

PASTA Nº	11
PROF.	
QTD. FLS.	10

CAPÍTULO II

Noção de Fonte do Direito

Fonte do direito e poder de decidir

É necessário dizer algo mais sobre as fontes do direito, que são sempre estruturas normativas que implicam a existência de alguém dotado de *um poder de decidir* sobre o seu conteúdo, o que equivale a dizer *um poder de optar* entre várias vias normativas possíveis, elegendo-se aquela que é declarada obrigatória, quer *erga omnes*, como ocorre nas hipóteses da *fonte legal* e da *consuetudinária*, quer *inter partes*, como se dá no caso da *fonte jurisdicional* ou na *fonte negocial*. Veremos que, quando a lei é omissa, a jurisdição, valendo-se da analogia, dos costumes e dos princípios gerais de direito (Lei de Introdução ao Código Civil, Art. 4º), firma decisões dotadas de certa generalidade, mas, mesmo quando consubstanciadas em *súmulas* dos Tribunais Superiores, estão sujeitas a revisão, à vista de novas razões aduzidas pelas partes, em virtude de diretrizes teóricas consagradas por novos modelos hermenêuticos.

O essencial, porém, é ter presente que, *sem poder de decidir*, não se pode falar em *fonte do direito*, motivo pelo qual, como explico em *Lições Preliminares de Direito*, a doutrina, ao contrário do que sustentam alguns, não é fonte do direito, uma vez que as posições teóricas, por maior que seja a força cultural

de seus expositores, não dispõem de per si do *poder de obrigar*. É a razão pela qual, como veremos, a doutrina não gera *modelos jurídicos*, propriamente ditos, que são sempre prescritivos, mas sim *modelos dogmáticos ou hermenêuticos*, o que em nada lhe diminui a relevância, pois ela desempenha freqüentemente uma posição de vanguarda esclarecendo a significação dos modelos jurídicos através do tempo, ou exigindo novas formas de realização do Direito graças à edição de modelos jurídicos correspondente aos fatos e valores supervenientes.

Consoante já resulta do exposto, sendo o *poder* um *elemento essencial e consubstancial* ao conceito de *fonte do direito*⁵, esta se diversifica em tantas modalidades ou tipos quantas são as formas do *poder de decidir* na experiência social. A meu ver, quatro são as fontes do direito: a *legal*, resultante do *poder estatal* de legislar editando leis e seus corolários normativos; a *consuetudinária*, expressão do *poder social* inerente à vida coletiva e revelada através de sucessivas e constantes formas de comportamento; a *jurisdicional*, que se vincula ao Poder Judiciário, expressando-se através de sentenças de vários graus e extensão; e, finalmente, a *fonte negocial*, ligada ao poder que tem a vontade humana de instaurar vínculos reguladores do pactuado com outrem.

Aspecto procedimental da fonte do direito

Do exposto já se infere que, como bem adverte Norberto Bobbio, a *teoria das fontes* tem por objeto (e eu digo: primeiro objeto) fixar os requisitos de fato e de direito que devem ser obedecidos para que qualquer *produção de normas* possa ser considerada válida. Além disso, insere-se, a meu ver, na teoria das fontes o estudo de sua necessária correlação com a expe-

5. Sobre o papel do *poder* na experiência jurídica, vide o meu ensaio "O poder na democracia", in *Pluralismo e Liberdade*, Saraiva, 1963, págs. 207 e segs. Esse estudo foi publicado antes sob o título "Law, Power and theirs correlations", no livro *Essays in Honor of Roscoe Pound*, 1962, págs. 238 e segs.

riência jurídica compreendida em sua social historicidade, bem como a análise e a classificação das diversas formas ou processos de produção de regras jurídicas.

Destarte, uma lei somente pode ser considerada como tal se ela obedece ao *devido processo* de sua elaboração, exigindo-se, por exemplo, que ela seja emanada pelo poder competente e sancionada e promulgada de acordo com os imperativos constitucionais. Rui Barbosa era tão cuidadoso no concernente aos pressupostos de uma lei que ele exigia que ela obedecesse à tramitação prevista no Regimento Interno da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal sob pena de carecer de validade.

Donde se conclui que, preliminarmente, a teoria das fontes do direito se põe como estudo da validade do processo mediante o qual as regras de direito são postas *in esse*.

É claro que todas as fontes operam no *quadro de validade* traçado pela Constituição de cada país, e já agora nos limites permitidos por certos valores jurídicos transnacionais, universalmente reconhecidos como *invariantes jurídico-axiológicas*, como a da Declaração Universal dos Direitos do Homem, mas deste assunto cuidaremos oportunamente.

Por ora, prefiro aduzir algo mais sobre a noção de fonte do direito, nos limites em que situo este termo.

Divergem os autores sobre o conceito de fonte do direito. Prefiro afirmar que uma norma, para que possa ser considerada *norma jurídica* e, como tal, dotada de *vis compulsiva*, precisa satisfazer ao conjunto de requisitos concernentes à sua elaboração, o que quer dizer que ela deve ser emanada pela *fonte do direito* correspondente à sua natureza e finalidade. São a constituição e as leis de cada país que predeterminam os requisitos caracterizadores das diversas fontes do direito, que não podem ser configuradas em abstrato, mas sim em razão de específicas conjunturas históricas, como o demonstra a distinção fundamental entre a nomogênese jurídica que caracteriza e distingue o *Common Law* e a que é própria do *Civil Law*, isto é, do Direito de tradição romanística.

Noção de fonte do direito

O que importa é reconhecer que têm *vigência*, isto é, são dotadas de validade objetiva, tão-somente aquelas normas ou cláusulas normativas que obedecem aos requisitos previstos pelo ordenamento jurídico de cada país para cada tipo de fonte. Isto demonstra que há um *numerus clausus* de fontes do direito, as quais não surgem *ex nihilo*, mas se situam no ordenamento jurídico global, segundo diversos níveis ou graus de validade, originários uns e derivados outros, todos, porém, inseridos no âmbito da validade geral traçado pela Constituição.

Na linha desse entendimento, podemos dizer que a fonte do direito implica o conjunto de pressupostos de validade que devem ser obedecidos para que a produção de prescrições normativas possa ser considerada obrigatória, projetando-se na vida de relação e regendo momentos diversos das atividades da sociedade civil e do Estado. Quando uma lei, uma sentença, um costume ou um negócio jurídico são produzidos de acordo com os parâmetros superiores que disciplinam sua elaboração, eles *adquirem juridicidade*, determinando o que pode e deve ser considerado “de direito” por seus destinatários.

Nessa ordem de idéias é que devemos verificar como e até que ponto podemos aceitar a declaração de Hans Kelsen de que o *conteúdo* das fontes do direito é o seu “âmbito material de validade”⁶, tal como já foi lembrado.

Ao lado da colocação *normativa*, mas *não puramente normativa*, que acabo de expor, outros autores têm uma visão, por assim dizer, mais fisicalista ou sociológica das fontes do direito, dizendo que este se produz independentemente de qualquer prévio requisito normativo, obedecendo tão-somente a “causas naturais” ou a diversos centros de interesse que só podem ser objeto de determinação à luz de uma análise de caráter sociológico. Desse modo, a teoria das fontes se transfere para um plano metajurídico, obedecendo a uma pluralidade

6. H. KELSEN, *Teoría General del Derecho y del Estado*, trad. de E. García Máynez, México, 1949, págs. 43-45.

imprevisível de focos de irradiação de regras, cuja juridicidade caberia aos juristas e juízes reconhecer e aplicar segundo critérios postos por distintas ciências sociais.

Penso eu que só a primeira noção de fonte antes examinada corresponde à natureza do Direito, o qual é sempre normativo, muito embora não seja exclusivamente normativo, como o sustentou Kelsen com a sua *Teoria Pura do Direito*, isto é, desvincilhado de tudo que não seja normativo.

O conteúdo da fonte do direito

Ora, sob o prisma normativo, quando dizemos que as fontes *produzem* ou *instauram* diretrizes normativas obrigatórias, graças ao *poder* que cada tipo de fonte pressupõe, devemos entender que o produzido e instaurado não é senão o *conteúdo* da própria fonte, como acontece quando uma lei é formulada segundo os princípios e requisitos que regem o processo legislativo. Isto ocorre porque é inseparável o conceito de *fonte* da idéia da *obligatoriedade* das normas por ela enunciadas, e essa *obligatoriedade* inexistiria se não houvesse um *poder* (legislativo, costumeiro, jurisdicional e negocial) capaz de instaurar vínculos de caráter coercitivo. Quando dizemos que tanto a lei como o contrato *obligam*, cada um a seu modo e segundo diverso alcance, estamos reconhecendo que à fonte do direito é inerente um *poder de decidir*, sem o qual não haveria *norma vigente*, ou seja, posta com exclusão de qualquer outra. Não é, pois, demais acentuar que, conforme a teoria tridimensional do direito o salienta, *a fonte de direito é uma estrutura normativa capacitada a instaurar normas jurídicas em função de fatos e valores, graças ao poder que lhe é inerente*.

Entende-se, assim, melhor porque, concomitantemente com a decisão instauradora, inerente à fonte, esta é inseparável de seu *conteúdo*, ou, como diz Kelsen, do “seu âmbito material de validade”. Nada de extraordinário que assim seja, pois é próprio do processo nomogenético do Direito que a emanação das normas se dê, *uno in actō*, com a declaração de seu *conteú-*

do (tudo aquilo que em razão do regrado deva ser havido como “de direito”) e da obrigatoriedade do que é enunciado.

Assente esse ponto essencial, torna-se necessário esclarecer, mais minuciosamente, o que se deva entender por *conteúdo* da fonte do direito, a partir da compreensão kelseniana de que não é senão seu *âmbito material de validade*, numa visão, porém, mais ampla, do *normativo*, insuscetível, repito, de ser reduzido a meros enlaces lógico-formais, tal como será pormenorizado no próximo capítulo.

“Numerus clausus” das fontes do direito

Antes, todavia, restam duas questões a analisar. Uma delas se refere à correlação existente entre o problema das fontes do direito e o princípio binado de *certeza* e *segurança* que necessariamente informa a ordem jurídica positiva. Há jusfilósofos e juristas, em geral perdidos numa vivência romântica do Direito, que apresentam, como sinal de progresso democrático, a validade das normas jurídicas independentemente da idéia de fonte do direito que, como se depreende do exposto, se acha sempre vinculada à prévia determinação da *estrutura*, da qual as normas promanam, bem como ao *processo* jurigenético, ou seja, ao modo e forma de sua revelação.

O entendimento dominante é o de que cada ordenamento jurídico – cujo valor como um “macromodelo” será oportunamente apreciado – possui um *numerus clausus* de fontes, de tal modo que os enunciados normativos, para adquirirem validade jurídica, devem atender a determinados pressupostos, relativos uns à própria estrutura da qual eles promanam, e pertinentes outros ao processo de sua atualização.

Não me parece mereça acolhida a tese contrária, no sentido da autônoma e espontânea vigência do *ius vivens*, através de múltiplos processos, desde um jogo aberto e espontâneo de intenções e pretensões de ampla juridicidade – em função dos inúmeros fatores operantes na vida comunitária – até a compreensão do direito como o resultado de uma chamada “razão

comunicativa” expressa em termos de “ação comunicativa”, tal como é recentemente defendido por Jürgen Habermas. Segundo este pensador, última e mais alta expressão da Escola de Frankfurt, a razão comunicativa possibilitaria o *medium* lingüístico através do qual as interações se entrelaçam e as formas de vida se estruturam, logrando-se atingir espontaneamente a necessária correlação entre *validade* e *eficácia*, essencial ao Direito, numa conexão descentralizada de condições. A revelação das normas jurídicas, enquanto regras obrigatórias, não resultaria de sua subordinação, deontologicamente, a mandamentos morais, ou, axiologicamente, a uma constelação de valores privilegiados, ou, ainda, empiricamente à efetividade de uma norma técnica. Tudo se resolveria, afinal, em função da razão comunicativa, a qual, se não é uma fonte de normas, permite que estas se formem livremente através da vida comunitária sem o “mal do normativismo”, que, a seu ver, corre o risco de perder contato com a realidade, e com a vantagem de manter-se aberta a instância do juízo crítico aferidor, sem cuja atuante permanência não haveria real democracia.

O pensamento de Habermas plana, tudo somado, numa temática teórico-sociológica que, não obstante visar a superar a tensão entre validade e eficácia do Direito, não consegue resolver *in concreto* como é que as normas, formuladas segundo a razão comunicativa, adquirem o mínimo de *certeza* e *segurança* exigido pela ordem jurídica positiva. É mérito de Habermas focalizar o discurso do Direito à luz da tensão *validade-eficácia*, mas, a meu ver, ele não consegue resolver a questão nuclear da obrigatoriedade do Direito que não pode resultar de mero fluxo do *ius vivens*⁷.

Não há dúvida que as normas jurídicas (legais, consuetudinárias, jurisdicionais e negociais) não surgem como por encanto, pressupondo todo um complexo entrelaçamento de interesses e pretensões, de caráter público ou privado, mas – como penso ter demonstrado sobretudo em *O Direito como Experiên-*

7. Cf. JÜRGEN HABERMAS, *Faktizität und Geltung – Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Frankfurt/M., 1992.

cia – é imprescindível distinguir entre “representações ou aspirações jurídicas” e “regras de direito” como tais: aquelas expressam apenas a força nascente do *ius vivens*, mas este só adquire a virtude de obrigar *ao se pôr como expressão heterônoma de uma objetiva forma de querer*, só alcançada graças a sua tramitação segundo os pressupostos da respectiva fonte do direito.

Ainda a natureza procedimental da fonte do direito

A outra questão merecedora de atenção preliminar, aliás intimamente vinculada à que acabamos de analisar, diz respeito às condições e pressupostos que devem ser satisfeitos pelas fontes do direito em termos de *processus*.

Para melhor entendimento desse assunto, examinemos o que se dá com a *Lei*, que é a fonte do direito por excelência nos ordenamentos jurídicos de tradição romanístico-justinianéia, assim dita por devermos a Justiniano a edição do *Corpus Iuris Civilis*. Na verdade, o Direito Romano Clássico não teve a lei como fonte primordial, mas antes um trabalho combinado de doutrina e jurisdição, graças à ação conjugada dos jurisconsultos – que forneciam a *norma iuris* – e dos pretores, que lhe conferiam *validade*, tudo com base na solução concreta dos casos à medida que os fatos iam surgindo e as necessidades se configuravam, *factibus ipsis dictantibus ac necessitate exigente*⁸.

Ora, quando empregamos a palavra *Lei*, para caracterizar a fonte primordial do Direito pátrio, na realidade nos referimos a todas as modalidades de revelação do Direito que compõem o *processo legislativo*, designação feliz introduzida em nosso Direito Constitucional, desde a Carta de 1967.

8. Sobre essa questão, v. meu estudo “Concreção de fato, valor e norma no Direito Romano clássico”, in *Horizontes do Direito e da História*, 2ª ed., págs. 55-74. A bem ver, o povo fundador do Direito não foi o povo da lei...

Foi prudente a Assembléia Nacional Constituinte ao preservar e consolidar esse entendimento, dedicando-lhe toda a Seção VIII do Título IV da Constituição de 1988, Arts. 59 *usque* 69.

É claro que a análise minuciosa dessa matéria exige monografia especial, não se compadecendo com o feito da presente obra. Não é demais, porém, lembrar que, *ex vi* do Art. 59, o processo legislativo compreende a elaboração de emendas à Constituição, leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções. Esses são, com efeito, os processos mediante os quais se elaboram e se positivam as normas de ordem legal, isto é, a lei e as regras que a ela se equiparam.

Único defeito que vejo no Art. 59 é a referência pura e simples às resoluções, quando, na realidade, se trata exclusivamente de “resoluções de ordem legislativa”, isto é, daquelas resoluções destinadas a completar os textos legislativos, como se dá com a Resolução do Senado Federal exigida nos casos previstos, por exemplo, nos Itens IV e V do Art. 155 da Carta Magna.

O que sobreleva notar é que para cada forma de processo legislativo são indicados os seus pressupostos de validade, atendendo-se a razões de certeza e segurança.

Por força dos mesmos princípios, também os demais processos jurígenos, com base nos costumes, na jurisdição e nos negócios jurídicos, estão cercados de iguais exigências, o que, observe-se, resulta do texto constitucional, da construção doutrinária e do labor jurisprudencial, o que revela a amplitude que hoje tem o problema das fontes do direito. Nesse sentido, a doutrina, embora não seja fonte do direito, tem a primordial função de dizer quais são as condições que as legitimam, assim como, depois, qual o significado e alcance dos modelos jurídicos que elas elaboram, assunto a que volverei em lugar próprio.

CAPÍTULO III

Função das Fontes do Direito

Historicidade da fonte do direito

Consoante ficou mais de uma vez esclarecido, minha divergência em relação a Kelsen é quanto ao que se deva compreender por “âmbito material de validade” das fontes do direito. Para ele, em virtude de seu conhecido *monismo normativo*, o âmbito material de validade reduz-se ao *processo de explicitação do sistema de normas jurídicas*, tão-somente em razão do que nelas é declarado como válido, numa visão puramente lógica, estática e a-histórica, muito embora, ao depois, tenha ele reconhecido que a *validade* do ordenamento jurídico seria impossível ou inconsistente sem um *mínimo de eficácia*.

A meu ver, porém, a correlação entre validade e eficácia apresenta-se sob múltiplas formas ao longo da experiência jurídica, cujo ordenamento é dinâmico, dotado de irrenunciável historicidade. Poder-se-ia mesmo dizer que é só a visão do Direito *in fieri*, no seu processo de correlação entre a validade e a eficácia das regras, que nos permite compreender como se põe e se desenvolve a positividade do Direito.

Isto posto, o conteúdo de uma “estrutura normativa”, como a fonte do direito, não pode ser analisado senão na correlação de seus elementos constitutivos, visto como as regras, que dela

promanam, são inseparáveis da vida social e histórica, sofrendo contínuas alterações resultantes de novos fatos e valores emergentes depois da data de sua instauração.

Não é necessário ser tridimensionalista para reconhecer-se que a teoria das fontes do direito – e eu estendo as mesmas conclusões à teoria dos modelos jurídicos – não pode ser elaborada apenas segundo critérios lógico-semânticos, por ser impossível fazer abstração de sua relação com a vida social e histórica, máxime quando, graças à análise da linguagem, se faz, como Bobbio, uma distinção essencial entre valor, validade e eficácia do Direito.

Nesse sentido, lembro que Enrico Paresce, após acentuar que o ordenamento não se compõe só de normas, “mas compreende a estrutura e a vida jurídica de toda uma sociedade”, afirma que “a realidade histórica reage, constantemente sobre a realidade normativa, quer através de formações espontâneas de valores juridicamente sentidos como tais pela coletividade, quer através da formulação de princípios gerais, que as mais recentes formulações legislativas constantemente obrigam a reelaborar”⁹.

Se analisarmos, com efeito, o conteúdo de uma fonte de direito, podemos verificar que, às vezes, ele é formado de diretrizes normativas imutáveis, válidas para qualquer tempo e circunstância, por consagrar-se um valor tido e havido como insuscetível de mudança; e, outras vezes, ao contrário, o conteúdo refere-se a eventos factuais ou a exigências axiológicas mutáveis, importando em interpretação diversa daquela que estava inicialmente na intenção do legislador ou dos contratantes, projetando-se, desse modo, livremente, no plano da experiência jurídica concreta.

Exemplo da primeira hipótese temos nos dispositivos do Código Civil segundo os quais “os menores de dezesseis anos são absolutamente incapazes”, ou que “aos vinte e um anos acaba a menoridade, ficando habilitado o indivíduo para todos os atos da vida civil”. Em ambos os casos, a norma legal estabelece

9. Vide E. PARESCE, verbete sobre “Fonte del diritto”, in *Enciclopedia del Diritto*, Varese, 1968, vol. XVII, págs. 865 e seg.

limites de idade precisos para o exercício de direitos, em razão de critérios considerados intangíveis, a salvo de abrandamentos hermenêuticos, visto como quaisquer exceções devem resultar de disposições legais específicas. Por outras palavras, a incapacidade absoluta ou relativa, fixada por lei, só pode ser suprida nas hipóteses contempladas pelas normas especiais, não bastando meras inferências lógico-normativas, por mais insistentes e fortes que sejam os pleitos no sentido da mudança.

A maioria, porém, das leis, ao prevenir e predeterminarem uma classe de comportamentos futuros, não são promulgadas de maneira rígida ou intocável, porquanto seus enunciados comportam, por sua natureza, compreensíveis adaptações históricas ao processo da vida comunitária, e, conforme as circunstâncias, mandamentos antes entendidos de modo estrito passam a ter significação extensiva, em virtude de ajuste hermenêutico a supervenientes conjunturas.

Quer, porém, se considere imutável ou mutável o conteúdo de uma lei ou de um negócio jurídico, em função de fatos ou valorações emergentes, parece-me que ele é sempre tridimensional: o que ocorre é que, às vezes, a enunciação normativa significa um *modelo estático*, o que se dá sobretudo quando se trata de normas de forte *caráter declaratório*, tais como as atributivas de faculdade ou de esfera de competência; outras vezes, as fontes têm como conteúdo *modelos de significação variável*, em virtude de alterações factuais ou axiológicas conaturais às relações regradadas.

De uma ou de outra forma, podemos dizer que o conteúdo de uma fonte de direito são as *regras jurídicas* por ela enunciadas, a fim de serem declaradas permitidas ou proibidas determinadas formas de conduta, ou serem especificados certos âmbitos de competência, em dada conjuntura histórica.

Caráter retrospectivo da teoria tradicional das fontes

A rigor, o conteúdo das fontes se refere principalmente a *atos futuros*, mas, isto não obstante, a primeira teoria científica

ca das fontes do direito, elaborada por Savigny, ficou por demais apegada à idéia do poder em virtude do qual ela dimana, a tal ponto que, por largo tempo, prevaleceu o entendimento de que a *lei*, por ser a expressão do soberano Poder Legislativo, *deve ser interpretada segundo a intenção do legislador*. Daí a preocupação de preservar-se a lei de interpretações capazes de deturpá-la, sendo esta a razão do apego à antiga parêmia segundo a qual *interpretatio non fit in claris*. O fetichismo da *lex lata*, ou seja, do *Direito posto por lei*, foi de tal ordem que um jurista de prol, tão logo começaram a aparecer os primeiros comentários ao Código Civil de Napoleão, exclamou: “Coitado de nosso Código”!

Por tais motivos, quando se quis determinar a natureza e os limites da interpretação e aplicação das regras enunciadas pelas fontes, o que inicialmente prevaleceu foi o *caráter retrospectivo da idéia de fonte*. Desse modo, o conteúdo da fonte ficava vinculado ao seu processo de instauração, prevalecendo a intenção ou o *objetivo do enunciante* sobre o que era *enunciado objetivamente* como conteúdo da fonte mesma.

Lembra-nos Wolf Paul, da Universidade de Frankfurt, que quando Karl Marx freqüentou as aulas de Savigny referiu-se ironicamente às suas diretrizes hermenêuticas vinculadas à problemática da origem do direito, dizendo que essa perspectiva seria como a de um barqueiro “que parece navegar, não sobre o rio, mas sobre suas nascentes”¹⁰.

Compreensão prospectiva da fonte do direito

Pois bem, através das várias vicissitudes pelas quais passou a *Hermenêutica jurídica* – que eu procurei sintetizar em *Nova Fase do Direito Moderno* –, pode-se afirmar que, no mundo contemporâneo, se tornou verdade assente que uma *lei* (para facilitar a exposição, limito-me ao caso da *lei*, mas ela é aplicá-

vel às demais fontes), uma vez promulgada, desprende-se da pessoa do legislador, para passar a ter um valor de *per se*, ou seja, uma *validade objetiva “per se stante”*, a partir da qual deve ocorrer o ato interpretativo e, por via de consequência, a aplicação das regras jurídicas.

Desse modo, muitas vezes é o caráter *prospectivo* das normas que prevalece, por ser mais adequado ao *dever-ser* próprio do Direito, mesmo porque, como bem salientou Benedetto Croce, toda norma constitui *previsão de uma classe de atos futuros*, e estes ocorrem segundo as vias imprevisíveis da liberdade.

Em páginas anteriores, já apreciei o problema das fontes do direito em função dos valores da *segurança* e da *certeza*, sendo indispensável focalizá-la, agora, à luz do valor da *liberdade*, o que não deve causar perplexidade, porquanto, sendo o Direito, como lembra Recaséns Siches, “uma dimensão da vida humana”, não pode deixar de vincular-se a toda a gama das instâncias axiológicas.

Em palavras pobres, parece-me possível antecipar o estudo de tão aliciante e gigantesca matéria dizendo que, se os imperativos de certeza e segurança põem a exigência de um *numerus clausus* de fontes do direito, não obstante a renitente tentação de sua livre e incessante instauração, o valor da *liberdade*, sempre em oposição dialética à *idéia de ordem*, põe a exigência de uma *ordenação jurídica aberta e flexível*. Tudo está, porém, em situar racionalmente os limites dessa abertura e flexibilidade, a fim de que a liberdade não se converta em licença, nem a ordem se degenera em tirania.

Não obstante repetidas crises e resistências, como as ligadas, por exemplo, à Livre Pesquisa do Direito, culminando nas reivindicações extremadas do Direito Livre, pode-se dizer que a cultura jurídica burguesa – entendida esta como a correspondente ao capitalismo fundado na *idéia mater* do interesse individual – se caracterizou por uma visão estática e retrospectiva das fontes do direito, próprias do Direito concebido como um quadro predeterminado de direitos subjetivos sob a salvaguarda do Direito Positivo estatal.

10. Cf. MIGUEL REALE, *Direito Natural / Direito Positivo*, Saraiva, 1984, pág. 43.

Daí as sucessivas crises da Ciência do Direito, ao longo de nosso século, desde manifestações já reveladas a cavaleiro com o anterior, terem coincidido com as sucessivas crises do sistema capitalista. Não há nessa asserção nenhum assentimento ao materialismo histórico, o qual apontava para uma relação de causalidade entre as chamadas “infra-estruturas econômicas” e as “superestruturas sociais”, entre as quais o Direito. Reconhece-se, pura e simplesmente, que o processo cultural se desenvolve de maneira sincrônica, havendo sempre uma interdependência, harmoniosa ou conflitiva, entre todos os valores ou interesses com que se entretetece a vida humana no decurso do tempo.

Feita essa ressalva, é inegável, como observou François Gény – a quem se devem magníficas diretrizes no sentido da possível livre pesquisa do Direito –, que as crises da sociedade redundam, inevitavelmente, *em crise da teoria das fontes do direito*, a última das quais estamos vivendo agora, e que é uma das razões determinantes desta pequena obra.

Sob o prisma do imperativo da liberdade, que implica sempre uma exigência de pluralidade ou pluralismo¹¹, mister é distinguir o que na cultura burguesa constitui uma estimativa conjuntural, perecível ou insustentável pela emergência de novas circunstâncias históricas, e as atitudes axiológicas que representam a garantia de valores que transcendem as mutações temporais havidas.

O valor da liberdade e os demais valores jurídicos

Posta a questão nesses termos, parece-me que, assim, como no plano econômico, vamos cada vez mais reconhecendo o valor atual da livre-iniciativa, muito embora num contexto de necessária e crescente *socialidade*, da mesma forma a revisão da teoria das fontes do direito deve compor em nova unidade

11. Nesse sentido, v. MIGUEL REALE, *Pluralismo e Liberdade*, cit.

dinâmica e concreta os apontados quatro valores de *liberdade, ordem, certeza e segurança*, reconhecendo-lhes a atualidade.

Essa tomada de posição implica desde logo uma nova atitude perante o que se deve entender por certeza e segurança, que muitos confundem com uma aspiração de imobilismo, a salvo de qualquer risco atribuível a mudanças tidas e havidas *a priori* como condenáveis. Quando o valor de liberdade é compreendido em complementaridade com o de ordem, visando a uma díade praticamente configurada, eles redundam numa concepção do Direito irredutível a um sistema cerrado de prescrições predeterminadas e intangíveis.

Uma condenável visão estática e fechada da vida jurídica – por se vincular a um ideal de Direito adrede estabelecido, como alvo a ser atingido – tem como consequência atribuir às fontes do direito a função primordial de estabelecer quadros normativos definidos, evitando-se, sempre que possível, esquemas genéricos ou programáticos, pouco ou nada se deixando ao livre jogo das vontades, tanto no âmbito do processo democrático quanto no mundo dos negócios.

Ora, no *Estado de Direito* de feição puramente liberal – que, obedecendo ao feliz texto constitucional, eu distingo do *Estado Democrático de Direito*, que é “liberal-social” – muita tinta se perdeu para saber-se se as “normas programáticas” eram ou não obrigatórias, ainda que figurassem na Constituição. É óbvio que essa polêmica somente tinha sentido a partir da convicção de que o ordenamento jurídico é formado tão-somente por determinações explícitas e concretas.

Hoje em dia, por múltiplas razões, entre as quais ressaltam as relativas à crescente compreensão da sociedade em termos de *comunicação e informação*, tendemos cada vez mais a admitir que o progresso do Direito se desenvolve no sentido do predomínio das normas programáticas sobre as desde logo predeterminadas, com a condenação do *totalitarismo normativo estatal*. É a razão, aliás, pela qual se critica com razão a Carta Magna vigente, que, de um lado, enaltece os valores da transparência e da comunicação, e, de outro lado, se perde na obses-

são de tudo querer prever e predeterminar, o que revela paradoxal desconfiança pelo livre jogo do processo democrático.

Tudo está, todavia, em saber encontrar a via da razoável e plausível compatibilidade na correlação dos quatro valores supralembrados, mesmo porque, quando eles irremediavelmente se conflitam, o resultado é a perda do valor mais alto, representado pelas idéias correlatas de *justiça* e *equidade*.

O certo é que a teoria das fontes não pode ser fixada a partir de uma *visão retrospectiva baseada em valores de antemão definitivamente assentes* – o que leva a privilegiar modelos jurídicos cerrados –, devendo-se, ao contrário, procurar compor em unidade dialética e sincrônica os imperativos de ordem, da liberdade, da certeza e da segurança, como valores-meio na realização do valor-fim por excelência que é o da *Justiça*.

Pois bem, essa mudança de atitude diante do problema não significa uma ruptura no processo do Direito contemporâneo, mas sim uma utilização mais aberta dos instrumentos normativos de ação, o que nos leva a ver o conteúdo das fontes do direito em termos de modelos jurídicos.

CAPÍTULO IV

Os Modelos Jurídicos como Conteúdo das Fontes do Direito

Compreensão do conteúdo das fontes do direito em termos de modelo

Nunca será demais realçar o alcance do reconhecimento da *validade autônoma e objetiva* das regras de direito enunciadas por qualquer de suas fontes, nem do não menos relevante reconhecimento de seu *sentido prospectivo*, ainda que se não possa olvidar o *valor retrospectivo* dos motivos determinantes de uma fonte do direito.

São essas duas qualidades inerentes às fontes (a *validade autônoma e objetiva* e o seu *sentido prospectivo*) que me levam a afirmar que o conteúdo das fontes somente é adequado e plenamente compreendido em termos de *regras ou normas de direito*, quando, entre elas, se dá realce aos *modelos jurídicos*.

Note-se, uma vez por todas, que normas jurídicas e modelos jurídicos não são termos sinônimos, sendo estes espécies, ou melhor, especificações ou tipificações daquelas. Pode um modelo jurídico coincidir, às vezes, com uma única norma de direito, quando esta já surge como uma estrutura, denotando e conotando, em sua formulação, uma pluridiversidade de ele-