

# Repensar o direito por meio de seus modelos e fontes

## 1 Por que este problema

A prática jurídica envolve, todo o tempo, lidar com as fontes do direito. Todavia, não é tão comum, na literatura jurídica brasileira, refletir sobre os modelos de direito implícitos na escolha e no uso que se faz das fontes.

Os internacionalistas, bem como os constitucionalistas, costumam escrever mais sobre esse tema, pois seus ramos jurídicos deixam mais 'a nu' os limites e as dubiedades da produção estatal do direito e os fundamentos políticos da norma jurídica. Esses fundamentos não refletem apenas o poder estatal, pois o poder político, obviamente, não se resume às instituições do Estado.

No campo jurídico, esses limites e dubiedades se manifestam na produção não-estatal do direito, na *lex mercatoria* e no direito costumeiro em geral. Até mesmo Kelsen, jurista insuspeito de simpatia pelo pluralismo jurídico, reconheceu-o. Como diz na célebre *Teoria pura do direito* (1992, p. 233):

A lei e o direito costumeiro derogam um ao outro segundo o princípio da *lex posterior*. Mas enquanto uma norma constitucional no sentido formal não pode ser alterada ou revogada por uma lei ordinária, e sim apenas por uma norma constitucional desse tipo, o direito costumeiro tem uma eficácia derogatória também contra uma norma formalmente constitucional; até mesmo contra uma norma constitucional que exclui expressamente a aplicação do direito costumeiro.<sup>1</sup> (tradução nossa).

De acordo com o modelo do positivismo normativista de Kelsen, ao contrário do que leitores apressados desse autor poderiam pretender, o direito consuetudinário pode revogar até mesmo a norma constitucional escrita – eis que há também normas constitucionais costumeiras. Claro que isso é inquietante em sociedades nas quais o direito estatal distancia-se da eficácia social – Carlos Santiago Nino, por exemplo, escolheu este eloqüente e auto-explicativo título para seu notável estudo sobre a anomia na Argentina: *Um país à margem da lei* (2005) – e essa anomia, segundo o autor, era uma das causas do subdesenvolvimento desse país. No Brasil, como em boa parte da América Latina, há problemas semelhantes no tocante à efetividade do direito.

Parte da permanente inquietude sobre as fontes do direito vem, pois, deste fato: nem sempre vale o escrito, mas, afinal, o que está realmente escrito? O direito, de fato, se restringe à letra da lei? A dimensão constitutiva de toda interpretação de norma jurídica mostra que não: o intérprete transforma a norma no que ela será, e ela pode vir a ser o contrário do que já foi. A história mostra, com abundância, essa fluidez: a mudança da garantia da igualdade no direito constitucional americano, do fim do século XIX até a época dos movimentos pelos direitos civis dos negros, reflete, antes, mudanças ideológicas e sociais do que emendas formais à constituição escrita.

Deve-se, pois, pensar em modelos que dêem conta dessa complexidade dos direitos, que é multiplicada se levarmos em conta que o mundo existe: isto é, há outros sistemas jurídicos, além do nacional, e eles se relacionam entre si. Essas relações vão muito além das regras de conexão do direito internacional privado e de simples considerações sobre o princípio *pacta sunt servanda* no direito internacional convencional.

Nesse ponto, deve-se fazer referência à questão geopolítica da origem dos modelos jurídicos e das relações de poder na sociedade internacional. Sobre o fim do século XIX, época do mais desabrido imperialismo, Koskenniemi (2001, p. 136) aponta o paradoxo legal na cópia dos modelos

culturais e jurídicos europeus: “Para atingir a igualdade, a comunidade não-européia deveria aceitar a Europa como o seu mestre – mas aceitar um mestre era prova de que não se era igual” (tradução nossa).<sup>2</sup>

A fase atual da mundialização da economia teve como um de seus efeitos a multiplicação das fontes do direito (na Europa, o fenômeno é bem visível, com a instituição do direito comunitário), de tal forma que as limitações de um modelo como a teoria do ordenamento de Bobbio tornam-se cada vez mais flagrantes. Critérios tradicionais desse modelo não são mais suficientes para determinar o direito aplicável às situações concretas. O critério da hierarquia, por exemplo, já não basta para regular os conflitos mais sensíveis entre normas provenientes de fontes diversas.

Esses problemas, contudo, não são inteiramente novos: Hespanha fala das normas de conflito de geometria variável (1998) na ordem jurídica pluralista da Europa cristã medieval, com a coexistência de normas contraditórias. O juiz deveria guiar-se por princípios para decidir o caso concreto. Por isso, lembra Supiot, o modelo da rede, que parece tão moderno para as áreas da informática, da sociologia e da economia, para um jurista, “[...] evoca, pelo contrário, irresistivelmente as construções do feudalismo [...]” (2005, p. 194-195, tradução nossa), com sua multiplicidade de soberanos e pactos. Esse modelo, apesar de remontar às doutrinas jurídicas medievais, revela-se hoje muito atual para decidir conflitos e normas.

A questão dos princípios jurídicos, contudo, pela sua complexidade, deve ser tema para outro número da revista.

## 2 Este volume da revista

O quinto volume de *Prisma Jurídico* tem como problema as fontes e os modelos do direito. Não se trata, como se viu, de questão restrita à hierarquia das normas no plano da dogmática jurídica, pois diz respeito à própria

concepção do direito – seja como ordenamento, como rede, como sistema – e à própria legitimação do poder político.

A produção social do direito e a legitimação democrática das fontes compõem o tema de *La gestion démocratique de la ville*, excerto de tese defendida na Universidade de Paris X-Nanterre por Eliana Perini, e a entrevista concedida por Sonia Rabello, um dos nomes mais destacados do direito público brasileiro, um dos poucos a ter um espaço permanente de pesquisa no exterior.

O pluralismo jurídico, questão sempre atual, é estudado no artigo de Lucas Konzen, que expõe o estudo – já clássico – de Boaventura de Sousa Santos sobre a Favela do Jacarezinho, na cidade do Rio de Janeiro.

Outros artigos abordam pensadores clássicos da filosofia do direito, ou modelos jurídicos provenientes de escolas contemporâneas, como é o caso de *A categoria do direito no quadro da ação comunicativa*, de Luiz Repa, que apresenta o pensamento jusfilosófico de Habermas.

Tendo em vista o impacto no Brasil do pensamento de Miguel Reale e a triste ocorrência de seu falecimento, em 2006, alguns artigos fazem-lhe referência e dois estão especificamente voltados a aspectos controvertidos do seu legado, principalmente *O marxismo de Miguel Reale*, de Adriano de Assis Ferreira, que examina como o marxismo foi interpretado por esse jurista. A publicação desta revista científica, obviamente, não tem como fim erguer um cenotáfio a esse autor, ou a qualquer outro; é preciso não segui-lo cegamente, e sim fazer o seu pensamento – como dizia Foucault a respeito de Nietzsche – ranger.

Permanecem as seções de artigos não-temáticos, da produção bibliográfica do corpo docente do Centro Universitário Nove de Julho e a de resenhas.

Espera-se que as diversas perspectivas teóricas aqui apresentadas contribuam para a pluralidade da discussão jurídica, necessária para que o Estado de direito seja efetivo no Brasil.

**Pádua Fernandes**  
Editor científico

## Notas

- 1 *Gesetzesrecht und Gewohnheitsrecht derogieren einander nach dem Grundsatz der 'lex posterior'. Während aber ein Verfassungsgesetz im formellen Sinne nicht durch ein einfaches Gesetz, sondern nur wieder durch ein solches Verfassungsgesetz aufgehoben oder abgeändert werden kann, hat Gewohnheitsrecht auch einem formellen Verfassungsgesetz gegenüber derogatorische Wirkung; selbst einem Verfassungsgesetz gegenüber, das die Anwendung von Gewohnheitsrecht ausdrücklich ausschließt.*
- 2 *In order to attain equality, the non-european community must accept Europe as its master – but to accept a master was prove that one was not equal.* (KOSKENNIEMI, 2001, p. 136).

## Referências

- HESPANHA, António M. *Panorama histórico da cultura jurídica europeia*. 2. ed. Mem Martins: Publicações Europa-américa, 1998.
- KELSEN, Hans. *Reine Rechtslehre*. Wien: Österreichische Staatsdruckerei, 1992.
- KOSKENNIEMI, Martti. *The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law 1870-1960*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001.
- NINO, Carlos Santiago. *Un país al margen de la ley*. Buenos Aires: Ariel, 2005.
- SUPIOT, Alain. *Homo juridicus: essai sur la fonction anthropologique du Droit*. Paris: Seuil, 2005.

