante de uma “considerável amplitude da interpretação individual” que se faz necessária à elaboração das decisões jurídicas²⁰⁷.

Sem embargo, afirma que a amplitude reconhecida à apreciação pessoal do juiz não significa que este está “abandonado somente ao seu arbítrio, ao capricho de suas fantasias” ou fora das regras impostas pelas fontes impositivas; o autor não está a recomendar um “impressionismo jurídico”, ao contrário, pois a tarefa mais essencial e delicada de sua proposta metodológica está em “distinguir e caracterizar os elementos objetivos”, que informem as exigências do ideal de justiça ou de utilidade social. Assim, ou o intérprete está diante de fontes positivas que se impõem, ou à

falta de todo apoyo formal, queda el intérprete entregado más libremente á su conciencia; la cual, sin embargo, no puedo estatuir á medida de su fantasía, á un capricho, digámoslo así. Debe deducir del fondo común de la naturaleza de las cosas las reglas objetivas que han de guiarle y precaverle contra el subjetivismo de sus juicios. Tiene que pesar el valor de estas reglas, darse cuenta de la influencia que según su origen ejercen, señalar su autoridad siempre relativa y precisar su efecto.²⁰⁸

Com esse entendimento, abre o espaço da “livre investigação científica” para o uso da analogia, sobre a qual, registra, a lei escrita não deve fixar, de modo geral, regras de interpretação²⁰⁹. Após analisar o alcance e a legítima aplicação das fontes formais de direito positivo, reconhecendo um espaço privilegiado da lei escrita (para o qual somente as regras são normas) naquela quadra da história, e a função

²⁰⁶ GENY, Francisco. *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo*. Madrid: Hijos de Reus, 1902, p. 194.

²⁰⁷ GENY, Francisco. *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo*. Madrid: Hijos de Reus, 1902, p. 196.

²⁰⁸ GENY, Francisco. *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo*. Madrid: Hijos de Reus, 1902, p. 198.

²⁰⁹ GENY, Francisco. *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo*. Madrid: Hijos de Reus, 1902, p. 204-210.

subsidiária dos costumes, da jurisprudência e da doutrina²¹⁰, Geny avança afirmando que a atividade pessoal do intérprete será exercida quando as fontes positivas deixarem uma “esfera livre”; a isso denomina de Direito *a descobrir*²¹¹.

A orientação do autor é no sentido de que diante do silêncio e da insuficiência das fontes formais, o juiz deve levar em consideração – para formar sua “decisão *de direito*” – as mesmas razões presentes ao legislador caso fosse regulamentar a matéria²¹², o que em nada se confunde com o clamor da opinião pública²¹³.

Assim, a livre investigação científica implicaria a busca por elementos objetivos na própria “natureza das coisas”, que nada mais seriam do que o próprio conteúdo daquilo que ficou conhecido como fontes substanciais (materiais). Retomando o conceito do germanista Runde (1791), a natureza das coisas consideradas como fontes *lato sensu* estaria baseada na ideia de que as relações da vida social ou os elementos de fato de toda a organização jurídica levam em si mesmas as condições de seu próprio equilíbrio e da descoberta das normas que as regem²¹⁴ e conclui que se “trata de constituir, por un esfuerzo científico, una especie de derecho común general por su naturaleza, subsidiario por su función, que supla las lagunas de las fuentes formales y dirija todos los movimientos de la vida jurídica”²¹⁵.

Com efeito, percebe-se da leitura da obra de Geny que suas ideias e sua sistematização das fontes se popularizaram também no Direito brasileiro (apesar da omissão da paternidade da ideia ou de referências expressas), e ainda hoje são muito repetidas pelos livros de introdução e teoria, bem como de parte geral do Direito civil, sendo muito comum encontrar a seguinte divisão: (a) fontes **materiais, de produção ou genéticas** seriam os fatores sociais, motivos e razões que impulsionam a criação do Direito, e assim determinam seu conteúdo em um sentido ou outro, ou seja, “todas as autoridades, pessoas, grupos e situações que

²¹⁰ GENY, Francisco. *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo*. Madrid: Hijos de Reus, 1902, p. 213-478.

²¹¹ GENY, Francisco. *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo*. Madrid: Hijos de Reus, 1902, p. 481.

²¹² ²¹² GENY, Francisco. *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo*. Madrid: Hijos de Reus, 1902, p. 482.

²¹³ ²¹³ GENY, Francisco. *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo*. Madrid: Hijos de Reus, 1902, p. 485.

²¹⁴ GENY, Francisco. *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo*. Madrid: Hijos de Reus, 1902, p. 487-491.

²¹⁵ GENY, Francisco. *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo*. Madrid: Hijos de Reus, 1902, p. 492.

influenciam a criação do direito em determinada sociedade”²¹⁶ ou ainda, “os fatos sociais, políticos e econômicos que influenciam a produção do Direito quanto as idéias e os valores que constituem motivos para a legislação, como a justiça, a eqüidade e a segurança”²¹⁷. Tais fontes, como ficará muito claro com a leitura de Pontes de Miranda, “nunca são atos jurídicos, mas eventos ou fatos pré-jurídicos que podem contar como uma *causa* – uma *causa social* – para o nascimento de uma norma jurídica”²¹⁸; e (b) fontes **formais, de manifestação ou cognição**, de forma muito simples, indicam “os lugares nos quais se encontram os dispositivos jurídicos e onde as pessoas devem pesquisar sempre que desejem tomar conhecimento do direito em vigor”²¹⁹; em terminologia mais jurídica, significam os processos (condutas ou procedimentos) que criam normas jurídicas positivas e válidas.

A doutrina estrangeira também não ficou imune às asserções de Geny. Tradicionais obras europeias e latino-americanas de introdução e teoria geral do Direito reiteradamente repetem a lição. Apenas como exemplo, encontramos, na obra de Luis Recasens Siches a problematização das fontes formais do Direito positivo como um produto da vontade do Estado. Este afirma que – embora exista uma enormidade multiforme e díspar de preceitos jurídicos (leis, regulamentos, decisões judiciais, contratos, costumes, e muitos outros, o que faz impossível listar todos), com origem e hierarquia distintas – tal rol “aberto” constitui uma *totalidade orgânica*, sistematizada sob o ponto de vista formal, na medida em que se assim não fosse, não mais se poderia falar em *ordenamento jurídico positivo*, ou seja, o pressuposto que assegura a conexão de todos esses preceitos como um ordenamento positivo é o fato de que decorrem da vontade do Estado, o que não significa que todas essas normas sejam *produzidas* pelo Estado²²⁰.

²¹⁶ DIMOULIS, Dimitri. *Manual de introdução ao estudo do Direito*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 165.

²¹⁷ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. O Direito e a incerteza de suas fontes: um problema em aberto para a dogmática jurídica contemporânea. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*. Número Especial: Jornadas Jurídicas Brasil-Canadá/2013, p. 302.

²¹⁸ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. O Direito e a incerteza de suas fontes: um problema em aberto para a dogmática jurídica contemporânea. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*. Número Especial: Jornadas Jurídicas Brasil-Canadá/2013, p. 302.

²¹⁹ DIMOULIS, Dimitri. *Manual de introdução ao estudo do Direito*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 166.

²²⁰ SICHES, Luis Recasens. *Introducción al estudio del derecho*. Cidade do México: Editorial Porrúa, 2009, p. 165-166.

Cuando se habla de la voluntad del Estado, como fuente unitaria y única de validez de todas y de cada uno de los preceptos jurídicos, con esto no se quiere decir que todas las normas de Derecho hayan sido fabricadas por el Estado – ya que resulta evidente que no es sí – , sino que nos referimos a que rigen como normas de Derecho válido, porque sea cual fuere su origen efectivo, el *Estado las acepta, las quiere como tales y las impone como tales*.²²¹

Se por um lado, Siches afirma que as fontes formais – sejam elas fundamento de validade de um Direito de matriz consuetudinária, jurisprudencial, legislativa, contratual, etc. – decorrem da vontade estatal, compreendida esta como a unidade do ordenamento jurídico produto de uma *lei geral de imputação normativa*²²²; de outro, o autor leciona que, sob o ponto de vista sociológico, existe também a investigação acerca da *origem dos conteúdos jurídicos* (aquilo que o positivismo denomina de fontes sociais do Direito).

Nesse ponto, trata-se da busca e, inclusive, da *superlativa conveniência* “de inquirir cuál sea la origen real de los contenidos de las normas jurídicas y el modo como esos contenidos llegan a constituirse en otras normas de Derecho”²²³, o que implicaria a atitude sociológica dos juristas de intervir nos processos pelos quais as convicções sociais e os interesses dos grupos de pressão, das instâncias de poder e da opinião pública determinam o conteúdo das normas jurídicas que vem a ser produzidas, como por exemplo pelo uso da argumentação de cunho moral.

Já a persistência da ideia de fontes materiais no Brasil pode ser atribuída, em grande parte, à influência de Pontes de Miranda, para quem as regras jurídicas derivam da observação das relações sociais, por meio de uma rigorosa metodologia científica²²⁴. Assumidamente um relativista, Pontes não acreditava na ideia de verdades absolutas e permanentes:

O pensamento jurídico pontesiano é presidido pela idéia de que o relativismo atinge todo o domínio do conhecimento. Por conseqüência, não existem verdades absolutas. O máximo que podemos ter é a verdade por um certo tempo, provisoriamente, até

²²¹ SICHES, Luis Recasens. *Introducción al estudio del derecho*. Cidade do México: Editorial Porrúa, 2009, p. 166.

²²² SICHES, Luis Recasens. *Introducción al estudio del derecho*. Cidade do México: Editorial Porrúa, 2009, p. 167-168.

²²³ SICHES, Luis Recasens. *Introducción al estudio del derecho*. Cidade do México: Editorial Porrúa, 2009, p. 172-173.

²²⁴ ISERHARD, Antônio Maria Rodrigues de Freitas. *O conceito de Direito em Pontes de Miranda*. 1994. 303f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, p. 57.

que ceda lugar a um conhecimento mais acabado, pois a ciência do direito, bem como todo saber, apresenta a marca da evolução.²²⁵

E, uma vez que o Direito não é algo dado, imanente, mas uma construção social, sua origem provém das relações sociais; assim, em sendo produto de determinado “círculo social”, as fontes do Direito também ficam sujeitas ao princípio do relativismo comum aos fatos que as determinam. Na concepção de Pontes, “o direito não advém do abstrato, não resulta de princípios metafísicos, tampouco se reduz a simples produto do Estado; é na realidade que ele deve ser descoberto, o que equivale dizer, na natureza”²²⁶.

Disso pode-se concluir que Pontes de Miranda é favorável às chamadas fontes materiais ou sociais, na medida em que as regras (normas) jurídicas seriam “extraídas” objetivamente dos fatos sociais – mesmo que a interpretação sobre esses mesmos fatos fosse sempre subjetiva. E é dessa característica que exsurge a pluralidade de fontes que compõem os sistemas jurídicos²²⁷. Sobre o relativismo e a subjetividade, Pontes contrapõe que a objetividade no Direito depende da sociologia: “não é possível julgar, com independência e solidez de julgamento, o direito de um povo, sem conferi-lo como que se assentou em Sociologia Jurídica, com o que se sabe sobre evolução do direito. Qualquer outro critério será subjetivo. Não será científico”²²⁸.

Curioso registrar que em obra dedicada ao estudo das fontes e da evolução do Direito Civil (publicada pela primeira vez em 1928), Pontes de Miranda denomina de *Fontes Materiais* a (impressionante) catalogação das referências legais estrangeiras usadas para a elaboração do Código Civil de 1916:

Das aproximadamente 1929 fontes do Código Civil, ao direito anterior pertencem 479, à doutrina já vigente antes do Código Civil, 272, e ao *Esboço* de Teixeira de Freitas, 189. Isto quer dizer: em tudo que se alterou, foi o *Esboço* a fonte principal. Dos Códigos, o que quantitativamente mais concorreu foi o *Code Civil*, 172, menos por si

²²⁵ ISERHARD, Antônio Maria Rodrigues de Freitas. *O conceito de Direito em Pontes de Miranda*. 1994. 303f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, p. 56.

²²⁶ ISERHARD, Antônio Maria Rodrigues de Freitas. *O conceito de Direito em Pontes de Miranda*. 1994. 303f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, p. 56.

²²⁷ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Sistema de ciência positiva do Direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972, p. 224.

²²⁸ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Fontes e evolução do Direito brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 1.

do que pela expressão moderna que dera a regras jurídicas romanas. Em seguida, o português, 83; o italiano, 72; os Projetos Alemães, 66; o *Privatrechtliches Gesetzbuch fur den Kanton Zürich*, 67; o espanhol, 32; a lei suíça de 1881, 31; o Código Civil argentino, 17; o direito romano (diretamente), 19; o B.G.B. austríaco, 7; o Código Civil chileno, 7; o mexicano, 4; o uruguaio, 2; o peruano, 2; e outros. As fontes alemãs foram as mais importantes e por vezes os outros Códigos foram veículos das influências alemãs e austríacas. Mas, se as inovações em relação ao direito anterior foram 1178, aos Códigos estrangeiros pediu-se menos de metade destas, pois foram de elaboração brasileira mais de 670. Concorreram para isso: o *Esboço* de Teixeira de Freitas, 189; os Projetos de Felício dos Santos, 49; de Coelho Rodrigues, 154; de Clóvis Bevilacqua, 135; revisto, 78; da Câmara dos Deputados, 40; Senado Federal, 26; e outros 2 ou 1.²²⁹

Embora não fosse um legalista exegético, Pontes de Miranda também não foi capaz de romper com o positivismo – dado como justificativa o contexto e o período no qual escreveu –, uma vez que tinha na lei “uma espécie de esquema de interpretação da realidade social”, ou seja, a lei não é capaz de “representar com precisão o imediato da vida e a consciência social; não passa de um símbolo, de mera proposta, por isso que não se identifica com a coisa simbolizada, no caso, as relações sociais”²³⁰; por isso também a defesa das fontes sociais (materiais), típicas do pensamento positivista.

Na compreensão de Pontes, a lei será “pauta normativa dirigida ao comportamento humano”, e é nesse ambiente que o autor desenvolverá conceitos-chave para sua Teoria do fato jurídico, que influenciou profundamente os juristas brasileiros do último século²³¹, tais como: princípio da imputação, suporte fático e subsunção. O legado pontesiano afirma que os fatos sociais – existentes no mundo da vida – assumem relevância jurídica – ou seja, passam a existir no mundo jurídico – na medida em que encontram correspondência em determinado suporte fático

²²⁹ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Fontes e evolução do Direito brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 93.

²³⁰ ISERHARD, Antônio Maria Rodrigues de Freitas. *O conceito de Direito em Pontes de Miranda*. 1994. 303f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, p. 58.

²³¹ Sobre a influência da sistematização de Pontes na formação dos juristas brasileiros, Jan Peter Schmidt afirma que “em um cenário de *profundo enraizamento* da distinção entre os planos de existência, validade e eficácia, não é de se surpreender que **muitos juristas brasileiros vejam, em tal construção, um tipo de ‘lei natural’ da ciência jurídica, de caráter universal e imutável**”. (grifo nosso). SCHMIDT, Jan Peter. Vida e obra de Pontes de Miranda a partir de uma perspectiva alemã – com especial referência à tricotomia “existência, validade e eficácia do negócio jurídico”. *Revista Fórum de Direito Civil – RFDC*, Belo Horizonte, ano 3, n. 5, jan./abr., 2014.

(descrição geral e abstrata de determinado fato da vida previamente expresso em um texto legal), o que desencadearia o processo de *juridicização*, no qual um fato social se torna um fato jurídico²³².

Essa teoria, portanto, institui uma rígida separação entre o *mundo dos fatos* e o *mundo do direito*, pois o reconhecimento da existência de um fato no mundo jurídico dependerá da coincidência com o suporte fático legalmente previsto e já existente (o que demonstra ser uma teoria profundamente dependente da noção de fontes formais – especialmente da lei –, bem como da ideia de fontes materiais, que se expressam por meio dos fatos existentes no mundo da vida). Assim, o suporte fático é um conceito fundamental da teoria e o ordenamento jurídico será organizado por meio dos *silogismos subsuntivos*:

a premissa maior é a lei, onde o suporte fático está definido; a premissa menor é o fato da vida, a ocorrência no mundo dos fatos. Assim, quando o fato preenche o suporte que está na premissa menor, a norma (= lei) incide, gerando os efeitos jurídicos definidos”.²³³

Já o conceito de imputação será empregado pelo rompimento com a noção de causalidade ou causação, própria do mundo dos fatos da vida, no qual as “coisas são”; pois o mundo jurídico irá operar no âmbito da imputação, ou seja, os fatos jurídicos dependem do suporte fático para existir. Pontes de Miranda afirma que “para que os fatos sejam jurídicos, é preciso que regras jurídicas – isto é, normas abstratas – *incidam* sôbre eles, desçam e encontrem os fatos, colorindo-os, fazendo-os ‘jurídicos’”²³⁴. A “juridicização é o processo peculiar ao direito; noutros termos: o direito adjetiva os fatos para que sejam jurídicos (= para que entrem no mundo jurídico)”²³⁵.

Diante deste peculiar cenário, para que se possa encontrar o sentido de fontes do Direito adequado à problematização proposta no presente trabalho, há que

²³² MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, tomo I, p. 77-78.

²³³ ENGELMANN, Wilson. A (re)leitura da teoria do fato jurídico à luz do diálogo entre as fontes do direito”: abrindo espaços no direito privado constitucionalizado para o ingresso de novos direitos , provenientes das nanotecnologia. In: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luís Bolzan de. *Constituição, Sistemas sociais e Hermenêutica*: anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, n. 7, p. 291.

²³⁴ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado: parte geral*. São Paulo, Revista dos Tribunais, tomo I, p. 65.

²³⁵ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado: parte geral*. São Paulo, Revista dos Tribunais, tomo I, p. 65.

se ir além da dicotomia fontes formais e materiais ou sociais. Nesse sentido, Castanheira Neves²³⁶ oferece uma esclarecedora sistematização sobre os diferentes empregos da noção de fontes, bem como uma contextualização muito adequada das “fontes de normatividade”, verdadeiro objeto da pesquisa aqui registrada.

No inventário do professor português, são identificadas quatro aplicações distintas: (a) *fontes de conhecimento*, ou seja, o lugar em que “se encontra” o direito ou no qual ele se manifesta, o que responde às perguntas “o que é direito?” ou “quais são as normas do direito positivo?” – categoria que se aproxima muito das fontes formais acima expostas; (b) *fontes genéticas*, referindo-se aos elementos ou fatores que dão origem ao direito, tais como as forças históricas, sociais, culturais, políticas e econômicas que determinam/justificaram a criação das normas – remetendo às denominadas fontes materiais/sociais também já desdobradas logo acima; (c) *fontes de validade*, significando o próprio fundamento de validade do direito ou, em termos mais concretos, a própria Constituição, conforme quase a totalidade das teorias contemporâneas produzidas sob o influxo do constitucionalismo do segundo pós-guerra – o que se assemelha a posição que já era adotada por Hans Kelsen, contudo sob uma perspectiva jurídico-positiva²³⁷; e, por fim, (d) *fontes de juridicidade*, a significar as fontes “constituintes da normatividade jurídica ou aqueles modos específicos graças aos quais uma certa normatividade se constituirá como uma normatividade jurídica”²³⁸.

Na mesma linha da conclusão de Castanheira Neves, pode-se afirmar que a quarta e última aplicação é a mais adequada na consecução de uma teoria que assegure a autonomia do Direito em relação à moral. Respectivamente, são objeções que se impõem aos primeiros sentidos acima mencionados: (a) fontes de conhecimento demonstra significativa conexão com a teoria positivista, subordinada ao “dogma da prejudicial existência do direito”²³⁹, ou seja, o Direito é conhecido/constituído somente pelos textos legais; dito de outro modo, só é considerado Direito aquele conteúdo (legal-normativo) produzido por um procedimento previamente estabelecido – logo, as fontes (textos legais) são

²³⁶ CASTANHEIRA NEVES, António. *Fontes do Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 10.

²³⁷ KELSEN, Hans. *A teoria pura do direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 259.

²³⁸ CASTANHEIRA NEVES, António. *Fontes do Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, v.2, p. 9-10.

²³⁹ CASTANHEIRA NEVES, António. *Fontes do Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, v.2, p. 11.

meramente o meio para o conhecimento de um Direito previamente constituído²⁴⁰; (b) já as fontes genéticas, na medida em que se propõem a investigar as causas ou a origem do sentido adotado pelo conteúdo normativo, são incapazes de estabelecer o que seria determinante para a juridicidade dessas normas, ou seja, não explicam sobre a validade ou a vigência do Direito²⁴¹; por fim, (c) embora as fontes de validade indaguem o elemento da validade sob o ponto de vista da formação da juridicidade, com esta não se podem confundir; ou seja, não obstante a validade seja fundamental para a verificação da juridicidade de uma norma, esta não é, por si só, a própria fonte do Direito. Sobre isto, adverte para o risco de um duplo erro: “de elevar a fonte a fundamento e de baixar o fundamento a fonte”²⁴².

Castanheira Neves conclui, com acerto, que os demais critérios apresentados, são, em realidade, critérios de qualificação, ou seja, por si só não constituem a juridicidade das normas, enquanto uma teoria das fontes deve ser necessariamente capaz de acessar a “chave da positividade jurídica”²⁴³.

Retomando a classificação das fontes materiais e fontes formais, o autor em comento se posiciona no sentido de que tal distinção não é de tipo, são na verdade expressões de um mesmo processo que se dão em diferentes momentos. Fontes materiais e formais não são tipos de fontes diferentes, porque são ambas essenciais; estão separadas pelo tempo, sendo a primeira referida a um momento material anterior e a segunda ao momento constituinte, determinante para a validade das normas jurídicas.

Quando o que importaria era atingir o específico processo normativamente constitutivo do direito e compreender aí que tanto o que tem sido considerado pelas «fontes formais» como o que vemos agora referido por aquelas outras «fontes materiais» são afinal dois momentos – dois momentos, não dois tipos de fontes, e ambos indispensáveis (um *momento material* e um *momento constuinte*) – desse processo constitutivo. Assim como não menos importante seria compreender ainda que no problema das fontes se haverá de assimilar também aquela natureza axiológico-normativamente material que o pensamento jurídico voltou hoje a reconhecer ao

²⁴⁰ CASTANHEIRA NEVES, António. Fontes do *Digesta*: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, v.2, p. 12.

²⁴¹ CASTANHEIRA NEVES, António. Fontes do *Digesta*: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, v.2, p. 10.

²⁴² CASTANHEIRA NEVES, António. Fontes do *Digesta*: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, v.2, p. 10.

²⁴³ CASTANHEIRA NEVES, António. Fontes do *Digesta*: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, v.2, p. 13.

direito para ser autêntica e validamente direito – e é agora um *momento de validade* a inserir igualmente no seu global processo constitutivo. O que tudo levará a concluir que também o conteúdo normativo é factor de positividade jurídica – ou seja, que o problema jurídico das fontes do direito não se pode pensar e resolver em termos apenas formais.²⁴⁴

Desta forma, se por um lado, o direito não pode incorrer no equívoco positivista de vincular a juridicidade das normas exclusivamente ao produto de um procedimento institucionalmente legitimado pelo poder político e constitucionalmente instituído, de outro, o direito não pode olvidar que as normas jurídicas decorrentes do poder dependem de uma comprovação de sua validade. Daí porque o foco do presente trabalho está na investigação – diante do cenário da teoria contemporânea do Direito – daquelas manifestações que de fato veiculam normas jurídicas ou, em termos mais práticos: se a teoria da norma contemporânea afirma que as normas jurídicas são de duas espécies – regras e princípios²⁴⁵ e a lei evidentemente não é a única fonte dessas espécies normativas –, pergunta-se: quais são (e, principalmente, “o que são”) as fontes, atualmente admitidas, capazes de veicular o conteúdo normativo de determinado ordenamento jurídico, como o brasileiro, por exemplo?

Diante do diagnóstico e da crítica apresentados, o que se busca evidenciar é que a noção de fonte por ora problematizada é aquela que envolve a “matriz constituinte da juridicidade enquanto juridicidade – matriz essa que não será outra senão a própria experiência jurídica, com todas as dimensões ou momentos que nela devem ser reconhecidos”²⁴⁶, ou seja, fontes enquanto os conteúdos que informam (ou preenchem) a normatividade de determinado sistema jurídico, o que se passa a denominar de *fontes da normatividade ou fontes normativas*.

²⁴⁴ CASTANHEIRA NEVES, António. Fontes do *Digesta*: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, v.2, p. 48-49.

²⁴⁵ Em sendo o Prof. Lenio Luiz Streck o orientador da presente Tese, é evidentemente bem conhecida, pela autora, sua crítica sobre a inexistência de uma diferença lógico-estrutural entre regras e princípios. Contudo, os termos são aqui empregados com uma “maior liberdade”, diante da justificativa de que se busca apresentar de forma mais direta a discussão amplamente presente no meio acadêmico brasileiro. Sobre a crítica, com a qual há plena filiação e concordância, ver: STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 302-326.

²⁴⁶ CASTANHEIRA NEVES, António. Fontes do *Digesta*: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, v.2, p. 14.

2.4.2 A dicotomia Direito objetivo e Direito subjetivo: distinções terminológicas II

A categoria do Direito objetivo, e sua classificação em contraste à noção de Direito subjetivo, tem se apoiado no argumento da ambiguidade ou da abrangência da palavra Direito, ou seja, doutrinadores afirmam a necessidade de se distinguir a aplicação do termo Direito para designar (1) o fenômeno objetivo da existência de determinados conteúdos normativos – conhecidos e aceitos, em caráter geral, como normas jurídicas –, e (2) diferenciá-lo daquele que deriva da situação, peculiar e subjetiva, que atribui a titularidade de certos bens jurídicos a determinados sujeitos. No primeiro sentido, objetivo, Direito é um fenômeno social, um dado cultural composto por instituições e normas; no segundo sentido, subjetivo, “faz, dos sujeitos, titulares de poderes, obrigações, faculdades, estabelecendo entre eles relações”²⁴⁷. O presente tópico busca demonstrar que a origem desta dicotomia não necessariamente se desenvolveu em razão da justificativa correntemente apresentada.

Nos países de língua inglesa, essa possível confusão é facilmente evitada pela diferença das palavras *Law*, corretamente traduzida como Direito, e *Right*, que designa os direitos de ordem subjetiva. Evidentemente, tal controvérsia não se resolve apenas pela diferença de palavras; em realidade, o problema – da clara distinção entre o Direito vigente e as noções de fontes e normas jurídicas –, não parece afligir, com o mesmo rigor, os países de tradição da *Common Law* também em razão do papel secundário destinado à legislação e de uma maior consciência da comunidade jurídica acerca da importância de se assegurar estabilidade, coerência e integridade ao Direito, o que passa pela adequada compreensão do papel da tradição e do sentido, efetivamente compartilhado, sobre as normas que compõem o Ordenamento Jurídico e as fontes dessa normatividade.

Com a leitura de John Gilissen, ao resgatar a história do Direito Romano, é possível observar que somente no final do período medieval, com a estruturação das noções de sujeito e subjetividade, é que se estabelece uma preferência pela ideia de um Direito objetivo, pautado por normas de caráter geral, a todos aplicável, independente da condição individual²⁴⁸. Isso, porque na Antiguidade, tanto grega

²⁴⁷ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 145.

²⁴⁸ GILISSEN, John. *Introdução histórica ao Direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1986, p. 241.

como romana, assim como na ascensão do Feudalismo, o Direito possuía um inevitável carácter subjetivo, ou seja, o Direito aplicável era sempre aquele decorrente do *status*, origem ou condição familiar e social ostentada por cada indivíduo que buscava a aplicação *desse Direito*. Assim era com as leis gregas – aplicáveis somente aos cidadãos atenienses –, com os *mores* reconhecidos somente aos patrícios romanos ou os costumes e direitos reconhecidos aos diferentes estamentos da sociedade feudal.

Nessa perspectiva, a própria noção de fontes é bastante alterada com o avançar da Modernidade, criando-se um certo distanciamento (ou diferença) entre as fontes e as normas – agora de carácter geral; enquanto em eras passadas não havia esse distanciamento (diferença), as fontes eram “a própria normatividade”, na medida em que cada indivíduo possuía *um certo Direito* a ele aplicável: cidadãos, patrícios, estrangeiros, escravos, nobres, etc. Ou seja, o Direito era determinado em razão da pessoa.

A formulação dum direito objectivo sobrepõe-se, no século XIII, à massa dos direitos subjectivos. Durante a época feudal, a formulação de regras jurídicas tende quase exclusivamente para o enunciado de direitos subjectivos, quer dizer, direitos duma ou de certas pessoas em relação a uma ou algumas outras pessoas. Tais eram, por exemplo, as obrigações dum vassalo em relação a um senhor. Tal era também, o que se chamava no século XI em França as *consuetudines*, isto é, o enunciado, num acto de concessão, dos direitos realengos tornados direitos senhoriais. Desde o século XII, os primeiros esforços de formulação dum direito objetivo aparecem um pouco por toda a parte na Europa. Trata-se de regras de direito, aplicáveis a todos os habitantes dum território ou a todos os membros dum grupo social determinado.²⁴⁹

Da aparente facilidade com que se resolve tal dicotomia entre países de língua inglesa, pode-se apressadamente concluir que tais categorias são fruto de um excessivo conceitualismo dogmático, característico da tradição romano-germânica. Sob essa ótica, não é sem fundamento a crítica de Tércio Sampaio: “o que se observa, diante do esforço teórico da dogmática, é que a dicotomia (direito objetivo/subjetivo) tem antes um carácter tópico (isto é, é um lugar comum retórico)”²⁵⁰. Tal percepção pode ser justificada pelo conceito (genérico)

²⁴⁹ GILISSEN, John. *Introdução histórica ao Direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1986, p. 241.

²⁵⁰ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 149.

repetidamente apresentado (sem qualquer olhar crítico) pelas obras de introdução ao Direito usadas frequentemente pelos estudantes em “formação” no Brasil, como se pode exemplificar pela escolha aleatória de alguns, dentre vários outros “manuais” de introdução (todos muito semelhantes entre si), a seguir transcritos: “o direito objetivo é entendido como o conjunto de normas jurídicas que prescrevem condutas e regulam a vida em sociedade, formando o ordenamento jurídico. É entendido como ‘a norma da ação humana, isto é, a *norma agendi*’²⁵¹, ou ainda:

A distinção entre direito objetivo e subjetivo é necessária em português, como em muitos outros idiomas, nos quais não há termos diferentes para indicar essas realidades diversas. O contrário acontece em inglês, em que se distingue claramente o termo *law* (ordenamento jurídico objetivamente válido) e o termo *right* (direito subjetivo de determinada pessoa).²⁵²

Contudo, essa dicotomia merece uma reflexão um pouco mais detida, especialmente quanto ao Direito objetivo, em razão dos desdobramentos que acarreta ao estudo aprofundado da origem do conceito de fonte.

No uso de expressões como “o Direito brasileiro admite os controles concentrado e difuso da constitucionalidade”, “o Direito norte-americano permite o aborto” ou “o Direito internacional proíbe a tortura”, o vocábulo Direito está empregado para referir o conjunto de normas vinculantes em determinado lugar e tempo. Esse é o sentido de Direito Objetivo exposto mais acima.

As expressões Ordenamento e Sistema Jurídico também são usadas no mesmo sentido²⁵³; normalmente, voltadas à identificação do conjunto de normas vigentes em determinado país/nação ou comunidade internacional organizada. O adjetivo “jurídico”, por sua vez, designa a própria noção de Direito ou de algo a ele relativo. Assim, os substantivos Sistema ou Ordenamento somados ao adjetivo jurídico, na prática, designam a mesma ideia de Direito objetivo²⁵⁴.

E mais, todos esses sinônimos, em realidade, se equiparam à própria noção de fontes, na medida em que – no contexto dos Estados modernos de Direito – a composição do sistema de normas de cada ordenamento jurídico passa,

²⁵¹ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Introdução ao estudo do Direito*. 2. ed. São Paulo: Método, 2013, p. 59.

²⁵² DIMOULIS, Dimitri. *Manual de introdução ao estudo do Direito*. 6. ed. São Paulo: RT, 2014, p. 226.

²⁵³ GUASTINI, Riccardo. *La sintaxis del derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 31.

²⁵⁴ GUASTINI, Riccardo. *La sintaxis del derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 32.

necessariamente, pelas fontes admitidas naquele sistema. *Isso significa dizer, em decorrência da tradição moderna, que cada ordenamento jurídico é habitado por um certo Direito objetivo, que por sua vez será sempre determinado pelo modelo de fontes admitido naquele determinado sistema jurídico.* A explicação de Riccardo Guastini é pertinente para esta percepção:

Tal concepto presupone que cada ordenamiento tiene sus propias fuentes, e implica que, en cada ordenamiento, la identificación de las fuentes no sea en absoluto una cuestión «teórico-general», sino «dogmática»: *una cuestión de derecho positivo* [...] Este concepto de fuente, además, es estrictamente «formal» en el sentido de que pretende identificar determinados hechos como fuente (de uno u de otro ordenamiento) *a priori*, antes de conocer su contenido y, por tanto, de manera completamente independiente respecto su contenido. Las fuentes del derecho, para quien adopte este concepto, se identifican simplemente a la luz de las normas sobre la producción jurídica existentes en un determinado ordenamiento.²⁵⁵

Sob este ponto de vista, de uma teoria sempre orientada a um determinado sistema jurídico, existem autores que entendem ser inviável a elaboração de uma “história universal da ciência jurídica”, como também não seria possível uma “história do pensamento jurídico ordenado”²⁵⁶; nessa perspectiva, há que se duvidar, ainda, da possibilidade de uma “teoria universal do Direito”, sob os mesmos argumentos que afirmam não existir “*um sistema romano-germânico*”²⁵⁷, mas sim, tantos sistemas de raiz romano-germânica quantos os países que adotam essa tradição.

Nesse ambiente, a comparação de diferentes modelos jurídicos auxilia na compreensão de determinados conceitos, tal como as fontes. Dito de maneira mais simples, não parece factível a elaboração de “teoria geral do Direito” que englobe conceitualmente a imensa variedade de experiências jurídicas passadas e presentes ao redor do mundo.

De certa forma, é um “Caveat”, que deve lembrar o quão diferente as questões metódicas – na completa concordância com o objetivo e na problemática fundamental, portanto no problema da lacuna – apresentam-se nas diferentes épocas e sistemas. Pois naturalmente, a técnica, o método que a jurisprudência utiliza numa determinada época, é condicionado por muitos dados jurídicos e não jurídicos. No

²⁵⁵ GUASTINI, Riccardo. *La sintaxis del derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 112.

²⁵⁶ COING, Helmut. *Elementos fundamentais da filosofia do Direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 308-309.

²⁵⁷ ZIMMERMANN, Reinhard. *Roman law, Contemporary law, European law*. Oxford: Oxford University Press, 2000.

que diz respeito aos fatores jurídicos, é de grande importância a peculiaridade do direito vigente, das fontes do direito positivo.²⁵⁸

Enfatizando a correlação entre fontes, direito objetivo e direito positivo, a ser vista logo a seguir, é bastante interessante o resgate da posição de Savigny, para o qual – no contexto da pandectista alemã²⁵⁹ – se “denominan fuentes del derecho las bases del derecho general, y, por consiguiente, las instituciones mismas y las reglas particulares que separamos de ellas por abstraccion”²⁶⁰. O jurista continental moderno é caracterizado como aquele que – ao contrário do anglo-saxão que, adotando uma postura empírica, forma regras indutivamente por meio do caso concreto –, parte da norma para tipificar o caso, formando, a partir do texto isolado, princípios jurídicos trazidos para a solução dos casos. Este pensamento por princípios tornou-se *requisito interno da codificação moderna* e método da pandectista alemã do século XIX²⁶¹.

Dessa maneira, Savigny estabelecia uma diferença entre “as regras jurídicas positivas isoladas” (na maior parte, a lei ou os artigos de lei) e o “instituto jurídico” ao qual estas regras se referem (conceito doutrinário)²⁶². Por evidente, tal dicotomia busca evidenciar algo particularmente problemático para os países de raiz romano-germânica, cujo modelo de fontes é mais dependente da legislação.

O Direito positivo, possuiria, desta forma, dois níveis, um inferior, composto pelas regras jurídicas isoladas (em maior parte a legislação), e um superior, que seriam os institutos jurídicos, completando a noção de sistema. Tal visão será essencial para o posterior desenvolvimento da Jurisprudência dos Conceitos²⁶³. Nas palavras do próprio autor:

El juicio de un caso práctico, no es posible sino refiriendo-lo á una regla general, que domine los casos particulares. **Esta regla se llama derecho, ó derecho general, ó, algunas veces también, derecho en sentido objetivo. Se manifiesta sobre todo en la ley,**

²⁵⁸ COING, Helmut. *Elementos fundamentais da filosofia do Direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 309.

²⁵⁹ Também conhecida como Escola Histórica Alemã, do século XIX.

²⁶⁰ SAVIGNY, M. F. C. de. *Sistema del derecho romano actual*. Madrid: F. Góngora y Compañía, Editores. 1878, p. 28.

²⁶¹ COING, Helmut. *Elementos fundamentais da filosofia do Direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 314-315.

²⁶² COING, Helmut. *Elementos fundamentais da filosofia do Direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 315.

²⁶³ COING, Helmut. *Elementos fundamentais da filosofia do Direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 317.

es decir, la regla promulgada por la autoridad suprema de un Estado. Si el juicio de un caso particular es de naturaleza restringida y subordinada; si encuentra su raíz viva y su fuerza de convicción en la apreciación de la relación de derecho, la regla jurídica y la ley, que es su expresión, tienen por base las instituciones cuya naturaleza orgánica se muestra en el conjunto mismo de sus partes constitutivas y en sus desenvolvimientos sucesivos. Así, pues, **cuando no se quiere limitarse á las manifestaciones exteriores, sino penetrar la esencia de las cosas, se reconoce que cada elemento de la relación de derecho, se refiere á una institución que lo domina y le sirve de tipo**, de la misma suerte que cada juicio está dominado por una regla (α), y este segundo, encadenamiento, ligándose con el primero, encuentra allí la realidad y la vida.²⁶⁴ (grifo nosso)

O conhecimento dos institutos (conceitos) é fundamental no direito positivo e mais relevante do que as normas isoladas, pois o primeiro é também fundamento de interpretação e aplicação jurídica; “é tarefa da ciência constatar a relação que a norma isolada tem como o instituto”. Vale registrar que tal posição é visivelmente uma forma de resistência ao positivismo legalista francês e sua equiparação rasteira do Direito ao Código Civil de Napoleão.

Das passagens originais acima recortadas, também a expressão Direito Positivo surge como mais um conceito que designa, sinonimamente, o mesmo fenômeno; originada na teoria medieval, foi primeiro utilizada por Abelardo, entre os decretalistas franceses do século XII, embora também remonte à milenar contraposição grega ao Direito natural²⁶⁵. Desvalorizar o uso da expressão, contudo, limitando-o a tal dicotomia, é um erro de premissa, uma vez que o termo assume contornos diferentes e mais relevantes a partir do baixo medievo e, especialmente, da modernidade, permitindo a transição de um princípio de justiça para regras jurídicas válidas (positivação), assentadas no monopólio do poder estatal²⁶⁶. Assim, o problema das fontes do direito

se confunde com o das formas de produção de regras de direito vigente e eficazes [...] toda fonte de direito implica uma estrutura de poder, pois a gênese de qualquer regra de direito (nomogênese jurídica) [...] só ocorre em virtude da interferência de um centro de

²⁶⁴ SAVIGNY, M. F. C. de. *Sistema del derecho romano actual*. Madrid: F. Góngora y Compañía, Editores. 1878, p. 26-27.

²⁶⁵ COING, Helmut. *Elementos fundamentais da filosofia do Direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 269.

²⁶⁶ COING, Helmut. *Elementos fundamentais da filosofia do Direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 270-271.

poder, o qual, diante de um complexo de fatos e valores, opta por dada solução normativa com características de objetividade.²⁶⁷

A circularidade de tais constatações – ou seja, das *coimplicações* entre Direito positivo e suas fontes de produção (determinantes para seu conteúdo) como condição e consequência do monopólio estatal – acabaram se tornando uma questão bastante dogmática da teoria geral do Direito. Mas jamais foram ou serão uma teoria geral comum a todos os ordenamentos jurídicos, isso porque no mesmo sentido já referido anteriormente, cada sistema adota um modelo próprio de reconhecimento de suas fontes e, conseqüente, de produção do Direito positivo/objetivo.

Na dogmática tradicional brasileira, esses modelos foram examinados por Miguel Reale, que em obra específica sobre as fontes, destaca: só “há ciência onde há ‘objetivação’”, ou seja, realidades independentes da pessoa do observador, e irredutíveis à sua objetividade. Daí poder-se dizer que ‘objetivo’ e ‘positivo’ são termos que se implicam”²⁶⁸.

Partindo da premissa de que fontes do Direito são “estruturas normativas” que sempre dependem da existência de uma “autoridade com poder de decidir” (portanto, vinculadas ao monopólio estatal), ou seja, de uma pessoa ou de um processo capaz de produzir normas pela escolha dentre várias vias possíveis – “sem poder de decidir, não se pode falar em fonte do direito”²⁶⁹ –, afirma que a teoria das fontes tem por objeto “fixar os requisitos de fato e de direito que devem ser obedecidos para que qualquer produção de normas possa ser considerada válida”²⁷⁰.

O conceito de fonte se revela inseparável de seu conteúdo e da ideia de sua obrigatoriedade, ambos decorrentes de uma espécie de poder (legislativo, costumeiro, jurisdicional ou negocial) capaz de instaurar vínculos coercitivos²⁷¹. Com isso, Reale entende que diante do novo contexto, imposto pela contemporaneidade (fala situada na segunda metade do século XX!), surge a necessidade de uma

²⁶⁷ REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 141.

²⁶⁸ REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 188.

²⁶⁹ REALE, Miguel. *Fontes e modelos do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 12.

²⁷⁰ REALE, Miguel. *Fontes e modelos do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 13.

²⁷¹ REALE, Miguel. *Fontes e modelos do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 15.

revisão da teoria das fontes – calcada na teoria dos modelos jurídicos, em uma verdadeira relação de complementaridade²⁷².

Uma teoria baseada em modelos jurídicos resultaria de “uma pluralidade de normas entre si articuladas compondo um todo irreduzível às suas partes componentes”²⁷³, ou seja, os modelos operam como especificações ou tipificações das normas jurídicas e contribuiriam para uma compreensão mais prospectiva das regras jurídicas não estruturais²⁷⁴, que ocupam o macromodelo dos ordenamentos jurídicos. Em termos mais diretos, Reale defende que o conteúdo normativo das fontes do Direito pode ser melhor compreendido pela expressão de modelos; isso significa dizer que, ao invés da identificação e classificação das espécies de fontes admitidas por cada sistema jurídico – tais como, leis, costumes, precedentes ou contratos – essas devem ser compreendidas dentro de um horizonte maior, como consequência de um certo modelo jurídico adotado: legal, consuetudinário, jurisdicional e negocial; único meio de assegurar a plenitude de sua potencial validade²⁷⁵.

A discussão proposta por Reale, mesmo “datada”, registra dois temas que remontam à dificuldade da doutrina brasileira de compreender – e, a partir disso, superar – os fundamentos do positivismo jurídico. O primeiro, menos relevante e cuja resposta é mais evidente, implica saber se o rol das fontes do Direito se constitui em elenco aberto ou *numerus clausus*²⁷⁶. Adiantando a posição adotada na presente tese, há que se discordar de Reale, tendo em vista a incompatibilidade do atual contexto da teoria e da prática jurídica com uma lista fechada, de fontes pré-determinadas, o que negaria, especialmente, a própria condição hermenêutica das fontes – que são textos – cuja norma exsurge e (sempre depende) da interpretação.

²⁷² REALE, Miguel. *Fontes e modelos do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 1-2.

²⁷³ REALE, Miguel. *Fontes e modelos do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 30.

²⁷⁴ Normas estruturais, para Reale, seriam aquelas instituidoras da própria nação e, conseqüentemente, do Ordenamento Jurídico, tal como o Art. 1º, da Constituição Federal. “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos”.

²⁷⁵ REALE, Miguel. *Fontes e modelos do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 32. Nesse contexto, é relevante registrar que Miguel Reale opera com um conceito tridimensional do Direito (fato, valor e norma), teoria por ele desenvolvida, razão pela qual compreende o Direito ao mesmo tempo como norma e situação normada, na qual a validade do Direito não depende apenas do atendimento de exigências formais, mas também do atendimento de critérios axiológicos, por isso também a relevância que atribui ao aspecto prospectivos das normas.

²⁷⁶ REALE, Miguel. *Fontes e modelos do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 16-17.

O segundo, mais interessante, trata da incompreensão acerca das categorias da vigência e da validade, problemática há muito tempo denunciada por Lenio Streck. Autores como Miguel Reale, por exemplo, atribuem à vigência uma dupla função. Sob um aspecto estritamente lógico-formal ou normativista, a vigência determina os “requisitos formais indispensáveis a que uma regra do direito adquira ou perca vigor”²⁷⁷, tais como a legitimidade do órgão legislador, a compatibilidade da norma com outra hierarquicamente superior, competência, atenção às regras de promulgação e publicação, etc. Mas a vigência também “implica, necessariamente, uma referência aos valores que determinam o aparecimento da regra jurídica, assim como às condições fáticas capazes de assegurar sua eficácia social”²⁷⁸, da qual decorre a necessidade do estudo da vigência em duas correlações, com o fundamento e com a eficácia, ou seja, Reale refere-se à vigência com uma função de validade.

Essa também é, em parte, a percepção de Riccardo Guastini²⁷⁹, para o qual – retomando Alf Ross, fundador do realismo escandinavo, em que o Direito é compreendido como fato social – a tarefa da ciência jurídica é a descrição do direito vigente, sendo a norma vigente aquela que efetivamente for aplicada pelos juízes em uma perspectiva futura, ou seja, ao perguntar pelo Direito vigente, não se está em busca do comportamento dos Tribunais no passado, mas sim em prospecção sobre a possibilidade de aplicação de uma norma jurídica a uma demanda presente ou futura. Por isso, conclui que a vigência de uma norma “é uma propriedade disposicional, e precisamente a disposição desta norma a ser aplicada pelos tribunais”²⁸⁰.

Na primeira acepção, a vigência é fundida à noção de validade; na segunda, as categorias são abordadas em completa separação. A crítica de Lenio Streck, à qual o presente trabalho se filia, se estabelece a partir de uma matriz hermenêutica e, especialmente, do teorema fundamental da diferença ontológica²⁸¹. Para Heidegger, o ser é sempre o ser do (de um) ente e o ente só é no seu ser, isso por que o homem, em sua finitude, é capaz (somente) de compreender o ser do ente.

²⁷⁷ REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 597.

²⁷⁸ REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 598.

²⁷⁹ GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 124-128.

²⁸⁰ GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 125.

²⁸¹ STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica*. Belo Horizonte: Letramento/Casa do Direito, 2017, p. 49-52.

Ser (sentido) e ente (objeto mesmo) não são a mesma coisa, mas também não estão completamente separados, o que existe entre eles é uma diferença ontológica. Isso significa que os entes são os objetos (conceitos, coisas, sentimentos, etc.) com os quais o ser humano opera, mas diante de sua finitude, este só é capaz de acessar tal objeto, de efetivamente utilizá-lo para seu correto fim, porque antes sabe o que ele (objeto) é, ou seja, conhece seu ser (sentido).

Trazendo esse teorema para a compreensão do Direito, Streck explica que vigência e validade não podem mais ser entendidos de forma entificativa, equiparadas, “*como se a vigência fosse o ente, e a validade, o seu ser*”²⁸². Enquanto a vigência se refere à condição de existência de determinado texto (fonte normativa), a validade diz respeito à adequação da norma (enquanto sentido que exsurge da interpretação) a determinado fundamento de validade, no caso do Direito brasileiro, sua Constituição. Por isso, não há que se confundir (fundir) ou se alienar vigência e validade, pois enquanto não são a mesma coisa, também não são independentes uma da outra, na medida em que o texto (fonte normativa) e sua vigência não podem ser conhecidos em si (entes), só podendo ser compreendidos enquanto entendidos como norma válida (ser).

Em fechamento, todo esse apanhado procurou demonstrar que nos países de tradição romano-germânica ou *Civil Law*, mais dependentes das fontes legisladas, existe uma tendência ao excesso conceitual, bem como uma maior confusão dos termos, o que paradoxalmente não vem se traduzindo em um panorama inteligível sobre o sentido e a aplicação das fontes.

²⁸² STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 312.

3 VELHOS E NOVOS POSITIVISMOS: DO SÉCULO XIX AOS DIAS ATUAIS

Se a Modernidade chegou sem solução de continuidade em relação ao Medievo, o século XVIII foi palco de profundas revoluções, determinantes para as escolas jurídicas que se estabeleceram no século XIX. O estudo dessas correntes é relevante porque o pensamento positivista do século XIX foi catalisador do conceito dogmático de fontes do Direito que ocupou o século XX e ainda circula pelos dias atuais.

Dentre os acontecimentos do século XVIII, marcantes para a presente análise, destacam-se o Iluminismo e as revoluções burguesas que transformaram os Estados modernos em Estado de Direito. “Foi um século em que as *antigas estruturas europeias de autoridade e legitimidade foram irreparavelmente fraturadas* pelas revoluções francesa e americana”²⁸³.

Se o baixo medievo e os primeiros séculos da modernidade assistiram ao desenvolvimento das ideias que fundaram a legitimidade dos Estados, como nova forma de organização política e social, tais como contrato social, soberania, absolutismo (centralização do poder) e monopólio da produção de um Direito nacional, o século XVIII será decisivo para a introdução do constitucionalismo, como forma de limitação do poder estatal; isso porque – enquanto na monarquia absolutista, o Estado (Soberano) estava “à margem” e “acima” da lei –, no Estado de Direito este também está “dentro” e “submetido” à Constituição, ou seja, é mais um dos sujeitos disciplinados pelo Direito²⁸⁴, o que implica uma nova relação do Estado com o Direito, do qual é ao mesmo tempo produtor e subordinado.

Em linhas gerais, o espírito iluminista pode ser caracterizado como o movimento intelectual que rejeitou toda autoridade espiritual e intelectual e posição da fé e da obediência cristã²⁸⁵, marcado por um profundo ceticismo contra a autoridade e as instituições tradicionais (inclusive a Igreja), bem como por uma crença na razão e na inteligência humana, capaz de assegurar o contínuo e

²⁸³ KELLY, John M. *Uma breve história da teoria do direito ocidental*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 321.

²⁸⁴ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. 10. ed. Madrid: Trotta, 2011, p. 47.

²⁸⁵ KELLY, John M. *Uma breve história da teoria do direito ocidental*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 321.

ascendente progresso da ciência, da técnica e, por consequência, da humanidade como um todo²⁸⁶.

Diante desse cenário, o paradigma que informou as primeiras expressões do positivismo que estava por vir foi calcado nos ideais de certeza e cientificidade e o modelo de Direito pensado pelas principais escolas do período – apesar do contexto liberal dos direitos e interesses políticos disputados nos esforços revolucionários – ainda estava fundado na noção do Direito Privado como a principal matriz do Direito; isso porque a chamada publicização só ocorrerá na segunda metade do século XX. Nesse sentido, é pertinente a seguinte passagem de *A luta pelo Direito*, de Ihering:

O que se semeou no direito privado produz fruto no direito público e no direito internacional. É nas baixas regiões do direito privado, nas relações mais ínfimas da vida, que se forma e amontoa gota a gota esta força; é ali que se acumula este capital moral de que o Estado tem necessidade para as grandes obras de sua missão. **O direito privado, e não o direito público, é a verdadeira escola de educação política dos povos; se alguém quiser saber como um povo defenderá, se for preciso, os seus direitos políticos e sua política internacional, bastará examinar a forma por que o simples particular defende os direitos próprios da vida privada.**²⁸⁷ (grifo nosso)

O direito do capitalismo mercantil e concorrencial é, portanto,

um projeto de sistematização, de exatidão, de fiabilidade e inclusive do qual carece o direito pré-moderno. Um princípio de *calculabilidade*, ou, dito de outro modo, a pretensão frenética de livrar ao tráfico de mercadorias de motivos de incerteza, presidiu a construção de uma juridicidade omnívora, que trata de qualificar juridicamente qualquer coisa sequer imaginável.²⁸⁸

Assim, o foco dessas escolas jurídicas, dirigido especialmente ao Direito Privado, estava permeado por dois grandes momentos que separam o Direito moderno; uma primeira fase, que corresponde às Revoluções Burguesas e à Revolução Industrial, fundada no liberalismo e no individualismo, na qual o Direito Privado encontra seu auge, pelos interesses do capitalismo mercantil; e, uma segunda, que se desenvolve em razão das transformações do Estado Social e da produção em massa, em meados do século XX, pela necessidade de intervenção

²⁸⁶ KELLY, John M. *Uma breve história da teoria do direito ocidental*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 328.

²⁸⁷ IHERING, Rudolph Von. *A luta pelo Direito*. 17. ed. Rio de Janeiro: Editora Revista Forense, 1999, p. 62-63.

²⁸⁸ CAPELLA, Juan Ramón. *Fruto proibido*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 130.

estatal nas relações privadas, o que gera o processo de expansão do Direito Público, também denominado de publicização do Direito. “Assim, pois, apesar de que as revoluções políticas burguesas se caracterizam por impor o reconhecimento estatal dos direitos fundamentais e políticos, de natureza pública, o direito do estado polícia que acaba resultando modelo é o *direito privado*”²⁸⁹.

Outro fator a ser considerado no conjunto de influências que incidiram na teoria jurídica do século XIX é a tendência hegeliana pela busca de sistemas universais e estudos comparatistas. Losano explica que diferentemente de Kant, que almeja a paz perpétua e a configuração de uma federação de Estados organizados por um Direito cosmopolita, Hegel substitui este último pela história universal como “absoluto poder para os Estados individuais”²⁹⁰. Para Hegel, a paz perpétua de Kant depende da vontade de cada Estado e, por isso, é acidental e imprevisível²⁹¹.

A filosofia clássica alemã desenvolveu uma filosofia da história e uma história universal; a partir dessa última, juristas de inspiração hegeliana desenvolveram uma história universal do Direito, que tinha a feição de uma “estrutura sistemática de tipo idealista”, ou seja, um sistema centrado em uma ideia unificadora, o que estava de acordo com o progresso técnico que levou o ocidente ao desejo de comparar e dominar as culturas não-europeias²⁹².

Esta utopia foi perseguida especialmente pelos historiadores alemães, que – diferentemente dos pensadores do resto da Europa –, sofriam com a ausência de um Estado e uma história nacional alemã unificada. Esta perspectiva, contudo, não significava colocar lado a lado a história de cada povo, mas sim organizar um “guia das histórias particulares especializadas ordenadas por povo ou por matéria”, ou seja, elaborar um sistema²⁹³ e este é um terreno no qual o conceito de fonte é particularmente útil como meio de sistematização e comparação, ainda mais quando a opção pela codificação entrar em cena.

Cumprе advertir que a *história universal* em Hegel é o ápice de uma construção jurídica, é a realização do próprio Direito, mas não de um Direito

²⁸⁹ CAPELLA, Juan Ramón. *Fruto proibido*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 131.

²⁹⁰ LOSANO, Mario G. *Sistema e estrutura no direito: das origens à Escola Histórica*. São Paulo: Martins Fontes, 2008. v.1, p. 141.

²⁹¹ LOSANO, Mario G. *Sistema e estrutura no direito: das origens à Escola Histórica*. São Paulo: Martins Fontes, 2008. v.1, p. 149.

²⁹² LOSANO, Mario G. *Sistema e estrutura no direito: das origens à Escola Histórica*. São Paulo: Martins Fontes, 2008. v.1, p. 141.

²⁹³ LOSANO, Mario G. *Sistema e estrutura no direito: das origens à Escola Histórica*. São Paulo: Martins Fontes, 2008. v.1, p. 144.

específico, vinculado ou dependente do Estado; com isso, Hegel, por um lado – supera as concepções jusnaturalista e iluministas, que concebem o Direito Natural como uma realidade a-histórica fundada em princípios racionais eternos –, mas, por outro, acaba incorrendo em certo relativismo historicizante, que o coloca em frontal oposição à Escola Histórica do Direito²⁹⁴. Isso, porque, enquanto Savigny e os demais pensadores da Escola Histórica, assumem uma posição pessimista em relação ao ser humano e cética quanto ao progresso civilizatório, a tese hegeliana os defende

a crença na razão humana, a convicção no progresso linear da humanidade da barbárie à civilização e os conhecimentos trazidos pela expansão europeia de ultramar [que] permitiram aos iluministas conceber a história não mais como história de um povo, de uma época, de uma religião, mas como uma história universal.²⁹⁵

Tal concepção universalista – que, paradoxalmente, aproxima Hegel da dissolução e da realização do Direito Natural²⁹⁶ –, imprime uma “tendência comparatista” ao estudo jurídico, baseado em um formato enciclopédico, que fornecia noções gerais sobre a estrutura, as fontes e o conteúdo do Direito vigente²⁹⁷. O presente capítulo busca investigar a compreensão e o emprego do termo “fonte” para as diferentes escolas que formaram o múltiplo trançado que compõem a teoria do Direito contemporâneo. Para tanto, é preciso assimilar que o “direito moderno é fruto de uma *construção*. É um direito *legislado* por parlamentares e *interpretado* por tribunais, acadêmicos e juristas práticos”²⁹⁸, ou seja, os acontecimentos dos séculos XVIII e XIX foram palco e fatores determinantes para a consolidação do(s) positivismo(s) e sua enorme influência até os dias atuais.

²⁹⁴ LOSANO, Mario G. *Sistema e estrutura no direito: das origens à Escola Histórica*. São Paulo: Martins Fontes, 2008. v.1, p. 150.

²⁹⁵ LOSANO, Mario G. *Sistema e estrutura no direito: das origens à Escola Histórica*. São Paulo: Martins Fontes, 2008. v.1, p. 155.

²⁹⁶ LOSANO, Mario G. *Sistema e estrutura no direito: das origens à Escola Histórica*. São Paulo: Martins Fontes, 2008. v.1, p. 151.

²⁹⁷ LOSANO, Mario G. *Sistema e estrutura no direito: das origens à Escola Histórica*. São Paulo: Martins Fontes, 2008. v.1, p. 157.

²⁹⁸ CAPELLA, Juan Ramón. *Fruto proibido*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 131.

3.1 A Escola da Exegese e a codificação

Enquanto a Revolução Norte-Americana foi decisiva para os rumos do constitucionalismo²⁹⁹, a Revolução Francesa foi determinante para a teoria do Direito, no sentido de que, até a chegada do século XX, toda a doutrina jurídica estava centrada no Direito Privado. Embora o período revolucionário francês também tenha se ocupado da elaboração de Constituições³⁰⁰ – diversas (inclusive!), em um curto período: (a) 1791, na fase da Assembleia Nacional; (b) 1793, no período da Convenção; (c) 1795, na fase do Diretório, após a ditadura de Robespierre; (d) 1800, com a fase do Consulado, após o golpe de Napoleão no 18 de Brumário do ano VIII (9 de novembro de 1799) –, foi a promulgação do Código Civil, em 1804, o grande divisor de águas para as transformações do pensamento jurídico do século XIX e seguintes.

O processo revolucionário francês marcou uma violenta ruptura com o antigo regime monárquico e com os resquícios do modelo de vida feudal, inclusive quanto às fontes do Direito; até então, a França ainda convivia com uma multiplicidade de ordenamentos jurídicos, territorialmente divididos: ao norte, aplicava-se o Direito costumeiro, e, ao sul, o Direito romano do *Corpus*³⁰¹.

Inicia-se uma fase de profundo individualismo³⁰², tanto no Direito privado, como no Direito público – com a doutrina do liberalismo. Os interesses comerciais da burguesia florescem com a garantia da livre iniciativa, da proteção à propriedade privada, da não intervenção nas relações entre particulares e a observância do princípio do *pacta sunt servanda*; em resumo, com a tutela da autonomia privada, assegurada pela nova sistematização que a novidade do Código trazia³⁰³. “Trata-se de uma instrumentalização do jurídico como significação dos interesses da burguesia e da dinâmica produtiva capitalista”³⁰⁴.

Essa instrumentalização se evidencia nos motivos da nova classe dominante para a preferência pela codificação. Tal projeto nasce, ainda durante a revolução, da

²⁹⁹ A Constituição dos Estados Unidos, de 1787, foi e permanece muito influente até os dias atuais e é a também a mais duradoura do período moderno, estando em vigor até hoje.

³⁰⁰ GILISSEN, John. *Introdução histórica ao Direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1986, p. 430-437.

³⁰¹ BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico*. São Paulo: Ícone, 2006, p. 65.

³⁰² GILISSEN, John. *Introdução histórica ao Direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1986, p. 413.

³⁰³ LOSANO, Mario G. *Os grandes sistemas jurídicos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 59-60.

³⁰⁴ WOLKMER, Antonio Carlos. *Síntese de uma História das Idéias Políticas*. Florianópolis: Boiteux, 2006, p. 109.

crença de que seria possível um legislador universal – que edita leis válidas em todo lugar e tempo – e, principalmente, do desejo por um Direito mais simples e direto. Simplicidade e unidade são as duas grandes aspirações.

Para a mentalidade racionalista, o Direito legado pelo medievo – costumeiro ou escrito (do *Corpus* reinterpretado) – está eivado de uma caótica historicidade e a pluralidade de fontes e registros tornava o conhecimento muito difícil para a população em geral. Por isso, as velhas leis deveriam ser substituídas por uma *ciência do legislador*³⁰⁵. Cria-se o mito de que a lei escrita, sistematizada no código, garante maior clareza, certeza e segurança do que outras espécies de fontes e, portanto, seria de mais fácil compreensão para a sociedade leiga em geral.

Started to shake the authority of Roman law: of a law that had given rise to intricate doctrinal disputes, that was wedded to outdated and impractical subtleties, and that had been enacted by the despotic rulers of another age and country. Also, since Roman law was applicable in subsidio, countless more specific territorial or local laws could govern a particular dispute. The great number and complexity of legal sources thus contributed to a widespread feeling of both legal uncertainty and inefficiency as far as the administration of Justice was concerned. The codifications of the Law of Reason were supposed to tidy up this messy situation: they were to provide a systematic regulation of the entire private law, ousting all rival sources of law, including, in particular, the Roman-Canon *ius commune*.³⁰⁶

Convém mencionar que o *Code Civil* de Napoleão (1804) não foi o primeiro código da Modernidade; sua novidade reside, principalmente, na *forma como foi recebido*. Os precedentes mais antigos remontam à antiguidade e os mais ilustres – códigos Teodosiano (438) e Justiniano (534) – já foram objeto de estudo no presente trabalho. Mas estes não eram códigos legislativos, seus conteúdos eram uma miscelânea de decretos, doutrina, costumes, pareceres, etc. Os códigos estritamente legislativos se afirmam, em vários territórios europeus, somente no século XVIII³⁰⁷.

O ideário liberal também é uma marca característica desta legislação. O código foi assentado nos pilares do liberalismo: a autonomia individual se expressa

³⁰⁵ BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico*. São Paulo: Ícone, 2006, p. 65.

³⁰⁶ ZIMMERMANN, Reinhard. *Roman law, Contemporary law, European law*. Oxford: Oxford University Press, 2000, p. 2-3.

³⁰⁷ GILISSEN, John. *Introdução histórica ao Direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1986, p. 448.

pela exigência de cumprimento dos contratos e pela garantia da sucessão hereditária³⁰⁸.

Mas a verdadeira inovação não estava no texto do novo código, e sim na forma como foi interpretado³⁰⁹. Os juristas da Escola de Exegese defendiam que a lei era a única e exclusiva fonte do Direito, ou seja, somente o Código Civil era fonte para a produção de decisões judiciais. É estabelecida uma *equiparação* do Direito à própria lei (código), enquanto direito consuetudinário, doutrina e precedentes perdem a natureza jurídica³¹⁰. Por isso, as frases de Bugnet, “*no conozco el derecho civil, no enseño más que el Código de Napoleón*”, e Demolombe, “*mi divisa, mi profesión de fe, es también los textos antes que nada! Publico un curso de Código de Napoleón ; mi objeto es, por tanto, interpretar, explicar el Código de Napoleón mismo, considerado como ley viva, como aplicable y obligatoria ; y mis preferencias por el método dogmático no me impedirán el tomar por fundamento siempre los artículos mismos de la ley*”, são tão representativas³¹¹.

A ideia de que somente a lei, em especial os códigos – entre 1804 e 1810, Napoleão promulgou o Código Civil, o Código de Processo Civil, o Código Comercial, o Código Penal e o Código de Instrução Criminal³¹² –, eram fontes exclusivas do Direito estava alinhada com uma concepção restritiva da separação de poderes, na qual compete (somente) ao legislador produzir as leis (e, portanto, o Direito), enquanto ao juiz cabe apenas *aplicar* a lei. Trata-se de uma concepção bastante estatista do Direito, fundada no princípio da onipotência do legislador³¹³, mas que também dá azo ao princípio da lei como verdadeira expressão da *vontade geral*, ideia tão cara à Revolução Francesa.

O fundamento da nova concepção do estudo do direito era a doutrina legalista: todo o direito está na lei. Só o legislador, agindo em nome da nação soberana, tem o poder de elaborar o direito. Não pode, portanto, existir outra fonte de direito senão a lei.³¹⁴

³⁰⁸ LOSANO, Mario G. *Os grandes sistemas jurídicos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 59-60.

³⁰⁹ BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico*. São Paulo: Ícone, 2006, p. 73.

³¹⁰ COING, Helmut. *Elementos fundamentais da filosofia do Direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 319.

³¹¹ GENY, François. *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo*. Madrid: Hijos de Reus, 1902, p. 25.

³¹² GILISSEN, John. *Introdução histórica ao Direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1986, p. 448.

³¹³ BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico*. São Paulo: Ícone, 2006, p. 86.

³¹⁴ GILISSEN, John. *Introdução histórica ao Direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1986, p. 516.

A equiparação do texto da lei ao próprio Direito implicou, por evidente, a necessidade de se substituírem regras, práticas e direitos consagrados em outras espécies de fontes pela previsão legislativa. Por consequência, a lei – além de única fonte admitida – deve ser também completa, ou seja, deve fornecer as regras suficientes para solucionar *todos os casos* que se apresentam aos juízes. O nome da Escola Exegética ou Legalista decorre desse entendimento. O Direito está todo na lei e o juiz ao interpretá-la não cria Direito, apenas aplica aquilo que o legislador produziu anteriormente; a interpretação deve se limitar a uma exegese gramatical diante da clareza do texto.

O juiz devia ser apenas uma máquina que aplicasse inteligentemente um conjunto claro e estável de regras; e estas, portanto, deviam formar uma rede completa, regular e sem solução de continuidade, que indicaria automaticamente a solução de qualquer problema com o qual fosse confrontado.³¹⁵

Essa ilusão de completude do Código – ou seja, de que este é capaz de abarcar todo o Direito –, significou também uma tendência de isolamento³¹⁶, na medida em que o Código “se bastava a si mesmo” e que sua “promulgação era garantia suficiente de sua validade”³¹⁷. Desta forma, ao abandonar a compreensão da intrínseca historicidade do Direito, os professores franceses acabam por romper com a temporalidade. O Direito se resume ao Código e a tarefa dos professores se limita a explicar seu texto³¹⁸. A radicalidade dessa postura pode ser explicada pelo espírito dos intelectuais iluministas que lideraram a Revolução Francesa.

Diferentemente dos pensadores ingleses, os franceses letrados não possuíam cargos públicos ou participavam dos negócios públicos, mas todos “partiam do princípio de que era necessário que regras simples e elementares, baseadas na razão e no direito natural, substituíssem os costumes complicados e tradicionais que regulavam a sociedade da época”³¹⁹.

³¹⁵ KELLY, John M. *Uma breve história da teoria do direito ocidental*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 411.

³¹⁶ GILISSEN, John. *Introdução histórica ao Direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1986, p. 516.

³¹⁷ KELLY, John M. *Uma breve história da teoria do direito ocidental*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 412.

³¹⁸ Como perfeitamente explicitado pelas frases de Bugnet e Demolombe, logo acima referidas.

³¹⁹ KELLY, John M. *Uma breve história da teoria do direito ocidental*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 329-330.

Edmund Burke (1729-1797), parlamentar e intelectual inglês, já havia refletido sobre os riscos do radicalismo burguês em tratar de forma abstrata as liberdades (direitos) fundamentais, contrapondo a importância e a solidez do caráter histórico das liberdades conquistadas pelos cidadãos ingleses aos direitos humanos abstratos que serviram de emblema para a Revolução Francesa. Afirmando que não é possível construir o Estado sobre as ideias abstratas de liberdade e igualdade, criticou a destruição da tradicional monarquia francesa como uma tentativa de construção de uma nova ordem social fundada na negação histórica que o jusnaturalismo impulsionou na busca por universais³²⁰.

O desejo de acabar com os excessivos privilégios e anomalias fez com que os iluministas franceses – na ausência de uma experiência prática com as instituições públicas, capaz de instituir reformas –, adotassem uma política de “remoção completa das antigas estruturas”. O projeto era “começar novamente do nada, construindo dessa vez o edifício do estado sobre princípios puramente racionais”³²¹. Esse ideal iluminista no Direito tinha, inicialmente, inspirações jusnaturalistas. A simplificação do Direito em um conjunto reduzido de leis claras e universais significava o retorno à natureza, em oposição ao complexo e arcaico emaranhado de normas do Direito histórico³²².

Essa concepção foi a base para os projetos de Código, que ao longo do período revolucionário, antecederam o efetivamente promulgado em 1804. Cambacérès, político e jurista francês que trabalhou ao lado de Bonaparte e elaborou esses primeiros textos, afirmava que “existe uma lei superior a todas as outras, uma lei eterna, inalterável, própria a todos os povos, conveniente a todos os climas: a lei da natureza”³²³. Contudo, foi somente o projeto idealizado pela comissão liderada por Portalis que viabilizou o texto do novo Código, abandonando completamente a posição jusnaturalista, tendo sido elaborada com base no *Tratado de direito civil* de Pothier, mais notório jurista francês do século XVIII³²⁴.

³²⁰ COING, Helmut. *Elementos fundamentais da filosofia do Direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 65-66.

³²¹ KELLY, John M. *Uma breve história da teoria do direito ocidental*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 331.

³²² BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico*. São Paulo: Ícone, 2006, p. 65-66.

³²³ CAMBACÉRÈS apud BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico*. São Paulo: Ícone, 2006, p. 69.

³²⁴ GILISSEN, John. *Introdução histórica ao Direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1986, p. 366; e BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico*. São Paulo: Ícone, 2006, p. 72.

François Geny, ao reconstruir os passos da codificação francesa, registra que já nas primeiras propostas ao projeto de Código, ainda durante a fase constituinte, Cambacérès reconhecia a impossibilidade do legislador de “dizer tudo” e afirmou que a tarefa do Código era “establecer principios fecundos, que puedan previamente servir á resolver muchas dudas, y que contengan desarrollos posibles que sirvan para dejar subsistir pocas cuestiones”³²⁵. Denunciando o sofisma sobre o qual a Comissão governamental se apoiava, a posição de Portalis, chefe da comissão de juristas que redigiu o projeto do Código de Napoleão, era no mesmo sentido, reforçando a ação do tempo sobre a sociedade e o Direito.

Hágase lo que se quiera, **jamás las leyes podrán reemplazar enteramente al uso de la razón natural en los negocios de la vida**. Las necesidades de la sociedad son ton varias, el comercio entre los hombres tan activo, los intereses tan múltiples, sus relaciones tan extensas, que es imposible al legislador preverlo todo. En aquellas mismas materias en que ponen su atención, hay una multitud de detalles que se le escapan ó que son demasiado cuestionables y variables para hacerlos objeto de una disposición de la ley. – Además, como suspender la acción del tiempo? Cómo oponerse al curso de los acontecimientos ó variar la dirección de las costumbres? Cómo conocer y calcular previamente lo que sólo la experiencia nos da á conocer?³²⁶ (grifo nosso)

Sem dúvida, o aspecto mais relevante da influência dessa escola para a questão das fontes é a introdução do debate sobre a existência de lacunas na lei e/ou no Direito e como solucioná-las. Elevando a legislação (os Códigos) à única forma de produção das normas jurídicas, foi a escola que forjou a base da noção moderna de fontes – pelo menos entre os países de tradição romano-germânica – pois ao afirmar que todo o Direito está contemplado no Código e que este é, portanto, completo, gera um questionamento sobre os limites fáticos dessa legislação em oferecer regras jurídicas suficientes para resolver todos os casos (presentes e futuros) que seriam apresentados aos juízes. Por isso, a Escola de Exegese é especialmente interessante para abordar a questão das lacunas, na medida em que a forma de recepção do código desenvolveu a pretensão (utopia) de completude – de que o código trazia todas as respostas –; e este é o primeiro cenário no qual se consolidou o debate sobre as lacunas e como solucioná-las.

³²⁵ CAMBACÉRÈS apud GENY, François. *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo*. Madrid: Hijos de Reus, 1902, p. 88.

³²⁶ PORTALIS apud GENY, François. *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo*. Madrid: Hijos de Reus, 1902, p. 88.

Antes de enfrentar diretamente o tema das lacunas, é pertinente, todavia, estabelecer algumas distinções. O positivismo exegético, embora admitisse a analogia, a “livre criação” do Direito e até mesmo o uso subsidiário do Direito Natural³²⁷, paradoxalmente defendia a completude do Código, ou seja, embora teoricamente operasse com a ideia de que o Código era completo e que, portanto, somente as regras lá existentes constituíam normas jurídicas, no plano prático admitia a necessidade do uso da analogia ou até mesmo outras formas subsidiárias de integração do Direito – quando o juiz precisa decidir e fundamentar sua decisão para um caso não abrangido pelo texto do Código. Sob essa primeira visão, cumpre ressaltar que para os legalistas somente as regras expressas do Código constituíam normas jurídicas (negavam o caráter normativo dos princípios) e sob o ponto de vista interpretativo predominava uma concepção gramatical de que na literalidade do texto se dispensa a interpretação. Essa era a ideia de “lacuna da lei”.

Já outras correntes de pensamento (também positivistas), mais abrangentes quanto ao reconhecimento das fontes do Direito, tendiam a admitir a ideia de lacunas do sistema jurídico ou do Direito como um todo, cabendo às fontes subsidiárias – tais como analogia, princípios gerais, costume e equidade, as quais algumas escolas não reconheciam sequer natureza de norma jurídica –justamente função de integração do sistema jurídico³²⁸.

Embora não seja o objeto central, a perspectiva do presente trabalho, diante da matriz teórica adotada, é no sentido de que tais lacunas decorrem da equiparação do Direito à lei, ou seja, sob o ponto de vista técnico, não existem; pois “se o Direito extrapola a lei, fica mais difícil de se falar em lacunas”³²⁹. Significa dizer que mesmo não se admitindo o dogma da completude do Direito, isso não implica necessariamente reconhecer tais lacunas, o que não significa que sob a ótica hermenêutica elas não existam. Nesse sentido, Lenio Streck resume o debate:

a discussão sobre a existência (ou não) de lacunas no Direito assume relevância, basicamente, em dois aspectos: em primeiro lugar, a discussão é importante para a própria dogmática jurídica, na medida em que a tese das lacunas serve como forte elemento norteador e, também, como sustentáculo ao Direito visto de maneira

³²⁷ BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico*. São Paulo: Ícone, 2006, p. 73-78.

³²⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 119-124.

³²⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 155.

circular e controlado; em segundo lugar, serve, igualmente, como argumento desmi(s)tificador do próprio dogma do Direito baseado no modelo napoleônico, pois pode-se entender, sem dúvida, que, quando o juiz está autorizado/obrigado a julgar nos termos dos arts. 4º da LINDB e 126 do CPC (isto é, deve sempre proferir uma decisão), isso significa que o ordenamento é, dinamicamente, completável, através de uma autorreferência ao próprio sistema jurídico.³³⁰

Não obstante o Positivismo Exegético defender teoricamente o axioma da completude do Código de Napoleão, a hipótese de a lei abarcar todos os casos e situações (especialmente futuros) que seriam submetidos ao Judiciário foi, desde muito cedo, tratada como mera ficção entre os próprios legalistas. Nesse sentido, Delmas-Marty afirma “o tempo, única fonte verdadeira do direito. Essa é a lição de prudência e de modéstia que Portalis dirige a todos os que ficassem tentados pelo voluntarismo legislativo”, pois os próprios redatores do código bem sabiam que “um código, por mais completo que possa parecer, mal está terminado e mil questões inesperadas vêm oferecer-se ao magistrado”³³¹.

Contudo, a solução específica para os casos de ausência de texto legislativo adotada pelo Código de Napoleão foi a previsão do Art. 4º: “o juiz que se recusar a julgar sob o pretexto do silêncio, da obscuridade ou insuficiência da lei, poderá ser processado como culpável de justiça denegada”³³². Ou seja, a solução dos redatores para vedar o *non liquet* (abstenção de julgamento) foi prever a punição do juiz por “denegação” de jurisdição, sem oferecer, entretanto, orientações sobre como proceder na fundamentação desses casos. Essa solução se desdobra em dois planos. Num primeiro, reforça o dogma da onipotência do legislador, ou seja, o juiz deve se esforçar para encontrar a resposta no interior da legislação produzida pelo legislador e que carrega sua intenção (como se a interpretação desvendasse a “vontade do legislador”). Mas na prática, abre-se uma segunda esfera, um espaço de “livre criação” do Direito, no qual o juiz decide com base em um juízo pessoal (subjetivo) de equidade ou aquilo que entende derivar dos princípios de Direito Natural³³³.

³³⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 156.

³³¹ DELMAS-MARTY, Mireille. *Por um direito comum*. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 59-60.

³³² BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico*. São Paulo: Ícone, 2006, p. 74.

³³³ BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico*. São Paulo: Ícone, 2006, p. 74-77.

Grande crítico do exegetismo e precursor da teoria das fontes do Direito no início do século XX, François Geny denuncia o despropósito da ideia de completude do Código, mas também o mito da “vontade do legislador”, especialmente quanto à noção de que o uso de outras fontes (subsidiárias à lei) – tais como a jurisprudência e a doutrina – estariam limitadas a fornecer uma dedução lógica daquilo que seria a intenção do legislador histórico.

Ante todo, este libro es una obra de sinceridad. **Hace cerca de un siglo que vivimos de una ficción que ha producido todas las ventajas que estaba destinada á procurar**, y de la cual ya hace tiempo que no tocamos sino los inconvenientes. Hay que volver á realidad. **Consistía la ficción en creer, no en que la ley fuese verdaderamente bastante para todo, cosa increíble, pues todo el mundo sabe que no hay ley alguna codificada que pueda abarcar y prever la totalidad de las relaciones jurídicas**, sino que la jurisprudencia como la doctrina en su función de interpretación de la ley, no realizaban otra cosa que una investigación acerca de la voluntad del legislador, una deducción lógica de las soluciones que el mismo legislador podría aceptar, no el legislador moderno, sino el autor mismo de la ley, cualquiera que fuese el tiempo transcurrido entre el pasado y el presente.³³⁴

Geny se debruça sobre os temas das fontes partindo da constatação de que, entre os países codificados do sistema romano germânico, ainda impera uma prevalência da lei³³⁵ sobre as demais espécies de fontes, fruto do triunfo do constitucionalismo moderno e da sensação de confusão experimentada pela civilização contemporânea que só pode ser melhor aplacado por regras fixas emanadas de uma autoridade certa e conhecida³³⁶. A partir dessa análise, questiona o espaço que pode ser ocupado pela lei escrita no todo do sistema de Direito positivo e de que forma o código se relaciona com as demais fontes³³⁷.

Sua principal preocupação e contrariedade é no sentido de que não acredita ser papel da codificação – em sua necessária coexistência com as demais espécies de fontes –, estabelecer um rol legal das demais fontes subsidiariamente admitidas e

³³⁴ GENY, François. *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo*. Madrid: Hijos de Reus, 1902, p. II.

³³⁵ O autor denomina esta prevalência da lei de “postulado brutal da onipotência legislativa”. “GENY, François. *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo*. Madrid: Hijos de Reus, 1902, p. 205.

³³⁶ GENY, François. *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo*. Madrid: Hijos de Reus, 1902, p. 208.

³³⁷ GENY, François. *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo*. Madrid: Hijos de Reus, 1902, p. 98.

das suas formas de interpretação. Para tanto, parte da análise das escolas alemãs e afirma que, desde a Escola Histórica de Savigny, os alemães, por razões óbvias, sempre perceberam com maior facilidade a força do Direito consuetudinário e, portanto, recusaram a ideia de que as fontes derivam somente de uma autoridade de segunda ordem³³⁸. E o melhor exemplo disso é o próprio Código Civil alemão (*Bürgerliches Gesetzbuch* – BGB), que durante a tramitação de seu projeto viu prevalecer a concepção de que o legislador não se excede ao estipular um rol legal das fontes de Direito reconhecidas por determinado Ordenamento positivo, mas que na versão final de seu texto não traz qualquer disposição acerca das fontes ou da interpretação do Direito objetivo³³⁹.

Partindo de um universo bem tradicional de fontes – lei, costumes, analogia, jurisprudência, contratos e doutrina –, atribui função primordial à interpretação, denominando seu método de “livre investigação científica”³⁴⁰. Geny é um pensador de seu tempo e, evidentemente, ainda está envolto nos limites que existiam na compreensão hermenêutica da transição do século XIX para o século XX; mas ainda sim elaborou uma crítica muito perspicaz sobre riscos que os ordenamentos do sistema romano-germânico correm com a totalidade da lei escrita como fonte única ou principal, mas também sobre a necessidade de se repensar a forma como a lei escrita se relaciona com as demais fontes, tanto passadas como futuras. Nesse sentido, adverte que a transposição de normas para a codificação pode secar fontes formais anteriores. Já em relação às fontes “por vir”, é contrário ao uso da lei escrita para estabelecer um rol legal de suas fontes rivais ou para regular a forma de interpretação sobre o conteúdo das demais espécies de fontes³⁴¹, a exemplo (negativo) do que fez o Brasil, com a edição do Art. 4º da antiga Lei de Introdução do Código Civil, e que até os dias atuais produz significativa desinteligência, como será abordado em capítulo específico mais a seguir.

³³⁸ GENY, François. *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo*. Madrid: Hijos de Reus, 1902, p. 203.

³³⁹ GENY, François. *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo*. Madrid: Hijos de Reus, 1902, p. 204.

³⁴⁰ GENY, François. *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo*. Madrid: Hijos de Reus, 1902, p. 206.

³⁴¹ GENY, François. *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo*. Madrid: Hijos de Reus, 1902, p. 207.

3.2 A Escola Histórica alemã e a Jurisprudência dos Conceitos

Na Renascença e na Revolução Francesa, os partidos liberais lutam pela realização da doutrina de Direito Natural (principalmente identificado pela busca de universais) e pela representação política do cidadão. “O liberalismo luta pelo Estado de direito, pela limitação do poder estatal através de leis e pela proteção dos direitos fundamentais”³⁴² e mesmo o positivismo exegético do Código de Napoleão foi remotamente precedido por uma influência jusnaturalista, conforme referido no subcapítulo anterior. Mas a chegada do século XIX, traz novas e remodeladas ciências, que oferecem à teoria do Direito “uma plenitude de novos pontos de vista para a concepção do homem e de sua cultura: o significado da história é novamente compreendido”³⁴³.

O impulso do pensamento filosófico e comercial forma um sentimento renovado para a condição histórica e peculiar de cada época: “o historicismo compreendeu que os homens das diferentes épocas e nações são profundamente diferentes [...] porque eles são influenciados no seu pensamento e nas suas concepções de valores pela tradição, portanto, pela história”³⁴⁴. Friedrich Carl von Savigny (1779-1861), maior expoente da Escola Histórica, localiza o Direito no contexto maior da cultura geral, como expressão da cultura nacional de cada nação e não como um universal compartilhado de forma geral por todos os povos e tempos³⁴⁵. Mais tarde, seu discípulo Puchta cunhou – a hoje famosa – expressão *volksgeist* (espírito do povo). Savigny concebe o Direito como o resultado de um longo processo histórico, que não evolui de imediato, por meio de uma única decisão (como a promulgação legislativa de um Código), mas de forma contínua, orgânica, mais pelo trabalho diligente dos juristas (professores/cientistas), do que pela decisão imediata do legislador, razão pela qual recusa a proeminência concedida ao Código Civil pelos legalistas franceses³⁴⁶.

³⁴² COING, Helmut. *Elementos fundamentais da filosofia do Direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 62.

³⁴³ COING, Helmut. *Elementos fundamentais da filosofia do Direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 63.

³⁴⁴ COING, Helmut. *Elementos fundamentais da filosofia do Direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 63-64.

³⁴⁵ COING, Helmut. *Elementos fundamentais da filosofia do Direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 69.

³⁴⁶ COING, Helmut. *Elementos fundamentais da filosofia do Direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 69.

Outros fatores que contribuíram para a formação da Escola Histórica na Alemanha foram o revigorado sentimento patriótico – que se disseminou pela resistência à invasão napoleônica, e que gerou todo um misticismo em torno das ideias de povo (*Volk*) e nação, transcendendo a ideia de mera valorização da cultura, comum a tantos povos, para se tornar uma espécie de essência, de valor místico igualável a noção metafísica de *volonté général* de Rousseau –, assim como o Romantismo, que nasceu na pitoresca Heidelberg, e influenciou não apenas poetas e intelectuais, mas também boa parte dos juristas germânicos³⁴⁷.

Mario Losano estabelece um interessante contraponto entre o pensamento de Savigny e um de seus críticos, Eduard Gans, autor quase desconhecido no Brasil. Gans foi aluno de Thibaut – autor da polêmica com Savigny a respeito de uma codificação unificada para a Alemanha – e também herdeiro da postura crítica de Hegel, de quem também foi aluno³⁴⁸. Enquanto a filosofia da história iluminista tentou gerar uma história universal e, portanto, uma história universal do Direito, incapaz de resolver a contradição entre história (filosofia) e Direito Natural – que deveria remontar seus conceitos à razão, mas era dependente de sistemas jurídicos muito calcados na experiência, como o Direito romano (comum) e os direitos europeus locais – Savigny propõe um retorno à origem do Direito, no sentido dos costumes de cada povo (“espírito do povo”), rejeitando os universais do Direito Natural; um Direito que não é criado pela legislação, mas conhecido pelo estudo e observação. Assim, como um conservador, fundou sua concepção no Direito Romano e rechaçou a ideia iluminista de substituir a pluralidade dos ordenamentos feudais pela promulgação de um único Código Civil³⁴⁹.

Já Gans, desenvolveu um programa científico que “proclamava a *unidade do direito natural com a história jurídica*”³⁵⁰ por meio das ideias hegelianas. Em Hegel, o direito natural deriva do espírito universal e não da mera generalização de direitos particulares; levando ao extremo essa visão, Gans propõe elaborar a verdadeira história universal dos direitos dos povos, o que segundo Losano só não foi possível

³⁴⁷ KELLY, John M. *Uma breve história da teoria do direito ocidental*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 422-423.

³⁴⁸ LOSANO, Mario G. *Sistema e estrutura no direito: das origens à Escola Histórica*. São Paulo: Martins Fontes, 2008. v.1, p. 162.

³⁴⁹ LOSANO, Mario G. *Sistema e estrutura no direito: das origens à Escola Histórica*. São Paulo: Martins Fontes, 2008. v.1, p. 160.

³⁵⁰ LOSANO, Mario G. *Sistema e estrutura no direito: das origens à Escola Histórica*. São Paulo: Martins Fontes, 2008. v.1, p. 162.

em razão de sua morte prematura³⁵¹. A crítica de Gans está centrada principalmente na falta da filosofia na Escola Histórica. A Escola pecou ao não influenciar filosoficamente seus adeptos, que continuaram a trabalhar como uma grande plenária de muitos trabalhadores isolados de suas fontes, da mesma forma como faziam antes do movimento³⁵².

Ao defender um amor pelo passado, que guarda o Direito da nação, a Escola Histórica influenciou negativamente o pensamento jurídico, ao preterir a vocação legislativa como forma de atualização do Direito e, principalmente, por gerar um desafeto à filosofia que concentrou os juristas somente nos detalhes e na exterioridade das fontes, levando a um empobrecimento geral destas, ao desprezar aquilo que não fosse de origem romana ou germânica³⁵³. Diferentemente, para Gans, o passado, por si só, está morto no presente, o que persiste é a substância – tanto do passado, como do presente – que se manifesta no espírito de cada povo por meio da razão. Reabilitando a filosofia, Gans defende que esta é capaz de aceitar o conteúdo das ciências positivas – tanto do espírito, como da natureza – gerando uma tendência de comparação entre todas as ciências positivas, na qual “a verdade não reside em cada parte, mas na totalidade”. Assim, da crítica à Escola Histórica passou à fundação da comparação jurídica³⁵⁴.

É possível afirmar que Karl Larenz discorda parcialmente deste diagnóstico, ao lembrar que Savigny não rejeita inteiramente a filosofia. Resgatando lições de 1802, localizou passagens nas quais Savigny afirma que o Direito é primeiro uma ciência histórica, e depois, uma ciência filosófica. Tal afirmação não se trata de um retorno ao jusnaturalismo, mas à equiparação da filosofia ao termo “sistemático”.

Larenz esclarece que, para Savigny, todo sistema conduz à filosofia, na medida em que mesmo a mais simples exposição de um sistema histórico remete a uma unidade, um ideal. Dessa forma, a filosofia não seria necessária como conhecimento prévio, o que permitiria distinguir a teoria filosófica do Direito – enquanto aceitação dos princípios do Direito Natural – do elemento filosófico

³⁵¹ LOSANO, Mario G. *Sistema e estrutura no direito: das origens à Escola Histórica*. São Paulo: Martins Fontes, 2008. v.1, p. 162.

³⁵² LOSANO, Mario G. *Sistema e estrutura no direito: das origens à Escola Histórica*. São Paulo: Martins Fontes, 2008. v.1, p. 163.

³⁵³ LOSANO, Mario G. *Sistema e estrutura no direito: das origens à Escola Histórica*. São Paulo: Martins Fontes, 2008. v.1, p. 164-165.

³⁵⁴ LOSANO, Mario G. *Sistema e estrutura no direito: das origens à Escola Histórica*. São Paulo: Martins Fontes, 2008. v.1, p. 164.

sistemático que é essencial à ciência (positiva) do Direito, e que necessariamente pressupõe uma unidade³⁵⁵.

Mas quais são as fontes do Direito para os historicistas? Assim como a exegese, a Escola Histórica trabalhou com textos autoritaristas³⁵⁶ – o Código Civil e o *Corpus Iuris Civilis*, respectivamente. A metodologia do jurista continental daquele período dependia muito do texto, para então tipificar o caso. O pensamento se dava pela formulação de princípios, justificados por textos isolados do Direito Romano. Esse sistema foi desenvolvido por Savigny especialmente na obra *Sistema de Direito Romano atual*. Nela, Savigny afirma que as fontes do Direito são suas bases gerais, ou seja, os institutos jurídicos e regras particulares que das primeiras se separam por abstração.³⁵⁷ O conjunto desses institutos jurídicos formam um vasto sistema, cuja harmonia depende da reprodução de sua natureza orgânica e que determina a capacidade de compreensão de seu todo; e esta é a distância que se estabelece entre uma relação jurídica individual e o ordenamento jurídico positivo de uma nação.

Isso significa dizer que para Savigny o Direito é composto essencialmente por duas espécies de fontes. As *regras específicas*, na sua maioria leis promulgadas pela autoridade estatal, ou outra forma que determinado sistema utilize para a produção de regras jurídicas³⁵⁸. Mas o conteúdo dessas regras depende de um conhecimento prévio, que são os *institutos jurídicos*, tais como casamento, testamento, sucessão, pátrio poder ou boa-fé. Essa segunda espécie de fontes seria superior, na medida em que representa a manifestação viva e dinâmica daquilo que o “espírito do povo” reconhece como Direito vigente e imperativo. Essas “verdadeiras fontes” (institutos jurídicos) não se confundem com as fontes históricas, que podem ser todos os eventos que fornecem fatos que contribuem para a ciência do Direito, por isso, o Digesto de Justiniano é, por vezes, fonte do Direito e, em outras, fonte histórica³⁵⁹.

³⁵⁵ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do Direito*. 4. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2005, p. 9-10.

³⁵⁶ COING, Helmut. *Elementos fundamentais da filosofia do Direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 314.

³⁵⁷ SAVIGNY, M. F. C. de. *Sistema del derecho romano actual*. Madrid: F. Góngora y Compañía, Editores. 1878, p. 28.

³⁵⁸ SAVIGNY, M. F. C. de. *Sistema del derecho romano actual*. Madrid: F. Góngora y Compañía, Editores. 1878, p. 26.

³⁵⁹ SAVIGNY, M. F. C. de. *Sistema del derecho romano actual*. Madrid: F. Góngora y Compañía, Editores. 1878, p. 28-29.

Assim, esses institutos jurídicos são conhecidos ou produzidos (indiretamente) pelo “espírito do povo”, como decorrência dos costumes – de uma “convicção comum” compartilhada pelo povo, dotada de imperatividade e que não pode ser simplesmente instituída pela lei.

A única forma em que uma tal convicção logra constituir-se não é, manifestamente, a de uma dedução lógica, mas a de um sentimento e intuição imediatos. Ora, na sua origem, esse sentimento e essa intuição não podem estar referidos a uma *norma* ou *regra* – concebível apenas como produto de um pensamento racional, por ser já geral e abstracto; eles só podem ter por objeto as concretas e ao mesmo tempo típicas *formas de conduta* que, justamente pela consciência da sua «necessidade intrínseca», são observadas pelo conjunto dos cidadãos, ou seja, as próprias *relações da vida* reconhecidas como típicas do ponto de vista do Direito.³⁶⁰

A partir disso, a função da ciência jurídica é entender a historicidade do Direito, dando-lhe sistematicidade e coerência interna, na medida em que tais institutos estão vivos na compreensão do povo e são resultado de um longo processo histórico³⁶¹. Essa concepção convida a algumas críticas e conclusões. Primeiro, é um erro comum afirmar que Savigny recusa absolutamente a legislação. Tal equívoco se dá pelo desconhecimento acerca da polêmica que se estabeleceu com Thibaut.

Sob a influência do movimento da codificação francesa, Anton Thibaut, professor de Heidelberg, publicou, em 1814³⁶², o ensaio *Sobre a necessidade de um Direito Civil geral para Alemanha*, no qual defende a adoção de um único Código Civil para toda Alemanha³⁶³. Seu diagnóstico é de que faltam correção formal e material aos antigos Códigos dos vários territórios alemães e, portanto, estes não atendem as demandas presentes à época.

A toda legislación se pueden y deben exigir dos requisitos: que sea perfecta formal y materialmente; es decir, que formule sus preceptos de una manera clara, inequívoca y exhaustiva, y que ordene las instituciones civiles de una manera sabia y conveniente, de completa conformidad con las necesidades de los súbditos. Lamentablemente,

³⁶⁰ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do Direito*. 4. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2005, p. 13.

³⁶¹ COING, Helmut. *Elementos fundamentais da filosofia do Direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 69-70.

³⁶² KELLY, John M. *Uma breve história da teoria do direito ocidental*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 424.0

³⁶³ THIBAUT, Anton. *Sobre la necesidad de un derecho civil general para Alemania*. Madrid: Aguilar, 1970, p. 11.

no hay ningún país integrante del Reich alemán donde de satisfaga, siquiera sea parcialmente, ni uno solo de estos requisitos. Nuestros antiguos códigos alemanes, de los que en muchos de nuestros países existe todavía un surtido variado, son, en ocasiones, expresión vigorosa del auténtico modo de ser alemán, por lo que, en una nueva legislación, pueden ser perfectamente aprovechados en determinadas cuestiones jurídicas. Pero, con frecuencia, no responden a las necesidades de nuestro tiempo, muestran en todas partes las huellas de la antigua rudeza y estrechez de miras y, en ningún caso, pueden valer como código generales comunes.³⁶⁴

Para tanto, defende que a edição de um Código geral comum tem a vantagem de ser mais acessível, garantindo aos leigos e aos profissionais um “Direito vivo atual” aplicável a cada caso, como produto de um Código simples, obra do esforço e da atividade dos juristas contemporâneos, que sirva de fundamento para a segurança jurídica civil e proporcione a união patriótica de todos os governos alemães do Império, em prol de um ordenamento civil comum e perene³⁶⁵.

Essa tomada de posição da “Escola filosófica do Direito”³⁶⁶ despertou a crítica de Savigny, que em resposta publicou, também em 1814, o texto *Sobre a vocação de nossa era para a legislação e a ciência jurídica*, no qual reconhece que o Direito comum – que era amplamente difundido por todos os territórios germânicos – fundado no livro de Justiniano³⁶⁷ passou por um período de decadência, em razão do acoplamento desse modelo aos diferentes Direitos dos diversos países, justificando as críticas que se faziam ao ensino jurídico, à pluralidade de sistemas e à crise da morosidade processual³⁶⁸.

Contudo, acredita que essas dificuldades não diminuem a importância do Direito Romano como modelo de método jurídico, tampouco roubam o Direito alemão de seu caráter nacional³⁶⁹. Dessa forma, defende que a saúde de um sistema orgânico, tal como o Estado, depende do equilíbrio entre as partes e o todo. O Direito civil tem um papel a exercer no sentimento patriótico e na consciência de

³⁶⁴ THIBAUT, Anton. *Sobre la necesidad de un derecho civil general para Alemania*. Madrid: Aguilar, 1970, p. 11-12.

³⁶⁵ THIBAUT, Anton. *Sobre la necesidad de un derecho civil general para Alemania*. Madrid: Aguilar, 1970, p. 19-20.

³⁶⁶ BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico*. São Paulo: Ícone, 2006, p. 58.

³⁶⁷ SAVIGNY, Friedrich Carl von. *De la vocación de nuestra época para la legislación y la ciencia del Derecho*. Madrid: Aguilar, 1970, p. 75.

³⁶⁸ SAVIGNY, Friedrich Carl von. *De la vocación de nuestra época para la legislación y la ciencia del Derecho*. Madrid: Aguilar, 1970, 76-78.

³⁶⁹ SAVIGNY, Friedrich Carl von. *De la vocación de nuestra época para la legislación y la ciencia del Derecho*. Madrid: Aguilar, 1970, p. 75-76.

cada povo e província; assim, o todo estaria assegurado, em sua base, pelo Direito comum (romano), que é compartilhado em toda Alemanha, sem com isso desfavorecer a multiplicidade e as peculiaridades do Direito particular de cada grupo³⁷⁰. Kelly resume da seguinte forma:

Essa obra, que anunciou substancialmente o programa que caracterizaria a escola histórica, declarou prematura a proposta de Thibaut. Segundo Savigny, não era possível codificar o que ainda não se tinha entendido adequadamente; e não poderia haver um entendimento completo da massa de leis em vigor em diferentes partes da Alemanha até que a história de cada parte da massa tivesse sido plenamente discernida e explorada, tarefa que ainda não havia sido sequer encetada, mas que Savigny, inflamado com o espírito romântico em seu aspecto de encantamento histórico centrado na nação, estava determinado a aceitar.³⁷¹

Sobre a vocação alemã para a legislação, Savigny reflete sobre as fontes do Direito a partir de um exemplo prático, afirmando que o matrimônio pertence somente metade ao Direito e a outra metade ao costume. Com isso, quer dizer que o “todo do Direito matrimonial” é incompreensível, se não considerado em conexão com seu complemento necessário³⁷². Esse exemplo dá evidência à concepção binária de fontes – institutos jurídicos e regras isoladas. Por um lado, demonstra que é um equívoco afirmar que Savigny faz uma recusa absoluta da legislação. Sua reticência é com a ideia de que somente um Código Civil geral, aos moldes napoleônicos, seria capaz de unificar e modernizar o Direito alemão. Ou seja, ele não deposita fé no avanço conduzido pela legislação, mas sim na atividade diligente de uma classe científica³⁷³ – juristas e professores –, capazes de compreender a historicidade dos costumes e traduzi-los para os institutos jurídicos que servem de base às regras jurídicas.

Sob esse enfoque, duas críticas se fazem necessárias. Primeiro, ao deslocar a noção de fontes do Direito para fora deste, afirmando que sua fonte primeira e verdadeira é o “*Volksgeist*” – os costumes que fundam a “comum convicção jurídica

³⁷⁰ SAVIGNY, Friedrich Carl von. *De la vocación de nuestra época para la legislación y la ciencia del Derecho*. Madrid: Aguilar, 1970, p. 79.

³⁷¹ KELLY, John M. *Uma breve história da teoria do direito ocidental*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 424.

³⁷² SAVIGNY, Friedrich Carl von. *De la vocación de nuestra época para la legislación y la ciencia del Derecho*. Madrid: Aguilar, 1970, p. 82-82.

³⁷³ COING, Helmut. *Elementos fundamentais da filosofia do Direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 69.

do povo”³⁷⁴ –, acaba fornecendo os elementos para que, posteriormente, se desenvolva o problemático conceito de “fontes materiais ou sociais”, que ao fim e ao cabo enfraquecem a própria autonomia do Direito enquanto ciência.

E, segundo, como bem identifica Larenz, Savigny foi incapaz de demonstrar com clareza como se dá o trânsito entre essas fontes, desde a convicção comum popular, que forma os institutos jurídicos, e de que forma a intuição desses institutos é artificialmente abstraída para as regras jurídicas. “Sem prejuízo de toda a conformação e elaboração conceptual, é, pois, na intuição do instituto jurídico que as regras encontram o seu último fundamento”³⁷⁵.

Não obstante, é incontestável que a influência de Savigny foi determinante para retardar o movimento de codificação do Direito Civil na Alemanha até o início do século XX – o Código Civil alemão, *Bürgerliches Gesetzbuch*, somente entrou em vigor em 1900 –, que se deu já sob o predomínio de uma subsequente corrente de pensamento, a Jurisprudência dos Conceitos, da qual curiosamente Savigny, ao propor um sistema jurídico formado por institutos – conceitos gerais e abstratos – organizados por meio de um nexu lógico-sistemático, foi precursor.

Precisamente porque, ao acentuar, com razão, o carácter primário dos institutos jurídicos em face das simples regras jurídicas, SAVIGNY entendia que a apreensão conveniente de um instituto jurídico (como um todo de sentido) só era possível pela intuição – confinando o pensamento conceptual numa apreensão de regras jurídicas necessariamente abstractas, à maneira lógica formal – pode dizer-se que ele preparou o caminho à «Jurisprudência dos conceitos» formal de PUCHTA.³⁷⁶

Georg Friedrich Puchta foi o responsável pela transição da Escola Histórica para a Jurisprudência dos Conceitos³⁷⁷, passando da noção de sistema orgânico de Savigny para um sistema lógico-formal de conceitos, que assume um formato piramidal³⁷⁸. Quanto à teoria das fontes, pouco inovou em relação a seu antecessor, substituindo as noções de institutos jurídicos e regras isoladas por conceitos jurídicos, cuja validade dependia exclusivamente de critérios lógico-formais de

³⁷⁴ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do Direito*. 4. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2005, p. 13.

³⁷⁵ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do Direito*. 4. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2005, p. 13.

³⁷⁶ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do Direito*. 4. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2005, p. 15.

³⁷⁷ LOSANO, Mario G. *Sistema e estrutura no direito: das origens à Escola Histórica*. São Paulo: Martins Fontes, 2008. v.1, p. 337 e 340.

³⁷⁸ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do Direito*. 4. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2005, p. 22.

domínio exclusivo dos juristas³⁷⁹. Isso significa dizer que todo o conteúdo para a produção das normas jurídicas se encerra em um sistema de conceitos que se validam internamente, de forma hierárquica, remetendo-se até o vértice da pirâmide, por um critério lógico. Ou seja, o positivismo científico “deduz o direito exclusivamente a partir do sistema, dos conceitos e dos princípios geralmente reconhecidos da sua ciência”³⁸⁰. Todo o Direito é deduzido dos conceitos, o que denomina de “genealogia dos conceitos”³⁸¹.

Dessa forma, o sistema de Puchta pressupõe que é possível decidir “todas as situações jurídicas apenas por meio de uma operação lógica que subsuma a situação real à valoração hipotética contida num princípio geral de caráter dogmático (e implícito também nos conceitos científicos)”³⁸², o que justifica a crítica de Streck de que a Jurisprudência dos Conceitos é tão exegética quanto a Escola da Exegese francesa³⁸³.

O sistema em formato piramidal possui em seu vértice o conceito “mais geral possível” e todos os demais conceitos podem ser subsumidos a partir dele, o que assegura unidade ao sistema³⁸⁴. A validade formal de todos os conceitos está, portanto, remetida a um nexos lógico com esse “conceito supremo”. Dessa forma, embora não abandone por completo a noção de “espírito do povo” e o papel especializado dos juristas no conhecimento das proposições, substitui o nexos orgânico entre os institutos jurídicos por um nexos lógico entre conceitos (abstratos), que são a fonte imediata para a inteligência das normas jurídicas³⁸⁵. Com isso,

³⁷⁹ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do Direito*. 4. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2005, p. 24.

³⁸⁰ WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2004, p. 494.

³⁸¹ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do Direito*. 4. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2005, p. 25.

³⁸² WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2004, p. 494.

³⁸³ STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica*. Belo Horizonte: Letramento/Casa do Direito, 2017, p. 104-105.

³⁸⁴ Este conceito é fornecido pela filosofia do Direito, o que segundo Puchta asseguraria um ponto seguro para construir dedutivamente o sistema e “inferir novas proposições jurídicas”. Segundo Larenz, o *a priori* filosófico adotado por Puchta é o conceito kantiano de liberdade, a partir do qual constrói os conceitos centrais de “sujeito de direito como pessoa” e “direito subjetivo como poder jurídico”. Dessa forma, Larenz conclui que o sistema de Puchta não prescinde de um elemento suprapositivo. LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do Direito*. 4. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2005, p. 25-26.

³⁸⁵ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do Direito*. 4. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2005, p. 23-24.

confere à ciência jurídica verdadeiro caráter produtivo, “a ciência jurídica pode produzir direito válido”³⁸⁶.

A “genealogia dos conceitos” se forma de maneira que todos os conceitos podem ser sistematicamente conhecidos, tanto em direção ascendente como descendente, pela conformação de todos os “termos médios” que compõem tais conceitos. Para tanto, propõe o exemplo da “servidão de passagem”, que pode ser conhecida pela decomposição de outros vários conceitos abstratos – tais como, direito subjetivo, poder sobre uma coisa, direito real, coisa alheia, sujeição parcial, uso, e, assim, sucessivamente, até se chegar à conclusão de que a servidão de passagem pertence ao gênero “dos direitos de uso sobre coisas”³⁸⁷.

A partir dessa visão, Puchta de fato soma uma terceira fonte às duas já descritas por Savigny – institutos jurídicos e regras isoladas –, qual seja, a própria ciência jurídica, que é, portanto, produtora de normas jurídicas³⁸⁸. Enquanto em Savigny o interesse central era a análise histórica das fontes (especialmente romanas), pela relação que se estabelecia entre os institutos jurídicos, produto dos costumes, e as regras jurídicas, que lhes eram subordinadas, em Puchta as fontes se submetem a uma elaboração mais rigorosa, em favor de uma construção conceitual abstrata³⁸⁹, preparando o terreno para o *formalismo* que prevaleceria por mais de um século, apesar das críticas do segundo Ihering ou daquilo que Wieacker denominou de a “definitiva alienação da ciência jurídica em relação à realidade social, política e moral do Direito”³⁹⁰. Ao conjunto da obra dos vários autores que seguiram o percurso desde a Escola Histórica até a Jurisprudência dos Conceitos, adotando como espinha dorsal o Direito Romano, deu-se o nome de Pandectista (pandectas como institutos ou conceitos).

A obra de Rudolph von Ihering pode ser dividida em duas fases. O Ihering um foi partidário da Jurisprudência dos Conceitos. O segundo Ihering foi crítico da

³⁸⁶ LOSANO, Mario G. *Sistema e estrutura no direito: das origens à Escola Histórica*. São Paulo: Martins Fontes, 2008. v.1, p. 339.

³⁸⁷ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do Direito*. 4. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2005, p. 23-25.

³⁸⁸ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do Direito*. 4. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2005, p. 23-24 e LOSANO, Mario G. *Sistema e estrutura no direito: das origens à Escola Histórica*. São Paulo: Martins Fontes, 2008. v.1, p. 339.

³⁸⁹ LOSANO, Mario G. *Sistema e estrutura no direito: das origens à Escola Histórica*. São Paulo: Martins Fontes, 2008. v.1, p. 345-346.

³⁹⁰ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do Direito*. 4. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2005, p. 28-29.

postura lógico-formal, amparado pela então inovadora sociologia do Direito. A obra mais importante da primeira fase é *O espírito do direito romano*, na qual enaltece a “a arte da construção jurídica como a forma mais elevada de jurisprudência”³⁹¹.

Dentre as razões que influenciaram a guinada de posição, Wieacker sugere o afastamento das concepções metafísicas do idealismo kantiano e do historicismo romântico, mas pondera que este movimento de autocrítica nunca significou o total abandono do positivismo jurídico-científico³⁹². Sobre a compreensão do positivismo científico entre os próprios juristas da Alemanha do século XIX, o trecho a seguir é esclarecedor:

Pensamento científico significa, domínio sobre o que se apresenta, de maneira que nós *subordinamos* conceitos. Exatamente assim, é na ciência jurídica. Com a ajuda de poucos conceitos, dominamos, relativamente, o mundo do direito. A visão sobre os fins do direito (“Jurisprudência dos interesses”) nos conduz ao conteúdo objetivo dos princípios jurídicos. A apresentação na forma do desenvolvimento conceitual (“Jurisprudência dos conceitos”) dá a este conteúdo a forma científica, criadora.³⁹³

Em seu primeiro período, a concepção de fonte de Ihering não diverge muito de Puchta; o direito positivo é antes o produto da interpretação e aplicação de um sistema de conceitos que se sobrepõe às regras isoladas, o que implica dizer que tanto o trabalho da ciência do direito, bem como do juiz, é uma atividade puramente lógica³⁹⁴. Dessa forma, os conceitos são fontes de conhecimento, embora não ignore a lei como fonte formal de normatividade. Nas palavras do próprio Ihering, a

conversão das regras em definições jurídicas é no que se diferenciam o desenvolvimento e a intuição científica do direito do de sua exposição num Código. O legislador pode limitar-se em estabelecer a sua vontade na fórmula originária, imediatamente aplicável, **enquanto que a ciência, ao contrário, não somente tem a missão de explicar e de coordenar estas vontades, senão que, deve também reduzi-las a elementos lógicos do sistema.** O legislador oferece-nos, por assim dizer, corpos compostos que só o interessam por sua utilidade imediata; a ciência, ao contrário,

³⁹¹ WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2004, p. 515.

³⁹² WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2004, p. 517.

³⁹³ Rudolph Sohm apud COING, Helmut. *Elementos fundamentais da filosofia do Direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 318.

³⁹⁴ COING, Helmut. *Elementos fundamentais da filosofia do Direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 317-318.

empregando a análise, converte-os em corpos simples. Ao realizar esta operação é quando se vê que regras em aparência heterogêneas se compõem com a ajuda dos próprios elementos e podem desaparecer; que tal regra diferindo de outra em um só ponto, será bastante indicá-lo; que tal outra se compõe de muitos elementos, cuja noção é simples e que basta, por consequência, reuní-los para obter a regra. Com semelhante análise se adquire o conhecimento da verdadeira natureza das regras do direito, oferecendo a vantagem de que **a ciência, em lugar de uma multidão de regras distintas, obtém um número limitado de corpos simples, por meio dos quais pôde recompôr, quando queira, cada uma das regras do direito [...]** **A combinação dos diversos elementos permite à ciência criar novas noções, que em sua fecundidade melhoram e engendram outras. As regras do direito, tais como são, não tem força geradora;** permanecem inertes, até que sejam reduzidas a elementos simples e colocados em linhas ascendente ou descendente, segundo as relações e o grau de parentesco que tenham com as outras.³⁹⁵ (grifo nosso)

No longo trecho acima selecionado, já é curioso destacar as metáforas do autor com o naturalismo, que é peculiar à época e lhe seria característico na segunda fase. Por isso, adota o método histórico-natural³⁹⁶. Na crítica de Arthur Kaufmann, essa visão tenta fazer da lei algo fecundo em si mesmo, dispensando as situações da vida prática³⁹⁷. Ihering difere de Puchta quanto à recusa de conteúdo ético para o conceito supremo, radicalizando a postura indutiva de lógica formal.

A Jurisprudência dos conceitos foi uma tentativa de resistir ao problema das lacunas que se colocava ao exegetismo em razão dos limites que este pensamento impunha ao intérprete³⁹⁸. Por isso, é oportuna a crítica de Streck quando afirma que é uma “escola marcada pela presença de um Direito sem lacunas, em formato lógico de pirâmide de conceitos e desenvolvida por raciocínios de indução e dedução”³⁹⁹.

3.3 As correntes sociológicas do Direito

As várias escolas que se desenvolveram, a partir da segunda metade do século XIX em direção ao século XX, fundadas na novidade da inspiração

³⁹⁵ IHERING, Rudolph von. *O espírito do direito romano*. Rio de Janeiro: Editora Alba, 1943, p. 37-38.

³⁹⁶ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do Direito*. 4. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2005, p. 30-31.

³⁹⁷ KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried. *Introdução à filosofia e à teoria do direito contemporâneas*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002, p. 168.

³⁹⁸ KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried. *Introdução à filosofia e à teoria do direito contemporâneas*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002, p. 167.

³⁹⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica*. Belo Horizonte: Letramento/Casa do Direito, 2017, p. 105.

sociológica, também representam uma significativa transição estrutural na análise do Direito, que parte do Direito Privado rumo a um novo foco, o Direito Público. O Movimento do Direito Livre foi o precursor e impulsionou as demais correntes, cuja base comum era a identificação crítica às posturas formalistas do século XIX, calcadas na interpretação exegética e formalista⁴⁰⁰, sendo François Geny, duro crítico do exegetismo francês, um dos primeiros expoentes desse movimento a partir da publicação de sua obra sobre a interpretação e as fontes do direito, na qual defende seu método de “livre investigação científica”, que já foi objeto de comentários em subcapítulo anterior.

O Movimento do Direito Livre, caracterizado pela radicalidade de suas posturas, muitas delas controversas, tais como a possibilidade de o juiz decidir *contra legem*, teve uma duração intensa, mas breve. A publicação da obra de Geny, em 1889, marca seu nascedouro e seu ápice se dá entre os anos de 1905 e 1914, entrando em declínio após a Primeira Guerra Mundial, e foi especialmente desenvolvida em solo alemão, austríaco, francês e belga⁴⁰¹. Dentre os autores de maior destaque, identificam-se o segundo Ihering, Hermann Kantorowicz, Gustav Radbruch, Eugen Ehrlich e Philipp Heck, os dois últimos dissidentes que seguiram com a Jurisprudência dos Interesses. Pelas datas acima referidas, é importante destacar que, portanto, o movimento se desenvolve em oposição ao sistema vigente já sob a tutela do Código Civil alemão (*Bürgerliches Gesetzbuch – BGB*) de 1900. Mas curiosamente, na crítica de Losano, a escola que, paradoxalmente, critica o sistema por vincular os juízes a um mundo que não corresponde à realidade, “pressupõe a sistematicidade do direito porque é precisamente dela que se pretende distanciar”⁴⁰², como se percebe na posição adotada quanto às lacunas.

Sobre crítica ao formalismo e à sistematização em conceitos do século XIX e, principalmente, quanto à admissão de lacunas e sua forma de resolvê-las, Losano afirma que o pensamento destas primeiras décadas é marcado pela “contraposição entre a rigidez da certeza do direito, muitas vezes sufocantes, e a flexibilidade da decisão individual, muitas vezes imprevisível. Tal pensamento se coloca à procura

⁴⁰⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica*. Belo Horizonte: Letramento/Casa do Direito, 2017, p. 110.

⁴⁰¹ LOSANO, Mario G. *Sistema e estrutura no direito: o século XX*. São Paulo: Martins Fontes, 2010. v. 2, p. 150-151.

⁴⁰² LOSANO, Mario G. *Sistema e estrutura no direito: o século XX*. São Paulo: Martins Fontes, 2010. v. 2, p. 158.

não dos nexos que unem normas diversas, mas dos interstícios entre normas unificadas”⁴⁰³; é um discurso sobre as lacunas do Direito e a função criadora do juiz ao preenchê-las – o que era vedado pelas escolas anteriores, de interpretação exegética dos “textos sagrados”.

O movimento recebe seu nome por defender que, além das fontes formais, produto do legislador, existe também um Direito livre, usado pelo juiz para colmatar as lacunas legislativas⁴⁰⁴. Nesse sentido, é possível afirmar que foi somente a partir das escolas de matriz sociológica que a noção de fontes materiais – ou aquilo que Streck, a partir da leitura de Joseph Raz, denomina de “tese dos fatos sociais” – ganha maior destaque.

O que pode ser definido como características comuns de todas as linhas de pensamento são: (a) a influência da análise sociológica do Direito e as implicações dessa mudança de paradigma; (b) a crítica ao formalismo e aos limites interpretativos impostos pelas escolas do século XIX; (c) a inevitabilidade das lacunas e do papel criativo do juiz na colmatação dessas, por meio das fontes materiais – defendem que, diante da indiscutível existência de lacunas legislativas, é necessário investigar os interesses sociológicos que impulsionaram o legislador na elaboração da lei, como substrato para a decisão judicial; (d) o foco na atividade do juiz.

Outro autor de destaque, Philipp Heck iniciou sua trajetória acadêmica filiado ao Movimento do Direito Livre, mas em razão de sua postura mais moderada rompeu com o movimento, para dar início à chamada Jurisprudência dos Interesses, cuja inovação mais marcante é a introdução da ideia de *ponderação* como mecanismo de avaliação dos interesses sociológicos em conflito⁴⁰⁵. Uma vez que o juiz se utiliza da ponderação para recompor os interesses em conflito no caso concreto, quando a lei for lacunosa, é possível afirmar que, para esta escola, tanto os interesses sociais, quanto à ponderação, operam como fontes materiais – categoria desenvolvida por François Geny, como já estudado anteriormente.

⁴⁰³ LOSANO, Mario G. *Sistema e estrutura no direito: o século XX*. São Paulo: Martins Fontes, 2010. v. 2, p. 158.

⁴⁰⁴ LOSANO, Mario G. *Sistema e estrutura no direito: o século XX*. São Paulo: Martins Fontes, 2010. v. 2, p. 162.

⁴⁰⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica*. Belo Horizonte: Letramento/Casa do Direito, 2017, p. 109.

Na Jurisprudência dos Interesses, “a norma jurídica tem por finalidade resolver conflitos de interesses”⁴⁰⁶, que permeiam tanto a esfera legislativa, quanto jurisdicional, sendo os preceitos legislativos ao mesmo tempo forma de tutelar interesses e produto de interesses⁴⁰⁷. Heck – a partir do segundo Ihering – trabalhou com uma visão finalística, investigando a finalidade do Direito.

A norma jurídica serve para resolver conflitos de interesse; mas, já que o legislador não pode prever todos os conflitos possíveis, as leis apresentam lacunas: a tarefa do juiz consiste em preenche-las, remetendo-se à solução indicada pelo legislador para resolver conflitos análogos. Os valores aos quais o legislador recorre em casos análogos, guiam, portanto, não apenas a interpretação e a decisão do juiz na solução dos conflitos de interesses não previstos pelo legislador, mas também a interpretação das normas já emanadas.⁴⁰⁸

Paralelo a esses movimentos na Europa continental, há que se destacar o Realismo Jurídico desenvolvido nos Estados Unidos e, também, em território escandinavo (Dinamarca, Suécia e Noruega). Enquanto em solo norte-americano se destacam pensadores como Oliver Wendell Holmes Jr., Karl Llewellyn, Roscoe Pound e Jerome Frank, na Dinamarca o nome de maior projeção foi Alf Ross. O ponto em comum dessas escolas é a compreensão do “Direito como fato social”, pela substituição de uma ciência dogmática por uma jurisprudência empírico-sociológica, ou seja, mais do que um conjunto de conceitos dogmáticos e previsões legislativas, o Direito é um fato que se faz presente na vida da sociedade e a afeta de determinada maneira.

Sobre o realismo norte-americano ainda há que se acrescentar a peculiaridade do contexto da *Common Law* no qual estavam inseridos. O nome da teoria se deu pelo interesse em compreender a realidade do processo judicial, único meio de aplicar o Direito nos casos concretos⁴⁰⁹, o que justifica a célebre frase de Roscoe Pound sobre a diferença entre o Direito dos livros e o Direito na realidade:

⁴⁰⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica*. Belo Horizonte: Letramento/Casa do Direito, 2017, p. 111.

⁴⁰⁷ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do Direito*. 4. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2005, p. 65.

⁴⁰⁸ LOSANO, Mario G. *Sistema e estrutura no direito: o século XX*. São Paulo: Martins Fontes, 2010. v. 2, p. 164.

⁴⁰⁹ KELLY, John M. *Uma breve história da teoria do direito ocidental*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 481.

“*the law in books and the law in action*”⁴¹⁰, destacando a necessidade do Direito de abrir-se para o estudo das influências da economia e da sociologia.

Mas o traço mais marcante da escola é a preocupação com o que efetivamente era decidido pelos tribunais, por especial influência de Wendell Holmes, que foi *Justice* da Suprema Corte. Para explicar sua posição, Holmes sugere que o Direito seja compreendido sobre a perspectiva do criminoso e explica que por mais que os estudiosos tentem definir o que é o Direito por meio de um sistema de raciocínio, princípios éticos ou axiomas, para o criminoso importa saber, de fato, como os tribunais de Massachusetts ou da Inglaterra decidem e o que podem fazer com ele. “Penso de modo muito semelhante ao dele. As profecias sobre o que os tribunais farão de fato, e nada mais pretensioso que isso, é o que eu quero dizer com direito”⁴¹¹.

Kelly esclarece que a preocupação dos juristas norte-americanos com as incertezas do Direito, especialmente a “influência de fatores não declarados” sobre as decisões dos casos concretos, é uma peculiaridade da *Common Law* norte-americana, desconhecida na Inglaterra em razão de três fatores: (a) a *Common Law* norte-americana estava dividida em muitas jurisdições estaduais independentes entre si; (b) os poderes legislativos estaduais e federal estavam submetidos à Constituição e à jurisdição da Suprema Corte, que com frequência declara inválidos os atos legislativos; e (c) a atuação judicial possuía um caráter não profissional, em decorrência da magistratura eleita pelo voto popular⁴¹².

Nesse contexto, se faz muito pertinente o diagnóstico crítico de Streck, para quem os realistas aproximam o Direito de uma mera técnica operacional, resumindo o Direito apenas aquilo que o intérprete afirma ser, “daí dizer que o Direito se realiza pela decisão mesma”. Com isso, a tentativa de superação do formalismo-exegético, abre caminho para a discricionariedade e o decisionismo, na medida em que a equiparação do Direito àquilo que os tribunais decidem demonstra que as posturas realistas não guardam nenhum compromisso com a autonomia do Direito. Assim, sob a perspectiva das fontes, o Direito é a própria vida cotidiana, é um “fato social”,

⁴¹⁰ GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. Roscoe Pound e a diferença do Direito dos livros e da vida real. *Revista Conjur*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014abr27/embargosculturaisroscoepounddiferencadireitolivrosvidareal?imprimir=1>> . Acesso em: 15 mar. 2017.

⁴¹¹ KELLY, John M. *Uma breve história da teoria do direito ocidental*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 482.

⁴¹² KELLY, John M. *Uma breve história da teoria do direito ocidental*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 483.

ou seja, as normas jurídicas não são produto das fontes formais e de sua inerente função normativa – que asseguram a autonomia do Direito –, mas decorrem das fontes sociais (materiais), operando uma cisão, um verdadeiro “abismo entre o texto e decisão jurídica”⁴¹³.

3.4 O positivismo normativista de Hans Kelsen

Hans Kelsen habita o imaginário de quase todos os estudantes de Direito no Brasil como um autor extremamente difícil, complexo, quase incompreensível, mas, apesar de muito conhecido, é de fato pouquíssimo lido e, em muitos casos, as informações que circulam a respeito de sua obra e de suas ideias são (irresponsavelmente) superficiais, ou, até mesmo, equivocadas. Em sendo o objeto do presente trabalho a questão das fontes de Direito, o tópico em desenvolvimento não se atreve a apresentar toda a teoria kelseniana, mas, prudentemente, como fez com as escolas acima estudadas, se limita a recortar a parte mais pertinente à discussão do tema em análise.

Kelsen não atribuiu qualquer prestígio às fontes do Direito, pelo contrário, em muitos textos expressa abertamente seu descrédito pela efetividade científica do termo, o qual denomina de “juridicamente imprestável”⁴¹⁴. A razão para essa descrença se justifica na compreensão de uma distinção básica, mas estruturante da teoria kelseniana, qual seja, a dicotomia que opera entre a *ciência jurídica*, pautada pela pureza e pela objetividade, e o *âmbito da aplicação do Direito*, que irremediavelmente permanece dependente da moral e da política⁴¹⁵. Compreender essa cisão – que é fundante de todo o sistema kelseniano – é fundamental para desvelar muitos equívocos que circulam sobre o pensamento do autor, e também para situar o espaço secundário que é atribuído às fontes do Direito.

Lenio Streck explica que o positivismo jurídico traz como característica central, desde sua fase clássica, a gênese da tese dos fatos sociais, que no século XIX estava representada pela exigência de que as regras jurídicas fossem produto de uma autoridade legítima – a legislação, para a exegese francesa, e os institutos

⁴¹³ STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica*. Belo Horizonte: Letramento/Casa do Direito, 2017, p. 247.

⁴¹⁴ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 259.

⁴¹⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica*. Belo Horizonte: Letramento/Casa do Direito, 2017, p. 162.

ou conceitos para o pandectismo alemão, como acima demonstrado; ou seja, a legitimidade do Direito dependia exclusivamente da sua autoridade instituidora. Posteriormente, o positivismo científico transmuta o binômio autoridade/legitimidade para o olhar centrado nos fatos (sociais). “Só há fatos na origem da questão positivista do fato social. Este fato é construção humana. Ao jurista só cabe o papel de descrever esse fato”⁴¹⁶. Por trás desse movimento, está a busca pela objetividade científica; o Direito não é criado ou conhecido por critérios exógenos, ficando o juiz vinculado somente àquilo que a autoridade originariamente instituiu⁴¹⁷.

Avançando para o século XX, o positivismo assume uma postura metodológica, ou seja, a maioria dos juristas não defende o positivismo como ideologia, tampouco entende que o fenômeno jurídico está teoricamente limitado aos preceitos legislativos instituídos pelo Estado. Em contrapartida, “reconhecem que o conceito de direito deve resultar de uma descrição apoiada somente em propriedades fáticas, empíricas”⁴¹⁸, assumindo um caráter descritivo de cunho adequacionista⁴¹⁹.

Essa busca por uma *ciência (teoria) pura* sobre o Direito está muito evidenciada na obra de Hans Kelsen, especialmente em razão da cisão que opera entre a *ciência do Direito* – cujo objeto de estudo é um sistema de proposições jurídicas que se refere ao Direito positivo – e o *Direito positivo*, enquanto sistema de normas jurídicas que existe na realidade dos ordenamentos jurídicos⁴²⁰ (aquilo que logo acima foi denominado de âmbito da aplicação do Direito). A incapacidade kelseniana de explicar com nitidez a linha que separa esses dois sistemas ou de que forma esses se correlacionam – especialmente, na medida em que, situa a Norma Hipotética Fundamental (plano da ciência jurídica) também como fundamento de validade do Direito positivo (plano da aplicação do Direito) –, pode ser apontado como uma das razões pelas quais o autor é tão incompreendido entre alunos (professores e operadores do Direito)⁴²¹.

⁴¹⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica*. Belo Horizonte: Letramento/Casa do Direito, 2017, p. 159.

⁴¹⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica*. Belo Horizonte: Letramento/Casa do Direito, 2017, p. 160.

⁴¹⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Lições de crítica hermenêutica do direito*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 22.

⁴¹⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica*. Belo Horizonte: Letramento/Casa do Direito, 2017, p. 161.

⁴²⁰ LOSANO, Mario G. *Sistema e estrutura no direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2010. v. 2. p. 46-47.

⁴²¹ LOSANO, Mario G. *Sistema e estrutura no direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2010. v. 2. p. 47.

É frequentemente ignorada a distinção entre a função da ciência jurídica e a função da autoridade jurídica [...] A **ciência jurídica, porém, apenas pode descrever o Direito; ela não pode, como o Direito produzido pela autoridade jurídica** (através de normas gerais ou individuais), **prescrever seja o que for** [...] A distinção revela-se no fato de as proposições normativas formuladas pela ciência jurídica, que descrevem o Direito e que não atribuem a ninguém quais deveres ou direitos, poderem ser verídicas ou inverídicas, ao passo que as normas de dever-ser, estabelecidas pela autoridade jurídica – e que atribuem deveres e direitos aos sujeitos jurídicos – não são verídicas ou inverídicas mas válidas ou inválidas, tal como também os fatos da ordem do ser não são quer verídicos, quer inverídicos mas apenas existem ou não existem, somente as afirmações sobre esses fatos podendo ser verídicas ou inverídicas. A proposição contida num tratado de Direito civil em que se afirme que (em conformidade com o Direito estadual que forma objeto do tratado) quem não cumpre uma dada promessa de casamento (esponsais) tem de indenizar pelo prejuízo que por tal fato cause, caso contrário deverá proceder-se a execução forçada de seu patrimônio, é inverídica se no Direito estadual que constitui o objeto deste tratado – tratado que propõe descrever o Direito – se não prescreve tal dever, já que se não prevê essa execução forçada. A resposta à questão de saber se uma tal norma jurídica vigora ou não dentro de determinada ordem jurídica é – não direta mas indiretamente – verificável, pois uma tal norma tem – para vigorar – de ser produzida através de uma empiricamente verificável. Contudo, a norma estatuída pela autoridade jurídica que prescreve a indenização do prejuízo causado e a execução forçada, na hipótese de conduta discordante, não pode ser verídica ou inverídica, pois ela não é um enunciado, não é uma descrição de um objeto, mas uma prescrição e, como tal, é o objeto a descrever – a descrever pela ciência jurídica.⁴²² (grifo nosso)

Dessa forma, a pureza almejada por Kelsen se dará exclusivamente no plano metodológico, ou seja, da ciência jurídica (que descreve um sistema de proposições jurídicas – descrições sobre as normas – e não a forma como o(s) ordenamento(s) de Direito positivo operam na realidade), e será obtida pela extirpação de juízos valorativos – morais, políticos, sociológicos, etc. –, que não serão determinantes para a validade das normas jurídicas. A validade (e o próprio pertencimento) das normas que compõem esse sistema será explicada por um “encadeamento de validade”, no qual, em uma estrutura piramidal hierárquica, serão válidas as normas de natureza jurídica que puderem ser validadas por outras normas jurídicas a ela superiores e cujo vértice é ocupado pela Constituição (norma posta de maior hierarquia), cuja validade depende da Norma Hipotética Fundamental – uma norma meramente pressuposta (por isso hipotética), vazia de conteúdo (o que justifica a

⁴²² KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 82-83.

opção kelseniana por um sistema dinâmico em detrimento de um sistema estático), cuja única função é validar “formalmente” a Constituição e, portanto, “fechar a pirâmide” sem contaminar a pureza desejada, operando como um pressuposto lógico-transcendental de todo o sistema⁴²³.

Buscando sintetizar a doutrina kelseniana, Mario Losano indica seis pontos que resumem os traços elementares que acompanham toda a trajetória do autor: (1) Kelsen é um dualista; o mundo está dividido nos planos do ser e do dever ser e entre eles não se estabelece qualquer relação, de acordo com a tradição kantiana que adota; (2) toda ciência constrói seu objeto a partir da ideia de unidade; (3) a ciência do Direito descreve um objeto que existe somente no plano do dever ser, ou seja, a sua pureza depende da exclusão de qualquer elemento proveniente do mundo do ser (tais como juízos de valor moral ou político); (4) A unidade do Direito deriva de seu fundamento de validade, a Norma Hipotética Fundamental, que valida o sistema como um todo; (5) A obediência ao Direito decorre de sua validade, que por sua vez depende do fato de a Norma Hipotética Fundamental transmitir o dever ser a todas as normas a ela inferiores no interior do sistema; e, por fim, (6) na medida em que, tanto Direito interno quanto Direito internacional, pertencem ao mundo do Direito, a ciência jurídica não pode considerá-los elementos em paralelo, uma vez que derivariam de normas fundamentais distintas, o que violaria a exigência científica de unidade do sistema⁴²⁴.

Partindo provavelmente da alusão aos sistemas da *Civil* e da *Common Law*, respectivamente, Kelsen afirma que a lei e o costume são as duas fontes tradicionais mais citadas do Direito – este último entendido como as normas gerais do Direito estatal. Contudo, ressalta que as normas jurídicas individuais também pertencem, com a mesma intensidade, ao Ordenamento Jurídico, uma vez que produzidas com base nas normas gerais⁴²⁵. Mas como já referido, Kelsen guarda pouca relevância e menor precisão terminológica para a noção de fontes, uma vez que considera o termo figurativo, com múltiplos significados, podendo designar “todos os métodos de criação jurídica em geral”⁴²⁶, ou, também, o fundamento de

⁴²³ LOSANO, Mario G. *Sistema e estrutura no direito: o século XX*. São Paulo: Martins Fontes, 2010. v. 2, p. 51.

⁴²⁴ LOSANO, Mario G. *Sistema e estrutura no direito: o século XX*. São Paulo: Martins Fontes, 2010. v. 2, p. 53-54.

⁴²⁵ KELSEN, Hans. *A teoria pura do direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 259.

⁴²⁶ KELSEN, Hans. *A teoria pura do direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 259.

validade de uma ordem jurídica – tanto no sentido do fundamento último de um determinado ordenamento, a chamada norma fundamental, em um sentido lógico-jurídico, como também a própria Constituição, como fonte das normas gerais produzidas pela atividade legislativa e fundamento de validade em sentido jurídico-positivo da ordem jurídica, sendo também o fundamento das decisões judiciais, como fonte de direitos e deveres das partes litigantes.

Como se percebe, não há qualquer rigor terminológico ou emprego efetivo do conceito, especialmente quando o autor admite que o termo ainda pode ser usado para designar expressões não jurídicas que, “de fato, influenciam a função criadora e a função aplicadora do direito, tais como, especialmente, os princípios morais e políticos, as teorias jurídicas, pareceres de especialistas e outros”⁴²⁷, empregando-a no sentido das fontes materiais ou sociais, que foram objeto do capítulo dois da presente tese.

Assim, a tumultuada aplicação de Kelsen ao termo, permite concluir, com o apoio de Losano, que aquilo que Kelsen busca encontrar não é propriamente uma delimitação dos textos que fundamentam a produção das normas, mas apenas o fundamento da validade das normas (elemento central de sua *teoria pura sobre o Direito*, e não do Direito positivo, que preenchem de conteúdo o ordenamento jurídico)⁴²⁸.

Essa mesma ambiguidade com que Kelsen trata o conceito de fontes também se vislumbra no plano, por ele denominado como jurídico-positivo, no qual “fonte do Direito só pode ser o Direito”⁴²⁹. Isso significa dizer que somente o próprio Direito pode disciplinar a criação do Direito, uma vez que o ordenamento jurídico, além de instituir normas de conduta a seus destinatários, também estabelece regras para a criação de outras normas⁴³⁰, o que ao fim e ao cabo, remonta novamente à validade da Constituição e da norma fundamental – criando um verdadeiro círculo vicioso ou, melhor situando o trilema de Münchhausen⁴³¹, um sistema hierárquico que opera uma parada metodológica (no caso de Kelsen, a norma fundamental) –, não conhecendo

⁴²⁷ KELSEN, Hans. *A teoria pura do direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 259.

⁴²⁸ LOSANO, Mario G. *Sistema e estrutura no direito*. v. 2. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 78-79.

⁴²⁹ KELSEN, Hans. *A teoria pura do direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 259.

⁴³⁰ GUASTINI, Riccardo. *La sintaxis del derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 111.

⁴³¹ Ver a nota de rodapé 89 da obra STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 254.

a norma jurídica como produto hermenêutico de um caso concreto e um mundo prático.

A norma fundamental é, então, a “fonte” do Direito. Mas num sentido mais amplo, toda norma jurídica é “fonte” de outra norma cuja criação ela regula ao determinar o processo de criação e o conteúdo da norma a ser criada. Nesse sentido, qualquer norma jurídica “superior” é fonte da norma jurídica “inferior”. Desse modo, a constituição é a “fonte” dos estatutos criados com base na constituição; um estatuto é a “fonte” da decisão judicial nele baseado; a decisão judicial é a “fonte” do dever que ela impõe à parte, e assim por diante.⁴³²

Por isso, é possível afirmar que na obra de Hans Kelsen não parece sequer existir a noção de fonte do Direito como fonte de normatividade, ou seja, de fonte enquanto os textos (sejam legais, jurisprudenciais ou costumeiros) que embasam a produção das normas jurídicas e, o principal motivo para isso, é a confusão ou falta de clareza conceitual que o autor estabelece ao impor o uso da Norma Hipotética Fundamental tanto para o plano descritivo do sistema de prescrições da ciência jurídica, quanto para o âmbito do sistema normativo de Direito Positivo. Dito de forma mais clara, Kelsen suprime, de sua teoria, todas as espécies ou classificações de fontes.

3.5 O positivismo “soft” de Herbert Hart e os positivistas inclusivistas contemporâneos

Herbert Hart, mais importante positivista do século XX no contexto da *Common Law*, tem sua obra consecutiva à de Kelsen, razão pela qual não repete o desacerto de fundar a validade do Direito em um pressuposto lógico-transcendental; teve maior acesso ao giro da linguagem do século XX, e, por isso, sua concepção de Direito está assentada no mundo concreto e social: o Direito tem validade porque recebe o reconhecimento da sociedade política que institui e pela qual é instituído. O Direito é validado pela *regra de reconhecimento* porque “há um respaldo social daquela sociedade no espaço e no tempo localizada”⁴³³.

⁴³² KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 192.

⁴³³ STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica*. Belo Horizonte: Letramento/Casa do Direito, 2017, p. 163.

A revisão da obra de Hart e dos positivistas mais contemporâneos, divididos entre os seguidores do primeiro, identificados como *positivistas inclusivos*, de um lado, e os chamados *positivistas exclusivos*, de outro, dos quais Joseph Raz é o maior expoente e que será objeto de análise no subcapítulo próximo, são pertinentes ao presente trabalho especificamente quanto à questão das fontes sociais, dado que – embora a tese social já existisse entre os positivistas do século XIX –, é a partir dos teóricos do século XX que se torna mais evidenciada. A discussão dessa temática se coloca a título de contraposição à teoria ora defendida – que rejeita as fontes sociais (materiais) em prol de uma nova concepção de fontes formais, melhor denominada no capítulo cinco como *fontes normativas* – na medida em que o referencial teórico aqui adotado rejeita o não cognitivismo moral, próprio do positivismo mais tradicional, e as versões mais contemporâneas que admitem o uso de princípios morais substantivos de forma contingente, excluindo tais conteúdos de um critério de validade que opera, portanto, somente no plano descritivo.

Dessa forma, adiantando brevemente a argumentação de defesa da tese, centrada no capítulo cinco, admite-se o cognitivismo moral de conceitos metaéticos⁴³⁴, desde que fique assegurada a autonomia do Direito em relação à moral, à política ou outras esferas sociais, razão pela qual a única opção de fontes compatível é, justamente, aquela que rejeita a tese social em favor de uma noção de fontes normativas, na qual os operadores (principalmente, o juiz) estão vinculados à aplicação de normas efetivamente jurídicas, contendo o espaço da discricionariedade⁴³⁵.

Diferentemente de Kelsen, que esvazia a noção de fonte (tanto formal quanto material) pela confusão terminológica de situar a Norma Hipotética Fundamental como fundamento de validade tanto da ciência do Direito, como do Direito positivo, operando como um pressuposto lógico-transcendental, o que permite que o Direito possa assumir qualquer conteúdo, em Hart a questão das fontes se deslocará fortemente para a questão das fontes sociais (ou tese social), na medida em que argumentos morais serão contingencialmente admitidos na fundamentação do juiz, especialmente em razão do reconhecimento de que a linguagem possui uma textura aberta (vaguezas e ambiguidades), permitindo aos juízes decidir de acordo com

⁴³⁴ FERREIRA NETO, Arthur Maria. *Metaética e a fundamentação do direito*. Porto Alegre: Elegancia Juris, 2015.

⁴³⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica*. Belo Horizonte: Letramento/Casa do Direito, 2017, p. 53-61.

padrões externos ao Direito (tais como argumentos morais ou políticos)⁴³⁶, fazendo de Hart um positivista *soft* ou moderado.

Hart organiza o sistema jurídico em regras⁴³⁷ e as regras que compõem o ordenamento jurídico se dividem em duas espécies – as primárias e as secundárias. As primárias impõem deveres e dizem respeito às ações que envolvem movimento ou mudanças físicas, ou seja, se dirigem ao comportamento das pessoas. As regras do segundo tipo atribuem poderes e permitem a criação ou a alteração de deveres e obrigações, o que significa que se dirigem às regras do tipo primário⁴³⁸ e, assim, dão indícios – em razão da coerção social que as impulsiona e legitima – que as regras primárias são válidas e devem ser cumpridas. As regras secundárias são necessárias para suprir as deficiências do sistema⁴³⁹, que não pode operar apenas com regras primárias, sob pena de três defeitos: incerteza, caráter estático das regras e ineficácia; o que Hart explica tomando por exemplo uma hipotética comunidade primitiva, que não possui poder legislativo, tribunais ou funcionários de qualquer espécie (regra de reconhecimento)⁴⁴⁰.

Tal sociedade sofre, portanto, com: (a) a *incerteza* de saber quais são as características e o conjunto das regras efetivamente aplicáveis àquele grupo social; (b) o *caráter estático das regras*, ou seja, a única forma de modificação das regras se dá por um lento processo social de transformação, no qual as regras inicialmente facultativas vão se tornando habituais e, então, obrigatórias; e (c) a *ineficácia* da pressão social difusa, uma vez que inexistente uma autoridade definida para impor as regras e as sanções nos casos de violação.

Para solver tais problemas, Hart afirma ser necessário complementar as regras primárias com regras secundárias, dando um passo do mundo pré-jurídico para o mundo jurídico, convertendo o sistema em verdadeiro sistema jurídico⁴⁴¹. Assim, o fundamento do sistema “consiste na situação social em que os membros

⁴³⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica*. Belo Horizonte: Letramento/Casa do Direito, 2017, p. 163.

⁴³⁷ BARZOTTO, Luis Fernando. *O positivismo jurídico contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 97.

⁴³⁸ HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 91 e 104.

⁴³⁹ BARZOTTO, Luis Fernando. *O positivismo jurídico contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 102.

⁴⁴⁰ HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 101.

⁴⁴¹ HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 102-103.

de um grupo e as autoridades possuem um critério comum de identificação das regras primárias de obrigação⁴⁴². Entre os sistemas jurídicos modernos ocidentais, os critérios mais comuns que se identificam são a dependência de atos legislativos, de práticas consuetudinárias ou de decisões judiciais fundadas em precedentes, embora raramente a regra de reconhecimento seja enunciada de forma expressa pelos sistemas⁴⁴³.

Sob o ponto de vista da moral, o primeiro Hart rejeita a existência de fatos morais, o que exclui a moralidade como critério de validade ou determinação do conteúdo do Direito⁴⁴⁴. Isso, porque, para a tese social, o Direito é uma criação artificial do ser humano, uma “construção social”, cuja existência e conteúdo depende de fatos (sociais), não de valores⁴⁴⁵. Nesse sentido, também Hart é um relativista moral, ou seja, assim como os demais positivistas, acredita que existem diferentes padrões de moral, razão pela qual esta não possui a objetividade necessária para compor o conceito de Direito⁴⁴⁶.

Para tanto, discorre sobre o binômio justiça e injustiça, termo mais utilizado entre os juristas para qualificar as decisões judiciais, e afirma que embora existam excelentes razões para que a justiça ocupe um espaço proeminente na crítica dos casos judiciais, tal conceito (de justiça) se trata de apenas um segmento da moral, enquanto a lei e sua aplicação podem demonstrar superioridade quanto a outros gêneros ou até mesmo carecer deste segmento⁴⁴⁷. Lenio Streck denomina esta posição de “não cognitivismo ético”.

A validade assegurada pela regra de reconhecimento é introduzida com a distinção entre os pontos de vista interno e externo. Sob o ponto de vista interno, de alguém que aceita a regra de reconhecimento e, portanto, as demais regras do sistema, a primeira é também uma regra, superior, que tem por função validar as demais. Sob o ponto de vista externo, de um observador que não se submete àquele

⁴⁴² BARZOTTO, Luis Fernando. *O positivismo jurídico contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 103.

⁴⁴³ BARZOTTO, Luis Fernando. *O positivismo jurídico contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 103.

⁴⁴⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica*. Belo Horizonte: Letramento/Casa do Direito, 2017, p. 178.

⁴⁴⁵ ETCHEVERRY, Juan B. El ocaso del positivismo jurídico incluyente. *Revista Persona y Derecho*. Universidad de Navarra, Pamplona, v.67, p. 418.

⁴⁴⁶ HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 177.

⁴⁴⁷ HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 171-172.

sistema, a regra de reconhecimento é um fato, que descreve a existência de um critério que valida um conjunto de normas⁴⁴⁸. Assim, em Hart, a regra de reconhecimento não possui natureza normativa, razão pela qual não se perquire sobre sua validade, ela possui natureza social, o que significa que é fruto de uma convenção social, de uma prática social convergente e não de sua adequação aos ditames da moral crítica⁴⁴⁹.

A social rule is one whose authority is a matter of convention; the nature and scope of the duty it imposes is specified or constituted by an existing, convergent social practice. In contrast, a normative rule may impose an obligation or confer a right in the absence of the relevant practice or in the face of a contrary one. If a normative rule imposes an obligation, it does so because it is a correct principle of morality, not, ex hypothesi, because it corresponds to an accepted practice [...] The rule of recognition is either a social rule or a normative rule. If it imposes obligations in controversial cases, it cannot be a social rule. Therefore, if the rule of recognition imposes a duty upon judges in controversial cases, it must be a normative rule. Because the rule of recognition in every community is a normative rule, the obligations of judges under it are ones of critical rather than conventional morality; and the ultimate authority of law is a matter of morality, not convention.⁴⁵⁰

Nesse sentido, o próprio autor afirma que nas sociedades mais complexas, a aceitação e o uso da regra de reconhecimento para a identificação das regras primárias é a “*situação* que merece, admitindo que alguma o mereça, ser designada como fundamento de um sistema jurídico” (grifo nosso)⁴⁵¹. Partindo dessa regra de reconhecimento, Hart reconhece expressamente a multiplicidade das *fontes* do Direito, tais como a autoridade reconhecida a determinados textos, os atos legislativos, a prática consuetudinária ou as decisões judiciais nos casos concretos⁴⁵².

⁴⁴⁸ BARZOTTO, Luis Fernando. *O positivismo jurídico contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 104-105 e 109-111.

⁴⁴⁹ FIGUEROA, Alfonso García. *Principios y positivismo jurídico. El no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy*. Madrid: Centros de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998, p. 232.

⁴⁵⁰ COLEMAN, Jules L. *Negative and Positive Positivism*. Disponível em: <<http://faculty.tcu.edu/rgalvin/readings/Jules%20Coleman--Negative%20and%20Positive%20Postivism.doc>>. Acesso em: 04 set. 2017.

⁴⁵¹ HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 111.

⁴⁵² HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 111.

Num moderno sistema jurídico, em que existe uma variedade de «fontes» de direito, a regra de reconhecimento é correspondentemente mais complexa: os critérios para identificar o direito são múltiplos e comumente incluem uma constituição escrita, a aprovação por uma assembleia legislativa e precedentes judiciais. Na maior parte dos casos, estabelece-se uma solução para conflitos possíveis, através da ordenação destes critérios numa hierarquia de subordinação e primazia relativas. É assim que no nosso sistema a «*common law*» está subordinada à lei parlamentar.⁴⁵³

Nesse panorama, é possível vislumbrar um deslocamento no foco da validade – enquanto em Kelsen ela está assentada em um pressuposto lógico transcendental no interior do próprio sistema –, agora ela se transfere para o seio da sociedade (tese social), o que se traduz no destaque dado às fontes sociais, o que ao fim e ao cabo reduz a autonomia do Direito, fundando a produção válida das regras jurídicas no contexto social. Essa primeira movimentação se reflete em uma certa sobreposição entre as categorias das tradicionais fontes formais e materiais, porque identifica os critérios da regra de reconhecimento (fonte social) como sinônimo das fontes de Direito e aponta como exemplo típicos instrumentos do Direito positivo, tais como a legislação e a jurisprudência, que desde Geny são classificadas como fontes substanciais ou formais. Se em Kelsen as fontes formais e materiais são esquecidas, em Hart elas são unificadas.

Sobre a relação entre Direito e moral, no pós-escrito do Conceito de Direito, publicado trinta e dois anos após a obra original, Hart dialoga diretamente com as críticas de Dworkin e reconhece que o Direito poderia assumir, para além dos critérios formais (institucionais), princípios de justiça ou valores institucionais⁴⁵⁴.

Eu expressamente afirmo [...] que em muitos sistemas de direito, tal como nos Estados Unidos, os critérios últimos de validade jurídica podiam incorporar explicitamente, para além do pedigree, princípios de justiça ou valores morais substantivos, e estes podem integrar o conteúdo de restrições jurídico-constitucionais.⁴⁵⁵

Sobre as críticas de Ronald Dworkin à obra de Hart, uma das mais conhecidas é justamente sobre a questão das fontes e sua relação com a regra de

⁴⁵³ HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 112.

⁴⁵⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica*. Belo Horizonte: Letramento/Casa do Direito, 2017, p. 179.

⁴⁵⁵ HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 309.

reconhecimento, à qual Dworkin denominou de *teste do pedigree*⁴⁵⁶; a denominação se justifica pela contrariedade de Dworkin em assentar a verificação da validade das normas não em razão de seu conteúdo, mas apenas em razão de critérios formais normativos. Nesse sentido, Perez Luño concorda com a interpretação exposta logo acima, no sentido de que em Hart há um certo sincretismo na regra de reconhecimento, que introduz tanto critérios normativos (formais), quanto fáticos.

Se por um lado, Dworkin aplaude Hart por superar as teses que meramente equiparavam a validade à eficácia, por meio do reconhecimento exclusivo das fontes materiais, como ocorreu com as correntes sociológicas; nesse sentido, Dworkin afirma expressamente que o positivismo de Hart e sua proposta de verificação da validade das regras são mais complexos e mais sofisticados que os de John Austin⁴⁵⁷. Por outro, a contrariedade de Dworkin está fundada justamente no caráter fragmentário e insatisfatório da tese hartiana que funda a validade das normas concretas apenas em razão de sua conformidade com as regras de procedimento da produção jurídica respectivas a cada ordenamento jurídico, em prejuízo da avaliação substancial⁴⁵⁸.

É justamente sob este o ponto que autores mais recentes podem ser reunidos sob a chamada corrente dos positivistas inclusivos. O contexto da segunda metade do século XX, marcado especialmente pelo pós-guerra e pelo fim de muitas ditaduras e governos autoritários, levaram vários países ocidentais à reordenação de seus processos políticos e à adoção de uma Estado *material* de Direito, caracterizado por uma maior preocupação com a efetividade dos direitos fundamentais e uma maior atuação da jurisdição constitucional; em linhas gerais, tal movimento foi genericamente denominado de neoconstitucionalismo e se contrapõe ao legalista de feições liberal-individualista que busca superar. Dentre seus principais atributos, identificam-se uma valorização da norma, especialmente a constitucional, um novo paradigma interpretativo (ponderação) e um aumento da interação entre a justiça constitucional e os demais poderes.

Dessa forma, os positivistas pós-hartianos empreendem seus esforços para adequar a teoria positivista à realidade dos novos estados Constitucionais de Direito

⁴⁵⁶ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 28.

⁴⁵⁷ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 35.

⁴⁵⁸ LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *El desbordamiento de las fuentes del derecho*. Madrid: La Ley, 2011, p. 25-26.

e à específica demanda por um Direito capaz de fazer frente à violenta criminalidade estatal que muitas vezes foi cometida sob o alibi da estrita legalidade⁴⁵⁹. Para tanto, não abandonam a tese das fontes sociais, mas passam a admitir que, se o Direito se identifica por convenções sociais, estas podem, contingencialmente, admitir princípios morais na validação das regras jurídicas⁴⁶⁰, sem isso implique a absoluta superação da tese da separabilidade (tão relevante para diferenciar o positivismo do jusnaturalismo)⁴⁶¹.

Os pensadores pós-hartianos compartilham um “positivismo essencialista”, e se identificam por características comuns, que demonstram a imprescindibilidade da filosofia na compreensão do positivismo jurídico: (a) envolvem a teoria do Direito na tarefa central de investigar a “natureza do Direito”; (b) esta é uma investigação voltada às “propriedades essenciais ou necessárias” do Direito, ou seja, aquilo que constituiria uma essência do Direito que o diferencia dos demais saberes; e (c) o positivismo está implicitamente comprometido com uma concepção essencialista do Direito⁴⁶².

Estas teorias nascem em razão do polêmico debate entre Hart e Dworkin e a crítica deste de que o positivismo hartiano é incapaz de explicar os princípios morais nos sistemas atuais. Por isso, autores como Wilfrid Waluchow, Jules Coleman e Matthew Kraemer, cada um com uma teoria propositiva distinta, tentam compor um novo paradigma hartiano, aceitando algumas das críticas de Dworkin e repelindo outras, mas todos têm em comum a possibilidade de que, dentro do modelo de Hart, é compatível a inclusão de normas morais substantivas aos critérios de validade do Direito⁴⁶³.

Sem adentrar especificamente na problemática desenvolvida por cada autor, o trabalho permanece fiel ao objetivo de discorrer sobre o tema em foco, a questão das fontes (aqui, sociais), que juntamente com a tese da separabilidade (entre

⁴⁵⁹ ETCHEVERRY, Juan B. El ocaso del positivismo jurídico incluyente. *Revista Persona y Derecho*. Universidad de Navarra, Pamplona, v.67, p. 411-447, 2012, p. 412-413.

⁴⁶⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica*. Belo Horizonte: Letramento/Casa do Direito, 2017, p. 193.

⁴⁶¹ COLEMAN, Jules L. *Negative and Positive Positivism*. Disponível em: <<http://faculty.tcu.edu/rgalvin/readings/Jules%20Coleman--Negative%20and%20Positive%20Postivism.doc>>. Acesso em: 04 set. 2017.

⁴⁶² STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica*. Belo Horizonte: Letramento/Casa do Direito, 2017, p. 161.

⁴⁶³ ETCHEVERRY, Juan B. El ocaso del positivismo jurídico incluyente. *Revista Persona y Derecho*. Universidad de Navarra, Pamplona, v.67, p. 411-447, 2012, p. 414.

Direito e Moral) e a tese da discricionariedade, constituem as teses centrais dessa corrente de pensamento. Os inclusivistas entendem que a validade das normas, a determinação de seu conteúdo e o parâmetro de fundamentação das decisões nos casos concretos *podem* depender de fatores morais, na medida em que também os valores e princípios morais – assim como outros aspectos sociais – podem figurar como fundamentos aceitáveis dos sistemas jurídicos. Assim, admitem que a regra de reconhecimento pode conter explicitamente critérios morais substantivos, dos quais a validade da legislação dependerá e, conseqüentemente, das normas jurídicas⁴⁶⁴. Mas é inevitável questionar como essa posição conciliadora pode coexistir com aspectos mais tradicionais do positivismo, especialmente seu traço descritivo. Os diferentes autores lançam mão de versões variantes para tentar responder a essas críticas.

A principal variável é quanto à natureza da relação que se estabelece entre a regra de reconhecimento e a moral e o espectro vai desde o vínculo necessário até o subsidiário: (a) para Wilfrid Waluchow, a regra de reconhecimento incorpora princípios morais como condição necessária de validade, ou seja, para que as “normas promulgadas” sejam juridicamente válidas devem estar de acordo com os padrões morais que necessariamente integram a validade do Direito. Nesse sentido, a regra de reconhecimento não seria apenas fática, mas também normativa; (b) para Jules Coleman, os princípios morais inclusos na regra de reconhecimento operam de forma suficiente, tornando qualquer norma, mesmo que não promulgada, juridicamente válida, desde que seu conteúdo repita um princípio moral incorporado; e, por fim, (c) para Matthew Kraemer, os princípios morais são incluídos na regra de reconhecimento, apenas subsidiariamente, como condição necessária, nos casos difíceis.

De todos, há que destacar a impropriedade do uso do termo “norma promulgada”, na qual se evidencia uma confusão entre fontes formais estatais, tais como a lei e a jurisprudência, sob as quais faz sentido atribuir o status de promulgada, estatal ou oficial, e a norma jurídica, que é sempre o produto da

⁴⁶⁴ ETCHEVERRY, Juan B. El ocaso del positivismo jurídico incluyente. *Revista Persona y Derecho*. Universidad de Navarra, Pamplona, v.67, p. 411-447, 2012, p. 415.

interpretação de um texto e exsurge somente no caso concreto; há um claro desprezo (ou desconhecimento) pela diferença ontológica entre texto e norma⁴⁶⁵.

Por fim, a inclusão de elementos morais à regra de reconhecimento gera mudanças conceituais quanto às fontes, pois a tese social passa a ser defendida em uma versão fraca, ou seja, a existência e o conteúdo do Direito se identificam em razão de *factos sociais* (tese social), e sem referência à moral, desde que o Direito já tenha incorporado uma conexão (que como acima vislumbrado pode ser de diferentes intensidades)⁴⁶⁶. O que se permite concluir que, apesar do esforço em admitir conteúdos morais substantivos à validade do Direito, os inclusivistas não conseguem superar o uso das fontes sociais, e, conseqüentemente, mantêm a fragilidade do Direito em relação a decisões de cunho político, moral, religioso, etc., em prejuízo à autonomia do Direito.

3.6 A “tese social” de Joseph Raz e o positivismo exclusivista

O positivismo exclusivo, diferente do inclusivo, é mais empenhado na manutenção das teses tradicionais do positivismo e considera que a existência e o conteúdo do Direito são completamente determinados pelas fontes sociais (tese social), embora reconheça que as fontes do Direito podem autorizar a decisão conforme consideração morais⁴⁶⁷ – fundada na autoridade que o Direito concede aos funcionários responsáveis pela decisão. Dentre os positivistas exclusivos, Joseph Raz é o mais destacado e desenvolve sua teoria com grande enfoque na tese social e nas fontes, razão pela qual será o foco do presente tópico.

Raz explana que a grande e interminável controvérsia sobre a natureza do positivismo está centrada no “equivoco significado” de positivismo para a filosofia jurídica. Assim, muito embora o positivismo legal contemporâneo seja independente do positivismo filosófico do século XIX e do positivismo lógico-científico do século XX, a grande variedade de motivações filosóficas das correntes positivistas torna quase impossível a identificação de uma fonte comum. Desta forma, a abordagem

⁴⁶⁵ ETCHEVERRY, Juan B. El ocaso del positivismo jurídico incluyente. *Revista Persona y Derecho*. Universidad de Navarra, Pamplona, v.67, p. 417-418.

⁴⁶⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Lições de crítica hermenêutica do direito*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 26.

⁴⁶⁷ ETCHEVERRY, Juan B. El ocaso del positivismo jurídico incluyente. *Revista Persona y Derecho*. Universidad de Navarra, Pamplona, v.67, p. 411-447, 2012, p. 413.

mais interessante para a compreensão do positivismo é por meio das áreas de disputa sobre as quais a controvérsia persiste⁴⁶⁸.

Nessa perspectiva, identificam-se três grandes pontos de disputa: (a) a identificação do Direito, por ele denominada de “tese social”; (b) o valor moral do Direito, chamada de “tese moral”; e (c) o significado dos conceitos chaves, a tese semântica. A tese social é a mais fundamental para o positivismo, na visão de Raz, inclusive porque dá origem ao nome positivismo (o Direito é posto pela sociedade); e de forma muito simplista significa: é a atividade humana que faz o Direito. Desse modo, dado que para a tese social o que é Direito consiste em uma questão exclusivamente de fatos (sociais) e a identificação do Direito não envolve argumentação moral, é corolário que o que é considerado Direito ou legalmente vinculante e não depende em absoluto da adequação a valores morais. Isto é, não há conexão necessária entre Direito e Moral. O que existe é apenas um *uso contingente* da Moral em circunstâncias particulares⁴⁶⁹.

A tese social defendida por Raz é do tipo forte e se identifica pelas seguintes características: (a) assume que uma teoria que se proponha completa deve fornecer testes de identificação do conteúdo e da existência do Direito; (b) assume que existe vocabulário suficientemente rico de termos neutros sob o ponto de vista valorativo; (c) a tese não exige a desconsideração das intenções, motivações e ponto de vista moral da população; e (d) é irrelevante a distinção entre a necessidade de uma condição social para identificar o Direito (uma regra é legal *somente* se atender a uma condição social) e a suficiência de uma condição social para identificar o Direito (uma regra é legal se atender a uma condição social), pois fatos sociais são ambos – condições necessárias e suficientes para identificar o Direito⁴⁷⁰.

Raz desdobra o teste de identidade e existência da tese social em três elementos, sendo apenas um deles relativo às fontes, acompanhado pela eficácia e pelo caráter institucionalizado do Direito. Menos controversos, os dois últimos exigem que, para ser identificado como Direito, o sistema jurídico deve ser *eficaz* (reconhecido, aceito e internalizado como o Direito de fato praticado por determinada população) e *dotado de caráter institucional*, ou seja, precisa possuir instituições com poderes adjudicatórios capazes de regular disputas sobre a

⁴⁶⁸ RAZ, Joseph. *The authority of Law*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 37.

⁴⁶⁹ RAZ, Joseph. *The authority of Law*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 38.

⁴⁷⁰ RAZ, Joseph. *The authority of Law*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 40.

aplicação de normas do sistema. Tal sistema será normativo somente se for capaz de afirmar sua autoridade e ocupar uma posição de supremacia na sociedade, ou seja, se for capaz de tomar para si o poder de declarar a legitimidade ou a exclusão das demais instituições sociais⁴⁷¹.

A partir desses três elementos, Raz censura as teorias positivistas que se apoiam mais na eficácia e na institucionalidade, denominando-as como defensoras de uma “tese social fraca”; enquanto uma “tese social forte”, como a defendida por ele, corretamente enfatiza o elemento das fontes, razão pela qual afirma que sua tese forte também pode ser chamada de “tese das fontes”⁴⁷².

The difference between the weak and the strong social theses is that the Strong one insists, whereas the weak one does not, that the existence and content of every law is fully determined by social sources. On the other hand, the weak thesis, but not the strong one, builds into the law conditions of efficacy and institutionality. The two theses are logically independent. The weak thesis though true is insufficient to characterize legal positivism.⁴⁷³

Para justificar a necessidade de uma tese social forte, problematiza o exemplo de uma disputa que ainda não possui Direito regulamentado ou estabelecido (“law is unsettled”), tal caso pode ser decidido com base em considerações morais. Para a tese fraca, a argumentação moral passaria a fazer parte do Direito, gerando como consequência negativa o fato de que o Direito nunca estará assentado enquanto a Moral também não estiver; dito de outro modo, a estabilidade do Direito dependeria da Moral. Por outro lado, para a tese forte, a decisão tomada será considerada Direito (produz Direito novo), mas a referência ao conteúdo moral não⁴⁷⁴. Dessa forma, Raz estabelece que só pode ser reconhecido como Direito aquilo que for determinado pelas fontes ou potencialmente possa ser uma fonte no futuro, como é o caso da decisão que cria novo Direito – embora se utilize de argumentos morais, somente a própria decisão terá natureza jurídica e poderá ser, ela própria, fonte do Direito.

Por tudo isso, o positivismo forte de Raz nega que os sistemas jurídicos possam incorporar critérios morais à validade do Direito. A tese social, também

⁴⁷¹ RAZ, Joseph. *The authority of Law*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 42-43.

⁴⁷² RAZ, Joseph. *The authority of Law*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 45-46.

⁴⁷³ RAZ, Joseph. *The authority of Law*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 46-47.

⁴⁷⁴ RAZ, Joseph. *The authority of Law*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 46.

chamada de “source thesis” (tese das fontes), defende que a existência e o conteúdo do Direito sempre podem ser determinados por suas fontes (sociais), sem recorrer à argumentação moral. Nessa perspectiva, as fontes seriam as circunstâncias de promulgação das leis ou relevante conteúdo interpretativo, como decisões de casos judiciais. Contudo, a natureza de normas ou emendas constitucionais, como a primeira ou a quarta da Constituição dos Estados Unidos, podem exigir que juízes considerem padrões morais em certos casos ou circunstâncias, mas essas razões não serão incorporadas ao Direito⁴⁷⁵. Isso significa que quando um juiz faz uso de considerações morais para decidir um caso, isso cria um Direito novo, que introduz no Direito uma nova regra jurídica e não a própria argumentação de natureza moral; a decisão se torna Direito posto, mas a argumentação de conteúdo moral não será integrada.

Nesse contexto, é imperioso compreender a noção de fontes para Raz, posto que toda decisão jurídica é determinada por suas fontes⁴⁷⁶. Para o autor, o termo fonte é empregado no sentido técnico – o que significa, expressamente dito por ele, uma clara relação com as classificações tradicionais da doutrina, tal como aquela proposta por François Geny. Prosseguindo, afirma que *as fontes são os fatos em virtude dos quais o Direito é válido e seu conteúdo identificável*⁴⁷⁷. Tal afirmativa, gera uma inevitável intuição de circularidade no conceito exposto: o autor, de fato, não avança para uma explanação mais direta ou apresenta exemplos concretos dos referidos fatos, apenas se limita a dizer que se trata de um sentino mais amplo que o de “fontes formais” – em clara referência à classificação da doutrina tradicional (binômio das fontes materiais e formais, que foi objeto do capítulo dois)⁴⁷⁸.

Mas alguns outros esclarecimentos podem ser encontrados de forma esparsa pelo texto. Em determinada passagem, afirma com clareza que existe uma distinção entre a Moral e a moral social, e que esta última é baseada em fontes (como costumes, hábitos ou uma visão compartilhada pela comunidade⁴⁷⁹ – esses seriam exemplos de fontes substanciais ou materiais na classificação de Geny). Em outro momento, afirma que um ou mais atos do Parlamento somados a precedentes

⁴⁷⁵ Disponível em: <<http://www.iep.utm.edu/LEGALPOS/#SH2a>>. Acesso em: 12 set. 2017.

⁴⁷⁶ RAZ, Joseph. *The authority of Law*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 46.

⁴⁷⁷ RAZ, Joseph. *The authority of Law*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 47-48.

⁴⁷⁸ RAZ, Joseph. *The authority of Law*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 47-48.

⁴⁷⁹ Nota de rodapé 7. RAZ, Joseph. *The authority of Law*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 46.

podem ser fonte formal de uma regra de Direito. Também inclui como fontes, as interpretativas: todo o conteúdo de relevância interpretativa⁴⁸⁰. Mais adiante, afirma que a ocorrência de eventos de determinado tipo cria Direito, tais como as declarações legais (contratos, testamentos, assunção de ilícitos civis, exercício de poderes públicos ou privados, etc.), que podem ou não ser decorrentes do Direito posto ou de uma lei. Nesse sentido específico, fontes podem representar não apenas atos que criam Direito, mas também qualquer tipo de fato que torne uma declaração legal verdadeira ou falsa⁴⁸¹.

Assim, as fontes do Direito nunca são um ato isolado, como uma legislação; são, na verdade, um coletivo de fatos das mais variadas espécies⁴⁸². Tal generalização não pode deixar de despertar alguma preocupação e reprovação com a amplitude e a vagueza conceitual demonstrada. Para defender sua tese das fontes, Raz apresenta dois argumentos: (a) a tese reflete e explica a concepção de Direito por ele adotada e (b) existem razões sólidas para aderir a esta concepção. Para fundamentar esses argumentos, estabelece duas distinções – que entende demonstrar a superioridade da teoria por ele defendida, mas que, em realidade, demonstram como a tese social deixa o Direito à mercê da Moral. A primeira diz respeito à qualificação dos juízes, que podem ser valorizados por seu conhecimento jurídico e sua técnica interpretativa ou por sua sabedoria, compreensão da natureza humana e sensibilidade moral; desses dois grupos somente o primeiro diz respeito a habilidades verdadeiramente jurídicas, mas na aplicação desses diferentes saberes, normalmente se utilizam os do primeiro grupo para decidir os casos em que o Direito é conhecido e estabelecido (já existente), já nos casos em que o Direito ainda não está firmado, “é uma questão aberta”, o juiz necessita se utilizar do segundo grupo de habilidades (não jurídicas) para “criar, inovar ou desenvolver” o Direito, o que leva à segunda distinção: a diferença entre Direito estabelecido e não estabelecido (*settled* e *unsettled*). Nesse caso, *estabelecido* é aquele Direito posto, já conhecido (quando já existem fontes jurídicas vinculantes disponíveis ao juiz), enquanto o *Direito não estabelecido* é aquele que demandará do juiz, na resolução dos casos concretos, a aplicação direta de argumentos morais, sociais e não-jurídicos em

⁴⁸⁰ RAZ, Joseph. *The authority of Law*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 48.

⁴⁸¹ RAZ, Joseph. *The authority of Law*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 62-63.

⁴⁸² RAZ, Joseph. *The authority of Law*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 48.

geral⁴⁸³. Por isso, afirma que a tese das fontes explica e sistematiza essas distinções da seguinte forma:

the law on a question is settled when legally binding sources provide its solution. In such cases judges are typically said to apply the law, and since it is source-based, its application involves technical, legal skills in reasoning from those sources and does not call for moral acumen. If a legal question is not answered by standards deriving from legal sources then it lacks a legal answer-the law on such questions is unsettled. In deciding such cases courts inevitably break new (legal) ground and their decision develops the law [...] Naturally, their decisions in such cases rely at least partly on moral and other extra-legal considerations.⁴⁸⁴

Na interpretação de Raz, estas distinções falam a favor da tese das fontes porque permitem compreender um traço fundamental das instituições sociais, especialmente do *funcionamento* do Direito: toda sociedade compartilha um padrão de abstenções, cooperação e coordenação, mas diferentes grupos de uma mesma sociedade possuem visões privadas ou particulares de quais devem ser os limites dessas abstenções, cooperação e coordenação. A superioridade da tese das fontes estaria em demonstrar com clareza o ponto em que uma visão privada de um certo grupo tornar-se regra vinculante para toda sociedade, apesar de seu desacordo por outros grupos⁴⁸⁵. Ou seja, a principal qualidade da tese das fontes é sua honestidade sobre como e em que momento a visão moral de um grupo se torna regra jurídica para toda a sociedade⁴⁸⁶. Aos moldes do realismo, é uma teoria mais preocupada com o anti-formalismo e o diagnóstico das práticas sociais, abrindo mão do aspecto prospectivo que é papel da teoria do Direito.

Uma primeira leitura rápida da proposta de Raz pode fazer parecer que sua teoria das fontes retoma a noção de fontes substanciais, há muito descrita por Geny. Contudo, a nova visão tem alguma complexidade e sofisticação a mais; uma

⁴⁸³ RAZ, Joseph. *The authority of Law*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 48-49.

⁴⁸⁴ RAZ, Joseph. *The authority of Law*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 49-50.

⁴⁸⁵ RAZ, Joseph. *The authority of Law*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 50-51.

⁴⁸⁶ Lenio Streck explica que a ênfase de Raz, como positivista de *common law*, está na interpretação enquanto sistema, isto é, a preocupação está centrada no juiz e a partir de onde este juiz pode decidir. “Em outras palavras, a questão de fundo é o que distingue o jurídico dos demais sistemas normativos e não partindo do direito o melhor modo de resolver os litígios é este ou aquele. **É, pois, um problema de identificação das fontes**, e não dos sentidos internos desse conjunto” (grifo nosso). STRECK, Lenio Luiz. *Lições de crítica hermenêutica do direito*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 27. A questão das diferenças entre os sistemas de *civil e common law* e suas (possíveis) consequências para as fontes será problematizada no capítulo 5, principalmente no sentido de que a preocupação com a identificação das fontes também deve ser relevante nos países de tradição romano-germânica.

reflexão mais detida, permite perceber que em realidade se opera uma espécie de mixagem entre as duas categorias de Geny, formais e substanciais, porquanto Raz inclui na tese das fontes também as fontes de Direito positivo – os mecanismos legítimos e solenes que são produto de uma elaboração técnica, tais como a lei, o precedente e a sentença judicial⁴⁸⁷. Assim, a insistência em denominar a tese das fontes em tese social nada tem a ver com a negação das fontes formais, mas com seu deslocamento para dentro das fontes substanciais; trata-se, na verdade, de um mecanismo para insistir na expulsão dos conteúdos morais da moral da regra de reconhecimento e da validade do Direito.

Em fechamento a esse capítulo, que se propôs a revisar algumas das correntes positivistas de maior destaque nos séculos XIX e XX até os dias atuais, com ênfase em seus respectivos conceitos de fontes, parece inevitável tecer algumas considerações críticas a partir da teoria de base que orienta a presente tese.

Nesse sentido, a Crítica Hermenêutica do Direito, de Lenio Streck, está especialmente preocupada com a discricionariedade judicial – os positivistas aceitam a discricionariedade como um *fato* empírico inexorável –, e o imaginário, que tem se mostrado muito difícil de ser superado, de que os juízes podem decidir com base em argumentos morais, políticos, estéticos, religiosos ou de qualquer outra ordem às custas das garantias democráticas de integridade do Direito e previsibilidade das decisões judiciais.

A teoria de Streck busca demonstrar que existe uma obrigatória justaposição entre o problema da decisão na teoria do Direito e a teoria democrática, objetivando evidenciar que o fenômeno jurídico não é independente da política, sob pena de abandono dos avanços e das conquistas do constitucionalismo do segundo pós-guerra⁴⁸⁸.

Sob o ponto de vista hermenêutico, a teoria das fontes sociais, que com algumas variações, é comum a todos os positivismos, pode ser especificamente repreendida pela insistência em se permanecer submetida ao paradigma da metafísica moderna⁴⁸⁹ e do sujeito solipsista⁴⁹⁰. Isso, porque, nesta postura, o

⁴⁸⁷ Ver, nesse sentido, o item 2.4.1 acima.

⁴⁸⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Lições de crítica hermenêutica do direito*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 27.

⁴⁸⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica*. Belo Horizonte: Letramento/Casa do Direito, 2017, p. 129 e seguintes.

intérprete acredita que os objetos estudados e descritos pelo ser racional são produto da sua inteligência, de sua subjetividade, ou seja, as coisas existem na medida em que a sua razão (subjetividade) as identifica, descreve e nomeia.

No âmbito jurídico, isso se daria pela ideia de que o Direito é produto de fatos sociais, fatos esses que ganham relevância jurídica pela subjetividade do intérprete, que os identificam e descrevem como fatos sociais relevantes, que o ser humano arbitrariamente/intencionalmente passa a chamar de Direito⁴⁹¹. Nesse sentido, a obstinação com a *inafastável* subjetividade do juiz, comum aos vários positivismos, também pode ser descrita como um desprezo pelos paradigmas filosóficos⁴⁹².

⁴⁹⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica*. Belo Horizonte: Letramento/Casa do Direito, 2017, p. 273 e seguintes.

⁴⁹¹ STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica*. Belo Horizonte: Letramento/Casa do Direito, 2017, p. 166.

⁴⁹² STRECK, Lenio Luiz. *Lições de crítica hermenêutica do direito*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 26.

4 AS FONTES DO DIREITO NO CONTEXTO BRASILEIRO

Falar de fontes, no cenário brasileiro, implica falar, obrigatoriamente, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (doravante LINDB), cuja alteração pela Lei nº. 12.376, de 2010, apenas modificou o nome da antiga Lei de Introdução ao Código Civil (doravante LICC), Decreto-lei nº. 4.657, de 4 de setembro de 1942, mantendo o mesmo conteúdo dos dispositivos legais.

Essa obrigatoriedade se dá, principalmente, por que, em tempos recentes, muito pouco foi produzido – em termos de doutrina – sobre o tema das fontes no Brasil. A LICC foi e permanece (agora sob nova denominação) ainda muito presente no imaginário dos juristas brasileiros, e quase nada se inovou. Quando se realiza uma pesquisa sobre a temática, as poucas referências encontradas ainda se concentram nos limites do Art. 4º da LINDB e raras são as vozes que enfrentam frontalmente o anacronismo dessa legislação e do modelo teórico que ela reflete.

Nessa perspectiva, observa-se nos dias atuais um movimento pendular, de efeitos nefastos em seus dois pontos máximos, no qual, em uma das extremidades, a doutrina brasileira permanece atrelada ao modelo de fontes do século XIX – calcada na lei como fonte exclusiva ou principal, em que há uma confusa equiparação entre os conceitos de lei e norma –, e na outra extremidade, paradoxalmente, vive-se no cenário jurídico brasileiro, um processo de absoluto desprezo e desmonte epistemológico do importante papel da lei em um sistema de tradição romano-germânica e do dever constitucional de aplicação desta (lei) em um Estado democrático.

Dessa forma, os trabalhos mais propositivos, que pensam a superação desse modelo, são poucos e serão abordados no capítulo seguinte. Já a análise a seguir, tendo como pano de fundo o tema das fontes, será focada exclusivamente no Art. 4º da Lei, cuja redação – “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”⁴⁹³ – versa sobre a referência legal que (des)informa o paradigma de fontes vigente no sistema brasileiro.

A Exposição de Motivos do novo Código Civil, que entrou em vigor em 2003, mas cujo anteprojeto é de 1975, faz uma única referência à Lei de Introdução.

⁴⁹³ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 11 set. 2017.

11. Restrito o plano unificador à matéria obrigacional e seus corolários imediatos, não havia que cuidar, como não se cuidou, de normas gerais sobre a vigência das leis e sua eficácia no espaço e no tempo, tanto no Direito Interno como no Direito Internacional, matéria esta objeto da chamada Lei de Introdução ao Código Civil, mas que, consoante ensinamento inesquecível de TEIXEIRA DE FREITAS, melhor corresponde a uma Lei Geral, na qual se contenham os dispositivos do Direito Internacional Privado, o que tudo demonstra que não nos tentou veleidade de traçar um “Código de Direito Privado.”⁴⁹⁴

Acerca da necessidade de uma *lei de introdução*, Oscar Tenório, já em 1955, ao estudar a exposição de motivos da LICC, explana que não existe nas codificações modernas um critério uniforme que legitime esta prática, e que o Brasil, na contramão da prática francesa, que o influenciou profundamente, acabou seguindo a orientação italiana quanto a uma legislação autônoma, cuja finalidade eram as normas de direito internacional privado e depois prossegue na crítica às demais impropriedades técnicas da LICC, inclusive quanto aos dispositivos de natureza constitucional que possui⁴⁹⁵.

Nesse sentido, desde seu nascedouro, já se verifica uma preocupação com o *deslocamento* dos artigos um a seis da lei, que por versarem sobre a aplicação das leis em geral (como vigência e obrigatoriedade), e não apenas do Código Civil ou do Direito privado, possuem verdadeira natureza constitucional e de Direito público cogente⁴⁹⁶, enquanto os artigos seguintes, de sete a dezenove, têm finalidade específica de orientar quanto às regras de Direito civil internacional, esses sim com propriedade suficiente para ostentar uma legislação autônoma.

4.1 A visão do passado sobre o Art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil

Antes da edição da LICC, em 1942, o próprio Código Civil de 1916, dispunha em seu Art. 5º que “ninguém se excursa, alegando ignorar, a lei; nem com o silêncio, a obscuridade, ou a indecisão dela se exime o juiz a sentenciar, ou despachar” e, ainda, no Art. 7º que “aplicam-se nos casos omissos as disposições concernentes

⁴⁹⁴

Disponível

em:

<<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/70327/C%C3%B3digo%20Civil%202020ed.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 11 set. 2017.

⁴⁹⁵ TENORIO, Oscar. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1957, p. 17-19.

⁴⁹⁶ TENORIO, Oscar. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1957, p. 19.

aos casos análogos, e, não as havendo, os princípios gerais de direito”. A primeira disposição traz uma lembrança muito clara do Art. 4º do Código Civil de Napoleão, que instituiu o princípio do *non liquet*: “o juiz que se recusar a julgar sob pretexto de silêncio, obscuridade ou insuficiência da lei poderá ser punido como culpável por justiça denegada”⁴⁹⁷ – produto do positivismo exegético, que tinha o Código como fonte exclusiva do Direito (pretensão de completude) e deixava o juiz ao arbítrio de sua própria concepção de justiça, em uma *espaço de livre criação*⁴⁹⁸ –, já a segunda, está claramente calcada na concepção positivista que fez a transição do século XIX para o século XX, mormente pelo trabalho de François Geny, que se concentrou em descrever a inevitabilidade das lacunas e defendeu o uso de fontes subsidiárias – como o costume e a interpretação (analogia) – como mecanismos de integração nos casos de omissão da fonte formal primária – o Código⁴⁹⁹.

Assim, vale registrar que, mesmo antes da entrada em vigor da LICC, já existia a referência ao uso da analogia e dos princípios “gerais do Direito” como mecanismos de colmatação das lacunas, embora tais princípios, mesmo que constitucionalmente assegurados, não recebessem o mesmo tratamento contemporâneo, uma vez que não eram considerados normas jurídicas e só poderiam ser aplicados em estrita ordem hierárquica, após verificada a impossibilidade do uso da analogia.

Sob o ponto de vista da interpretação, vale lembrar que os positivistas exegéticos buscavam encontrar a vontade do legislador (que originariamente estabeleceu o texto do Código), enquanto as correntes posteriores, como a Escola Histórica e as correntes sociológicas, buscavam encontrar a vontade da lei, calcados na subjetividade do sujeito (intérprete)⁵⁰⁰.

Também o Código de Processo Civil, de 1973, ao regulamentar o princípio do *non liquet*, repetiu os termos do Art. 4º e ainda incluiu o julgamento por equidade.

Art. 126. O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito.

⁴⁹⁷ BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico*. São Paulo: Ícone, 2006, p. 74.

⁴⁹⁸ BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico*. São Paulo: Ícone, 2006, p. 75.

⁴⁹⁹ GENY, Francisco. *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo*. Madrid: Hijos de Reus, 1902.

⁵⁰⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 138-142.

Art. 127. O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei.⁵⁰¹

Perdendo uma excelente oportunidade de libertar o ordenamento brasileiro do anacronismo do Art. 4º, o novo Código de Processo Civil, de 2015, repetiu parcialmente a previsão.

Art. 140. O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico. Parágrafo único. O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei.

A obra de Eduardo Espínola, então ministro do Supremo Tribunal Federal, publicada em 1943, apenas um ano após a entrada em vigor da LICC, com extensos comentários sobre a lei de introdução, faz um interessante resgate do Direito comparado e demonstra que as previsões do Art. 4º, na esteira do Código francês, também influenciou outros países, que incluíram disposições muito semelhantes em suas legislações civis; dentre diversas nações, junta a transcrição dos artigos de lei de Argentina, Áustria, Chile, China, Colômbia, Equador, Espanha, Holanda, Honduras, Itália, Luisiana (EUA), México, Montenegro, Peru, Portugal, Suíça, Uruguai e Venezuela. Ponto comum entre todas essas nações, está a previsão de que em não sendo possível a solução de casos concretos por meio da aplicação de dispositivo legal (lei como fonte principal), deverá o juiz decidir com base em fontes subsidiárias, dentre as mais citadas, com diferenças entre países estão: costume, princípios gerais do Direito, analogia e equidade⁵⁰².

Espinola afirma que “as normas jurídicas são previsões que o legislador faz acêrca de possíveis casos concretos”, sendo papel do juiz fazer uma intermediação entre a norma e a vida, é “o instrumento vivo que transforma o preceito abstrato da lei em preceito concreto para os litigantes, por meio da sentença”⁵⁰³. Tal passagem é bastante demonstrativa de no mínimo dois pontos: a equiparação (confusão) entre a lei e a norma jurídica (sentido do texto) e o paradigma hermenêutico vigente à

⁵⁰¹ Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869impressao.htm>. Acesso em: 18 set. 2017.

⁵⁰² ESPINOLA, Eduardo; ESPINOLA FILHO, Eduardo. *A Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro comentada na ordem de seus artigos*. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1943, p. 104-107.

⁵⁰³ ESPINOLA, Eduardo; ESPINOLA FILHO, Eduardo. *A Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro comentada na ordem de seus artigos*. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1943, p. 107-108.

época, ilustrado pela técnica da subsunção, uma vez que caberia ao juiz aplicar a norma em três fases: (i) fixar o estado de fato da controvérsia, (ii) determinar a norma jurídica a ser aplicada e (iii) pronunciar o resultado jurídico, pela subordinação do estado de fato aos princípios jurídicos, numa espécie de acoplamento⁵⁰⁴.

Sobre a confusão entre norma jurídica e texto legal, que será objeto de estudo mais detalhado no capítulo cinco a seguir, apenas a título de rápido esclarecimento, vale lembrar que a diferença ontológica (ser e ente) em Heidegger, introduzida no Direito como diferença ontológica entre texto (legal) e norma jurídica, por Friedrich Müller, agora é melhor compreendida no sentido de que é a lei (texto da lei) que carrega generalidade e abstração, mas este texto, como ente, só é acessível ao intérprete enquanto ser, manifestação de sentido, ou seja, enquanto norma jurídica. Dessa forma, a norma jurídica nunca será geral e abstrata, pois ela é sempre o produto de uma interpretação e que sempre depende da facticidade do caso concreto (não existem interpretações em abstrato)⁵⁰⁵.

Quanto à subsunção, sempre é válido lembrar os ensinamentos de Hans-Georg Gadamer, melhor divulgados no Brasil por Lenio Streck, a respeito da impossibilidade de fatiamento ou fases da interpretação. Gadamer denominou de *Auslegung* o paradigma interpretativo clássico da “reprodução de sentido”, no qual se acredita que a interpretação é o produto de uma operação que ocorre em partes (*subtilitas intelligendi, subtilitas explicandi e subtilitas applicandi*), ou seja, como ainda afirmam muitos juristas brasileiros, de que, primeiro, se conhece o texto, depois se interpreta, para só então aplicar⁵⁰⁶. Essa interpretação, como reprodução de sentido, permitiria ao intérprete, *extrair* o significado da lei, encontrando o *espírito do legislador* ou a *vontade da lei*, como se fosse possível ao intérprete retirar do texto (lei) algo que ele *possui-em-si-mesmo*⁵⁰⁷, ou seja, um *sentido imanente* que o texto já possuiria antes mesmo do ato interpretativo.

⁵⁰⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 308, 313 e 381.

⁵⁰⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica*. Belo Horizonte: Letramento/Casa do Direito, 2017, p. 279-285.

⁵⁰⁶ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I*. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 2004, p. 254 e 405-406 e, também, GADAMER, Hans-Georg *Verdade e método II*. 5. ed. Petrópolis: Vozes, 2002, p. 118.

⁵⁰⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 276.

Outro ponto relevante das obras brasileiras, publicadas ainda na primeira metade do século XX, é a questão das lacunas e dos mecanismos de integração. Na concepção de Espinola, por exemplo, *a lacuna nasceria justamente do processo interpretativo de subsunção, na medida em que o juiz, interpretando por etapas (subtilitas), primeiro fixa a controvérsia do caso concreto e a inexistência de “norma de direito positivo”, para então concluir tratar-se de um caso lacunoso*⁵⁰⁸. Destaque, mais uma vez, para a referência às noções de lei (regras do Código) e norma como sinônimas.

Já para a supressão das lacunas, defende uma segunda espécie de interpretação – em sentido amplo, que ultrapassa a “declaração precisa do conteúdo e do sentido de uma norma jurídica” (dispositivo do Código) –, ligada às fontes subsidiárias, cuja finalidade é encontrar um preceito, que *pode estar dentro ou fora das fontes formais*⁵⁰⁹, para dar solução ao caso lacunoso⁵¹⁰. Nesse sentido, afirma que a interpretação em sentido amplo está diretamente ligada ao problema das fontes jurídicas, que conceitua como “as formas concretas, que o direito objetivo⁵¹¹ assume num Estado e num tempo determinados”⁵¹². Interessante notar que entre os positivistas brasileiros, o estudo das fontes fica adstrito à questão das *fontes formais*, como também será visto nos próximos autores analisados.

Espinola reconhece como fontes de Direito objetivo, para além da lei – a fonte principal –, somente os costumes e os princípios gerais do Direito. Sobre a analogia, afirma que esta não é fonte em si, com caráter próprio, mas apenas meio para se encontrar, *analogicamente*, um dispositivo de lei que servirá de regra para o caso concreto, sendo esta, a verdadeira fonte do caso (processo pelo qual a própria lei dá solução ao caso⁵¹³).

⁵⁰⁸ ESPINOLA, Eduardo; ESPINOLA FILHO, Eduardo. *A Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro comentada na ordem de seus artigos*. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1943, p. 111.

⁵⁰⁹ Tal passagem, que admite o uso de fontes, *de dentro ou de fora do rol de fontes formais*, é um claro exemplo da discricionariedade positivista e da admissão do uso de conteúdos não jurídicos para a solução dos casos lacunosos ou difíceis, mesmo por parte de um autor que se esforça em sistematizar o uso das fontes formais.

⁵¹⁰ ESPINOLA, Eduardo; ESPINOLA FILHO, Eduardo. *A Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro comentada na ordem de seus artigos*. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1943, p. 111.

⁵¹¹ Sobre a relação entre fontes e Direito objetivo, ver o item 2.4.2 da Tese.

⁵¹² ESPINOLA, Eduardo; ESPINOLA FILHO, Eduardo. *A Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro comentada na ordem de seus artigos*. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1943, p. 112.

⁵¹³ ESPINOLA, Eduardo; ESPINOLA FILHO, Eduardo. *A Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro comentada na ordem de seus artigos*. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1943, p. 127.

Sobre os princípios gerais, não os considera fontes formais, devendo ser usados de forma contingencial, na absoluta ausência de leis e costumes, como fonte meramente supletiva⁵¹⁴. Em não sendo fonte formal, a aplicação dos princípios gerais não faz do juiz legislador, tampouco o princípio se constitui norma jurídica, servindo como uma adaptação exclusiva ao caso, cuja fixação se deu pela necessidade de solução⁵¹⁵. Mais um grande indicativo da posição positivista que permeia a LICC e seus intérpretes: os princípios sequer são considerados fontes formais ou norma jurídica, só podendo ser aplicados em último caso, numa rígida hierarquia de fontes.

Acerca da natureza e do conteúdo desses princípios, afirma possuírem uma origem no jusnaturalismo, na “natureza das coisas”⁵¹⁶ – o que entre os defensores do Direito livre e da livre criação jurídica (como Geny), se traduziu na aplicação por equidade, já na orientação dos romanistas, foi defendida como *ratio scripta*, e, para a corrente dominante à época da obra em análise, se limitava aos princípios do Direito nacional, fornecidos pelo sistema de legislação vigente em cada país –, que, na opinião de Espinola, tem um caráter universal, perdurando através dos tempos e modificando-se pelas transformações sociais, políticas e econômicas, podendo ser produto, inclusive, das legislações, doutrina e jurisprudência estrangeiras⁵¹⁷.

Oscar Tenório, com obra contemporânea à de Espinola, compartilha do mesmo entendimento sobre o caráter abstrato das leis e o uso da subsunção como mero “encaixe” do texto geral ao caso concreto – aplicação mecanicista na qual se produz a lacuna, quando o juiz intérprete (sujeito solipsista⁵¹⁸ da modernidade) não encontra na lei dispositivo a respeito, devendo utilizar a interpretação (como um instrumento – terceira coisa que se coloca entre o sujeito e o objeto a ser

⁵¹⁴ ESPINOLA, Eduardo; ESPINOLA FILHO, Eduardo. *A Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro comentada na ordem de seus artigos*. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1943, p. 112-113.

⁵¹⁵ ESPINOLA, Eduardo; ESPINOLA FILHO, Eduardo. *A Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro comentada na ordem de seus artigos*. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1943, p. 138-139.

⁵¹⁶ ESPINOLA, Eduardo; ESPINOLA FILHO, Eduardo. *A Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro comentada na ordem de seus artigos*. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1943, p. 142-144.

⁵¹⁷ ESPINOLA, Eduardo; ESPINOLA FILHO, Eduardo. *A Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro comentada na ordem de seus artigos*. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1943, p. 145.

⁵¹⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica*. Belo Horizonte: Letramento/Casa do Direito, 2017, p. 273-278.

conhecido)⁵¹⁹ para *encontrar* (ato racional volitivo) uma fonte subsidiária de integração do Direito e solução do caso concreto⁵²⁰, como se visualiza na passagem a seguir.

O caráter geral e abstrato das leis equipara-se ao papel dos antigos portulanos, São roteiros de nauta. As rotas dos mares e dos portos não estão todas elas nas cartas. Mas não se deixa de navegar em virtude da imperfeição dos roteiros. A argúcia do marinheiro supre a deficiência das cartas. O magistrado tem de resolver os litígios que as partes levam ao pretório. Se a lei dispõe sobre a matéria ***limita-se o juiz a ajustar o fato à norma***. Quando a lei não dispõe a respeito, nem por isto a sentença deixará de ser proferida. Realizará o magistrado o processo de integração do direito, a que se tem chamado de preenchimento de lacunas.⁵²¹

Sobre o conceito de norma jurídica, traz uma interessante crítica à posição de Kelsen, que demonstra com clareza a equivocada confusão que Tenório faz entre lei e norma jurídica, bem como de sua aceitação da discricionariedade judicial. Afirma que o termo norma jurídica individual, empregada por Kelsen para designar os casos nos quais o juiz decide fora da moldura legal (normas jurídicas gerais), seria inadequado e incompatível, pois a norma jurídica possui necessário caráter de generalidade – *exemplo da confusão lei e norma* –, podendo ser chamada apenas de “norma criada *in casu*”, aos olhos daquele juiz, para aquele caso concreto, na medida em que “outros juízes, em casos idênticos, poderão criar outras normas, de existência de curto tempo e de estrito espaço [...] Sua decisão não se incorpora ao sistema jurídico do país”⁵²² – mais um exemplo da discricionariedade positivista.

Para o autor, as lacunas se resolvem na esfera da interpretação, o juiz atua como um “legislador com grilhões”, pois no Direito brasileiro não se cogita de um “Direito livre”, nem de indagações sobre os valores da justiça e da equidade, o preenchimento de lacunas deriva da necessidade de decidir mesmo nos casos em que o legislador tacitamente não quis impor sanção; trata-se de um trabalho obrigatório e deve ser cumprido nos estritos limites da analogia, dos costumes e dos

⁵¹⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, 239 e seguintes, mas, especialmente, 362-364.

⁵²⁰ TENORIO, Oscar. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1957, p. 102.

⁵²¹ TENORIO, Oscar. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1957, p. 102.

⁵²² TENORIO, Oscar. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1957, p. 102-103.

princípios gerais do Direito⁵²³. A partir da LICC, a lacuna é sempre da lei, que deve ser preferida a todas outras fontes, aplicando-se as fontes subsidiárias na exata ordem hierárquica estipulada pela LICC – analogia, que privilegia a aplicação da própria lei, costume e, por último, princípios gerais⁵²⁴.

Sobre a natureza dos princípios, também problematiza as diferentes concepções que filósofos e sociólogos rivalizam, mas conclui pelo inerente caráter universal e jusnaturalista que os princípios carregam, como aqueles enunciados na modernidade pela *Bill of Rights* ou pela *Declaração Universal dos Direitos de Homem e do Cidadão*, embora reconheça a possibilidade de evolução desses preceitos, como, por exemplo, com a transformação, operada pelo Direito romano, da propriedade antes coletiva em privada e brutalmente individual, categoria, que, por sua vez, também já não explica princípios contemporâneo, como da função social da propriedade. Mas também admite os princípios decorrentes das previsões constitucionais de 1946⁵²⁵. A pesquisa levantou um aspecto muito curioso: o estudo da LICC no Brasil, embora pautado pelo positivismo, admitia, à semelhança dos exegetas franceses, como Portalis, a necessidade última de se recorrer a princípios ou concepções de justiça em casos extremos.

No mesmo sentido dos autores acima referidos, Wilson Batalha corrobora a visão já esboçada. Expõe que, embora a doutrina clássica defendesse a teoria da “plenitude logicamente necessária da legislação escrita” (*logische Geschlossenheit des Rechts*) – ou seja, o ordenamento legal forma um todo completo e cerrado, no qual a lei, como fonte precípua, oferece solução para todos os casos concretos, diretamente ou por meio da hermenêutica –, observou-se a inevitabilidade das lacunas na legislação, pela impossibilidade de o legislador prever todas as hipóteses, presentes ou futuras⁵²⁶.

Para elucidar tal problemática, apresenta em detalhes a doutrina de no mínimo 15 autores de língua estrangeira, citados no original, tais como Zitelmann, Donati, Kantorowicz, Kelsen, Kaufmann, Geny, Cossio, Recansens Siches, Ruggiero

⁵²³ TENORIO, Oscar. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1957, p. 103.

⁵²⁴ TENORIO, Oscar. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1957, p. 122.

⁵²⁵ TENORIO, Oscar. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1957, p. 129-131.

⁵²⁶ BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Lei de Introdução ao Código Civil*. São Paulo: Max Limonad, 1957, vol.1, p. 166-167.

e Philipp Reck, dentre outros, sobre as diferentes posições acerca das lacunas⁵²⁷. A pesquisa demonstrou que as obras brasileiras da primeira parte do século XX, apesar de ainda não terem acesso ao giro hermenêutico da linguagem e toda a evolução da hermenêutica jurídica, doutrinariamente são muito mais comprometidas com o aprofundamento e a análise crítica dos temas e ainda não sofrem com a cultura “manualesca” e superficial da qual as obras mais contemporâneas padecem.

Batalha adota uma postura mais generosa que os autores acima referidos e avalia a existência de outras fontes subsidiárias, além daquelas expressas no Art. 4º da LICC. Mas explica que estas não se tornam concorrentes da lei, pois sendo a última, fonte suprema, autoriza ou não o uso das demais, determina ou restringe sua eficácia, embora a existência e as espécies de fontes subsidiárias admitidas não dependam de previsão legal⁵²⁸. Assim, propõe um rol de fontes supletivas composto por analogia, costumes, princípios gerais, equidade, jurisprudência, doutrina, precedentes do Direito comparado, dissídios da Justiça do Trabalho e normas negociais (contratos)⁵²⁹, o mais abrangente dentre os autores comentados.

Para fazer a transição da antiga visão sobre a LICC para o atual tratamento da LINDB, denominação alterada em 2012, retomam-se dois trabalhos de Maria Helena Diniz, um publicado inicialmente em 1994, e outro recente, de 2017, para ilustrar que a transição do passado para o presente se deu de forma muito complacente, sem solução de descontinuidade, e com pouca ou quase nenhuma crítica ou perspectiva inovadora.

Mais contemporânea entre os autores acima selecionados – embora em quase nada apresente divergências a eles –, Diniz parte da tradicional dicotomia fontes materiais e formais, os quais não considera conceitos excludentes entre si, admitindo as fontes sociais como origem das formais, e adota um rol taxativo de fontes subsidiárias, que não acompanha a expressão do Art. 4º da LICC.

A legislação, ou melhor, a atividade legiferante, é tida, portanto, como a fonte primacial do direito, a fonte jurídica por excelência. A fonte formal seria o processo ou o meio pelo qual a norma jurídica se positiva com legítima força obrigatória, ou seja, com vigência e

⁵²⁷ BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Lei de Introdução ao Código Civil*. São Paulo: Max Limonad, 1957, vol.1, p. 170-199.

⁵²⁸ BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Lei de Introdução ao Código Civil*. São Paulo: Max Limonad, 1957, vol.1, p. 199-200.

⁵²⁹ BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Lei de Introdução ao Código Civil*. São Paulo: Max Limonad, 1957, vol.1, p. 231-456.

eficácia. O direito resulta de certos fatores sociais e valores, mas se manifesta, como ordenação vigente e eficaz, mediante certas fontes formais que são o processo legislativo, a atividade jurisdicional, a prática consuetudinária e o poder negocial; logo a lei, a sentença, o costume e o contrato constituem formas de expressão jurídica resultantes daquelas atividades.⁵³⁰

A noção de lacuna em Diniz é bastante abrangente; embora decorrente da interpretação subsuntiva – quando “o magistrado não encontra norma que lhe seja aplicável, não podendo subsumir o fato a nenhum preceito” –, a lacuna pode se dar pela falta de conhecimento sobre o *status jurídico* de determinado comportamento, por um defeito do sistema em que efetivamente há ausência de norma ou pela existência de norma injusta ou socialmente ineficaz⁵³¹.

As possibilidades apresentadas pela autora são variadas, mas compartilham um ponto comum, denotam o paradigma hermenêutico que subjaz em tal entendimento: o juiz intérprete é um sujeito que “se utiliza da linguagem” para encontrar uma resposta, extrair da lei um sentido que se “encaixa” ao caso. E mais, o juiz tem a discricionariedade para taxar a lei injusta (ao que se impõe indagar, sob qual parâmetro?). Outra censura a ser feita, é que apesar do giro-ontológico da linguagem⁵³² e de todos os avanços da hermenêutica jurídica, o texto insiste na equiparação da lei à norma, sem nenhum constrangimento epistemológico com a distância que deveria possuir e, relação às obras das décadas de 40 e 50. De maneira muito simples, se não existe norma, não é possível decisão jurídica; a lacuna descrita pela autora é da ausência de lei, pois se existe pluralidade de fontes, existe norma jurídica aplicável.

Diante de uma lacuna, Diniz afirma que o juiz receberá autorização para “desenvolver” o Direito, produzindo uma “norma individual”, como em Kelsen e outros positivistas, dentro dos limites impostos pelo Art. 4º da LICC⁵³³. Sobre a compreensão que tem de lacunas, estabelece três análises, quanto à existência, à constatação e ao preenchimento. Por existência entende o questionamento sobre a completude do ordenamento jurídico: trata-se de um ideal racional ou uma ficção?

⁵³⁰ DINIZ, Maria Helena. *Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 45.

⁵³¹ DINIZ, Maria Helena. *Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 97.

⁵³² STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica*. Belo Horizonte: Letramento/Casa do Direito, 2017, p. 85-89.

⁵³³ DINIZ, Maria Helena. *Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 97.

Afirma que a questão das lacunas está associada à compreensão do Direito como Ordenamento Jurídico (Bobbio), sendo uma questão sistemática, que depende da mobilidade e da temporalidade que se reconhece ao Direito, ou como um problema decorrente da própria jurisdição (o Direito não é lacunoso, pois cabe aos juízes colmatá-lo)⁵³⁴. Sob a primeira perspectiva, identifica duas correntes: a primeira não reconhece as lacunas, sob o argumento de que o ordenamento é um todo orgânico, no qual “o que não está proibido, está permitido”, a exemplo de Kelsen, já a segunda, admite as lacunas, pois concebe um ordenamento aberto e incompleto, revelando o Direito como um sistema complexo, composto não apenas da dimensão normativa, mas também de dimensões fática e valorativa; ou seja, o Direito não seria composto exclusivamente de normas, mas também de fatos e valores, aos quais denomina de subsistemas⁵³⁵. Embora não exista referência expressa, parece haver uma adaptação da teoria tridimensional do Direito de Miguel Reale.

A evolução da vida social traz em si novos fatos e conflitos, de modo que os legisladores, diariamente, passam a elaborar novas leis; juízes e tribunais, de forma constante, estabelecem novos precedentes, e os próprios valores sofrem mutações, devido ao grande e peculiar dinamismo da vida. Abarca o direito experiências históricas, sociológicas e axiológicas que se complementam. Logo, as normas, por mais completas que sejam, são apenas uma parte do direito, não podendo identificar-se com ele.⁵³⁶

O trecho acima selecionado é ilustrativo da mixagem teórica que perpassa o texto, não há um paradigma teórico que oriente uma posição crítica quanto à interpretação do artigo 4º ou do conceito de lacuna, apresentando um panorama muito semelhante aos dos textos anteriormente comentados, escritos com 50 anos de diferença e distanciados por todo o esforço teórico de superação do positivismo, da viragem linguística e do constitucionalismo que marcaram a segunda metade do século XX.

Aceitando a existência das lacunas como um paradoxo inexorável, o texto em comento se limita a avançar para a análise da constatação e do preenchimento de lacunas, correlatos entre si, embora independentes: quando a subsunção do fato à

⁵³⁴ DINIZ, Maria Helena. *Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 99 e 105.

⁵³⁵ Ou seja, o Direito seria composto de três subsistemas: o normativo (que incluiria as fontes formais), o axiológico e o fático (que dariam conta das fontes materiais).

⁵³⁶ DINIZ, Maria Helena. *Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 102.

norma legal constata uma lacuna, cabe ao juiz preencher, seguindo os estritos limites da própria lei⁵³⁷. Portanto, identifica como meios supletivos de colmatação a analogia, os costumes, os princípios gerais do Direito e a equidade (contemplada indiretamente pela legislação).

Todas as críticas que foram sucintamente colocadas aos autores brasileiros da década de cinquenta também são pertinentes à concepção de muitos doutrinadores atuais. A equiparação da lei à norma, a subsunção, o uso da linguagem como um instrumento, o solipsismo, a discricionariedade judicial, entre outros, são reflexo de uma posição teórica híbrida, desconectada de um paradigma filosófico que oriente uma tomada clara de posição ou uma visão crítica a respeito das carências e dos problemas decorrentes da concepção de fontes e da própria “aplicação” do Art. 4º da LICC. A dificuldade de superar a interpretação subsuntiva, o esquema sujeito-objeto da linguagem⁵³⁸ e a discricionariedade judicial – como base para compreensão das lacunas e aplicação do Art. 4º da LICC – não são monopólio da autora selecionada, na realidade, a grande maioria dos textos que se aventura nesses comentários incide nos mesmos equívocos que se perpetuam em publicações muito recentes.

A mixagem conceitual acima referida pode ser exemplificada pela passagem abaixo, publicada em 2017, na qual se destacam o solipsismo e a discricionariedade positivista⁵³⁹.

A função jurisdicional, quer seja ela de “subsunção” do fato à norma, quer seja de “integração” de lacuna ou de “correção” de antinomia, é ativa, contendo uma dimensão nitidamente criadora, uma vez que os juízes dispõem, se for necessário, os tesouros de engenhosidade para elaborar uma justificação aceitável de uma situação existente, não aplicando os textos legais ao pé da letra, atendo-se, intuitivamente, sempre às suas finalidades, com sensibilidade e prudência, condicionando e inspirando suas decisões às balizas contidas no ordenamento jurídico, sem ultrapassar os limites de sua jurisdição.⁵⁴⁰

⁵³⁷ DINIZ, Maria Helena. *Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 115.

⁵³⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica*. Belo Horizonte: Letramento/Casa do Direito, 2017, p. 63-68.

⁵³⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica*. Belo Horizonte: Letramento/Casa do Direito, 2017, p. 53-62.

⁵⁴⁰ DINIZ, Maria Helena. Fontes do Direito. In: *Enciclopédia Jurídica da PUCSP*. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br>>. Acesso em: 18 set. 2017.

Um último ponto que merece comentários e serve de ponte para o próximo subcapítulo, refere-se aos princípios gerais. Nas lições da autora, tais princípios devem ser manejados somente se a analogia e os costumes falharem no preenchimento das lacunas, o que permite concluir que defende uma hierarquia legal a ser seguida. Nesse contexto, princípios seriam “cânones que foram ditados pelo elaborador da norma, explícita ou implicitamente”⁵⁴¹, e que, por serem vagos em sua expressão, revestem-se de caráter impreciso, dependendo, portanto, da descoberta do juiz para lhes dar força e vida⁵⁴². Uma vez que “o elaborador da norma” (?) não diz o que se entende por princípios, estes são concebidos diversamente pelas escolas jurídicas⁵⁴³: como normas de Direito natural, como normas inspiradas na equidade, como princípios universais da filosofia, como princípios históricos, como princípios sistemáticos da ciência, assim como as correntes que negam a existência de tais princípios. Mas todas essas doutrinas podem ser conciliatoriamente reunidas sob um elemento comum, a justiça!

Esse *pot-pourri* conceitual, sem maiores esclarecimentos, é por fim sintetizado como uma “natureza múltipla” dos princípios, que contém simultaneamente, (a) caráter prescritivo, integrando o subsistema do Direito (ou seja, aparentemente admite o caráter normativo dos princípios, mas exige que sejam usados como último recurso, inclusive depois dos costumes?); (b) derivação das ideias sociais e políticas vigentes, integrando também os subsistemas axiológico e fático, como verdadeiras fontes sociais; e, ainda (c) caráter histórico, como substrato das nações civilizadas⁵⁴⁴. Tal posição, além da evidente ênfase na importância da subjetividade do juiz na interpretação e da mixagem de diferentes concepções dos vários positivismo, tem em comum uma estranha e inacreditável supressão: não há uma passagem sequer sobre revolução copernicana do constitucionalismo⁵⁴⁵ e do caráter normativo que – quase à unanimidade – se passou a reconhecer aos princípios constitucionais na segunda metade do século XX, ou especificamente

⁵⁴¹ DINIZ, Maria Helena. *Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 129.

⁵⁴² DINIZ, Maria Helena. *Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 130.

⁵⁴³ DINIZ, Maria Helena. *Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 130-133.

⁵⁴⁴ DINIZ, Maria Helena. *Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 133-134.

⁵⁴⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 37-60.

sobre as necessárias transformações que a nova ordem constitucional de 1988 impôs à compreensão do Direito no Brasil, inclusive quanto à supremacia dos princípios constitucionais em relação às demais espécies normativas.

Nesse contexto, o subitem a seguir pretende abordar a situação mais atual da LINDB e, com maior ênfase, a incompatibilidade entre os *princípios gerais* do Art. 4º e a noção contemporânea de princípio sob os influxos do constitucionalismo.

4.2 A visão contemporânea sobre o Art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro: passado ou presente?

A entrada em vigor da Constituição de 1988 não significou, como se poderia (e deveria) esperar, uma transformação radical da interpretação do Art. 4º da LICC. Com efeito, a única modificação que se procedeu foi para pior, alterou-se o nome da lei, para não mais “introduzir o Código Civil”, mas sim “todas as normas do Direito brasileiro”. De resto, a doutrina sobre o tema, como se demonstrou no subcapítulo anterior, permaneceu exatamente a mesma nos últimos setenta anos. No plano do controle da constitucionalidade não houve qualquer movimentação significativa para adequar a lei à nova ordem constitucional.

No plano legislativo, as poucas propostas existentes, insuficientes sob o aspecto do conteúdo, também não prosperaram. Dos vários projetos apresentados, destaca-se o Projeto de Lei do Senado 243 (PLS 243/2002)⁵⁴⁶, já arquivado, que mantinha a estrutura dicotômica da lei original – uma parte destinada à existência e à aplicação das leis e uma segunda sobre regras de Direito internacional privado. Nessa proposta, o conteúdo do Art. 4º se transpunha para a seguinte redação:

Da Aplicação da Lei

Art. 7º No julgamento dos feitos, cabe ao juiz aplicar as normas legais Art. 8º Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum. § 1º O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade na lei. § 2º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá de acordo com a analogia, a equidade, os costumes e os princípios gerais de direito.⁵⁴⁷

⁵⁴⁶ Disponível em: <2017http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/52987>. Acesso em: 20 set.

⁵⁴⁷ Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?tipDiario=1&datDiario=06/11/2002&paginaDireta=19625> (selecionar no menu página 19626). Acesso em: 11 set. 2017.

Sobre o texto da proposta, percebe-se, mais uma vez, a insistência na confusão entre lei e norma (caput do Art. 7º) e a manutenção do problemático elenco de fontes subsidiárias: analogia, costumes e princípios gerais (Art. 8º, § 2º), com destaque para a retomada expressa da proibição de *non liquet*, aos moldes do Código de Napoleão de 1804 e do Código Civil de 1916, excluída pela redação da LICC de 1942.

Com relação a essa proposta, a Associação Brasileira de Propriedade Intelectual se limitou a criticar a redação do artigo sob o ponto de vista da mediação e arbitragem. Classificou o artigo como infeliz e desnecessário, uma vez que, ao reforçar a figura do juiz, desconsiderou a importância dos mecanismos alternativos para a solução de conflitos.

Comparando o PL 243 à norma atualmente vigente, existem duas inovações. A primeira é a introdução do art. 7º determinando que “[n]o julgamento dos feitos, cabe ao juiz aplicar as normas legais”. A ABPI não considera que esse dispositivo acarrete transtornos, especialmente por ser clara a manifestação do poder jurisdicional do árbitro e de outros julgadores especiais, equiparando-os legalmente ao juiz; todavia pela mensagem que transmite, este artigo é (no mínimo) didaticamente infeliz, especialmente considerando a importância cada vez maior de soluções alternativas de controvérsias em geral, e, particularmente, em assuntos relativos à propriedade intelectual. Concluindo, pois, a ABPI considera este artigo desnecessário.⁵⁴⁸

Uma outra proposta para alterar a redação da LINDB, mas que até o momento não avançou em termos práticos, foi no sentido de suprimir por completo a parte geral que trata das questões de vigência e aplicação e propõe regulamentar somente as relações de Direito Internacional Privado⁵⁴⁹. Considerando os impasses teóricos que serão debatidos no capítulo a seguir, esta parece uma solução mais adequada, o que justificaria uma alteração também no nome da lei.

Não obstante, a proposta de alteração legislativa mais relevante a ser debatida nesse momento é o PL 349/2015, de iniciativa do senador Antonio Anastasia⁵⁵⁰, já aprovado no âmbito do Senado Federal e encaminhado à votação na

⁵⁴⁸

Disponível

em:

<<http://www.abpi.org.br/biblioteca2a.asp?Ativo=True&linguagem=Portugu%EAs&secao=Biblioteca&subsecao=Resolu%E7%F5es%20da%20ABPI&id=21>>. Acesso em: 21 set. 2017.

⁵⁴⁹ Disponível em: <<file:///C:/Users/RMG/Downloads/43500-174856-1-PB.pdf>>. Acesso em: 21 set. 2017.

⁵⁵⁰ Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/121664>>. Acesso em: 20 nov. 2017.

Câmara dos Deputados. O projeto pretende incluir, na LINDB, dispositivos (artigos 20 a 29) referentes à “criação, interpretação e aplicação de normas administrativas”, visando maior segurança jurídica e eficiência na criação e aplicação do Direito público. Os motivos práticos que justificam a proposta de lei são autoevidentes – a arbitrariedade que vem pautando as decisões administrativas e judiciais, especialmente na seara do Direito público, colocando em risco a efetividade das políticas públicas e o próprio funcionamento da administração como um todo. O projeto é um sintoma da crise. É uma tentativa de reação do Poder legislativo. Na redação do texto, destacam-se os seguintes dispositivos:

Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, **não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem medir as consequências práticas** da decisão. Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e adequação da medida imposta, ou de sua invalidação, inclusive em face das possíveis alternativas.

Art. 21. A decisão que, na esfera administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa **deverá indicar de modo expresso as suas consequências jurídicas e administrativas**. Parágrafo único. A decisão a que se refere o caput deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime, sem prejuízo os interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivas

Art. 22. **A interpretação das normas sobre gestão pública considerará os obstáculos e dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo**, sem prejuízo dos direitos dos administrados. § 1º. Na decisão sobre a regularidade de comportamento ou sobre a validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão levadas em conta as circunstâncias práticas que tiverem imposto, limitado ou condicionado a ação dos agentes [...]

Art. 23. **A decisão administrativa, controladora ou judicial que, com base em norma indeterminada, impuser dever ou condicionamento novo de direito, ou fixar orientação ou interpretação nova**, deverá prever um regime de transição, quando indispensável para que a submissão às exigências se opere de modo proporcional, equânime e eficiente, e sem prejuízo aos interesses gerais. [...]

Art. 24. A revisão, na esfera administrativa, controladora ou judicial, quanto à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver completado levará em conta as orientações gerais da época, não se podendo, com base em mudança posterior de orientação geral, considerar como inválidas as situações plenamente constituídas. Parágrafo único. **Consideram-se**

orientações gerais as interpretações e especificações contidas em atos públicos de caráter geral ou em jurisprudência judicial ou administrativa majoritária, e ainda as adotadas por prática administrativa reiterada e de amplo conhecimento público.⁵⁵¹
(grifo nosso)

Do recorte acima realizado, alguns comentários são pertinentes, embora antecipem noções que serão desenvolvidas, mais detidamente, no último capítulo da tese. Já no caput do Art. 20 há uma perigosa referência à excepcional admissão de decidir-se, nas esferas administrativa, controladora e judicial, com base em “valores jurídicos abstratos”, quando for possível medir as consequências práticas da decisão. Este dispositivo traz alguns problemas, sendo o mais grave confundir valores (jurídicos abstratos) com fontes normativas. Valores não são fontes, logo, também não podem embasar a aplicação de normas jurídicas. O compromisso da CHD com a democracia e a autonomia do Direito são uma peça chave no controle da arbitrariedade judicial (e administrativa). As normas jurídicas, em um Estado Democrático de Direito, não estão abertas à subjetividade da autoridade decisora ou a uma correção de valores substantivos – morais, políticos ou até jurídicos (na terminologia do projeto) –, isso porque em sendo Direito e Moral cooriginários, tais valores substantivos são integrados ao Direito por meio de suas fontes normativas, sejam textos legais, princípios ou outra forma de expressão das fontes. Por isso a impropriedade de se admitir, mesmo que excepcionalmente, decisões fundadas em valores abstratos. O intérprete/aplicador está vinculado às fontes normativas produzidas no âmbito democrático do discurso jurídico que o cerca e as normas por ele aplicadas só podem ser produto desta intersubjetividade linguística, não há espaço para “correções valorativas” de cunho pessoal.

Outra questão relevante do projeto é quanto a preocupação com os efeitos e as consequências práticas das decisões. Embora salutar, uma vez que a exigência de uma fundamentação adequada é indispensável ao processo de concretização (mundo prático) das normas ao caso, pois não há outra forma de interpretação que não pela aplicação (*applicatio*), dispositivos que referem expressões como “medir as consequências práticas da decisão”, “deverá indicar de modo expreso as suas consequências jurídicas e administrativas” ou “a interpretação das normas sobre gestão pública considerará os obstáculos e dificuldades reais do gestor e as

⁵⁵¹

Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=5205888&disposition=inline>>. Acesso em: 20 nov. 2017.

exigências das políticas públicas a seu cargo” denunciam a grave crise enfrentada pela dogmática brasileira e pela prática judicial que ela sustenta. Previsões como estas em comento demonstram a busca angustiada por uma solução para a arbitrariedade e o decisionismo que vêm pautando a realidade brasileira, e que representam uma ameaça direta à estabilidade e à integridade do Direito, enquanto verdadeiras conquistas civilizatórias. Contudo, há um erro estratégico. A solução dessa crise passa pela (re)construção de uma nova cultura da dogmática jurídica e dos operadores do Direito. Nova cultura no sentido de reconhecer a importância da fundamentação (verdadeira condição de possibilidade para concretização da norma jurídica) na interpretação/aplicação dos sentidos autênticos do Direito. Não há outra forma de concretizar o Direito senão pela fundamentação que suficientemente reverbera os sentidos autênticos que compõem a decisão proferida. A opção por reformar uma legislação anacrônica e inconstitucional (LINDB), como se verá a seguir, sedimentada no paradigma positivista da inafastável vagueza e ambiguidade da lei, que sempre dá ao juiz ou à outra autoridade decisora “uma certa” discricionariedade, não será capaz de solucionar a crise instalada no Brasil.

Mas sob o ponto de vista das fontes, o dispositivo mais pernicioso do projeto está contido no artigo 23, quando afirma “a decisão administrativa, controladora ou judicial que, com base em *norma indeterminada...*”. Tal previsão equivoca-se tanto na compreensão do sentido de fontes quanto de norma. Como pode uma norma, que é sempre o produto da interpretação de uma fonte (texto), ser indeterminada? Como pode uma norma, que é sempre o produto de um processo de concretização, ser indeterminada? Nesse ponto, a contribuição da hermenêutica é indispensável. Como será estudado no capítulo a seguir, a norma jurídica, no plano de um Direito constitucionalmente assentado no discurso democrático, é sempre produto de uma fonte normativa *jurídica*, ou seja, somente uma fonte normativa que assegure a autonomia do Direito pode dar azo à construção de uma norma jurídica, o que por si só torna um contrassenso falar em “norma indeterminada”. Ainda tomando proveito das contribuições da hermenêutica filosófica gadameriana, como será visto no capítulo cinco, toda interpretação é um ato de aplicação (a chamada *applicatio*, que significa dizer que o processo de interpretação das fontes normativas não pode ser cindido em fases, pois há sempre uma pré-compreensão que antecede o sujeito que busca o sentido, assim como o sujeito não compreende o sentido no vazio, pois há sempre uma situação contextual na qual está inserido). Desta forma, quando o

aplicador está buscando compreender a fonte, o sentido por ele construído é sempre de uma norma que leva em consideração esse mundo prático que o cerca. Sob esta perspectiva, norma e indeterminação são incompatíveis entre si.

Por fim, uma última questão merecedora de reparo é a previsão do artigo 24, parágrafo único, quando determina que “consideram-se orientações gerais as interpretações e especificações contidas em atos públicos de caráter geral ou em jurisprudência judicial ou administrativa majoritária...”. Aqui, a maior preocupação é com a tentativa de tentar classificar ou enumerar as espécies de fontes, assim como o fez o rol do Art. 4º da LIND, quando a realidade contemporânea vem apontando no sentido contrário, isto é, para uma impossibilidade de catalogação, seja pela multiplicidade e abundância de novas fontes, em constante transformação, seja pelas insuficiências do método, como será comentado no item quatro a seguir,

Avançando para a discussão dos princípios e a compatibilidade do Art. 4º da LINDB com o atual modelo da teoria e da hermenêutica jurídica, faz-se inicialmente um contraponto à obra de Fábio Shecaira sobre a relação de fontes e normas e a controvertida noção de princípios gerais⁵⁵². Este denomina os elementos do Art. 4º da LINDB de “mecanismos institucionais de integração do direito” e explica que são institucionais porque oficialmente reconhecidos, embora os sistemas jurídicos reais – como o ordenamento brasileiro –, também possam admitir mecanismos não reconhecidos, tais como materiais interpretativos e métodos argumentativos, muito usados pelos juízes, assim como a jurisprudência, que inclusive não é reconhecida pela LINDB.

Tais mecanismos servem para integrar o Direito em caso de lacunas, palavra ambígua, que pode ser aplicada em sentido neutro ou avaliativo. Tudo na visão do referido autor. Sobre o uso avaliativo das lacunas oferece o exemplo – perigoso, porque usa analogia em matéria penal, embora com finalidade descriminalizante – da norma (dispositivo legal, para usar a terminologia correta) que proíbe o aborto, exceto nos casos de grave risco à mãe. Pondera que uma interpretação literal não englobaria o caso de uma gravidez que provoca severa depressão e altíssimo risco de suicídio à gestante e, portanto, não permitiria o aborto nessas circunstâncias. Nesse contexto, a lacuna seria avaliativa porque embora o texto seja claro, é omissivo

⁵⁵² A posição adotada pelo autor não é singular na doutrina brasileira, razão pela qual será seguida e complementada com exemplos de outras obras.

por não levar em consideração riscos de vida oblíquos, que também autorizariam a realização do aborto⁵⁵³.

Já de início, duas reprimendas podem ser suscitadas: primeira, a hipótese de que a interpretação pode ser exclusivamente gramatical e, portanto, de que a lei *carrega* um sentido que será extraído literalmente pelo intérprete e segundo, a possibilidade de correção da legislação (Direito) pela moral. Embora defenda um *uso neutro* de lacunas, admite que em determinadas circunstâncias é papel do juiz, por razões morais, “corrigir os erros do legislador”, desde que não se utilizando do alibi das lacunas. Trata-se do “fenômeno que decorre do fato de a legislação não se harmonizar com os anseios e as necessidades da comunidade a que se destina”; o que popularmente leva ao ditado “é legal, mas imoral”. Esses seriam os casos das lacunas avaliativas, nas quais os juízes têm o dever de corrigir, mas não pela via do Art. 4º, que também integram o conjunto do Direito positivo⁵⁵⁴.

Nesse sentido, afirma que é um erro grave de premissa afirmar que os positivistas igualam o Direito à legislação (embora os exegeticos franceses o fizessem), pois isso seria confundir a tese juspositivista de que o Direito é uma criação humana com a tese (insustentável) de que todo Direito é legislado. “Para os juspositivistas, todo o direito é, sim, positivo; e direito positivo é, sim, criado pelo homem. Mas nem todo o direito é criado pelo homem *por meio de legislação*”⁵⁵⁵, pois também se admite o Direito positivo de criação jurisprudencial e costumeiro. Curioso o autor adotar essa posição e ao mesmo tempo defender que algumas fontes do Direito positivo são subsidiárias a outras. Qual seria seu critério para defender tal hierarquia?

O argumento central de seu artigo é que a ambiguidade do termo “princípios gerais do Direito” admite duas leituras plausíveis – uma positivista e outra não positivista –, sendo a interpretação positivista mais adequada para eliminar a ambiguidade, enquanto a leitura não positivista do Art. 4º da LINDB resultaria redundante⁵⁵⁶. Um problema decorrente dos textos legais controvertidos é que

⁵⁵³ SHECAIRA, Fábio Perin. “Quando a lei for omissa...” Sobre a controvertida noção de princípio geral do direito. *Revista Direito, Estado e Sociedade*. n. 40, jan./jun. 2002, p. 85-86.

⁵⁵⁴ SHECAIRA, Fábio Perin. “Quando a lei for omissa...” Sobre a controvertida noção de princípio geral do direito. *Revista Direito, Estado e Sociedade*. n. 40, jan./jun. 2002, p. 87.

⁵⁵⁵ SHECAIRA, Fábio Perin. “Quando a lei for omissa...” Sobre a controvertida noção de princípio geral do direito. *Revista Direito, Estado e Sociedade*. n. 40, jan./jun. 2002, p. 88.

⁵⁵⁶ SHECAIRA, Fábio Perin. “Quando a lei for omissa...” Sobre a controvertida noção de princípio geral do direito. *Revista Direito, Estado e Sociedade*. n. 40, jan./jun. 2002, p. 89.

podem ser interpretados por diferentes métodos ou estratégias (aqui impõe-se um questionamento: os textos legais sobre os quais não há maiores controvérsias só poderiam ser interpretados por um método? Qual seria este? A quem ou com base em qual autoridade caberia esta “escolha”?), ao passo que o autor catalogou cinco métodos, divididos, por sua vez, em duas espécies: os métodos formalistas e os métodos não formalistas, esses últimos “tendem a oferecer mais discricionariedade, ou poder de escolha, aos intérpretes que os utilizam”⁵⁵⁷ (aqui, mais um destaque se impõe: não só Shecaira admite a discricionariedade, como sustenta ser uma questão de graus, na qual o intérprete tem *maior ou menor poder de escolha*).

Afirma que dentre os vários métodos por ele catalogados, aqueles que visam discernir os objetivos do legislador histórico, isto é, a *mens legislatoris* (vontade do legislador), não são adequados para o sistema brasileiro, tendo em vista que os juristas e profissionais nacionais não possuem a experiência prática e a formação sistemática para trabalhar com os *travaux préparatoires* (registros que contêm as deliberações e intenções legislativas), razão pela qual não são de grande utilidade para compreender o Art. 4º da LINDB, que em realidade é muito semelhante a outras legislações do mesmo período entre os países de tradição romano-germânica⁵⁵⁸.

Desta forma, conclui que o legislador originário provavelmente não possuía uma noção suficientemente precisa de princípios gerais, capaz de responder às dúvidas da atualidade sobre o tema. Também nesse ponto há que se abrir uma divergência, mesmo sem o acesso à exposição de motivos da LICC ou aos debates legislativos da época; os doutrinadores explorados no item imediatamente anterior, demonstraram com robustez que existia suficiente conhecimento sobre natureza dos princípios com os quais estavam operando (e, diga-se de passagem, com muito mais rigor e menos superficialidade do que a manualística trabalha nos dias de hoje). Contudo, essa resposta pode não agradar Shecaira, pois aqueles textos evidenciam que a natureza atribuída aos princípios era definitivamente distinta dos

⁵⁵⁷ SHECAIRA, Fábio Perin. “Quando a lei for omissa...” Sobre a controvertida noção de princípio geral do direito. *Revista Direito, Estado e Sociedade*. n. 40, jan./jun. 2002, p. 89.

⁵⁵⁸ SHECAIRA, Fábio Perin. “Quando a lei for omissa...” Sobre a controvertida noção de princípio geral do direito. *Revista Direito, Estado e Sociedade*. n. 40, jan./jun. 2002, p. 89-90.

princípios constitucionais com os quais trabalham autores como Ronald Dworkin⁵⁵⁹ ou Robert Alexy⁵⁶⁰, para citar apenas dois dos mais conhecidos.

Dando prosseguimento ao argumento principal do texto, Shecaira apresenta o que seriam as leituras positivista e não positivista de princípios. A primeira, *positivista*, defende uma *distinção fraca* entre regras e princípios, que diferem apenas quanto ao *grau de precisão* e ambos são normas gerais que fazem parte do Direito positivo. A exemplo do Art. 5º, III, da Constituição Federal de 1988, “III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante”. A vedação à tortura seria uma regra, porque mais preciso, e a proibição de tratamento desumano ou degradante, menos precisa, seria um princípio. Já a segunda leitura, não positivista, defende uma distinção forte quanto à origem e forma de identificação de regras e princípios. Regras pertencem ao Direito positivo e são conhecidas pelos métodos tradicionais (mais simples) de interpretação. Princípios derivam de uma leitura moral do Direito positivo: são normas na medida em que vinculam o juiz a melhor leitura moral do Direito positivo e não necessariamente estão previstas na lei ou na jurisprudência. A distinção fraca é positivista porque considera que os princípios são normas jurídicas e a concepção forte é não positivista porque “concebe o princípio como resultante de argumentação que apela à justificação moral do direito positivo”⁵⁶¹.

A classificação proposta por Shecaira não faz sentido sob diversos aspectos. Apenas para identificar algumas incongruências. Afirma que a leitura positivista de princípios seria aquela que os integra ao Direito positivo. Contudo não identifica qual corrente positivista defende este ponto de vista, o que se faz muito necessário, tendo em vista que os positivistas exclusivistas, por exemplo, não admitem que argumentos morais sejam incorporados ao Direito. Raz é um deles, que embora admita que princípios sejam vinculativos na atividade do juiz, não considera que o uso destes nas decisões judiciais o torne parte integrante do Direito⁵⁶².

⁵⁵⁹ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002 e DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

⁵⁶⁰ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002 e ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. 2. ed. Barcelona: Gedisa, 1997.

⁵⁶¹ SHECAIRA, Fábio Perin. “Quando a lei for omissa...” Sobre a controvertida noção de princípio geral do direito. *Revista Direito, Estado e Sociedade*. n. 40, jan./jun. 2002, p. 92-93.

⁵⁶² MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. *Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 168.

Outra problemática decorrente desta interpretação consiste em vincular os princípios positivistas a uma necessária previsão do Direito positivo, isso por que como ficou demonstrado mais acima, a interpretação dos “princípios gerais” sempre foi vinculada à ideia de subsidiariedade e complementação do ordenamento jurídico, isto é, os vários autores positivistas já comentados, se posicionaram, à unanimidade, no sentido de que os princípios só podem ser usados supletivamente na ausência de legislação e mais, muitos sequer os reconhecem como fontes formais, designando-os como expressões do Direito natural. Ou seja, a interpretação de Shecaira – justamente defensor da interpretação como meio de conhecer a *mens legislatoris*⁵⁶³ – vai no sentido contrário a toda a tradição positivista dos séculos XIX e XX.

Com isso, o objetivo é demonstrar que Shecaira se equivoca ao não perceber que os “princípios gerais” da LINDB não são, em termos ontológicos, os mesmos princípios contemporâneos, desenvolvidos por Dworkin e outros, como faz referência o próprio autor em seu texto. Essa “transposição direta” nega toda a historicidade dos termos, pois quando a LINDB fala em “princípios gerais”, calcada no paradigma positivista da primeira metade do século XX, está justamente se referindo a princípios que não possuem caráter normativo, e justamente por isso são capazes de exercer função suplementar.

Por fim, uma segunda dicotomia defendida por Shecaira é quanto à analogia, a qual divide em *analogia legis*, aquela que se utiliza de determinado preceito legal para solucionar um caso semelhante, e a *analogia juris*, que seria o recurso aos princípios gerais, “quando se parte de vários preceitos, obtendo, por indução, princípios que lhe são comuns”⁵⁶⁴. Afirma que o ponto mais controverso de sua proposta é defender que também na *analogia legis* se dá uma decisão por princípios, podendo o juiz, inclusive, criar princípios a partir da analogia a uma regra, isto é, a defesa de toda espécie de analogia – *legis ou juris* – depende de princípios⁵⁶⁵. Para defender sua tese, expõe o exemplo da regra que, por força de lei, veda carros em parques públicos, situação a partir da qual, por analogia, também caminhões não devem ser permitidos em parques. O caso dos caminhões é

⁵⁶³ Sobre a crítica hermenêutica à noção de *voluntas legislatoris* ver STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 150 e seguintes.

⁵⁶⁴ SHECAIRA, Fábio Perin. “Quando a lei for omissa...” Sobre a controvertida noção de princípio geral do direito. *Revista Direito, Estado e Sociedade*. n. 40, jan./jun. 2002, p. 94.

⁵⁶⁵ SHECAIRA, Fábio Perin. “Quando a lei for omissa...” Sobre a controvertida noção de princípio geral do direito. *Revista Direito, Estado e Sociedade*. n. 40, jan./jun. 2002, p. 95.

suficientemente semelhante ao da entrada de carros para justificar a mesma solução jurídica.

Mas caso o argumento da semelhança não seja fonte o bastante para aceitar imediatamente a analogia, passa-se ao argumento dos princípios. Registre-se que o exemplo proposto é precário e pueril; uma legislação com tal finalidade, no mínimo, daria conta das várias espécies de veículos automotores existentes, sem falar em motos e outras espécies. De qualquer sorte, a fim de completar o raciocínio do autor, defende ele que se deve buscar compreender os motivos da lei – tanto carros como caminhões são poluentes e colocam em risco os pedestres –, razão pela qual o proponente do argumento analógico passa a se comprometer com uma norma geral, segundo a qual todos os objetos poluentes e que gerem risco aos pedestres não devem ser permitidos nos parques. Assim, aquele que entende que poluição e risco à pedestres são os efeitos visados pela lei, justificando a proibição tanto de carros como de caminhões, deve defender, sob pena de incoerência, que todos os objetos poluentes que coloquem em risco pedestres devem ser sistematicamente proibidos em parques⁵⁶⁶.

Com esse raciocínio, Sechaira não só defende que a *analogia legis* depende de princípios, como também justifica a criação de um princípio a partir da analogia de uma regra. Esse talvez seja um dos equívocos mais graves do texto. Como se verá no próximo capítulo, se uma decisão está fundada em um princípio – sempre lembrando como pressuposto que a Crítica Hermenêutica do Direito não reconhece a existência da distinção lógica entre regras e princípios⁵⁶⁷ – é porque tal decisão não necessita de analogia (também incompatível com o paradigma hermenêutico), uma vez que existe uma norma jurídica que permite a compreensão e a solução do caso concreto. Se a interpretação se dá por *applicatio*⁵⁶⁸ e a norma exsurge do caso concreto, como seria possível aplicar “a norma de outro caso” ao caso em análise?

A possibilidade da “criação” de um princípio por meio da analogia a uma regra é mais um exemplo da discricionariedade judicial que vem assolando o Direito brasileiro, como se a criação de um princípio, enquanto espécie normativa que informa o ordenamento, estivesse à disposição do intérprete, ao arrepio de toda a

⁵⁶⁶ SHECAIRA, Fábio Perin. “Quando a lei for omissa...” Sobre a controvertida noção de princípio geral do direito. *Revista Direito, Estado e Sociedade*. n. 40, jan./jun. 2002, p. 95.

⁵⁶⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 302 e seguintes

⁵⁶⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica*. Belo Horizonte: Letramento/Casa do Direito, 2017, p. 21-25.

tradição e historicidade⁵⁶⁹. No presente caso, a ideia é duplamente contraditória, pois vai diametralmente em oposição ao critério estabelecido pelo próprio autor para caracterizar um princípio na leitura positivista: diferenciam-se pelo grau de precisão de seus termos e são normas gerais que fazem parte do Direito positivo⁵⁷⁰.

Sobre outros exemplos da visão contemporânea que ainda defendem a aplicação do Art. 4º da LINDB, à semelhança de como já se posicionavam os autores brasileiros do início do século XX, a conclusão pela existência das lacunas se percebe inexorável quando se opera com a interpretação subsuntiva. Dito de forma mais simples, a permanência da lógica interpretativa subsuntiva impõe a “formação” das lacunas (tornando-as incontornáveis) e reforça o uso do Art. 4º, uma vez que não acentua as incompatibilidades epistemológicas que exsurgiriam de um paradigma interpretativo que já desvelou a viragem linguística. A título de exemplo, selecionaram-se aleatoriamente autores contemporâneos, entre os mais populares manuais jurídicos, muito usados pelos estudantes de Direito no Brasil, e que se destacam entre os mais citados, inclusive em concursos públicos. Embora defendam a superação do positivismo e descrevam fenômenos como da “repersonalização” e da constitucionalização do Direito civil, paradoxalmente, ao enfrentar o tema das fontes, repetem quase identicamente o que a doutrina vem falando há mais de sete décadas sobre a equiparação da norma jurídica ao texto legal, subsunção, lacunas, etc.

A norma jurídica é, em si, abstrata, apenas trazendo **previsões impessoais e genéricas** para regular indefinidamente as relações na sociedade. Quando determinado fato individual se enquadrar perfeitamente no conceito abstrato da norma, estará o aplicador realizando o que se convencionou chamar de **subsunção do fato à norma**, o que impõe uma adequada interpretação do conteúdo normativo. Como se depreende, **nem sempre é possível encontrar tão facilmente assim a solução do caso concreto a partir do cotejo do texto com o contexto**, permitindo a construção da norma, **devendo o magistrado se valer das fontes do Direito** para, em caso de **omissões legislativas**, realizar a chamada **integração normativa**, processo intelectual onde se **colmatam as lacunas** –

⁵⁶⁹ Fenômeno criticamente denominado por Lenio Streck de pamprincipiologismo. STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica*. Belo Horizonte: Letramento/Casa do Direito, 2017, p, 149-152.

⁵⁷⁰ SHECAIRA, Fábio Perin. “Quando a lei for omissa...” Sobre a controvertida noção de princípio geral do direito. *Revista Direito, Estado e Sociedade*. n. 40, jan./jun. 2002, p. 92.

ontológicas ou axiológicas – do ordenamento, realizando-se o direito do caso concreto.⁵⁷¹

Curiosa e acriticamente, os mesmos autores, depois de afirmarem o caráter geral e abstrato da norma jurídica, trazem a poucas páginas de distância, uma lição de Friedrich Müller sobre “a necessidade de separação entre texto e norma”⁵⁷². Mais um exemplo da mixagem teórica que vem pautando a doutrina brasileira e emperrando a superação de um modelo discricionário, calcado também na permanência do Art. 4º da LINDB.

No mesmo sentido, é sintomático dessa permanente *postura sincretista*, que se mostra incapaz de romper com os pressupostos positivistas, o seguinte trecho:

‘O Direito não é lacunoso, mas há lacunas’. A frase acima pode parecer um paradoxo sem sentido, mas não o é. A construção reproduzida é perfeita. O sistema jurídico constitui um sistema aberto, no qual há lacunas [...] presentes as lacunas, como sempre se extraiu da doutrina e da jurisprudência, deverão ser utilizadas as formas de *integração da norma jurídica, tidas como ferramentas de correção do sistema, constantes dos arts. 4.º e 5.º da Lei de Introdução*. Anote-se que a *integração não se confunde com a subsunção*, sendo a última a aplicação direta da norma jurídica a um determinado *tipo ou fattispecie*.⁵⁷³

A passagem acima selecionada ilustra a falta de zelo com os paradigmas teóricos e com a tradição que embasa os institutos jurídicos, veja-se que apesar de o autor afirmar que o Direito não é lacunoso, logo após refere a necessidade de integração das normas jurídicas. Ora, se as normas *necessitam de integração*, e se o sistema *necessita de correção*, então o autor entende que norma é sinônimo de lei (somente enquanto regra) e que, portanto, os mecanismos usados para colmatar as lacunas, por sua vez, não são normas jurídicas. Daí a importância de se assumir um compromisso epistemológico com noções como as de fonte e norma jurídica.

Fugindo um pouco à regra dos autores já apresentados, o autor em comentário defende que a ordem prevista no Art. 4º não necessita ser rigorosamente seguida, sob o argumento – equivocado e aqui vigorosamente combatido – de que os princípios gerais teriam prevalência sobre os mecanismos precedentes em razão da

⁵⁷¹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, v.1, p. 107.

⁵⁷² GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, v.1, p. 111.

⁵⁷³ TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil*. 6. ed. São Paulo: Método, 2016, p. 11-12.

constitucionalização dos princípios e da exigência de eficácia horizontal de direitos fundamentais – cuja relação com as lacunas e os demais problemas em comento não ficou evidenciada. Nesse sentido, afirma que “com o Estado Democrático de Direito houve a *transposição dos princípios gerais de direito para princípios constitucionais fundamentais*”. Ou seja, o autor automaticamente transforma os princípios gerais (cujo longo processo de formação epistemológica, através das diversas correntes positivistas, foi aqui reconstruído) nos princípios constitucionais que emergiram na segunda metade do século XX.

Dessa forma, à semelhança de Shecaira, equipara fenômenos completamente distintos, pois enquanto os primeiros nunca foram considerados normas jurídicas e na maioria das vezes eram considerados manifestações de Direito natural que vinham ao auxílio das regras e da pretensão de completude, sempre de forma supletiva, os segundos foram forjados na premissa de que as Constituições e seus princípios são verdadeiras normas jurídicas, dotados de força normativa vinculante, ocupando posição de supremacia nos ordenamentos jurídicos. Nesse sentido, jamais poderiam ser mero recurso supletivo, uma vez que sua presença no ordenamento sequer permitiria a conformação de lacunas.

Em resumo, de forma muito direta, o que neste ponto se busca demonstrar é que, enquanto os juristas brasileiros operarem com a lógica subsuntiva e confundirem lei e norma, não há como superar a noção de lacunas, nem a dependência a um catálogo anacrônico como o do Art. 4º da LINDB.

4.3 O Diálogo das Fontes

Um outro exemplo da dificuldade brasileira de romper com a visão positivista de fontes formais, embora não vinculado diretamente ao Art. 4º da LINDB, mas a ele relacionado, porque opera com o rol tradicional de fontes formais, é a chamada teoria do “Diálogo das fontes”, desenvolvida pelo professor Erik Jayme e introduzida na doutrina brasileira pela professora Cláudia Lima Marques, cujo trabalho de pesquisa tem maior ênfase no Direito do Consumidor e no Direito Internacional Privado. Tal proposta talvez seja um exemplo típico daquilo que Jan Peter Schmidt diagnosticou muito bem: a importação de institutos e teorias alemãs menos difundidas em sua terra natal e que em terras brasileiras recebem desproporcional atenção e reverência. Existe “um sério problema de comunicação entre juristas

brasileiros e alemães: os brasileiros tomam por evidente algo que os alemães mal conhecem, e ainda menos utilizam”⁵⁷⁴.

A teoria defende que o fenômeno mais importante do Direito na era pós-moderna da informação e da comunicação, especialmente para o Direito Internacional Privado, é o diálogo que se estabelece entre as mais heterogêneas fontes, gerando um aparente conflito de leis. Nesse cenário, é papel do juiz compreender que as variadas fontes – direitos humanos, direitos fundamentais, normas constitucionais, leis nacionais e tratados –, não se excluem entre si, mas devem se comunicar umas com as outras, por meio da coordenação⁵⁷⁵.

A pluralidade de fontes sobre a qual a teoria se debruça não é propriamente quanto à natureza das fontes (legislação, jurisprudência, costumes, doutrina, etc.), ou classificação (formal ou material), mas sim quanto à origem do ordenamento (nacional) ou instituição (internacional) que as produz, mas que em sua maioria são da mesma espécie – legislativas. Nesse contexto, há que se advertir para certa falta de rigor conceitual no rol exemplificativo de fontes trazidos pela professora, ao misturar espécies legislativas (Constituição, códigos e tratados) com direitos materiais (humanos e fundamentais)⁵⁷⁶.

A produção jurídica das últimas décadas vem enfrentando um processo de descentralização, não está mais concentrada nos Estados, recebendo aportes de diferentes órgãos, instituições, instâncias e mecanismos de *soft law*. Nesses tempos de pluralismo, fragmentação, internacionalização, flexibilização de valores e hierarquias e necessária convivência entre paradigmas e métodos, impõe-se aos sistemas jurídicos o desafio de manter a coerência, sendo papel do juiz assegurar a aplicação simultânea, coerente e coordenada das variadas fontes, que, embora não coincidentes, têm campos de aplicação convergentes, proporcionando um verdadeiro diálogo entre elas⁵⁷⁷.

⁵⁷⁴ SCHMIDT, Jan Peter. Vida e obra de Pontes de Miranda a partir de uma perspectiva alemã – com especial referência à tricotomia “existência, validade e eficácia do negócio jurídico”. *Revista Fórum de Direito Civil – RFDC*, Belo Horizonte, ano 3, n. 5, jan./abr., 2014.

⁵⁷⁵ MARQUES, Cláudia Lima. O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme. In: MARQUES, Cláudia Lima (Org.). *Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 18-19.

⁵⁷⁶ MARQUES, Cláudia Lima. O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme. In: MARQUES, Cláudia Lima (Org.). *Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 18 e 20.

⁵⁷⁷ MARQUES, Cláudia Lima. O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme. In: MARQUES, Cláudia Lima (Org.). *Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 19-20.

A teoria é especialmente preocupada com a questão das antinomias, os conflitos de leis no tempo e no espaço, provavelmente porque desenvolvida em atenção à aplicação do Direito internacional privado. A justificativa para sua prolífera adaptação no Brasil é que, mais do que uma teoria, é um método mais adequado para explicar a pluralidade de fontes (nacionais e internacionais, públicas e privadas e etc.), que não mais se concentram em Códigos unificados por matérias, mas que estão descentralizados em uma variedade de legislações como microcodificações (Código de Defesa do Consumidor, etc.), leis especiais subjetivas (Estatuto da Criança e do Adolescente e Estatuto do Idoso, etc.) e materiais (lei do consórcio, lei do seguro-saúde, etc.), às quais os critérios tradicionais da LINDB não se mostram suficientes⁵⁷⁸.

A proposta de Jayme, em realidade, não traz qualquer inovação ao estudo das fontes; é pouco inovadora na medida em que se limita a propor o uso coordenado (diálogo) de legislações de diferentes ramos e hierarquias para compor soluções jurídicas de casos novos e mais desafiadores. Sob o ponto de vista do estudo das fontes, sua inutilidade se dá pelo simples fato de que a teoria se propõe como um novo método (metodologia) que oferece tipos de diálogos (coerência, subsidiariedade e adaptação) entre fontes já bastante conhecidas do mundo jurídico – as leis e a jurisprudência; prova disso é que os “melhores exemplos” de aplicação da teoria no Brasil seriam relativos à viabilização do diálogo entre a Constituição Federal, o Código de Defesa do Consumidor, leis especiais como da Ação Civil Pública, o Código Civil e Estatutos de grupos como idosos, crianças e adolescentes, que contrastam entre si em hierarquia, anterioridade e especialidade⁵⁷⁹.

A pluralidade a que a teoria se refere não é quanto às espécies de fontes ou de que forma a normatividade dessas fontes é conhecida e aplicada pelo intérprete, mas apenas quanto à pluralidade de órgãos ou entidades (legislativo, judiciário) e hierarquias (constitucionais, infraconstitucionais), produtoras dessas fontes nas diferentes instâncias (nacionais e internacionais) e ainda insiste em velhos

⁵⁷⁸ MARQUES, Cláudia Lima. O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme. In: MARQUES, Cláudia Lima (Org.). *Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 20-22.

⁵⁷⁹ MARQUES, Cláudia Lima. O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme. In: MARQUES, Cláudia Lima (Org.). *Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 30 e seguintes.

equívocos como “valores constitucionais”⁵⁸⁰ e substituição de um método por outro. Sua grande contribuição seria a capacidade de demonstrar que “as leis hoje não são mais castelos estanques e compartimentados feudos de uma só lei”⁵⁸¹, o que, na verdade, já havia sido superado pelo movimento de publicização (constitucionalização) do Direito, desde a segunda metade do século XX.

Talvez o aspecto meritório da teoria, sob a perspectiva da presente tese, esteja em reconhecer – dentro de seus limites epistêmicos, como nas noções de direito posto, princípios gerais e valores – a importância das fontes formais (mais adiante denominadas de fontes normativas) e, em certa medida, o complexo universo que estas compõem, para além da legislação (foco da teoria).

O diálogo das fontes é diálogo entre leis postas, mas também pode atingir normas narrativas de inspiração, *soft law*, costumes, princípios gerais, a exemplo do art. 7º do CDC, e reconhece a força dos princípios imanentes do sistema e do bloco de constitucionalidade.⁵⁸²

A aplicação combinada de normas constitucionais, civis e comerciais, nacionais e internacionais (conflitos no espaço), organizadas em diferentes formatos (códigos, microcódigos, leis esparsas) e produto de diferentes décadas (conflitos no tempo), em nada significa um diálogo entre as fontes de normatividade (que sob o paradigma hermenêutico sempre se dá como uma compreensão de todos os pré-conceitos e pré-juízos do intérprete e não pode ser fatiada em fases ou subsistemas); Isto é, a teoria ou o método não se ocupam – e talvez esta nunca tenha sido a intenção inicial de seu autor – com a investigação sobre o que são fontes – como elas surgem ou são produzidas e conhecidas pelo intérprete.

⁵⁸⁰ MARQUES, Cláudia Lima. O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme. In: MARQUES, Cláudia Lima (Org.). *Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 24.

⁵⁸¹ MARQUES, Cláudia Lima. O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme. In: MARQUES, Cláudia Lima (Org.). *Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 25.

⁵⁸² MARQUES, Cláudia Lima. O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme. In: MARQUES, Cláudia Lima (Org.). *Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 24-25.

4.4 A inconstitucionalidade e o anacronismo da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro

Diversas são as insuficiências e as inconstitucionalidades da LINDB entre os artigos 1º e 6º, que tratam da parte geral, a chamada norma de *sobredireito*, porque visa regulamentar as demais normas do ordenamento jurídico⁵⁸³ (mais uma vez a confusão lei e norma), como, por exemplo, a problemática relação entre os planos da vigência e da validade, esta segunda absolutamente ignorada pela lei e que nos dias atuais se faz imprescindível para toda a ideia de Jurisdição Constitucional, o que provavelmente se explica pelo período em que foi elaborada; vigência e validade não podem ser compreendidas como categorias separadas, estanques, entre os dois planos existe uma diferença que é ontológica⁵⁸⁴, assim como aquela que existe entre o texto e o sentido dele (norma jurídica). Dessa forma, vigência e validade não são a mesma coisa, mas também não estão completamente separadas, na medida em que o texto (que no Direito, depende da vigência) somente é conhecido e se manifesta em seu sentido, como norma jurídica (que no Direito, depende da noção de validade).

Vigência e validade (de um texto) não podem mais ser entendidos de forma entificativa, isto é, *não é mais possível pensar na equiparação entre vigência e validade, como se a vigência fosse o ente, e a validade, o seu ser*. Tampouco o texto será equiparado à norma. Não! A norma será sempre o resultado da interpretação do texto. Mas, e aqui reside o *plus* que a ontologia fundamental pode trazer a esse debate, *o texto não subsiste separadamente da norma*, d'onde é necessário não confundir a equiparação entre texto e norma com a necessária *diferença* (que é ontológica) entre ambos. Vigência e validade, texto e norma, não podem ser entendidos como se fossem duais (no sentido metafísico). O fato de existir uma diferença entre esses âmbitos (vigência e validade, texto e norma) não significa que possa existir a vigência como vigência ou o texto como o texto. Explico: Heidegger sempre deixou bem claro – no que não recebe qualquer contestação de Gadamer – *que querer compreender o ente como ente é próprio da metafísica*. O ente só existe no seu ser. E o ser é sempre o ser de um ente. O ente como ente é inacessível, sendo essa inacessibilidade incontornável. Transportando essa questão para a hermenêutica jurídica nos parâmetros aqui propostos, fica fácil perceber que, quando quero dizer que a norma é sempre o resultado da interpretação de um texto, quero dizer que estou falando do sentido que esse texto vem a assumir no processo compreensivo. *A norma de que falo é o sentido do ser do ente (texto)*. O texto só ex-

⁵⁸³ TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil*. 6. ed. São Paulo: Método, 2016, p. 1.

⁵⁸⁴ A diferença ontológica será objeto de estudo específico no subcapítulo 5.2 a seguir.

surge na sua “normação”, valendo o mesmo raciocínio para a “dicotomia” vigência-validade.⁵⁸⁵

Contudo, considerando que a discussão até agora entabulada esteve concentrada nas inconsistências do Art. 4º, este permanecerá sendo o eixo da exposição, com atenção à questão da subsunção, das lacunas e, principalmente, dos princípios. A pesquisa de autores (e trechos de suas obras) levantada nos subcapítulos anteriores buscou demonstrar que a insistência na interpretação pelo “método” da subsunção é determinante para o *surgimento* das lacunas.

A LINDB foi elaborada e continua sendo analisada, até os dias de hoje, sob a influência de um paradigma positivista alicerçado em dois pilares: (a) as regras legais (que no contexto histórico da elaboração da LINDB é somente o texto de lei que se expressa como regra) são a única espécie de normas jurídicas admitidas e, mesmo quando outras espécies são reconhecidas, estas sempre exercem um papel subsidiário, e (b) a interpretação é sempre dependente de um método, sendo o mecanicismo da subsunção o método mais adequado para aplicar “regras legais” (subsumir o fato à norma). Nos limites epistemológicos desse cenário, é impossível romper com a ideia de lacunas ou com a dependência a mecanismos de “integração” do Direito.

A dependência ao(s) método(s), ou seja, a ideia de que somente um método é capaz de assegurar verdade ou correção, está ligada ao modo de pensar metafísico e sua insistência nos dualismos (fato e direito, subsunção e ponderação, casos fáceis e difíceis, regras e princípios, etc.). Ao ultrapassar esse estado de coisas, por meio de uma compreensão hermenêutica, é possível entender porque as lacunas legislativas ou em sentido “técnico”⁵⁸⁶ não existem, podendo-se debater somente as lacunas em sentido hermenêutico⁵⁸⁷. A nova compreensão da(s) metafísica(s), desvelada por Heidegger, permite compreender a abissalidade do fundamento, ao invés da busca por um *fundamento inconcussum absolutum veritatis*⁵⁸⁸ (grau zero), necessário aos métodos tradicionais. Assim, no interior da

⁵⁸⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 312.

⁵⁸⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 154-155.

⁵⁸⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 156-157.

⁵⁸⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 200 e 388-390.

compreensão hermenêutica, a lacuna legislativa se desfaz pela impossibilidade de se compreender o Direito no dualismo do método subsuntivo⁵⁸⁹. Sobre a abissalidade⁵⁹⁰ do fundamento, explica:

a questão é ainda a mais profunda: Porquê é afinal ente ...? *Porquê* significa: qual é o fund(ament)o (*Grund*)?, de que fund(ament)o provém o ente?, em que fund(ament)o se alicerça o ente?, a que fund(ament)o se dirige o ente? A questão não questiona isto ou aquilo do ente, não questiona o que, aqui e acolá, é, nem a sua constituição, nem como pode ser modificada nem tão-pouco para que serve etc. No questionamento procura-se o fund(ament)o para o ente enquanto ente. Procurar o fund(ament)o significa: apro-fundar (*er-gründen*). O que é posto em questão entra em relação com o fund(ament)o. Sendo porém uma questão, fica em aberto se o fund(ament)o é um fund(ament)o originário, um fund(ament)o verdadeiramente fundante (*gründender Grund*), criando fundação, ou se ele nega qualquer fundação, se é um abismo (*Abgrund*); se o fund(ament)o não é nem uma nem outra coisa, mas se apenas constitui uma aparência, talvez necessária, de fundação, tornando-se assim um não-fund(ament)o (*Un-Grund*)⁵⁹¹.

O claro discernimento acerca da força que o pensamento metafísico exerce sobre *como* percebemos e interpretamos o mundo é essencial para romper com o sentido comum teórico que habita a problemática interpretação da LINDB e Martin Heidegger, na primeira metade do século XX, foi quem primeiro desbravou a dualidade desse mundo. Contudo, é importante esclarecer que Heidegger não *demonstrou a inexistência da metafísica*, em realidade, sua obra, ao “escancarar” a finitude humana e os limites da compreensão – portanto, incapaz de alcançar um grau zero ou um fundamento absoluto –, revela que o ser humano está “condenado”

⁵⁸⁹ STEIN, Ernildo. *Exercícios de fenomenologia*. Ijuí: Unijuí, 2004, p. 108-112.

⁵⁹⁰ STEIN, Ernildo. *Diferença e metafísica: ensaios sobre a desconstrução*. Porto Alegre: Edipucrs, 2000. p. 58-59. Nesta passagem, Stein explica que para Heidegger “o enunciado não é o lugar da verdade [originária] mas, ela, a verdade é o lugar do enunciado [verdade predicativa]. Essa frase é essencial [...] É exatamente isso que o filósofo faz em *Ser e tempo*. Introduce um novo conceito de fundamentação. Não é uma fundamentação como a moderna, nem do tipo objetivista da tradição clássica. Portanto, nem subjetivista, nem objetivista mas sim, uma fundamentação de caráter diferente, é uma fundamentação de caráter prévio, de caráter *a priori*. É uma fundamentação em que já sempre existe um compreendermos a nós mesmos. Isso é uma espécie de antecipação prévia de sentido que se explicita na compreensão do ser [...] Heidegger dirá que o *Dasein* é sem fundo. O *Dasein*, de certo modo, é abissal, na medida em que a fundamentação a que ele remete é pura possibilidade”.

⁵⁹¹ HEIDEGGER, Martin. *Introdução à metafísica*. Lisboa: Instituto Piaget, 1997, p. 11.

à metafísica, única forma de superação desta, razão pela qual afirma que metafísica seria o outro nome para filosofia⁵⁹².

Antecedido pelo estudo da fenomenologia de Edmund Husserl, como um estudo que busca a refutação do psicologismo e o desenvolvimento de uma “lógica pura” como regra fundamental do falar, Heidegger passou parte significativa de sua formação sob a influência deste pensador, que lança a tarefa de pensar a filosofia como uma ciência rigorosa. Contudo, Ernildo Stein afirma que mesmo quando Heidegger conheceu Husserl, ele já trazia consigo, intuitivamente, o questionamento sobre o ontológico (ser)⁵⁹³.

O tema central da filosofia de Heidegger é a busca pelo ser. Para construir seu sistema filosófico, Heidegger vai aproximar as noções de *logos* e *aletheia* (verdade como desvelamento) e desenvolver sua ontologia fundamental, ou seja, questionar a estrutura originária do *Ser-aí* (*Dasein*). Prova desse fascínio pela pergunta sobre os “múltiplos significados do ente”⁵⁹⁴, é que o capítulo primeiro, inaugural de *Ser e Tempo*, é todo dedicado à pergunta pelo ser, especialmente em Platão⁵⁹⁵. Em seu parágrafo primeiro, Heidegger busca *desconstituir alguns pré-juízos* que acompanham a noção de *ser* desde Platão até Hegel: (a) de que o ser é o conceito mais universal, quando em sua ontologia ele vai provar justamente o contrário, de que o ser é sempre e somente o ser de seu ente (diferença ontológica); (b) de que o ser é indefinível; e (c) de que o ser é um conceito autoevidente⁵⁹⁶.

A própria compreensão do conceito de ser em Heidegger, fundamental para a noção de diferença ontológica a seguir estudada, depende antes da radical ruptura que Heidegger promove sobre as noções das metafísicas clássica e moderna, e de que forma a metafísica precisa e é “superada”, mormente pela afirmação da “diferença ontológica”, e porque este é um problema relativo ao ser.

De uma forma muito singela, é possível dizer que Platão foi o pensador responsável pelo encobrimento do ser na filosofia; preocupado com a contraposição entre a multiplicidade do mundo sensível e a unidade da alma, Platão desenvolveu a “doutrina das ideias”, ou como explica Ernildo Stein, “alma é o nome usado por

⁵⁹² HEIDEGGER, Martin. *Os conceitos fundamentais da metafísica: mundo, finitude e solidão*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 31.

⁵⁹³ STEIN, Ernildo. *Compreensão e finitude*. Ijuí: Unijuí, 2001, p. 144.

⁵⁹⁴ STEIN, Ernildo. *Compreensão e finitude*. Ijuí: Unijuí, 2001, p. 145.

⁵⁹⁵ HEIDEGGER, Martin. *Ser y tiempo*. Madrid: Trotta, 2003, p. 25-37. O primeiro capítulo é denominado: “Necessidade, estrutura e primazia da pergunta pelo ser”.

⁵⁹⁶ HEIDEGGER, Martin. *Ser y tiempo*. Madrid: Trotta, 2003, p. 26-28.

Platão para falar do ser”⁵⁹⁷. A doutrina das ideias ou o mundo das ideias – noção platônica relacionada à pergunta mais profunda do pensamento filosófico –, aparece em diferentes obras, mas O *Crátilo* é talvez a mais direcionada ao tema. Contudo, é no Mito da Caverna, inserido na *República*, que se encontra a metáfora mais esclarecedora da dicotomia ou cisão do pensamento platônico (dualismo), determinante para o esquecimento do ser.

Voltado ao confronto com o pensamento sofístico – para o qual não existe uma relação entre as coisas e seus nomes, estando a linguagem à disposição do intérprete, como na frase de Protágoras “o homem é a medida de todas as coisas” –, Platão vai defender a ideia de que as coisas possuem um nome que independe da atribuição humana, isto é, o nome não é dado pelo homem, mas provém da essência da própria coisa. Assim, para todas as coisas terrenas que existem no mundo sensível (mundo físico), existe uma ideia correspondente, uma essência que existe no mundo inteligível das ideias, e que, portanto, permite ao homem conhecer as coisas e seus nomes. Esse é o primeiro dualismo (dois mundos) que irá “esconder” o ser, a metafísica clássica, que na interpretação do Direito se manifesta pela ideia de que o texto legal carrega um sentido em seu interior (vontade da lei), que será extraído pelo intérprete.

Já no diálogo do *Crátilo*, três personagens participam da cena: (a) Sócrates, por meio de quem Platão expressa suas ideias, (b) Hermógenes, o sofista defensor do convencionalismo, e (c) Crátilo, que passa a visão de Heráclito e dos pré-socráticos, pensadores da cosmologia. O debate é sobre a “justeza dos nomes”. Hermógenes defende a opinião de que:

o nome que se dá a um objeto esse é o seu nome próprio; e, se depois perde, trocando-o por outro, parece-me que este não será menos justo do que o primeiro. Assim, nós mudamos os nomes aos criados e, não obstante, o segundo não é menos exacto do que o que antes tinha, visto o nome não ser inerente à natureza, mas depender do costume e do hábito daqueles que, ordinariamente, impõem os nomes⁵⁹⁸.

Contrário à posição sofística, Platão, por meio do discurso de Sócrates, defende que existe uma ligação entre as coisas e seus nomes, que se dá no mundo das ideias, plano que guarda a essência (nome) das coisas. De forma mais direta,

⁵⁹⁷ STEIN, Ernildo. *Exercícios de fenomenologia*. Ijuí: Unijuí, 2004. p. 70-71.

⁵⁹⁸ PLATÃO. *Crátilo*. 2. ed. Lisboa: Livraria Sá da Costa Editora, 1994. p. 7-8.

talvez excessivamente simplista, a ideia que se busca transmitir é: o sentido das coisas que existem no mundo presente, físico, é remetido a outro plano, que está além do mundo sensível e que, portanto, seria o plano da metafísica. Para Heidegger, é esse dualismo (dois mundos) criado por Platão que acaba por encobrir o ser⁵⁹⁹.

Dito de outro modo, na medida em que a compreensão sobre as coisas e os fenômenos depende do acesso a outro plano, ou outro mundo, essa compreensão se dará na busca por conhecer a *essência* das coisas – um sentido que seria único, comum e imutável, independente do intérprete e que poderia ser sempre conhecido da mesma forma, pelo acesso à “coisa mesma”. Na visão platônica, o sentido estaria no próprio objeto. É por isso que Lenio Streck afirma que na metafísica clássica, ao se pensar o esquema sujeito-objeto, o sentido encontra-se na própria coisa⁶⁰⁰.

Sobre o tema, apropriado o comentário de Ernildo Stein:

É evidente que a metafísica é o tipo de conhecimento que está em busca, sempre, de um fundamento [...] na interpretação de Heidegger, a metafísica, enquanto busca o fundamento, percorre várias épocas da história ocidental, caindo sempre na armadilha inevitável de pensar o ser através de um ente determinante. Heidegger chamará isso de entificação do ser, que tem como consequência o encobrimento deste, tornando-se a metafísica a história do esquecimento do ser⁶⁰¹.

Esse é o dualismo criticado por Heidegger, na medida em que Platão, ao exacerbar o ente (o próprio ôntico da coisa), acaba por esconder o ser (sentido), lembrando que a diferença ontológica entre ser e ente só se estabelece a partir de Heidegger. Em comum com o paradigma metafísico produzido na modernidade, o conhecimento metafísico dos gregos tem a despreocupação com a linguagem, isto é, desconhece que a linguagem é o que constitui o mundo do homem enquanto ser finito, pois se na metafísica clássica as coisas e seus nomes (sentido) podem ser conhecidos em si mesmos, pelas essências que carregam, a linguagem perde qualquer importância nesse processo.

⁵⁹⁹ HEIDEGGER, Martin. *Os conceitos fundamentais da metafísica: mundo, finitude e solidão*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

⁶⁰⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 346.

⁶⁰¹ STEIN, Ernildo. *Pensar é pensar a diferença: filosofia e conhecimento empírico*. Ijuí: Unijuí, 2002. p. 71-72.

A outra metafísica da qual Heidegger se ocupa é a metafísica moderna⁶⁰², especialmente o problema do *subjetivismo* produzido pelo modelo de racionalidade kantiana, na medida em que, a partir de Kant, a filosofia passa de um “conhecimento metafísico” – próprio da visão clássica e medieval, como anteriormente abordado – para então produzir uma “metafísica do conhecimento”. Na metafísica moderna se estabelecerá uma verdadeira filosofia da consciência⁶⁰³, na qual o esquema sujeito-objeto se traduz pela capacidade do sujeito racional (“eu penso” kantiano) – que domina a própria razão e utiliza a linguagem como um verdadeiro instrumento – de conhecer e explicar os fenômenos por sua própria subjetividade. Lenio Streck explica que, nesse cenário, a linguagem opera como “uma terceira coisa”, um mero instrumento, que se coloca entre sujeito e objeto a ser conhecido⁶⁰⁴. Assim, o sentido dos fenômenos seria “produzido” pela subjetividade do próprio intérprete (por isso, filosofia da consciência). Hans-Georg Gadamer, discípulo de Heidegger, no *parágrafo 283*, conclui que não há dúvida de que a verdadeira consequência do Iluminismo foi a submissão de toda autoridade à razão⁶⁰⁵.

Por tudo isso, a obra de Kant é um marco divisório; a partir da filosofia da consciência, o conhecimento deixa de ser metafísico, isto é, dicotômico em dois grandes planos, transformando-se em uma “metafísica do conhecimento”, na qual o cientista começa a perguntar em que nível o conhecimento não é apenas empírico, não é apenas científico, de qualquer tipo, mas propriamente filosófico.

Assim, o ato de perguntar se a racionalidade humana é capaz de construir o próprio conhecimento (empregando a linguagem para fazê-lo), algo que se sustenta e que é sustentado pelo próprio paradigma moderno da subjetividade, faz com que Kant caia em uma outra metafísica, a metafísica do conhecimento. Lenio Streck sintetiza que na relação sujeito-objeto, característica da metafísica moderna, o sentido é algo criado pelo subjetivismo do próprio intérprete, que se utiliza da linguagem como uma terceira coisa que se coloca entre ele e seu objeto. Portanto, a

⁶⁰² STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica*. Belo Horizonte: Letramento/Casa do Direito, 2017, p. 129-134.

⁶⁰³ STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica*. Belo Horizonte: Letramento/Casa do Direito, 2017, p. 73-76.

⁶⁰⁴ STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 58.

⁶⁰⁵ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I*. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 2004. p. 369.

“linguagem ainda estava longe de assumir um lugar de destaque, de primordialidade, de abertura para o mundo”⁶⁰⁶.

O problema da linguagem, ou melhor dizendo, de sua ausência na filosofia, é um ponto de aproximação entre as duas metafísicas. A primeira porque a torna desnecessária: se o homem conhece as coisas por uma essência que o objeto carrega, não necessita da linguagem para intermediar esse acesso (a exemplo da máxima jurídica “*in claris cessat interpretatio*”); a segunda porque a instrumentaliza, como se também a linguagem estivesse à disposição do homem racional, para ser aplicada pelo subjetivismo do intérprete.

Para Ernildo Stein, no momento em que se põem em dúvida as ideias da subjetividade, da representação e da consciência, acaba-se por se colocar em xeque, de alguma forma, toda a filosofia moderna. Com isso, a intenção de Heidegger não é destruir as metafísicas que nos acompanham desde os gregos. Em realidade, o autor constata que desde sempre há uma tendência ao pensamento metafísico, pela equivocada compreensão dos princípios da sensibilidade, do sensível e do supra-sensível e também da relação sujeito-objeto, que foram os argumentos usados para fundamentar o conhecimento⁶⁰⁷.

Contudo, o objetivo de Heidegger não é acabar com a metafísica, no sentido de provar que esta seria uma categoria inexistente, pelo contrário. Heidegger “supera” a metafísica ao compreender que o homem, em sua finitude, não tem acesso ao ente (coisa mesma) e que também o sentido não é algo disponível, a ser construído pela própria subjetividade do sujeito. Metafísica é o problema do questionamento sobre o fundamento do ente, e este é inacessível ao homem. Heidegger supera as metafísicas porque transpõe a pergunta pelo fundamento do ente pela pergunta acerca do fundamento do ser; esta é a sua ontologia fundamental⁶⁰⁸.

Isso significa dizer que a finitude do homem, como condição incontornável que o coloca no mundo, impõe limites a sua capacidade de compreender, o que só pode ser feito pela intermediação da linguagem, uma vez que o sentido de sua

⁶⁰⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 203-204..

⁶⁰⁷ Curso de extensão Conhecimento e Linguagem, ministrado por Ernildo Stein, na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS), entre agosto e novembro de 2006.

⁶⁰⁸ Curso de extensão Conhecimento e Linguagem, ministrado por Ernildo Stein, na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS), entre agosto e novembro de 2006.

própria existência é algo intermediado pela linguagem – que o homem possui e pela qual é possuído. As noções de temporalidade e finitude serão decisivas no sistema heideggeriano. Sendo o homem limitado pelo tempo, sua finitude torna-se determinante para sua compreensão.

É a partir dessa profunda e inevitável constatação da finitude, portanto, que Heidegger define a inacessibilidade dos entes, uma vez que não é possível se apontar um grau zero na linguagem, que possa oferecer um fundamento último ou final, um *fundamentum absolutum inconcussum veritatis*, dos quais os métodos são todos dependentes. Dessa forma, em sendo os entes inacessíveis aos seres finitos, a pergunta pelo sentido é a pergunta pelo ser. “Tão finitos somos nós que só conseguimos sobreviver pensando o ser; o conceito de ser só é usado pelo ser finito; Deus não precisa de ontologia; Deus não precisa do conceito de ser”⁶⁰⁹. Se a verdade não depende de um método ou fundamento absoluto, a verdade aparece em Heidegger como “desvelamento”.

O homem, na medida em que existe como homem, já sempre se pronunciou sobre a φύσις (natureza), sobre a totalidade vigente, à qual ele mesmo pertence. E isto não pelo fato de ele falar expressamente *sobre* as coisas. Existir como homem já significa: trazer o vigente à enunciação. A enunciação é trazida a vigência do ente vigente: sua ordenação e estatuto, a lei do ente mesmo. O enunciado é o que se tornou aberto no dizer. O dizer denomina-se em grego λέγειν (sentido ou narrativa); a vigência enunciada é o λόγος (logos, palavra ou razão). Desta forma, pertence à essência do ente vigente, porque o homem existe nele, o ser enunciado de uma maneira ou outra [...] Na concepção elementar e originária desta relação, o que é enunciado já está necessariamente no interior da φύσις. De outra forma, ele não poderia ser enunciado a partir dela. À φύσις, à vigência do ente na totalidade, pertence este λόγος [...] o conceito contrário ao λέγειν, ao “trazer à fala” é κρύπτειν (esconder), o velar e o manter no velamento. Daí segue-se necessariamente: a função fundamental do λέγειν é retirar o vigente do velamento. O conceito contrário ao λέγειν é o encobrir; o conceito fundamental e a significação fundamental de λέγειν é “retirar o velamento”, o *descobrir*. O descobrir, o “retirar o velamento”, é o acontecimento que se dá no λόγος. No λόγος, o viger do ente é descoberto, é aberto.⁶¹⁰ (livre tradução do grego da autora)

⁶⁰⁹ Frase atribuída a Heidegger por Ernildo Stein durante o Colóquio Direito e Filosofia “O que a filosofia tem a dizer sobre os princípios?”, ocorrido nos dias 17 e 18 de março de 2014, no Auditório Maurício Berni, da Faculdade de Direito da UNISINOS, em São Leopoldo.

⁶¹⁰ HEIDEGGER, Martin. *Os conceitos fundamentais da metafísica: mundo, finitude e solidão*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 33-34.

Ernildo Stein ensina que as noções de tempo e finitude sofreram uma relevante modificação de entendimento do próprio Heidegger, denominada viravolta, é a passagem de um Heidegger I para o Heidegger II⁶¹¹. No Heidegger I, *o tempo é o horizonte do ser, ocorre que para se pensar o tempo, o horizonte, antes deve existir um conceito de ser*. Portanto, o conceito de ser, de alguma maneira, antecipa-se na operação intelectual sobre o conceito de tempo. Essa é a viravolta para o Heidegger II, que ao invés de pensar o tempo como horizonte do ser, usou a história do ser para pensar a questão do tempo. Nas palavras de Ernildo Stein.

Viravolta é o nome que recebeu essa mudança no pensamento filosófico. O nome, que surgiu por referência pessoal de Heidegger, deveu sua oficialização, talvez, pelo motivo secundário da incompletude de *Ser e Tempo*, antes de aos poucos tornar-se uma designação que atinge o essencial de seu pensamento [...] *A possibilidade da viravolta reside na própria faticidade do ser-aí. Essa faticidade somente é possível na medida que nela se instaura o fato da compreensão do ser* [...] O sentido do ser somente se manifesta à medida que o pensamento se movimenta na circularidade da relação ser-ser-aí que possibilita a própria viravolta. *Heidegger procura resumir a situação da viravolta na relação entre o ser e o tempo*. Revela-nos, assim, a análise geral do fato da viravolta no pensamento de Heidegger uma mudança essencial de perspectiva que leva o pensador à superação do perigo da subjetividade e o insere na dimensão em que se dá a história do ser. *Não é possível pensar abstratamente o ser ligado ao tempo* [...] A ambivalência que emerge da condição humana finita, que compreende o ser, a qual já se mostrou na análise que fizemos da *aletheia* e da fenomenologia, surge nessa reflexão primeira sobre viravolta. [...] A viravolta é, portanto, um acontecimento fundamental no pensamento de Heidegger. É um movimento que é o próprio conteúdo do pensamento, na medida em que *na viravolta acontece o próprio ser como história*⁶¹². (grifo nosso)

Essa breve incursão pelas metafísicas clássica e moderna, a partir de algumas noções básicas da filosofia hermenêutica de Heidegger, buscou esclarecer um pouco mais as influências que se impõem ao ambiente no qual a LINDB vem sendo interpretada no Brasil. Aprisionada nos dualismos dessas duas metafísicas, percebe-se que tanto os autores mais antigos, quanto os contemporâneos, buscavam, e ainda buscam, conhecer o sentido do texto como expressão da

⁶¹¹ “A mudança do pensamento de Heidegger representa uma dimensão tão original, que será possível desvelarmos nela a própria condição em que se movimenta necessariamente um pensamento que sustenta a interrogação pelo ser na finitude, até as últimas consequências”. STEIN, Ernildo. *Compreensão e finitude*. Ijuí: Unijuí, 2001. p. 307.

⁶¹² STEIN, Ernildo. *Compreensão e finitude*. Ijuí: Unijuí, 2001. p. 300, 307-308.

vontade do legislador originário (como se imaginava no positivismo exegético ou primitivo) ou da vontade da lei, cuja interpretação depende da subsunção.

Muito se tem discutido acerca das teses *vonluntas legis versus voluntas legislatoris*. Têm-se perguntado os juristas de todos os escalões: afinal, o que vale mais: a vontade da lei ou a vontade do legislador? Tem importância saber/descobrir o que é que o “legislador” quis dizer ao elaborar o texto normativo? Qual era a sua intenção: É possível descobrir “a vontade da lei”? Pode uma norma “querer alguma coisa? É possível descobrir o “espírito” de uma lei? Muito embora existirem, como veremos, defensores de ambos os lados, na grande maioria das vezes a adesão a uma corrente ou a outra é feita de maneira ad hoc, ocorrendo, frequentemente, uma imbricação entre ambas.⁶¹³

O anacronismo da LINDB, pelo menos em sua parte geral, e especialmente no Art. 4º, reside na insistência do uso do método da subsunção, que inevitavelmente será gerador de lacunas. Isso, porque o próprio artigo de lei só faz sentido sob o ponto de vista do positivista, para o qual as únicas normas jurídicas eram do tipo regras; sob a vigência de um modelo contemporâneo de *teoria da norma*, que concebe a existência de regras e princípios, todos fundados na Constituição como fundamento de validade do sistema⁶¹⁴, a própria redação do Art. 4º perde totalmente o sentido, é incompreensível.

No plano da LINDB, a superação dessas duas metafísicas se dá por perceber que os princípios gerais não foram simplesmente transformados em princípios constitucionais. Os fenômenos são distintos; trata-se daquilo que Lenio Streck denominou de “tese da descontinuidade”⁶¹⁵. Também os subcapítulos anteriores buscaram demonstrar (com trechos de obras de diferentes épocas) que os princípios gerais tinham a função muito específica de suplementar a omissão na lei (sempre

⁶¹³ STRECK, Lenio Luiz. *Lições de crítica hermenêutica do direito*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 99.

⁶¹⁴ “Pode-se dizer que o Constitucionalismo Contemporâneo representa um redimensionamento na práxis político-jurídica, que se dá em dois níveis: no plano da teoria do Estado e da Constituição, com o advento do Estado Democrático de Direito, e no **plano da teoria do direito, no interior da qual se dá a reformulação da teoria das fontes (a supremacia da lei cede lugar à onipresença da Constituição)**; na teoria da norma (devido à normatividade dos princípios) e na teoria da interpretação (que, nos termos que proponho, representa uma blindagem às discricionariedades e aos ativismos). Todas essas conquistas devem ser pensadas, num primeiro momento, como continuadoras do processo histórico por meio do qual se desenvolve o constitucionalismo. Com efeito, o constitucionalismo pode ser concebido como um movimento teórico jurídico-político em que se busca limitar o exercício do Poder a partir da concepção de mecanismos aptos a gerar e garantir o exercício da cidadania”. STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 37.

⁶¹⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 56-57.

produto da subsunção), diferentemente dos princípios contemporâneos, que introduzem conteúdos morais no Direito (cognitivism ético), mas assegurando, ao mesmo tempo, a independência do sistema jurídico em relação à moral.

Algo que ficou muito evidenciado entre os autores levantados nos subcapítulos anteriores é a insistência em confundir o texto de lei (aceito somente como regras) com a própria norma jurídica. Essa é a maior demonstração da concepção positivista que alicerça os “princípios gerais” da LINDB e que impede uma mera “transposição” ou “conversão automática” deles nos princípios constitucionais contemporâneos; estes são um fenômeno completamente distinto. Surgem como normas jurídicas e possuem sentido deontológico⁶¹⁶. Isto é, já nascem com a função de inserir o mundo prático. Por isso também que os princípios constitucionais não são valores, como insistem muitos dos autores comentados, pois admitir isso seria ao mesmo tempo, insistir na concepção positivista (os “princípios gerais” eram vistos por muitos doutrinadores como resquícios necessários do jusnaturalismo) e negar toda a força normativa que os princípios constitucionais adquiriram no segundo pós-guerra.

regra não subsiste sem o princípio. Do mesmo modo, não há princípio que possa ser aplicado sem o “atravessamento” de uma regra. A regra não explica; a regra esconde. O princípio desnuda a capa de sentido imposta pela regra (pelo enunciado, que pretende impor um universo significativo autossuficiente). O princípio é a *enunciação* do que está enunciado. No fundo, a dogmática positivista não conseguiu ainda superar a metafísica clássica, circunstância facilmente perceptível em setores importantes da doutrina que a sustenta, acreditando que a palavra da lei (regra) designa não a coisa individual, mas a comum a várias coisas individuais, ou seja, a essência captável pelo intérprete (as súmulas são um típico exemplo da tentativa de abarcar a “substância” dos diversos casos jurídicos); por outro lado, a dogmática jurídica *também não superou a metafísica moderna*, o que se pode perceber nas posturas de considerável parcela dos juristas que – a pretexto de “ultrapassar” a “literalidade” do texto – coloca no sujeito a tarefa heróica de descobrir os valores “escondidos” debaixo da regra, isto é, na “insuficiência” da regra – construída a partir da consciência de si do pensamento pensante – entra em cena o intérprete, para levantar o véu que “encobre o verdadeiro sentido da regra” (*sic*).⁶¹⁷

⁶¹⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 168.

⁶¹⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 170.

Por tudo isso, as posturas acima denunciadas parecem desconhecer que, no contexto do constitucionalismo contemporâneo, uma teoria pós-positivista está assentada, necessariamente, em um sistema de regras e princípios, incompatível com lacunas e “princípios gerais”. Lenio Streck representa, nas últimas décadas, uma voz solitária na crítica e na denúncia dessas gravíssimas insuficiências.

Tenho que somente pode ser chamada de pós-positivista uma teoria do Direito que tenha, efetivamente, superado o positivismo, tanto na sua forma primitiva (exegético-conceitual), quanto na sua forma normativista-semântico-discricionária. A superação do positivismo implica enfrentamento do problema da discricionariedade judicial ou, também poderíamos falar, no enfrentamento do solipsismo da razão prática (veja-se a crítica que Habermas faz à razão prática eivada de solipsismo). Implica, também, assumir uma tese de descontinuidade com relação ao conceito de princípio. Ou seja, no pós-positivismo, os princípios não podem mais ser tratados no sentido dos velhos princípios gerais do direito e nem como cláusulas de abertura. Eis o desastre representado, por exemplo, pela LINDB (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro) em *terrae brasilis*. Que lástima foi a aprovação dessa lei.⁶¹⁸

Os dispositivos, a par de sua inequívoca inspiração positivista (permitindo discricionariedades e decisionismos) e sua frontal incompatibilidade com uma leitura hermenêutica do sistema jurídico, mostram-se tecnicamente inconstitucionais (não recepcionados). Com efeito, com relação à LINDB, é preciso ter claro que, na era dos princípios e do Constitucionalismo Contemporâneo, tudo está a indicar que não é mais possível falar em “omissão da lei” que pode ser “preenchida” a partir da analogia (sic), costumes (quais e de quem, cara pálida?) e os princípios gerais do direito. Isso apenas demonstra um atraso epistemológico da teoria do direito. Idade da pedra (lascada).

Ou seja, da LICC à LINDB, nelas nada de novo se reconhece que nos permita entender normas como sendo o conjunto de regras e princípios. Pela leitura da LINDB ainda temos na regra a pedra fundamental do sistema jurídico, ao ponto de precisarmos inserir o princípio na regra, como se a regra autorizasse ou validasse o princípio. O problema vai além. Ainda não conseguimos superar a velha teoria das normas (o que denuncio constantemente), confundindo os princípios constitucionais (elementares do constitucionalismo contemporâneo) com os princípios gerais do direito.

Assim, quando defino na lei que no caso de omissão o nosso juiz decide de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito, estou enfatizando tal confusão, já que a lei me autoriza e direciona o uso de princípios (gerais do direito) na solução de controvérsias. Quem ainda usa princípios gerais do direito está no tempo do Almanaque Renascim ou das Seleções Reader’s Digest.

⁶¹⁸ STRECK, Lenio Luiz. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-abr-26/observatorio-constitucional-porque-ponderacao-subsuncao-sao-inconsistentes>>. Acesso em: 03 out. 2017.

Portanto, a força simbólica de(sses) dispositivos (artigos 23 da LC 64, 4º da LICC, 126 e 335, do CPC e 3º do CPP) enfraquece sobremodo o valor da doutrina na construção do conhecimento jurídico, com o conseqüente fortalecimento do papel do aplicador da lei. Ponto para o protagonismo judicial. Depois nos queixamos que a doutrina não mais doutrina...⁶¹⁹

Apesar da nova ordem constitucional, instituída em 1988, e todo o esforço de superação do positivismo, por uma parcela da doutrina brasileira, dispositivos como o Art. 4º da LINDB e os Art. 140 do CPC, com suas “redações ingênuas”, representam uma “resistência positivista” no seio do modelo de jurisdição constitucional que há décadas vem sendo praticado no Brasil⁶²⁰. Os dispositivos são paradigmaticamente anacrônicos, isto é, não podem ser explicados e compreendidos a partir do referencial teórico de nenhuma das teorias contemporâneas do Direito, e inconstitucionais, pois incompatíveis com o modelo de justiça constitucional e de teoria da norma vigente no ordenamento brasileiro. Apenas a título de exercício intelectual, veja-se que se o novo título da LINDB for seguido à risca, então significaria admitir que todas as normas do Direito brasileiro, inclusive as constitucionais, estariam a ela subordinadas, colocando por terra toda a noção de supremacia constitucional, que é pressuposto elementar para o controle de constitucionalidade, isso sem falar na ideia da Constituição como fundamento de validade do sistema.

Por isso, a expressão “resistência positivista” foi muito bem captada por Lenio Streck, porque comunica toda a dramaticidade do problema. A discussão do PL 349/2015, por exemplo, é uma clara demonstração de que, não só a dogmática jurídica brasileira ainda não foi capaz de compreender o cerne da problemática (paradigma positivista que alicerça toda essa visão), a fim de ultrapassá-la, como ainda insiste em reformar, pelos mesmos pressupostos do modelo esgotado, uma construção que já está (ou deveria estar) extinta.

Se até a novação pela qual passaram recentemente – LINDB em 2010 e CPC em 2015 –, ainda era possível tentar justificar a “não recepção” dos dispositivos por um “mero descuido”, como uma dificuldade ou um apego à tradição, não reconhecendo dispositivos legais muito anteriores à Constituição de 1988 como “não recepcionados”, a recentíssima renovação das disposições, após décadas da

⁶¹⁹ STRECK, Lenio Luiz. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-fev-13/senso-incomum-livre-conviccao-indicios-presuncoes>>. Acesso em: 03 out. 2017.

⁶²⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 261-262.

emergência da nova principiologia constitucional, é imperdoável. É inadmissível que todo o esforço teórico-acadêmico e todo o trabalho jurisdicional (por uma minoria da magistratura, ciente do papel do Judiciário nas democracias contemporâneas) que vem sendo desenvolvido no Brasil, após quase 30 anos da promulgação da nova Constituição, e que alinha o país com a produção jurídica da grande maioria das democracias desenvolvidas do mundo, seja permitida a manutenção de dispositivos desta natureza. A declaração de inconstitucionalidade ou a revogação legislativa desses dispositivos é imperativa; dada a força simbólica (positivismo)⁶²¹ desses conteúdos, a crise da discricionariedade judicial que hoje devasta o sistema judiciário brasileiro depende, irremediavelmente, da extirpação de tais previsões.

⁶²¹ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 263

5 POR UMA COMPREENSÃO HERMENÊUTICA DE FONTE

Percorrido até agora o caminho da evolução histórica e dogmática da noção de fontes do Direito – elemento que é constituidor da própria tese aqui defendida, na medida em que uma nova compreensão depende fundamentalmente do conhecimento crítico acerca daquilo que já foi dito e produzido sobre o tema –, passa-se, neste último capítulo, à proposta e ao exame de uma nova ideia de fontes, fixada sob o olhar da filosofia hermenêutica de Martin Heidegger e da hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer, com o propósito de estabelecer uma concepção que seja adequada à Crítica Hermenêutica do Direito, de Lenio Streck, teoria de base da presente tese.

Nesse sentido, impõe-se uma primeira ressalva, a fim de evitar possível contradição de ordem epistemológica. Sob o paradigma hermenêutico é viável ou adequada a proposta de um *conceito* de fontes? Sim e não. Se o termo conceito for tomado em uma visão estritamente metodológica, que desconhece a linguagem como meio intersubjetivo de condição de possibilidade para o conhecimento, no qual o método está calcado em um fundamento metafísico dualista e objetificante, a serviço do sujeito (assim como a linguagem), então a busca por um *novo conceito* tombará sob todas as críticas que já foram expostas no final do quarto capítulo. Contudo, se a ideia de *conceito* for aqui tomada num sentido mais tênue, que entende a verdade como desvelamento, sem negar a abissalidade do fundamento e a circularidade da antecipação de sentido que permite a compreensão, em sintonia com o arcabouço conceitual que será desenvolvido especialmente nos subcapítulos 2.2 e 2.3 a seguir, a tese é viável e será o propósito deste derradeiro capítulo: o projeto de uma singela nova teoria de fonte.

Em sequência, um segundo questionamento de ordem preliminar também é oportuno. Considerando todos os descaminhos, críticas e desvios que o conceito de fontes sofreu ao longo da história, como se estudou nos capítulos anteriores, ainda é relevante, à teoria do Direito, debater sobre as fontes? Sim. Por uma razão muito simples. O Direito – e, portanto, suas fontes – não é um fenômeno da natureza, mas como todos os entes precisa ser compreendido *como* linguagem. Em sendo produto da interação humana, uma preocupação central é com a legitimidade do Direito. Logo, é preciso saber “o que são” as fontes que autorizam a produção legítima das normas jurídicas. Dessa forma, seria um equívoco insistir na ideia de que ao fim e ao

cabo a Constituição é a fonte última do Direito – ideia essa que vem se popularizando –, pois como já se demonstrou, esse desacerto, que remonta à Hans Kelsen, em realidade confunde as noções de fonte de juridicidade das normas (na já mencionada conceituação de Castanheira Neves) e fonte como fundamento de validade.

A título de curiosidade, apenas a obra *Verdade e Consenso*, de Lenio Luiz Streck, orientador e referencial teórico da tese, refere em *nove passagens distintas* a necessidade de – diante do constitucionalismo contemporâneo e das reformulações feitas à teoria da norma e à teoria da interpretação –, se propor uma “nova teoria das fontes”⁶²².

Nesse cenário, a retomada de Castanheira Neves também auxilia na defesa da relevância do tema. Como já foi dito anteriormente, a noção de fontes do Direito é (e permanece) central para a teoria jurídica; trata-se de uma *conexão incidível*, uma vez que toda concepção (teoria) de Direito necessariamente adota uma posição sobre as fontes admitidas como “eminente expressão normativa”; isto é, “o entendimento e a solução que haja de dar-se ao problema das fontes condiciona, por sua vez, uma correlativa concepção de direito, posto que o direito terá também de compreender-se em função do modo como se constitua e manifeste a sua normatividade”⁶²³. Dessa forma, Castanheira Neves está defendendo a tese, que corrobora o ponto de vista aqui defendido, de que o conceito de fontes que se adote é essencial e determinante de uma respectiva teoria do Direito, na medida em que situa aquilo que se entende por produção legítima de normas. A “questão de saber de que modo se constitui e se manifesta o direito positivamente vigente numa determinada comunidade histórica – ou seja, de que modo o direito se objectiva aí como direito [...] implica o próprio problema do direito em si mesmo”⁶²⁴.

Que as várias teorias tradicionais de fontes estão superadas, os capítulos anteriores já se esforçaram para demonstrar. De agora em diante, o propósito é vislumbrar uma nova teoria das fontes. Castanheira Neves também já refletiu sobre a questão, e identifica três rupturas que determinam a transformação das teorias

⁶²² STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 37, 47, 67, 68, 220, 245, 249, 342, 509.

⁶²³ CASTANHEIRA NEVES, António. *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, v.2, p. 7-8.

⁶²⁴ CASTANHEIRA NEVES, António. *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, v.2, p. 7.

tradicionais: (a) quanto à concepção do Direito; (b) quanto à compreensão da metodológica realização do Direito e (c) quanto ao sentido de sistema jurídico e as dimensões da normatividade⁶²⁵. Desta forma, a primeira se refere à mudança na concepção do direito, antes vinculada ao positivismo legalista do século XIX e sua compreensão exclusivamente estatista (o Direito é produto exclusivo da legislação estatal), uma vez que na segunda metade do século XX, após as duas grandes guerras mundiais, o constitucionalismo se consolidou como o grande processo de racionalização do poder e de garantia dos princípios e direitos fundamentais, o que rompe com o voluntarismo político da legislação⁶²⁶. A segunda ruptura é de caráter metodológico e se dá na realização do Direito, que abandona seu caráter formal, como simples aplicação de leis, para se tornar um instrumento de transformação social na consolidação da democracia, o que deu azo a correntes mais sociológicas do Direito, tais como o Movimento do Direito Livre, a Jurisprudência dos Interesses e a Jurisprudência do Valores. Sob esta perspectiva, nasce uma preocupação com o aspecto axiológico do Direito⁶²⁷. Por fim, a terceira modificação é quanto ao próprio sentido do sistema jurídico, pois contemporaneamente deixa de ser normativamente unidimensional (não é meramente um sistema legislativo), tanto no sentido da pluridimensionalidade das normas – regras e princípios –, como também da pluralidade de fontes⁶²⁸.

Como se percebe, nos três cenários acima descritos, as fontes são elemento central e fator determinante dessas transformações. Todavia, dentre os temas clássicos da teoria do Direito, foi aquele que menos recebeu aportes, tornando-se um tema de pouquíssimo prestígio em comparação a temas como a teoria da norma ou a teoria da interpretação. Mantém-se como mero hábito da doutrina, que repete acriticamente as categorias de muitas décadas atrás.

À vista disso, o primeiro subcapítulo a seguir vai tratar das teorias que mais contemporaneamente estão repensando a questão das fontes no cenário da ruptura com a noção de Direito estritamente estatal (legislativo), a pluralidade de fontes e a

⁶²⁵ CASTANHEIRA NEVES, António. *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, v.2, p. 45.

⁶²⁶ CASTANHEIRA NEVES, António. *Fontes do Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, v.2, p. 46.

⁶²⁷ CASTANHEIRA NEVES, António. *Fontes do Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, v.2, p. 49-51.

⁶²⁸ CASTANHEIRA NEVES, António. *Fontes do Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, v.2, p. 52-53.

pluridimensionalidade das normas, enquanto os subcapítulos seguintes, mais propositivos, dão conta do cerne da presente tese: que é articular uma concepção hermenêutica (filosófica) de fonte, compatível com a Crítica Hermenêutica do Direito, de Lenio Streck. Isso significa reconhecer o caráter necessariamente interpretativo do conceito, uma vez que todas as fontes normativas são textos – eventos para Gadamer –, embora nem todos os textos sejam fonte de normatividade. Fonte normativa aqui entendida como todo ente que pode ser compreendido *como* norma jurídica, isto é, fonte normativa é todo aquele texto (evento) capaz de produzir normas jurídicas, o que será tratado nos subitens dois e três a seguir, que se constroem sob o alicerce da ideia de diferença ontológica.

Desse modo, investiga-se uma noção de fontes que, ao mesmo tempo, reabilite a lei (muito desprestigiada no atual contexto brasileiro) ao seu devido papel num Estado que se afirma Democrático de Direito, mas que também seja abrangente das demais manifestações de fontes (tais como a jurisprudência, a doutrina ou os precedentes em países da *Common Law*), bem como não se mantenha fechado ou deliberadamente cego às novas espécies de fontes que vêm se estabelecendo, tais como fontes internacionais, súmulas, mediação e arbitragem, *standards* e indicadores, contratos, etc.

Mas a imposição desse rol aberto, que será objeto da parte final do capítulo, será construída a partir de uma diferença muito cara à teoria de base da presente tese – seu empenho em lutar contra a arbitrariedade judicial e o uso corretivo da moral e da política em prejuízo da autonomia do Direito. Assim, as proposições a seguir se desenvolvem no âmbito da *Teoria do Direito*, que é o espaço adequado para o estudo das fontes, e que claramente precisa se diferenciar do âmbito da Teoria política do Direito, esta sim voltada para o estudo da teoria da legislação e do poder legislativo e do questionamento sobre quem, como, o quê e em quais condições decide no processo democrático da produção legislativa, ou seja, da análise sociológica, moral e política da legislação; o que vai levar à conclusão de que o tema das fontes é mais complexo em países de tradição civilista, pela maior dependência da lei como fonte preponderante do Direito.

5.1 A crise do modelo de Estado Moderno e do monopólio estatal das fontes: de pirâmides, redes e outras linhas deslocadas

A crise do Estado moderno é também a crise das fontes do Direito, isso porque toda a teoria do Direito que se produziu na modernidade estava assentada na autoridade centralizadora do Estado e no seu monopólio de produção das fontes jurídicas positivas. José Luis Bolzan de Moraes sistematizou de forma bem completa e abrangente as crises do Estado, que são o verdadeiro pano de fundo para a crise das fontes. A classificação estabelece como:

(a) *crise conceitual*, o enfraquecimento do poder estatal e a perda de soberania, principalmente em razão das instituições internacionais de várias espécies (blocos econômicos, comunidades supranacionais, ONGs, organizações e organismos, etc);

(b) *crise estrutural*, aquela relacionada à dificuldade de financiamento e execução do Estado de bem-estar social;

(c) *crise constitucional*, pelo efeito de desconstitucionalização e flexibilização de direitos fundamentais diante das pressões da globalização e da mutação constitucional;

(d) *crise funcional* ou da perda de exclusividade, que se percebe como uma verdadeira crise de identidade e relacionamento entre os poderes – Legislativo, Executivo e Judiciário –, cujos reflexos são percebidos tanto na produção legislativa quanto no excesso de ativismo judicial; e, por fim,

(e) *crise política*, que é a crise da democracia e do descrédito nas fórmulas tradicionais de representação política (partidos, eleições, etc.). Dessas, as crises conceitual, constitucional e funcional são as mais determinantes para a modificação do panorama das fontes⁶²⁹.

Um dos fatores de maior perturbação do conceito de Estado e, conseqüentemente, das fontes, como referido na classificação de Bolzan de Moraes, é o esfacelamento da soberania estatal. O princípio da soberania foi fundamental para a demonstração de força do Estado; isso pode ser percebido desde os acontecimentos do Baixo Medievo, séculos XIII e XIV, com a gênese da formação do *vínculo indissociável* entre Estado, Direito e soberania, no qual a legitimidade do

⁶²⁹ MORAIS, José Luis Bolzan de. *As crises do Estado e da Constituição e a transformação especial dos direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 23-58.

Estado e, posteriormente, do Direito, na modernidade, estão coimplicadas, já que ambas fundadas no princípio da soberania, e na centralização do poder político (que também será jurídico – pela coalimentação entre Estado e Direito), o que significa dizer que o Estado é (era) legítimo porque amparado na lei e, por sua vez, a lei é (era) legítima porque produzida pelo Estado. Daí também a confusão entre lei e fonte que já foi exaustivamente estudada nos capítulos anteriores, e que justificava a confusão entre as diferentes acepções de fontes: fonte de legitimidade do Estado, fonte de validade do Direito, etc.

Desse modo, sob o ponto de vista jurídico, o princípio da soberania reconduzia a qualquer manifestação de força política do Estado enquanto “personalidade” soberana, permitindo aos juristas, a partir dessa metáfora, pensar o Estado como um “sujeito unitário abstrato”, capaz de manifestar vontade e agir por meio de seus órgãos, animado e regulado pelo Direito. Contudo, de há muito a ciência política já desmascarou o princípio da soberania e demonstrou quais são as reais forças de poder, os grupos, as elites, as classes políticas por trás dessa ficção. Sob a perspectiva do Direito, contudo, tal fantasia representava uma função importante e de consequências práticas: permitia dotar todos aqueles que atuavam “em nome do” Estado e de seus órgãos com a mesma autoridade da própria personalidade estatal no campo político⁶³⁰.

Mireille Delmas-Marty problematiza a correlação das crises do Estado e das fontes pelas noções de *espaço e tempo normativo*. A tradição europeia ocidental do sistema romano-germânico sempre esteve tranquilamente acomodada nos princípios de unidade e estabilidade, mas agora a paisagem está revolucionada, por um questionamento que se coloca multiforme e que atinge o Estado moderno em suas feições essenciais – perderam-se as funções de “Estado nação”, de “Estado-centro” e de “Estado esfera pública”⁶³¹. Isto é, os elementos-chave do conceito clássico de Estado moderno – governo soberano, território e povo – estão pulverizados e, com isso, entra também em crise a ideia de fonte como produto exclusivo da autoridade centralizadora do Estado, por meio de um prévio procedimento de positivação (legitimação) dentro de um sistema hierárquico fechado.

⁶³⁰ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. 10. ed. Madrid: Trotta, 2011, p. 11.

⁶³¹ DELMAS-MARTY, Mireille. *Por um direito comum*. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 45-46.

Embora o conceito de ordenamento jurídico – este próprio um outro conceito operacional vinculado à tradição positivista que se popularizou especialmente após Kelsen e que visava justamente transmitir a ideia de um sistema hierárquico unitário e completo – sempre tenha operado com uma certa pluralidade de fontes, a alegoria da onipotência do legislador foi um recurso propedêutico e epistemológico utilizado pelos juristas para pensar o sistema jurídico, mormente nos países da *Civil Law*, que têm na codificação e na remissão ao legislador a mais perfeita materialização da teoria da separação de poderes, em conformidade com o projeto liberal de Estado e de Direito do século XIX⁶³². Nesse sentido, os positivistas do século XX apenas deram continuidade a esta tradição.

Os ordenamentos jurídicos que constituem a nossa experiência de historiadores e de juristas são complexos. A imagem de um ordenamento composto por apenas dois personagens, o *legislador*, que põe as normas, e os *súditos*, que as recebem, é puramente didática. O legislador é um personagem imaginário, que oculta uma realidade mais complicada.⁶³³

Para Delmas-Marty, essa ordem normativa de geração das regras sofre uma relativização de ordem temporal, espacial e conceitual, na qual as fontes surgem a todo instante, por todos os lados e em vários momentos, gerando um *espaço “desestatizado”, um tempo “desestabilizado” e uma ordem “deslegalizada”*⁶³⁴.

A internacionalização das fontes é o principal fator de crise para o conceito de Estado nação. Embora a Europa não se constitua como uma entidade política unitária, o modelo da União Europeia, que não é a única experiência existente nesse sentido, se destaca como a mais ampla e acentuada na atualidade. Assim, a União Europeia opera com diversas instituições jurídicas, cada uma com suas próprias regras e autonomia⁶³⁵.

Tendo se iniciado como um mercado comum de livre circulação de mercadorias e pessoas, a então Comunidade Econômica Europeia tem como sua origem formal o tratado de Roma, de 1957; desde então, a integração europeia avançou imensamente, contando nos dias atuais com 28 Estados-partes, uma

⁶³² GENY, Francisco. *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo*. Madrid: Hijos de Reus, 1902, p.

⁶³³ BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral do Direito*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 201.

⁶³⁴ DELMAS-MARTY, Mireille. *Por um direito comum*. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 46.

⁶³⁵ DELMAS-MARTY, Mireille. *Por um direito comum*. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 47.

moeda única (euro), Cortes de Justiça supranacionais, um Parlamento, um Banco Central, o Conselho da União Europeia (que aprova legislação e coordena políticas)⁶³⁶, o Conselho Europeu (que define as orientações políticas gerais da União Europeia)⁶³⁷ e a Comissão Europeia; é o maior e mais bem sucedido “tubo de ensaio” para as estruturas pós-nacionais⁶³⁸. Mas, por outro lado, sofreu um revés retumbante em não conseguir aprovar uma Constituição comum e, atualmente, vivencia uma de suas maiores instabilidades desde sua fundação, com a decisão de saída do Reino Unido (*Brexit*) e os crescentes fenômenos da xenofobia e dos ataques terroristas.

Mas assim como existem países que ainda se esforçam para se manter imunes à internacionalização de suas fontes e, portanto, ao controle supranacional de seu Direito e de sua política⁶³⁹, como a China e os Estados Unidos, existem outras experiências de organizações internacionais intergovernamentais (integração regional), em menor escala que a União Europeia, que podem ser mencionadas, tais como a ALADI (Associação Latino-Americana de Integração), a ALBA (Aliança Bolivariana para as Américas), o Mercosul, o Pacto Andino, o Nafta (*North American Free Trade Agreement*), a Caricom (*Caribbean Community*), a Unasul (União das Nações Sul-Americanas), a UA (União Africana), a Ecowas (*Economic Community of West African States*), a Apec (*Asian-Pacific Economic Cooperation*) e a Asean (*Association of South-East Asian Nations*), para citar apenas algumas, sem mencionar as organizações regionais para fins militares como a OTAN (Organização do Tratado do Atlântico Norte), ou de proteção aos Direitos Humanos, como a OEA (Organização dos Estados Americanos), a ainda, no plano de alcance global, a ONU (Organização das Nações Unidas) e todos os seus braços organizados, OMC (Organização Mundial do Comércio), OIT (Organização Internacional do Trabalho), OMS (Organização Mundial da Saúde), FMI (Fundo Monetário Internacional), CIJ (Corte Internacional de Justiça ou Corte de Haia), TPI (Tribunal Penal Internacional), entre muitos outros, somando o total vinte e seis organismos⁶⁴⁰. Todas essas entidades

⁶³⁶ Disponível em: <https://europa.eu/european-union/about-eu/institutions-bodies/council-eu_pt>. Acesso em: 14 out. 2017.

⁶³⁷ Disponível em: <https://europa.eu/european-union/about-eu/institutions-bodies/european-council_pt>. Acesso em: 14 out. 2017.

⁶³⁸ VIEIRA, Gustavo de Oliveira. *Constitucionalismo na mundialização: desafios e perspectivas da Democracia e dos Direitos Humanos*. Ijuí: Unijuí, 2015, p. 77-78.

⁶³⁹ DELMAS-MARTY, Mireille. *Por um direito comum*. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 48.

⁶⁴⁰ Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/organismos/siglas/>>. Acesso em: 14 out. 2017.

e muitas outras não mencionadas, de alguma forma, produzindo fontes, normas e decisões, com obrigatórias consequências para os sistemas jurídicos nacionais.

No plano jurídico, portanto, as consequências da integração supranacional são imensas, e a União Europeia é o cenário que mais evidencia isso, sendo objeto de preocupação para todos os autores europeus que se ocupam do tema das fontes. No âmbito do Direito privado, Reinhard Zimmermann destaca a perda de autonomia dos sistemas jurídicos nacionais em razão: (a) das diretivas promulgadas pelo Conselho da União Europeia, (b) da jurisprudência assentada pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, (c) bem como dos problemas decorrentes da aplicação da Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias, que tem levado os doutrinadores europeus a identificar um Direito privado de caráter transnacional, no qual se estudam as áreas do Direito privado sob uma perspectiva europeia, *tratando as regras inglesas, francesas ou alemãs como meras variações locais de um mesmo tema comum*⁶⁴¹. Isto é, trata-se de novas fontes de Direito europeu a serem aplicadas pelos respectivos sistemas jurídicos nacionais. Já Delmas-Marty problematiza essa mesma questão das “novas fontes europeias” com ênfase na seara penal e administrativa e no direito de punir⁶⁴².

Também Antonio Enrique Perez Luño se ocupa do tema e denomina este fenômeno de “transbordamento” das fontes – fazendo referência à “metáfora hidráulica” do termo fonte⁶⁴³. A análise do autor é de que as fontes representavam o que havia de mais permanente e estável no Direito, traço que está subvertido pela obsessão contemporânea de investigar o devir incessante das transformações do Direito⁶⁴⁴. Nesse sentido, faz uma análise conservadora, contrapondo o tratamento das fontes sob o marco do constitucionalismo e identifica três grandes deslocamentos do centro de gravidade das fontes: (a) da primazia da lei para a primazia da Constituição; (b) da reserva da lei para a reserva da Constituição; e (c)

⁶⁴¹ ZIMMERMANN, Reinhard. *Roman law, Contemporary law, European law*. Oxford: Oxford University Press, 2000, p.

⁶⁴² DELMAS-MARTY, Mireille. *Por um direito comum*. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 49-51.

⁶⁴³ LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *El desbordamiento de las fuentes del derecho*. Madrid: La Ley, 2011, p. 90.

⁶⁴⁴ LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *El desbordamiento de las fuentes del derecho*. Madrid: La Ley, 2011, p. 73.

do controle jurisdicional de legalidade para o controle jurisdicional de constitucionalidade⁶⁴⁵.

Mas tanto sob a perspectiva legal, quanto constitucional, o sistema das fontes estava vinculado ao atributo da soberania, que se manifestava pelos postulados (a) do *poder estatal supremo* na criação das normas jurídicas; (b) do *monopólio* do Estado na criação e determinação do sistema de fontes; e (c) da autossuficiência deste processo (caráter autógeno). Ocorre que nas últimas décadas, estes postulados foram objeto de profunda revisão diante de circunstâncias como o surgimento de instâncias de poder que corroeram o princípio da soberania nacional e que desestabilizam a equação entre estabilidade e fontes do Direito⁶⁴⁶.

Assim como Delmas-Marty, Luño identifica a presença de uma “supraestatalidade normativa”, na qual – tanto pelo reconhecimento expresso de normas provenientes de organismos inter ou supranacionais, quanto implícito, pela aplicação de normas promulgadas para áreas diversas, bem como pela via da afirmação jurisprudencial – os diferentes ordenamentos jurídicos supõem a aplicação de um Direito comum, que remonta às experiências universitárias medievais de um *ius commune*, formando uma espécie de “tecido conjuntivo”, que é a aproximação mais exata da realização do *ius communicationis* prenunciado por Francisco de Vitória, no qual um Direito comum dos povos está assentado na comunicação; constituindo-se um fenômeno muito mais complexo e abrangente do que uma mera nova *lex mercatoria*, mais interessada em disciplinar as relações comerciais em âmbito internacional⁶⁴⁷.

Cita, como um bom exemplo desse *ius commune*, a expressão Direito Constitucional Comum Europeu (DCCE), cunhada por Peter Häberle, para explicar a integração de princípios constitucionais “particulares” (de determinado Estado) que se tornam “comuns” aos demais Estados europeus, sendo eles positivados ou não; tais princípios comuns são provenientes das Constituições nacionais, assim como do Direito constitucional consuetudinário e dos Conselhos europeus, conformando-se

⁶⁴⁵ LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *El desbordamiento de las fuentes del derecho*. Madrid: La Ley, 2011, p. 75-84.

⁶⁴⁶ LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *El desbordamiento de las fuentes del derecho*. Madrid: La Ley, 2011, p. 86.

⁶⁴⁷ LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *El desbordamiento de las fuentes del derecho*. Madrid: La Ley, 2011, p. 86-87.

como um autêntico *ius commune* constitucional, aos moldes do *ius commune* privado⁶⁴⁸.

O conceito se aproxima da ideia de interconstitucionalidade, proposta por J.J. Gomes, para descrever “a concorrência, convergência, justaposição e conflito de várias constituições e de vários poderes constituintes no mesmo espaço político”⁶⁴⁹. Esse debate pensa os desafios do chamado constitucionalismo multinível que surge no final do século XX e início do século XXI. Mas na verdade, já em 1933 publicou-se uma obra com o título *Direito Constitucional Internacional*, na qual se argumentava que cada vez mais as Constituições possuem textos semelhantes, o que abre um possível debate: o fenômeno da interconstitucionalidade é uma questão de Direito comunitário ou propriamente das Constituições europeias nacionais? Seria possível se falar em um bloco de interconstitucionalidade? De qualquer sorte, impõe-se perceber que hoje, mais do que nunca, há um conteúdo comum entre as Constituições⁶⁵⁰.

Mas esta nova supraestatalidade também vem acompanhada, em paralelo, de uma “infraestatalidade normativa”, que significa que além das fontes agora produzidas por órgãos superiores ao Estado, também se produziu um alargamento das competências de entes sociais intermediários, colocados entre o Estado e o povo, que produzem uma pluralidade de fontes em razão de critérios (a) locais, como uma maior autonomia de governos regionais, municipais e outras formas de organização territorial, bem como (b) pelo reconhecimento do direito de autodeterminação de certos grupos ou coletividades, ou ainda (c) pela hiperespecialização de determinadas matérias, que serão regulamentadas por instituições e organismos paraestatais ou não-governamentais de atuação em campos específicos do mercado ou da ciência⁶⁵¹.

⁶⁴⁸ LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *El desbordamiento de las fuentes del derecho*. Madrid: La Ley, 2011, p. 87-88.

⁶⁴⁹ VIEIRA, Gustavo Oliveira; SITO, Santiago Artur Berger; PENNA, Luciana. Da Sociedade em Rede à Rede de Interconstitucionalidade: um debate entre Castells e Canotilho. In: *XVII Congresso Nacional do Conpedi*, 2008, Salvador. Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI. Rio de Janeiro: CONPEDI, 2008.

⁶⁵⁰ Reflexões propostas por Gustavo Oliveira Vieira durante palestra no ciclo de atividades do Grupo de Pesquisa Estado e Constituição, ocorrido em 30 de agosto de 2016, no Auditório Maurício Berni, da Faculdade de Direito da UNISINOS, em São Leopoldo.

⁶⁵¹ LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *El desbordamiento de las fuentes del derecho*. Madrid: La Ley, 2011, p. 89-90.

Uma primeira conclusão aventada por Luño, com a qual não é possível concordar, é que o transbordamento das fontes leva a uma transposição da hierarquia para o pluralismo, no sentido de que o pluralismo de fontes não comporta um sistema hierarquizado de normas. Isso, porque a multiplicidade de forças e poderes criadores conduzem, obrigatoriamente, a um sistema aberto de fontes, no qual não é mais possível vislumbrar hierarquia entre elas.

En su dimensión jurídica el pluralismo entraña el reconocimiento de un área de libertad o de autodeterminación interna para las organizaciones sociales. El pluralismo jurídico implica una derogación de las ideas de monopolio y de jerarquía normativa, así como una erosión inmediata del protagonismo de la ley. En los ordenamientos jurídicos actuales se alude a una «explosión» del pluralismo jurídico que implica el reconocimiento de amplias facultades de autonomía (poder de autogobierno), autarquía (poder de autogestión) y autotutela (poder de autojurisdicción).⁶⁵²

Essa primeira conclusão deve ser refutada, uma vez que mesmo um sistema aberto de fontes, como aqui será defendido – composto por normas locais, nacionais e internacionais, estatais e não estatais – continua sendo objeto de uma aplicação jurisdicional no contexto dos Estados constitucionais de Direito, o que significa que todas essas fontes permanecem no horizonte de uma teoria do Direito que tem na supremacia constitucional seu fundamento de validade.

Outra ilação de Luño, é no sentido de que a supra e a infraestatalidade geraram um processo de descodificação – fenômeno já prenunciado por Natalino Irti em seu conhecidíssimo artigo *L'età della decodificazione, de 1979*. Contudo, também esta análise pode ser parcialmente refutada, na medida em que a experiência concreta do século XXI tem visto o renascimento e a aposta em novas codificações, a exemplo dos novos Códigos Civil (2002) e de Processo Civil (2015), no Brasil, e do novo Código Civil da Argentina, de 2015, que revogou o Código Vélez Sársfield, de 1869, um dos mais importantes documentos jurídicos do século XIX na América Latina, assim como se pode acompanhar as importantes e substanciais reformas dos Códigos Civis alemão (no Direito das Obrigações) e francês (*Ordonnance* n. 2016-131, que promoveu entre “abrogações, renumerações, modificações e a criação de novos artigos”, aproximadamente quinhentas e doze alterações no tradicional *Code Napoléon*). Nesse sentido, é de se questionar –

⁶⁵² LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *El desbordamiento de las fuentes del derecho*. Madrid: La Ley, 2011, p. 92.

diante do investimento de nações como a Alemanha e a França, que serviram de berço para os dois Códigos de Direito Civil mais influentes na modernidade – se o modelo da codificação está de fato desgastado e ultrapassado para os dias atuais⁶⁵³.

Insistindo no processo de descodificação, Luño afirma que esta é uma consequência da perda de unidade do sistema de fontes, que agora opera de forma interligada, pela interseção de sistemas de áreas e níveis jurídicos sobrepostos que se interrelacionam de forma assimétrica e assistemática, como traços marcantes da pós-modernidade⁶⁵⁴. Acompanhando o movimento que está em contínuo desenrolar, Luño se resigna com a consciência de que é inútil o “esforço de colocar limites ao infinito”; desta forma, em sendo o sistema de fontes pertinente a todos os aspectos de um ordenamento jurídico e, portanto, fundamental para a teoria do Direito, qualquer trabalho doutrinário sobre o tema precisaria perceber o devir das fontes como fruto das transformações políticas e sociais, não existindo melhor descrição para a atual metamorfose que a imagem do transbordamento das águas⁶⁵⁵.

Retomando Delmas-Marty, a autora também identifica um processo semelhante descentralização das fontes, que coloca em crise a função de Estado-centro, que diz respeito à organização política. À semelhança de Luño, a autora observa uma transferência de competências normativas do centro (nacional) para as periferias, que tanto podem ser entendidas como as coletividades territoriais (municipalidades, departamentos, regiões, ou outras formas de organização político-territorial, como as experiências de orçamento participativo e subprefeituras no Brasil), como também os órgãos profissionais e de especialização técnica, inclusive do mundo empresarial-corporativo (órgãos de classe, conselhos técnicos, comissões, comitês, etc.), todos com poder normativo⁶⁵⁶.

Em decorrência deste processo de descentralização, surge uma terceira manifestação, que é da privatização das fontes, colocando em crise o Estado enquanto esfera pública, pela perda da diferenciação simbólica entre Estado e sociedade civil; verifica-se assim o poder de normatização de instituições de caráter

⁶⁵³ LEONARDO, Rodrigo Xavier. Codificação do Direito Civil no século XXI: de volta para o futuro? *Revista Conjur*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-abr-04/codificacao-direito-civil-seculo-xxi-volta-futuro-parte?imprimir=1>>. Acesso em: 20 out. 2017.

⁶⁵⁴ LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *El desbordamiento de las fuentes del derecho*. Madrid: La Ley, 2011, p. 92.

⁶⁵⁵ LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *El desbordamiento de las fuentes del derecho*. Madrid: La Ley, 2011, p. 98-99.

⁶⁵⁶ DELMAS-MARTY, Mireille. *Por um direito comum*. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 53-55.

privado, competentes para “definir normas e padrões técnicos” de produtos, como em um prolongamento do liberalismo econômico que garante melhores condições de livre concorrência, mas que, perigosamente, também podem ter efeito direto no acesso e na qualidade de direitos sociais⁶⁵⁷.

Um certo processo de descodificação também é descrito por Delmas-Marty, ao avaliar a questão de um “tempo desestabilizado”, no qual o atributo da permanência das fontes, própria da estabilidade assegurada pelas codificações do século XIX, cede espaço para a variabilidade, pela experiência de novas categorias, como a “lei temporária para teste”, por meio da introdução de experiências práticas concretas antes da aprovação de leis de duração indeterminada, a exemplo da lei francesa de interrupção voluntária da gravidez, de 1979, com vigência limitada de cinco anos, ou também, as leis evolutivas, como no caso da flexibilidade e do acompanhamento do “*sursis*” na França e o procedimento de transsexualismo determinado pelo Tribunal europeu⁶⁵⁸.

Por fim, identifica um desencadeamento peculiar aos países de tradição romano-germânica relacionado à perda de “majestade da lei”: a confusa equiparação entre lei e Direito, que já foi analisada em diversos momentos ao longo do trabalho; Marty descreve como ocorreu a transição das fontes legislativas para as fontes não legislativas (ordem deslegalizada), que culminaram com as transformações no âmbito da interpretação e dos princípios gerais do Direito⁶⁵⁹.

Por essas muitas “paisagens recompostas”, surge a necessidade de modificação no traçado das linhas que descrevem a teoria do Direito. Delmas-Marty se concentra na pirâmide kelseniana e na nítida hierarquia que sustentava o sistema de normas, escalonadas em uma “cadeia de validade”. Validade e “um mínimo de efetividade” carregam a hierarquia da pirâmide – “a ordem jurídica é composta exclusivamente de um conjunto de normas que derivam umas das outras em virtude de um princípio de hierarquia, supondo-se que uma norma fundamental assegura a unidade e a validade do conjunto”⁶⁶⁰.

Inicialmente de contorno estático, o sistema se torna dinâmico pela introdução da *grundnorm* (norma *a priori*) e pelo reconhecimento de que todo ato de aplicação é

⁶⁵⁷ DELMAS-MARTY, Mireille. *Por um direito comum*. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 56-57.

⁶⁵⁸ DELMAS-MARTY, Mireille. *Por um direito comum*. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 63-66.

⁶⁵⁹ DELMAS-MARTY, Mireille. *Por um direito comum*. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 71-84.

⁶⁶⁰ DELMAS-MARTY, Mireille. *Por um direito comum*. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 85.

um ato de criação do Direito. “Todo ato jurídico é a um só tempo aplicação de uma norma superior e criação, regulada por essa norma, de uma norma inferior”⁶⁶¹.

Sob o ponto de vista da teoria do Direito, esta é uma forma de produção linear de normas, “pois a hierarquia tem mão única”. Mas a metáfora da pirâmide é insuficiente para o cenário atual, especialmente diante da heterogeneidade espacial que a União Europeia impõe. A pirâmide de fontes que admita a pluralidade é inacabada e hierarquicamente descontínua (cadeias interrompidas), o que pode ser bem representado pelos diferentes tribunais europeus autônomos e sem hierarquia entre si (Conselho Constitucional em direito europeu, Tribunal de Justiça das comunidades europeias e Tribunal europeu dos Direitos do Homem)⁶⁶². Vale ter em mente que Delmas-Marty pensa a questão das fontes com especial atenção ao contexto europeu e, principalmente, ao Direito francês.

A descontinuidade das linhas se dá tanto no plano constitucional – pelas peculiaridades do caso francês, que não possui um controle jurisdicional posterior de constitucionalidade, impondo os percalços da dualidade do sistema judiciário e administrativo e do controle *a priori* da constitucionalidade, que pode ser exercido pelo Conselho Constitucional e pelo Tribunal de Cassação –, como especialmente no âmbito europeu, que nesse caso é duplo, tanto pelo descompasso entre os sistemas internos e o Direito comum europeu, quanto pela “interrupção quase total entre o direito da Comunidade Europeia e o da Convenção dos Direitos do Homem”⁶⁶³. Dessa forma, a autora conclui pela necessidade de sistemas que se organizem em formas curvilíneas, com predicados mais expansivos, no formato de *anéis estranhos*, nos quais as hierarquias ficam acavaladas; entre os sistemas que não possuem hierarquia entre si (como por exemplo, na dualidade dos tribunais franceses ou entre os tribunais europeus), propõe uma hierarquia alternativa, e entre os sistemas hierarquizados entre si, propõe uma hierarquia invertida, no qual as normas inferiores, podem, em certas circunstâncias, determinar as normas superiores⁶⁶⁴.

A pirâmide kelseniana, e todo o aporte conceitual que ela representa, também foi ponto de partida para as reflexões de François Ost e Michel van de Kerchove

⁶⁶¹ DELMAS-MARTY, Mireille. *Por um direito comum*. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 86.

⁶⁶² DELMAS-MARTY, Mireille. *Por um direito comum*. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 88.

⁶⁶³ DELMAS-MARTY, Mireille. *Por um direito comum*. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 92.

⁶⁶⁴ DELMAS-MARTY, Mireille. *Por um direito comum*. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 98-104.

sobre o esgotamento do modelo piramidal positivista⁶⁶⁵ e serviu de inspiração para pensar a metáfora da rede, isto é, de um Direito sustentado por um paradigma dialético de rede⁶⁶⁶. A compreensão de Ost e Kerchove se constrói na oposição das ideias de pensamento *complicado* – ao qual o Direito tradicional sempre esteve vinculado e que advém da acumulação de sequências simples de códigos e informações –, e de pensamento *complexo*, que é algo inteiramente distinto, que surge da interação de múltiplos códigos e diferentes espécies de lógica trabalhando juntas⁶⁶⁷.

Enquanto a teoria (piramidal) kelseniana se constrói em uma grande ordem monológica de pensamentos silogísticos, fundada nos princípios de hierarquia, linearidade e completude, incapaz de fugir das dicotomias que de forma recorrente habitam as teorias jurídicas (jusnaturalismo e juspositivismo, prescrição e descrição, monismos e pluralismo, etc), a complexidade é mais radical, e permite ir além do cenário aparente de uma “colcha de retalhos” de fontes e conceito; ela admite o paradoxo de que a lei não tem controle sobre o código binário legalidade/ilegalidade, que a lei não tem domínio sobre os fatos que tenta controlar, pois seus “limites, vazantes e reversíveis, são tanto internos quanto externos”⁶⁶⁸. Baseado nos princípios de identidade e não contradição, o pensamento clássico exclui qualquer terceiro elemento⁶⁶⁹, permanecendo irreduzivelmente fechado em um sistema de oposições, como nos dualismos kelsenianos fato e norma, objetivo e subjetivo, ser e dever ser, validade e invalidade, etc.

Assim, na proposta de Ost e Kerchove, a superação desse paradigma clássico por um pensamento dialético permite transpor as tradicionais dicotomias, pelas quais “a história geral da teoria jurídica é dividida em inúmeras escolas de pensamento aparentemente inflexíveis”, substituindo o pensamento binário pela

⁶⁶⁵ OST, François; KERCHOVE, Michel van de. *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*. Bruxelles: Facultés Universitaires Saint-Louis, 2002, p. 43-44.

⁶⁶⁶ OST, François; KERCHOVE, Michel van de. *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*. Bruxelles: Facultés Universitaires Saint-Louis, 2002, p. 7-8.

⁶⁶⁷ OST, François; KERCHOVE, Michel van de. *Construgting the complexity of the law: towards a dialectic theory*. Disponível em: <<http://www.dhdi.free.fr/recherches/theoriedroit/articles/-ostvdkcomplex.pdf>>. Acesso em: 28 out. 2017.

⁶⁶⁸ OST, François; KERCHOVE, Michel van de. *Construgting the complexity of the law: towards a dialectic theory*. Disponível em: <<http://www.dhdi.free.fr/recherches/theoriedroit/articles/-ostvdkcomplex.pdf>>. Acesso em: 28 out. 2017.

⁶⁶⁹ OST, François; KERCHOVE, Michel van de. *Construgting the complexity of the law: towards a dialectic theory*. Disponível em: <<http://www.dhdi.free.fr/recherches/theoriedroit/articles/-ostvdkcomplex.pdf>>. Acesso em: 28 out. 2017.

capacidade de alcançar a complexidade dos fenômenos jurídicos⁶⁷⁰. Emerge, assim, a metáfora do Direito em rede. Ao invés da pureza e da idealidade da pirâmide, a rede admite um pensamento “multipolar”, sempre aberto, que não substitui por completo a hierarquia do sistema piramidal, mas, em paralelo, permite pensar a complexidade do pluralismo de fontes.

La imagen de la pirámide fue popularizada por Hans Kelsen y los predecesores de la “*Stufenbau theorie*”. Entonces había que sustituir la imagen de la pirámide por otra; errónea o acertadamente, nosotros proponemos esta imagen muy posmoderna y ramificada de la red. Por supuesto añadimos que las cosas son complejas en el Derecho observable actualmente y que en efecto los dos modelos están presentes en la realidad. Mientras tenemos la sensación de que el derecho multipolar en red se impone por todos lados, aún acudimos a fuertes reminiscencias – en algunas ocasiones a fuertes resurgimientos – del modelo jerárquico y piramidal. Entonces hay que ser atenuados, de cierta manera, y pensar conjuntamente las dos imágenes. Ciertamente no podemos atarnos a una imagen: la metáfora es solamente una manera de comenzar el trabajo y posteriormente reflexionar sobre los corolarios de una lógica jerárquica y los de una lógica recursiva, compleja, en forma de red.⁶⁷¹

Outro desenvolvimento a ser considerado, agora quanto aos reflexos da chamada crise funcional de perda da identidade do Estado, é quanto à teoria clássica da separação de poderes, que também vem sendo objeto de revisão. Pensando os desafios do Direito Administrativo comparado, Bruce Ackerman em seu texto *Good bye, Montesquieu*⁶⁷², defende que a questão da separação de poderes não pode ser pensada a partir da falsa dicotomia entre os sistemas da *Civil* e *Common Law* e as insuficiências da tradicional teoria tripartite. A realidade contemporânea, e a complexidade de seus desafios impõem ir além de Montesquieu.

Apesar de sua grandeza, Montesquieu não tinha nenhuma noção sobre partidos políticos, política democrática, desenhos constitucionais modernos, técnicas burocráticas contemporâneas e

⁶⁷⁰ OST, François; KERCHOVE, Michel van de. *Construgting the complexity of the law: towards a dialectic theory*. Disponível em: <<http://www.dhdi.free.fr/recherches/theorierecht/articles/-ostvdkcomplex.pdf>>. Acesso em: 28 out. 2017.

⁶⁷¹ OST, François. Entrevista. *Revista Proyecto Grado Cero*. Disponível em: <http://revistaprojectogradocero.blogspot.com.br/2013/08/entrevista-al-dr-francois-ost_16.html>. Acesso em: 31 out. 2017.

⁶⁷² ACKERMAN, Bruce. Adeus, Montesquieu. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 265, p. 13-23, jan./abr. 2014. Disponível em: <[2017http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/18909/176520](http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/18909/176520)>. Acesso em: 27 out. 2017.

as ambições específicas do moderno Estado regulatório. E, mesmo assim, nós o seguimos sem maiores reflexões, assumindo ser possível captar adequadamente toda a complexidade contemporânea por meio de uma separação tripartite de poderes em legislativo, judiciário e executivo — sendo o direito administrativo comparado inserido, de alguma forma, dentro do último ramo da trindade.⁶⁷³

Embora sua contribuição, de grandeza imensurável para a tradição moderna ocidental, tenha sido um grande avanço, a “trindade quase santíssima” de sua classificação precisa ser rediscutida diante do complexo cenário da atualidade, pois “nos mantêm cegos para o surgimento, em nível mundial, de novas formas institucionais que não podem ser categorizadas como legislativas, judiciárias ou executivas”⁶⁷⁴. O exemplo privilegiado lançado por Ackerman é o das Comissões eleitorais independentes, que em muitas Constituições do mundo estão assumindo poderes verdadeiramente independentes (*um quarto novo poder*), como modo de assegurar maior efetividade dos aspectos considerados essenciais para o desenvolvimento daquela comunidade constitucional. Outro exemplo sugerido é dos Bancos Centrais, que podem seguir a mesma estrutura analítica de quatro etapas por ele desenvolvida. Contudo, há que se fazer um destaque, apesar de defender uma certa expansão e fragmentação dos poderes, propõe que isto se dê dentro do horizonte dos mecanismos constitucionais (proteção constitucional que assegure técnicas de isolamento e autonomia)⁶⁷⁵, o que parece ser fundamental e compatível com a teoria do Direito que sustenta a presente tese, quanto a necessidade de equacionamento de um rol aberto de fontes sem abdicar da supremacia constitucional.

Outro fator de desordem da teoria clássica das fontes foi provocado pelos deslocamentos no foco de atenção do eixo de Direito público e Direito privado. Dois foram os movimentos significativos que ocorreram no intervalo dos séculos XX e XXI. A partir da primeira metade do século XX se testemunhou a transposição do foco do Direito privado para o Direito público, o que deveria ter gerado uma

⁶⁷³ ACKERMAN, Bruce. Adeus, Montesquieu. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 265, p. 13-23, jan./abr. 2014. Disponível em: <2017http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/18909/176520>. Acesso em: 27 out. 2017, p. 14.

⁶⁷⁴ ACKERMAN, Bruce. Adeus, Montesquieu. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 265, p. 13-23, jan./abr. 2014. Disponível em: <2017http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/18909/176520>. Acesso em: 27 out. 2017, p. 15.

⁶⁷⁵ ACKERMAN, Bruce. Adeus, Montesquieu. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 265, p. 13-23, jan./abr. 2014. Disponível em: <2017http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/18909/176520>. Acesso em: 27 out. 2017, p. 16-17.

obrigatória modificação na teoria das fontes quanto ao princípio de irradiação da validade, cuja gênese estava no Direito privado (“no fundo, a história do sistema jurídico coincide com a história do direito privado e, em particular, com a história do direito privado na Alemanha”⁶⁷⁶); isto significa que a *teoria das fontes deveria ter recebido uma verdadeira releitura “publicizante”*, o que nunca ocorreu, como bem se demonstrou no capítulo quarto com a dificuldade de superação da LINDB no Brasil (de raízes oitocentistas).

Já no limiar do século XXI, se movimenta uma nova onda de internacionalização e privatização das fontes; paradoxalmente, se percebe o ressurgimento de uma *lex mercatoria privatizante das fontes*. Apropriando-se das figuras de linguagem de Lenio Streck, é possível afirmar que as fontes vivem um contexto de “teoria do Direito tardia”, isto é, sequer avançou-se suficientemente na compreensão dos efeitos do constitucionalismo sobre a teoria das fontes e estas já são invadidas por uma nova onda de transformação.

Este movimento de *neoprivatização* pode ser observado sob duas perspectivas, a do mercado ou a dos *standards* e indicadores. Gunther Teubner, ao retomar a metáfora dos “dois corpos do rei” – da célebre criação de Hermann Kantorowicz – para explicar a fragmentação da autoridade no Direito contemporâneo, pela perda de sua “fundação mística”⁶⁷⁷, explica que as fontes sempre estiveram identificadas com o Direito vigente do Estado e, portanto, ignoram o fenômeno do “governo privado”; trata-se daquilo que Savigny já havia descrito como os “regimes privados de regulação normativa”, que estão claramente fora da hierarquia estatal das fontes e, por isso, representavam o “não direito”. Na concepção da doutrina clássica, tais fenômenos “podem ser tudo menos normas jurídicas: normas profissionais, condições gerais de negócios, regras sociais, convenções contratuais, uso e costumes, regimes intra ou interorganizacionais”⁶⁷⁸. Se a qualidade de norma jurídica depende do pertencimento à hierarquia normativa estatal, as regras privadas acima descritas não a possuem; são exteriores, meros fatos, matéria de sociologia jurídica. No viés autopoiético, que caracteriza o

⁶⁷⁶ LOSANO, Mario G. *Sistema e estrutura no direito: das origens à Escola Histórica*. São Paulo: Martins Fontes, 2008. v.1, p. 347.

⁶⁷⁷ TEUBNER, Gunther. Os múltiplos corpos do rei: a autodestruição da hierarquia do direito. In: *Filosofia do direito e direito econômico que diálogo?* Lisboa: Instituto Piaget, 1999. p. 339.

⁶⁷⁸ TEUBNER, Gunther. Os múltiplos corpos do rei: a autodestruição da hierarquia do direito. In: *Filosofia do direito e direito econômico que diálogo?* Lisboa: Instituto Piaget, 1999. p. 343.

pensamento do autor, são “fenômenos normativos irritantes da hierarquia”, que estão fora do sistema jurídico⁶⁷⁹.

Contudo, a realidade da globalização e dos mercados mundiais impuseram uma nova ordem jurídica transnacional, na qual já é possível falar de um bem sucedido “direito mundial autônomo”. É insustentável negar o caráter e a força jurídica dessas novas regulamentações. Nessa lógica, Teubner constrói uma interessante reflexão: aquilo que antes era um *não Direito* é agora um *Direito sem o Estado*. Assim, a nova *lex mercatoria* se constitui como regulamentação autônoma, que não se submete às ordens internas nacionais e nem ao Direito Internacional dos povos, produtos dos tratados internacionais entre países. É um verdadeiro Direito mundial autônomo, que não se limita ao mercado financeiro e empresarial, encontrando-se exemplos também na questão ambiental e esportiva⁶⁸⁰.

A outra perspectiva da privatização se manifesta pela expansão do uso de normas técnicas. A pesquisa de Benoit Frydman está centrada no âmbito normativo que se impôs pela força da globalização e de seus muitos desdobramentos sociais, econômicos e tecnológicos, tais como as questões ambientais, a Internet, as patentes e a propriedade intelectual, os contratos e o mercado de investimentos, o mercado de carbono, etc⁶⁸¹.

Tratadas por muito tempo com desprezo pelos juristas, as normas técnicas ainda hoje não são ensinadas nos cursos de Direito, mas na aplicação prática não podem mais ser ignoradas; os juízes vêm sendo confrontados a todo momento com normas dessas espécies, como por exemplo no julgamento de um simples litígio relacionado à construção de um imóvel, os erros dos diversos profissionais (arquiteto, engenheiro, empreendedor) são todos submetidos a normas técnicas de suas respectivas áreas de competência⁶⁸². Embora esta não pareça ser a matriz do autor, Frydman reconhece, de certa forma, um caráter hermenêutico às normas e um aspecto constitutivo da linguagem, ao afirmar que a história das normas (que advém de um sentido de *normalização*) é a história da própria cultura; dado que

⁶⁷⁹ TEUBNER, Gunther. Os múltiplos corpos do rei: a autodestruição da hierarquia do direito. In: *Filosofia do direito e direito econômico que diálogo?* Lisboa: Instituto Piaget, 1999. p. 343.

⁶⁸⁰ TEUBNER, Gunther. Os múltiplos corpos do rei: a autodestruição da hierarquia do direito. In: *Filosofia do direito e direito econômico que diálogo?* Lisboa: Instituto Piaget, 1999. p. 344-345.

⁶⁸¹ FRYDMAN, Benoit. *O fim do Estado de Direito: governar por standards e indicadores*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 12.

⁶⁸² FRYDMAN, Benoit. *O fim do Estado de Direito: governar por standards e indicadores*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 20.

linguagem, escrita, sistemas numéricos, instituições, convenções e medidas são todas manifestações normativas que determinam (normalizam) nossas vidas.

Não é possível escrever a história das normas, pois ela não é nada mais do que a própria história da cultura. A cultura é um entrelaçamento de normas; ao menos, uma de suas constituições. O que são a linguagem, a escrita ou o sistema numérico, serão normas? E também o conjunto das instituições, das convenções e das medidas que regulamentam nossas vidas.⁶⁸³

Mas defende que se as normas da cultura não podem ser isoladas, é, contudo, possível identificar os dispositivos que artificialmente são produzidos e impostos, o que pode remontar a experiências muito antigas, como a pedra de Hamurabi. E é nessa história da normalização que também se desenvolveram as normas técnicas e de gestão⁶⁸⁴. A normalização das construções e da indústria sempre acompanhou a civilização, mas é no século XX que os Estados tomam consciência da *standardização* e dos muitos organismos *autônomos* que passam a atuar nessa regulamentação, tais como Associação para testes e materiais (ASTM), *American Engineering Standard Committee* (AESC), *American Standards National Institute* (ANSI), *Association française de normalisation* (AFNOR), Comissão Eletrônica Mundial (CEI), Associação Internacional de Padrinização (AIS), entre muitas outras.⁶⁸⁵ Mas sem dúvida a ISO, criada em 1947, tem um papel decisivo na evolução e no domínio dessas normas, muito em razão da obsessão com a qualidade e a segurança, e que culminam com a criação das conhecidíssimos ISO 9000 e ISO 14000 (gestão ambiental)⁶⁸⁶.

Em paralelo, o processo de normalização também se ocupou da conduta humana, desde o ponto de vista macro, pelo controle biopolítico das populações, até o nível institucional das punições disciplinares, sobre o qual a obra de Michel Foucault foi de grande contribuição. As regras de gestão de pessoas e de seu trabalho, que remontam ao trabalho do artesão no ateliê, passando pelas manufaturas até as grandes plantas industriais, visam racionalizar todos os aspectos

⁶⁸³ FRYDMAN, Benoit. *O fim do Estado de Direito: governar por standards e indicadores*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 27.

⁶⁸⁴ FRYDMAN, Benoit. *O fim do Estado de Direito: governar por standards e indicadores*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 28-29.

⁶⁸⁵ FRYDMAN, Benoit. *O fim do Estado de Direito: governar por standards e indicadores*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 39-41.

⁶⁸⁶ FRYDMAN, Benoit. *O fim do Estado de Direito: governar por standards e indicadores*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 42-43.

e fases da cadeia produtiva (organização, distribuição, estoque, transporte, comercialização, pós-venda, gestão e desempenho) e, com isso, se integrar aos objetivos da produção – “qualidade total” e “defeito zero”⁶⁸⁷.

Todas essas normatizações são hoje uma realidade posta e têm-se mostrado muito mais eficientes que todo o trabalho das organizações internacionais. O exemplo mais contundente é o da ISO 26000, que trata da responsabilidade social das empresas e organizações; iniciando em 2005, obteve o consenso necessário para estabelecer um estatuto jurídico de responsabilidade das empresas multinacionais, ofuscando os entraves de décadas de trabalho não concluído por organismos internacionais de Estados como a OIT e a OMC⁶⁸⁸.

Enfim, este breve percurso sobre as crises do Estado como pano de fundo para a consecutiva crise das fontes do Direito buscou levantar as principais reflexões que vêm sendo desenvolvidas sobre o tema. Há muitos pontos de contato entre os vários autores analisados, cada um com sua própria terminologia – os efeitos da globalização, a perda de exclusividade do Estado, a internacionalização e a privatização das fontes, o desgaste dos princípios da soberania e da hierarquia, enfim, todos os elementos que caracterizavam o conceito oitocentista de fonte.

Muitos descreveram quadros incontestáveis e irreversíveis, que necessariamente precisam ser incluídos na elaboração de um novo conceito de fonte normativa. Todas as obras estudadas neste ponto trazem uma rica descrição de cenários e, cada uma a sua maneira, propõe uma nova formatação ao modelo hierárquico tradicional; foram várias metáforas: o transbordamento de fontes, os anéis estranhos, o Direito em rede, uma nova teoria quadripartite de poderes, a neoprivatização das fontes, etc. Contudo, algumas divergências, críticas e ponderações também são merecidas.

Em certa medida, positivamente, são todas teorias pós-metafísicas, uma vez que rompem com o dualismo e com a busca de um método que forneça um conceito fechado (dicotômico, “sim e não”), fundado em uma verdade absolutizante; ao contrário, a riqueza de suas análises decorre da absorção que sabem fazer da complexidade e da desestruturação dos modelos modernos. Mas, por outro lado, não respondem a algumas questões que são inerentes e fundantes para a teoria do

⁶⁸⁷ FRYDMAN, Benoit. *O fim do Estado de Direito: governar por standards e indicadores*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 44-49.

⁶⁸⁸ FRYDMAN, Benoit. *O fim do Estado de Direito: governar por standards e indicadores*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 63.

Direito: por exemplo, ao pensarem um “sistema de fontes sem centro, topo ou fundamento”, não respondem a um problema que é existencial ao próprio Direito, o problema da validade e da legitimidade.

Uma questão que fica latente em todos os esses movimentos de internacionalização e privatização das fontes (descritos por vários dos autores aqui analisados) é a questão da democracia. Não há dúvidas de que hoje se faz necessário também revisitar a teoria do Estado e da Constituição para questionar: qual o grau de democracia desses novos espaços de deliberação em nível pós-nacional. A problematização das fases evolutivas do Estado (liberal, social, democrático) ainda está vinculada à ótica da sociedade civil e à tríade Estado-Sociedade-Mercado.

Dessa forma, se é inegável que no momento atual as normas ISO, *standards*, reguladores, padronizações e indicadores, assim como Agendas da ONU (2015, 2030) – que geram profundas consequências na produção de políticas públicas interna dos países e condicionam a obtenção de financiamentos – são todas efetivas fontes do Direito, na medida em que geram normatividade, inclusive internamente aos Estados, é também forçoso admitir que esta nova organização da sociedade em nível pós-nacional precisa problematizar o aspecto democrático dessas deliberações e negociações – e os mecanismos de legitimação das decisões internacionais –, que na prática se dão entre diplomatas e indústrias e chegam “prontas” para acatamento dos governos nacionais, enquanto grandes empresas multinacionais submetem os Estados a procedimentos de arbitragem para garantir ressarcimento em caso de perda de lucros⁶⁸⁹.

Se de um lado, cresce a atuação de todos esses organismos inter ou supranacionais e as fontes se multiplicam em sentidos que “fogem” à geometria (modelo hierárquico) tradicional, de outro, continua verdade que o Estado e sua jurisdição interna permanece sendo o principal referencial dos indivíduos e grupos na busca pela proteção de seus direitos⁶⁹⁰, e prova disso foi a desconfiança das

⁶⁸⁹ Reflexão lançada por Gustavo Oliveira Vieira durante palestra no ciclo de atividades do Grupo de Pesquisa Estado e Constituição, ocorrido em 30 de agosto de 2016, no Auditório Maurício Berni, da Faculdade de Direito da UNISINOS, em São Leopoldo.

⁶⁹⁰ A título de curiosidade, um exemplo que demonstra como as estruturas estatais, especialmente provedoras de direitos sociais, e a prestação jurisdicional nacional permanecem relevantes e centrais (referência primária) para a proteção de direitos individuais, foi a decisão das cortes inglesas de que a UBER – grande empresa de atuação global no setor de transportes – tem o dever de pagar salário mínimo a seus motoristas em solo inglês. Ou seja, o mundo da tecnologia e os novos modelos de contratação e prestação de serviço não suplantaram o papel dos Estados e

populações francesa e holandesa, que pronunciaram nas urnas um retumbante não à ideia de uma Constituição europeia, sob o risco de perda das garantias constitucionais nacionais⁶⁹¹. Ou seja, a abertura para novas fontes precisa se compatibilizar com as fontes clássicas, que não deixaram de existir – como se percebeu pelo revigoreamento de algumas codificações no século XXI – e que estão ainda muito vivas nos sistemas jurídicos nacionais.

Nesse contexto, é preciso problematizar temas como a formação da gramática dos tratados internacionais e a incoerência que na experiência prática se estabelece entre aqueles que participam de sua elaboração e negociação e aqueles que os aplicam internamente, os juízes da jurisdição nacional. No Brasil, a própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é um bom exemplo desses desencontros, como na demora do reconhecimento da *supralegalidade* dos tratados sobre direitos humanos ou na incapacidade de dialogar com a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, como no julgamento da ADPF 157, sobre a Lei da Anistia. Ou ainda, o chamado problema da “complementação dos tratados” e sua interrelação, que são os casos de tratados com objetos incompatíveis entre si e dos quais o país é simultaneamente signatário. Um exemplo brasileiro se dá pela incongruência dos temas da venda de armas *versus* pessoas com deficiências. O Brasil é signatário de ambos, e a doutrina especializada jamais problematizou o fato inconciliável de que a venda de armas é causa direta de fatalidades que acometem pessoas com deficiências⁶⁹².

Buscando um exemplo mais concreto para a ideia de “hierarquias invertidas”, sugerida por Delmas-Marty, pode-se pensar nos problemas concretos advindos da experiência da Bolívia que tenta implementar o “pluralismo de ordenamentos”, em função do reconhecimento das Constituições indígenas. Na prática, têm se verificado as dificuldades de se conhecer o chamado “Direito originário de cada

das jurisdições internas na proteção de direitos fundamentais; pelo contrário, seu papel parece renovado, na proteção das demandas individuais, frente a fragilidade do indivíduo (a) para litigar com essas grandes corporações e (b) de exercer alguma liberdade e autonomia diante do poder da sociedade da informação e dos interesses da sociedade de consumo. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2017/11/1934370-uber-perde-recurso-em-londres-sobre-salario-minimo-a-motoristas.shtml>>. Acesso em: 10 nov. 2017.

⁶⁹¹ VIEIRA, Gustavo de Oliveira. *Constitucionalismo na mundialização: desafios e perspectivas da Democracia e dos Direitos Humanos*. Ijuí: Unijuí, 2015, p. 78.

⁶⁹² Reflexão lançada por Gustavo Oliveira Vieira durante palestra no ciclo de atividades do Grupo de Pesquisa Estado e Constituição, ocorrido em 30 de agosto de 2016, no Auditório Maurício Berni, da Faculdade de Direito da UNISINOS, em São Leopoldo.

povo”, uma vez que não há memória suficientemente preservada, para se ter certeza do que de fato são esses direitos originários das diferentes tribos (aimaras, quichuas, etc.)⁶⁹³. Nesse sentido, as pressões políticas desses grupos entram em conflito com a tendência de se aplicar o “Direito tradicional”, de matriz europeia, que na prática possui mecanismos mais autorreflexivos, garantindo maior controle, estabilidade e transparência⁶⁹⁴.

Enfim, todos os autores, conceitos e propostas brevemente expostos nas páginas acima, que apresentaram mais pontos de similitude do que de divergências, buscaram apresentar o cenário no qual a teoria das fontes vem sendo desenvolvida contemporaneamente, e foram esboçados com o objetivo de serem, ao mesmo tempo, complementares e contrapostos à tese ora lançada, que segue um percurso distinto.

Podem ser contrapostos porque em sua maioria se limitam a descrever as formas de ampliação do rol de fontes ou a propor um redesenho para o esgotado modelo piramidal hierárquico. Ou seja, ao identificarem toda uma nova gama de fontes e de entidades produtoras dessas, se preocupam, em sua maioria, em substituir o desenho da pirâmide por outro formato geométrico ou imagem e, conseqüentemente, se tornam leituras parciais, na medida em que se focam em determinado segmento (internacionalização, privatização, padronização, etc.); pecam por não oferecerem um novo paradigma de compreensão que englobe as fontes tradicionais, que não foram extintas, e que possa, ao mesmo tempo, acolher essas novas fontes. Não há como solucionar as imprecisões e as insuficiências do conceito de fonte do Direito insistindo na mera “substituição da pirâmide” por rede, anéis, ou qualquer outra forma, imagem ou formato.

O modelo estatal exclusivo e hierarquicamente fechado de fontes está esgotado, mas não as fontes estatais; uma vez destituída a premissa da autoridade e da exclusividade estatal, impõe-se pensar o problema no contexto interpretativo da linguagem e perguntar pela origem e pela legitimidade desse novo rol, plural,

⁶⁹³ “A nova Carta Magna estabelece que a Bolívia tem 36 tribos indígenas ou originais caracterizadas por compartilhar “território, cultura, história, línguas, e organização ou instituições jurídicas, políticas, sociais e econômicas próprias”. Três tribos da Bolívia recorrem à nova Constituição e se declaram autônomas. *G1*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/Noticias/Mundo/0,,MUL995432-5602,00.html>>. Acesso em: 24 out 2017.

⁶⁹⁴ Reflexão lançada por Gustavo Oliveira Vieira durante palestra no ciclo de atividades do Grupo de Pesquisa Estado e Constituição, ocorrido em 30 de agosto de 2016, no Auditório Maurício Berni, da Faculdade de Direito da UNISINOS, em São Leopoldo.

descentralizado e aberto, de fontes clássicas e contemporâneas, que coabitam o século XXI.

São, todavia, ideias que também complementam a presente tese, uma vez que tal realidade – pulsante e irreversível (ao menos no presente e no futuro próximo) – não pode ser simplesmente ignorada; embora deva ser corretamente dimensionada, na condição de consequência, de reflexo, de objeto a ser estudado, o que exige um novo paradigma subjacente, que forneça os contornos epistemológicos para pensar todas essas novas categorias, sendo este o desafio enfrentado nos próximos subcapítulos.

5.2 Da diferença ontológica heideggeriana entre ser e ente

A diferença ontológica nasce da investigação heideggeriana da metafísica. A obra de Heidegger representa uma profunda transformação paradigmática na crítica às categorias metafísicas⁶⁹⁵, sua filosofia produziu uma mudança fundamental, revolucionária e duradoura, ao deslocar a fundamentação do sujeito e da consciência para a ideia de ser-no-mundo. A questão heideggeriana representou a passagem das teorias do sujeito (da consciência e da representação) para as teorias do mundo prático, por meio de um diálogo do filósofo consigo mesmo e com a história da filosofia, que identificou e denominou ser esta própria metafísica. Com isso, a desconstrução que procede da metafísica, principalmente em *Ser e Tempo*, visa superar o esquema sujeito-objeto; seu objetivo é superar o projeto “que busca na filosofia um fundamento para o conhecimento a partir do discurso em que impera a ideia de juízo, a ideia de síntese na subjetividade em que se fundaria o enunciado”⁶⁹⁶.

Será por meio da desconstrução da metafísica – que não significa o mesmo que sua destruição, como se afirmou no capítulo quarto –, que Heidegger trará à tona a crise da representação: o problema do conhecimento e da subjetividade, que estão na base de toda a crise das fontes denunciada no capítulo acima mencionado. Mas a desconstrução de Heidegger não será meramente semântica ou analítica, ela

⁶⁹⁵ STEIN, Ernildo. *Diferença e metafísica: ensaios sobre a desconstrução*. Porto Alegre: Edipucrs, 2000, p. 42.

⁶⁹⁶ STEIN, Ernildo. *Diferença e metafísica: ensaios sobre a desconstrução*. Porto Alegre: Edipucrs, 2000, p. 46-47.

é produto de um autor que compreende a importância de uma virada paradigmática na filosofia⁶⁹⁷.

Uma virada paradigmática na filosofia não se pode fazer de fora, porque não existe um fora da filosofia. A filosofia justamente compreende o todo, tenta explicar os conceitos em função desse todo. Portanto, Heidegger, ao desconstruir a metafísica, não a desconstrói como um simples objeto que é abordado desde fora. A desconstrução é realizada desde dentro da metafísica.⁶⁹⁸

Esse complexo processo de superação, mas também de adentramento na metafísica, está profundamente ligado à noção de diferença ontológica, um dos teoremas fundamentais de sua filosofia hermenêutica, cujo projeto depende essencialmente da ideia de finitude. A radical constatação da finitude humana será determinante para a compreensão que o ser humano (*Dasein*) tem de si mesmo e do mundo. Dar-se conta da absoluta finitude que limita e constitui o ser humano é reconhecer a historicidade, a eventualidade de uma “verdade primária: o sujeito não é portador do *a priori* kantiano, porém herdeiro de uma linguagem histórico-finita que torna possível e condiciona o seu acesso a si próprio e ao mundo”⁶⁹⁹.

Assim, Heidegger inicia pela retomada de uma pergunta de Leibniz “por que existe o ente e não antes nada”? Partindo da investigação dos gregos, Heidegger evidencia o questionamento que é intrínseco à existência humana, “como o ser humano começou”? As várias ciências e seus métodos buscam responder. Mas a revolução do projeto de Heidegger situa-se em demonstrar que tal pergunta (e resposta) só pode ocorrer dentro do próprio espaço de compreensão do ser (que é finito). Ernildo Stein denomina isso de “encurtamento hermenêutico”, o campo da filosofia se reduz ao sentido, ao campo do significado e da linguagem, à analítica existencial⁷⁰⁰.

Assim sendo, Heidegger não deixou de ser um metafísico; na verdade, como se buscou demonstrar no capítulo quarto, Heidegger rompe com a metafísica no sentido objetivista, de entificação do ser, que institui e reforça as dualidades já

⁶⁹⁷ STEIN, Ernildo. *Diferença e metafísica: ensaios sobre a desconstrução*. Porto Alegre: Edipucrs, 2000, p. 50.

⁶⁹⁸ STEIN, Ernildo. *Diferença e metafísica: ensaios sobre a desconstrução*. Porto Alegre: Edipucrs, 2000, p. 50.

⁶⁹⁹ VATTIMO, Gianni. *Para além da interpretação: o significado da hermenêutica para a filosofia*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1999, p. 21.

⁷⁰⁰ STEIN, Ernildo. *Diferença e metafísica: ensaios sobre a desconstrução*. Porto Alegre: Edipucrs, 2000, p. 51-52.

denunciadas⁷⁰¹. “Nem o universal e nem o empírico. Nem objetivismo; nem subjetivismo. Nem conceitos sem coisas; nem coisas que assujeitam o sujeito”⁷⁰². Nisso reside a diferença ontológica, e principalmente, a atenção à questão do ser.

Mas porque a tradição filosófica sempre privilegiou o ente em desfavor do ser? Por que é afinal ente e não antes nada? Primeiro, porque não há lógica em se questionar o nada. Por isso, desde os gregos, a primeira pergunta é pelo ente, e Heidegger vai inverter essa ordem de análise da tradição metafísica, e mostrar que a pergunta primeira é pelo ser. “Na época do primeiro e decisivo desdobramento da filosofia ocidental levado a cabo pelos Gregos, através do qual, o questionamento do ente como tal no seu todo teve o seu verdadeiro começo, designava-se o ente como φύσις”⁷⁰³. Tal palavra, que era fundamental para designar o ente, foi primeiro traduzida por natureza, mas para o entendimento da diferença ontológica, também pode ser mais facilmente compreendida como físico.

Heidegger tem um especial cuidado com a linguagem e com as palavras, que não podem ser tratadas como meros invólucros nos quais as coisas são embaladas e que se empregam no “tráfego oral e escrito”, pois é na linguagem e na palavra que as coisas “se constituem para virem a ser”⁷⁰⁴. Assim, busca encontrar a aplicação originária da palavra φύσις, que remonta a todas manifestações da natureza ligadas a ideia de nascer, emergir, aquilo que vigora. Originariamente φύσις significava “tanto o céu como a terra, tanto a pedra como a planta, tanto o animal como o homem e a história da humanidade”, em que a φύσις é o ser no qual o ente se torna observável e permanece⁷⁰⁵. Esse é o sentido mais primitivo de φύσις entre os gregos (“vigorar emergente que permanece”), mas que posteriormente vai se transformando no sentido que chegou à modernidade, como fenômenos da natureza em sentido material, mais próximo ao ente.

Essa transformação do sentido mais primitivo vai gerar um estreitamento, aproximando φύσις da ideia de físico, como já se observa em Aristóteles, ao falar dos fundamentos do ente como tal em seu todo⁷⁰⁶. Já a palavra grega para

⁷⁰¹ STEIN, Ernildo. *Diferença e metafísica: ensaios sobre a desconstrução*. Porto Alegre: Edipucrs, 2000, p. 52.

⁷⁰² STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica*. Belo Horizonte: Letramento/Casa do Direito, 2017, p. 49.

⁷⁰³ HEIDEGGER, Martin. *Introdução à metafísica*. Lisboa: Instituto Piaget, 1997, p. 21-22.

⁷⁰⁴ HEIDEGGER, Martin. *Introdução à metafísica*. Lisboa: Instituto Piaget, 1997, p. 22.

⁷⁰⁵ HEIDEGGER, Martin. *Introdução à metafísica*. Lisboa: Instituto Piaget, 1997, p. 23.

⁷⁰⁶ HEIDEGGER, Martin. *Introdução à metafísica*. Lisboa: Instituto Piaget, 1997, p. 24-25.

expressar “para além de” era μετά. Assim, o questionar filosófico para além do ente é a metafísica, que, em termos de dignidade, Heidegger classifica como a pergunta primeira. O que faz da metafísica o núcleo determinante da filosofia⁷⁰⁷.

Desse modo, no horizonte da história da metafísica e de sua superação, *Ser e Tempo*, que situa o *Dasein* na finitude e na temporalidade existencial, desloca a investigação da pergunta pelo ente (entificação, escondimento do ser) para a pergunta pelo ser. Essa é a compreensão da diferença ontológica que será revolucionária na compreensão da filosofia de Heidegger. “Segundo a interpretação corrente, a «questão do Ser» significa: questionar o ente como tal (metafísica). Pensando a partir de *Sein und Zeit*, «questão do Ser», porém, significa: questionar o Ser como tal”⁷⁰⁸. Isso, porque, sendo o ser humano um ser finito, sua compreensão (e a capacidade de perguntar) se dá sempre em um horizonte de temporalidade existencial que o determina. Dessa forma, o ser humano, porque finito e temporalmente determinado, nunca tem acesso a um grau zero de verdade ou conhecimento. O acesso que tem aos entes se dá sempre pelo ser, sentido, que é intermediado pela linguagem que possui e pela qual o ser humano é possuído.

Não entificar o ser, identificando-o com o ente ou um ente, significa, para Heidegger, superar a metafísica [...] Só se é capaz de não confundir o ser com algum ente, quando ele é pensado a partir da compreensão do ser. Então o espaço do acesso aos entes é aberto a partir do horizonte do ser. É para isso que o homem é Da-sein. Sendo essa expressão o constructo para definir, primeiramente, a transcendentalidade e, depois, o acontecer da história do ser. Na relação entre ser e ente se estabelece, assim, não apenas uma diferença, mas uma diferença absoluta. É essa diferença que aparece em Heidegger como o núcleo de sua fenomenologia e nela se decide a possibilidade do surgimento do significado e sua relação com o objeto [...] Como a metafísica não pensou essa diferença entre ser e ente dessa maneira, ela entificou o ser e criou um radical embaraço para pensar as condições de conhecimento do ente, para pensar o ser. Esse o motivo que leva Heidegger a colocar a diferença ontológica como ponto de partida para falar da superação da metafísica⁷⁰⁹.

É a partir dessa recusa a um “grau zero”, que Heidegger afirma que o *Dasein* é abissal, sem fundo. A fundamentação de sua compreensão é possibilidade, não é

⁷⁰⁷ HEIDEGGER, Martin. *Introdução à metafísica*. Lisboa: Instituto Piaget, 1997, p. 26.

⁷⁰⁸ HEIDEGGER, Martin. *Introdução à metafísica*. Lisboa: Instituto Piaget, 1997, p. 27.

⁷⁰⁹ STEIN, Ernildo. *Diferença e metafísica: ensaios sobre a desconstrução*. Porto Alegre: Edipucrs, 2000. p. 67-68.

nem o próprio objeto que busca conhecer, nem a realidade do sujeito que interpreta. “O conhecimento é uma estrutura prévia, dada pela compreensão do ser”⁷¹⁰. Posteriormente, essa abissalidade vai fornecer a Gadamer os instrumentos para romper com os métodos. A superação da metafísica, portanto – que em realidade é a constatação de que a metafísica é insuperável ao homem –, depende muito da categoria do ser e da diferença ontológica. Para Heidegger, o ser é sempre⁷¹¹ o ser do (de um) ente e o ente só é no seu ser, isso significa dizer que o homem, na sua finitude, compreende somente o ser (sentido) dos entes (e não a coisa mesma, nua, despida de qualquer sentido). Ser e ente não são a mesma coisa, mas também não estão completamente separados, o que existe entre eles é uma *diferença ontológica*.

Ernilo Stein explica que o ser é apenas um conceito, é uma ferramenta com a qual o homem trabalha. “Sempre distinguimos entre ser e ente”. Os objetos que o homem utiliza são entes, mas ele só é capaz de acessar o objeto, de efetivamente utilizá-lo para seu correto fim, porque antes o homem sabe o que ele (objeto) é (pré-conceito, estrutura prévia). O homem não vai em direção ao vazio, mas em direção aos objetos conhecidos em seu ser⁷¹².

Na diferença ontológica, “o ser é – e somente pode ser – o ser de um ente, e o ente só é – e somente pode ser – no seu ser”⁷¹³. Didaticamente, com Lenio Streck, se é possível dizer que algo é, pressupõe-se então que dele se tenha uma pré-compreensão, ainda que incerta e mediana. O ser humano somente se relaciona com algo, é capaz de agir, direcionar sua vida, na medida em que tem uma prévia compreensão do ser⁷¹⁴. Essa estrutura prévia, a pré-compreensão, traz a circularidade da compreensão, o círculo hermenêutico⁷¹⁵. Assim, há que se

⁷¹⁰ STEIN, Ernilo. *Diferença e metafísica: ensaios sobre a desconstrução*. Porto Alegre: Edipucrs, 2000, p. 59.

⁷¹¹ HEIDEGGER, Martin. *Ser y Tiempo*. Madrid: Trotta, 2003, p. 32.

⁷¹² Frase atribuída a Ernilo Stein durante o Colóquio Direito e Filosofia “O que a filosofia tem a dizer sobre os princípios?”, ocorrido nos dias 17 e 18 de março de 2014, no Auditório Maurício Berni, da Faculdade de Direito da UNISINOS, em São Leopoldo.

⁷¹³ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 220.

⁷¹⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 240.

⁷¹⁵ HEIDEGGER, Martin. *Ser y Tiempo*. Madrid: Trotta, 2003, p. 174-175.

“compreender que não há dois mundos, não há espaço para os dualismos metafísicos, enfim, não há um sujeito separado de um objeto”⁷¹⁶.

A diferença ontológica está radicalmente situada na circularidade do ser-aí (*Dasein*) e essa circularidade se constitui na compreensão do ser; o ser humano só é capaz de compreender na medida em que o ser lhe comunica⁷¹⁷. Portanto, a diferença ontológica está necessariamente acompanhada do *círculo hermenêutico*, um teorema decisivo da ontologia fundamental, que trata de pensar a questão do ser ligado ao seu modo de ser, que sempre depende de uma pré-compreensão antecipadora de sentido na circularidade da compreensão hermenêutica.

O círculo hermenêutico e a diferença ontológica são os teoremas que sustentam a teoria heideggeriana da realidade e do conhecimento, isto é, a teoria da fundamentação do conhecimento. Mas as implicações da proposta de Heidegger devem ser confrontadas com outras soluções apresentadas na tradição. A idéia de ser de Heidegger, **na medida em que é vinculada com a compreensão do ser, caminho para pensar o ente, se revela como uma dimensão operatória: compreendendo-me no mundo e na relação com os entes compreendo o ser**. Naturalmente esta compreensão do ser não é temática e deve ser explicitada. É precisamente essa explicitação que é a meta buscada pela analítica existencial ou ontologia fundamental, cujos teoremas se expressam no círculo hermenêutico e na diferença ontológica. **O ser heideggeriano torna-se o elemento através do qual se dá acesso aos entes, ele é sua condição de possibilidade. Isso é a diferença ontológica**. Como esta condição só opera através da compreensão pelo *Dasein*, pelo ser humano que se compreende, a fundamentação (condição de possibilidade) sempre se dá pelo círculo hermenêutico⁷¹⁸.

A pré-compreensão está ligada à ideia de *als*, o “como” hermenêutico. O *Dasein* compreende aquilo sobre o qual possui uma pré-compreensão; isto é, se possui a linguagem para entender aquele objeto como algo que tem um (certo) sentido⁷¹⁹. “Chegamos ao mundo e aos objetos enquanto alguma coisa que estes objetos são, e não como objetos puros. Chegamos a algo enquanto algo (*etwas als*

⁷¹⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 220.

⁷¹⁷ STEIN, Ernildo. *Compreensão e finitude*. Ijuí: Unijuí, 2001, p. 277-278.

⁷¹⁸ STEIN, Ernildo. *Diferença e metafísica*. Porto Alegre: Edipucrs, 2000, p. 104.

⁷¹⁹ HEIDEGGER, Martin. *Ser y Tiempo*. Madrid: Trotta, 2003, p. 32

etwas, nas palavras do próprio Heidegger)⁷²⁰. O homem só é capaz de compreender o sentido das coisas (todos os fenômenos e eventos da vida que busca conhecer) na medida em que pergunta por esta coisa⁷²¹, este é o segundo teorema fundamental em Heidegger, o do “círculo hermenêutico”⁷²², o homem só compreende as coisas na medida em que linguisticamente compreende a si e ao mundo por meio dos pré-conceitos que a linguagem lhe coloca à disposição. Existe uma pré-estrutura da compreensão, isto é, a “compreensão humana se orienta a partir de uma pré-compreensão que emerge da eventual situação existencial e que demarca o enquadramento temático e o limite de validade de cada tentativa de interpretação”⁷²³.

Dessa pré-compreensão (como condição de possibilidade que a linguagem dá ao ser humano) vem a capacidade de compreender o objeto “como” um objeto que carrega um sentido que é compreensível ao ser humano.

Quando, p.ex., entramos num ambiente por uma porta, temos, no caso, uma compreensão do motivo por que está aí uma porta, i, é, *como* meio de entrar e sair, sem perdermos palavras sobre a trivialidade: “Esta estrutura do “como” não é, no caso, relacionada com predicação. No ter-que-haver-me com algo, eu não faço sobre isso locuções temáticas predicativas. Esta estrutura do “como”, é, pois, essencialmente pré-lingüística, ela pertence singelamente, escreve Heidegger, à nossa conduta, A pré-estrutura da compreensão é a expressão filosófica desse pré-predicativo. [...] Pois entender significa poder: capacidade de concretizar este ou aquele modo de entender, em vez de outro. Mas, segundo Heidegger, não é como se lá fora houvesse inicialmente coisas nuas, que receberiam, de nossa compreensão “subjéctiva” e cautelosa, determinada coloração. Não, o que existe, de início, é precisamente nossa relação como o mundo, no ‘modus’ de pré-esboços de compreensão.”⁷²⁴

Essa diferença ontológica, e essa pré-compreensão que dá acesso aos objetos (entes) “como” um determinado sentido (ser), também se aplica a toda compreensão do Direito. Os entes – todos os objetos que são operados no Direito, tais como os conceitos mais básicos (personalidade jurídica, domicílio, agravo de

⁷²⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 289.

⁷²¹ STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica*. Belo Horizonte: Letramento/Casa do Direito, 2017, p. 50.

⁷²² STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica*. Belo Horizonte: Letramento/Casa do Direito, 2017, p. 25-31.

⁷²³ GRONDIN, Jean. *Introdução à hermenêutica filosófica*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 1999, p. 159.

⁷²⁴ GRONDIN, Jean. *Introdução à hermenêutica filosófica*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 1999, p. 161-163.

instrumento, estelionato, mandado de citação, embargos de declaração, etc.) são acessados (conhecidos) pelo intérprete que possui a linguagem (pré-compreensão) para conhecê-los *como* ser, isto é, com os sentidos construídos no Direito. Desse modo, embora qualquer pessoa que fale a língua portuguesa possa conhecer as palavras “apelo” ou “apelar”, já o ente recurso de apelação *como* recurso de apelação só pode ser acessado em seu ser, sentido, pelo intérprete que possui a linguagem (pré-compreensão) para tal. É sob esta perspectiva que se propõe pensar também a questão das fontes do Direito, ou seja, das fontes, enquanto entes, que fornecem a normatividade, os sentidos compartilhados como normas.

5.3 Da diferença ontológica entre Texto e Norma à diferença ontológica entre Fonte Normativa e Norma Jurídica

Friedrich Müller é o precursor da ideia de que “a norma é sempre o sentido atribuído ao texto (jurídico)”, por isso, é também o “pai do pós-positivismo”⁷²⁵, pois forneceu os instrumentos teóricos para a repensar a confusão entre lei e norma que pautou e ainda se faz presente no pensamento positivista. Em sua crítica ao positivismo, explica que a “norma jurídica é compreendida equivocadamente como ordem, como juízo hipotético, como premissa maior formalizada segundo os princípios da lógica formal, como vontade materialmente vazia”⁷²⁶. Dessa forma, mostrou que “o texto não subsiste sem a atribuição de sentido que se faz apenas na concretude [...] A lei (texto normativo) em si não contém as normas jurídicas, que são frutos de um complexo processo de concretização”⁷²⁷. Ao introduzir a ideia de que a norma é o produto da concretização que atribui o sentido de compreensão da lei, Müller deixa transparecer o caráter hermenêutico de sua obra e, principalmente, a ponte que estabelece com a diferença ontológica, embora não faça referência expressa ao termo.

Os distintos tipos da ordem jurídica não podem ser generalizadas n“a” norma jurídica. Não se pode derivar de tal abstractum conseqüências que resistem à tarefa da concretização prática [...]

⁷²⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica*. Belo Horizonte: Letramento/Casa do Direito, 2017, p. 279.

⁷²⁶ MÜLLER, Friedrich. *Métodos de Trabalho do Direito Constitucional*. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 36.

⁷²⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica*. Belo Horizonte: Letramento/Casa do Direito, 2017, p. 279.

Assim se evidenciou que o positivismo legalista ainda não superado pela teoria e práxis refletidas, com sua compreensão do direito como sistema de lacunas, da decisão como uma subsunção estritamente lógica, e com a sua eliminação de todos os elementos da ordem social não-reproduzidos no texto da norma é tributário de uma ficção que não pode ser mantida na prática.⁷²⁸

O objetivo de sua “teoria e metódica estruturante do Direito” é transpor a pergunta tradicional pela relação entre fato e norma, calcado, portanto, no dualismo que separa Direito e realidade, para a pergunta pela normatividade e estrutura da norma, isso significa que o debate não está mais centrado na filosofia ou teoria geral do Direito, mas propriamente em uma teoria da norma⁷²⁹.

Outra reflexão significativa introduzida por Müller diz respeito às necessárias modificações na teoria do Direito impostas pelo fenômeno da publicização, ou constitucionalização, do Direito, isto é, o deslocamento do foco do Direito privado para o Direito público. O enfoque da teoria estruturante são, portanto, as normas constitucionais e todas as transformações que estas sofreram e implicaram após o advento da ideia de “força normativa” da Constituição⁷³⁰. Isso porque toda a concepção de norma jurídica foi forjada no século XIX, período no qual a atenção do Direito estava voltada para o Direito privado. Transformação perfeitamente consubstanciada pela frase “ontem, os códigos; hoje, as Constituições”, de Paulo Bonavides⁷³¹.

Müller afirma que quando os juristas falam “da” Constituição ou “da” lei estão, equivocadamente, se referindo meramente ao teor literal do texto, que não subsiste ao novo enfoque introduzido pela hermenêutica jurídica, no qual não há identidade entre o texto da norma e a norma. O texto (literal) – que posteriormente Lenio Streck aprofundará com a noção heideggeriana de ente – é apenas a base para a formulação do *programa* da norma⁷³², mas que também é composta por seu *âmbito*, que é o recorte da realidade social em sua estrutura, isto é, todos os elementos,

⁷²⁸ MÜLLER, Friedrich. *Métodos de Trabalho do Direito Constitucional*. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 40-41.

⁷²⁹ MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do Direito: introdução à teoria e metódica estruturantes do Direito*. São Paulo: Revista do Tribunais, 2007, p. 33.

⁷³⁰ MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do Direito: introdução à teoria e metódica estruturantes do Direito*. São Paulo: Revista do Tribunais, 2007, p. 20.

⁷³¹ Proferida no discurso de agradecimento da entrega da medalha Teixeira de Freitas do IAB, em 1998.

⁷³² MÜLLER, Friedrich. *Métodos de Trabalho do Direito Constitucional*. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 45.

gerados ou não pelo próprio Direito, que permitem sua concretização nos casos decisórios⁷³³.

Esta é a contribuição mais preciosa de Müller, iluminar o entendimento de que a literalidade do texto não regulamenta o caso concreto⁷³⁴, o texto da norma não “contém” sua normatividade⁷³⁵, ou seja, a norma jurídica não é um “juízo hipotético isolável diante do seu âmbito de regulamentação, nenhuma forma colocada com autoridade por cima da realidade”⁷³⁶. Assim, se não há identidade entre a norma e o texto da norma, não há, portanto, vinculação da normatividade com o “teor literal fixado e publicado com autoridade”, o que abre caminho para todas as demais fontes do Direito, como o Direito consuetudinário, a jurisprudência e a doutrina, entre outros. O que desbanca por completo a noção de lacunas⁷³⁷; isso porque em “meio à massa dos materiais de trabalho resultante da práxis e da ciência jurídica, a metódica jurídica dispõe de matéria suficiente para elaborar as suas próprias condições fundamentais”⁷³⁸.

Outro ponto fundamental da novidade introduzida por Müller é a superação dos métodos tradicionais de interpretação em prol da ideia de concretização⁷³⁹. Müller identifica que a ideia simplista de interpretação está relacionada aos métodos tradicionais de interpretação defendidos pelos positivismo, enquanto a nova

⁷³³ MÜLLER, Friedrich. *Métodos de Trabalho do Direito Constitucional*. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 48-49.

⁷³⁴ MÜLLER, Friedrich. *Métodos de Trabalho do Direito Constitucional*. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 45.

⁷³⁵ MÜLLER, Friedrich. *Métodos de Trabalho do Direito Constitucional*. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 47.

⁷³⁶ MÜLLER, Friedrich. *Métodos de Trabalho do Direito Constitucional*. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 49.

⁷³⁷ “Cada nova questão jurídica da práxis já foi solucionada pelo sistema, por força da necessidade do pensamento. Lacunas na regulamentação positiva expressa devem ser preenchidas de qualquer modo pela construção jurídica a partir de enunciados fundamentais [Grundsätze] e princípios do direito positivo”. MÜLLER, Friedrich. *Métodos de Trabalho do Direito Constitucional*. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 35.

⁷³⁸ MÜLLER, Friedrich. *Métodos de Trabalho do Direito Constitucional*. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 46.

⁷³⁹ “Enquanto foram indicadas como “métodos” da práxis e da ciência jurídicas somente regras da interpretação, a estrutura da realização prática do direito terá sido compreendida de forma equivocada. A interpretação do teor literal da norma é um dos elementos mais importantes no processo de concretização, mas somente um elemento. Uma metódica destinada a ir além do positivismo legalista deve indicar regras para a tarefa da concretização da norma no sentido abrangente da práxis efetiva. Não pode aferrar-se nem ao dogma da evidência nem ao dogma voluntarista. Não pode conceber o processo bem como a tarefa da realização do direito normativamente vinculada como uma mera reelaboração de algo já efetuado. Ela deve elaborar os problemas da “pré-compreensão” da ciência jurídica e do fato da concretização estar referida ao caso”. MÜLLER, Friedrich. *Métodos de Trabalho do Direito Constitucional*. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 52.

concepção, por ele introduzida, precisa ir além, no sentido de que a norma jurídica não “surge” pela mera aplicação de um método interpretativo, ela depende do programa e do âmbito da norma, o que significa que (a norma) está sempre *referida* ao caso concreto⁷⁴⁰.

Essas ideias colaboram em duas frentes na problemática da equiparação positivista entre lei e norma e na adequada compreensão dos sentidos de fontes normativas e normas jurídicas. Primeiro, traz a importância da superação dos dualismos, pelo reconhecimento do papel da *práxis* e da ciência jurídica e pela inevitabilidade do caso concreto na formulação da norma. A concretização representa, no paradigma hermenêutico, o reconhecimento do mundo prático. Por outro lado, sob o aspecto interpretativo, demonstra a fragilidade da noção positivista de que na clareza da lei dispensa-se a interpretação. Isso porque não é o “teor literal de uma norma (constitucional) que regulamenta um caso jurídico concreto”⁷⁴¹.

Em sendo a norma sempre *referida* ao caso concreto, mesmo os textos legais mais evidentes, cujo âmbito é todo produzido pelo Direito e que tratam de prescrições muito simples, relativas a prazos, datas, formas ou regras institucionais ainda sim dependem de concretização. “No âmbito do processo efetivo de concretização do direito, ‘direito’ e ‘realidade’ não são grandezas que subsistem autonomamente por si”⁷⁴².

No mesmo sentido, acerca da importância do caso concreto (concretude), Lenio Streck explica o papel fundamental dos fatos do processo para a própria compreensão da norma jurídica; invertendo a lógica de Nietzsche, que hipervaloriza a interpretação, relativizando os fatos, Streck demonstra que os fatos (concretos) são condição de possibilidade para o processo interpretativo.

Caso concreto quer dizer, então, que os fatos são importantes. O subjetivismo deve parar diante do fato e deixar que este lhe diga algo. A trajetória da narrativa deve ser lançada pela facticidade. O fato não pode ser um mero ponto de partida para a invenção do sujeito, como dizia Borges. Só há interpretações porque há fatos

⁷⁴⁰ MÜLLER, Friedrich. *Métodos de Trabalho do Direito Constitucional*. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 52.

⁷⁴¹ MÜLLER, Friedrich. *Métodos de Trabalho do Direito Constitucional*. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 45.

⁷⁴² MÜLLER, Friedrich. *Métodos de Trabalho do Direito Constitucional*. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 48-49.

(para contradizer a frase nietzschiana de que “fatos não há; só há interpretações”).⁷⁴³

No cenário brasileiro, foi justamente Lenio Streck quem introduziu, com muito mais vigor e sólido referencial teórico na filosofia hermenêutica de Martin Heidegger e na hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer, a diferença ontológica entre texto e norma. A obra *Hermenêutica Jurídica e(m) crise*, publicada pela primeira vez em 1999, foi a grande precursora, e desde então muitas outras se seguiram. Mas a premissa básica não se alterou: entre o texto da lei e a norma jurídica existe uma diferença ontológica.

Quando nasce, o homem cai no mundo. Que é desconhecido ainda para ele. Mas as coisas já estão aí. E já tem nome. Resta ao homem “correr atrás” para capturar os sentidos. Compreendê-los. Heidegger diz que o ato de interpretar é um roubo (*Das Raub*). Sim, apropriamo-nos dos sentidos que estão no mundo. Esses sentidos não estão nem na essência das coisas e nem na nossa consciência ou mente. **No direito, podemos dizer que as palavras da lei não são unívocas. E que as palavras não refletem a essência das coisas. Portanto, não basta a palavra da lei. Ela precisa também das coisas a que se refere. Lei não é igual a direito.** Consequentemente, o texto da lei não contém a norma, como bem disse Friedrich Müller. Por isso eu acrescentei, desde a primeira edição do meu livro *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*, que entre o texto da lei e a norma (o seu sentido) existe uma diferença, que eu chamei, a partir de Heidegger, de “diferença ontológica”.⁷⁴⁴ (grifo nosso)

O objetivo primeiro de Streck foi denunciar o *senso comum teórico* dos juristas no cenário brasileiro, ainda presos aos dualismos próprios das metafísicas (por vezes, a clássica, em outros casos, a moderna), que se traduzem por oposições como objetivismo *versus* subjetivismo, vontade da lei e vontade do legislador, questão de fato e de direito, subsumir o fato à norma, interpretação e aplicação, etc., a fim de romper com as posturas positivistas. Fundado no “método” formulado por Heidegger⁷⁴⁵, que evidencia o caráter constitutivo da linguagem, desmistifica teses que defendem que o sentido está no próprio texto da lei, para dele ser “extraído”

⁷⁴³ STRECK, Lenio Luiz. “Defiro os requerimentos ministeriais, se existentes”! Bingo!. *Revista Conjur*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-abr-13/senso-incomum-defiro-requerimentos-ministeriais-existent-bingo>>. Acesso em: 13 abr. 2017.

⁷⁴⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica*. Livro-Carta 1. São Leopoldo: edição do próprio autor, 2017. p. 4.

⁷⁴⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 22.

(metafísica clássica, o sentido está na própria coisa), ou de que aquilo que o legislador “quis dizer” deve ser levado em conta para além do que, de fato, o texto permite, ou, ainda, as posições que afirmam que é o intérprete, por meio da sua subjetividade, que estabelece o sentido (filosofia da consciência); todos esses pontos de vista que não resistem a um debate de paradigmas filosóficos de maior profundidade⁷⁴⁶.

Nesse contexto, o giro ontológico-linguístico (linguistic turn)⁷⁴⁷, operado pela obra de Heidegger, e o advento do constitucionalismo contemporâneo impuseram um salto na discussão dos textos jurídicos e seu sentido. O Direito assume um “sentido interpretativo”, o que importa dizer que o texto da lei não possui um sentido meramente analítico. Retomando a noção de diferença ontológica já abordada, o texto – enquanto ente – só é compreendido em sua norma (sentido) e a norma só pode ser o sentido do seu texto. Não há sentidos em si, assim como não existem conceitos sem coisas⁷⁴⁸.

Como Heidegger já havia explicitado, o ser humano busca conhecer os entes (vai em direção aos objetos do mundo que buscar entender e nomear), mas em razão de sua finitude, está sempre intermediado pela linguagem, não alcança um ponto zero para construir sua teoria da verdade, razão pela qual só tem acesso ao ser (os sentidos que sua linguagem lhe permite atribuir ao ente). *Por isso, se move em direção ao ente, mas a pergunta fundamental é pelo ser*. Logo, ser e ente não são a mesma coisa, mas também não estão desconectados. Há entre eles uma diferença ontológica.

Transpondo para o mundo do Direito, Streck identifica o texto da lei como os entes para os quais nos dirigimos e buscamos conhecer, mas sendo tais entes inacessíveis ao ser humano – enquanto a coisa mesma, despida de qualquer intermediação de linguagem ou pré-conceitos, como se pudesse ser conhecida nua, em um retorno metafísico a um grau zero ou um plano supra-humano, fora da temporalidade –, tais textos só podem ser acessados em seu sentido (ser), que é a manifestação *como* norma jurídica. Ocorre que, como será exposto logo a seguir, o

⁷⁴⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 152-153.

⁷⁴⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica*. Belo Horizonte: Letramento/Casa do Direito, 2017, p. 85-88.

⁷⁴⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 152-153.

texto da lei não é a única fonte de normatividade do Direito. As normas jurídicas são produto de diferentes fenômenos, embora todos só possam ser conhecidos *enquanto* norma jurídica.

Destarte, essa é a diferença ontológica defendida por Lenio Streck, a diferença que se estabelece entre o texto legal (ente) e a norma jurídica (ser/sentido). Texto e norma não são a mesma coisa. Mas também não estão separados, pois enquanto a pergunta se dirige para o ente, esta (pergunta) se dá somente pela possibilidade de compreender o seu ser⁷⁴⁹. É em razão dessa diferença ontológica que se torna um grande equívoco falar em “normas gerais”, uma vez que a norma, enquanto sentido do texto, não pode existir de forma prévia, abstrata, antes mesmo das perguntas. Isso, porque, assim como Müller já destacava, a interpretação é um processo de “concretização”, o que na hermenêutica de Streck significa que a compreensão do sentido será sempre dependente de um caso concreto, de uma verdadeira *applicatio*⁷⁵⁰.

A abertura desse novo horizonte teórico iluminou a importância da linguagem e do papel do intérprete na atribuição desses sentidos, mas acima de tudo trouxe o alerta acerca das posturas voluntaristas, que se manifestam pela arbitrariedade e pelo decisionismo judiciais. Este é o principal enfoque do rumo tomado pela Crítica Hermenêutica do Direito⁷⁵¹ desenvolvida por Lenio Streck; e com razão, de todas as crises enfrentadas pela realidade jurídica brasileira, a arbitrariedade judicial⁷⁵² – equiparada, talvez, apenas pela crise do ensino jurídico⁷⁵³ – é a mais perversa e danosa, pois seu caráter insidioso mina por dentro a estrutura e o funcionamento do processo judicial e a capacidade do Direito de operar e se desenvolver em uma sociedade democrática.

⁷⁴⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 273.

⁷⁵⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica*. Belo Horizonte: Letramento/Casa do Direito, 2017, p. 21-23.

⁷⁵¹ STRECK, Lenio Luiz. *Lições de crítica hermenêutica do direito*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

⁷⁵² STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica*. Belo Horizonte: Letramento/Casa do Direito, 2017, p. 53-62.

⁷⁵³ Sobre a crise do ensino jurídico, e também sobre os reflexos dela na seara dos concursos e carreiras jurídicas, os melhores textos de Lenio Streck estão disponíveis na coluna semanal *Senso Incomum*, publicada digitalmente por ConJur. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/secoes/colunas/senso-incomum>>. O material de leitura sobre o tema é vastíssimo.

Como Streck adverte, atribuir sentido não libera o intérprete para dizer qualquer coisa, para dar qualquer sentido ao texto, conforme os desejos ou convicções de sua subjetividade. Os sentidos não são produto da subjetividade. O paradigma hermenêutico filosófico não dá liberdade ao subjetivismo do intérprete, mas ao contrário, impõe limites⁷⁵⁴.

Isso, porque a atribuição de sentido necessária à compreensão do texto na diferença ontológica não se dá no vazio, mas também não é apenas a expressão da subjetividade do juiz (solipsismo⁷⁵⁵). O intérprete está sempre inserido em um contexto de linguagem que o antecede. O Direito não exsurge apenas da concretização. Existe um Direito (sentido compartilhado) que o antecede. “Afim de contas, o responsável pela concretização da norma – no caso, o juiz – não parte de um «grau zero de sentidos» para interpretá-la”⁷⁵⁶.

As noções tradicionais de interpretação e aplicação são melhor explicadas, no processo hermenêutico, pela ideia de *applicatio*, na medida em que o processo interpretativo não pode ser cindido em fases, compartimentalizado no espaço e no tempo. Não é possível separar mecanicamente os atos de interpretação. Hans-Georg Gadamer foi quem desmistificou esse dogma da hermenêutica clássica, de que primeiro se conhece, depois se interpreta, para então aplicar, ao que, respectivamente denominou de *subtilitas intelligendi*, *subtilitas explicandi* e *subtilitas applicandi*⁷⁵⁷. A “compreensão/interpretação/aplicação” não se dá em partes, pois há sempre uma pré-compreensão que antecede o sujeito que vai em direção ao ente buscar o sentido e, também, porque o sujeito não compreende o sentido no vazio, há sempre uma situação contextual na qual está inserido, que o leva a buscar o ente.

O dogma de que o juiz primeiro vai ao texto apenas para conhecê-lo, para depois interpretá-lo, “em abstrato”, desconectado do caso em julgamento, para então, por último, aplicar ao caso concreto, não se sustenta por que desse processo dependeria que a lei (texto) possuísse um sentido em si própria, que pudesse ser conhecida e “extraída” em tese, o que Gadamer denomina de *Auslegung* (uma mera

⁷⁵⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 433 e seguintes.

⁷⁵⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica*. Belo Horizonte: Letramento/Casa do Direito, 2017, p. 273-277.

⁷⁵⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica*. Belo Horizonte: Letramento/Casa do Direito, 2017, p. 175.

⁷⁵⁷ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I*. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 2004, p. 406

reprodução de sentido já à disposição do intérprete), em oposição à ideia de *Sinngebung*, que significa “atribuição de sentido”⁷⁵⁸. Toda interpretação é aplicação⁷⁵⁹. Esse é o processo de *applicatio* pensado por Gadamer e que depende do círculo hermenêutico, teorema fundamental da filosofia de Heidegger.

A *applicatio* é o rompimento com a ideia mecanicista de que a interpretação se dá por partes ou fases (*subtilitas intelligendi*, *subtilitas explicandi* e *subtilitas applicandi*). Compreender e interpretar é também aplicar, mesmo quando o intérprete está raciocinando a partir de um exemplo abstrato⁷⁶⁰; isso porque a compreensão/aplicação se dá sempre por um sentido antecipado, que se projeta no horizonte de uma circularidade positiva. O intérprete só é capaz de compreender e aplicar porque possui e está inserido na linguagem, que lhe permite compreender e aplicar; se interpreta é porque compreendeu, se compreende é porque antecipa uma aplicação. Nesse contexto, a *applicatio* é um processo unitário, e ocorre porque o intérprete pertence ao texto. O “texto não é tudo, mas também não é um nada”⁷⁶¹. O intérprete está inserido num contexto, e, portanto, numa determinada situação histórica de linguagem que lhe permite compreender e aplicar o texto⁷⁶².

O projeto de um horizonte histórico é, portanto, só uma fase ou momento na realização da compreensão, e não se prende na auto-alienação de uma consciência passada, mas se recupera no próprio horizonte compreensivo do presente. Na realização da compreensão dá-se uma verdadeira fusão de horizontes que, com o projeto do horizonte histórico, leva a cabo simultaneamente sua suspensão. Nós caracterizamos a realização controlada dessa fusão como vigília da consciência histórico-efetual. Se o positivismo estético e histórico, herdeiro da hermenêutica romântica, ocultou essa tarefa, precisamos reafirmar que o problema central da hermenêutica se estriba precisamente nisso. **É o problema da aplicação, presente em toda compreensão.**⁷⁶³ (grifo nosso)

⁷⁵⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 280.

⁷⁵⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica*. Belo Horizonte: Letramento/Casa do Direito, 2017, p. 21.

⁷⁶⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica*. Belo Horizonte: Letramento/Casa do Direito, 2017, p. 21.

⁷⁶¹ STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica*. Belo Horizonte: Letramento/Casa do Direito, 2017, p. 21.

⁷⁶² STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica*. Belo Horizonte: Letramento/Casa do Direito, 2017, p. 22.

⁷⁶³ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I*. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 2004, p. 405.

Esse sentido antecipado que une a *applicatio* em um só momento se dá pela circularidade hermenêutica, sobre a qual Gadamer refere a preocupação de não deixar se tornar um círculo vicioso. A circularidade deve assumir um sentido ontológico positivo (virtuoso), no qual o projetar da antecipação de sentido não caia na “arbitrariedade de intuições repentinas e da estreiteza dos hábitos de pensar imperceptíveis, e voltar seu olhar as ‘as coisas elas mesmas’ (que para os filólogos são textos com sentido, que tratam, por sua vez, de coisas)”⁷⁶⁴.

Por isso, o texto não pode ser tudo, mas também não é um nada, pois a compreensão do texto depende de um projetar prévio, no qual deve-se “compreender o todo a partir do singular e o singular a partir do todo”⁷⁶⁵. Assim, para que a compreensão seja autêntica, esse projeto prévio de sentido (pré-conceitos) deve estar aberto para que projetos rivais possam se colocar lado a lado, sem arbitrariedades, sob pena de se operar em um circuito fechado⁷⁶⁶. Como Streck insistentemente afirma, é preciso deixar que o texto lhe diga algo. Por isso, Gadamer afirma que o ponto culminante de Heidegger não foi demonstrar a circularidade da compreensão, mas antes que esse círculo possui um sentido ontológico positivo, que repele a arbitrariedade⁷⁶⁷. O sentido não está no texto, mas também não está na subjetividade do intérprete e o projeto prévio (pré-compreensão) não pode levar a um círculo fechado de opiniões arbitrárias.

Quem quiser compreender um texto deverá sempre realizar um projeto. Ele projeta de antemão um sentido, tão logo se mostre um primeiro sentido no texto. Esse primeiro sentido somente se mostra porque lemos o texto já sempre com certas expectativas, na perspectiva de um determinado sentido. A compreensão daquilo que está no texto consiste na elaboração desse projeto prévio, que sofre uma constante revisão à medida que aprofunda e amplia o sentido do texto [...] Faz sentido afirmar que o intérprete não vai diretamente ao “texto”, a partir da opinião prévia pronta e instalada nele. Ao contrário, põe a prova, de maneira expressa, a opinião prévia instalada nele a fim de comprovar sua legitimidade, o que significa sua origem e sua validade.⁷⁶⁸

Essa antecipação de sentido (projeto prévio), fundamental para a compreensão autêntica dos sentidos, se dá em razão da dupla estrutura da

⁷⁶⁴ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I*. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 2004, p. 355.

⁷⁶⁵ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método II*. 5. ed. Petrópolis: Vozes, 2002, p. 72.

⁷⁶⁶ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I*. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 2004, p. 356-357.

⁷⁶⁷ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método II*. 5. ed. Petrópolis: Vozes, 2002, p. 74.

⁷⁶⁸ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método II*. 5. ed. Petrópolis: Vozes, 2002, p. 75.

linguagem. No Direito, isso significa que é impossível cindir descrição e prescrição, como pretendem fazer os vários positivismos. Descrever um objeto só é possível porque o intérprete já está a ele ligado desde-sempre. “O mensageiro já vem com a mensagem”; ao descrever, o intérprete já está prescrevendo⁷⁶⁹. É por esta razão que a diferença ontológica, no Direito, não pode ser entendida apenas entre o texto da lei e a norma jurídica. A lei é apenas uma das fontes de normatividade.

Por isso, no Direito, a diferença ontológica não se dá apenas entre o texto da lei e a norma jurídica, mas sim entre toda e qualquer fonte normativa e a (sua) norma jurídica, pois o ente só é no seu ser. Assim, as normas jurídicas não são, exclusivamente, produto da atribuição de sentido do texto (de lei), mas decorrem de diferentes manifestações e fenômenos (entes), que só podem ser conhecidos *enquanto*⁷⁷⁰ normas jurídicas. Ao buscar o sentido da norma jurídica, o intérprete vai em direção aos diferentes entes (fontes normativas), mas todos só podem ser compreendidos *como* normas jurídicas. Esse é o papel do projeto prévio e da dupla estrutura da linguagem, ao ir em direção ao texto (legal ou de outra natureza, mas que é sempre uma fonte de normatividade), o intérprete só pode compreendê-lo porque possui uma pré-compreensão, que é sua expressão normativa. *A fonte normativa já é conhecida em seu sentido normado (a norma jurídica)*. Só conhecemos a norma porque estamos junto das fontes – ou como no exemplo de Heidegger, só podemos enunciar o giz na medida em que nos mantemos junto dele. “Só podemos transformar em um ‘sobre-o-que’ possível de enunciação aquilo junto ao que nos encontramos”⁷⁷¹.

A diferença ontológica e o projeto prévio (pré-compreensão que constitui o movimento da circularidade) importam em uma dupla estrutura da linguagem (ou dobra da linguagem), na qual operam dois vetores ou *standards*. O plano apofântico é aquele da explicitação lógica ou argumentativa, no qual o intérprete (apenas) explicita o que já foi compreendido. É o plano pragmático da linguagem. Os entes já estão de alguma forma objetivados⁷⁷² (compreendidos), de tal modo que o intérprete não mais se pergunta o que ele é, qual seu nome ou para que serve. Mas este

⁷⁶⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica*. Belo Horizonte: Letramento/Casa do Direito, 2017, p. 163-164.

⁷⁷⁰ STEIN, Ernildo. *Diferença e metafísica: ensaios sobre a desconstrução*. Porto Alegre: Edipucrs, 2000, p. 101.

⁷⁷¹ HEIDEGGER, Martin. *Introdução à Filosofia*. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 69.

⁷⁷² STEIN, Ernildo. *Pensar é pensar a diferença: filosofia e conhecimento empírico*. Ijuí: Unijuí, 2002, p. 190-191.

standard é precedido pelo plano hermenêutico, de primeiro nível, o “como” hermenêutico (*etwas als etwas*), que não resulta de uma mera argumentação ou de um raciocínio lógico, este é o plano da pré-compreensão, no qual a linguagem é constituidora do ser-no-mundo e condição de possibilidade que impulsiona a circularidade da compreensão⁷⁷³. Novamente, tudo isso porque não há grau zero de compreensão; o ser humano não *inicia* no vazio.

Os *standards* de racionalidade são relevantes porque dizem respeito às condições do discurso filosófico de se inserir de modo duradouro em uma determinada tradição; assim, a consistência de um pensamento, para além de uma mera visão de mundo ou de um somatório de ideias com aparência científica, depende de um *standard* de racionalidade capaz de consolidar temas importantes, como a questão da fundamentação, distanciando o conhecimento científico de saberes produzidos por escolhas aleatórias, como a popularidade de uma corrente filosófica⁷⁷⁴. O Direito, por exemplo, tende a encontrar “na lógica da argumentação de caráter puramente axiomático-dedutivo o principal auxílio da Filosofia”⁷⁷⁵. As teorias modernas de racionalidade “referem estranhamente o fundamentar sempre de modo imediato a opiniões, convicções, intenções ou decisões, e omitem aquilo que a tradição, no mínimo até Kant, entendeu claramente por *fundamentar, a saber, o apresentar as razões e causas para estados e eventos no mundo*”⁷⁷⁶ (grifo nosso). E é nesse aspecto que a contribuição do paradigma hermenêutico é transformador para a teoria do Direito, provocando uma verdadeira revolução copernicana⁷⁷⁷.

A diferença ontológica e todos os desdobramentos que ela provoca produzem uma transformação decisiva na compreensão que o ser humano tem do mundo e de sua própria condição; no Direito, é capaz de tirá-lo da ingenuidade que tradicionalmente sua racionalidade carrega⁷⁷⁸. A dobra da linguagem na filosofia de Heidegger – diferentemente dos princípios epocais por ele mapeados nas diferentes

⁷⁷³ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 137-138.

⁷⁷⁴ STEIN, Ernildo. *Exercícios de fenomenologia*. Ijuí: Unijuí, 2004, p. 157-158.

⁷⁷⁵ STEIN, Ernildo. *Exercícios de fenomenologia*. Ijuí: Unijuí, 2004, p. 158.

⁷⁷⁶ STEIN, Ernildo. *Exercícios de fenomenologia*. Ijuí: Unijuí, 2004, p. 158.

⁷⁷⁷ O uso da expressão “revolução copernicana” no âmbito do Direito contemporâneo brasileiro, em que as Constituições assumiram o lugar central, foi popularizado por Lenio Streck, e ilustra as transformações radicais pelas quais passaram as ciências no século XX, mormente a psicanálise, a filosofia da linguagem e o Direito público, representando guinadas de 180 graus em seus respectivos objetos de estudo. Foi Nicolau Copérnico o astrônomo que desenvolveu a teoria heliocêntrica, que considera o sol e não a Terra o centro do sistema solar (por isso, 180 graus).

⁷⁷⁸ STEIN, Ernildo. *Exercícios de fenomenologia*. Ijuí: Unijuí, 2004, p. 161.

metafísicas (o conceito de substância, em Platão e Aristóteles; o conceito de Deus, no medievo; o *cogito*, em Descartes; o *eu penso*, em Kant; o sistema do saber absoluto, em Hegel; e a vontade de poder, em Nietzsche) –, está ligada à compreensão do ser pelo *Dasein*, esse é o seu *standard* de racionalidade I. Pela pré-compreensão, “o ser-aí se compreende em seu ser e assim se explicita, compreendendo o ser como tal”, representando a antecipação (projeto prévio em Gadamer) que acompanha todo o conhecimento⁷⁷⁹.

Assim, o *standard* de racionalidade II é aquele próprio das ciências e de sua argumentação, no qual as regras de inferência são fornecidas pela lógica. No debate sobre as fontes normativas, esse é o discurso que vai buscar categorizar e conceituar as diferentes espécies de fontes. Mas na base desse vetor de racionalidade, se coloca o *standard* I, que representa o *a priori* do qual as argumentações discursivas dependem (por isso, condição de possibilidade), mas que não são capazes de explicitar; esse é o papel mais relevante da Filosofia, contribuir para o entendimento dessa dupla estrutura⁷⁸⁰. Essa antecipação é que faz das fontes normativas o ente das normas jurídicas. Quando o intérprete compreende o ser (norma jurídica) é porque já estava junto do ente (fonte normativa), ou seja, desde sempre possuía um projeto prévio de que aquela coisa/objeto é uma fonte do Direito.

Sobre o discurso das ciências, especialmente da teoria do Direito, pede-se a liberdade de uma breve divagação acerca da relação entre a teoria e a filosofia do Direito nos países da *Civil Law* em comparação com a *Common Law* norte-americana. Mário Losano, traz um ponto de vista, que aqui recebe concordância e que serve de alerta, de que a teoria ocupa um espaço, de certa forma vazio, “entre” a filosofia do Direito e o Direito empírico, sem que com isso se busque estabelecer uma espécie de dicotomia ou dualismo. O que se entende por isso é que, a teoria do Direito, ao se ocupar dos elementos estruturais do Direito, como norma, fonte, sistema, sanção, etc., será sempre condicionada pelo paradigma filosófico que lhe for subjacente, do qual, portanto, depende. Um exemplo marcante dessa consequência, que pode ser positiva ou negativa, é o caso de Hans Kelsen, que influenciado pelo neokantismo, separa irreversivelmente a teoria (pura) e a realidade jurídica (sociologia ou política jurídica), pagando um enorme preço por isso.

⁷⁷⁹ STEIN, Ernildo. *Exercícios de fenomenologia*. Ijuí: Unijuí, 2004, p. 160.

⁷⁸⁰ STEIN, Ernildo. *Exercícios de fenomenologia*. Ijuí: Unijuí, 2004, p. 158-159.

A teoria geral do direito parece assim apresentar uma comunhão de temas com a empírica Jurisprudence anglo-americana: a semelhança é, todavia, enganadora. A teoria geral do Direito procura ocupar a terra de ninguém entre a filosofia do Direito e os direitos empíricos, mas parte, por sua vez, de pressupostos filosóficos e procura descer a níveis mais abaixo do que faz a filosofia do direito: mas a filosofia do direito permanece vinculada ao método dedutivo, ao procedimento do geral (idéia de direito) para o particular (elemento comum a tudo o que se apresenta como direito, não a todos os direitos empíricos). O exemplo mais evidente de quanto a teoria filosófica condiciona a teoria geral do direito é oferecido, na minha opinião, pelos pressupostos neokantianos de Hans Kelsen, que o levaram a construções que não tem correspondência na realidade jurídica. A “Jurisprudence”, por sua vez, tem sempre sob os olhos essa realidade. Uma das asserções recorrentes em todos os escritores dessa matéria refere-se à utilidade que as generalizações propostas pela Jurisprudence têm – ou ao menos deveriam ter – para o jurista prático.⁷⁸¹

Sob esse aspecto, o subsídio da filosofia hermenêutica de Heidegger se torna fundamental para a teoria do Direito. A partir de Gadamer, e dos conceitos de faticidade e historicidade, a fenomenologia hermenêutica como *standard* de racionalidade permite à hermenêutica filosófica superar a hermenêutica em sentido meramente técnico, como método de interpretação. Voltando-se para a dimensão da historicidade, Gadamer demonstra que as manifestações culturais, seja na arte, na ciência ou na literatura, sustentam-se por um pano de fundo no qual o ser humano está mergulhado e que nunca pode ser totalmente desvelado. Por meio dessa hermenêutica filosófica, Gadamer ultrapassa as questões de método e técnica, em direção daquilo que nunca pode ser completamente compreendido em sua totalidade no enunciado, pois tudo aquilo que a linguagem desencadeia, remete para além do enunciado como tal⁷⁸². Assim, na medida em que as fontes do Direito são sempre um fenômeno dependente da linguagem, sua compreensão vai além de um método dogmático preocupado apenas em listá-las e categorizá-las. Inclusive porque, talvez seja, na manifestação das fontes normativas, que mais se evidencie a historicidade do Direito.

Desse modo o *standard* de racionalidade da fenomenologia hermenêutica passa a ampliar-se de um modo mais compreensível para podermos pensa-lo em sua diferença com a simples técnica ou método de interpretação que, por exemplo, pode aparecer no Direito. Assim, a hermenêutica jurídica repousa sobre a hermenêutica

⁷⁸¹ LOSANO, Mario G. *Os grandes sistemas jurídicos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 550.

⁷⁸² STEIN, Ernildo. *Exercícios de fenomenologia*. Ijuí: Unijuí, 2004, p. 163.

filosófica, pois em tudo o que o Direito enuncia nos códigos ou na Constituição, opera uma historicidade e um sentido que desde sempre vêm antecipados na pré-compreensão. É dela que surge o processo de autocompreensão que sempre acompanha a compreensão de qualquer texto do Direito.⁷⁸³

Sobre a tese da diferença ontológica entre fonte normativa e norma jurídica, uma primeira ressalva é fundamental: *toda fonte, mesmo quando não escrita, é um texto; mas o contrário, não é verdadeiro, nem todo texto é fonte normativa. Por esta razão, faz muito mais sentido denominar o ente, para o qual o jurista se dirige em busca do sentido, de fonte normativa, ao invés de texto.* Por duas grandes razões. Primeiro, pela razão já acima anunciada, mesmo que toda fonte normativa seja um texto, nem todo o texto é uma fonte normativa. Segundo porque, especialmente nos países de tradição romano-germânica, a noção de texto leva excessivamente a uma inclinação à ideia de lei, demasiado restritiva, uma vez que a lei é apenas um dos entes (fonte) a ser compreendido e aplicado *como* norma jurídica no Direito.

E essa denominação está em sintonia com a obra de Gadamer, que não se limitava à filologia (estudo da linguagem). Sua hermenêutica tem um caráter universal, aplicando-se a todos os eventos e objetos⁷⁸⁴. Para Gadamer, ser que pode ser compreendido é linguagem, e isso não se limita ao texto, pode estar referido à arte ou à natureza. Isso porque a linguagem é um meio (*Mitte*) em que o *Dasein* e o mundo estão reunidos de forma cooriginária. A linguagem possui uma estrutura especulativa, na qual os objetos vêm-à-fala, como uma enunciação de sentido. Em sendo um acontecer finito, a linguagem não pode ser cópia de algo dado de modo fixo. “Vir-à-fala não significa adquirir uma segunda existência. O aspecto sob o qual algo se apresenta faz parte do seu próprio ser”. Há, portanto, uma unidade especulativa da linguagem, que constitui seu significado ontológico universal, pois tudo o que pode ser compreendido (conceitos, objetos, fatos sociais e coisas da natureza) é linguagem⁷⁸⁵.

Assim, a hermenêutica filosófica é universal porque a linguagem é sempre a condição de possibilidade para o *Dasein* compreender a si e ao mundo; no Direito, isso inclui a lei e as demais fontes normativas. Desta forma, uma vez que não existem conceitos sem coisas (ser só é *no seu* ente), é preciso dar-se conta que

⁷⁸³ STEIN, Ernildo. *Exercícios de fenomenologia*. Ijuí: Unijuí, 2004, p. 163-164.

⁷⁸⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica*. Belo Horizonte: Letramento/Casa do Direito, 2017, p. 21.

⁷⁸⁵ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I*. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 2004, p. 612.

todos os sentidos normativos compartilhados no Direito não podem ser produto apenas do texto de lei, mas também de outros fenômenos, tais como a doutrina, a jurisprudência, etc.)⁷⁸⁶.

Desde Friedrich Müller é possível vislumbrar uma intuição, uma primeira aproximação daquela diferença entre o texto da lei e a norma jurídica (que depois será efetivamente desenvolvida por Lenio Streck como a diferença ontológica entre texto e norma) com a ideia aqui defendida de diferença ontológica entre fonte normativa e norma jurídica, especialmente em sua *Teoria estruturante do Direito*, quando tentando explicitar uma ideia mais abrangente dos entes que fornecem a normatividade, para além do texto de lei, Müller afirma que todos os aspectos que conferem caráter diretivo no conteúdo da decisão possuem caráter normativo e integram o texto normativo, na medida em que são portadores de dados de linguagem⁷⁸⁷. Essa intuição também já se faz, de alguma forma, presente em Lenio Streck, quando afirma que, na transposição da diferença ontológica para o âmbito da teoria do Direito, o texto não pode ser pensado apenas como um “enunciado linguístico”, sendo a norma, em forma de enunciado, “aquilo que se diz sobre ele”. Por isso, quando afirma que o “texto é um evento”, Streck está abrindo caminho para uma compreensão hermenêutica de fonte, enquanto ente que só pode ser conhecido como sua expressão normativa⁷⁸⁸.

Levando em consideração todo o trabalho dogmático de conceituação e classificação das fontes que as diferentes teorias do Direito produziram ao longo dos séculos, e que de uma maneira ou outra, foram objeto dos capítulos anteriores, a noção de fontes normativas aqui defendida é uma proposta de releitura mais aproximada do conceito de fontes formais, do que de fontes materiais, dadas todas as ressalvas que já foram apresentadas em momento oportuno; ou seja, o que se busca apresentar é uma compreensão de fontes do Direito que opere dentro do próprio Direito e reconduza à sua autonomia.

Autonomia é aqui entendida como a necessidade de se assegurar que, no contexto da ordem democrática e constitucional estabelecida pela Constituição Federal de 1988, as decisões judiciais sejam fundamentadas exclusivamente em

⁷⁸⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 348.

⁷⁸⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica*. Belo Horizonte: Letramento/Casa do Direito, 2017, p. 279.

⁷⁸⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 135.

normas jurídicas, produto da construção democrática do Direito e do fundamento de validade instituído pela própria Constituição, excluindo argumentos de ordem política e moral que pertencem a outros âmbitos da sociedade.

Pós-positivismo, Constitucionalismo Contemporâneo e democracia pressupõem que o direito possui um elevado grau de autonomia. Isso significa que questões políticas e morais devem ser debatidas à sociedade nos meios políticos de decisão e que – no âmbito (autônomo) do direito – só se podem desconsiderar as decisões políticas tomadas em contraste com o sistema de garantias construído pela CFRB de 1988. E é exatamente este o *plus* do Estado Democrático de Direito: a diminuição do espaço de discricionariedade da política pela Constituição fortalece materialmente os limites entre direito, política e moral. Daí a importância de Canotilho e de seu trabalho sobre a Constituição dirigente. Ali o professor de Coimbra já chamava a atenção para a necessidade de pôr um freio na (antiga) discricionariedade do legislador. Também Ferrajoli apontava, com seu garantismo, para a preservação da autonomia do direito, ao elaborar a tese de que tínhamos que fazer democracia a partir do direito. *Enfim, o direito deixava de estar a reboque do político.* Este será o grande ponto de contato – poderíamos dizer transteorético – que une as propostas de Canotilho, de Ferrajoli, da hermenêutica – no modo por mim trabalhado –, de Dworkin e de Habermas: todos apontamos para um elevado grau de autonomia do direito e reconhecemos a relevância deste *plus* que constitui o Estado Democrático de Direito.⁷⁸⁹ (grifo nosso)

Desta forma, o que se busca é desenvolver uma noção de fontes normativas que seja compatível, principalmente, com a Crítica Hermenêutica do Direito, teoria de base aqui adotada, e que se destaca principalmente por sua cruzada contra as arbitrariedades e decisionismos judiciais, que obstruem tanto as garantias fundamentais da integridade e coerência do Direito, como o funcionamento das demais instituições democráticas; por isso, a importância de se compreenderem as fontes normativas como elementos internos ao próprio Direito.

Nesse sentido, busca-se também o apoio de um dos mais influentes teóricos do Direito nas últimas décadas, Ronald Dworkin, cuja força de ideias ultrapassou a *Common Law* norte-americana e inglesa, e foi determinante de pautas e referência para o diálogo com teóricos do Direito em todo o mundo, inclusive no Brasil⁷⁹⁰. Dworkin foi responsável por uma verdadeira “virada metodológica” no âmbito da

⁷⁸⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 516.

⁷⁹⁰ MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. *Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 33-40.

teoria do Direito, ao perceber que este é, ao mesmo tempo, uma ciência social e normativa, razão pela qual a discussão de seu caráter metodológico assumiu grande destaque no debate da teoria e filosofia do Direito, inclusive em seu próprio pensamento⁷⁹¹.

Por um lado, a aproximação com a filosofia tornou o debate sobre o direito mais técnico, hermético e sofisticado, exigindo novo treinamento teórico de seus participantes. Por outro lado, permitiu que temas e questões clássicas da teoria do direito – como a própria definição de direito, a teoria da interpretação e da argumentação jurídica e o papel dos princípios nos sistemas jurídicos – fossem reapreciados sob nova perspectiva. Penso que a obra de Dworkin expõe com particular sucesso o modo como esses dois processos trouxeram significativa inovação e rigor para o tratamento desses temas teórico-jurídicos.⁷⁹²

A teoria de Dworkin foi especialmente marcada pela crítica às posturas positivistas, tanto no contraponto a Herbert Hart, seu mestre, quanto ao pragmatismo norte-americano⁷⁹³; os muitos temas que ocuparam suas obras podem ser sintetizados nas discussões sobre a relação entre direito e moral, a natureza descritiva e/ou normativa da teoria do direito (estatuto teórico) e o papel da intencionalidade na interpretação⁷⁹⁴. Uma de suas virtudes foi a capacidade de aproximar a teoria do Direito dos temas da filosofia geral, debatendo essas questões com profundidade e sofisticação, sem forçar um estilo hermético e erudito, ao contrário, escreveu para juristas, privilegiando a análise dos argumentos⁷⁹⁵. Dworkin entende que a compreensão de temas clássicos da filosofia geral – como justiça, liberdade ou igualdade, entre outros – são desde sempre uma teoria moral substantiva, ou seja, produto de uma interpretação. Assim, até mesmo uma teoria que se propõe como uma teoria da verdade é, ela própria, um conceito interpretativo⁷⁹⁶. Desta forma, como defendeu em sua última obra publicada em vida,

⁷⁹¹ MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. *Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 26-27.

⁷⁹² MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. *Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 12.

⁷⁹³ MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. *Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 31.

⁷⁹⁴ MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. *Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 14.

⁷⁹⁵ MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. *Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 12-16.

⁷⁹⁶ DWORKIN, Ronald. *Justiça para ouriços*. Coimbra: Almedina, 2012, p. 131 e seguintes.

em sendo o Direito um ramo da Moral, aquele é sempre compreendido por uma teoria interpretativista.

Descrevo uma concepção do direito que o vê não como um sistema rival de regras que podem entrar em conflito com a moral, mas sim como um ramo da moral. Para que esta sugestão seja plausível, é necessário enfatizar aquilo a que se pode chamar justiça processual, a moralidade da governação justa, bem como do resultado justo. É também necessário compreender a moralidade em geral como tendo uma estrutura em árvore: o direito é um ramo da moralidade política, que é, em si mesmo, um ramo de uma moralidade pessoal mais geral, que, por sua vez, é um ramo de uma teoria ainda mais geral daquilo que consiste em viver bem⁷⁹⁷.

Sobre a renovada preocupação com a questão metodológica, enquanto os positivistas buscavam por uma teoria exclusivamente descritiva, que em muitos autores se aproximava da busca pela objetividade metodológica das ciências naturais, Dworkin – ancorado na filosofia da linguagem e na hermenêutica filosófica – construiu um *conceito eminentemente interpretativo de Direito*⁷⁹⁸; sendo esta sua contribuição de maior relevância e originalidade.

Dois teses derivam da preocupação positivista com o aspecto metodológico do Direito (isto é, o caráter descrito de sua teoria): a tese das fontes sociais e a da separabilidade entre direito e moral⁷⁹⁹. Embora as teses possuam coimplicações, para a discussão das fontes, a primeira é mais próxima. Como crítico do positivismo, Dworkin se opõe às duas, e rejeita a tese das fontes sociais (*source thesis*) a partir da crítica que estabelece à regra de reconhecimento hartiana, a qual denomina de teste do *pedigree*, que já foi objeto de análise quando do estudo do positivismo de Herbert Hart⁸⁰⁰. Contrapondo-se a Hart, mas também aos positivistas mais contemporâneos – tantos inclusivistas, quanto exclusivistas, sendo Joseph Raz um exemplo desse último grupo –, Dworkin rejeita que o Direito, enquanto “prática social normativa”, possa ter seu conteúdo determinado “exclusivamente com base em fontes sociais, independentemente de qualquer razão moral”, isto é, acredita que a existência e a validade do Direito não podem depender apenas de uma questão de

⁷⁹⁷ DWORKIN, Ronald. *Justiça para ouriços*. Coimbra: Almedina, 2012, p. 17.

⁷⁹⁸ MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. *Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 12.

⁷⁹⁹ MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. *Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 53.

⁸⁰⁰ A questão já foi objeto de análise no item 3.5 acima. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 28.

fato, externa ao próprio Direito. Ou seja, o Direito se constitui como uma “prática social cuja intencionalidade tem uma dimensão avaliativa moral e essencialmente argumentativa (e não meramente autoritativa)”, como pretende Raz⁸⁰¹.

Sob esta perspectiva, a crítica de Dworkin ao positivismo não se dá sob um ponto de vista externo, como o fazem Gustav Radbruch e Robert Alexy. Na medida em que Dworkin é autor que constrói seu pensamento a partir de um paradigma hermenêutico, sua crítica é formulada desde o interior do próprio Direito, interpretativamente, por meio do questionamento de seus próprios fundamentos conceituais e metodológicos⁸⁰². Daí também sua defesa da relação entre Direito e Moral e da preocupação com os temas da integridade⁸⁰³ e coesão do Direito.

Com essas breves considerações, busca-se uma aproximação com o pensamento de Ronald Dworkin, com o intuito de fortalecer a tese aqui defendida. Muitos são os pontos de convergência: a rejeição à tese das fontes sociais, a posição antipositivista, a base teórica na filosofia da linguagem e na hermenêutica filosófica, a preocupação com a integridade e a coerência do Direito, a relação entre Direito e Moral, a luta contra o relativismo e a crença em uma teoria da verdade, mesmo no âmbito do Direito e da Moral. Mas de todos os aspectos, o que mais se concilia na defesa da concepção de fontes normativas aqui defendidas é a compreensão do Direito enquanto prática interpretativa⁸⁰⁴.

A releitura da noção de fontes formais, aqui defendida, não implica o compromisso de reproduzir ou dar continuidade àquelas categorias, especialmente considerando o que já se demonstrou quanto à raiz teórica ou ao paradigma filosófico que lhes é subjacente (positivismos). Por isso, também a proposta de substituição do termo fonte formal por *fonte normativa*⁸⁰⁵, lembrando que esta é a

⁸⁰¹ MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. *Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 157-158.

⁸⁰² MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. *Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 159.

⁸⁰³ A ideia do Direito como um ramo da Moral não é propriamente nova na teoria de Dworkin. Em realidade, desde sua sistematização da diferença entre regras e princípios, em 1977, com a obra *Levando os Direitos a sério*, o autor já afirmava que os princípios são a expressão da política moral no Direito, ideia que posteriormente será complementada pela noção do “Direito como integridade” (*law as integrity*), na obra *Império do Direito* (1986), na qual afirma que a interpretação dos princípios implica numa leitura moral da Constituição (*on the moral reading of the Constitution*). DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

⁸⁰⁴ MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. *Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 210.

⁸⁰⁵ A expressão fonte normativa já foi usada por Castanheira Neves, embora não empregada com o mesmo papel aqui defendido, como integrante da diferença ontológica. Neves utiliza como termos sinônimos “fontes de juridicidade” e “fontes normativas”, para designar, em sua própria

resposta para uma das grandes perguntas da teoria do Direito, quais são os textos ou eventos (entes) que de fato podem dar origem às normas (ser) que compõem o ordenamento jurídico?

Assim, o termo fonte normativa é muito mais adequado para uma compreensão hermenêutica da questão, inclusive porque rompe com a dicotomia que se instalou no debate entre fontes formais *versus* fontes materiais, no qual se pode observar que as diferentes correntes positivistas estudadas nos capítulos anteriores acabam por se entrincheirar de um lado ou de outro da controvérsia.

Admitir que o acesso às fontes normativas só é possível por meio das normas jurídicas não exclui a possibilidade do trabalho da dogmática na busca de uma sistematização para o tema; afinal, esse é o espaço para a segunda espécie de *standard* de racionalidade, aquele próprio das ciências, que busca explanar o que já foi compreendido. Desta forma, é possível reconhecer que, em certa medida, permanecem válidos os estudos acerca das espécies de fontes, tais como a doutrina, a jurisprudência, os precedentes, assim como das manifestações mais recentes como súmulas, normas técnicas e indicadores, decisões de Tribunais internacionais, contratos e acordos internacionais, mediação e arbitragem, etc.

A necessidade de um rol, aberto ou fechado, de fontes tem sua origem no modelo moderno de Direito, mais dependente da produção legislativa e calcado na “onipotência do legislador”⁸⁰⁶. Embora o dogma da completude já tenha sido superado, a prevalência da lei, que até hoje persiste, mormente em países de *Civil Law* – inclusive como materialização mais concreta das escolhas democrática das comunidades políticas –, sobre as demais espécies de fontes normativas, produz uma inevitável modificação na relação dos juristas com as fontes. Isso porque no mundo antigo e medieval a fonte estava mais próxima do operador do Direito, fosse ou não costumeiro, o Direito era sempre produto e objeto do trabalho dos juristas. Com o advento da legislação, a fonte de certa forma se distancia do juiz e se desloca para a produção legislativa, gerando uma confusão compreensível, especialmente quanto à relação da lei com as demais espécies de fontes.

classificação, as fontes formais, como já foi demonstrado no capítulo 2.1 acima. NEVES, Castanheira A. *Digesta: escritos acerca do Direito, do pensamento jurídico da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, v.2, p. 10 e 290.

⁸⁰⁶ BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico*. São Paulo: Ícone, 2006, p. 74.

Castanheira Neves faz um paralelo, nesse mesmo sentido, entre as fontes na história e sua hermenêutica (aqui no sentido limitado de interpretação), partindo da ideia de que o “pensamento jurídico é uma entidade culturalmente histórica”⁸⁰⁷. Assim, (a) na Antiguidade, especialmente entre os romanos, o Direito possui um sentido verdadeiramente *prudencial*. Entre os romanos o *ius* não se confunde com a *lex* (a *lex* não é fonte do *ius*). É um verdadeiro Direito dos juristas, com uma juridicidade judicativo-casuísta. Dessa forma, há de fato autonomia do Direito, em decorrência de seu casuísmo – que não pode ser confundido com o modelo jurisdicional da *Common Law*; (b) já entre os Medievais (baixo medievo), o modelo é interpretativo hermenêutico, pois a sociedade fundada no princípio da autoridade, tem como verdadeiro foco a compreensão dos textos redescobertos (*Corpus Iuris Civilis*). É Direito como interpretação; e (c) é por fim, na Modernidade, que o paradigma se altera para um dedutivismo racional (intenção racional) e é dessa concepção que nasce a ideia de uma sistematização, classificação e identificação de um rol fechado de fontes, para que se pudesse produzir o raciocínio dedutivo e assim defender o argumento de que tal norma é válida porque produto de uma fonte também válida e reconhecida pela autoridade do Estado.

O que se pode perceber, especialmente pelo cotejo dos diferentes períodos e escolas que foram objeto de análise dos capítulos dois e três supra, é que os juristas antigos e medievais estavam “mais próximos” das fontes em comparação aos juristas modernos. Proximidade no sentido de que sem a presença maciça da lei, as fontes possuíam um caráter muito mais compartilhado e interpretativo, sendo aplicadas diretamente ao caso concreto, enquanto a legislação foi um dos grandes projetos e obra da Modernidade. Prova disso, é que o próprio conceito de norma era bastante raro até o século XIX, tendo sido verdadeiramente popularizado somente a partir de Hans Kelsen⁸⁰⁸.

Por tudo isso, embora um conceito dogmático de fonte ou uma catalogação fechada de espécies de fontes seja incompatível com o paradigma hermenêutico que embasou a proposta de uma diferença ontológica entre fonte normativa e norma jurídica, por outro lado é inevitável tecer alguns comentários sobre as diferentes

⁸⁰⁷ CASTANHEIRA NEVES, António. Fontes do *Digesta*: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 290-295.

⁸⁰⁸ FRYDMAN, Benoit. *O fim do Estado de Direito*: governar por standards e indicadores. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 19.

formas de manifestação das fontes normativas no Direito contemporâneo, o que se faz no subcapítulo a seguir.

5.4 Profusão de fontes e a (im)possibilidade de catalogação: em busca de uma compreensão hermenêutica das fontes normativas

Se o início deste último capítulo se dedicou a ampliar o olhar para a multidão⁸⁰⁹ de fontes do Direito que habitam o mundo contemporâneo, também se posicionou no sentido de que é infrutífera (irrealizável) uma catalogação exaustiva, capaz de fornecer uma sistematização ou um rol fechado de fontes; qualquer tentativa de enumeração, por mais longa, seria incompleta. Por vários motivos. Primeiro, porque significaria insistir na busca por um modelo metodológico absolutamente superado pelo *linguistic turn* e todas as consequências dessa reviravolta que já foram explicadas nos pontos acima. Segundo, porque a pluralidade de fontes segue percursos incontrolláveis – tomando emprestado as palavras de Delmas-Marty, surgem “de todo lado, a todo momento e em todos os sentidos”⁸¹⁰. Justamente, a crítica aos diferentes cenários analisados na primeira parte deste capítulo se concentrou na ausência de uma proposta de fontes que estivesse fundada em uma determinada teoria do Direito que possuísse um paradigma filosófico subjacente e estivesse, portanto, comprometida com a questão da validade e da legitimidade.

Em sequência, o trabalho percorreu os pressupostos teóricos para a afirmação de uma nova tese de fonte normativa. Alicerçada na filosofia hermenêutica e na hermenêutica filosófica, a proposta da *diferença ontológica entre fonte normativa e norma jurídica* busca se compatibilizar com a Crítica Hermenêutica do Direito, desenvolvida por Lenio Streck, enquanto teoria do Direito que defende uma clara posição sobre a teoria da norma e, especialmente, a teoria da decisão, e que está comprometida, portanto, com a legitimidade constitucional e democrática do Direito, que só pode ser assegurada por meio de sua autonomia.

Nesse contexto, busca-se agora uma “amarração” dessas duas pontas; de um lado, o novo cenário de fontes imposto pela realidade mundial globalizada e, de

⁸⁰⁹ A palavra multidão é aqui em aplicada em sentido diverso, mas simultaneamente honroso, a trilogia Império (Impero, 2000), Multidão (Moltitudine, 2004) e Comum (Comune, 2009), de Michael Hardt e Antonio Negri.

⁸¹⁰ DELMAS-MARTY, Mireille. *Por um direito comum*. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 46.

outro, uma concepção de fontes (da diferença ontológica entre fonte normativa e norma jurídica) assentada em uma teoria do Direito que responda às questões da autonomia e da legitimidade constitucional e democrática. Partindo da premissa aqui defendida de que a ideia de diferença ontológica entre fonte normativa e norma jurídica é essencial para uma teoria da decisão que busca controlar a legitimidade (e a constitucionalidade) das normas jurídicas e das decisões que elas fundamentam, recorre-se mais uma vez à contribuição das reflexões propostas por Friedrich Müller sobre a relação entre legalidade e legitimidade e a inversão desses polos levada a cabo pelo constitucionalismo contemporâneo⁸¹¹.

Se na modernidade, a legalidade era um indicativo da legitimidade do Direito, agora a legitimidade está inteiramente redefinida, há uma inversão paradoxal, a legitimidade penetra a legalidade – assim como deve(rá) penetrar todas as demais espécies de fontes, que não são produto da legislação –, na medida em que demonstra a compatibilidade das normas jurídicas, enquanto produto das fontes, que podem ser designadas como componentes do Direito positivo (outra noção que não está superada) e, de outro, porque não promove esta legitimação por meio de uma hierarquia fechada, pelo contrário, concebe o problema da legitimidade como um “problema aberto” de contínua refundação, que se dá pela compreensão da Constituição como fundamento de validade do Direito, garantindo a autonomia das normas jurídicas em relação à política e à moral. A legitimidade

qualifica a ação formalmente legal **de um modo adicional**, ou seja, denota que (a) ela é compatível com as regulamentações centrais do direito positivo (com os textos das normas) da Constituição (com a forma de estado, com os objetivos do estado, com as garantias dos direitos fundamentais, com o sistema do Estado de Direito); e que (b) ela permite continuar a discussão aberta e sem restrições por parte do Estado da questão de sua legitimidade ou ilegitimidade, ainda que a decisão formal (ato administrativo, texto legal, sentença judicial - no caso em epígrafe: a alteração da constituição) já tenha sido tomada.⁸¹²

⁸¹¹ MÜLLER, Friedrich. Legitimidade como conflito concreto do direito positivo. *Cadernos da Escola do Legislativo*, Belo Horizonte, 5 (9), p. 7-12, jul./dez. 1999. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/70182/008_muller.pdf?sequence=1>. Acesso em: 02 nov. 2017.

⁸¹² CARVALHO NETTO, Menelick. Apresentação. In: MÜLLER, Friedrich. Legitimidade como conflito concreto do direito positivo. *Cadernos da Escola do Legislativo*, Belo Horizonte, 5 (9), p. 7-12, jul./dez. 1999. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/70182/008_muller.pdf?sequence=1>. Acesso em: 02 nov. 2017.

Assim, é a preocupação com a legitimidade que amarra a importância das fontes à decisão jurídica, espaço indiscutível de compreensão e produção das normas. Essa problemática já pode ser percebida em Hans Kelsen, quando – ainda nas primeiras décadas do século XX – constata uma inevitável indeterminação na estrutura do Direito, que como explicam Marcelo Cattoni e Menelick Netto, só pode ser conhecido por meio de textos (eventos que no Direito se denominam fontes normativas) e cuja indeterminação é consequência da “possibilidade de manipulação abusiva na aplicação desses textos”⁸¹³ (fontes da normatividade). Dá-se, com isso, o “giro decisionista” de Hans Kelsen, que tenta resolver esta falsa percepção da discricionariedade por meio da Teoria Pura, propondo uma linguagem asséptica, totalmente desprovida de juízos valorativos, permitindo à ciência do Direito “traçar de uma vez por todas para as autoridades encarregadas de aplicar normas com força cogente o quadro das leituras ou sentidos possíveis de cada um dos textos de direito positivo”⁸¹⁴, empobrecendo, conseqüentemente, o papel das fontes, relegando-as àquilo que é produto, exclusivo, da autoridade estatal.

Müller, ao se ocupar da diferença entre o texto legal e norma jurídica e, portanto, compreendendo a viragem linguística, foi capaz de superar o fracasso kelseniano, e enfrentar o problema do controle do risco, sempre presente, de interpretações abusivas por parte dos encarregados de aplicar o Direito. Com isso, supera as ficções iluministas preservadas pelo positivismo, “tanto a da norma como um dado prévio, capaz de por si só regular a complexidade da vida; quanto a do fechamento e da coesão unitária interna do ordenamento jurídico”⁸¹⁵, o que demonstra o inseparável vínculo entre fonte, norma e decisão.

⁸¹³ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo; CARVALHO NETTO, Menelick de . Legitimidade e efetividade como tensão constitutiva (conflito concreto) da normatividade constitucional. In: LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto; ALBUQUERQUE, Paulo Antonio de Menezes. (Org.). *Democracia, direito e política: estudos internacionais em homenagem a Friedrich Müller*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006, v. 1, p. 615-627. Disponível em: <https://www.academia.edu/14993250/Legitimidade_e_Efetividade_como_tens%C3%A3o_constitutiva_conflito_concreto_da_normatividade_constitucional>. Acesso em: 02 nov. 2017.

⁸¹⁴ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo; CARVALHO NETTO, Menelick de . Legitimidade e efetividade como tensão constitutiva (conflito concreto) da normatividade constitucional. In: LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto; ALBUQUERQUE, Paulo Antonio de Menezes. (Org.). *Democracia, direito e política: estudos internacionais em homenagem a Friedrich Müller*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006, v. 1, p. 615-627. Disponível em: <https://www.academia.edu/14993250/Legitimidade_e_Efetividade_como_tens%C3%A3o_constitutiva_conflito_concreto_da_normatividade_constitucional>. Acesso em: 02 nov. 2017.

⁸¹⁵ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo; CARVALHO NETTO, Menelick de . Legitimidade e efetividade como tensão constitutiva (conflito concreto) da normatividade constitucional. In: LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto; ALBUQUERQUE, Paulo Antonio de Menezes. (Org.). *Democracia, direito e política: estudos internacionais em homenagem a Friedrich Müller*. Florianópolis: Conceito

Por isso, repete-se mais uma vez a imprecisão do termo “norma geral e abstrata”. Geral e abstrato é o texto, evento, ente, a fonte normativa. A norma jurídica sempre acontece no horizonte da concretude, é sempre orientada ao caso concreto (decisão jurídica), mesmo quando pensada num exemplo hipotético.

A redução do Direito a normas gerais e abstratas levada a efeito pela modernidade não significou, como desejavam iluministas e positivistas, a eliminação do problema do Direito moderno, mas, pelo contrário, **apenas a condição para que se inaugurasse o problema com o qual ele deve ser capaz de lidar: o da aplicação (em um processo de concretização) de normas gerais e abstratas a situações sempre individuais e concretas.** Dito de outro modo, não se reduziu, mas, ao contrário, se incrementou a complexidade social”.⁸¹⁶ (grifo nosso)

Levando em consideração o processo de concretização das normas jurídicas no horizonte do caso concreto (faticidade) – que remete à ideia fundamental de *applicatio* –, a contribuição da *diferença ontológica entre fonte normativa e norma jurídica* evidencia com maior facilidade que assim como as normas podem ser produto da interpretação da lei, elas também podem exsurgir das demais fontes – clássicas ou contemporâneas; nesse sentido, a noção de fonte normativa aqui defendida é verdadeiramente capaz de dar conta das mais variadas e diferentes expressões de fontes de normatividade que a realidade atual impõe, isso porque é um conceito que permite abarcar essa multiplicidade de fenômenos sob uma teoria das fontes coesa e que encontra correspondência em uma determinada teoria da norma e uma determinada teoria da decisão – a Crítica Hermenêutica do Direito⁸¹⁷.

Uma teoria pós-positivista, nada pura e que afirma a indisponibilidade da forma do Direito, é que se faz capaz de contribuir decisivamente para uma compreensão estruturante de como se deve dar constitucionalmente o processo de

Editorial, 2006, v. 1, p. 615-627. Disponível em:

<https://www.academia.edu/14993250/Legitimidade_e_Efetividade_como_tens%C3%A3o_constitutiva_conflito_concreto_da_normatividade_constitucional>. Acesso em: 02 nov. 2017.

⁸¹⁶ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo; CARVALHO NETTO, Menelick de . Legitimidade e efetividade como tensão constitutiva (conflito concreto) da normatividade constitucional. In: LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto; ALBUQUERQUE, Paulo Antonio de Menezes. (Org.). *Democracia, direito e política: estudos internacionais em homenagem a Friedrich Müller*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006, v. 1, p. 615-627. Disponível em:

<https://www.academia.edu/14993250/Legitimidade_e_Efetividade_como_tens%C3%A3o_constitutiva_conflito_concreto_da_normatividade_constitucional>. Acesso em: 02 nov. 2017.

⁸¹⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Lições de crítica hermenêutica do direito*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

concretização de programas normativos gerais e abstratos diante dos campos ou âmbitos normativos de aplicação, sempre ricos, complexos e particularizados que só podem ser definidos nos casos concretos [...] instrumental teórico apto a possibilitar o controle de legitimidade do processo de produção de decisões individuais e concretas pelos juízes e demais aplicadores do Direito, ao reconhecer a relevância do trabalho criativo desses mediadores, imprescindível para a efetiva produção da norma jurídica no nosso viver cotidiano, a partir de preceitos gerais e abstratos⁸¹⁸ (grifo nosso)

Explicando de outro modo, o que se quer expressar é que, se por um lado, se está defendendo um catálogo aberto e plural de fontes, nacional e internacional, estatal e não estatal – que reconhece a importância de fontes clássicas como a lei, a doutrina e a jurisprudência, assim como os precedentes em países da *Common Law*, bem como que se preocupa em admitir novas espécies de fontes, tais como princípios, súmulas, normas técnicas, *standards* e indicadores, decisões e protocolos de cortes e organizações internacionais, contratos e acordos internacionais, mediação e arbitragem, etc. –, de outro, não se está abrindo mão de uma teoria do Direito; pelo contrário, é justamente nesse cenário de fragmentação, quase uma *neofeudalização* das fontes, que se revigora a necessidade de uma teoria do Direito capaz de assegurar a autonomia de suas decisões.

E essa possibilidade se dá porque a Crítica Hermenêutica do Direito está ancorada no paradigma hermenêutico, que compreende o caráter constitutivo da linguagem e a função do projeto prévio na circularidade da interpretação. Assim, esse catálogo aberto de fontes normativas – enquanto entes – só poderá ser compreendido em seu sentido autêntico – *como* normas jurídicas legítimas – na medida em que o intérprete dispõe da linguagem para conhecê-las e aplicá-las. O desafio de se pensar essa pluralidade disforme, sem centro e sem topo, de fontes também produzidas fora do espaço estatal, mas ainda sim legítimas para aplicação sob o ponto de vista do Direito positivo, que autoriza sua aplicação no ordenamento pátrio, desde que adequadas à Constituição, consegue ser pensada e explicada pela

⁸¹⁸ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo; CARVALHO NETTO, Menelick de . Legitimidade e efetividade como tensão constitutiva (conflito concreto) da normatividade constitucional. In: LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto; ALBUQUERQUE, Paulo Antonio de Menezes. (Org.). *Democracia, direito e política: estudos internacionais em homenagem a Friedrich Müller*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006, v. 1, p. 615-627. Disponível em: <https://www.academia.edu/14993250/Legitimidade_e_Efetividade_como_tens%C3%A3o_constitutiva_conflito_concreto_da_normatividade_constitucional>. Acesso em: 02 nov. 2017.

diferença ontológica entre fonte normativa e norma jurídica porque existe, a ela subjacente, uma teoria do Direito bem assentada em um paradigma filosófico.

Um autor como Jürgen Habermas, num diálogo, dentre outros, com a epistemologia pós-popperiana, sobretudo com Thomas Kuhn, introduz a noção **de paradigma jurídico, que pode desempenhar, nessa discussão, um importante papel. Uma reconstrução paradigmática do Direito possibilita reconhecer a existência de um horizonte histórico de sentido, ainda que mutável, para a teoria do Direito e para a prática jurídica concreta, que pressupõe uma determinada “percepção” do contexto social do Direito, a fim de que se possa compreender em que perspectiva as questões jurídicas devem ser interpretadas, para que o Direito possa cumprir seu papel nos processos de integração social. Paradigmas do Direito constituem internamente a prática e a teoria do Direito, orientando seus desdobramentos [...]** A questão da legitimidade vista como um conflito concreto de Direito positivo, requer uma teoria metodológica dos modos de se colocar o Direito em operação, ou seja, uma teoria da normatividade tomada, a um só tempo, como determinação concreta e como ordem concretamente determinada⁸¹⁹.

Por isso a posição crítica em relação às propostas apresentada pelos vários autores da primeira parte do capítulo cinco: o reconhecimento, de forma ampla, dos fenômenos da internacionalização e da privatização das fontes não permite prescindir do Estado de Direito, de sua legitimidade democrática e constitucional, nem de uma teoria do Direito que assegure sua autonomia em relação à moral e à política. Daí a importância de uma teoria forte da decisão, como é aquela defendida pela Crítica Hermenêutica do Direito.

E a importância das fontes normativas nesse contexto é, paradoxalmente, demonstrada pela própria crítica de Lenio Streck às teorias que se concentram no problema das fontes. Criticando as correntes positivistas da *Common Law*, especialmente a visão defendida por Joseph Raz, Streck explica que, como é típico dos positivistas de *Common Law*, estes estão preocupados em identificar “a partir *de onde pode* o juiz decidir”, ou seja, estão focados na pergunta pelas fontes; já o problema de fundo da hermenêutica não é saber quais são as fontes (“*com base em*

⁸¹⁹ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo; CARVALHO NETTO, Menelick de . Legitimidade e efetividade como tensão constitutiva (conflito concreto) da normatividade constitucional. In: LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto; ALBUQUERQUE, Paulo Antonio de Menezes. (Org.). *Democracia, direito e política: estudos internacionais em homenagem a Friedrich Müller*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006, v. 1, p. 615-627. Disponível em: <https://www.academia.edu/14993250/Legitimidade_e_Efetividade_como_tens%C3%A3o_constitutiva_conflito_concreto_da_normatividade_constitucional>. Acesso em: 02 nov. 2017.

que decidir”), mas sim o problema de sentido, ou seja, questionar a melhor decisão dentro do sistema jurídico. Sob esta perspectiva crítica da hermenêutica, fica evidente a importância de uma teoria forte da decisão. Contudo, como foi dito logo acima, a decisão é sempre produto da concretização de uma norma jurídica e esta não pode ser conhecida em separado de seu ente – a fonte normativa. Dá-se assim *o intrínseco vínculo entre fonte, norma e decisão*, noções chaves para uma teoria do Direito.

Devemos lembrar que, para a grande maioria dos positivistas do *common law* – e Raz não é exceção – o problema da interpretação está ligado a uma interpretação do direito enquanto sistema, isto é, devemos entender o problema levado a cabo por estes autores como algo do tipo “a partir de onde pode o juiz decidir?”, e não “como deve o juiz decidir dentro de um certo sistema”. Em outras palavras, a questão de fundo é o que distingue o jurídico dos demais sistemas normativos e não partindo do direito o melhor modo de resolver os litígios é este ou aquele. É, pois, um problema de identificação das fontes do direito, e não dos sentidos internos deste conjunto. Neste caso, uma vez identificados os limites da juridicidade, ainda que com uma série de buracos dentro dele, não há nada a fazer se não reconhecer um âmbito de discricionariedade para aquele que está legitimado a aplicar o direito [...] Por isso que é preciso ter presente, desde já, que mesmo essas propostas renovadoras do positivismo jurídico não contribuem para a solução do verdadeiro dilema do direito contemporâneo que é, exatamente, a superação da discricionariedade judicial a partir de uma teoria da decisão.⁸²⁰

Sobre a possibilidade de se reabilitar ou revalorizar a lei em decorrência dessa nova compreensão de fontes, isso se dá porque a diferença ontológica entre fonte normativa e norma jurídica evidencia o caráter não positivista da aplicação dos textos, mesmos que legais (o velho e tradicional artigo de lei). Com isso, é possível combater a equivocada ideia de uma parte da dogmática jurídica brasileira que, na tentativa de superar o positivismo normativista de Hans Kelsen, taxou (erroneamente) a aplicação da lei como uma atitude positivista, exacerbando o papel da discricionariedade judicial como uma alternativa à subsunção⁸²¹, sem perceber que essa “nova” atitude é um mero aprofundamento no problema – uma vez que é justamente a partir do positivismo, inclusive o normativista de Hans Kelsen, que se

⁸²⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Lições de crítica hermenêutica do direito*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 27.

⁸²¹ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 322.

passa a admitir a discricionariedade como um fator inexorável da interpretação jurídica, dada a vagueza e ambiguidade da lei.

Na opinião de Lenio Streck, a discricionariedade é uma das principais características do paradigma positivista, se fazendo presente desde o positivismo exegético francês, com maior foco no âmbito legislativo, até o positivismo normativista, seja na maior atenção que dá ao papel do judiciário, seja nas posturas axiologistas. Por isso, afirma que se o “positivismo está focado no modo como se reconhece o que é direito (sua validade)”, já a hermenêutica está preocupada com a aplicação⁸²², por isso a atenção da Crítica Hermenêutica do Direito à teoria da decisão, o que por sua vez reforça a importância da compreensão das fontes normativas, dado o vínculo fundamental que se estabelece entre *fontes, norma e decisão*, como acima já foi referido.

É sob esta perspectiva que se afirma que uma adequada compreensão das fontes normativas, têm, ao mesmo tempo, o condão de abraçar as novas espécies de fontes e reabilitar as fontes tradicionais, especialmente a lei, tão desrespeitada em tempos de pamprincipiologismo⁸²³ no Brasil. Partindo do diagnóstico de que a maioria das autodenominadas teorias pós-positivistas, não positivistas e neoconstitucionalistas – embora tenham representado um grande avanço no reconhecimento da força normativa das normas constitucionais e na insurgência de um novo constitucionalismo –, não foram capazes, de fato, de romper com o positivismo, justamente porque deixaram de perceber o espaço que já era ocupado pela discricionariedade em todas as fases do positivismo⁸²⁴, Streck observa a ausência de uma teoria do Direito preocupada com o modo como juízes e tribunais decidem, razão pela qual defende a construção de uma teoria da decisão (a ser feita no âmbito da CHD) que implicará num rigoroso controle das decisões (*accountability*) – uma problemática, por sua vez, que afeta o cerne do constitucionalismo contemporâneo: a garantia da democracia⁸²⁵.

No âmbito dessa teoria da decisão, a Constituição assume características especiais e a hermenêutica deve estar comprometida com a preservação da força

⁸²² STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 324.

⁸²³ STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica*. Belo Horizonte: Letramento/Casa do Direito, 2017, p. 149-152.

⁸²⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 327.

⁸²⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 328.

normativa das normas constitucionais, impedindo que o Direito “fique a reboque” da política ou à mercê da correção moral⁸²⁶. Para tanto, lança mão de cinco princípios ou padrões que se sustentam na historicidade da compreensão e na principiologia do Estado Democrático de Direito, os quais refletem uma teoria da decisão que, em certa medida, auxilia na (re)valorização da lei como fonte normativa, frente aos desmandos do pamprincipiologismo e outras atitudes lesivas: (a) preservação da autonomia do Direito; (b) controle hermenêutico da interpretação constitucional; (c) efetivo respeito à integridade e à coerência do Direito; (d) dever fundamental de justificar as decisões (como motivação não é igual a justificação); e (e) direito fundamental a uma resposta constitucionalmente adequada⁸²⁷. Estes cinco padrões levam Streck a concluir que, via de regra, o Poder Judiciário somente poderá deixar de aplicar a lei em seis hipóteses, sob pena de violação desses princípios.

a) quando a lei (o ato normativo) for inconstitucional, caso em que deixará de aplicá-la (controle difuso de constitucionalidade *stricto sensu*) ou a declarará inconstitucional mediante controle concentrado; [...]

b) quando for o caso de aplicação dos critérios de resolução de antinomias. Nesse caso, há que se ter cuidado com a questão constitucional, pois, v.g., a *lex posterioris*, que derroga a *lex anterioris*, pode ser inconstitucional, com o que as antinomias deixam de ser relevantes;

c) quando aplicar a interpretação conforme a Constituição (*verfassungskonforme Auslegung*), ocasião em que se torna necessária uma adição de sentido ao artigo de lei para que haja plena conformidade da norma à Constituição. Nesse caso, o texto de lei (entendido na sua “literalidade”) permanecerá intacto. O que muda é o seu sentido, alterado por intermédio de interpretação que o torne adequado à constituição; [...]

d) quando aplicar a nulidade parcial sem redução de texto (*Teilnichtigerklarung ohne Normtextreduzierung*), pela qual permanece a literalidade do dispositivo, sendo alterada apenas a sua incidência, ou seja, ocorre a expressa exclusão, por constitucionalidade, de determinada(s) hipótese(s) de aplicação (*Anwendungsfälle*) do programa normativo sem que se produza alteração expressa do texto legal; [...]

e) quando for o caso de declaração de inconstitucionalidade com redução de texto, ocasião em que a exclusão de uma palavra conduz à manutenção da constitucionalidade do dispositivo;

f) quando – e isso é absolutamente corriqueiro e comum – for o caso de deixar de aplicar uma regra em face de um princípio, entendidos estes não como *standards* retóricos ou enunciados performativos.

⁸²⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 329.

⁸²⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 330-347.

Claro que isso somente tem sentido fora de qualquer pamprincipiologismo. É através da aplicação principiológica que será possível a não aplicação da regra a determinado caso (a aplicação principiológica sempre ocorrerá, já que não há regra sem princípio e o princípio só existe a partir de uma regra [...]). Tal circunstância, por óbvio, acarretará um compromisso da comunidade jurídica, na medida em que, a partir de uma exceção, casos similares exigirão – mas exigirão mesmo – aplicação similar, graças à integridade e à coerência. Trata-se de entender os princípios em seu caráter deontológico e não meramente teleológico. Como uma regra só existe – no sentido da *applicatio* hermenêutica – a partir de um princípio que lhe densifica o conteúdo, a regra só persiste, naquele caso concreto, se não estiver incompatível com um ou mais princípios. A regra permanece vigente e válida; só deixa de ser aplicada naquele caso concreto. [...]

Fora dessas hipóteses, com grande probabilidade a decisão estará fora dos marcos do Estado Democrático de Direito. Será, pois, arbitrária.⁸²⁸

A título de encerramento, lança-se mão de dois exemplos para situar o espaço verdadeiramente ocupado pela diferença ontológica entre fonte normativa e norma jurídica na aplicação do Direito. O primeiro é mais antigo, e parte da crítica de Marcelo Cattoni e Menelick Netto aos primeiros entendimentos jurisprudenciais do Supremo Tribunal Federal ao instituto do Mandado de Injunção. No julgamento do MI 107, o STF firmou o entendimento de que não caberia ao Judiciário regulamentar, em cada caso concreto submetido à sua apreciação, o exercício desses direitos, sob pena de violação ao princípio da separação dos poderes, uma vez que estaria assumindo o papel de legislador positivo. Assim, a posição assumida pela corte era de que, sem a interposição legislativa, apenas caberia ao Judiciário informar ao legislador omissa da falta de regulamentação. Hoje tal entendimento já está superado pela posição concretista, assumida com o julgamento dos MI 670, 708 e 712. Contudo o exemplo continua válido.

Na opinião de Marcelo Cattoni e Menelick Netto, o erro do STF situava-se na visão estreita de norma que expressaram, pensada como mera regra, denegando seu caráter principiológico.

Esse julgado, que passa a ser considerado o precedente na matéria, consagra não somente uma interpretação inadequada da separação dos poderes, como, **em razão de uma compreensão da norma jurídica reduzida à regra, não reconhece ao ordenamento o seu**

⁸²⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 347-348.

caráter principiológico, carente não somente de concreção legislativa mas também jurisdicional.⁸²⁹ (grifo nosso)

Mas na verdade, esse exemplo também é útil para se pensar o problema das fontes, pois ao fixar o entendimento de que somente a atividade legislativa poderia fornecer a regulamentação para o caso concreto, a corte estava denegando o caráter de fonte normativa à jurisprudência, que, inclusive, com respaldo constitucional, determinava à corte alcançar a normatividade ao caso concreto. Apropriando-se da linguagem de Lenio Streck, é preciso dar-se conta, a partir de exemplos como este, do dualismo fonte e norma, como se fossem coisas totalmente separadas, na qual a fonte é somente aquela coisa física, materializada em uma lei, produto da atividade legislativa, quando na verdade sua compreensão se dá na circularidade do horizonte da consciência histórico-efetual. Isto é, o STF não pôde concretizar a norma porque não dispunha do projeto prévio (pré-compreensão) de fonte normativa. Era preciso que o tribunal estivesse “junto do ser” para conhecer o ente, pois o ente não existe sozinho, como coisa mesma, isolado.

No ente é pensado e dito o ser. O ente não existe como ente, ou seja, o ente não existe – no sentido de sua existência – sem estar junto ao ser (o ente só é no seu ser e o ser é sempre ser-em, ser-junto (*Sein-bei*). Esse “teorema” heideggeriano, como bem assevera Stein, mostra aquilo que o próprio Heidegger denominou de “o incontornável” para a ciência. A diferença ontológica como incontornável ocorre “no aberto entre” o que é o *Dasein* compreendido “no sentido do âmbito extático do desvelamento e do velamento do ser”, onde toda a relação com os entes passa por esse incontornável, sendo ele inacessível “com os meios das ciências”. Assim, *aprender a guardar (proteger) a diferença ontológica é o que preserva a ciência da total objetivação, o que somente resulta da destruição, desconstrução e superação da metafísica, que entificou o ser e assim encobriu a diferença, sobretudo na modernidade.*⁸³⁰

O outro exemplo que permite repensar a importância das fontes é o voto do Min. Roberto Barroso no julgamento do Habeas Corpus 124.306/RJ e a crítica que Lenio Streck vem formulando aos chamados “princípios sem normatividade” ou às

⁸²⁹ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo; CARVALHO NETTO, Menelick de . Legitimidade e efetividade como tensão constitutiva (conflito concreto) da normatividade constitucional. In: LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto; ALBUQUERQUE, Paulo Antonio de Menezes. (Org.). *Democracia, direito e política: estudos internacionais em homenagem a Friedrich Müller*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006, v. 1, p. 615-627. Disponível em: <https://www.academia.edu/14993250/Legitimidade_e_Efetividade_como_tens%C3%A3o_constitutiva_conflito_concreto_da_normatividade_constitucional>. Acesso em: 02 nov. 2017.

⁸³⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 293-294.

“decisões judiciais que afirmam direitos não fundados em normatividade”; em realidade, a *inautenticidade dessas decisões* – como é o caso dessa decisão, que descriminaliza o aborto praticado até o primeiro trimestre de gestação, sob o argumento de que na ponderação entre o bem jurídico protegido pelos artigos 124 e 126, do Código Penal, “vida potencial do feto” e os “diversos direitos fundamentais da mulher”, o princípio da proporcionalidade autorizaria a prevalência do segundo –, decorre da interpretação (inautêntica) de um sentido sem ente, isto é, a norma jurídica construída no horizonte do caso concreto não está fundada em nenhuma fonte normativa, daí a ausência de normatividade da decisão. Se a decisão no Habeas Corpus 124.306/RJ for compreendida a partir da diferença ontológica entre fonte normativa e norma jurídica, percebe-se, então, que a inautenticidade da interpretação decorre da ausência de fonte normativa; de um sentido sem ente, violando a máxima da diferença ontológica de que o ser só pode ser no seu ente e o ente só é no seu ser.

Por fim, um derradeiro exemplo das chamadas decisões sem normatividade e que, no presente trabalho, chama-se atenção para o problema da diferença ontológica, buscando demonstrar que na verdade são decisões cuja inautenticidade (da interpretação) da norma decorre da ausência de fonte normativa são as decisões no âmbito administrativo e jurisdicional que o Projeto de Lei do Senado, PL 349/2015, busca combater. Ao referir a obrigatoriedade dos juízes e demais autoridades com poder decisório, de fundamentarem adequadamente suas decisões, o projeto de lei claramente está tentando combater as decisões judiciais e administrativas que, ao invés de se fundarem em fontes normativas legítimas e autenticamente compartilhadas pela ordem jurídica, acabam por exercitar as diferentes expressões da arbitrariedade – por pamprincipiologismo, por razões de cunho pessoal, por razões políticas e de ativismo, por correção moral e etc.

Neste ponto, se faz valer a contribuição de Gadamer sobre os efeitos da consciência histórica sobre o intérprete e os limites que a tradição impõe à interpretação autêntica ou inautêntica⁸³¹. Se, a partir de Heidegger, a tomada de consciência da finitude do *Dasein*, leva obrigatoriamente à pergunta pelo ser, na medida em que o ser finito está sempre determinado pela temporalidade, o que

⁸³¹ GADAMER, Hans-Georg. *O problema da consciência histórica*. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 12 e 17.

significa que não consegue pensar o ser de forma permanente⁸³², em Gadamer a temporalidade será determinante para a tradição na qual o *Dasein* está inserido. Assim, a temporalidade (que impõe a finitude humana) em Gadamer se manifesta pela dinamicidade do mundo a ser compreendido, que está em constante modificação (movimento) e que só pode ser compreendido intersubjetivamente *na* linguagem.

Nesse contexto, dá-se a importância da tomada da consciência histórica e do papel positivo a ser exercido pela tradição, que é algo essencialmente compartilhado pelo conhecimento histórico e a epistemologia das ciências humanas com a própria existência humana⁸³³. Esse papel positivo da tradição são os limites impostos a uma interpretação que se busque autêntica. Gadamer entende “por consciência histórica o privilégio do homem moderno de ter plena consciência da historicidade de todo o presente e da relatividade de toda opinião”, cujos efeitos se manifestam a todo momento na atividade intelectual contemporânea⁸³⁴. Relatividade aqui não pode ser entendida como subjetivismo ou “fim das verdades”, ao contrário, é a partir dela que Gadamer defende a contribuição positiva da tradição. É importante lembrar que, mesmo em Heidegger, a abissalidade do fundamento e a pré-compreensão não desmontam a ideia de verdade, que passa a ser compreendida como desvelamento.

A tomada de consciência tem, portanto, um efeito positivo, e não negativo, assim como o projeto prévio, que deve levar a um círculo virtuoso e não vicioso, já dizia Gadamer em *Verdade e Método*. No caso da tomada de consciência dos efeitos da história, significa que a tradição impõe limites à interpretação, no sentido de assegurar uma interpretação autêntica. Por interpretação, Gadamer entende não apenas o que se aplica aos textos e à tradição oral, mas a tudo aquilo que pode ser transmitido pela história, como a interpretação de um evento histórico, as expressões do espírito e dos gestos, ou até mesmo um comportamento⁸³⁵. O que reforça a compreensão ampla de fontes normativas acima defendida; nesse sentido,

⁸³² PEREIRA, Viviane Magalhães. *A superação do conceito moderno de subjetividade: Gadamer e a verdade da história*. Semana Acadêmica do PPG em Filosofia da PUCRS, VII Edição, 2011. Disponível em:

<http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/semanadefilosofia/edicao7/Viviane_Magalhaes.pdf>.

Acesso em: 02 nov. 2017.

⁸³³ GADAMER, Hans-Georg. *O problema da consciência histórica*. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 12.

⁸³⁴ GADAMER, Hans-Georg. *O problema da consciência histórica*. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 17.

⁸³⁵ GADAMER, Hans-Georg. *O problema da consciência histórica*. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 19.

são todas diferentes expressões de entes que só podem ser compreendidos pela interpretação e cuja autenticidade das normas jurídicas depende da tomada da consciência do intérprete acerca da tradição que o determina.

A consciência dos efeitos da história significa o intérprete dar-se conta de que está inserido em um paradigma de subjetividade, isto é, dar-se conta de que a compreensão de si próprio (*Dasein*) e do mundo se dá na intersubjetividade da linguagem; o *Dasein* compreende a história de forma concomitante a compreensão de si próprio, e esta é sempre uma visão parcial, dada a finitude humana e a dinamicidade do mundo⁸³⁶; no âmbito do Direito, isto significa dizer que há um discurso público (pois a linguagem não é particular), legitimado pelo espaço democrático do Estado de Direito (tradição autêntica), e que produz aquilo que denominamos de Direito.

A tomada de consciência dessa intersubjetividade pelo jurista, ou seja, de que há uma tradição autêntica – do que é Estado de Direito, constitucionalismo e democracia – impõe limites à interpretação. A fonte normativa – como única espécie de texto (qualquer manifestação da história) capaz de produzir normas jurídicas –, impõe limites mínimos. A fonte não é algo em si, que sujeita o intérprete, mas também não é produto de sua subjetividade; ela não é a própria norma, nem assujeita o jurista, mas dá os limites para a construção dos sentidos autênticos.

A força do efeito da história sobre o intérprete é ele dar-se conta disso – ou seja, de que está inserido na história, e que esta não se produz de maneira privada, na sua subjetividade –, ela é produto de uma intersubjetividade linguística, que no espaço do Direito precisa ser construída pelo debate público do ambiente democrático, cujos textos são denominados de fontes normativas.

Essa contribuição de Gadamer, sobre a amplitude que todo o produto da história exige interpretação, é que permite conciliar as fontes tradicionais com novas as fontes normativas; não só a tomada de consciência dos efeitos da história pelo intérprete é essencial para a compreensão dessas novas fontes normativas (locais, internacionais e privadas), no horizonte da tradição do Estado de Direito, constitucional e democrático, como verdadeiras conquistas civilizatórias, mas

⁸³⁶ PEREIRA, Viviane Magalhães. *A superação do conceito moderno de subjetividade: Gadamer e a verdade da história*. Semana Acadêmica do PPG em Filosofia da PUCRS, VII Edição, 2011. Disponível em: <http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/semanadefilosofia/edicao7/Viviane_Magalhaes.pdf>. Acesso em: 02 nov. 2017.

também permite a fundamental reabilitação da combalida *lei* no Brasil, que vem sofrendo com os desmandos e desprestígios da arbitrariedade judicial e das posturas pamprinciologistas. Em sendo o Brasil um país de tradição romano-germânica, a lei não está perdida, ao contrário, continua central no panorama das fontes normativas, como inclusive se demonstra pela (re)valorização das codificações na última década.

Nesse sentido, para concluir, não se pode deixar de concordar com Lenio Streck ao criticar posturas sincretistas que defendem de forma totalmente acrítica – e sem qualquer autenticidade de argumentos, ao arrepio da tradição e de toda a carga histórica que existe por trás das fontes e sua compreensão – que o Brasil passou a adotar um sistema de precedentes⁸³⁷. Defender esta ideia é negar e desconhecer toda a historicidade dos precedentes da *Common Law*, bem como a formação da tradição da *Civil Law*. Tomando emprestadas as palavras geniais de Ronald Dworkin, isso não é levar as fontes a sério!

⁸³⁷ STECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e Jurisdição: diálogos com Lenio Streck*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p. 27-29.

6 CONCLUSÃO

O tema das fontes se faz presente na formação de todo estudante de Direito, assim como é objeto de referência e análise em quase todos os livros de introdução, teoria geral, filosofia, parte geral do Direito civil e vários outros ramos do Direito, além de ser um conceito usado com certa frequência na manifestação dos operadores jurídicos. Mas se por um lado é verdadeira essa presença maciça da ideia de fontes na formação, estudo e prática dos juristas, por outro também é correta a sensação da falta de clareza sobre o assunto e a percepção de que a vagueza do conceito autoriza sua aplicação para uma multiplicidade de sentidos, que se traduz nas equívocas classificações que aparecem em diferentes obras, sem maiores preocupações de se fazer ecoar e estabelecer alguma equivalência ou diálogo que permita, a partir de um sentido compartilhado, avançar no debate.

No contexto brasileiro, as obras mais superficiais – grande maioria – se limitam a diferenciar a dicotomia fontes formais e fontes materiais, destinando não mais que uma ou duas páginas ao tema, o que apenas contribui para a desinformação que tradicionalmente cerca a matéria, e mesmo as obras de caráter mais crítico, insistem no hábito de referir as fontes apenas num ou noutro sentido específico (formais, sociais, de validade, de conhecimentos, etc.), de acordo com o argumento que visam desenvolver, sem uma revisão mais detalhada da pluralidade de significados que permita uma reflexão mais coesa do assunto, perpetuando o cenário de desarmonia que caracteriza o uso do termo.

Essa realidade, por si só, já é motivação suficiente para impulsionar um trabalho acadêmico de maior fôlego, que faça a revisão geral do assunto. Mas além disso, a retomada do estudo das fontes também se justifica pela defasagem que a matéria vem sofrendo em comparação à teoria da norma e à teoria da interpretação. Foco de imensa atenção nas últimas décadas, as duas últimas foram objeto de grande avanço na doutrina brasileira e internacional, cujo empenho não foi igualmente dedicado a teoria das fontes, que ficou relegada a segundo plano. Dessa forma, enquanto muito se escreve e publica acerca das normas, especialmente dos princípios, e muito se debate sobre o papel e os limites da interpretação, quase nada se avançou em termos de fontes, prova disso é que muitas obras publicadas na última década, como se demonstrou no capítulo quatro, ainda dissertam sobre as

fontes exatamente nos mesmos termos das obras publicadas na década de cinquenta do século passado, logo após a entrada em vigor da LICC, que por sua vez refletiam uma concepção positivista ainda do século XIX.

Diante da evidenciada relevância do tema, o problema de pesquisa que impulsionou a tese foi o questionamento acerca do sentido de fonte, enquanto categoria que tradicionalmente compõe a teoria do Direito, perguntando qual seria a concepção mais adequada à realidade atual – que impõe e depende da harmonia entre os fundamentos do constitucionalismo contemporâneo no plano nacional e as novas fontes provenientes do mundo globalizado –, e, especificamente, ao conjunto teórico da Crítica Hermenêutica do Direito. Nesse sentido, o trabalho impôs a consecução de vários objetivos particulares, para então alcançar a demonstração de originalidade da hipótese.

No segundo capítulo, a tarefa se concentrou na formação e na origem histórica do termo *fonte*, situando-o principalmente na conformação da tradição da *Civil Law*, desde o Direito romano e a aplicação do *Corpus Iuris Civilis* como um *ius commune* na Europa medieval. Mas a verdadeira consolidação do instituto se deu, com efeito, de forma cooriginária ao nascimento do Estado moderno, a partir do princípio da soberania e do sentimento de nação; somente o Estado soberano poderia ser produtor das fontes do Direito nacional e a soberania e a organização do Estado decorrem da legitimidade de seu Direito. Institui-se, assim, o monopólio das fontes estatais, indissociável da noção de uma hierarquia encerrada em um sistema fechado.

Desse contexto, emerge a equiparação do Direito à legislação e, por consequência, o estreitamento da concepção de fontes à exclusividade da lei, posteriormente complementada pela ideia de fontes subsidiárias para os casos excepcionais de lacuna. É sob esta perspectiva que as fontes do Direito passam a receber maior atenção da doutrina e o labor mais volumoso em sua classificação e sistematização. Chega-se ao século XIX e à ascensão do positivismo. Nesse ponto, a tese se concentrou em filtrar a polissemia do termo fonte, que ensejou seu emprego a partir de diferentes critérios e classificações, o que desde então vem pautando seu estudo. Dessa forma, o trabalho se esforçou em sanear as distinções terminológicas necessárias para uma tese que se propõe a reformular o problema das fontes, elucidando diferenças como fontes formais e materiais, direito objetivo e

direito subjetivo, direito positivo, fontes de validade, fontes históricas, fontes de conhecimento, etc.

O terceiro capítulo ocupou-se do positivismo, em suas expressões antigas e mais recentes, percorrendo as principais concepções de fontes do século XIX ao século XXI. O capítulo inicia pela Escola da Exegese, que teve papel decisivo na equiparação do Direito à lei – ao defender a ideia de completude do Código de Napoleão e ao instituir o princípio do *non liquet* – e, conseqüentemente, na restrição do papel do juiz à “mera boca da lei”, cabendo-lhe somente a subsunção dos fatos à norma, o que posteriormente seria levaria à fixação da ideia de lacunas e das fontes subsidiárias de colmatação, como a analogia e os princípios gerais do Direito.

Depois da escola francesa, o capítulo se voltou para a influência das escolas alemãs, Histórica e Jurisprudência dos Conceitos, que prepararam o terreno para o surgimento da ideia de fontes materiais. Embora a Escola Histórica fosse, em termos, contrária à codificação, continuou, assim como o exegetismo francês, vinculada à valorização de um forte texto *autoritarista* com papel de fonte formal – o Código Civil entre os franceses e o *Corpus Iuris Civilis* entre os alemães –, embora a classificação ainda não fosse relevante à época; contudo, a escola de Savigny e seu conceito de “espírito do povo” foi quem abriu caminho para a noção de fontes materiais, o que posteriormente seria sistematizado com maior clareza por François Geny, no Movimento do Direito Livre. Já para a Jurisprudência dos Conceitos, as fontes ficam presas na dicotomia entre os conceitos da ciência jurídica (fontes consideradas superiores) e as regras jurídicas isoladas, dando-se início à imagem da organização hierárquica piramidal que depois consagrou Hans Kelsen.

A partir das escolas germânicas, preparou-se o terreno para o surgimento das diferentes correntes sociológicas, que, sob o aspecto das fontes, foram o marco divisor para a valorização das chamadas *fontes materiais*, hoje mais conhecidas como *fontes sociais*. Embora distintas entre si, as várias correntes estudadas – Movimento do Direito Livre, Jurisprudência dos Interesses, Realismo Jurídico, etc. – guardam algumas semelhanças que merecem destaque, como a crítica ao formalismo, a inevitabilidade das lacunas em decorrência da vagueza e ambigüidade das normas, o foco na atividade dos juízes e tribunais (retratando o Direito *como aquilo que os juízes, de fato, decidem*) e, conseqüentemente, a inexorável discricionariedade judicial que todos esses fatores produzem. Dos autores

revisitados, François Geny merece especial destaque, pela originalidade da classificação dicotômica entre fontes formais e fontes substanciais, que acabou “fazendo escola”. Geny foi um crítico ferrenho do exegetismo francês e das ideias de completude da lei e da *interpretação exegética-mecanicista*; sua principal preocupação estava voltada para a questão da interpretação, abrangência e limites na função de completar lacunas, espaço no qual passa a valorizar as fontes substanciais (elementos naturais ou sociais, que embora não possuam natureza normativa, influenciam no conteúdo do Direito, tais como condições biológicas e psicológicas, fatos históricos, argumentos racionais ou valores idealizados), o que estabelece o tom para as escolas futuras, especialmente de matriz sociológica, sendo possível encontrar vestígios até os dias atuais, como na ênfase de Raz às chamadas fontes sociais.

Como não poderia deixar de ser, o trabalho não esqueceu de investigar a visão do positivismo normativista de Hans Kelsen, cuja principal descoberta é o absoluto descrédito do autor na categoria das fontes, tanto que, em mais de um texto, cunha o conceito como “juridicamente imprestável”. O principal motivo para a desvalorização das fontes é a cisão que opera entre a ciência do Direito e seu âmbito concreto de aplicação; isso porque a primeira (dita ciência pura) é apenas *referida* às normas jurídicas por meio de proposições (descrições das normas positivas), o que lhe assegura a almejada pureza. Tal cisão, contudo, possui uma nebulosa linha divisória, principalmente pelo fato de Kelsen assentar a validade transcendental de ambos os planos (ciência e aplicação) no *a priori* da Norma Fundamental. Com isso, Kelsen confusamente atribui muitos significados ao termo figurativo fonte, equivocadamente equiparando as fontes normativas à própria fonte de validade do Direito.

Por fim, o terceiro capítulo se ocupa do positivismo moderado de Herbert Hart, que, posterior a Kelsen, teve mais acesso ao giro-linguístico, contendo-o de cometer o mesmo erro de Kelsen, que assentou a validade do Direito num pressuposto lógico-transcendental. Para Hart, o Direito é válido na medida em que recebe o reconhecimento político da comunidade que o institui; a esse procedimento, denomina *regra de reconhecimento*, que não possui natureza jurídica, razão pela qual sua validade se dá no plano social, o que também desloca o foco de sua teoria para as fontes sociais (ou tese social), na medida em que argumentos morais serão contingencialmente admitidos na fundamentação do juiz,

especialmente em razão do reconhecimento de que a linguagem possui uma textura aberta (vaguezas e ambiguidades), permitindo aos juízes decidir de acordo com padrões externos ao Direito (tais como argumentos morais ou políticos).

Nesse sentido, a principal crítica que se dirige ao pensamento de Hart é no sentido da ambiguidade que produz entre fontes formais e materiais, ao introduzir um certo sincretismo à regra de reconhecimento, que admite tanto critérios normativos (formais), quanto fáticos. Assim, se faz coro à crítica de Ronald Dworkin ao *teste do pedigree* e à posição hartiana fragmentária que assentou a verificação da validade das normas em critérios formais normativos (de conformidade com as regras de procedimento da produção jurídica), em prejuízo de seu conteúdo moral.

O pensamento de Hart foi o mote para uma “atualização” do positivismo em sua vertente *inclusivista*, preocupada em buscar uma convergência da teoria com a realidade do Direito nos Estados constitucionais do segundo pós-guerra. Estas vertentes, embora não abandonem a tese das fontes sociais, admitem critérios morais como vetor de verificação da validade do Direito, passando a aceitar que se o Direito se identifica por convenções sociais, estas podem, contingencialmente, adotar princípios morais na validação das regras jurídicas, defendendo assim uma *versão fraca* da regra de reconhecimento.

Já a corrente exclusivista, que tem em Joseph Raz seu maior expoente, se caracteriza por uma defesa forte da tese das fontes sociais, pautada pelos seguintes atributos: (a) uma teoria que se proponha completa deve fornecer testes de identificação do conteúdo e da existência do Direito; (b) existe vocabulário suficientemente rico de termos neutros sob o ponto de vista valorativo; (c) a tese não exige a desconsideração das intenções, motivações e ponto de vista moral da população; e (d) é irrelevante a distinção entre a *necessidade* de uma condição social para identificar o Direito (uma regra é legal *somente* se atender a uma condição social) e a *suficiência* de uma condição social para identificar o Direito (uma regra é legal *se* atender a uma condição social), pois os fatos sociais são ao mesmo tempo condições necessárias e suficientes para identificar o Direito. Assim, não há conexão necessária entre Direito e moral; o que existe é apenas um *uso contingente* da moral em circunstâncias particulares, razão pela qual se o juiz fizer uso de argumentos morais para decidir, somente a própria decisão terá natureza jurídica e poderá ser, ela própria, fonte do Direito, ficando o princípio moral *fora* do Direito.

Com isso, Raz claramente defende que são as fontes sociais que efetivamente produzem o Direito, sendo sua “sources thesis” do tipo forte na medida em que defende que a validade do Direito produzido (na decisão judicial) depende exclusivamente das fontes sociais, das quais ficam excluídos os princípios morais, embora o juiz possa fazer recurso a esses para decidir. Sob esta perspectiva, a principal crítica a Raz é quanto a perda de autonomia que se processa no Direito.

Mas a tese das fontes sociais de Raz não pode ser simplesmente equiparada às fontes substanciais de Geny, há no primeiro alguma complexidade e sofisticação a mais, pois Raz opera uma espécie de mixagem entre as categorias substanciais e formais, porquanto inclui na tese das fontes também as fontes de Direito positivo – os mecanismos legítimos e solenes que são produto de uma elaboração técnica, tais como a lei, o precedente e a sentença judicial, o que significa que a insistência em denominar a tese das fontes em tese social nada tem a ver com a negação das fontes formais, mas com seu deslocamento para dentro das fontes substanciais; trata-se, na verdade, de um mecanismo para insistir na expulsão dos conteúdos morais da moral da regra de reconhecimento e da validade do Direito.

E é sob esta perspectiva que a tese concentrou sua crítica, tomando por base o referencial teórico da Crítica Hermenêutica do Direito, que ajuda a iluminar a forma com que os positivistas tomam a discricionariedade judicial como um *fato* empírico inexorável. Assim, a teoria de Lenio Streck busca demonstrar que existe uma obrigatória justaposição entre o problema da decisão na teoria do Direito e a teoria democrática, buscando evidenciar que o fenômeno jurídico não é independente da política, sob pena de abandono dos avanços e das conquistas do constitucionalismo do segundo pós-guerra.

Sob o ponto de vista hermenêutico, a teoria das fontes sociais, que com algumas variações é comum a todos os positivismos, entende que o Direito é produto de fatos sociais, fatos esses que ganham relevância jurídica pela subjetividade do intérprete, que o identifica e descreve como um fato social relevante, que o ser humano arbitrariamente ou intencionalmente passa a chamar de Direito, o que pode ser especificamente repreendido pela insistência desse paradigma continuar dando as armas ao sujeito solipsista, o que permite identificar a obstinação positivista com a *inafastável* subjetividade do juiz ao desprezo pelos paradigmas filosóficos. Nesta postura, o intérprete acredita que os objetos estudados e descritos pelo ser racional (sujeito solipsista da modernidade) são

produto da sua inteligência, de sua subjetividade, ou seja, as coisas existem na medida em que sua razão (subjetividade) as identifica, descreve e nomeia.

Já o quarto capítulo tratou especificamente do contexto brasileiro e dirigiu todos seus esforços à desconstrução do Art. 4º da LINDB. A pesquisa partiu da identificação do modelo de Direito que embasou a elaboração da lei, para demonstrar que as tradicionais concepções: (a) da equiparação da lei à norma, (b) do problema das lacunas decorrentes do método da subsunção e (c) das fontes subsidiárias de colmatação do sistema, necessariamente remontam ao positivismo do século XIX, em um sincretismo das visões exegética, histórica e sociológica. Para tanto, revisou vários comentaristas do período de publicação da lei (décadas de 1940 e 1950); mas a grande surpresa foi a demonstração de que de lá para cá, passados mais de setenta anos da entrada em vigor da lei, e decorridas todas as transformações provocadas pelo constitucionalismo do pós-guerra e na teoria do Direito, autores brasileiros contemporâneos continuam insistindo nos velhos jargões, “equiparação da lei à norma jurídica”, método da subsunção para os casos fáceis, “se a lei é lacunosa, o sistema jurídico não é, em razão das fontes supletivas”, e, principalmente, o mais perigoso e danoso de todos, “a Constituição de 1988 operou a *mera transformação* dos princípios gerais do Direito em princípios constitucionais”, ao arrepio de toda a tradição e historicidade que permeia realidades tão distintas (tese da descontinuidade) – princípios gerais de então e princípios do constitucionalismo contemporâneo.

Várias foram as conclusões que apontaram para a inconstitucionalidade da LINDB e seu anacronismo teórico, das quais se destacam a insistência pelo método da subsunção, a manutenção de um rol fechado e hierarquizado de fontes diante da imposição de uma abertura desse catálogo frente aos desafios do mundo globalizado e, principalmente, a dificuldade em operar com a tese da descontinuidade dos princípios gerais, isto é, a incapacidade de compreender que os princípios gerais referidos no Art. 4º da LINDB remetem a uma concepção positivista do Direito que não reconhecia força normativa aos princípios, pois esses eram produto de uma teoria do Direito que tinha nas regras a única espécie de normas jurídicas admitidas e que ainda guardava enorme desprestígio aos princípios, relegando-os à última posição, em um sistema de cronologia obrigatória, podendo ser usados, para a colmatação de lacunas, somente após o insucesso da analogia e dos costumes.

Por tudo isso, é inadmissível imaginar que a sucessão da Constituição de 1988 e de todas as transformações provocadas pelo fenômeno da publicização na teoria do Direito tenham operado uma “simples e direta” conversão desses desfavorecidos princípios gerais nos princípios constitucionais, com toda a carga normativa que carregam atualmente. Assim, é preciso defender, inclusive no plano simbólico, que há uma verdadeira descontinuidade, ruptura. Não se trata do mesmo fenômeno, pois os sentidos de um e outro foram constituídos a partir de tradições e de uma historicidade completamente distintas.

Todos esses reparos foram alicerçados, e dependem essencialmente, da desconstrução heideggeriana ao pensamento metafísico. A dependência ao método, como única forma de assegurar verdade ou correção às ciências, e aos dualismos (fato e direito, subsunção e ponderação, casos fáceis e difíceis, regras e princípios, etc.) só pode ser ultrapassada por meio da compreensão hermenêutica da abissalidade do fundamento e do papel constituinte da linguagem na interpretação que o *Dasein*, diante de sua finitude, faz de si e do mundo; isto é, ao invés de buscar por um *fundamento inconcussum absolutum veritatis* (grau zero), necessário aos métodos tradicionais, Heidegger desconstrói o pensamento metafísico – mais no sentido de seu inexorável adentramento, do que propriamente a sua negação –, apresentando a verdade como desvelamento, o que só pode acontecer na circularidade da compreensão (pré-compreensão), que permite a abissalidade do fundamento no meio da intersubjetividade linguística. A crítica de Heidegger se dirige tanto à metafísica clássica, desde os gregos, quanto à moderna, que tem em Kant seu ápice; o problema da linguagem, ou melhor dizendo, de sua ausência na filosofia, é um ponto de aproximação entre as duas metafísicas. A primeira, porque a torna desnecessária: se o homem conhece as coisas por uma essência que o objeto carrega, não necessita da linguagem para intermediar esse acesso (a exemplo da máxima jurídica “*in claris cessat interpretatio*”); a segunda, porque a instrumentaliza, como se também a linguagem estivesse à disposição do homem racional, para ser aplicada pelo subjetivismo do intérprete.

A superação do pensamento metafísico, pela sua adequada realocação na finitude e na temporalidade determinantes da condição humana de se compreender e compreender o mundo e os objetos, faz-se, assim, essencial à superação da “resistência positivista” que domina todos os aspectos da apreciação da LINDB na doutrina brasileira dominante. A dramaticidade do problema se evidenciou ainda

mais quando se deu a novação de seu título em 2010; se até então era possível tentar justificar a “não recepção” dos dispositivos por um “mero descuido”, um apego à tradição, que não percebia o anacronismo de tais dispositivos legais – muito anteriores à Constituição de 1988 – a recentíssima renovação das disposições, após décadas da emergência da nova principiologia constitucional, é imperdoável. É inadmissível que, após 30 anos da promulgação da Constituição 1988 – que alinhou o país com a tradição constitucional das grandes democracias mundiais –, ainda se mantenham, no ordenamento pátrio, dispositivos desta natureza.

Ultrapassadas as conclusões parciais, o trabalho alcançou seu momento mais propositivo, e com o capítulo cinco apresentou o cerne de sua hipótese original, que circunscreveu o questionamento sobre o sentido que as fontes do Direito assumem a partir de uma nova formulação da diferença ontológica; se antes a diferença heideggeriana “ser e ente” era compreendida no plano do Direito como a diferença entre texto e norma (sentido do texto), o trabalho defende – diante da crise da soberania do Estado e da multiplicidade desordenada de fontes que a realidade impõe e sob a luz de uma teoria contemporânea das fontes, que necessita acompanhar os avanços da teoria da norma e da decisão – que o teorema fundamental é melhor compreendido pela *diferença ontológica entre fonte normativa e norma jurídica*.

Partindo da revisão de autores como Perez Luño, Delmas-Marty, François Ost, Michel Kerchove, Gunther Teubner e Benoit Frydman, entre outros, que se ocupam majoritariamente com o atual cenário europeu de novas formas de expressão das fontes – sintetizadas nas ideias de internacionalização e privatização –, percebeu-se que o estudo desses autores está muito mais focado, por meio do diagnóstico das crises do Estado moderno e da perda da soberania e outros elementos simbólicos centrais, em pensar novos (re)desenhos ao exaurido modelo da pirâmide kelseniana, insistindo na ideia de abertura, complexidade e “ausência de modelo”, do que propriamente enfrentar um novo contorno para o fenômeno das fontes, assentada em uma teoria que ainda se preocupa com a produção legítima de normas no espaço do constitucionalismo democrático.

Para tanto, o trabalho se aprofundou no referencial teórico que lhe deu suporte, e adentrou a diferença ontológica heideggeriana, com o propósito de construir a pré-compreensão linguística necessária para defender a diferença

ontológica entre fonte normativa e norma jurídica no âmbito da teoria do Direito. Os avanços da filosofia de Heidegger e, posteriormente, da hermenêutica de Gadamer, marcam uma modificação radical no pensamento filosófico, construída especialmente pelo “giro ontológico da linguagem” (*linguistic turn*). Essa virada linguística está ligada ao destaque que Heidegger dá à finitude humana. É a partir da plena consciência dessa finitude (o ser humano é temporalmente determinado porque não consegue pensar o ser de forma permanente), que a linguagem assume papel central em seu sistema filosófico; tão finito é o homem que não pode pensar o ente, tem acesso somente ao ser, que é temporalmente determinado, provisório no tempo. A linguagem será, portanto, a condição de possibilidade para compreender o ser. Toda compreensão é sempre intermediada pela linguagem e o *Dasein* compreende a si e ao mundo nessa intersubjetividade linguística.

Com isso, Heidegger desenvolve seus dois teoremas fundamentais: a diferença ontológica e o círculo hermenêutico (pré-compreensão). A diferença ontológica nasceu da investigação heideggeriana da metafísica e representou a passagem das teorias do sujeito (da consciência e da representação) para as teorias do mundo prático, por meio de um diálogo do filósofo consigo mesmo e com a história da filosofia. Com isso, a desconstrução que procede da metafísica, principalmente em *Ser e Tempo*, visa superar o esquema sujeito-objeto. Nas limitações de sua finitude, o ser humano não tem acesso às coisas mesmas (ente), mas apenas ao sentido que linguisticamente tem condições de atribuir (ser). E essa atribuição de sentido depende da circularidade hermenêutica, da pré-compreensão.

Só é possível compreender quando se possui a pré-compreensão, pois a linguagem não possui um grau zero. Diferentemente do saber das ciências, que dependem do método e de um fundamento absoluto, a compreensão se dá numa circularidade, na qual o fundamento é abissal e a verdade é um desvelamento. E essa pré-compreensão também está ligada a ideia de *als*, o “como” hermenêutico. O *Dasein* compreende aquilo sobre o qual possui uma pré-compreensão; isto é, se possui a linguagem para entender aquele objeto como algo que tem um (certo) sentido.

Em Gadamer, a pré-compreensão será entendida como projeto prévio. Ao falar da autenticidade da interpretação, Gadamer explica que o projeto prévio de sentido (pré-conceitos) deve estar aberto para que projetos rivais possam se colocar

lado a lado, sem arbitrariedades, sob pena de se operar em um circuito fechado, com isso, conclui que o ponto culminante de Heidegger não foi demonstrar a circularidade da compreensão, mas antes que esse círculo possui um sentido ontológico positivo, que repele a arbitrariedade. O sentido não está no texto (ente), mas também não está na subjetividade do intérprete; o projeto prévio (pré-compreensão) não pode levar a um círculo fechado de opiniões arbitrárias. Daí a importância da hermenêutica gadameriana na luta contra o decisionismo. Dois conceitos foram chaves nesse ponto do trabalho: a autenticidade da interpretação e a consciência histórico-efetual.

Para que uma interpretação seja autêntica, porque a hermenêutica opera sim com a noção de verdade, o sujeito precisa tomar consciência dos efeitos da história sobre si, evitando que sua pré-compreensão opere prejuízos ou sentidos inautênticos. A tomada de consciência tem, portanto, um efeito positivo, e não negativo, devendo levar a um círculo virtuoso e não vicioso. No caso da tomada de consciência dos efeitos da história, significa que a tradição impõe limites à interpretação, no sentido de assegurar uma interpretação autêntica. Consciência dos efeitos da história significa o intérprete dar-se conta de que está inserido em um paradigma de subjetividade, isto é, dar-se conta de que a compreensão de si próprio (*Dasein*) e do mundo se dá na intersubjetividade da linguagem.

Considerando o caráter universal da hermenêutica, a interpretação em Gadamer não se limita aos textos e à tradição oral, mas a tudo aquilo que pode ser transmitido pela história, como a interpretação de um evento histórico, as expressões do espírito e dos gestos, ou até mesmo um comportamento. A amplitude da compreensão de Gadamer, sobre a exigência de interpretação para tudo que é produto da história, é o que permite conciliar as fontes tradicionais com novas as fontes normativas.

A partir desse pensamento de Heidegger e Gadamer, Lenio Streck ensina que o texto não é tudo, mas também não é um nada. E texto, como propõe a presente tese, não é apenas o texto legal, mas as mais variadas expressões das fontes normativas. É o encontro dessas ideias que apontam para o problema e a originalidade da hipótese aqui defendidos: é de fundamental importância encontrar um espaço para a recolocação das fontes do Direito, agora denominadas fontes normativas. Partindo da diferença ontológica entre ser e ente, para a diferença entre

fonte normativa e norma jurídica, há, portanto, um problema de recolocação, que foi respondido.

Visando a um espaço próprio na teoria da decisão (Crítica Hermenêutica do Direito), a tese apontou – ao iluminar a intrínseca relação entre fonte normativa, norma jurídica e decisão – para a importância da fundamentação nas decisões como condição de possibilidade para a própria reconstrução linguística da compreensão (*applicatio*), isto é, se a fundamentação das decisões for realizada da forma como é necessária e devida, a diferença ontológica entre fonte normativa e norma jurídica fica indiscutivelmente mais clara e evidente.

Partindo das fundamentais contribuições de Friedrich Müller e Lenio Streck, precursores da diferença entre texto e norma, a tese preconiza duas modificações terminológicas. A primeira, com o objetivo de solver os problemas decorrentes do uso metafórico do termo *fonte*, dada a polissemia do termo que motivou seu emprego em uma variedade de sentidos – fontes formais e substanciais, fontes sociais, fonte de validade, fontes históricas, fonte de conhecimento, dentre outras, como já referido diversas vezes ao longo do texto –, foi no sentido de substituir *fontes do Direito* por *fontes normativas*, buscando designar com maior clareza todos os fenômenos (textos/eventos) que dão azo à compreensão (produção) das normas jurídicas.

A outra modificação terminológica, objeto central da hipótese da presente tese, denomina a diferença ontológica, no âmbito do Direito, como diferença ontológica entre fonte normativa e norma jurídica. Mas esta redefinição de termos impõe reconhecer que as diferentes manifestações de fontes normativas enquanto textos (porque com Gadamer se entende que todos os eventos, objetos e fatos históricos e sociais, que são transmitidos pela história, exigem interpretação, podem ser denominados textos, dada a universalidade da hermenêutica), não significou, na tese, uma mera substituição de nomes, o que por si só traz originalidade; há por trás disso um verdadeiro *problema de recolocação*; a originalidade da tese passa pela atribuição de um espaço próprio, de uma nova posição para fontes, o que acaba requerendo a nova terminologia lhe que foi atribuída e que se traduz na segunda conclusão alcançada, no âmbito da Crítica Hermenêutica do Direito, comprometida com uma teoria forte da decisão e o reconhecimento da diferença ontológica entre

fonte normativa e norma jurídica, permitindo compreender, sob novas luzes, o *intrínseco vínculo existente entre fonte, norma e decisão*.

REFERÊNCIAS

- ACKERMAN, Bruce. Adeus, Montesquieu. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 265, p. 13-23, jan./abr. 2014. Disponível em: <2017<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/18909/176520>>. Acesso em: 27 out. 2017.
- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
- ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. 2. ed. Barcelona: Gedisa, 1997.
- ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, v.1.
- ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Bauru: Edipro, 2002.
- BARZOTTO, Luis Fernando. *O positivismo jurídico contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Lei de Introdução ao Código Civil*. São Paulo: Max Limonad, 1957, vol.1.
- BETIOLI, Antonio Bento. *Introdução ao Direito*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral do Direito*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico*. São Paulo: Ícone, 2006.
- BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. O Direito e a incerteza de suas fontes: um problema em aberto para a dogmática jurídica contemporânea. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*. Número Especial: Jornadas Jurídicas Brasil-Canadá/2013, p. 299-325.
- CAENEGEN, R. C. van. *Juízes, legisladores e professores*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.
- CAPELLA, Juan Ramón. *Fruto proibido*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- CARVALHO NETTO, Menelick. Apresentação. In: MÜLLER, Friedrich. Legitimidade como conflito concreto do direito positivo. *Cadernos da Escola do Legislativo*, Belo Horizonte, 5 (9), p. 7-12, jul./dez. 1999. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/70182/008_muller.pdf?sequence=1>. Acesso em: 02 nov. 2017.
- CASTANHEIRA NEVES, António. *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, v.2.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, v.1.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo; CARVALHO NETTO, Menelick de. Legitimidade e efetividade como tensão constitutiva (conflito concreto) da normatividade constitucional. In: LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto; ALBUQUERQUE, Paulo Antonio de Menezes. (Org.). *Democracia, direito e política: estudos internacionais em homenagem a Friedrich Müller*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006, v. 1, p. 615-627. Disponível em: <https://www.academia.edu/14993250/Legitimidade_e_Efetividade_de_como_tens%C3%A3o_constitutiva_conflito_concreto_da_normatividade_constitucional>. Acesso em: 02 nov. 2017.

COING, Helmut. *Elementos fundamentais da filosofia do Direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

COLEMAN, Jules L. *Negative and Positive Positivism*. Disponível em: <<http://faculty.tcu.edu/rgalvin/readings/Jules%20Coleman--Negative%20and%20Positive%20Postivism.doc>>. Acesso em: 04 set. 2017.

DELMAS-MARTY, Mireille. *Por um direito comum*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

DIMOULIS, Dimitri. *Manual de introdução ao estudo do Direito*. 6. ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

DINIZ, Maria Helena. Fontes do Direito. In: *Enciclopédia Jurídica da PUCSP*. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br>>. Acesso em: 18 set. 2017.

DINIZ, Maria Helena. *Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DOUVERNY, Felipe Eprecht. *Agere, Cavere, Respondere: a atividade consultiva dos juristas romanos como fonte do Direito*. 2013. 284f. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2013.

DWORKIN, Ronald. *Justiça para ouriços*. Coimbra: Almedina, 2012.

DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

ENGELMANN, Wilson. A (re)leitura da teoria do fato jurídico à luz do diálogo entre as fontes do direito”: abrindo espaços no direito privado constitucionalizado para o ingresso de novos direitos , provenientes das nanotecnologia. In: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luís Bolzan de. *Constituição, Sistemas sociais e Hermenêutica: anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, n. 7, p. 289-308.

ESPINOLA, Eduardo; ESPINOLA FILHO, Eduardo. *A Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro comentada na ordem de seus artigos*. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1943.

ETCHEVERRY, Juan B. El ocaso del positivismo jurídico incluyente. *Revista Persona y Derecho*. Universidad de Navarra, Pamplona, v.67, p. 411-447, 2012.

FERREIRA NETO, Arthur Maria. *Metaética e a fundamentação do direito*. Porto Alegre: Elegancia Juris, 2015.

FIGUEROA, Alfonso García. *Principios y positivismo jurídico. El no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy*. Madrid: Centros de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.

FRYDMAN, Benoit. *O fim do Estado de Direito: governar por standards e indicadores*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

GADAMER, Hans-Georg. *O problema da consciência histórica*. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I*. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 2004.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método II*. 5. ed. Petrópolis: Vozes, 2002.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, v.1.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Introdução ao estudo do Direito*. 2. ed. São Paulo: Método, 2013.

GARCIA-ROZA, Luiz Alfredo. *Palavra e Verdade*. 5. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2005.

GENY, Francisco. *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo*. Madrid: Hijos de Reus, 1902.

GILISSEN, John. *Introdução histórica ao Direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1986.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. Roscoe Pound e a diferença do Direito dos livros e da vida real. *Revista Conjur*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014abr27/embargosculturaisroscoepounddiferencadireitolivrosvidareal?>>. Acesso em: 15 mar. 2017.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. Benjamim Nathan Cardozo e o realismo norte-americano. *Revista Conjur*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012jul29/embargosculturaisbenjamimnathancardozorealiomonorteamericano?>>. Acesso em: 15 mar. 2017.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. A trajetória de Holmes Jr., o herói do Direito dos EUA. *Revista Conjur*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013fev03/embargosculturaistrajetoriaholmesjrheroidireito eua?>>. Acesso em: 15 mar. 2017.

GRONDIN, Jean. *Introdução à hermenêutica filosófica*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 1999.

GUASTINI, Riccardo. *La sintaxis del derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2016.

GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

GUEDES, Jefferson Carús; PÁDUA, Thiago Aguiar de. Paraíso dos Conceitos Jurídicos, de Jhering, é notável contribuição ao Direito. *Revista Conjur*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-fev-06/livro-paraíso-conceitos-juridicos-inspirou-direito-brasileiro>>. Acesso em: 14 fev. 2017.

HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

HEIDEGGER, Martin. *Ser y Tiempo*. Madrid: Trotta, 2003.

HEIDEGGER, Martin. *Os conceitos fundamentais da metafísica: mundo, finitude e solidão*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

HEIDEGGER, Martin. *Introdução à metafísica*. Lisboa: Instituto Piaget, 1997.

HESPANHA, Antonio Manuel. *História das instituições jurídicas*. Coimbra: Almedina, 1982.

HILL, Christopher. *O século das revoluções: 1603-1714*. São Paulo: Unesp, 2012.

IHERING, Rudolph Von. *A luta pelo Direito*. 17. ed. Rio de Janeiro: Editora Revista Forense, 1999.

IHERING, Rudolph von. *O espírito do direito romano*. Rio de Janeiro: Editora Alba, 1943.

ISERHARD, Antônio Maria Rodrigues de Freitas. *O conceito de Direito em Pontes de Miranda*. 1994. 303f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis.

KASER, Max. *Direito Privado Romano*. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2011.

KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do Direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2004.

KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried. *Introdução à filosofia e à teoria do direito contemporâneas*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002.

KELLY, John M. *Uma breve história da teoria do direito ocidental*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do Direito*. 4. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2005.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. Codificação do Direito Civil no século XXI: de volta para o futuro? *Revista Conjur*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-abr-04/codificacao-direito-civil-seculo-xxi-volta-futuro-parte?imprimir=1>>. Acesso em: 20 out. 2017.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

LOSANO, Mario G. *Sistema e estrutura no direito: o século XX*. São Paulo: Martins Fontes, 2010. v. 2.

LOSANO, Mario G. *Sistema e estrutura no direito: das origens à Escola Histórica*. São Paulo: Martins Fontes, 2008. v.1.

LOSANO, Mario G. *Os grandes sistemas jurídicos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *El desbordamiento de las fuentes del derecho*. Madrid: La Ley, 2011.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. *Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea*. São Paulo: Saraiva, 2013.

MARCONDES, Danilo. *Iniciação à história da filosofia*. 12. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

MARQUES, Cláudia Lima. O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme. In: MARQUES, Cláudia Lima (Org.). *Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira. O direito romano e seu ressurgimento no final da idade média. In: WOLKMER, Antonio Carlos (Org.) *Fundamentos de História do Direito*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 137-168.

MASSAÚ, Guilherme Camargo. O precursor: Irnério. *Revista Discurso Jurídico Campo Mourão*, v. 4, n. 1, p. 57-73, jan./jul. 2008.

MERRYMAN, John Henry. *La tradición jurídica romano-canónica*. 2. ed. Ciudad del Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1989.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, tomo I.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Fontes e evolução do Direito brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Sistema de ciência positiva do Direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972.

MORAIS, José Luis Bolzan de. *As crises do Estado e da Constituição e a transformação especial dos direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do Direito: introdução à teoria e metódica estruturantes do Direito*. São Paulo: Revista do Tribunais, 2007.

MÜLLER, Friedrich. *Métodos de Trabalho do Direito Constitucional*. Porto Alegre: Íntese, 1999.

MÜLLER, Friedrich. Legitimidade como conflito concreto do direito positivo. *Cadernos da Escola do Legislativo*, Belo Horizonte, 5 (9), p. 7-12, jul./dez. 1999. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/70182/008_muller.pdf?sequence=1>. Acesso em: 02 nov. 2017.

NAY, Olivier. *História das idéias políticas*. Rio de Janeiro: Vozes, 2007.

NEVES, Castanheira A. *Digesta: escritos acerca do Direito, do pensamento jurídico da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, v.2.

OST, François; KERCHOVE, Michel van de. *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*. Bruxelles: Facultés Universitaires Saint-Louis, 2002.

OST, François; KERCHOVE, Michel van de. *Construting the complexity of the law: towards a dialectic theory*. Disponível em: <<http://www.dhdi.free.fr/recherches/theoriedroit/articles/ostvdkcomplex.pdf>>. Acesso em: 28 out. 2017.

OST, François. Entrevista. *Revista Proyecto Grado Cero*. Disponível em: <http://revistaprojectogradocero.blogspot.com.br/2013/08/entrevista-al-dr-francois-ost_16.html>. Acesso em: 31 out. 2017.

PEREIRA, Viviane Magalhães. *A superação do conceito moderno de subjetividade: Gadamer e a verdade da história*. Semana Acadêmica do PPG em Filosofia da PUCRS, VII Edição, 2011. Disponível em: <http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/semanadefilosofia/edicao7/Viviane_Magalhaes.pdf>. Acesso em: 02 nov. 2017.

PLATÃO. *Crátilo*. 2. ed. Lisboa: Livraria Sá da Costa Editora, 1994.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

RAZ, Joseph. *The authority of Law*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2009.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

REALE, Miguel. *Fontes e modelos do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1999.

- REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.
- SANCHÍS, Luis Prieto. *Ley, principios, derechos*. Cuadernos “Bartolome de las Casas”. Madrid: Dykinson, 1998.
- SAVIGNY, Friedrich Carl von. *De la vocación de nuestra época para la legislación y la ciencia del Derecho*. Madrid: Aguilar, 1970.
- SAVIGNY, M. F. C. de. *Sistema del derecho romano actual*. Madrid: F. Góngora y Compañía, Editores. 1878.
- SCHMIDT, Jan Peter. Vida e obra de Pontes de Miranda a partir de uma perspectiva alemã – com especial referência à tricotomia “existência, validade e eficácia do negócio jurídico”. *Revista Fórum de Direito Civil – RFDC*, Belo Horizonte, ano 3, n. 5, jan./abr., 2014.
- SHECAIRA, Fábio Perin. “Quando a lei for omissa...” Sobre a controvertida noção de princípio geral do direito. *Revista Direito, Estado e Sociedade*. n. 40, jan./jun. 2002, p. 85-106.
- SICHES, Luis Recasens. *Introducción al estudio del derecho*. Cidade do México: Editorial Porrúa, 2009.
- SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- SOUZA, José Cavalcante de. *Os pré-socráticos*. São Paulo: Nova Cultural, 1999.
- STEIN, Ernildo. *Exercícios de fenomenologia*. Ijuí: Unijuí, 2004.
- STEIN, Ernildo. *Pensar é pensar a diferença: filosofia e conhecimento empírico*. Ijuí: Unijuí, 2002.
- STEIN, Ernildo. *Compreensão e finitude*. Ijuí: Unijuí, 2001.
- STEIN, Ernildo. *Diferença e metafísica: ensaios sobre a desconstrução*. Porto Alegre: Edipucrs, 2000.
- STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica*. Belo Horizonte: Letramento/Casa do Direito, 2017.
- STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica*. Livro-Carta 1. São Leopoldo: edição do próprio autor, 2017.
- STECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e Jurisdição: diálogos com Lenio Streck*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.
- STRECK, Lenio Luiz. “Defiro os requerimentos ministeriais, se existentes”! Bingo!. *Revista Conjur*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-abr-13/senso-incomum-defiro-requerimentos-ministeriais-existent-bingo>>. Acesso em: 13 abr. 2017.

STRECK, Lenio Luiz. *Lições de crítica hermenêutica do direito*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luís Bolzan de. *Ciência Política e Teoria do Estado*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil*. 6. ed. São Paulo: Método, 2016.

TENORIO, Oscar. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1957.

TEUBNER, Gunther. Os múltiplos corpos do rei: a autodestruição da hierarquia do direito. In: *Filosofia do direito e direito econômico que diálogo?* Lisboa: Instituto Piaget, 1999. p. 339-360.

THIBAUT, Anton. *Sobre la necesidad de un derecho civil general para Alemania*. Madrid: Aguilar, 1970.

VATTIMO, Gianni. *Para além da interpretação: o significado da hermenêutica para a filosofia*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1999.

VÉRAS NETO, Francisco Quintanilha. Direito romano clássico: seus institutos jurídicos e seu legado. In: WOLKMER, Antonio Carlos (Org.) *Fundamentos de História do Direito*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 83-114.

VIEIRA, Gustavo de Oliveira. *Constitucionalismo na mundialização: desafios e perspectivas da Democracia e dos Direitos Humanos*. Ijuí: Unijuí, 2015.

VIEIRA, Gustavo Oliveira; SITO, Santiago Artur Berger; PENNA, Luciana. Da Sociedade em Rede à Rede de Interconstitucionalidade: um debate entre Castells e Canotilho. In: *XVII Congresso Nacional do Conpedi*, 2008, Salvador. Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI. Rio de Janeiro: CONPEDI, 2008.

WARAT, Luis Alberto. O ofício do mediador II: a escuta dos marginalizados. In: *Surfando na pororoca*. v. 3. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2004.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Síntese de uma História das Idéias Políticas*. Florianópolis: Boiteux, 2006.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. 10. ed. Madrid: Trotta, 2011.

ZIMMERMANN, Reinhard. Mensagem de Reinhard Zimmermann sobre a tradução de *The Law of Obligations*. *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-nov-09/direito-comparado-mensagem-reinhard-zimmermann-traducao-the-law-of-obligations>>. Acesso em: 09 nov. 2016.

ZIMMERMANN, Reinhard. Roman Law and European Culture. *New Zealand Law Review*, 341, 2007. Disponível em: <<http://www.direitocontemporaneo.com/wp-content/uploads/2014/02/Roman-Law-and-European-Culture.pdf>>. Acesso em: 05 mar. 2015.

ZIMMERMANN, Reinhard. *Roman law, Contemporary law, European law*. Oxford: Oxford University Press, 2000.