

FONTES DO DIREITO CONTEMPORÂNEO: BREVE ESTUDO

SOBRE AS FONTES JURÍDICAS DA FAMÍLIA ROMANO-GERMÂNICA

Sara Maria de Andrade Silva

Resumo

O presente artigo tem como finalidade realizar um breve estudo sobre as fontes do direito contemporâneo, particularmente aquelas que consagram as normas jurídicas das sociedades de tradição romano-germânica. Para tanto, dedica-se, num primeiro momento, a traçar os limites e escolhas metodológicas da pesquisa, abordando as características da historicidade e mutabilidade do fenômeno jurídico, de modo a situá-lo no contexto da contemporaneidade, enquanto período histórico da linha do tempo. No que tange à formação do direito contemporâneo, resgata o movimento constitucionalista moderno e o processo de codificação das normas como seus antecedentes mais marcantes, aspectos que colaboram para a compreensão da experiência do sistema romano-germânico e das suas respectivas fontes jurídicas. Finalmente, discute-se o paradigma da primazia da lei como critério de racionalidade do modelo romano-germânico, apontando seus aspectos positivos e negativos dentro do processo de desenvolvimento do direito, com destaque para seus sinais de esgotamento e os desafios da realidade atual.

Resumen

Fuentes del Derecho Contemporáneo: breve estudio sobre las fuentes jurídicas de la familia romano-germánica

El presente artículo tiene como finalidad realizar un breve estudio sobre las fuentes del derecho contemporáneo, particularmente aquéllas que consagran las normas

jurídicas de las sociedades de tradición romano-germánica. Para ello, se dedica, en un primer momento, a trazar los límites y elecciones metodológicas de la investigación, abordando las características de la historicidad y mutabilidad del fenómeno jurídico, para situarlo en el contexto de la contemporaneidad, en tanto periodo histórico de la línea del tiempo. En lo que se refiere a la formación del derecho contemporáneo, rescata el movimiento constitucionalista moderno y el proceso de codificación de las normas como sus antecedentes más destacables, aspectos que colaboran para la comprensión de la experiencia del sistema romano-germano y de sus respectivas fuentes jurídicas. Por último, se discute el paradigma de la primacía de la ley como criterio de racionalidad del modelo romano-germano, apuntando sus aspectos positivos y negativos dentro del proceso de desarrollo del derecho, con énfasis en sus señales de agotamiento y los desafíos de la realidad actual.

Résumé

Sources du Droit Contemporain: une brève étude des sources juridiques de la famille romano-germanique

Le présent article a pour but de réaliser une brève étude des sources du droit contemporain, particulièrement celles qui consacrent les normes juridiques des sociétés de tradition romano-germanique. Pour cela, nous proposons dans un premier temps de définir les limites et les choix méthodologiques de la recherche, en abordant les caractéristiques de l'histoire et la mutabilité du phénomène juridique, de façon à le situer dans le contexte contemporain, en tant que période historique de la ligne du temps. Pour ce qui concerne la formation du droit contemporain, nous nous intéresserons au mouvement constitutionnel moderne et au processus de codification des normes ainsi que à ses antécédents les plus marquants, aspects qui collaborent pour la compréhension de l'expérience du système romano-germanique et de ses respectives sources juridiques. Finalement, nous discuterons le paradigme de la suprématie de la loi comme critère de rationalité du modèle romano-germanique, en indiquant ses aspects positifs et négatifs dans le processus de développement du droit, et en soulignant les signes de épuisement et les défis de la réalité actuelle.

Abstract

Sources of Contemporary Law: a brief study on the juridical sources of the romano-germanic family

This article aims at realizing a brief study on the sources of contemporary law, in particular those consecrating the juridical regulations of the traditionally Romano Germanic societies. Firstly, the limits and methodological choices of the investigation are delimited, dealing with historical and mutability characteristics of the juridical

phenomena, situating it in the context of contemporaneity. Concerning contemporary law formation, this article recovers the modern constitutionalist movement and the regulation codification process as the most significant antecedents, aspects collaborating to the comprehension of the experience of the Romano Germanic system and its respective juridical sources. Finally, the paradigm of the preeminence of law as a rational criterion of the Romano Germanic model is discussed, highlighting the positive and negative aspects within the development process of law, emphasizing the exhaustion signals and the challenges of actual reality.

SUMÁRIO

1. Apresentação. 2. Aspectos Metodológicos do Estudo. 2.1. Os “Direitos” Contemporâneos. 2.2. Historicidade e Mutabilidade do Direito. 2.3. O “Problema” da Periodificação. 3. Idade Contemporânea: aspectos para a configuração de sua unidade enquanto fase do processo histórico-jurídico. 4. Aspectos Jurídicos da Contemporaneidade. 4.1. O Movimento Constitucionalista Moderno. 4.2. O Processo de Codificação. 5. Fontes do Direito: o fenômeno criador das normas jurídicas. 5.1. Classificação das Fontes do Direito. 5.2. A Experiência do Sistema Romano-Germânico. 5.2.1. Precedentes do Surgimento da Família Romano-Germânica. 5.2.2. As Fontes da Família Romano-Germânica. a) A Lei. b) Os Costumes. c) Os Princípios Gerais do Direito. d) A Doutrina. e) A Jurisprudência. 6. Conclusão: o paradigma da primazia da lei e os desafios do direito atual. 7. Bibliografia. 8. Resumo.

1. Apresentação

Estudar as fontes do direito nos sistemas jurídicos contemporâneos se configura uma tarefa assaz desafiadora. Isto se dá não apenas por força da grande diversidade de ordenamentos jurídicos atualmente em vigor, cuja raiz merecerá em nosso trabalho um particular destaque, mas também pela circunstância de “presente”, de algo ainda “em acontecimento”, que o tempo a que iremos nos deter inspira: a Idade Contemporânea.

Assim, antes de atingir o objeto central do trabalho, não podemos prescindir de abordar aspectos adjacentes ao tema, uma vez que possuem estreita relação com a linha de raciocínio que pretendemos desenvolver. Deste modo, como plano de exposição do estudo ora apresentado, faremos de início algumas observações a respeito dos recortes metodológicos aqui aplicados. Para tanto, necessário se faz abordar o problema da *periodificação* da história em geral e da historiografia jurídica em particular, a fim de esclarecer sobre o marco cronológico que adotaremos para designar os limites e o alcance do objeto central de nossa breve exposição: as fontes do direito contemporâneo. Finalmente, convém, outrossim, realizar um rápido estudo a respeito da *teoria das fontes*, com vistas a compreender

seus aspectos mais relevantes para o recorte temporal aqui proposto.

Reconhecendo as limitações da pesquisa em apreço, também é conveniente realizar outros recortes, a exemplo dos aspectos estruturais do direito contemporâneo a serem examinados. A tal respeito, grande contribuição nos forneceu a obra de René David, intitulada *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. Nela, o autor formula um trabalho de fôlego sobre o que ele denomina de 'sistemas', para designar os ordenamentos jurídicos marcados por aproximações e características que possam lhes dar uma identidade ou filiação às grandes famílias do direito na contemporaneidade. No seu estudo sistematizador, distingue os sistemas jurídicos entre a *família romano-germânica*, a *common law*, os *direitos socialistas*, o *direito muçulmano*, o *direito indiano*, os *direitos do extremo oriente* e, finalmente, os *direitos da África e de Madagascar*.

Sendo impossível realizar um estudo, à luz da teoria das fontes, de todos estes grandes sistemas, tão pouco não cabendo a mera reprodução do estudo em comentário, optamos por caminhos que consentiram um tratamento vertical e próprio para o tema, na busca de lhe conferir certa identidade. Neste sentido, nossas escolhas metodológicas nos conduziram a eleger o direito ocidental como o universo empírico deste pequeno exame e, dentro deste, o atual sistema da família romano-germânica como seu objeto central. Esta eleição pode ser justificada por vários motivos, em particular por ser, ao lado do sistema jurídico da *Common Law*, a família de direito que mais influenciou os ordenamentos jurídicos modernos e contemporâneos, assumindo grande visibilidade na história do direito em geral.

Certamente, não se pretendeu aqui suscitar qualquer critério de hierarquia quanto à importância ou desenvolvimento dos sistemas jurídicos entre si, a ponto de, por exemplo, deixar margem para uma interpretação eurocêntrica ou de valorização da visão de mundo ocidental, em detrimento dos sistemas jurídicos do oriente. Tão pouco se pretendeu fazer uma distinção entre o direito desenvolvido numa sociedade liberal e burguesa, em face de um direito socialista, como expressão de inclinações ideológicas¹. A intenção aqui perseguida foi tão somente a de investigar o sistema jurídico que mais parece contribuir para a nossa própria experiência de evolução jurídica, seja na sua forma direta – por relação de pertencimento à tradição romano-germânica – ou indireta, por relações mais remotas de influência ante o crescimento dos estudos de direito comparado.

¹ Neste sentido também se posiciona Mário G. Losano (1978, p. 26-27), ao falar do 'caráter paritário dos direitos positivos vigentes'. Segundo o autor, existiu sim uma tendência de estudar os diversos sistemas jurídicos conforme uma perspectiva 'eurocêntrica', tendo-se o direito europeu como 'melhor' que os direitos dos seus povos colonizados. Igualmente, já se comparou os sistemas jurídicos do presente com os do passado, atribuindo-se aos primeiros superioridade quanto aos segundos, inclusive se negando a estes últimos o caráter jurídico de seus ordenamentos. Hoje, estas concepções eurocentristas estão superadas, assim como a concepção linear da história, no sentido de que o tempo caminha para o progresso e a evolução. Para Losano, "não existe um direito positivo intrinsecamente melhor do que outro: existem apenas direitos historicamente mais ou menos adequados para regular certas relações de produção e de propriedade" (1978, p. 27-28).

2. Aspectos Metodológicos do Estudo

2.1 - Os “Direitos” Contemporâneos

Já é pacífico entre os teóricos do direito que as sociedades atuais não se estruturam sobre bases de um suposto direito universal. Mesmo que sejam admitidos fundamentos comuns para o direito - e algumas escolas ou correntes de pensamento jurídico nos ajudam a melhor compreender tais fundamentos -, não se pode olvidar da enorme diversidade de sistemas e ordenamentos jurídicos que variam conforme cada sociedade em concreto. Por isso, no período contemporâneo, uma das evidências herdadas da formação dos Estados Modernos é que cada sociedade política e juridicamente organizada possui o seu próprio direito. Falar neste sentido nos conduz a admitir o grande prestígio dos direitos nacionais nos dias de hoje, muito embora as transformações do mundo contemporâneo já possam ser sentidas diante do fenômeno global e da formação de um direito comunitário, que inovam nas concepções marcadas por noções fronteiriças de território e soberania.

De qualquer modo, o modelo nacional de ordens jurídicas imprime uma diversidade de direitos que, por sua vez, acarreta grande dificuldade ao jurista que se preste a examinar o tema em apreço, já que teria de recorrer a um estudo do direito de cada nação para ter a idéia, ainda que genérica, do direito contemporâneo universal. Contudo, a diversidade mitiga-se quando se adota outro viés de investigação e exposição, qual seja, o estudo do direito conforme suas relações com as grandes famílias ou sistemas jurídicos. Esta foi a opção do jurista francês René David em obra já comentada, o que também orientará o estudo que agora iniciamos.

Conforme o próprio autor assinala, *“se no mundo contemporâneo existem muitos direitos, estes deixam-se classificar em um número limitado de famílias”*². Aqui, a referência feita à diversidade de direitos não quer significar a mera multiplicidade de regras, isto é, o que seja ou não permitido, proibido ou regulado em uma dada sociedade. Diferentemente, o autor usa a expressão para designar o que se encontra na base estrutural de cada ordenamento jurídico, considerando seu vocabulário, seus conceitos, suas técnicas de formulação e interpretação de normas e a própria concepção que goza o direito em cada sociedade - seja como um instrumento de ordem social geral, seja o considerando como mero instrumento de resolução de litígios. Tudo isto faz a grande diferença entre a idéia de simples ‘regra de direito’ e a de ‘fenômeno jurídico’ propriamente dito, sendo a primeira questão de superfície e deveras mutável, enquanto que a segunda, questão de fundo e de maior estabilidade, haja vista estar ligada a uma cultura civilizacional e à própria forma de pensar o direito.

A esse respeito, muito contribuem os estudos de direito comparado, que

2 René David, 1998, p. 15.

auxiliam na identificação de pontos de convergência e similitude, assim como dos pontos de afastamento e conflituosidade entre as várias ordens jurídicas existentes, de modo a autorizar o agrupamento das experiências jurídicas em *sistemas* ou *famílias*. Como ressalta Rodolfo Sacco, “A comparação chegou à conclusão de que os vários sistemas são dotados de conotações que determinam os seus respectivos caracteres profundos e constantes, e utilizou tais conotações para qualificar dois sistemas como *afins* ou como *distantes*”³. Daí as diferenças entre os sistemas europeus continentais e os anglo-americanos, entre os sistemas burgueses-capitalistas e os socialistas e, enfim, entre os sistemas extra-europeus reciprocamente considerados, como o direito indiano, chinês, muçulmano ou africano.

Convém, contudo, advertir que o parâmetro aqui seguido, ao dividir os sistemas jurídicos em grandes ‘famílias do direito’, não é o único possível. Existem outros modos de realizar este ‘agrupamento’, o que traz para o tema certa divergência doutrinária que não cabe nesta altura reproduzir. Diante de todos os esclarecimentos postos, nos propomos ao conciso estudo sobre as fontes de uma das mais representativas famílias do direito contemporâneo e ocidental: a família romano-germânica, tendo como aspectos de fundo a historicidade e mutabilidade do fenômeno jurídico, o que lhe confere caráter de produto e processo cultural⁴.

2.2 - Historicidade e Mutabilidade do Direito

Sabe-se que o fenômeno jurídico é de tamanha magnitude e complexidade que se esboça muito difícil o seu conceito pleno e bastante. A construção de uma noção para o direito enquanto ‘fenômeno’ requer um esforço mental que, embora muitos tenham tentado, a nenhum se atribui o êxito de realizá-la em sua totalidade. Deste modo, cada área de conhecimento, escola filosófica, perspectiva de abordagem ou domínio de disciplina há de estruturar os limites de sua própria definição do *jurídico* para, enfim, delimitar o seu próprio objeto de investigação.

No campo dos estudos históricos do direito, igualmente, este esforço de delimitação das fronteiras de um estudo historiográfico também é realizado. Definir o objeto de estudo da disciplina *História do Direito*, portanto, é tarefa

³ Rodolfo Sacco, 2001, p. 226.

⁴ Enquanto “*fenômeno*”, podemos distinguir o Direito como um aspecto da realidade passível de observação. Sendo este fenômeno de caráter “*cultural*”, pode-se dizer que o Direito é um acontecimento que brota do mundo da cultura, sendo decorrência dela. Deste modo, podemos, enfim, compreender o direito como um fenômeno cultural, considerando-o tanto como um *processo* quanto como um *produto* da Cultura. Segundo José Flóscolo da Nóbrega (1981, p. 09 e 10), o direito se caracteriza como um processo cultural, por força de ser ele a expressão de um “processo de adaptação social”. Ainda abrigados na tese de José Flóscolo da Nóbrega (1981), o direito também é compreendido como produto cultural, já que ele é o resultado de um processo de valorização, no qual se distinguem os valores mais elevados e importantes da sociedade, passando estes a serem protegidos pela norma. É a norma ou as regras de conduta jurídicas, portanto, a forma como o direito se reveste enquanto produto cultural.

essencial para se enveredar pelos primeiros passos de uma investigação científica que tanto requer métodos das ciências jurídicas, quanto requer métodos das ciências históricas.

Ao realizar um estudo histórico do direito, o jurista deve se ater sobre o seu autêntico objeto, ou seja, a vida do direito ao longo do tempo, como necessária via para a apreensão e compreensão da essência do fenômeno jurídico. No reconhecimento de tal fenômeno, para além de lhe atribuir como fim a realização de valores, particularmente o valor do justo, o direito tem como traço fundamental o seu aspecto cambiante. Evidentemente, qualquer estudo histórico do direito há de admitir seu caráter cultural, isto é, o direito tanto como *produto* quanto como *processo* da cultura. Por sua vez, a cultura possui variantes de tempo e espaço que lhe atribuem, como conseqüência, vínculos aos seus contextos [históricos] de produção, mais que a qualquer determinismo da natureza ou influência divina.

Contudo, compreender o direito como fenômeno cultural - o que nos aproxima da corrente do culturalismo jurídico - , não é a única forma possível de entendê-lo e explicá-lo, uma vez que existem várias correntes de pensamento jurídico que o explicam à luz de outras teses quanto à sua origem e finalidade, a exemplo do direito natural e do juspositivismo. Sem ingressar, contudo, na discussão a respeito da gênese do direito, o que fugiria ao objetivo deste trabalho, vamos estruturar nossa exposição sobre as bases de uma premissa fundamental: a historicidade do fenômeno jurídico e, por conseguinte, o pressuposto da mutabilidade de sua estrutura (evolução).

Falar de evolução e historicidade, portanto, traz em si o reconhecimento de que o direito possui uma existência marcada por circunstâncias concretas, sujeitas a transformações ao longo do tempo⁵. Como assinala José Duarte Nogueira, *“Falar-se na historicidade do direito significa ter consciência que a ordem jurídica se realiza na história, que está concretamente relacionada com um determinado meio social, político, econômico e cultural, nele nasce e se desenvolve (...) o particularismo da experiência jurídica só se revelará em todas as suas facetas, através da concreta apreensão histórica da sua realização”*⁶.

Neste sentido, a mutabilidade e a estabilidade do fenômeno jurídico, nas suas circunstâncias concretas de produção e existência, são de interesse para a história do direito: tudo o que se transforma e se preserva no direito cabe à disciplina histórico-jurídica examinar, ou, em poucas palavras, compete a esta disciplina o estudo da ‘experiência jurídica’ enquanto dado social que é, interessando-lhe as condições de seu surgimento e desenvolvimento, seu conteúdo e, enfim, seu grau de aplicabilidade e eficácia.

Acresce-se ao perfil da historicidade do direito o que José Manuel Perez-Prendes Muñoz-Arraco defende como sendo a ligação entre a estrutura do direito e a estrutura social geral. Isso quer significar que, embora a história

⁵ Embora também seja possível constatar traços de continuidade e persistência do jurídico, o que não deixa de ser um modo peculiar da evolução do direito.

⁶ José Duarte Nogueira, 2003, p. 245.

do direito tenha um objeto próprio e uma metodologia específica, seu manejo requer tratamento semântico dentro do contexto de uma história social geral ou história total. Neste sentido, sendo a sociedade mutável, o direito há de refletir as transformações que lhe tocam, seja direta ou indiretamente, a fim de moldar-se às novas situações. O argumento central deste olhar historiográfico para o direito gravita sobre o fundamento de que cada sistema jurídico traz em si o esforço de adaptação a circunstâncias diferentes daquelas que o originaram, transpondo certos elementos constituintes do sistema original.

Portanto, partindo do pressuposto de que o direito é mutável, vislumbra-se como coerente dividir seu estudo histórico em *fases* ou *períodos*. O estudo do direito ao longo da história pode ser assim sistematizado conforme ‘etapas’, ‘contextos’ ou ‘momentos’ que, na linha do tempo, desenvolveram-se dentro de uma história social total. Para traçar um estudo ou exame histórico-jurídico, o investigador há de recorrer a uma metodologia particular ao seu objeto, que tanto contemple processo de pesquisa, quanto o modo de exposição do conhecimento alcançado, tarefa que muitos realizam lançando mão do método da periodificação das grandes etapas da evolução jurídica. Por este motivo, é imprescindível, mesmo que em breves palavras, abordar a questão da periodificação da história do direito.

2.3 - O “problema” da Periodificação

Ao se tratar de uma investigação histórica, evidentemente que o jurista deve conceder especial atenção ao aspecto temporal, ou seja, a um recorte cronológico que lhe permita observar seu objeto de forma precisa e localizada no tempo. Daí ser muito importante o aspecto da cronologia e da sucessão dos acontecimentos históricos relevantes para a pesquisa, considerando, inclusive, qual o nível de influência que certo acontecimento exerce sobre outro que lhe sucederá e assim por diante, ou seja, a influência do passado sobre o futuro.

Por isso, a questão da periodificação histórica é essencial a uma boa compreensão do trabalho que nos propomos a realizar. A divisão do tempo em fases, ou seja, a sua periodização, resulta de uma necessidade didática e científica, com fins de facilitar o estudo do curso histórico dos acontecimentos. Deste modo, a divisão do tempo em períodos finda por colaborar a uma compreensão da história como um *processo*, constituído por etapas, chamadas, enfim, de ‘períodos históricos’⁷.

Numa perspectiva histórica geral, ou seja, da história como ciência, adota-se o modelo denominado “periodização clássica”, que se construiu no final do século XIX, tendo como critério os grandes acontecimentos que marcaram o devir da sociedade ocidental. Filiados a este grande princípio, Ruy de Albuquerque e Martim de Albuquerque definem o processo de periodificar dentro da História:

⁷ Ramon Fernandez Espinar, 1985, p. 14.

“Periodificar significa aceitar datas-barreira, separando, em função de certos eventos delimitadores de épocas, os fatos históricos. É como uma espécie de compartimentação – embora a realidade histórica nunca se detenha no seu desenvolvimento cronológico”⁸. Neste aspecto, nunca é demais ressaltar que a divisão do tempo em fases ou períodos é um recurso plenamente artificial e pode se servir de critérios distintos, o que resulta na possibilidade aberta de outras tantas divisões quantos sejam os diferentes aspectos considerados.

Por isso, não existe um único modelo que sirva aos fins de traçar os limites da periodificação da história em geral ou da história do direito em particular. Decorre disto que, sendo qualquer divisão do tempo artificial, muitos discordam sobre os marcos temporais ou acontecimentos que demarcam a passagem de um período para outro e até sobre o próprio tratamento cronológico da totalidade histórica. Neste sentido, assim como os historiadores puros enxergam as deficiências das divisões artificiais da história geral, a doutrina especializada na historiografia jurídica também faz referências a tais problemas, embora igualmente venha a aderir ao método cronológico, como meio didático e inteligível de exposição do devir histórico de seu objeto de estudo, seja por motivos meramente didáticos, seja pela defesa da própria legitimidade do método.

Assim, vários historiadores promovem esforços na delimitação de fronteiras que indiquem os períodos da história da humanidade ou da história aplicada, voltada para algum âmbito específico do passado humano, a exemplo da história do direito. Neste tema, dentre aqueles que reconhecem e defendem a legitimidade da periodificação, destaca-se Nuno Espinosa Gomes da Silva, para o qual:

A História não é catálogo de factos, mas sim conhecimento, compreensão, estudo do porquê. (...) a periodização não é algo de arbitrário, e, pelo contrário, se liga a essa compreensão do fato histórico. A ação do homem (...) é determinada pela imagem que ele faz da realidade; por seu turno, essa imagem é, forçosamente, influenciada pelas concepções dominantes da época, do período (...) em que ele vive. (...) Assim, correspondendo a essas épocas, em que se encontram características comuns, vai o historiador criar períodos. (...) o período histórico é caracterizado em função do que de novo e dominante existe nele [de modo que] só por abstração, apresenta o período [aparência] de homogeneidade⁹.

Nesta mesma perspectiva da literatura histórico-jurídica, Espinar¹⁰ assinala dois conceitos que são básicos para um esforço de periodificação da história do direito: o conceito de *tempo* e o de *processo*. A idéia de ‘tempo’ é fundamental e parece prescindir de explicação quanto à sua centralidade em qualquer que seja o estudo histórico realizado, incluindo, obrigatoriamente, a noção de passado, presente e futuro. Já a idéia de ‘processo’ diz respeito ao critério de divisão da própria existência do direito em etapas que possuem um sentido homogêneo dentro do percurso evolutivo do qual fazem parte. O processo da história,

8 Ruy de Albuquerque e Martim de Albuquerque, 2005, p. 09.

9 Nuno Espinosa Gomes da Silva, 2006, p. 34-36.

10 Op. Cit., p. 71.

portanto, comporta etapas que serão denominadas de *períodos históricos*. Estes, por possuírem características próprias, singularizam-se, enfim, no devir da história total do direito.

Citado por Espinar, Franz Neumann (1900-1954) assinala que períodos históricos são “*espacios de tiempo bien individualizados de la vida histórica que, por su contenido y sustancia, se ligan en unidad y que, justamente por ello, se destacan de los que les preceden o les siguen*”¹¹. Tal individualização, portanto, presume a idéia de *fragmentação*, típica de qualquer processo de periodificação da totalidade histórica.

Contudo, não podemos reduzir a periodificação à idéia de cronologia. A periodificação é mais ampla, enquanto que a cronologia se presta a apenas encerrar os acontecimentos históricos em datas estanques. Ao se falar em períodos históricos, portanto, há de se ter em mente todo o subjetivismo que sua concepção traz, haja vista não ser possível separá-los da totalidade histórica em que se inserem. Deste modo, embora tenham de atingir grande individualidade e precisa configuração – a fim de se distinguirem do que lhes precedeu ou sucedeu –, os períodos históricos devem ser compreendidos de forma elástica e ampla.

Por isso, ao delimitar nosso objeto de estudo historiográfico às fontes do direito contemporâneo, todos estes aspectos devem ser considerados, a fim de se compreender o período histórico do direito em apreço. Daí a dificuldade de fixar em datas limite o início da contemporaneidade, bem como a ausência do seu fim, já que se trata de um período ainda ‘em acontecimento’. Por todo o exposto, mais do que a datas emblemáticas, os períodos históricos são mais bem desenhados quando os fatos históricos em si mesmos são levados em conta.

Neste sentido, ao utilizar fatos históricos como referentes para a periodificação histórica, não se deve perder de vista o critério de escolha de tais fatos (seja ele de natureza política, econômica, social ou cultural, dentre outras), a fim de existir necessária coerência interna no raciocínio utilizado para as grandes divisões da história, tanto da história geral, quanto da história do direito. Garantir-se-á, portanto, que a divisão consagrada pelo historiador traga em si o traço da *uniformidade*, ou seja, de um critério único para a demarcação das etapas do processo histórico em estudo.

Com tudo isso, a questão agora a ser resolvida é saber qual o critério válido e eleito para demarcar as épocas do suceder jurídico, em particular o período contemporâneo. Assim, dedicaremos um conciso esforço de caracterização da idade contemporânea, enquanto etapa do processo histórico do direito.

¹¹ Idem.

3. Idade Contemporânea: aspectos para a configuração de sua unidade enquanto fase do processo histórico-jurídico

Falar sobre Idade Contemporânea - ou sobre qualquer outro período da história - exige do historiador, inclusive do historiador do direito, o esforço teórico de identificação de seus traços característicos, bem como o esclarecimento dos limites e deficiências de sua razão de ser. Neste último desígnio, José Antonio Escudero, embora reconheça a utilidade inegável da periodificação, não oscila em fazer sua crítica à expressão que qualifica a presente época e seu sentido intrínseco, alegando que há uma “impertinência científica” ao se nomear com o termo “contemporânea” nossa própria época, uma vez que este é um “*nombre que habrá de ser rectificadopor historiadores de siglos futuros, por cuanto para ellos esta etapa histórica ya no será ‘contemporanea’*”¹². Esta e outras críticas podem ser colhidas da literatura especializada sobre as reservas que se aplicam ao termo “contemporaneidade”. Contudo, não nos cabe dentro dos objetivos do presente estudo aprofundar os pormenores de tal discussão, motivo pelo qual apenas registraremos esta como uma das críticas que o tema suscita.

Em prosseguimento, visto que adotamos a denominada periodização clássica comumente utilizada pela história geral, o que denominamos como Idade Contemporânea corresponde ao momento que teve seu início em 1789, com a Revolução Francesa, e que se estende até nossos dias¹³. A caracterização mais dominante da época contemporânea pode se dar em virtude das grandes transformações que a Revolução Francesa trouxe para a Europa e para a América, tanto no que diz respeito às suas estruturas políticas, quanto sociais e jurídicas. A Revolução na França, como revolução burguesa que foi, visou romper com o *Ancien Régime* do feudalismo clássico e das monarquias absolutas. Com isso, superam-se as estruturas e realidades residuais da Idade Média, inaugurando uma nova fase na história da humanidade.

A marca da passagem do período moderno para o período contemporâneo, não está, contudo, apenas nas rupturas que as Revoluções Burguesas do século XVIII fazem em relação ao Antigo Regime, mas também nas forças do inaugurado século XIX que virão influenciar o século XX e XXI. Ou seja, a Idade Contemporânea possui traços de rupturas e de fixação de novas tendências para os

¹² José Antonio Escudero, 1985, p. 29.

¹³ Segundo este critério clássico de periodização, a história possui cinco grandes períodos: Pré-História (surgimento do homem na Terra até a invenção da escrita no Crescente Fértil, por volta de 4.000 a.C.), Idade Antiga (de 4.000 a.C. até 476 d.C., quando ocorre a queda do Império Romano do Ocidente), Idade Média (476 d.C. a 1453, com a conquista de Constantinopla pelos turcos otomanos, resultando na queda do Império Romano do Oriente), Idade Moderna (1453 a 1789, quando ocorre a Revolução Francesa) e Idade Contemporânea (1789 até nossos dias). Contudo, vale reforçar que existem outros marcos temporais propostos na literatura para o início da contemporaneidade, sobretudo nos últimos anos, a exemplo daquele que prestigia a primeira guerra mundial (1914-1918), por força das mudanças que este acontecimento trouxe para o planeta. Porém, esta tese é minoritária e pouco aceita.

dias atuais, forças estas que o historiador J. R. de Salis denomina como “histórico-genéticas” do século XIX. Na opinião deste autor, tais forças se desenvolvem em nosso século com efeitos construtivos e destrutivos, sendo elas:

1. Las fuerzas nacionales, creadoras de estados. 2. La fuerza de la democracia, transformadora del orden jurídico y político y de la estructura social. 3. La fuerza de la economía capitalista, productora de bienes en unión con la técnica y con el sistema industrial moderno. 4. La fuerza revolucionaria de las masas asalariadas, organizadas sindical y políticamente, en unión con la doctrina socialista. 5. La fuerza expansiva del imperialismo, en relación con los modernos medios de transportes, el tráfico marítimo y la economía de dimensiones mundiales. 6. Las fuerzas político-morales de la humanidad moderna, que aspiran a conseguir la libertad de los individuos y de los pueblos, el bienestar social y la eliminación o resolución de los conflictos internacionales¹⁴.

Para que o século XIX forjasse todos estes elementos que repercutem nos séculos XX e XXI, necessário se fez uma alteração profunda na forma de sociabilidade existente até o triunfo das revoluções burguesas, nomeadamente até a Revolução Francesa de 1789, episódio aqui tomado como divisor de águas entre a Idade Moderna e a Idade Contemporânea.

Conforme o pensamento de Mariano Peset, em obra coletiva intitulada *Historia del Derecho*, o processo revolucionário francês possui dois aspectos essenciais. O primeiro aspecto se refere ao período de transição econômica e social que a sociedade da época atravessava. Desde séculos anteriores, formas novas de produção de riquezas começaram a surgir, distinguindo-se daquelas que se baseavam na terra ou nas jurisdições senhoriais. O comércio e a indústria, com a utilização de novas máquinas e técnicas de produção de bens, emergem como variáveis intimamente ligadas ao processo de câmbio econômico. No sentido das alterações sociais presentes no processo revolucionário, a nobreza e o clero perdem em forte medida o seu prestígio e o antigo sistema estamental é substituído por uma nova escala de organização social. A burguesia assume grande peso na sociedade, tanto pelas novas idéias que sustentam as mudanças já em construção, quanto pelo *status* financeiro que possui.

O segundo aspecto trata das circunstâncias concretas do momento histórico da Revolução, particularmente as más condições econômicas e conjunturais da época somadas à desavença entre o monarca e a nobreza. Isso propicia a tomada de poder pela burguesia, em detrimento da nobreza e do rei enfraquecidos¹⁵: *“La nueva sociedad supone la destrucción de la nobleza señorial, de todas las rentas, primero conservando algunas y, a partir de 1793, con más profundidad. (...) El clero y la nobleza (...) desaparecen como estamento, quedan reducidos a simples ciudadanos”*¹⁶. Por

14 J. R. Salis, 1960, p. 13-14.

15 Neste momento histórico, a burguesia falava em nome do povo, o ‘terceiro estado’, que se situava abaixo do clero (primeiro estado) e da nobreza (segundo estado), contando com grande apoio popular.

16 Mariano Peset [et al], 1993, p. 293.

tal razão é que Peset finalmente afirma: *“la revolución de 1789 en Francia significa el inicio de las transformaciones europeas del siglo XIX. El ritmo de las revoluciones se incrementa y, por ello, se ha considerado como el comienzo de una nueva época, la edad contemporánea”*¹⁷.

Ao lado de tais circunstâncias, destacam-se ainda os aspectos políticos e jurídicos das grandes transformações revolucionárias na França. Estes se caracterizam, primeiramente, por uma política de soberania nacional, cuja nova formatação de Estado fez substituir a monarquia e sua administração por novas formas de organização estatal, agora baseadas na *razão*, na *uniformidade* e no *centralismo* de um poder despersonalizado. Na perspectiva jurídica, promove-se a unificação, além da organização administrativa francesa, também de uma legislação que vigorará em todo o país. Esta unificação já tinha seus sinais de anúncio desde a monarquia do Antigo Regime, mas foi com a revolução burguesa que ela se consagrou definitivamente, ainda podendo contar com vários outros elementos de identidade nacional, como a existência de um mercado e exércitos próprios, a escolha do idioma francês como língua oficial e suas grandes festas cívicas.

Pela densidade de suas transformações é que a Revolução Francesa se destaca como acontecimento emblemático da grande passagem da modernidade para a contemporaneidade. Neste sentido é que o jurista e constitucionalista brasileiro Luís Roberto Barroso, em comentário a este acontecimento histórico, assinala:

A Era das Revoluções se completa com a Revolução Francesa. Mais do que um evento histórico com seu próprio enredo, desempenhou ela um papel simbólico arrebatador no imaginário dos povos da Europa e do mundo que vivia sob sua influência, no final do século 18. Coube-lhe - e não à Revolução Inglesa ou à Americana - dar o sentido moderno do termo revolução, significando um novo curso para a história e dividindo-a em antes e depois. Foi a Revolução Francesa, com seu caráter universal, que incendiou o mundo e mudou a face do Estado - convertido de absolutista em liberal - e da sociedade, não mais feudal e aristocrática, mas burguesa¹⁸.

Numa abordagem mais estrita ao universo jurídico - e que para nós reserva particular interesse -, a Revolução Francesa também inaugurou uma nova fase. Segundo Antonio Escudero¹⁹, a Idade Contemporânea trouxe influências decisivas para o direito que, tocado pelas idéias iluministas e racionalistas, experimentou dois grandes fenômenos que lhe atribuem uma marca própria dos períodos antecedentes: o Constitucionalismo e a Codificação. Embora eles estejam intimamente ligados entre si, já que as bases sócio-econômicas e

17 Idem, p. 285-286.

18 Luís Roberto Barroso, *A História das Constituições*, 2007 (documento eletrônico acessado em 03/03/2008).

19 Op. Cit., 1985, p. 31.

ideológicas são comuns, vale à pena, contudo, pontuá-los separadamente²⁰, tarefa que cumprimos nos itens a seguir.

4. Aspectos Jurídicos da Contemporaneidade

4.1 - O Movimento Constitucionalista Moderno

Pode-se afirmar que o constitucionalismo moderno fundou as bases do Estado de Direito contemporâneo. Na linha temporal, a Idade Moderna principia no ano de 1453 e se estende até 1789, marco da Revolução Francesa, estando sua origem associada a uma fase que teve início com a invasão de Constantinopla pelos turcos e com as grandes navegações. Em tal período, também se experimenta o nascimento dos Estados Modernos, que tiveram suas características largamente determinadas pela deficiência do modelo político medieval, o que conduziu sua sociedade a aspirar pela unidade de um poder supremo e de dimensão territorial delimitada. Os novos Estados, então, consolidaram-se resgatando as antigas formas das monarquias absolutas.

Uma vez consolidado o poder político na figura destes novos Estados, pode-se identificar suas etapas de desenvolvimento até o triunfo do movimento constitucionalista, que forjava a formação de um Estado submisso à lei e despersonalizado, opondo-se à representação de um poder político unipessoal, ilimitado e absoluto (*Ancien Regime*).

Num primeiro período, temos a experiência do *'Estado Estamental'*, ou seja, da monarquia ainda limitada à convivência com diversos estamentos sociais, bem como herdeira das conseqüências do regime feudal. Assim, caracteriza-se como uma fase de transição em que, embora já presente a idéia de Estado, este ainda era pouco desenvolvido em suas potencialidades. Quando o monarca ganha força para promover a unificação do poder, ingressamos num segundo período do desenvolvimento dos Estados: a época dos *'Estados Absolutos'*.

O absolutismo pode ser aqui entendido como o sistema de governo fundado na máxima concentração de poderes nas mãos do Rei, cuja trajetória pode ser considerada conforme dois momentos característicos: o primeiro – que perseverou até início do século XVIII – representa o período do *poder divino do Rei*, ou seja, a etapa de seu desenvolvimento em que a autoridade do Rei tinha origem religiosa; e o segundo – configurado segundo uma nova fundamentação para os poderes do soberano – que deixa de ser teológico para ser racional, haja vista a influência do iluminismo reinante. A este segundo momento corresponde a expressão *"despotismo esclarecido"* ou, noutra perspectiva e em certos países, *"Estado de Polícia"*. Em oposição ao absolutismo tradicional, o *déspota esclarecido*

20 Segundo Francisco Tomas y Valiente (2001, p. 465-466), as razões para a exposição em separado dos dois fenômenos não se dá apenas por necessidade de clareza didática, mas também por não terem tais processos ocorrido em concomitância histórica em todos os países.

não precisava responder perante ninguém, inclusive perante Deus, haja vista que sua autoridade era resultado da iluminação racional que ele próprio possuía.

Deste modo, embora tenha sido largamente combatido pelo movimento constitucionalista, o regime absolutista desempenhou papel extremamente importante para a transição da ordem medieval para a ordem do Estado Constitucional que inaugura a contemporaneidade. Nas palavras de Jorge Miranda, *“A função histórica do Estado absoluto consiste em reconstruir (ou construir) a unidade do Estado e da sociedade, em passar de uma situação de divisão com privilégios das ordens (sucessores ou sucedâneos dos privilégios feudais) para uma situação de coesão nacional, com relativa igualdade de vínculos ao poder (ainda que na diversidade de direitos e deveres)”*²¹.

Finalmente, chegamos ao momento histórico em que as forças sociais, políticas, econômicas e filosóficas vão operar a grande viragem na definição de Estado. As revoluções liberais do final do século XVIII, culminando com a Revolução Francesa de 1789, marcam a transição de um regime de concentração de poderes nas mãos do monarca para entregá-lo ao povo, detentor, a partir de agora, dos poderes soberanos da nação²². Com a mudança que se registra, o *súdito* cede lugar ao *cidadão*, titular de novos direitos que farão frente ao anterior poder absoluto do soberano. Eis a vitória do movimento constitucionalista que, segundo J.J. Gomes Canotilho,

(...) é a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado, indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade. (...) Numa outra acepção – histórico-descritiva – fala-se em constitucionalismo moderno para designar o movimento político, social e cultural que, sobretudo a partir de meados do século XVIII, questiona nos planos políticos, filosóficos e jurídicos os esquemas tradicionais de domínio político, sugerindo, ao mesmo tempo, a invenção de uma nova forma de ordenação e fundamentação do poder político²³.

Pode-se afirmar, assim, que o constitucionalismo moderno fundou os alicerces do Estado de Direito nascido ao final da Idade Moderna e consagrado definitivamente na fase contemporânea. Contudo, vale salientar que tal movimento constitucionalista não possui uma face única, ou seja, não se trata de um movimento homogêneo que, com características idênticas, alcançou as

21 Jorge Miranda, 2002, p. 43-44.

22 Na opinião de Horst Dippel, em sua obra *História do Constitucionalismo Moderno: novas perspectivas* (2007, p. 09-10), o grande marco para esta passagem foi a Declaração de Direitos de Virgínia, em Junho de 1776. Na sua carta de direitos foram traçados os aspectos intrínsecos do movimento constitucionalista e do Estado de Direito, sendo o modelo que há mais de 200 anos permanece intocável para a configuração dos Estados constitucionais: *“Encontravam-se aqui os princípios fundamentais e os elementos estruturais que as subseqüentes constituições deviam integrar, princípios e elementos tidos como pré-condição indispensável tanto para assegurar a liberdade individual como para garantir um governo racional e regulado pelo direito, em vez de um governo regulado pelo arbítrio, pelo privilégio ou pela corrupção”*.

23 J.J. Gomes Canotilho, 2000, p. 51-52.

mesmas características ou os mesmos traços temporais e espaciais. Como bem descreve Gomes Canotilho, “*será preferível dizer que existem diversos movimentos constitucionais*”²⁴ e, neste sentido, é que o autor assinala a diferença entre o movimento constitucionalista inglês, francês e americano.

Ao tratar do modelo inglês, destaca o autor que houve uma espécie de evolução dos ‘momentos constitucionais’, iniciando-se com a *Magna Charta* (Carta do Rei João Sem Terra), em 1215, passando pela *Petition of Rights*, de 1628, pelo *Habeas Corpus Act*, em 1679 e, finalmente, atingiu o *Bill of Rights*, em 1689. Todo este percurso histórico, contudo, possui traços que nos permitem abstrair os conceitos estruturantes do constitucionalismo britânico, quais sejam: a) a garantia da liberdade de todos e da segurança dos indivíduos e dos seus bens; b) a criação do devido processo legal, consagrando a idéia de um processo justo e regulado pela lei, no que tange ao disciplinamento de regras sobre a privação da liberdade ou da propriedade (*due process of law*); c) a interpretação das leis pelos juizes do país e não pelo legislador, desenvolvendo o direito comum do povo (*common law*) e d) a criação de uma nova categoria política: a *representação* e a *soberania* parlamentar, que atuaria ao lado do monarca como órgão de governo, bem como seriam pelo parlamento editadas as leis que regulariam o exercício do poder supremo, nos moldes de uma ‘constituição mista’.

Já em relação ao constitucionalismo francês, Gomes Canotilho assinala que na França o movimento revolucionário queria ir ainda mais além do que atingiu a experiência inglesa, uma vez que esta não havia realizado a completa ruptura com o regime de estamentos do sistema tardo-medieval. Sendo assim, o movimento constitucionalista francês ambicionava romper com os privilégios, garantindo direitos individuais que ultrapassavam a mera garantia da liberdade e da propriedade: “*os direitos do homem eram individuais: todos os homens nasciam livres e iguais em direitos e não ‘naturalmente desiguais’ por integração, segundo a ‘ordem natural das coisas’, num dado estamento*”²⁵. Outrossim, a nova ordem a ser criada pela convenção entre os indivíduos deveria passar para um ‘plano escrito’, de modo a garantir os direitos e regular o poder político, daí a idéia de *Constituição* e de *poder constituinte*.

Por fim, quanto ao constitucionalismo americano, a grande marca foi a centralidade que o povo assumiu no processo democrático de tomada de decisões. Ao povo, em momentos tidos como raros, cabia tomar certas decisões, o que se dava através do exercício do poder constituinte. Por outro lado, o governo também atuaria na tomada de decisões, neste caso para as situações mais frequentes (democracia dualista). Na experiência americana, o poder judicial também assume grande importância, mais do que se admite no constitucionalismo inglês e francês, nos quais a figura do parlamento (legislativo) assume primazia. Aqui, o juiz é o verdadeiro fiscal e defensor da constituição que, mediante o controle

24 Op. Cit., p. 51.

25 Idem, p. 57.

de constitucionalidade das leis, examinará a devida adequação entre normas ordinárias e a lei fundamental (*judicial review*).

Deste modo, realizadas as devidas advertências quanto às diferenças entre os movimentos constitucionalistas vivenciados na Inglaterra, na França e nos Estados Unidos da América, também é oportuna a lembrança de que todo o movimento constitucionalista foi antecedido pela própria formação dos Estados Modernos, pressuposto lógico e cronológico do modelo de Estado de Direito que se edificou com a vitória do ideário constitucional da modernidade.

Quanto a isto, pode-se dizer que a história da formação dos Estados permite diversos pontos de vista. Se adotássemos uma perspectiva histórica linear, consideraríamos que, pelo menos em tese e por ficção, se extrai da experiência grega sua primeira forma de manifestação, emblematizada na figura da *polis*. Em seguida, houve a experiência do poder político romano nas suas variadas formas de governo, passando pela Monarquia, pelo regime republicano e pelo poder imperial (Principado e Dominato). Com a queda do Império Romano do Ocidente (476 d.C.), uma nova fase da história se inicia: a Idade Média. A história tradicional descreve este período como marcado por uma profunda fragmentação de poderes, nomeadamente dos poderes políticos e jurídicos. Nesta linha de pensamento, como afirma Jorge Miranda²⁶, no período medieval o poder real estava fragilizado em razão dos poderes da Igreja e dos senhores feudais. Para o autor, excluindo-se algumas experiências de Reinos e Impérios²⁷, não se pode reconhecer no medievo a presença de um Estado que se caracterizaria dentro dos moldes que lhe qualificam os teóricos do constitucionalismo atual.

Contudo, esta não é a única leitura possível do período medieval, momento histórico que, segundo José Duarte Nogueira, não se ajusta com precisão aos parâmetros do conceito de poder político moderno, cuja lapidação última se deu com a influência do iluminismo e do liberalismo. Para o autor, existem várias formas de Estado que podem ser consideradas conforme as realidades correspondentes. Deste modo, o mesmo vocábulo pode encerrar conteúdos distintos, variando de acordo com a época a que se reporta. No caso medieval, estamos diante de um período de difícil associação entre os conceitos e os traços caracterizadores do poder político-jurídico que hoje denominamos de 'Estado'. Assim, embora não seja possível aplicar os parâmetros modernos àquela época, não significa afirmar que seja impensável a idéia de Estado Medieval, desde que se identifique a base e fundamento da sua organização societal, de modo a desvelar sua vocação para estadualizar-se, configurando, assim, a idéia de um "Estado essencial"²⁸.

De qualquer modo, verifica-se a crise do sistema político medieval, cujo início já pode ser sentido desde os séculos XIII e XIV, conduzindo ao processo

26 Op. Cit., p. 30.

27 A existência dos Reinos Bárbaros, do Império Romano do Oriente (que subsiste até 1453), do Império Carolíngio e do Sacro Império Romano-Germânico.

28 José Duarte Nogueira, 2006, p. 52 e ss.

de criação dos Estados europeus. Com o período moderno, ressurgiu a ideia de Estado enquanto organização de poder político centralizado, neste caso representado pela figura do monarca: o Rei concentraria todos os poderes, irradiando dele toda autoridade. Segundo Jorge Miranda, o Estado Moderno europeu terá características próprias de sua circunstância histórica, tais como: 1) é dotado de unificação política - e não de unificação religiosa ou qualquer outro fator de coesão -, correspondendo ao conceito de 'comunidade nacional'; 2) tem natureza laica e secularizada, separando-se o temporal do espiritual/religioso; e 3) possui poder soberano, capaz de fazer frente às resistências internas e às ameaças externas, confirmando sua autoridade, independência e autonomia em relação aos seus membros e a outros Estados²⁹.

Assim, estão postas as condições para a grande transição engendrada pelo constitucionalismo, valendo advertir, igualmente, que seu movimento fomentador não se dá isolado de outras transformações relevantes para a época, nem delas está isento, representando, ao contrário, um fenômeno amplo, que reúne e é influenciado por aspectos que extrapolam a esfera estritamente jurídica. Um dado de grande relevância é que sua ideia de Estado submetido ao direito emerge no contexto sócio-econômico da ascensão da burguesia como classe social. Assim, adequado aos novos princípios evocados pelo iluminismo, este Estado terá a face de um Estado liberal, "*imbricado ou identificado com os valores e interesses da burguesia*"³⁰, possuidora, desde antes, do poder econômico e agora também do poder político.

Outrossim, o processo de 'constitucionalização do direito público' caminha, igualmente, em íntima relação com o processo de codificação das regras jurídicas. Deste modo, com raras exceções, os Estados de Direito vieram a organizar seus postulados sob a forma de códigos políticos, que seriam denominados de 'constituições', geralmente com suas normas reduzidas a escrito. Estas 'constituições' viriam realizar a organização do novo Estado liberal e burguês que se consolidou com as revoluções do século XVIII. Todos estes aspectos findam, portanto, por moldar o direito contemporâneo, caracterizado não apenas pelo movimento constitucionalista, mas também pelo fenômeno da codificação, que tanto atinge o direito político e constitucional, quanto todas aquelas matérias consideradas importantes para o novo Estado liberal e já amadurecidas pela doutrina.

4.2 - O Processo de Codificação

Como assinalado acima, uma das grandes marcas da Idade Contemporânea no âmbito jurídico foi o fenômeno da codificação do direito. Seu impulso se deu em virtude da necessidade de criar um sistema jurídico logicamente estruturado que,

29 Jorge Miranda, Op. Cit., p. 32-33.

30 Jorge Miranda, 2002, p. 47.

segundo uma ordenação racional, oferecesse condições de validade permanente e universal. Dando vazão aos princípios proclamados pela Revolução Francesa de modo particular, e pelas revoluções liberais de modo geral, na perspectiva de Rogelio Perez-Bustamante³¹, a codificação do direito pode ser analisada sob três aspectos distintos, porém complementares.

No aspecto **filosófico**, a codificação se fundamenta na ideologia racionalista, que vislumbra para o direito uma idéia de ‘todo complexo’, de um sistema sem lacunas e harmônico que decorre do esforço da razão humana. Na perspectiva **política**, compreende-se a codificação como um processo que contribui para a cristalização do Estado-nação, caracterizado pela centralização e uniformidade. Ou seja, se o Estado nacional se edifica sobre as mesmas instituições, devem existir códigos uniformes e vigentes em todo território estatal que contribuam para a sua unidade. Por fim, o viés **sócio-econômico** tem na codificação um elemento fortalecedor da sociedade burguesa em ascensão, que necessita de uma nova ordem jurídica para estabelecer um novo tipo de sociabilidade.

Pode-se dizer que os antecedentes do fenômeno codificador emergiram já no século XVII, com o jusracionalismo (ou Direito Natural protestante) que defendia a possibilidade de organizar o direito com base em princípios estabelecidos pela razão e expressos em regras claras e simples. Seu início na Europa data do século XVIII, com a contribuição das doutrinas racionalistas e, particularmente, da escola do Direito Natural em sua nova fase, cuja busca era escapar ao ‘caos’ e ao obscurantismo medieval pela via da exaltação da *ratione*. A idéia desenvolvida pelos jusnaturalistas racionalistas conduzia para a criação de uma ordem jurídica de caráter universal, imutável e baseada na razão, o que fazia cambiar a idéia de direito como produto histórico para sua concepção como produto racional.

Segundo Franz Wieacker, o jusracionalismo é um dos vários capítulos da história do direito natural, que remonta desde os tempos da filosofia helenística e se mantém até a atualidade. Nas suas várias manifestações históricas, o direito natural funda-se na crença em uma ordem imutável e válida para todos, de modo a reger as relações intersubjetivas nos seus direitos e deveres dentro da sociedade. Muito de seu desenvolvimento e conservação se deve à filosofia e à teologia, já que nem sempre a tradição do direito natural esteve presente no cotidiano da técnica jurídica. Na Idade Moderna, o direito natural, sob a forma de jusracionalismo, vem suprir uma deficiência da ciência jurídica positiva no que diz respeito à nova imagem de mundo que se constrói depois do início do século XVII. Os métodos da filosofia e das ciências naturais se revolucionam, construindo uma nova forma de ver e interpretar a realidade. Ao lado da nova imagem “fiscalista” do mundo, emerge também a explicação jusracional da sociedade:

No jusracionalismo médio, os métodos das novas ciências da natureza estendem-se à ética social. Eles transformam também o homem, como ser social,

31 Perez-Bustamante, 1994, p. 255 e ss.

em objecto de observação e de conhecimento liberto de pressupostos, procurando, assim, as leis naturais da sociedade. [...] E, tal como a conexão lógica das leis naturais produz o sistema do mundo físico, [...] também as leis naturais do mundo social produzem um sistema fechado da sociedade, um 'direito natural'. Eis aqui a origem remota deste novo reflexo do direito natural da antiguidade ocidental a que chamamos jusracionalismo³².

Aqui, mais do que um processo de secularização do pensamento, o jusracionalismo se especifica como um método de conhecimento que se emancipa da teologia moral e adquire autonomia, uma vez que não era incompatível, num mesmo homem, a crença na revelação divina e a prática do pensamento jusracional. A principal ambição desta nova fase do direito natural era converter-se na teoria de fundamentação da validade de todo o direito vigente, o que colocava em evidência um clássico problema a ser enfrentado: a relação entre o direito natural e o direito positivo já existente. Para tanto recorreria, a princípio, ao método da argumentação como técnica de raciocínio, canalizando-se os primeiros esforços teóricos desta primeira fase na defesa da teoria do contrato social, muito embora sem obter o êxito esperado na superação de dito problema fundamental.

Explicamos. A crença no 'pacto de sociedade' não era suficiente para superar a oposição entre a ordem natural e a ordem positiva e apenas com a teoria sobre o 'pacto da submissão', em Hobbes, é que o jusracionalismo constrói a justificação supra-positiva do direito vigente. O conteúdo deste pacto é o abandono dos direitos naturais da sociedade em benefício do soberano, engendrando um direito positivo absoluto. Contudo, embora fosse possível encontrar a solução teórica para o problema em termos ideais (convivência de paz), ainda assim persistia a hipótese de quebra deste pacto em situações de conflito, o que levou Hobbes a defini-lo como 'irrevogável', sanando a questão intelectual mediante o fundamento de uma submissão inalterável dos súditos à autoridade do soberano: o direito natural se dissolve no direito positivo, sendo por ele superado.

Diferentemente de Hobbes, Rousseau elabora uma solução oposta para o mesmo problema, sugerindo que, mediante a vontade geral e recorrendo ao princípio da soberania popular, o pacto de sociedade deveria ser renovado permanentemente, relacionando o direito natural com o direito positivo, de modo a justificá-lo, desta vez, com a primazia do primeiro sobre o segundo³³.

Nesta perspectiva mais idealista, o direito natural moderno passou a ser a fundamentação ética do direito positivo, de modo que qualquer desarmonia com seus pressupostos passava a ser por ele combatido. Isso levou o jusracionalismo a se erguer contra a submissão do direito da época, contra alguns princípios e fontes do direito romano, bem como contra a submissão do pensamento jurídico às antigas 'autoridades' cultivadas pela Idade Média. Com sua visão de conjunto,

32 Franz Wieacker, 2004, p. 288.

33 Idem, p. 302.

o jusracionalismo contribuiu para construir uma nova sistemática, incentivando a elaboração de normas e instituições jurídicas originais, diferentes daquelas herdadas da tradição romana. Até este momento histórico, a ciência jurídica já tinha experimentado a fase da exegese, do comentário e de um projeto humanista de sistematização frustrado³⁴. O jusracionalismo, finalmente, desenvolve o seu 'sistema fechado', fundado no raciocínio e na demonstração lógica, garantindo-se pela via da plausibilidade metodológica. No século XVIII - período das últimas fases jusnaturalistas, caracterizadas como sistemáticas e matemáticas -, seu método começa a orientar e ordenar as exposições do direito positivo, passando a dominar os códigos e manuais positivistas até os dias atuais.

No âmbito do direito, matéria que a nós interessa pormenorizar, o jusracionalismo influenciou diretamente na ciência positiva, ainda carente de uma sistemática metodológica capaz de atender não apenas às novas exigências epistemológicas do mundo moderno, mas também aos impactos de uma viragem na ordem social, política e econômica da época³⁵. A crise do *ius commune* já era observável desde o século XV e veio a se acentuar com o surgimento da racionalidade cartesiana aplicada ao direito.

Segundo o historiador do direito brasileiro José Reinaldo Lima Lopes (2002), aquela jurisprudência tradicional que se consolidara no *ius commune* contrastou-se duramente com as duas correntes que alimentavam a modernidade: uma nova subjetividade filosófica e o empirismo científico.

A nova filosofia dos séculos XVI e XVII põe em dúvida toda autoridade exterior à razão, desconfiando dos sentidos e intuições que, segundo o próprio pai do pensamento cartesiano - Descartes -, podem nos induzir a erro (*Cogito cartesiano*). Neste sentido, a tradição escolástica que estaria eivada de equívocos (os escolásticos acreditavam que a aparência correspondia de alguma maneira ao próprio ser), não colaborava para a construção do conhecimento. Daí a grande valorização da descoberta e da razão especulativa e reflexiva, cujo triunfo se completa com o pensamento de Kant, ao afirmar que "*há categorias completamente ideais, pensadas, a priori, anteriores à experiência e aos sentidos, pelas quais o sujeito pensante pode pensar o mundo*" (LOPES, 2002, p. 215).

O empirismo moderno, por sua vez, vem também indagar até que ponto os sentidos podem ser fonte do saber, visto que para se obter um conhecimento

34 Segundo Mario Reis Marques (2003, p. 308), o humanismo foi o primeiro movimento intelectual que endereçou críticas ao direito e à ciência jurídica baseada no *ius commune*. A multiplicidade de fontes (doutrina, jurisprudência, lei e costumes) e o excesso de casuísmo eram alguns dos objetos dos ataques humanistas que, porém, não chegaram a lograr uma verdadeira mudança no "figurino" das fontes jurídicas e na ciência do direito, apenas obtida com o jusnaturalismo racionalista.

35 "... a Europa assiste neste momento à descaracterização dos traços de universalidade dos dois grandes poderes que a uniam: a Igreja e o Império. Se a primeira deixa de ser a única forma social de vida cristã (Reforma protestante), o segundo sofre o embate de uma nova realidade dinamicamente vitoriosa (Estados nacionais). De facto, a busca de bases para uma nova organização da vida social (...) [levanta] problemas de fundamentação e de legitimidade, dando origem a novos discursos sobre o direito" (Marques, 2003, p. 359-360).

‘verdadeiro’, há de se experimentá-lo, medindo-o, quantificando-o e calculando-o. Neste sentido, os empiristas da época - como Hume - rejeitavam a tradição escolástica até então vigente, uma vez que lhe faltava raciocínio abstrato e experimental sobre os fatos e coisas existentes.

Particularmente no âmbito do direito, coloca-se em causa a validade das normas, ou seja, a validade do *Corpus Iuris* e do ‘princípio da autoridade’ - este fundado no prestígio dos doutores da ciência jurídica que expressavam suas opiniões (*opinio communis doctorum*) sobre o *ius commune*. Assim, há uma rejeição ao quadro vigente, no sentido de que ele meramente servia como instrumento de adaptação dos velhos valores aos novos fatos, o que, na opinião de muitos, apenas escamoteava as manipulações patológicas da lei. Diante dos seus visíveis sinais de esgotamento “o novo ideal de objectividade incorpora a idéia de descoberta e deixa na penumbra a *interpretatio* e suas redes de sentido. A problemática da interpretação, os topoi, os standards valorativos e os esquemas lógicos utilizados desde os comentadores, deixam de ter lugar cativo nos tratados do *jusnaturalismo racionalista*”³⁶.

A fim de atender aos propósitos de clareza matemática propugnados para a nova ciência jurídica, era necessária uma ferramenta capaz de descobrir e reunir as regras de direito por via racional, bem como dar-lhe um suporte de elevada organização lógico-formal. Neste sentido, foi no ‘Código’ que a ambição jurracionalista se concretizou. Os Códigos, portanto, representam, na Idade Moderna, o instrumento através do qual o direito natural da época interferiu na organização do direito positivo de uma vez por todas.

Contudo, o Código não é uma criação exclusiva da modernidade. A palavra “código” deriva do termo latino *codex*, cujo significado representava, em seu início, apenas a idéia de um volume de folhas de pergaminho unidas ou costuradas. Na passagem do século III para o IV d.C., o termo adquire semântica propriamente jurídica, significando as compilações das leis imperiais romanas, a exemplo do Código Teodosiano ou Justiniano. Na Idade Média, evolui-se para um conceito mais abstrato do termo, que passa a designar as obras jurídicas marcadas por certa uniformidade de elaboração e organização formal. Hoje, depois da influência das idéias racionalistas e iluministas da segunda metade do século XVIII³⁷, pode-se designar Código como “*una ley de contenido homogéneo por razón de la materia, que de forma sistemática y articulada, expresada en un lenguaje preciso, regula todos los problemas de la materia unitariamente acotada*”³⁸.

Neste sentido, o Código diferencia-se das simples compilações de leis, caracterizadas pela (i) heterogeneidade de matérias - o que as torna excessivamente volumosas -, (ii) pela variedade de autoridades outorgantes e

36 Marques, Op. Cit., p. 369.

37 Franz Wieacker (Op. Cit., p. 353-354) alerta que, embora ligados, jurracionalismo e iluminismo não representam o mesmo significado. O primeiro consiste numa versão atualizada da tradição filosófica ocidental antiga, enquanto que o segundo diz respeito a uma quebra de continuidade no âmbito moral e religioso em relação à atitude humana diante da vida até então reinante.

38 Tomas y Valiente, Op. Cit., p. 465.

(iii) pela diversidade de momentos de sua elaboração. Outrossim, as compilações ainda podem trazer conteúdos incompletos de leis, o que as tornam ainda mais confusas. O Código, portanto, configura-se como a antítese da experiência das compilações, pois é marcado pelo traço da homogeneidade: uma só lei, (i) de conteúdo único em razão da matéria, (ii) produzida por um só legislador e (iii) promulgada em um momento específico. A forma de exposição do conteúdo legal (plano lógico-dedutivo) e a linguagem utilizada (clara e precisa) também são grandes diferenças entre o Código e a compilação. Esta preocupação sistematizadora que conduz o processo codificador, bem como o cuidado com a clareza e precisão da matéria jurídica, são típicos do pensamento racionalista do direito e da filosofia, preocupações estas que faltavam aos juristas que precederam o século XVIII (particularmente os juristas dos séculos XVI e XVII).

A ambição racionalista, contudo, não era apenas sistematizadora e inovadora da matéria jurídica. Como bem acentua Mário Reis Marques, trata-se verdadeiramente de uma nova cultura jurídica que se edifica e vem a substituir aquela do *ius commune*. Consideram-na, inclusive, como um novo sistema, que era oposto e alternativo à então *opinio communis doctorum*, último método da ciência jurídica que gravitava na órbita da cultura do *ius commune*, particularmente girando em torno da redescoberta do *Corpus Iuris Civilis*. Aqui, a atividade do jurista mais valorizada era o labor doutrinal e jurisprudencial, enquanto que no período da codificação é a figura do legislador que assume centralidade: “O Estado, através do poder legislativo, passa a observar a criação do direito, introduzindo profundas alterações no papel até aí desempenhado pelos juristas”³⁹.

Tomados por uma razão otimista e radical, os juristas, os ilustrados e os políticos do liberalismo acreditavam que conseguiriam abarcar toda a realidade através do direito codificado que, além de pleno, seria justo do ponto de vista do conteúdo: uma nova ordem, de caráter natural, apreensível pela razão e capaz de fornecer leis universais e imutáveis para toda a sociedade⁴⁰.

Esboçavam, para tanto, a idéia de direito como um sistema logicamente ligado e encadeado de proposições normativas (concepção sistêmica do direito). Fundamentavam-se na crença de que cabe ao filósofo do direito elaborar os princípios gerais e máximos do jurídico, de modo que qualquer caso concreto singular pudesse ter sua solução inferida - pela via da lógica dedutiva - destes princípios descobertos racionalmente. Assim, a racionalidade jurídica que impulsiona a codificação faz grande ruptura com a racionalidade que vigorava entre os séculos XIII e XVII, muito caracterizada pelo casuísmo e pela valorização da experiência e prática dos juristas. Aqui, ganham centralidade os grandes conceitos e princípios gerais, bem como o alto grau de abstração e rigor lógico que domina o século XVIII.

39 Marques, Op. Cit., p. 07.

40 Contudo, frustrados no seu intento e reconhecendo as limitações de tal pretensão, hoje a ambição codificadora se reduziu para alcançar apenas os aspectos principais e mais genéricos dos problemas que cabe ao direito reger.

Esta nova racionalidade jurídica atribui ao Código a melhor forma de expressão do direito e ao legislador o papel de criá-lo conforme este novo entendimento, fortalecendo a tese de que a lei é o seu melhor veículo de criação. Com isso, o processo racionalista de codificação relega a um plano inferior e secundário outras fontes criadoras do direito, particularmente os costumes. Para o prestígio da lei converge a característica de oferecer maior segurança para as relações jurídicas, uma vez que, como afirma Jeremy Bentham, tem origem certa e vontade inequívoca⁴¹, do mesmo modo que pode ser compreendida por qualquer cidadão ante sua legibilidade e clareza.

Em torno do processo de codificação também se soma uma tendência unificadora das leis de uma mesma sociedade. Na busca da mencionada segurança jurídica, o Código se tornou depositário das expectativas de unificação do direito vigente em âmbito nacional, uma vez que a existência de leis distintas dentro de um mesmo território propiciava a 'desordem' e o 'caos'. A universalidade do direito, uniformizando a ordem jurídica dentro de um determinado território nacional, era fundamental para os Estados de Direito: "*El Derecho justo, en cuanto producto de la razón natural debe ser universal en su vigencia*"⁴².

Essa tendência unificadora, universalizante e fundada na razão e na lógica formal, além de romper com a racionalidade anterior (tradição doutrinal romanística), também faz uma ruptura com o Antigo Regime. A velha ordem precisava ser superada para que emergisse a ordem da garantia das liberdades, do constitucionalismo democrático e do fim dos privilégios estamentais. Neste aspecto, a importância do processo codificador não interessava apenas a juristas e filósofos, mas também à classe burguesa em ascensão. Um novo Estado garantiria novos direitos, mediante uma nova racionalidade jurídica. A burguesia, que cresceu pelo desenvolvimento do comércio e da ciência, tinha no processo codificador - também dominado pela fé na razão - o instrumento para construir sua própria ordem jurídica.

Assim, o processo de codificação do direito é a síntese de um contexto filosófico, político e econômico que marca uma nova fase na história jurídica. O direito contemporâneo, intimamente relacionado à centralidade do Estado na cena pública de nossa época, pode ser entendido, em linhas gerais, por esta nova razão jurídico-política, como bem conclui António Manuel Hespanha, na sua obra *Panorama Histórico da Cultura Jurídica Européia*:

41 "*El Derecho escrito es el único que puede merecer en verdad el nombre de ley. El Derecho no escrito es propiamente hablando tan sólo un Derecho conjetural, una ficción de ley. En la base de la ley escrita hay algo seguro, manifesto: hay un legislador, hay una voluntad, hay una expresión de voluntad y se conoce perfectamente la época de su nacimiento. El Derecho no escrito no tiene nada de eso. Se desconoce su origen, crece continuamente, nunca puede estar terminado y se modifica sin que nadie se aperciba de ello... La gran utilidad de la ley es su certidumbre*" (Jeremy Bentham, citado por Francisco Tomas y Valiente, Op. Cit., p. 471).

42 Tomas y Valiente, Op. Cit., p. 472.

Os novos códigos, se, por um lado, procediam a um novo desenho das instituições, correspondente à ordem social burguesa liberal, instituía, por outro, uma tecnologia normativa fundada na generalidade e na sistematicidade e, logo, adequada a uma aplicação do direito mais quotidiana e mais controlável pelo novo centro do poder - o Estado. Estadualismo (*i.e.*, identificação da ordem social com a ordem estadual), certeza do direito e previsibilidade vão, assim, de braço dado, permitir a efectivação e a estabilização dos novos arranjos sociais, políticos e jurídicos⁴³.

5. Fontes do Direito: o fenómeno criador das normas jurídicas

Uma vez descritos os caracteres que marcam a Idade Contemporânea como etapa do devir histórico total, bem como relacionados os traços essencialmente jurídicos deste momento na história do direito, podemos agora ingressar no estudo das fontes do direito propriamente ditas, a partir, primeiramente, da retomada breve da actual 'teoria das fontes'. Contudo, antes de iniciar o estudo de tal teoria, relembremos algumas idéias de base para a compreensão dos pontos de partida de uma pesquisa jurídico-historiográfica.

Um primeiro aspecto ao se considerar o tema das fontes do direito é definir o que se entende por *fonte histórica* e por *fonte jurídica*, bem como qual o método de investigação a ser utilizado para o seu estudo. A importância das fontes históricas para o jurista está no que assinala Ramon Fernandez Espinar, ou seja, no facto de todo o trabalho de investigação se basear nos indícios fornecidos pelas fontes históricas do direito, também denominadas de "fontes de conhecimento"⁴⁴.

Segundo José Manuel Pérez-Prendes Muñoz-Arraco⁴⁵, as *fontes de conhecimento* correspondem aquilo que pode ser examinado fisicamente e que informa sobre a essência ou conteúdo de um princípio ou regra jurídica em dado momento histórico. As fontes de conhecimento, como fontes da história, possuem um traço bastante particular quanto ao seu objeto: uma vez que estuda os *factos históricos* e estes possuem a característica da irrevocabilidade (impossibilidade de repetição), apenas podemos recorrer às suas "marcas" ou "pegadas" que se conservaram ao longo dos tempos. Em outras palavras, os factos históricos não se repetem, motivo pelo qual somos impedidos de observá-los directamente. Isso nos impõe conhecê-los apenas por aproximações, isto é, pelos reflexos dos acontecimentos. Assim, as fontes da história são os registos ou marcas que nos informam sobre estes factos, sendo o único meio hábil para se conhecer o passado.

O esforço de uma investigação historiográfica do direito, portanto, terá nos factos histórico-jurídicos seu primeiro ponto de partida. O facto a que nos referimos aqui, tratando-se de uma pesquisa especializada, ou seja, concentrada

43 Antonio Manoel Hespanha, 1998, p. 169.

44 Ramon Fernandez Espinar, Op. Cit., p. 13.

45 Perez-Prendes, Op. Cit., p. 97.

no fenômeno jurídico, é aquele que diz respeito ao nascimento, aplicação, conservação, modificação ou extinção do direito de maneira geral. Certamente o leque é bastante amplo e seria por demais temerário não propormos um recorte para a breve pesquisa que ora apresentamos. A primeira das delimitações, tendo nós como fim o estudo das fontes do direito contemporâneo, é, como se vê, dirigida ao seu próprio objeto. Desde já o recorte necessário se faz no sentido de que o fato histórico que estudaremos será a própria criação do direito, idéia que se liga, por essência, ao conceito de *fonte*.

Enquanto que para o historiador puro o fato histórico geral é um potencial objeto de estudo, para nós, enquanto juristas, interessa a investigação sobre o que nomeadamente chamamos de fatos jurídicos. Dentro desta primeira delimitação, e em conformidade com os objetivos a serem alcançados pelo nosso trabalho, diz-nos respeito o estudo das *fontes de criação do direito*, ou seja, aquelas que criam o direito historicamente examinado.

Aqui, portanto, já podemos apresentar a diferença entre fonte histórica (fonte de conhecimento) e fonte jurídica (fonte de criação). Às fontes de conhecimento, como frisa Fernandez Espinar⁴⁶, atribui-se o sentido daquilo em que o direito pôs sua marca, manifestando-se através de escritos ou objetos e configurando-se não como o direito em si, mas sim como o meio de conhecê-lo. As fontes jurídicas, como assinala Angel Latorre, associam-se à maneira como as normas se manifestam ou exteriorizam. Estas fontes de criação são as próprias normas e princípios que vigoram como prescrições jurídicas obrigatórias em determinada época⁴⁷.

Marcello Caetano bem ilustra esta distinção na sua obra "*História do Direito Português: Fontes-Direito Público (1140-1495)*" quando afirma:

Apesar da semelhança de expressões, não há que confundir fonte de Direito com fonte da História do Direito. Há fontes de Direito que não são fontes da história (todas as leis, e costumes, que vigoram e que hoje desconhecemos de todo ou de que só temos vagas notícias) e, inversamente, há muitas fontes da história jurídica que não são fontes de Direito (todas as inscrições, escritos e tradições que nos dão notícia de factos jurídicos passados e que todavia não são a própria forma tangível da norma revelada para ser observada)⁴⁸.

Todo o desenvolvimento atual para o estudo das fontes do direito tem origem na teoria nascida ao final da modernidade. Costuma-se atribuir a Friedrich Carl von Savigny (1779-1861) e à Escola Histórica do Direito a elaboração da configuração moderna da Teoria das Fontes. Para o principal representante da Escola Histórica, o que se denomina como as diversas fontes jurídicas são, na verdade, formas de manifestação exterior da essencial fonte do direito, o que denomina "espírito do povo". Neste sentido, haveria uma deficiência no modo de tratar o tema, ao se confundir a essência e origem do direito com a sua maneira de

46 Fernandez Espinar, Op. Cit., p. 82.

47 Angel Latorre, 2002, p. 67.

48 Marcello Caetano, 1992, p. 19.

manifestar-se ou exteriorizar-se. Como bem observa Francisco Balaguer Callejón, “Para Savigny, estas formas exteriores tienen solamente un valor declarativo respecto de las reglas de Derecho que se crean en otro lugar”⁴⁹. Deste modo, dá-se ênfase ao direito já produzido e manifesto, em vez de sua origem ou verdadeiro processo de produção.

Pode-se dizer que esta *doutrina das fontes* de origem moderna corresponde a uma formulação contemporânea à transição para o Estado Liberal e, portanto, unida à codificação e ao constitucionalismo. Nesta época, grande valorização assumiu o tema da segurança jurídica, indispensável para assegurar o desenvolvimento social e econômico que se firmava. Mesmo divergindo quanto ao método em relação à Escola da Exegese (primazia da obra legal codificada), Savigny e sua Escola Histórica do Direito (prioridade para o direito científico, como a via capaz de apreender o “espírito do povo”) pretendiam este mesmo fim: um direito não duvidoso, inequívoco, e que estivesse a salvo das arbitrariedades e injustiças. Contudo, foi exatamente a tese que Savigny combateu vivamente que findou por se impor, ou seja, prevaleceu a doutrina tradicional das fontes, cuja essência estava em assegurar o predomínio da lei dentro do sistema jurídico.

Com a Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen, a doutrina tradicional sofre uma incontestável objeção. Para o pensamento kelseniano, a questão da produção jurídica ganha centralidade, já que seu sustentáculo é a idéia de um direito criado, fruto da atividade humana, de modo a se substituir a expressão “fontes do direito” por “modos de produção jurídica”. A teoria das fontes em Kelsen tem a finalidade de examinar os procedimentos de criação ou produção do direito segundo as suas regras de validade e não descobrir de onde ele ‘brota’. Aqui, a análise que interessa é quanto a forma e não quanto ao conteúdo, pois as normas, para serem criadas, necessitam atender à regulação de outras normas (a norma fundamental), atingindo, portanto, sua validade. Já o conteúdo, este dependerá dos atos de vontade dos órgãos autorizados para a produção normativa. Neste sentido é que a teoria das fontes de Kelsen diferencia as normas de conteúdo e as normas reguladoras da produção de outras normas e são nas ‘formas de normação’ a que deve se deter a análise jurídica.

Esclarecido este primeiro aspecto, podemos delimitar nosso estudo nas fontes do direito contemporâneo, época em que nos encontramos desde finais do século XVIII e que não cessa de se desenvolver. Ou seja, o estudo se debruçará dentro de uma perspectiva histórica do fenômeno jurídico que vem passando por processos de mutação e continuidade ao longo dos tempos, atribuindo-se ênfase particular ao período histórico designado.

Vale como segundo esclarecimento salientar que iniciaremos aqui um trabalho de estudos das *fontes* do direito propriamente ditas e não de suas *instituições* no período demarcado. Aqui também realizamos uma eleição para fins de abordagem metodológica do tema, eleição esta que se baseia em uma

49 Francisco Balaguer Callejón, 1991, p. 32.

das alternativas de divisões da história do direito, segundo certos critérios, isto é, alternativas de seu estudo à luz de dois referentes principais: a) o resgate da história externa ou interna do direito ou b) o resgate das fontes ou das instituições jurídicas.

Quanto ao primeiro critério - a divisão entre história externa e história interna do direito -, grande contribuição nos forneceu o pensamento de Leibniz, segundo o qual a história externa é *“la historia de todo el movimiento social de un pueblo, en tanto las ideas y los hechos que la constituyen se traducen en legislación”*⁵⁰. Já a história interna diz respeito às próprias normas jurídicas que se fixam nas várias sociedades. Ou seja, no primeiro caso, recorre-se a aspectos extrajurídicos para explicar o fenômeno jurídico, enquanto que, no segundo caso, o direito se explica por si mesmo, à luz de uma perspectiva interior.

No que tange ao segundo critério - a divisão entre o estudo das fontes e das instituições jurídicas -, temos, no primeiro, o exame do modo de formulação das normas jurídicas, a exemplo das leis e dos costumes, existentes e reconhecidas pela comunidade para regê-la. Já na segunda expressão temos o estudo das situações, relações e ordenações básicas e fundamentais na vida social, a exemplo do casamento ou do contrato⁵¹. Na lição de Duarte Nogueira, este conceito se revela claro:

Dá-se o nome de instituição jurídica o conjunto de regras que regulam situações ou objectos típicos da vida social, como são o casamento, a filiação, a sociedade comercial, a herança, a responsabilidade civil, a locação, e muitíssimas outras poder-se-iam apontar. Daqui resulta a específica denominação de História das Instituições à história que se dedica a conhecer e descrever as soluções materiais que determinada ordem jurídica estabeleceu e consagrou, como evoluíram essas soluções e quais as causas porque evoluíram⁵².

Sobre o estudo das instituições jurídicas, Antonio Manoel Hespanha (1982) ainda acrescenta que seu nascimento refere-se a uma reação contra os dois modelos de estudo historiográfico existentes: a história das fontes (evolução das normas jurídicas) e a história da dogmática (evolução das doutrinas e sistemas de conceitos de direito). Para o autor, o que havia de comum entre estas duas orientações, embora distintas quanto ao objeto, era a sua tendência a *“isolar as realidades que tratavam de outras realidades... [partia-se do pressuposto] de que o modo de ser da ordem jurídica está dependente da vontade do legislador ou das construções intelectuais dos juristas (isto é, num caso e noutro, de factores individuais), pouco ou nada tendo que ver com os restantes aspectos da vida social”*⁵³. Portanto, sua grande deficiência estaria no fato de descartar ou, pelo menos, não considerar relevante, a relação entre o direito e outros setores da realidade, já que não pertenceria à essência do direito e, por conseguinte, não comprometeria - para

50 Leibniz, citado por Fernandez Espinar, Op. Cit., p. 74.

51 Alfonso Garcia-Gallo, 1967, p. 01.

52 José Duarte Nogueira, 2003, p. 257.

53 Antonio Manoel Hespanha, 1982, p. 11.

sua compreensão histórica - sacrificá-la.

O estudo das instituições, portanto, viria a se contrapor a este isolacionismo do fenômeno jurídico, examinando-o a partir de suas relações concretas com a vida social, de modo a examinar a influência que cada setor exerce sobre a criação e aplicação do direito (o condicionamento do direito pela realidade que o cerca). A partir do conceito de “instituição” divulgado pelas teorias sociológicas, as normas jurídicas são vistas como que “arrancadas” da realidade social, o que escapa ao idealismo e recorre ao tratamento comparativo entre a teoria e a prática jurídicas. Neste aspecto – o aspecto da atividade jurídica -, a função do direito é solucionar conflitos, o que requer, para além de um sistema de normas, o funcionamento de um conjunto de instituições (burocráticas), como os órgãos legislativos, tribunais, cartórios notariais, profissionais especializados, presídios, polícias, escolas, sociedades científicas e bibliotecas. Todas estas instituições condicionam o direito, tanto na sua formulação, quanto na sua aplicação. Assim, se a resolução de conflitos de interesse é uma resposta do setor jurídico às demandas sociais, estas respostas estão certamente condicionadas pela instituição que as expressa ou produz.

Não obstante, mesmo reconhecendo a relevância teórica e empírica dos pontos levantados pelo autor, não será nossa tarefa aqui tratar de uma história das instituições jurídicas contemporâneas, exame que demandaria um trabalho vertical e pormenorizado que foge à ambição deste pequeno ensaio. Deste modo, considerando as distinções metodológicas já expostas, nossa escolha será no sentido de realizar um exame a respeito da história das *fontes* do direito, expressão que também exige algum esclarecimento antes de seu tratamento minucioso.

Segundo Javier Perez Royo, la expresión “fuentes del Derecho” puede ser entendida en dos sentidos distintos. Uno primero, con el que se haría referencia a las fuerzas sociales con capacidad para crear normas jurídicas. Y otro segundo, con el que se designarían las categorías básicas a través de las cuales se exteriorizan dichas normas jurídicas. Entre ambos existe una clara relación, de tal suerte que las formas de manifestación de las normas jurídicas varían considerablemente según sean unos u otros los titulares de la capacidad para producirlas. Y en consecuencia, un estudio de las “fuentes del Derecho” con alguna pretensión de abarcarlas en su integridad tendría que tomar en consideración ambos aspectos⁵⁴.

No estudo das fontes do direito, portanto, a expressão abarca um duplo sentido. Entretanto, a doutrina dogmática tradicional tem consagrado apenas o segundo aspecto existente (forma de exteriorização da norma), em detrimento do primeiro (poder ou faculdade de criação da norma), igualmente importante para a compreensão do fenômeno jurídico. Certamente, isto se explica pelo quadro teórico positivista em que a dogmática tradicional se insere, deixando-se de examinar a razão remota (material) pela qual uma norma é criada ao se valorizar o tratamento formal (razão imediata) de sua produção.

⁵⁴ Javier Perez Royo, 1984, p. 13.

Além daqueles que consideram a insuficiência de tal escolha, existem outros que enxergam nesta segunda opção conceitual uma impropriedade teórica, a exemplo de Fernando Flores García, ao afirmar que não se pode entender como fonte do direito a sua forma de manifestação, haja vista que isto já configura o direito em si e não sua gênese: trata-se da diferença entre a maneira de ser do direito e o fenômeno que lhe dá nascimento⁵⁵. Neste sentido, afasta-se do pensamento de Hans Kelsen (1998) e se alia ao pensamento de Del Vecchio (1969)⁵⁶ e Carnelutti (1955)⁵⁷.

Certamente, delimitar o tratamento do estudo das fontes do direito apenas ao sentido de sua forma de exteriorização resulta insuficiente, sobretudo porque, além dos aspectos psicológicos e subjetivos sustentados por Del Vecchio e Carnelutti, os aspectos políticos e sociológicos da criação do direito são extremamente importantes, como adverte Luis Díez-Picazo. Isso se dá pelo fato de estar nestes últimos aspectos a explicação sobre o que determina o lugar de onde emergirá a norma, sobre o estabelecimento da hierarquia que se fixa entre as diferentes fontes e sobre o reconhecimento dos âmbitos de poder (poder de ordenar e poder de se fazer obedecer) que atuam e se conflitam numa sociedade⁵⁸.

Embora o acolhimento das opiniões quanto às lacunas que um estudo estritamente formal das fontes jurídicas pode nos conduzir - o que atinge a integralidade de uma pesquisa que se debruce sobre as fontes do direito nas suas várias perspectivas -, nossas limitações de objeto impõem a escolha de uma abordagem de síntese, fixando-se finalmente no estudo das formas de manifestação ou exteriorização da norma jurídica, valendo sempre lembrar do conteúdo parcelar e parcial dos resultados que serão atingidos com nossa pesquisa.

5.1 - Classificação das Fontes do Direito

Considerando que o direito é produto da cultura e da história, certamente algo de caráter contextual e arbitrário (no sentido de *construído*) em cada

55 Fernando Flores García, 1973, p. 238.

56 Para o jurista italiano Giorgio Del Vecchio, fonte do direito em geral é a natureza humana, destacando-se o elemento psicológico da criação da norma jurídica: “*el espíritu que brilla en las consciencias individuales*” e apenas no sentido técnico é que ela corresponde ao direito positivo (Filosofía del Derecho. Barcelona, 1969, p. 365 e ss.).

57 O também consagrado jurista italiano Francesco Carnelutti exalta o elemento subjetivo do fenômeno jurídico, sustentando que a fonte do direito é a própria sociedade, o grupo de homens de caráter não efêmero que acata as disposições normativas para solucionar conflitos intersubjetivos de interesses. Em respeito à coesão social, atua o direito, disciplinando e consolidando a convivência da comunidade (Teoría General del Derecho. Madrid, 1955, p. 69 a 71).

58 Para Luis Díez-Picazo (1987, p. 126), a questão da hierarquia das fontes do direito retrata o problema das tensões entre grupos sociais que disputam pelo poder, a exemplo da disputa, na Idade Média, entre a lei e o costume como representativas da própria luta entre o poder real (poder central) e o poder dos senhores feudais (poderes locais).

sociedade lhe dará origem. Sabe-se que, em linhas gerais, o direito se expressa como forma de controle das condutas humanas, manifestando-se através de um conjunto de normas que disciplinam as liberdades, limitando-as para garantir uma convivência social estável e harmônica.

Para se tratar da classificação das fontes do direito, vale o esforço de reunir, didaticamente, os vários modos de compreendê-las, mesmo que isso resulte em algumas repetições ou antecipações que ao longo do texto o leitor há de reconhecer. Nossa intenção aqui não seria fazer um estudo exaustivo da teoria da classificação das fontes jurídicas, mas apenas o trabalho exploratório e sistemático que venha a conferir clareza à exposição e aos fins que ela persegue.

Sabemos do sentido dúbio da expressão “fontes do direito”, ou seja, de uma orientação dualista que prefere separar o sentido de fonte como causa, origem e meios de produção daquele seu outro sentido, como forma de expressão (meio de apresentação e de exteriorização do direito). Ou seja, a definição dualista, como bem assinala Luiz Otávio de Oliveira Amaral, separa a *causa* da *manifestação*: “*Por fonte do Direito pode-se entender as causas, as origens, as causas remotas ou próximas, geradoras/produtoras do Direito, dos preceitos normativos. A locução fontes do Direito também tem sido entendida como meio de manifestação, de expressão do próprio Direito (direito objetivo/preceitos normativos)*”⁵⁹.

As duas acepções da expressão ‘fontes do direito’ podem também ser entendidas como correspondentes à classificação que as divide entre *fontes materiais* e *fontes formais*. Coerente com a própria concepção de Carnelutti, tal divisão confere às primeiras a idéia dos fatores que condicionam a origem da norma jurídica. Trata-se daquelas circunstâncias materiais que deram impulso à sua criação e que são objeto de estudo, por exemplo, da Sociologia Jurídica, da Ciência Política ou da Economia. Tais forças impulsionadoras da criação do direito podem emergir de duas possíveis categorias de causas essenciais: a) os valores sociais, necessidades humanas e os elementos culturais que influenciam a criação das normas jurídicas (Teoria Funcionalista); e b) as forças políticas e dos grupos sociais que determinam o seu conteúdo, a exemplo da vontade de um povo, de uma classe social ou de um grupo de poder (Teoria do Conflito).

Num segundo sentido - fontes formais do direito - temos a idéia dos seus meios de expressão, ou seja, dos dispositivos juridicamente válidos através dos quais as normas jurídicas se exteriorizam. Assim, busca-se identificar, nas fontes formais do direito, o lugar onde se encontram as normas que são introduzidas no ordenamento jurídico, fixando novas regras de conduta social. Por sua vez, tais fontes formais podem se classificar em duas grandes categorias: a) fontes formais estatais (aquelas que expressam o resultado de processos legislativos, que dependem da atividade do legislador estatal, e aquelas que decorrem da atividade jurisdicional do Estado), sendo elas as leis, sob a forma de legislações ou códigos, assim como a produção jurisprudencial); e b) fontes formais não-

⁵⁹ Luis Otavio de Oliveira Amaral, 2006, p. 128.

estatais (aquelas que introduzem novas normas ao ordenamento jurídico, mediante processos não controlados pelos poderes do Estado, como as práticas costumeiras, os estudos científicos do fenômeno jurídico ou os poderes negociais de indivíduos ou grupos de indivíduos organizados), sendo elas os costumes, a doutrina e as normas jurídicas particulares e ou de grupos individualizados, a exemplo dos sindicatos.

Há quem inclua uma terceira classificação das fontes dos direitos, que além do seu sentido material e formal, também carregam um sentido *racional*, como é o caso do mexicano Edgardo Peniche López. Para o jurista latino-americano, as fontes racionais correspondem aos elementos necessários que devem presidir o processo de criação de uma norma jurídica, como as razões de conveniência, a justiça e a história⁶⁰.

A esta classificação ainda se pode acrescentar aquela defendida por Eduardo García Máyne⁶¹, para o qual as fontes do direito podem ser materiais, formais e históricas. As fontes históricas, conforme o pensamento do jurista, são os documentos que encerram a norma jurídica, como as inscrições, os papiros e os livros, dentre outros. Contudo, conforme já examinamos, as fontes históricas não podem se confundir com as fontes de criação do direito, motivo pelo qual esta última classificação tende a ser rechaçada pela doutrina e não será por nós adotada.

Fácil é observar que não existe consenso que fixe os termos e os limites da expressão “fontes do direito”, tão pouco é homogêneo o pensamento da doutrina para fixar sua classificação. De igual modo, não existe uma só maneira de investigar da história do direito ou de seu método de exposição. Assim, cabe-nos aqui fazer mais algumas escolhas, considerando a pertinência das alternativas abertas - cada uma com suas vantagens e desvantagens - e tendo em vista os fins do nosso trabalho.

Como já assinalado, nossa opção teórico-metodológica será no sentido de apresentar uma síntese das fontes do direito contemporâneo no seu sentido formal, ou seja, a maneira através da qual a norma se manifesta em nossa época, seja ela estatal ou não estatal. Contudo, não deixaremos de traçar alguma análise a respeito das razões de ser que forjaram o sistema de fontes do direito atual, recorrendo a aspectos relativos ao cenário extrajurídico, muito embora numa perspectiva ampla e abrangente que não consentirá maiores aprofundamentos.

Assim, ao se falar em fontes do direito, nos referimos, de maneira geral, às fontes do direito objetivo, aquele que fixa, por suas várias formas de exteriorização, as normas de agir de cada um, determinando limites, proibições e imperativos de deveres legais necessários a uma convivência equilibrada. Daqui por diante, finalmente, reportar-nos-emos ao direito objetivo contemporâneo produzido no âmbito da Família Romano-Germânica, sistema jurídico por nós

60 Introducción al Derecho, México, 1969, p. 63.

61 Citado por Fernando Flores García, 1973.

eleito para objeto deste estudo.

5.2 - A Experiência do Sistema Romano-Germânico

Tida como uma das grandes famílias do direito contemporâneo, a família do direito romano-germânico se caracteriza pela sua relação com a produção jurídica da Roma Antiga, muito embora o sistema do qual falamos tenha em muito se distanciado daquilo que era admitido no tempo dos imperadores romanos. Inegavelmente, o sistema romano-germânico também é um dos mais difundidos pelo mundo continental, o que se deve ao processo de colonização promovido pelos países da Europa Ocidental e à facilidade de recepção da técnica jurídica romana, mediante as codificações do século XIX.

5.2.1 - Precedentes do Surgimento da Família Romano-Germânica

Segundo o já citado René David, do ponto de vista científico, o sistema jurídico romano-germânico teve seu início no século XIII, nomeadamente com os estudos do direito romano nas universidades. Antes deste primeiro passo para a formação do sistema em apreço, o quadro do direito europeu era essencialmente consuetudinário. O contexto extrajurídico deste cenário se explica pela convivência, entre os povos bárbaros (germanos em particular) e as populações romanizadas, a partir da queda do Império Romano no século V. Esta convivência se deu, no seu início, sem alterações no sistema jurídico que cada povo seguia, tendo cada um sua própria estrutura legal, caracterizando a experiência que adotou o denominado “princípio da personalidade das leis”.

A este princípio sucede o da “*territorialidade das leis*”, segundo o qual passa a vigorar o costume territorial em vez das normas que cada povo trás de suas origens quando em convivência num mesmo espaço geográfico. Em outras palavras, como esclarece o historiador do direito brasileiro Walter Vieira do Nascimento, “*o indivíduo, independentemente de sua nacionalidade, é regido pela lei do lugar onde se encontra*” (2001, p. 138). Isso se dá ao lado e, talvez, como consequência, da aproximação gradual dos modos de vida entre os povos e por uma feudalidade nascente. Estima-se que do século VI ao século XII, o direito escrito e erudito perdeu sua centralidade para ceder lugar a um direito vulgar. Recorria-se a processos irracionais para dirimir conflitos e não se tinha nas autoridades políticas o poder de coerção necessário para que um direito oficial pudesse vigorar com eficácia. As leis bárbaras que foram redigidas até o século XII não abarcavam toda a vida social, mas sim um âmbito tímido das suas relações. Ao mesmo tempo, o direito das compilações romanas tornou-se erudito em excesso, sendo substituído pelas práticas espontâneas das populações.

Apenas nos séculos XII e XIII é que renasce a idéia de direito, com o próprio Renascimento do Ocidente Europeu. No plano jurídico, o direito é reconhecido como único instrumento que poderá garantir a ordem e a segurança das novas

formas de sociabilidade. O progresso das cidades e do comércio necessitava de uma moldura jurídica que assegurasse seus desdobramentos com estabilidade e certeza para as novas relações que ali nasciam. Neste período, também se dá a cisão entre direito, moral e religião, distinguindo-se o *laico* do *religioso*, o *delito* do *pecado*. Assim, seria o direito, e não mais a religião ou a moral, o melhor recurso para reger a moderna sociedade. Embora esta separação já tenha sido experimentada pelos romanos, a Alta Idade Média, porém, foi marcada por um período de domínio das doutrinas e visões de mundo teológicas. Com o renascimento da idéia de direito (século XII), promove-se, então, uma grande revolução no campo das idéias e no âmbito jurídico: “*filósofos e juristas exigem que as relações sociais se baseiem no direito e que se ponha termo ao regime de anarquia e de arbítrio que reina há séculos. Querem um direito novo fundado sobre a justiça, que a razão permite conhecer; repudiam, para as relações civis, o apelo ao sobrenatural*”⁶².

A alteração nas formas de sociabilidade, portanto, exigem uma ordem jurídica nova, capaz de lhes fornecer as bases normativas de suas relações sociais, agora baseadas nos pressupostos de ordem e progresso. Esta recente cultura, contudo, ainda estava imersa numa estrutura descentralizada, inexistindo qualquer unidade política na Europa Ocidental dos séculos XII e XIII. Assim sendo, o ressurgimento do direito romano vai gravitar sobre bases essencialmente culturais, independentes de instituições políticas determinadas. Trata-se de um fator epistemológico que se vincula à “*libertação da razão laica*”, de modo que a razão clerical, que antes era antagonista daquela, passa a com ela coexistir, desde que se mantivessem, cada uma, dentro de sua esfera específica⁶³. Para que esta nova cultura (laica) fosse difundida, um novo espaço emergiu como *locus* de excelência: a universidade, particularmente a Universidade de Bolonha, na Itália, a primeira de todas as que surgiram a partir deste marco histórico e onde pela primeira vez se realizou um estudo ordenado do *Corpus Juris Civilis* (primeira metade do século XII).

Nestas universidades, o que se ensinava não eram técnicas de prática jurídica, mas o *ethos* do direito, ou seja, os métodos que permitiam lhe retirar a essência intrínseca, baseada na moral e na justiça. Neste sentido, o direito é visto como um modelo de organização social, relacionando-se com a filosofia, a teologia e a religião, bem como buscando estabelecer os parâmetros do *justo*. A inclinação por um direito abstrato em detrimento da prática processual dos conflitos pode ser explicada, dentre outros fatores, pelo fato de não haver na época um direito positivo organizado, sistemático e uniforme, mas sim um direito ‘caótico’ e ‘retalhado’, inexistindo o que hoje chamamos de direito nacional.

Diante do quadro posto, considerado confuso e atrasado, o direito romano atraía a admiração e respeito de todos. A herança jurídica romana tanto era organizada e sistemática, quanto estava acessível a um maior número de

62 René David, 1998, p. 31.

63 Argemiro Cardoso Moreira Martins, *O Direito Romano e seu Ressurgimento no Final da Idade Média*, 2001, p. 208.

pessoas, haja vista ser a escrita de sua principal fonte (o Código de Justiniano) na língua prestigiada e vulgarizada pela Igreja: o latim. Sendo elemento de interseção cultural entre os vários povos, o direito romano, finalmente, adquire grande valorização: *“Utilizando a mesma língua, o latim, tendo como agentes um escol manifestamente internacionalizado e buscando a solução de problemas comuns às várias nações, o direito romano medieval vai pois impor-se pela via prudencial como direito comum e factor de convergência cultural em toda a Europa”*⁶⁴.

Por todas estas razões, estima-se que o direito romano constituiu ensino básico nas universidades da Europa até o XVIII, período a partir do qual o ensino do direito passou a tratar do direito nacional. Até tal fase, o direito romano, ao lado do direito canônico, era o conteúdo dos estudos jurídicos, excetuando-se poucas experiências, a exemplo do ensino do direito sueco já em 1620 e a inclusão de uma disciplina de direito francês no ensino jurídico da Sorbone, em 1679. Mesmo assim, o ensino do direito romano perseveraria como conteúdo básico das escolas jurídicas até século XX, muito embora, ao longo de seu largo percurso, tenha passado por escolas que alteravam seu cerne e fundamento.

Primeiramente, a Escola dos Glosadores (consagrada em meados do século XIII pela Magna Glosa de Acúrsio), que buscou *“reencontrar e explicar o sentido originário das leis romanas”* (René David, Op. Cit., p. 34-35). No século XIV, a Escola dos Pós-Glosadores inaugura uma nova perspectiva para o ensino do direito romano, buscando sua modificação para adaptá-lo à sociedade da época (*usus modernus Pandectarum*).

Esse direito, agora ensinado pelos pós-glosadores (séculos XIV e XV), revela um grande afastamento daquele direito romano herdado de Justiniano. Aqui, busca-se uma compreensão de direito que ambiciona a universalidade, baseado na intenção de explicar os princípios de um direito essencialmente racional e sistemático. Diferentemente da escola dos glosadores, que se utilizava do método exegético, a nova escola vai substituir as anotações sobre o sentido do texto (glosa) pelo comentário, lançando mão do método dialético ou escolástico que visa, *“através de sucessiva análise e síntese, a superação de aparentes contradições e a construção de um sistema lógico”*⁶⁵.

A esta fase sucedem as escolas humanistas e racionalistas. Com elas, surge uma tensão entre direito romano e razão, de modo que se afasta a antiga presunção de que o *Corpus Juris* estava já coberto pelo manto da racionalidade. Agora, toda e qualquer norma do Código de Justiniano teria de passar pelo filtro do novo padrão racional que emerge. Assim, o direito romano deixa de ser a fonte jurídica por excelência e a razão passa a assumir, ela própria, este papel. Renunciando a escolástica até então prestigiada, o novo movimento jusracionalista vai libertar-se da submissão às *“autoridades”*, reivindicando a plena liberdade frente ao texto, desligada de posições pré-concebidas.

64 José Duarte Nogueira, Op. Cit., p. 256.

65 Nuno Espinosa, Op. Cit., p. 231.

O direito passa a ser entendido à luz da lógica e como obra da razão humana, diferentemente de uma explicação teológica. O homem assume centralidade neste período, exaltando-se os direitos naturais dos indivíduos, o que confere grande prestígio à idéia de direito subjetivo dentro do pensamento jurídico. Todo este pensamento, portanto, insere-se na premissa da filosofia iluminista, na qual se cultivou um ideal de universalismo e de regras de justiça que formariam as bases de um direito planetário e imutável.

Neste novo contexto, o direito romano recebeu tratamentos distintos: no âmbito das normas privadas, observa-se uma continuidade em relação à substância daquilo que Roma já havia deixado de herança, propondo-se alterações apenas de métodos de aplicação e interpretação da antiga produção jurídica romanista. Já em relação ao direito público, observa-se, ao contrário, uma cisão, exigindo-se que fosse elaborado um direito que consagrasse os direitos naturais e garantisse as liberdades fundamentais do homem, algo que o direito romano não havia desenvolvido.

Contudo, adstrito ao universo da academia, o direito romano poderia se converter em uma experiência eminentemente teórica. O perigo do academicismo levou as universidades a oferecerem duas soluções para a época: a primeira, seria tirar o direito romano do mundo das idealizações, inserindo-o também no âmbito da vigência dos direitos nacionais, com os ajustes que se fizessem necessários; já a segunda, seria o desenvolvimento de um direito totalmente novo, inspirado nos costumes existentes e, diante de sua ausência, nas decisões jurisprudenciais. Ou seja, escolher entre um direito já construído e a possibilidade de inovar, concebendo algo original.

A escolha diante destas alternativas é o que define a divisão do direito nas duas grandes famílias do direito contemporâneo ocidental, marcando o início da existência da família romano-germânica e da família do *common law*.

As nações que optaram pelo revigoramento do direito romano muito devem à influência das universidades, que colaboraram para o restabelecimento da própria importância do direito – que havia se perdido após a queda do Império Romano – e de sua necessidade como fundamento de uma ordem social laica.

Vale salientar que o renascimento do direito romano ocorrido nas universidades, e depois incorporado às práticas dos juristas, não consistia necessariamente no resgate das regras e soluções jurídicas romanas, a fim de que fossem aplicadas aos casos da época, mas sim representava o revigoramento da concepção de direito e da forma de raciocinar para sua aplicação na solução dos casos concretos. Assim, o que se tinha como fundamental e prioritário era o *modo de pensar* romano, com suas divisões, classificações e conceitos, com vistas a encontrar o melhor direito e identificar o caminho para o seu conhecimento.

Por isso, existe uma nítida diferença entre o *renascimento* dos estudos do direito romano e a sua *recepção*. Evidentemente, a influência dos estudos vai incidir sobre a prática, fazendo com que se valorize as próprias regras do direito romano ou aquilo que dele derivou. A recepção, portanto, veio num segundo

momento e teve um devir lento e progressivo, vindo a substituir os princípios do direito aplicados na época e atender às suas novas exigências: a certeza e generalidade das normas jurídicas, bem como o respeito aos novos critérios de justiça. Com isso, a fragmentação dos costumes locais é rechaçada e apenas os grandes direitos consuetudinários se preservarão frente ao avanço e valorização do direito romano. Além do mais, os costumes da época não davam conta das novas matérias que surgiram após o século XIII, nem poderiam se expandir para além de sua comunidade, tendo, portanto, uma aplicação muito restrita: os costumes estavam presos ao passado e ao território.

Isso, em boa medida, explica tanto o renascimento quanto a recepção e expansão do direito romano: sua vocação aberta, universal e sua potencialidade para resolver novos problemas, projetando-se ao futuro. Todavia, esta recepção não se deu de modo homogêneo no tempo e no espaço por toda a Europa. Em alguns países, o direito romano tinha função apenas supletiva ou subsidiária, em outros, valia como uma ‘razão escrita’.

Aos poucos, sobretudo pela influência do Direito Natural, o direito assume tendência codificadora. Iniciando o período moderno do sistema jurídico romano-germânico, o direito deixa de ser concebido como obra divina e passa a ser tido como descoberta e criação do legislador, a quem cabe também promover o seu desenvolvimento. Inaugura-se, assim, o período legislativo na história da família romano-germânica do direito.

Diante de todo o exposto, atribui-se à escola do jusnaturalismo racionalista o mérito do desenvolvimento do direito em dois sentidos particulares, que se deram a partir do século XVIII: a produção jurídica em matéria de direito público⁶⁶ e a codificação⁶⁷.

Enquanto que a expansão da produção jurídica, ao abarcar o direito publicista, foi um efeito positivo desta nova fase, a codificação, por outro lado, trouxe alguns sintomas negativos. René David os nomeia como sendo o *positivismo legislativo* e o *nacionalismo jurídico*. Ambos os fenômenos desnaturaram a pretensão original da escola do Direito Natural, fulminando a relação entre *direito* e *justiça* para estabelecer a relação entre o *direito* e a *ordem do legislador*, assim como afastando a idéia de um direito comum (*jus commune*) europeu: forma-se uma unidade jurídica territorializada, a fim de dar centralidade à nacionalização do direito.

Em virtude deste desenvolvimento dos direitos nacionais, coloca-se, hoje, em causa a unidade da família romano-germânica, haja vista as diferenças dos ordenamentos jurídicos de cada país na atualidade. O jurista francês René David

66 A tradição romana não desenvolveu o seu direito público ao nível do direito privado. Alguns autores chegam a cogitar que a produção publicista romana foi até inexistente ou não merecedora de registro histórico.

67 A nova tendência da Escola do Direito Natural via na codificação o meio de superar as velhas e caóticas compilações dos séculos anteriores, os arcaísmos e a fragmentação do direito, devido à multiplicidade dos costumes.

é um daqueles que tanto levanta a questão, quanto a afasta. O autor a levanta quando admite os perigos do surgimento de diferentes categorias ou conceitos no plano jurídico nacional, que podem se distanciar daqueles pertencentes à família romano-germânica. Contudo, a afasta quando sustenta que, embora tudo isso, existe um pano de fundo comum, que liga os direitos de influência romano-germânica por sua estrutura, ou seja, pelas suas grandes divisões e conceitos, bem como pelas categorias segundo as quais se ordenam as regras jurídicas de cada país⁶⁸. Outrossim, defende que os planos políticos e filosóficos que influenciaram na constituição de cada ordenamento jurídico nacional são semelhantes entre si, forjando uma tendência de pensamento comum.

Na busca desta unidade, para além dos conceitos e divisões do direito, um aspecto assume relevância central na análise do jurista para relacionar dado ordenamento normativo a alguma das famílias jurídicas existentes ou até inaugurar um novo sistema de direito, genuinamente original. Este aspecto é a noção de *regra de direito*.

A 'regra de direito' é concebida na família romano-germânica, não como um mero instrumento capaz de oferecer solução a um caso concreto. Mais do que isso, a regra de direito é regra de conduta, com caráter de generalidade, abstraindo-se dos particularismos dos casos e situações pragmáticas. Por isso, a produção científica romano-germânica não terá no núcleo de suas preocupações a formulação de regras que dêem conta dos acontecimentos insurgentes, mas sim daquilo que orientará o julgador e os práticos do direito em relação a situações novas e futuras.

Tal visão decorre da própria concepção de fenômeno jurídico vislumbrada pela escola jusnaturalista racional, ao atribuir ao direito a função de ordenador da sociedade, construído sobre as bases da moral e da justiça. Assim, não se trata apenas de uma ordem estritamente jurídica ou contenciosa, mas também de uma ordem política: o direito deve configurar-se, enfim, como um modelo de organização social.

Este nível de abstração e generalidade que deve perseguir a regra de direito romano-germânica tem a finalidade de fornecer elementos que favoreçam o julgador a tomar conhecimento de como solucionar determinado caso concreto, evidenciando os aspectos que concorrem para o alcance da justiça. O trabalho inerente à aplicação do direito é, antes de tudo, identificar o sentido preciso da regra jurídica, o que é realizado pelo ofício da jurisprudência que, neste aspecto, finda por produzir uma espécie de 'regra secundária de direito' (interpretação que os juristas fazem a respeito das fórmulas produzidas pelo legislador - regras primárias). Assim, os pormenores são evitados, a fim de conferir ao jurista uma moldura geral na qual ele encontrará pistas, conferindo-lhe grande margem interpretativa para adaptar os casos concretos à norma.

68 A clássica divisão entre direito público e direito privado, com suas correspondentes categorias, conceitos e instituições internas é exemplo disso.

Por tal razão, mesmo com o prolongamento dos efeitos da codificação pelos séculos XIX e XX, o autor considera que tanto o positivismo legislativo, quanto o nacionalismo jurídico estão em vias de mitigação. Trata-se daquilo que denominou como o estágio do “envelhecimento dos códigos”, traduzido no reconhecimento cada vez maior da importância essencial que assumiram a doutrina e jurisprudência na formação e evolução do direito: “(...) *nenhum jurista pensa mais que apenas os textos legislativos sejam importantes para conhecer o direito*”⁶⁹.

5.2.2 - As Fontes da Família Romano-Germânica

Depois de realizar um esboço sumário sobre os antecedentes históricos e as características gerais do sistema jurídico romano-germânico, podemos iniciar agora a tarefa para a qual viemos traçando o fio condutor do presente raciocínio: o seu sistema de fontes. Diante dos aspectos observados até o presente momento, é forçoso admitir que se trata de um trabalho que não escapa a discussões e pontos de vista diversos, uma vez que as várias experiências de ordenamentos jurídicos nacionais dentro desta mesma família revelam tanto traços de semelhança, quanto elementos de originalidade. Deste modo, também não há homogeneidade no que tange ao sistema de fontes adotado em cada sociedade. Contudo, com as reservas necessárias, pode-se encontrar pontos de aproximação entre estas várias experiências que nos consentem trilhar o caminho das fontes jurídicas na família romano-germânica contemporânea.

De uma forma geral, pode-se afirmar que a lei escrita é a fonte por excelência do direito romano-germânico contemporâneo. Numa relação hierárquica com outras fontes normativas, a lacuna de uma regra legislada pode ser preenchida pelos costumes, pelos princípios gerais do direito, pela jurisprudência e pela doutrina. Contudo, o sistema de fontes de cada comunidade nacional irá definir a estrutura desta hierarquia, as fontes nela admitidas e qual a ordem de subsidiariedade que elas irão, entre si, constituir.

Essa primazia da lei, vale salientar, não é absoluta. A própria previsão de um sistema de fontes, fixando um relacionamento de hierarquia entre elas, é uma admissão implícita de que a lei positivada não pode abarcar por completo a realidade mutante e imprevisível que o direito há de regular. Evidente que existiram - e ainda existem - defensores de uma exclusividade da produção estatal-legislativa como fonte do direito, idéia emblematizada, sobretudo, pela corrente do positivismo jurídico e pela exponencial figura de Hans Kelsen, cujo esforço visou conferir *status* de cientificidade ao saber jurídico, excluindo dele o que não fosse lógico, racional e preciso.

A posição da lei e das demais fontes no sistema jurídico romano-germânico contemporâneo será, agora, objeto de nossa exposição um pouco mais pormenorizada, como apresentaremos nos itens a seguir:

⁶⁹ René David, Op. Cit., p. 55.

a) A Lei

Embora a palavra “lei” possa suscitar muitos significados dentro da linguagem jurídica, será a sua aceção mais restrita que tomaremos em nosso trabalho. Entende-se por “lei” a “*regra imperativa de caráter geral, emanada do detentor da autoridade dentro de um grupo social, imposta exteriormente ao homem e sancionada pela força pública*”⁷⁰.

Falamos, portanto, da lei escrita, produto da razão do legislador que, no período contemporâneo, assumiu o papel de depositária da certeza e segurança jurídicas. Presume-se que se trata da fonte jurídica que melhor conduz ao encontro de soluções de direito justas, ganhando grande força no século XIX, ante a tendência codificadora que atingiu quase a totalidade das comunidades da família romano-germânica.

Igualmente, trata-se de uma das expressões da norma jurídica que mais tem ganhado destaque a partir da constituição dos Estados Modernos. No rastro de sua evolução, segue a tendência codificadora do direito, como forma de garantir segurança e certeza às relações, bem como de dar maior mobilidade para a produção atualizante do direito face às constantes mudanças da realidade concreta. Como destaca Maria Helena Diniz,

Há no Estado Moderno uma supremacia da lei ante a crescente tendência de codificar o direito para atender a uma exigência de maior certeza e segurança para as relações jurídicas, devido à possibilidade de maior rapidez na elaboração e modificação do direito legislado, permitindo sua adaptação às necessidades da vida moderna e pelo fato de ser de mais fácil conhecimento e de contornos mais precisos, visto que se apresenta em textos escritos⁷¹.

Emanada do Estado, a lei eleva a autoridade e papel do legislador, resultando, em tese, na melhor técnica de enunciação de regras jurídicas claras e precisas. Por isso, segundo Angel Latorre, a partir dos Estados Modernos, a lei passa a fornecer a maior parte das normas de controle social pela via jurídica, alcançando primazia em relação a qualquer outra fonte ou forma de criação do direito. Isso, portanto, requer que no sistema de fontes de cada sociedade, estabeleça-se uma hierarquia entre os diversos tipos de fontes, sejam elas escritas ou não.

Nos regimes democráticos, a base de todo sistema de hierarquia normativa é a **Constituição**, tida como lei fundamental dos ordenamentos jurídicos de cada Estado. Seu *status* hierárquico aqui mencionado diz respeito ao sentido formal do termo, ou seja, atribui-lhe o sentido de “*norma jurídica que ocupa el lugar más elevado dentro de la jerarquía normativa; las normas inferiores no poden derogar o modificar las normas constitucionales. (...) La Constitución es siempre un conjunto de reglas que se tienen por fundamentales para la perpetuación de una determinada forma política*”⁷².

O desenvolvimento desta tese da hierarquia normativa muito se deve ao

70 André-Jean Arnaud [et al], 1999, p. 463.

71 Maria Helena Diniz, 2006, p. 288.

72 Francisco Lopez Ruiz, 1997, p. 26-27.

jurista Hans Kelsen, que formulou o conceito de *norma básica* para dar sentido à estrutura de um sistema jurídico coerente. A norma básica, segundo Kelsen, caracteriza-se como independente de todas as demais, posto que é a norma primeira, que funda os pressupostos das restantes. Nas palavras de Francisco Lopez Ruiz “*funda sin ser fundada y es un presupuesto gnoseológico que permite ‘pensar’ el derecho no como la sucesión de normas aisladas, sino como un conjunto normativo unitário*”⁷³.

Segundo Hans Kelsen, na sua *Teoria Pura do Direito*, o sistema de fontes jurídicas que se baseia na lógica de uma hierarquia normativa tem na Constituição a norma que irá fixar os limites de criação e aplicação de qualquer regra jurídica, determinando sua validade quanto ao ordenamento jurídico do qual faz parte. Nenhuma norma, portanto, terá validade se estiver em desacordo com a regra fundamental da estrutura hierárquica kelseniana. Abaixo da Constituição existem outros tipos de leis, igualmente organizadas entre si segundo um critério hierárquico, e que compõem uma cadeia sucessiva de estatutos superiores e inferiores dentro do mesmo sistema normativo.

Partindo deste pressuposto, se as normas jurídicas não estão no mesmo plano, seu processo de produção também não escaparia a uma regulação de caráter hierárquico, ou seja, para que uma norma seja criada, há de se submeter às regras estabelecidas por outras hierarquicamente superiores, que lhes darão fundamento:

Como, dado o caráter dinâmico do Direito, uma norma somente é válida porque e na medida em que foi produzida por uma determinada maneira, isto é, pela maneira determinada por uma outra norma, esta outra norma representa o fundamento imediato de validade daquela. A relação entre a norma que regula a produção de uma outra e a norma assim regularmente produzida pode ser figurada pela imagem espacial da supra-infra-ordenação. A norma que regula a produção é a norma superior, a norma produzida segundo as determinações daquela é a norma inferior. A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas⁷⁴.

Seguindo o raciocínio da estrutura hierárquica do sistema de fontes kelseniano, o estatuto que ocupa o segundo plano da sua pirâmide normativa é a *lei ordinária*. Esta, por sua vez, está geralmente agrupada sob a forma de *códigos* que, como já assinalamos, têm na contemporaneidade o sentido de um conjunto organizado de regras que possuem uma lógica interna clara e um conteúdo relativo à matéria específica. Diante do fenômeno da codificação, a fórmula de reunir as legislações em razão da matéria em códigos foi adota por quase a totalidade dos países de influência romano-germânica, com grande impulso nos séculos XIX e XX. Contudo, vale salientar que as leis ordinárias não incorporadas

73 Lopez Ruiz, Op. Cit., p. 64.

74 Hans Kelsen, 1998, p. 155.

aos códigos possuem em relação a estes o mesmo *status* hierárquico, não havendo qualquer tipo de proeminência do código no sentido da interpretação que se dá à autoridade destas leis.

Tendo em vista que o legislador parlamentar não conseguiria abarcar todas as matérias a serem reguladas pela norma, caberá a ele lançar mão do instituto da *delegação*, a fim de conferir autoridade de produção normativa a outros setores de vocação não legislativa. Deste modo, delega poderes a autoridades administrativas, a fim de que fixem regulamentos em matérias específicas. O produto normativo desta delegação ocuparia, na estrutura hierárquica das leis, a posição piramidal que se situa abaixo das leis ordinárias. Sob a forma de *regulamentos* e *decretos*, estas leis têm origem na produção normativa que é delegada ao poder executivo, ente encarregado de dirigir a própria administração estatal.

Assim, temos nestes tipos legais as variadas formas de expressão da lei em sentido estrito e formal, enquanto fontes do direito romano-germânico contemporâneo. Contudo, não é apenas a similitude quanto aos tipos e hierarquia de leis escritas que pode constituir o vínculo de unidade ou de pertencimento dos variados ordenamentos jurídicos a uma mesma família do direito. Ainda merece grande destaque a maneira como estas leis são interpretadas e aplicadas, cujas características podem ser agora apontadas.

Tratando-se de dois procedimentos que estão inteiramente ligados ao ofício do julgador, a *interpretação* é um recurso de *aplicação* do direito aos casos concretos. Por sua vez, o trabalho interpretativo sofreu diversas influências, desde aquela que orientava pela obediência restrita e gramatical ao texto legislativo, vislumbrando a existência de uma *mens legislatoris*⁷⁵, até aquela que buscava encontrar a *mens legis*⁷⁶, passando ainda pela Escola Livre do Direito e pela Escola da Jurisprudência dos Interesses.

Embora estes modelos hermenêuticos sejam variados e de vocações distintas, é possível, num grau de generalidade amplo, apontar o que René David denomina de *princípios comuns de interpretação da lei* na família romano-germânica de direito. Estes princípios comuns representam uma “via média” observável na prática da doutrina e dos juízes, o que se admite sem prejuízo ao reconhecimento das variações de época, de lugar ou de ramo jurídico. Com estas reservas, pode-se indicar que os países de tradição romano-germânica têm como ponto de partida para a resolução de um caso concreto o recurso à lei escrita, mediante o

75 Segundo João Batista Machado (2000, p. 178), esta corrente interpretativa, ligada às idéias subjetivistas da interpretação normativa, orientava que “*De entre as várias acepções que o texto legal comporta, deve prevalecer aquela que corresponda à vontade ou ao pensamento real do ‘legislador’*”.

76 Trata-se de uma corrente que sucede a teoria subjetiva da interpretação jurídica, buscando superar a fase do *codicismo* e recebendo grande contribuição da Escola Histórica do Direito. A idéia central desta corrente é aquela segundo a qual a norma possui uma “vontade objetiva” que se desprende da vontade do legislador (autor). Deste modo, a norma possui um sentido imanente que cabe ao intérprete apreender.

emprego de um raciocínio lógico que preserve a obediência ao texto elaborado pelo legislador.

Contudo, nos dias atuais, esta obediência apenas se justifica se a interpretação gramatical e lógica do texto de lei conduzir a uma solução de justiça. Por isso, o intérprete e aplicador da lei possui certa liberdade no seu ofício, embora a forte tradição positivista o induza a dissimular, consciente ou inconscientemente, esta liberdade. Este aspecto da dissimulação da liberdade do aplicador da lei tem uma razão de ser: a fim de que não seja julgado como “arbitrário”, o juiz procura respaldar suas decisões em materiais legais, extraindo deles princípios que fundamentem sua atitude.

Finalizando este primeiro esforço para descrever o estatuto da lei no cenário das fontes do direito contemporâneo, pode-se afirmar que nos encontramos hoje diante de certa independência dos juízes em relação à norma legislada, haja vista que, para a tradição romano-germânica, *direito* e *lei* não se confundem. Ou seja, no contexto do reconhecimento da lei como fonte hierarquicamente superior às demais, não se admite, porém, que ela atue sozinha, tão pouco que ela possa regular toda a realidade social sem recorrer a fatores extrajurídicos. Trata-se, enfim, de afirmar que “*Os códigos apenas representam, para os juristas, um ponto de partida, não um resultado*”⁷⁷.

b) Os Costumes

Considerados como fontes jurídicas subsidiárias no regime adotado pela família romano-germânica, os costumes são caracterizados como usos duradouros, constantes e gerais que possuem força obrigatória⁷⁸. Trata-se das mais antigas manifestações do direito, que predominaram até o aparecimento da lei escrita. Na lição de Angel Latorre costume é a “*norma de conduta nascida na prática social e considerada obrigatória pela comunidade (...), de forma que sua violação acarreta uma responsabilidade de tipo jurídico e não meramente uma reprovação social*”⁷⁹.

Dentre os principais defensores do costume como fonte jurídica, destacam-se aqueles ligados à corrente do historicismo jurídico, destacadamente o jurista alemão Friedrich Carl von Savigny. Como grande representante da Escola Histórica do Direito, Savigny sustenta que o costume é a base da concepção do fenômeno jurídico e que este, assim como a linguagem e outras manifestações culturais, é fruto espontâneo do espírito popular. Tal escola sucede a tendência legalista (racionalista) que se formou na marcha da Revolução Francesa, fazendo-lhe oposição. Contudo, é tida por muitos juristas como uma tendência romântica,

⁷⁷ René David, Op. Cit., p. 110-111.

⁷⁸ *Duradouros* por se prolongar no tempo; *Constantes* [e uniformes] por serem aplicados em idênticas situações, agindo-se sempre da mesma maneira; e *Gerais* por alcançar a totalidade de pessoas e atos. Estes aspectos distinguem o costume jurídico dos meros usos sociais (*mores e folkways*), pois a estes últimos falta a convicção que gera a sua obrigatoriedade.

⁷⁹ Angel Latorre, Op. Cit., p. 81.

assim como são românticos os seus conceitos de *povo* e *espírito*.

Quanto à caracterização dos costumes enquanto fontes de regras jurídicas obrigatórias, Savigny defende que o costume possui dois elementos, sendo apenas o segundo deles considerado de caráter essencial: 1º elemento objetivo (o uso reiterado) e 2º elemento subjetivo (a convicção jurídica de sua necessidade e obrigatoriedade – o reconhecimento do uso como idôneo para regular os comportamentos de determinado grupo). Já outros juristas, como Jellinek e Ferrara, consideram que apenas a constante repetição do costume é o que dá origem à sua juridicidade. A uma terceira corrente, entretanto, é que se filia a maioria dos juristas contemporâneos, dentre os quais juristas brasileiros como Clóvis Beviláqua, Washington de Barros Monteiro e Vicente Rao. Para esta maioria de estudiosos da natureza jurídica dos costumes, eles são formados por dois elementos necessários: o *uso* e a *convicção* jurídica de que a norma é necessária e obrigatória.

Contudo, uma vez que os costumes são de difícil prova, requer do julgador elevada perspicácia para identificá-lo enquanto fonte de comportamentos obrigatórios: “*O bom órgão judicante, como nos ensina Machado Neto, deverá sempre, ao aplicar quaisquer das espécies de costume, estar armado de um certo grau de sensibilidade e faro sociológico para descobrir o ponto de saturação em que um uso pode ser invocado como jurídico*”⁸⁰.

Embora entre os melhores doutrinadores o costume tenha ainda papel preponderante para o direito – haja vista constituir a base sobre a qual o direito é construído, condicionando inclusive sua interpretação e aplicação –, ele não encontrou na tendência positivista que dominou os séculos XIX e XX a devida valorização. Ao contrário, seu estatuto foi reduzido a um papel secundário, submetendo-se à lei.

Segundo Mario G. Losano, duas explicações podem traduzir a razão pela qual se deu esta desvalorização do costume enquanto fonte jurídica, uma de ordem prática e outra de natureza teórica. No que tange ao aspecto pragmático, fala-se do recurso quase exclusivo do prático do direito ao direito escrito, o que lhe afasta da busca de soluções jurídicas concretas no âmbito consuetudinário. Já no sentido teórico, é a primazia da doutrina positivista que lhe retira o valor, uma vez que se trata de fonte não estatal do direito⁸¹.

Hoje, admite-se o costume como fonte subsidiária do direito legislado quando este apresenta lacunas de previsão, desde que assim a própria lei disponha. De tal modo, como fontes supletivas que são, os costumes estão abaixo da lei e o magistrado apenas poderá a eles recorrer quando esgotadas as potencialidades legais para preencher a lacuna legislativa.

Os costumes, portanto, são valiosa contribuição para a integração do

80 Maria Helena Diniz, Op. Cit., p. 465.

81 Mario G. Losano, 1978, p. 114.

direito, não somente diante da *lacuna normativa* (caracterizada pela ausência de lei para regular certo caso concreto), mas também, no entendimento dos mais alternativistas, diante da *lacuna axiológica* (configurada diante da existência de lei aplicável ao fato que, porém, sendo norma injusta ou inconveniente, merece ser afastada)⁸² e da *lacuna ontológica* (ocorre quando há desajustamento entre os fatos e as normas – como se infere da interpretação dada ao art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro em vigor⁸³).

Por este papel regulado que os costumes possuem no sistema do direito contemporâneo romano-germânico é que Angel Latorre afirma: “*Nestas circunstâncias, não é ousado sustentar que o costume existe no âmbito dos Estados modernos por concessão do próprio Estado...*”⁸⁴.

Para René David, não se deve ceder a exageros, ou seja, na análise de seu verdadeiro papel como fonte do direito, o jurista não deve se influenciar excessivamente, seja pela tendência a uma subestimação, seja pela supervalorização do costume. Segundo o autor, “*ele [o costume] não é senão um dos elementos que permitem descobrir a solução justa. Esse elemento, nas sociedades modernas, está longe de ter a importância primordial que se atribui à legislação. Mas está igualmente longe de ser tão insignificante como tem pensado a doutrina do positivismo legislativo*”⁸⁵.

c) Os Princípios Gerais do Direito

Como forma de fazer do direito instrumento de alcance da justiça, admite-se, também enquanto fonte subsidiária da lei positivada, o recurso aos princípios gerais do direito. Na lição de Angel Latorre⁸⁶, tais princípios são enunciados de caráter geral que devem inspirar as particulares resoluções de casos concretos. Como princípios que são, comportam aplicações indefinidas e esta é uma das características do direito romano-germânico: o uso de expressões e conceitos abertos que possam ser interpretados conforme cada época e que consintam seu emprego elástico. Trata-se de preceitos que preexistem ao ordenamento jurídico positivo e que, por isso, fornecem-lhes as bases para o seu fundamento, muitas vezes relacionadas aos argumentos do direito natural (doutrina tradicional).

Segundo Tércio Sampaio Ferraz Júnior, os princípios gerais são “*reminiscência do direito natural como fonte*”⁸⁷. A tradição do Direito Natural acredita que estamos todos sujeitos, involuntariamente, a tais preceitos (ou leis), em razão da nossa

82 Neste caso, Maria Helena Diniz assinala que até os costumes *contra legem* são admitidos pelos juízes e tribunais, embora esta posição suscite muitas polêmicas (Op. Cit., p. 464 e 465).

83 “Art. 5º - Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

84 Angel Latorre, Op. Cit., p. 85.

85 René David, Op. Cit., p. 113.

86 Op. Cit., p. 87.

87 Tércio Sampaio Ferraz Júnior, 2008, p. 247.

natureza humana. Por isso, segundo a tese jusnaturalista, o direito positivo deve ser elaborado segundo os fundamentos desta ordem da natureza: “*Os princípios de direito, assim, seriam normas não-positivas – quer dizer, não editadas por autoridade investida de competência – reveladas pelos estudiosos do direito, a partir do estudo da natureza do ser humano, e às quais deve conformar-se o ordenamento jurídico*”⁸⁸.

Contudo, existem autores que preferem identificá-los com a idéia de *equidade* ou com os antigos preceitos do direito romano. Sua melhor compreensão teórica e conceitual é a de que os princípios não são verdadeiramente ‘normas’, mas sim fazem parte das regras estruturais do sistema normativo que elas integram: “*são regras de coesão que constituem as relações entre as normas com um todo*”⁸⁹. Seu caráter obrigatório, portanto, não repousa num sentido estritamente dogmático, mas no seu papel de garantir coesão global para o sistema normativo, dando-lhe o sentido geral de imperatividade.

Por isso é que a idéia hoje dominante considera os princípios como preceitos que devem se referir ao sistema jurídico de cada Estado, não tendo vinculação a um direito natural universal. Na realidade concreta, o que se tem em prevalência nos dias atuais é a compreensão de que os direitos naturais apenas podem ser evocados na medida em que correspondem à substância do ordenamento jurídico estatal em vigor, condição sem a qual não teriam eles êxito enquanto fonte do direito.

Assim, deve existir harmonia entre os princípios descobertos pelo julgador e o ordenamento no qual ele se insere, não podendo haver oposição entre ambos. Isso é medida preventiva, que busca evitar o emprego arbitrário de tais preceitos, ao sabor das convicções pessoais do julgador. Outrossim, uma contradição entre a ordem dos princípios e a ordem da normatividade acarretaria a fragilidade da própria organicidade e unicidade lógica do ordenamento jurídico em vigor, o que seria incompatível com a racionalidade do sistema de fontes de tradição romano-germânica, ainda dominado pela tradição positivista.

Por força desta necessidade de harmonia, os princípios do direito podem estar *expressos* na norma ou da norma serem *revelados*. Para o primeiro caso, é pacífica a força normativa do princípio, diferentemente para o último caso, muito embora o ponto de partida desta ‘revelação’ resulte do trabalho dos estudiosos do próprio direito positivo, labor que procura encontrar na norma positivada os seus valores fundamentais.

Os princípios gerais de direito, assim, são mais uma alternativa deixada à disposição do julgador para integrar o direito diante de lacuna. Neste caso, esgotadas as possibilidades de aplicar a lei e os costumes, supre-se a insuficiência de previsão legal com estes princípios, que, embora nem todos estejam expressamente normados, podem ser ‘descobertos’, uma vez que implícitos no próprio ordenamento jurídico vigente. Deste modo, hoje se observa com maior

88 Fabio Ulhoa Coelho, 2006, p. 67.

89 Ferraz Júnior, Op. Cit., p. 248.

frequência o próprio legislador remetendo o juiz à aplicação de princípios, o que caracteriza uma espécie de delegação de poderes concedida pelo ente legiferante (princípios gerais expressos). Noutros casos, quando não há a remissão expressa do legislador, o julgador pode, dependendo de sua visão de mundo e inclinação ideológica, valer-se dos princípios gerais quando assim vislumbrar necessário para alcançar a justiça, pois, como bem assinala René David, “os juristas da família romano-germânica não estão prontos a aceitar uma solução que, no plano social lhes pareça injusta”⁹⁰.

O recurso aos princípios gerais finda, portanto, por ser laço entre o direito e justiça⁹¹, devendo aquele se subordinar a esta. Ao lado do direito legislado, atua o poder persuasivo e normativo destes princípios, que colaboram para completar aquilo que o direito objetivo não alcança, seja por suas insuficiências, seja por sua tendência deliberada de fornecer apenas diretrizes gerais, utilizando expressões abertas que permitem ao aplicador do direito a produção de uma norma particular para cada caso concreto.

d) A Doutrina

Entende-se por “doutrina” a atividade desenvolvida pelos estudiosos do direito ou o trabalho científico de juristas na análise e sistematização de normas, na elaboração de conceitos e na interpretação das leis, com vistas a facilitar o processo de aplicação do direito.

Em alguns países da comunidade romano-germânica, a exemplo do Brasil, ainda existe um resíduo de divergência quanto a saber se a doutrina constitui ou não fonte jurídica. Embora nossa Lei de Introdução ao Código Civil, no seu art. 4º, não a considere como tal⁹², entre os teóricos ainda sobrevivem posicionamentos distintos: aqueles que negam o *status* de fonte jurídica para a doutrina, fundamentam-se no argumento de que o trabalho doutrinário não gera direito novo, nem pode modificar normas em vigor, mas apenas colabora para melhor compreender a prescrição já existente; ou seja, enquanto que o efeito da norma é *prescritivo*, a doutrina é *descritiva*⁹³. O jurista brasileiro Miguel Reale⁹⁴ também nega a natureza de fonte para a doutrina, ao afirmar que ela apenas produz esquemas teóricos e não modelos dogmáticos com força obrigatória, como é o caso das fontes jurídicas. Nesta linha de raciocínio é que também se situa Angel Latorre⁹⁵, para quem a doutrina exerce uma influência apenas persuasiva e não

90 René David, Op. Cit., p. 136.

91 É comum nas várias doutrinas jurídicas ter a justiça como elemento nucleador dos princípios gerais, podendo ser eles entendidos como verdadeiros “princípios gerais de justiça”.

92 “Art. 4º - Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

93 Paulo de Barros Carvalho, citado por Maria Helena Diniz, 2006, p. 320.

94 Miguel Reale, Lições Preliminares de Direito, 1977.

95 Angel Latorre, Op. Cit., p. 91.

de norma vinculativa.

Contudo, existem aqueles que a consideram como fonte material do juiz e do legislador, que nela se inspiram para aplicar corretamente o direito ou para elaborar as leis. No mesmo sentido existem aqueles que a consideram fonte indireta, uma vez que, se a obra doutrinária não pode ser obrigatoriamente aplicada, pode ser acatada pelo julgador ao sentenciar ou ser utilizada pelo legislador ao produzir ou emendar a lei. Assim, sua influência dependerá do prestígio do autor e de sua reputação no universo jurídico. Sob a forma de ‘argumentos de autoridade’, a doutrina exerce papel inegável na elaboração, interpretação e aplicação do direito.

Para além de mera fonte de inspiração, porém, a doutrina já representou uma das fontes do direito mais importantes de nossa história. No esplendor da Roma Antiga, a opinião dos juristas exerceu papel importantíssimo na definição do direito a ser aplicado. Recebendo a designação de “Respostas dos Prudentes” (Jurisprudência), manifestava-se por meio de pareceres ou decisões daqueles juristas que possuíam a prerrogativa de fixar o direito, pois tinham em si investido o poder de responder oficialmente às consultas que lhes eram endereçadas, poder esse outorgado por Augusto. Com a recepção do direito romano na Europa, a doutrina também exerceu grande influência ao realizar a interpretação do *Corpus Juris* e ao assumir a posição de ‘argumento de autoridade’ na ciência jurídica medieval. A *communis opinio doctorum*⁹⁶ tem nesta época valor vinculativo e, antes dela, não se questionava a autoridade da Glosa Magna de Acúrsio:

... o personagem que guiava a interpretação era, acima de todos, o douto, na sua dúplice vestimenta de escritor de obras reconhecidas e de docente universitário. Segundo as épocas e os lugares vigorava a opinião deste ou daquele teórico ou a opinião comum de um certo número de doutores. A citação da passagem romana surgia pela forma, mas era acompanhada da menção ao intérprete. Assim, a legitimação (incontestada) conferida à fonte romana se refletia na fonte doutoral⁹⁷. [...] Na vida do direito, as páginas mais belas são escritas quando o direito é criado pelos sábios⁹⁸.

Assim, neste período de resgate dos estudos de direito romano nas universidades (séculos XIII a XIX), a doutrina exerceu grande força obrigatória. Ali, os estudos da ciência jurídica foram a base essencial para a melhor criação e aplicação do direito, assumindo centralidade os princípios que eram ensinados nos bancos escolares. Contudo, com o fenômeno da codificação, a doutrina perde prestígio e se eleva a fonte legislada como aquela de nível superior. Embora a regra geral não atribua à doutrina força vinculante, fixando-se como regra obrigatória, seu papel continua a ser da maior importância, cabendo-lhe a tarefa de delimitação dos conceitos jurídicos e dos seus métodos de aplicação e

96 Largamente tratada por Bártolo e seu discípulo Baldo.

97 Rodolfo Sacco, 2001, p. 100-101.

98 Idem, p. 248.

interpretação.

e) A Jurisprudência

Segundo Maria Helena Diniz, a jurisprudência é “o conjunto de decisões uniformes e constantes dos tribunais, resultantes da aplicação de normas a casos semelhantes, constituindo uma norma geral aplicável a todas as hipóteses similares ou idênticas. É o conjunto de normas emanadas dos juízes em sua atividade jurisdicional”⁹⁹. Pode-se dizer que está na sua admissão – ou não – como fonte de direito que reside uma das principais diferenças entre a família romano-germânica e o sistema jurídico da *Common Law*. No primeiro caso, a jurisprudência (precedentes judiciais/jurisprudenciais) não constitui fonte do direito oficial, enquanto que neste último, caracteriza-se como a principal expressão de sua ordem vinculativa.

Segundo Tercio Sampaio Ferraz Júnior, essa diferença se deve ao papel que o julgador desempenha em um e noutro sistema. No sistema da *Common Law*, o juiz mantém o prestígio que gozava desde a Idade Média, desfrutando de proeminência social e política. Desde o século XIII, a cultura anglo-saxônica costumava citar os precedentes (os casos e suas decisões: os *Case Law*), embora ainda sem força vinculante. Aos poucos foi sendo aceita pela doutrina seu caráter obrigatório, o que definitivamente vem a ser aceito nos séculos XVII e XVIII. Neste sistema, as instâncias inferiores estão vinculadas às decisões das instâncias superiores, valendo salientar que o que vincula é a *ratio decidendi* do precedente, de modo que é o princípio geral do direito que fundamenta a decisão que está no centro da obrigatoriedade do sistema. Assim, a *ratio decidendi* nunca perde sua validade, podendo ser evocada desde que se demonstre sua utilidade para o caso concreto em análise.

Já a tradição romanista não admite a jurisprudência como fonte do direito desde as prescrições existentes no Código de Justiniano (“*non exemplis, sed legibus judicandum est*” – *Codex* 7, 45, 13). A Idade Moderna reforça este preceito ao submeter o julgador à lei positiva, fundada, dentre outras razões, na “desconfiança social em face da figura do juiz [...]. Essa desconfiança é bem clara na época da Revolução Francesa, pois os juízes eram vistos como homens do Antigo Regime, tanto que o direito pós-revolucionário cuidou de limitar-lhes o poder, no que foi acompanhado pela doutrina, segundo a qual o juiz aplica o código e nada mais do que isso”¹⁰⁰. Portanto, o sistema romano-germânico, diferentemente do anglo-saxão, não confere à jurisprudência ou ao precedente força vinculante, não criando direito novo, nem obrigando o

99 Maria Helena Diniz, Op. Cit., p. 295.

100 Ferraz Júnior, Op. Cit., p. 245. Angel Latorre (Op. Cit., p. 88 e ss) também confirma nos princípios da Revolução Francesa a forte rejeição à jurisprudência como fonte do direito, dada a exaltação à supremacia da lei e ao princípio da separação de poderes. Neste sentido, além de prestigiar uma fonte que nascesse da razão legislada do Estado em prejuízo das demais, a Revolução de 1789 consagra a diferença entre criação e aplicação da norma, cabendo ao poder legislativo a primeira tarefa e ao poder judiciário limitar-se à segunda.

julgador a seguir sua razão. O princípio aplicado é o da ‘livre convicção do juiz’, segundo o qual o aplicador do direito deve julgar dentro dos limites da lei e conforme sua consciência.

Mesmo dentro da tradição romanista, existem aqueles que defendem o poder de fonte jurídica para a jurisprudência, fundados no fato de que a atuação dos tribunais gera um conjunto de decisões que se incorporam à vida do direito, adquirindo os traços de uma espécie de “*costume judiciário que se forma pela prática dos tribunais*”¹⁰¹. Assim, a jurisprudência se aplica como normas individuais para os casos concretos:

Logo, a jurisprudência atua como norma aplicável a todos os casos que caírem sob a sua égide, enquanto não houver nova lei ou modificação na orientação jurisprudencial... É fonte não só porque influi na produção de normas jurídicas individuais (sentença, p. ex.), mas também porque participa no fenômeno de produção do direito normativo, desempenhando relevante papel, apesar de sua maleabilidade¹⁰².

Contudo, esta posição é minoritária, mesmo não se negando o papel orientador da jurisprudência para a prática do direito ou seu caráter integrador da norma legislada em alguns casos, configurando verdadeiro ‘*costume praeter legem*’. Neste sentido, sob uma ótica mais pragmática, observa-se que ao aplicador da lei a importância da jurisprudência tem sido cada vez mais crescente, muito embora, como destaca René David, esse crescimento seja escamoteado pelo fato de nossos juízes não assumem sua função criadora, protegendo-se sempre sob o manto da interpretação da lei.

Portanto, embora não reconhecida pela doutrina dominante e tradicional como fonte do sistema romano-germânico, torna-se difícil mensurar a exata influência da jurisprudência como fonte jurídica, bem como de que modo ela contribui para a evolução do direito, mesmo sendo sua contribuição diferente daquela realizada pelo legislador – ou seja, a diferença existente entre a regra de direito produzida pela jurisprudência e a regra jurídica legislada. Antes de tudo porque a jurisprudência somente atua (e cria) sobre aquelas bases pré-fixadas pelo legislador, ou seja, seu movimento apenas se dá dentro da moldura legislativa já existente. Em segundo lugar, porque as regras de direito criadas pela produção jurisprudencial têm alcance limitado, vinculam apenas as partes envolvidas no processo e ao possuírem apenas o potencial de se expandir para outros casos, sua força é maleável, podendo ser rejeitadas ou modificadas a qualquer momento¹⁰³.

101 Maria Helena Diniz, Op. Cit., p. 297.

102 Idem, p. 299.

103 Desta opinião também comunga René David (Op. Cit., p. 120) para o qual “*A regra jurisprudencial apenas subsiste e é aplicada enquanto os juízes – cada juiz – a considerarem como boa*”.

6. Conclusão: o paradigma da primazia da lei e os desafios do direito atual

O estudo das fontes do direito contemporâneo do sistema romano-germânico nos levou a temas tangenciais que, embora pareçam secundários, são fundamentais para a compreensão da racionalidade do sistema de fontes nesta família adotado. Numa síntese simplificadora, pode-se dizer que hoje o estado da questão se resume a três grandes categorias teóricas e práticas do direito: a postura *monista* (o direito como produto da criação exclusiva do Estado), a postura *dualista* (o direito tem, além da lei positivada, sua expressão nos costumes, embora de maneira limitada) e a postura *pluralista* (o direito pode ter origem num conjunto variado de fontes, como a lei, os costumes, a jurisprudência, as práticas extrajudiciais, dentre outras).

Vimos que a racionalidade do direito contemporâneo deu grande primazia à lei positivada como fonte por excelência do direito, o que tem relação com uma série de condicionantes de caráter extrajurídico. Ou seja, *“Um sistema de fontes não é fruto do acaso ou do capricho, mas sim conseqüência de múltiplos factores políticos, sociológicos e ideológicos, e através dele transparece um conjunto de idéias e de factos dominantes na comunidade a que se aplica. O predomínio da lei como fonte indica a intensidade crescente do poder do Estado e da sua organização e actividades perante as normas espontâneas de criação do Direito, como o costume”*¹⁰⁴.

Deste modo, e conforme podemos verificar, o que forjou as características do direito contemporâneo aqui estudado muito se relaciona com as expectativas e conseqüências das revoluções burguesas, que marcaram uma transição de um quadro caracterizado pela instabilidade e pelo uso do poder despótico - vigente no Antigo Regime - para um novo período de exaltação do racionalismo e de limite de poderes pela via da legalidade.

Investigar o porquê do conteúdo de um dado sistema jurídico e de sua forma nos levaria a um trabalho que extrapola os limites do presente estudo. Contudo, é desejável assinalar a sua importância para que tenhamos a mais verossímil interpretação do fenômeno jurídico, tarefa que vai além do estudo apenas de suas fontes. Como nosso trabalho se deteve às formas de criação do direito, embora as sucessivas recorrências ao contexto extrajurídico deste formalismo, não chegaremos a conclusões no âmbito da razão dos conteúdos do direito na contemporaneidade, mas apenas suscitaremos reflexão a respeito dos motivos que explicam o sistema de fontes jurídicas em nossa época e dentro da tradição romano-germânica aqui tratada.

Como o grande traço do direito contemporâneo é o fenômeno da codificação, com sua conseqüente valorização da lei enquanto fonte jurídica, podemos desta experiência extrair duas conseqüências ou conclusões dialéticas, ou seja, os seus aspectos positivos e negativos. Enquanto aspecto positivo, o grande benefício da codificação foi a formulação lógica e racional de um direito sistematicamente

104 Angel Latorre, Op. Cit., p. 68-69.

organizado, conferindo maior clareza e certeza ao ordenamento jurídico vigente, assim como destaca-se sua contribuição em grande monta para a própria disseminação do direito romano-germânico, tanto na Europa, quanto em outros sítios¹⁰⁵. O aspecto negativo, entretanto, liga-se à redução da idéia de direito: as universidades deixam de estudar o fenômeno jurídico enquanto a busca do justo para exaurir seu exame nos novos textos legais, retomando o raciocínio exegético que prevalece no denominado 'positivismo legislativo'.

Para além desta questão epistemológica, o sistema de fontes em apreço vem suscitando outras conseqüências negativas, o que evidencia, cada vez mais, os sinais de esgotamento de seu modelo de racionalidade. Estamos nos referindo à conseqüência prática da redução do direito à lei e da sua inevitável desatualização em face da realidade concreta. Ora, uma vez que a lei positivada tem vocação estabilizadora, ou seja, tende a se estabilizar no tempo, bem como tem a ambição de estabilizar a realidade, o contexto em permanente mutação no qual vivemos apenas reforça a inaptidão desta racionalidade para gerir a vida social contemporânea. Assim, aquele ânimo que estava no cerne das revoluções liberais e no espírito das codificações, no sentido de que a lei é a forma mais adequada e segura de expressar o direito e garantir a certeza das relações sociais, finda por ser a razão de seu próprio perigo nos dias atuais.

Ademais de designar o método de descoberta ou criação do direito contemporâneo, o ideário dos finais do período moderno também tem demonstrado seus sintomas de desgaste no aspecto material, em face da consagração meramente formal de certos direitos até hoje nunca realizados. Para sanar estas distorções, a mudança no papel do Estado (que passa de liberal-abstencionista para Estado de bem-estar-intervencionista) foi fundamental, embora não tenha resolvido, de maneira estruturante, os problemas sociais gerados pelo funcionamento do capitalismo como modo de produção burguês.

Outra questão que também se coloca como fonte de preocupação diz respeito ao afastamento que a tendência codificadora gerou entre o *direito* e a *justiça* e a conseqüente crise que os órgãos judiciais enfrentam na atualidade, atingindo a própria credibilidade do direito enquanto forma de regulação e resolução de conflitos. O direito, que se configura como a última instância à qual recorre o cidadão para resolver a colisão de interesses, não é mais o depositário da confiança pública, o que vem resultando num fenômeno que atinge a alguns ramos do direito, denominado por Boaventura de Sousa Santos como o "*declínio da litigiosidade*", que nada mais é que o reflexo da descrença no judiciário, da dificuldade do acesso à justiça e da busca de formas alternativas de resolução de litígios¹⁰⁶.

Assim, a postura *monista* que tem no Estado a fonte exclusiva de criação e aplicação do direito é um paradigma que merece ser devidamente repensado.

105 A família romano-germânica teve grande expansão para fora da Europa, sobretudo por força dos processos de colonização empreendidos pelos franceses, espanhóis, portugueses e holandeses.

106 Boaventura de Sousa Santos, *Pela Mão de Alice: o social e o Político na Pós-modernidade*, 2001.

Os sintomas de sua incapacidade em abarcar toda a realidade pelos princípios e preceitos dos códigos já podem ser sentidos, do mesmo modo que sua deficiência já é evidente na tentativa de monopolizar a administração da justiça, ante a infinidade de causas que não consegue resolver, seja no aspecto formal (decisão do poder judiciário para pôr fim a uma demanda) seja no sentido material/substancial, oferecendo soluções de justiça para os casos concretos.

As críticas ao modelo de racionalidade que aqui destacamos ainda não cessam nestas questões. Pode-se dizer que existe um conjunto teórico de produções que se filiam em torno das críticas que endereçam ao modelo positivista como eixo central do sistema de fontes atual, muito embora tal produção crítica não constitua um movimento homogêneo de pensamento ou integrado nas suas diversas perspectivas. Contudo, já parece ser suficiente para constituir uma reunião de enunciações hábeis a gerar um conhecimento do direito que enseje o seu questionamento social mais profundo. Conforme bem assinala o jurista brasileiro Clèmerson Merlin Clève, neste conjunto de novos olhares para o direito, pode-se encontrar um ponto de interseção epistemológica que aqui merece destaque: o objetivo de *“estabelecer, concreta e positivamente, a cientificidade de um saber interrogante, crítico e questionador”*¹⁰⁷. Para o autor, muito embora as diferenças de perspectivas existentes dentro do próprio pensamento crítico, alguns propósitos comuns podem ser, por outro lado, identificados, convergindo para a denúncia ideológica, a recusa aos dogmas e a reconstrução da ciência jurídica.

Por outro lado, embora já se reconheça no mundo jurídico que o direito não pode ser reduzido aos limites da lei codificada, ainda não temos uma superação completa do paradigma vigente. O reconhecimento de suas limitações e deficiências apenas atenua seus excessos, mas não representa a emergência de uma nova forma de pensar, criar, organizar e aplicar o direito. A fuga ao positivismo legislativo já pode ser tido como um avanço na prática jurídica, muito embora algumas tradições se conservem imutáveis em certos ordenamentos jurídicos ou na visão de mundo de muitos juristas.

Contudo, para além de se redefinir o sistema de fontes do direito contemporâneo, muitos problemas que influenciam ou que cabe ao direito resolver surgem com impactos nunca vistos. As mudanças são consideráveis e já não se pode pensar na atualidade como um período que mantém traços uniformes desde a Revolução Francesa. Alguns historiadores do século XX, a exemplo de Eric Hobsbawm¹⁰⁸ e Hannah Arendt¹⁰⁹, assinalam que a história contemporânea vem passando por sobressaltos violentos, particularmente em virtude da experiência das grandes guerras e das barbáries que o homem já foi capaz de cometer. O

107 Clèmerson Merlin Clève, *O Direito e os Direitos: elementos para uma crítica do Direito Contemporâneo*, 2001, p. 79.

108 Eric Hobsbawm, *Historia del siglo XX*. Barcelona: Crítica, 1995.

109 Hannah Arendt, *“O Totalitarismo”*, In *Origens do Totalitarismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 1989, p. 339-531.

desencanto que experimentamos coloca em causa o projeto político e jurídico moderno, hoje incapaz de gerir muitos dos males do século XX.

Por isso, é muito comum o balanço pessimista que os mais diversos intelectuais têm da atualidade, o que só revela a falência dos modelos vigentes. A expectativa que animava o iluminismo e que construiu as bases do Estado e do Direito contemporâneo são hoje irrealizáveis. A história, com as experiências do século XX, já demonstrou que não é linear, ou seja, que não progride sucessivamente para o avanço e para a evolução, rumo ao que há de “melhor” ou mais “desenvolvido”. Igualmente, a idéia de cálculo e de previsão, cerne do racionalismo que animou a tendência codificadora, também se curva aos acontecimentos imprevisíveis ou incontrolláveis dos novos tempos. Assim, a grande questão que se coloca é saber até que ponto a racionalidade jurídica da codificação estatal e do controle do poder pelo direito dá respostas aos problemas da atualidade. Por tudo isso é que, em virtude dos novos desafios para o direito e as demais ciências, muito se fala em ‘crise de paradigmas’.

Segundo Thomas Kuhn¹¹⁰, uma crise de paradigma representa uma alternativa de mudança, ou seja, a crise é condição prévia para o surgimento de novas teorias. No tema em apreço, muitas teorias vêm surgindo em reação ao dogmatismo formalista que endereça ao Estado o *status* de única fonte válida do direito e que tem na lei a sua única e legítima forma de criação. Estas reações têm pontos de vista variados, mas todas coincidem no esforço de descrever o momento atual da racionalidade jurídica como um momento de crise e de propor alternativas a esta racionalidade.

Contudo, antes de avaliar se estamos ou não diante de uma tendência que vislumbre a mudança do paradigma jurídico das revoluções liberais, é necessário caracterizar se estamos realmente diante de uma crise do direito atual e para tratar deste ponto, não podemos deixar de situar o tema jurídico dentro do contexto científico e epistemológico geral.

Ao examinar o estatuto da ciência no presente, pode-se reconhecer algumas ‘fraturas’ em relação às crenças que edificaram o mito da cientificidade moderna. A ciência foi concebida como forma de produção de conhecimentos válidos e verdadeiros, uma vez que submetidos a métodos rigorosos e apreendidos pela razão humana. No pensamento ocidental moderno, várias dialéticas eram suscitadas para distinguir a realidade: a dialética do ‘verdadeiro-falso’, do ‘refutável-irrefutável’, do ‘laico-religioso’, da ‘ordem-desordem’. A ciência estaria no lugar donde seria possível descobrir as leis que regulam o funcionamento das coisas, resultando no próprio controle (ordem) da natureza. Este axioma não ficou apenas adstrito às ciências naturais, mas foi expandido para os saberes sociais e humanos, na tentativa destes obterem, com o emprego de seus métodos e princípios, o *status* de conhecimento científico. O direito não escapou a tal tentativa e trouxe para seu universo uma forma de racionalidade que incluía as

110 Thomas Kuhn, *As Estruturas das Revoluções Científicas*, 1997.

regras lógicas das ciências físicas, simbolizada na tese do positivismo jurídico de Hans Kelsen.

Também entendendo a realidade à luz da dialética ordem-desordem, caberia ao direito garantir a ordem mediante leis lógico-formais, extraídas da razão humana e isentas de influências subjetivas (extrajurídicas). A ordem, segundo entendimento científico geral, significaria um estado de unidade, já a desordem se daria quando os elementos constituintes de um determinado conjunto se comportam como se não formassem parte de um todo.

Com as descobertas da ciência desde o século XVIII, já se admite uma nova forma racionalidade científica em que não se busca mais fulminar radicalmente a desordem em benefício da ordem, uma vez que ambas caminham juntas e inseparáveis na realidade concreta: este é o entendimento que define a epistemologia contemporânea e a distingue da racionalidade moderna... os termos 'desordem' e 'contingência' já fazem parte das reflexões e do vocábulo científico como léxicos normais.

Esta descoberta, contudo, não veio de revelações inteiramente abstratas, mas da constatação de que quando um paradigma tem dificuldades de ajustar-se à realidade, logo se deve pôr em causa sua estabilidade e validade. Estas constatações decorrem de aspectos observáveis, como as contradições do paradigma vigente, com seus resultados não desejados ou a falsidade de suas conclusões. Quando estes problemas aparentam não ter solução, já podemos admitir a existência de 'anomalias' dentro do paradigma.

No âmbito do direito, fala-se em *crise* desde meados do século XX, o que se converteu em modismo pouco tempo depois. A idéia de que a lei positivada seria fonte inesgotável de ordem, paz e equilíbrio não se sustenta diante da realidade concreta, inabarcável e incontrolável pelas leis do legislador. Ora, ao historiador do direito é consentido observar que as crises do direito ao longo da história da humanidade estão intrinsecamente ligadas às grandes crises históricas que dizem respeito aos diversos aspectos da vida social.

Diante das evidências do século XX e dos problemas hoje enfrentados no alvorecer do século XXI, cabe ao jurista examinar se os fenômenos agora percebidos caracterizam uma verdadeira crise histórica e até que ponto isto interfere no paradigma jurídico tradicional. Os problemas do controle dos poderes, a questão ambiental, o surgimento de uma nova forma de terrorismo, o fenômeno da globalização, as deficiências do Estado Social e sua incapacidade de criar as condições de realização de direitos cada vez mais crescentes são alguns destes fenômenos que cabe ao direito administrar.

Por fim, ao colocar em causa todos os aspectos que denunciam o esgotamento do paradigma do legalismo iluminista, não queremos operar uma apologia ou previsão apocalíptica, tão pouco tomar a voz dos alarmistas e pessimistas ante o futuro. Sambemos que o primeiro passo para alcançar uma solução viável é se debruçar sobre os pontos frágeis que se encontram na raiz dos problemas e por isso nos permitimos esta última provocação, com o único fim de fomentar

o esforço reflexivo em torno da presente questão. Portanto, aqui não temos a pretensão de dar respostas, mas apenas de colocar perguntas que mobilizem a inteligência humana na busca de novas alternativas. Estas alternativas não excluem ou abandonam o direito como principal ferramenta para viabilizar os meios exequíveis da resposta que precisamos, pois apenas ele, no seu sentido mais amplo, pode conter o indesejável e instituir o pretendido, embora nunca sozinho.

Como bem coloca María José González Ordovás¹¹¹, *“las normas sieguen siendo (...) el cemento de la sociedad y que las preguntas que nos hagamos en el ámbito jurídico pueden seguir siendo las mismas, pero las respuestas son otras”*. O que importa, portanto, não é abandonar as perguntas de partida que sempre animaram o direito, mas sim atingir novas respostas, pois são outros pontos de chegada que nos desafiam na atualidade, impondo definitivamente nossa responsabilidade no condicionamento do futuro.

Bibliografia

- ALBUQUERQUE, Ruy de; ALBUQUERQUE, Martim de. **História do Direito Português: 1140-1415. Vol. I**. Lisboa: Sintra, 2005.
- AMARAL, Luiz Otávio de Oliveira. **Teoria Geral do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- ARENDT, Hannah. **Origens do Totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.
- ARNAUD, André-Jean ...[et al]. **Dicionário Enciclopédico de Teoria e de Sociologia do Direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- BALAGUER, Francisco Callejón. **Fuentes del Derecho: principios del ordenamiento constitucional**. Madrid: Tecnos, 1991.
- BARROSO, Luís Roberto. **A História das Constituições**. O Estado de São Paulo. Publicado em 08/07/2007. Disponível em: <http://www.revan.com.br/catalogo/0361e.htm>. Acesso em: 03 de Março de 2008.
- CAETANO, Marcello. **História do Direito Português**. Lisboa: Editorial Verbo, 1992.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2001.
- CARNELUTTI, Francesco. **Teoría General del Derecho**. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1955.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. **O Direito e os Direitos: elementos para uma crítica do direito contemporâneo**. São Paulo: Max Limonad, 2001.
- COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil, Vol. I**. São Paulo: Saraiva, 2006.
- DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- DE SALIS, J. R. **Historia del Mundo Contemporaneo. Tomo I - Los Fundamentos Historicos del Siglo XX**. Madrid: Ediciones Guadarrama, 1960.
- DEL VECCHIO, Giorgio. **Filosofía del Derecho**. Barcelona: Bosch, 1969.

111 Ineficacia, Anomia e y Fuentes del Derecho, 2003, p. 115.

- DÍEZ-PICAZO, Luis. **Experiencias Jurídicas y Teoría del Derecho**. Barcelona: Ariel, 1987.
- DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. São Paulo: Saraiva, 2006.
- DIPPEL, Horst. **História do Constitucionalismo Moderno: novas perspectivas**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.
- ESCUADERO LÓPEZ, José Antonio. **Historia y Derecho: Historia del Derecho** In Curso de Historia del Derecho. Madrid: Gráficas Solana, 1985.
- FERNANDEZ, Ramon Espinar. **Las Fuentes Del Derecho Histórico Español: esquemas y resúmenes**. Madrid: Editorial Ceura/Centro de Estudios Universitarios Ramon Areces, 1985.
- FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação**. São Paulo: Atlas, 2008.
- GARCIA GALLO, Alfonso. **Manual de Historia del Derecho Español: El origen y la evolución del derecho**. Madrid, 1967.
- GARCÍA, Fernando Flores. **Todavía sobre las Fuentes del Derecho**. Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana. Número 5, 1973. Disponível em: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/5/pr/pr9.pdf>. Acesso em: 17 de janeiro de 2008.
- GONZÁLEZ, María Jose Ordovás. **Ineficacia, Anomia e y Fuentes del Derecho**. Madrid: Dykinson, 2003.
- HESPANHA, Antonio Manuel. **História das Instituições: época medieval e moderna**. Coimbra: Almedina, 1982.
- HESPANHA, Manuel Antonio. **Panorama Histórico da Cultura Jurídica Européia**. Lisboa: Publicações Europa-América, 1998.
- HOBBSAWM, Eric. **Historia del Siglo XX**. Barcelona: Crítica, 1995.
- KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- KUHN, Thomas S. **A Estrutura das Revoluções Científicas**. São Paulo: Perspectiva, 1997.
- LATORRE, Angel. **Introdução ao Direito**. Coimbra: Almedina, 2002.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. **O Direito na História: lições introdutórias**. São Paulo: Max Limonad, 2002.
- LOPEZ, Francisco Ruiz. **Fuentes Del Derecho y Ordenamientos Jurídicos**. Valencia: Universidad de Alicante, 1997.
- LOSANO, Mario G. **Os Grandes Sistemas Jurídicos**. Lisboa: Presença/São Paulo: Martins Fontes, 1978.
- MACHADO, João Baptista. **Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador**. Coimbra: Almedina, 2000.
- MARQUES, Mário Reis. **Codificação e Paradigmas da Modernidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.
- 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. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- NASCIMENTO, Walter Vieira. **Lições de História do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- NÓBREGA, José Flóscolo da. **Introdução ao Direito**. São Paulo: Sugestões Literárias, 1981.
- NOGUEIRA, José Artur A. Duarte. **Lei e Poder Régio: As Leis de Afonso II**. Lisboa:

- Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2006.
- NOGUEIRA, José Artur A. Duarte. **Objecto e Método na História do Direito: algumas considerações**. Lisboa: Coimbra Editora, 2003. (Sep. de: Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Raúl Ventura, 2003).
- PENICHE, Edgardo López. **Introducción al Derecho**. México: Editorial Porrúa, 1969.
- PEREZ, Javier Royo. **Las Fuentes del Derecho**. Madrid: Tecnos, 1984.
- PEREZ-BUSTAMANTE, Rogelio. **Historia Del Derecho Español: las fuentes del derecho**. Madrid: Dykinson, 1994.
- PÉREZ-PRENDES, José Manuel Muñoz-Arraco. **Interpretación Histórica del Derecho: notas, esquemas, prácticas**. Madrid: Universidad Complutense, 1996.
- REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. São Paulo: Saraiva, 1977.
- REIG, Mariano Peset [et al.]. **Historia del Derecho**. Valência, 1993.
- SACCO, Rodolfo. **Introdução ao Direito Comparado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela Mão de Alice: o social e o Político na Pós-modernidade**. São Paulo: Cortez, 2001.
- SILVA, Nuno J. Espinosa Gomes da. **História do Direito Português: fontes de direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2006.
- TOMAS Y VALIENTE, Francisco. **Manual de Historia del Derecho Español**. Madrid: Tecnos, 2001.
- WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.