

REPENSANDO AS FONTES DO DIREITO NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

Paulo Ferreira da Cunha**

A origem de toda a coisa é fonte de sua natureza.

Martin Heidegger

1 Voltar (*zueruck zu*) aos fundamentos. Sentidos da expressão “fontes de Direito.” 1.1 *Fons Juris*: a partir de uma metáfora. 1.2 Fontes do Direito em sentido histórico. 1.3 Colonialismo e estrangeiramento jurídicos. A globalização jurídica. 1.4 Fontes do Direito em sentido político (ou orgânico). 1.5 Fontes do Direito em sentido sociológico (por vezes, chamado material). 1.6 Fontes do Direito em sentido filosófico. 1.7 Fontes de Direito em sentido instrumental (por vezes, confundido com o histórico, mas perfeitamente autonomizável e também chamado material). 1.8 Fontes de Direito em sentido técnico-jurídico (também chamado formal). 2 Fontes do Direito em sentido técnico-jurídico - análise global. 2.1 Fontes ideacionais ou conceituais *v.s.* fontes institucionais ou legais (elenco abstrato ou hipotético das fontes de Direito). 2.2 Fontes ideais ou conceituais - enumeração. 2.3 Fontes voluntárias e não voluntárias. 2.4 Fontes imediatas e mediatas. 2.5 A lei e o seu império. 2.6 Fontes não legais: princípios fundamentais, costume. 2.7 Fontes não legais: jurisprudência. 2.8 Fontes não legais: doutrina. 2.9 As normas corporativas. 2.10 A equidade. 2.11 O negócio jurídico. 2.12 As fontes e os “regatos.” 3 Fontes do Direito em sentido técnico-jurídico - análise especial. 3.1 Princípios fundamentais do Direito. 3.2 Os valores. 3.3 A lei. 3.4 O legalismo. 3.5 Costume. 3.6 Jurisprudência. 3.7 Normas corporativas. 4 Hierarquia das fontes de Direito. 4.1 O problema do vértice da pirâmide normativa: constituição positiva ou natural (material, ordem de valores, etc.)? 4.2 Abertura (ao menos tácita) do Direito monista ao direito pluralista. 4.3 Importância da hierarquização normativa. 4.4 Direito constitucional, internacional e comunitário. 5 Conclusão. Referências.

RESUMO

Na linha do que temos vindo a fazer noutros artigos para ramos específicos do Direito e da sua Filosofia (nomeadamente o Penal e o Internacional), o presente artigo recua até aos mais primeiros fundamentos da Teoria do Direito: a questão das fontes. É um rememorar de coisas sabidas e o seu problematizar, depois de muito caminho e experiência percorrida.

Palavras-chave: Fontes do Direito. Sociedade da Informação. Valores e Princípios. Normatividades. Factualidades Jurídicas.

* Pós-Doutor pela Faculdade de Direito da USP. Doutor em Direito pelas Universidades Paris II e Coimbra. Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade do Porto e Diretor do Instituto Jurídico Interdisciplinar. Professor-visitante da Faculdade de Direito da USP. E-mail: <lusofilias@gmail.com>.

1 VOLTAR (ZUERUCK ZU) AOS FUNDAMENTOS. SENTIDOS DA EXPRESSÃO “FONTES DE DIREITO”

1.1 FONS JURIS: A PARTIR DE UMA METÁFORA

As palavras têm um grande papel em Direito. E as imagens e as metáforas. A própria palavra Direito é uma metáfora.¹ A técnica, o método e o seu estudo (a metodologia jurídica) não seriam certamente a mesma coisa se não baseássemos o nosso conhecimento, a inspiração e a hermenêutica neste instrumento ao mesmo tempo cristalino e tão complexo que são as Fontes do Direito. E parece que, como veremos, nem sempre se teve esta intuição genial, tão criativa. Não quer dizer que não houvesse antes fontes, mas não seriam certamente apercebidas como tais. Isso faz a diferença.

Como sucede em várias questões jurídicas, parece começarmos por estar diante de um conceito pouco menos que não rigoroso (se formos, da nossa parte, muito rigorosos na exigência de univocidade semântica), tal a sua polissemia, decorrente da variedade de interpretações permitidas para a designação a elas comum (significante, designação comum, mas vários significados).² Tudo parece derivar, afinal, do fato de a expressão, traduzida do latim *fons juris* (a qual deve o seu nascimento ao célebre orador, tratadista e homem de Estado romano Cícero), ser, obviamente, uma metáfora. Metáfora é transposição, transporte. Ainda hoje, podem-se ver na Grécia grandes veículos de mudanças com esse nome. A metáfora transporta ideias de um lado para o outro. Ou palavras para ideias [...].

Metáfora, pois. E como as demais, um elemento poético no Direito, impreciso e polissêmico por excelência. Não é de admirar, assim, que haja de fazer uma criteriosa subdivisão de tipos ou formas de encarar as fontes jurídicas. Porque, no essencial, naquilo que a expressão por si própria diz, que temos? Alguma coisa como isto: fontes de direito parecem ser os locais onde vamos colher (e donde jorra) a pura, a cristalina água lustral do Direito. Ou, valha a verdade, por vezes, menos pura.

A expressão não é exclusiva do Direito (desde logo, ela é muito importante na Historiografia ou História). O grande escritor e professor de Literatura que foi Vitorino Nemésio, assim evoca a questão:

A ideia de fonte é uma ideia geral e técnica da história, que repousa numa das mais antigas imagens do mundo. O princípio da causalidade e o conceito de origem exprimem-se por ela tão vitalmente que *fons vitae* (fonte da vida) talvez seja o seu primeiro padrão. Tudo quanto promana ou flui, flui de algo, e é natural que a água, como um dos quatro elementos, tivesse fornecido o símile.”³

E, em Direito, não se trata, como veremos já, de uma fonte única, ou, se o fosse, seria como essas fontes termais de sete bicas, das quais brotam outros tantos tipos de líquidos milagreiros. Na verdade, de cada bica ou de cada fonte

corre uma variedade ou qualidade de Direito diferente das outras. É esse o sentido de haver uma pluralidade de fontes.

A metáfora é, efetivamente, uma das mais plásticas, das mais sugestivas formas de revelar um pensamento ou uma realidade complexos. Trata-se, afinal, de algo vivo, sempre pronto a dotar-se de sentidos, a encarnar as facetas que uma ideia-base possa comportar: tal sucede com *fons iuris*.

Antes de tudo o mais, antes de pensarmos nas específicas fontes técnico-jurídicas, das quais nos chega o Direito na perspectiva que ora nos importa, como modos de formação, ou nascimento, ou manifestação do jurídico enquanto jurídico, *rectius*, enquanto algo juridicamente positivado, antes disso, devemos, muito brevemente, aludir a outras aceções da expressão.

1.2 FONTES DO DIREITO EM SENTIDO HISTÓRICO

No caso do entendimento das fontes em sentido histórico, trata-se de aludir a inspirações ou causações entre normas, institutos ou mesmo instituições e sistemas de direito (ordens jurídicas) em um plano de encadeamento temporal. E tal pode suceder intrassistematicamente (no seio de uma ordem jurídica nacional-estatal) ou extra-sistematicamente.

Por exemplo, em uma sucessão não linear de ordens jurídicas, é claro que o Direito Romano é fonte, em sentido histórico, do português ou do brasileiro. E também o Direito Visigótico, em menor grau, decerto (as ondas de influência vão-se perdendo com o tempo, a distância, a interposição de influentes influenciados “pelo caminho”). Mas já, por exemplo, tem sido o Direito alemão contemporâneo fonte imediata frequente de muitos diplomas legais portugueses, a começar pelo Código Civil. Outras vezes, é a doutrina moderna de um país que vai ser acolhida por outro – sucede – nos isso em matéria penal, por exemplo, em que somos novamente tributários da influência germânica, mas as fontes começam a diversificar-se. E a univocidade delas começa a ser coisa do passado. Que sentido teria em um país independente apenas ir buscar inspiração neste ou naquele outro? As comunicações rápidas e plurais ajudam também a essa tendencial pluri-influência.

No Brasil, além da origem inicial lusa, compreensível historicamente, mais tarde, ter-se-ão verificado várias outras influências. Note-se, por exemplo, a importância do modelo estadunidense em aspectos do Direito Constitucional.⁴

1.3 COLONIALISMO E ESTRANGEIRAMENTO JURÍDICOS. A GLOBALIZAÇÃO JURÍDICA

Não se pode esquecer que, na matéria da influência e da originalidade, há várias questões a ter presentes. Antes de mais, há teóricos que dela não partilham, por não a acharem metodologicamente própria dos estudos jurídicos.⁵

Entretanto, se acolhermos esse paradigma,⁶ embora com cuidados e precauções, e submetendo-o à rigorosa análise pós-disciplinar (acolhendo estudos de outras áreas do saber), não se deixará de entender que a influência entre ordens jurídicas ou seus aspectos particulares, funciona tanto no sentido do influenciador sobre o influenciado (que é o típico do imperialismo e do colonialismo jurídicos), como no sentido do influenciado que está, por vezes, ávido de imitar o influente (como manifestação do complexo estrangeirado).

Não deixa de ser interessante e motivo para meditação que a autonomia e a independência da ordem jurídica de um país, por vezes, já chegaram ao estágio de libertação de colonialismos, mas nem sempre de imperialismos e menos ainda de estrangeiramentos.

Contudo, há outra dimensão a ter em consideração: a globalização jurídica. A primeira vaga foi, realmente, com os descobrimentos e as conquistas dos países ibéricos. Infelizmente, decerto, não foi o direito propriamente português ou espanhol que eles universalizaram, mas o direito romano com modulação germânica, como bem recorda Agostinho da Silva.⁷ Um direito imperial e sem dúvida com funções imperialistas. Embora já com aspetos de plasticidade universal, como este autor luso-brasileiro iconoclasta também reconhece.

Na nova vaga de globalização jurídica, ainda a estudar com mais detenção, podem ver-se aspectos ideológicos claros de neoliberalismo, uma língua dominante nas expressões e nos conceitos, o inglês, mas não se pode dizer que haja uma verdadeira mundialização do Direito local estadunidense, canadiano, britânico ou sequer da família do *common law*. Em alguma medida, além de globalizações gerais,⁸ há também globalizações locais, a que, por vezes, se chamam integrações (como a europeia, a sulamericana, etc.).

No caso da integração jurídica europeia, dá-se realmente, como veremos, a criação de Direito supranacional, que se impõe juridicamente a todos os membros da União Europeia.

A perspetiva um tanto isolacionista de ordens jurídicas americanas, como a estadunidense e a brasileira, insistindo, afinal, em perspetivas de soberania jurídica, embora com algumas exceções (como é o acatamento das decisões do Tribunal de São José da Costa Rica), talvez não deixe, por vezes, passar a ideia de que, por via ao menos doutrinal e judicial, se está desenvolvendo uma grande fase de aproximação dos direitos.

A sociedade da informação naturalmente está já a colocar em rede os julgadores,⁹ havendo assim uma espécie de “república universal dos juízes,”¹⁰ antes disso, já havia profusas trocas de ideias entre os obreiros da doutrina, é de há muito comum o vai-vém da originalidade e da influência entre legislações, e mesmo o costume (apesar de algumas reticências de alguns, normalmente ideológicas e *pro domo*) continua com uma boa influência ao nível do Direito Internacional Público.

1.4 FONTES DO DIREITO EM SENTIDO POLÍTICO (OU ORGÂNICO)

Quando se fala em fontes em sentido político ou orgânico, estamos perante a formação concreta de uma norma.

Cura-se saber quem (que órgãos, que entidades), na comunidade política em causa, tem competência para dar carácter normativo, vinculante a uma regra. Nos nossos dias, é claramente um problema de Direito Constitucional, ramo de Direito que (além do mais) arbitra as competências no procedimento legislativo e naturalmente também na própria hierarquia jurídica (normativa e não só). Mas isto se deve, sobretudo, ao papel relevantíssimo, praticamente avassalador, que as normas legais passaram a assumir na época contemporânea. Embora, em muitos casos, não se trate, na sociedade informacional, de grandes leis, com grande dignidade ética e fonte legislativa, mas quantas vezes de normativos de que até se duvida do vínculo com os parlamentos e com a legitimação popular em última instância. Quando, por exemplo, uma rede social ou algo parecido na *Internet* suspende alguém ou impede alguém de fazer algo (por vezes, com ar reprovador ou que sugere violação de algum normativo), sem audição prévia, aparentemente sem clara legislação que o permita (e que seja amplamente divulgada) e sem julgamento real, desde logo, com contraditório, nem sequer se sabe se tal decisão é fruto de um funcionário e sua vontade ou se é um procedimento automatizado, verdadeiro tribunal eletrónico.

Estamos em crer que também se enquadra plenamente nesta categoria de fontes em sentido político a gênese normativa decorrente de outras zonas, não governamentais ou parlamentares. Desde logo, as normas costumeiras (ou consuetudinárias), que decorrem desse essencial sujeito político (e não simples complemento ou objeto), que é a própria comunidade, e também as criadas pela prática dos Tribunais (que são órgãos de soberania, encarnação de um dos tradicionais “poderes” do Estado), etc. Em suma, estamos perante as *fontes existendi* do Direito (os órgãos que dão vida às normas como tais).

1.5 FONTES DO DIREITO EM SENTIDO SOCIOLÓGICO (POR VEZES, CHAMADO MATERIAL)

Objetiva-se agora, com as Fontes do Direito em sentido sociológico, designar o conjunto de circunstancialismos sociais, políticos, culturais, etc., que presidiram à criação de dada norma ou sistema normativo.

Evidentemente, tais circunstancialismos serão, por certo, mais patentes para o caso de uma lei-medida, que vise precisamente a atalhar uma situação concreta (epidemia, invasão, terremoto, etc.). Nos casos normais, o estudo das fontes, em sentido sociológico, é um tanto o estudo localizado da Sociologia do Direito (ou Sociologia Jurídica: embora haja autores que distinguem uma da outra) e até da Sociologia geral.

Com efeito, necessita-se de apreender o sistema social para entender a gênese de dados normativos nesse contexto. Toda a norma tem um contexto

normativo, e quer este, quer a norma concreta possuem um entorno, um contexto, uma circunstância social. É impossível dissociar uma coisa da outra. Por isso é que um habitante de Sirius que lesse apenas as nossas Constituições, por exemplo, não entenderia realmente a verdade do sistema político-jurídico de cada país.

1.6 FONTES DO DIREITO EM SENTIDO FILOSÓFICO

Com claras atinências com os sentidos histórico e sociológico, encontra-se o sentido filosófico das fontes do Direito. Se aqueles vêm, respectivamente, a gênese diacrônica e a sincrônica no plano global, para quem não subsuma o aspecto filosófico (as ideias-força) no processo histórico ou no sistema social haverá que se considerar uma inspiração filosófica das normas e dos sistemas.

Por exemplo, com toda a falibilidade e a imprecisão das grandes generalizações, parece certo que a fonte filosófica (filosófico-política em especial, como aliás quase sempre e em todos os sistemas) dos direitos da família de Direito “socialista” foi o materialismo dialético e o materialismo histórico. Simetricamente, de algum modo, poderá talvez dizer-se que as leis de Allarde e Chappellier se inspiraram no liberalismo extremado (embora um pouco então fora de época, de algum modo *avant-la-lettre*) da não arregimentação dos indivíduos, e por isso proibiram o sindicalismo como expressão dessa massificação e perda de “liberdade” do singular, etc. [...]. Não se pode negar, sublinhe-se, que esse sentido filosófico tem muito de filosófico-político ou filosófico-ideológico. Entretanto, pode haver outras dimensões mais filosóficas “puras”, como as que decorrem, por exemplo, de concepções de Pessoa, Vida e Morte, com tanta influência nos domínios de legislação bioética, mas não só... Naturalmente que concepções sobre Pessoa também terão grande importância na consideração jurídica, quer dos animais (que estão a deixar de ser considerados simples “coisas”), quer de máquinas “inteligentes”. Se há grande discussão, hoje, sobre Direitos dos Animais, não há dúvida de que o passo seguinte (em que já estamos, ou quase) é o de discutir personalidade jurídica e direitos dos *robots* e afins. E alguém já sublinhou que o *robot* ainda é uma entidade “humanoide”, que nos é simpática porque, de algum modo, antropomórfica, e assim psicologicamente estamos quase preparados para a considerarmos “afim”. E no caso de entidades muito mais abstratas e de forma bem diferente da nossa? Será que teremos de encontrar um *design* humanístico para essas inteligências artificiais que facilite a sua integração na rede plural de titulares de direitos (e obrigações, sem dúvida)? Todas estas questões remetem para a problematização filosófica do jurídico e serão teorias filosóficas de índole ontológica, antropológica, e algumas também teológicas que sem dúvida se afrontarão nestas polémicas.

Ao sentido filosófico se pode dar ainda outro conteúdo, mais geral, mas talvez de maior especificidade filosófica. Aludir-se-ia, nesse caso, ao fundamento da obrigatoriedade da norma (o Estado, o Poder, para uns, a Justiça, para outros etc.). Esta última versão também dá pelo nome de *sentido metafísico*. Mas, na

verdade, é uma classificação, a nosso ver, um pouco excessiva, pois nem todas as teorizações sobre o ponto de Arquimedes do Direito,¹¹ o ponto fixo em que deva apoiar-se, serão, necessariamente, de índole metafísica.

1.7 FONTES DE DIREITO EM SENTIDO INSTRUMENTAL (POR VEZES, CONFUNDIDO COM O HISTÓRICO, MAS PERFEITAMENTE AUTONOMIZÁVEL E TAMBÉM CHAMADO MATERIAL)

Finalmente, no elenco de fontes não técnico-jurídicas, encontram-se aquelas que nos permitem saber os locais, a documentação, as formas materiais de positivação do que é Direito. Desde a Lei das XII Tábuas Romanas, esculpida em mármore ou granito, ao microfilme ou à memória do computador que encerra as decisões judiciais, passando, evidentemente, pelos nossos mais correntes e mais prosaicos exemplares do Código Civil, Penal, etc., ou o *Vade Mecum* (que assimila vários desses diplomas), claro [...] São, afinal, as Fontes *gnoscenti* (meios de conhecimento jurídico).

Trata-se apenas do suporte físico, quando se fala em fontes em sentido instrumental. No mundo atual, a sociedade informacional já multiplicou, desmaterializou e rematerializou as fontes instrumentais. Poderemos facilmente imaginar um *Vade Mecum* implantado em algum *ship* na palma da mão [...] E as mais interessantes serão as tecnologias que virão em breve, e ainda não conseguimos sondar, imaginando, normalmente com a antecipação da ficção científica.

1.8 FONTES DE DIREITO EM SENTIDO TÉCNICO-JURÍDICO (TAMBÉM CHAMADO FORMAL)

Nestes últimos casos (referidos em 7.) de fontes materiais no sentido instrumental, essa dimensão instrumental confundia-se inicialmente com algo de sólido, objeto ou “matéria”. Mas hoje tal materialização tende para o virtual, como acabamos de ver. Essa imaterialização não prejudica o caráter instrumental. Já, pelo contrário, as fontes em sentido técnico-jurídico apenas, na lógica estritamente interna do jurídico (sem apelos ao extrajurídico, em geral), vão indagar das formas ou processos pelos quais se forma e se revela direito normativo, objetivo e positivo. O que nelas está em causa é saber, mostrar, explicar, evidenciar como o Direito vem à vida, subsiste, se modifica e se extingue. Em suma: o que é, enquanto fonte, Direito. Trata-se, agora, das Fontes *manifestandi* (meios de formação ou produção jurídica – como o direito se manifesta, se patenteia). Temos que reconhecer que em grande medida é este o sentido mais comum certamente de Fontes de Direito. É que, portanto, quando falamos em Lei, Costume, Jurisprudência, etc., não falamos senão de fontes em sentido técnico-jurídico. Resta a possibilidade de estas mesmas palavras poderem ter, além deste, outros sentidos. Mas isso seria já complicar demais, o que não é nosso intento aqui. Tudo se tornará ainda mais claro *infra*.

2 FONTES DO DIREITO EM SENTIDO TÉCNICO-JURÍDICO - ANÁLISE GLOBAL

2.1 FONTES IDEACIONAIS OU CONCEITUAIS V.S. FONTES INSTITUCIONAIS OU LEGAIS (ELENCO ABSTRATO OU HIPOTÉTICO DAS FONTES DE DIREITO)

Com base nos modos historicamente conhecidos de formação e revelação do direito, elaborou-se um catálogo de fontes de Direito (agora apenas no sentido técnico-jurídico), mas obviamente não unânime entre os autores. Somente em coisas muito óbvias, e mesmo assim nem em todas, podemos usufruir uma vera *communis opinio doctorum*.

Dentre essa lista de possíveis fontes, cada ordem jurídica concreta elegeu (nos nossos dias, por meio da lei - v.g. em uma Lei de Introdução, no Brasil, em um Título Preliminar do Código Civil, em Espanha, ou logo nos primeiros artigos do Código Civil, em Portugal) aquelas que lhe parecem dever ser acolhidas, e estabeleceu entre elas prioridades de atendibilidade, de aplicação, enfim, hierarquizou-as.

Vamos, pois, sucessivamente observar as fontes em abstrato, com a sua fortuna relativa em vários tempos e lugares, e as fontes em concreto, à luz dos textos legais.

2.2 FONTES IDEAIS OU CONCEITUAIS - ENUMERAÇÃO

Costumam os autores considerar como possíveis (ideacionais, conceituais, hipotéticas) fontes de Direito (mais uma, menos uma), as seguintes: os princípios gerais do direito, o costume, a jurisprudência, a doutrina, a lei, as normas corporativas, a equidade.

Obviamente, nem todos optam por todas; todos reconhecem haver algumas caducas ou não vigentes, todos concordam na existência de hierarquia concreta entre as que admitam, mas como admitem teórica e ou praticamente um elenco diverso, há divergências não descuráveis na doutrina sobre o assunto. Além disso, como se sabe, a legislação dos diversos países tem posições diferentes. Por exemplo, não é desde logo indiferente à técnica normativa utilizada. Uma coisa é explicitar concretamente em Código quais as fontes mediatas e imediatas, outra coisa é apenas referir como se faz para colmatar lacunas da lei. Neste último caso, pode ficar-se com a ideia de que a única fonte imediata é a lei e que as demais (ou, além delas, outros métodos, não propriamente fontes) apenas entram em ação no caso de lacuna. Na verdade, este corresponde a um direito subsidiário. A técnica vem já, em direitos de língua portuguesa, das Ordenações.

2.3 FONTES VOLUNTÁRIAS E NÃO VOLUNTÁRIAS

É ainda frequente distinguir-se entre fontes voluntárias e não voluntárias. As primeiras derivam da vontade de o serem: um propósito dos seus criadores em que sejam elas fontes. Já as segundas são não intencionais.

O caso mais patente de entre estas últimas seria o do costume. Apesar de, como veremos, o elemento constitutivo do costume não simplesmente factual, mas volitivo, o *ánimus*, ter algo de voluntário. Porém não certamente no grau necessário para que se esteja perante uma norma.

2.4 FONTES IMEDIATAS E MEDIATAS

É ainda uso estabelecer a diferença entre fontes imediatas ou mediatas, consoante delas o direito jorre diretamente ou só por via de canalização, mediatização. Assim, nas ordens jurídicas dominantes, parece que a doutrina (opiniões e trabalhos dos juristas) só indiretamente e por interpostas vias cria Direito normativo, objetivo e positivo.

Temos vindo a falar insensivelmente de todas essas fontes de Direito, e delas já temos, obviamente, uma pré-compreensão. Cabe agora precisá-la um pouco.

2.5 A LEI E O SEU IMPÉRIO¹²

Estamos hoje habituados a uma quase instintiva identificação de Lei com o Direito.¹³ Tal se deve, como sabemos, à expansão e à imposição do seu império, sobretudo a partir do Iluminismo e, mais ainda, do Positivismo, cujo racionalismo acreditava na reorganização social por essa via normativa, por decisão razoável dos homens razoáveis, os parlamentares burgueses, afinal. O sentido da função legislativa e do corpo legislativo nas sociedades contemporâneas (e não se trata de consequência direta da sociedade informacional, pois lhe é anterior), já mudou radicalmente.¹⁴ Hoje está cada vez mais afastada essa ideia redentora do legislativo que, infelizmente, acaba por ser, em vários países, o principal bode expiatório dos desaires e dos desmandos de todos os poderes. Há um preconceito antiparlamentar e antidemocrático, que curiosamente se está a aparentemente dar bem nos nossos dias com um “neoliberalismo” que se abstém por vezes até da sua componente clássica e pluralista, além de demofílica, para se concentrar em um economicismo extrênuo. Um liberal antigo (veteroliberal) como Thomas Hill Green, para citar só um exemplo, revolver-se-á certamente no túmulo.

Mesmo depois das críticas ao Positivismo (e tanto se fala hoje de Pós-Positivismo, o que não deixa de revelar que o paradigma de referência ainda é o Positivismo que se procura “superar”), o Estado continuou a não abdicar do quase monopólio da normatividade, em nome da segurança e da certeza jurídicas, etc., e, até mesmo, em nome da legitimidade democrática, evidentemente.

Esta é a situação ainda vigente, e cremos que dificilmente a situação mudará. A liberdade da informação tende a padronizar e a tipificar. O filósofo checo, radicado

no Brasil, Vilém Flusser chega a prever a efetivação do juízo eletrônico¹⁵ (ficcionalizado literalmente por Papini há anos já¹⁶). É um autor a ter muito em consideração nesse debate, embora algumas das suas profecias sejam de arrepiar, mas nem sempre o possamos acompanhar nas suas indubitavelmente brilhantes considerações.

2.6 FONTES NÃO LEGAIS: PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS, COSTUME

O Legalismo hoje impera, porém nem sempre foi assim, pois nem sempre houve a toda-poderosa prevalência da Lei, é algo que salta aos olhos. Muito antes e acima da Lei (decisão reguladora geral, abstrata, estatal, etc.); existiram e, de certo modo, existem outras fontes jurídicas.

Desde logo, os Princípios Fundamentais do Direito, entidades que alguns associam a um Direito Natural que, antes de tudo o mais, se devem ter feito sentir como exigências (progressivas, em contínua descoberta) de Justiça. E, como observância diuturna e convicção da juridicidade de comportamentos retos, o costume começou por se impor como a primordial fonte de Direito. Ainda hoje é com base nos seus princípios jurídicos fundamentais, positivados em costumes de índole jurídica, que muitos povos pré-industrializados, dotados de sociedades mais ou menos arcaicas, regem-se no plano do Direito.

Ainda há não muito, houve um choque (choque cultural, desde logo, mas também antinomia jurídica, entre ordens jurídicas coincidentes no mesmo território), no Brasil, entre uma pena aplicada por uma formação social tradicional e o “direito do asfalto,”¹⁷ do Estado. Alguém já sancionado no seu ambiente tradicional de origem não poderia de novo ser sentenciado por um tribunal oficial, da entidade “moderna” Brasil [...] Isso, de algum modo (*mutatis mutandis*), feriria o princípio da não duplicação ou multiplicação dos julgamentos, depois de esgotados os recursos (o *non bis in idem*).

Outro aspeto interessante a considerar é que o costume é considerado por alguns autores (como José Adelino Maltez)¹⁸ como o verdadeiro, radical e primeiro fundamento da obrigatoriedade de todas as outras fontes e nomeadamente da lei. É porque há o costume de obedecer à lei que a ela se obedece e se interiorizou a necessidade jurídica dessa obediência. Poderia, em um mundo alternativo (em uma utopia, por exemplo), pensar-se que as leis seriam apenas padrões de conduta facultativos, sempre, e não, como ocorre em geral, imperativos (até na sua eventual supletividade, alternativa de condutas ou afins).

2.7 FONTES NÃO LEGAIS: JURISPRUDÊNCIA

Com a necessidade de conferir a um terceiro independente (e, em última análise, ao Estado ou à entidade que as suas vezes fizesse: Federação, Império, etc.) a resolução dos litígios, passo importantíssimo para evitar a *guerra de todos contra todos*, a permanente e imparável vingança, com a instituição da função judicial (ou judiciária), começou a constituir-se um acervo de resoluções de casos concretos (sentenças), muitas delas versando acerca de situações análogas.

Chamado a resolver uma lide semelhante a uma já decidida por si (ou por um seu colega), o juiz tem tendência natural a não se afastar do já resolvido (atentas, é claro, as particularidades do problema *sub judice*). Assim seguindo os juízes uns aos outros, surgem correntes jurisprudenciais. Também a existência de recurso para tribunais superiores pesa, pelo prestígio (e *auctoritas*) destes, sobre os magistrados, que tendem a repetir as decisões dos seus confrades mais experimentados e mais elevadamente posicionados na carreira. E pode haver casos em que tais decisões são mais ou menos vinculativas.

Assim, insensível e mediatamente, a jurisprudência se vai tornando fonte de Direito. Mas onde ela assume maior relevo é naquelas ordens jurídicas (como as dos países anglo-saxônicos) em que o precedente faz regra. Onde não é apenas uma reverencial aceitação ou um costume jurisprudencial julgar certos casos como foi sendo hábito fazer, mas antes se impõe ao juiz o dever de respeitar a “tradição”, prosseguindo na mesma linha (*rule of precedent*).

O Direito anglo-saxônico, da *Common Law*, contudo, está a aproximar-se do continental europeu, e este, por via da jurisprudência da União Europeia também, por sua vez, se vai judicializando.

No Brasil, a importância da Jurisprudência é enorme, em termos sociais. Sabem-se os nomes dos onze ministros da Corte Suprema, o Supremo Tribunal Federal (STF), talvez mais que dos jogadores da delegação de futebol (diz-se, com alguma graça, sem dúvida, na *vox populi*). Para isso, terá também contribuído a original e inédita decisão de transmitir televisivamente os julgados, mais um efeito de publicização da sociedade informacional. Seria, na verdade, muito interessante e esclarecedor fazer estudos de *knowledge and opinion about law* (KOL)¹⁹ sobre a enorme presença de vários órgãos jurisdicionais na televisão no Brasil.

2.8 FONTES NÃO LEGAIS: DOUTRINA

Em torno de todos estes problemas e facetas da vida do Direito, logo que este foi alcançando um relevo e autonomia suficientes (especialmente na Roma Antiga),²⁰ surgiram os cientistas, técnicos e sapientes do Direito, os jurisconsultos, não simples causídicos, mas autênticos conhecedores profundos, que, em consultas pontuais (hoje, sobretudo pareceres e consultas escritas; mas também já em entrevistas dos vários *media*, os mais diversos – se a sua mensagem não for truncada ou adulterada: mas aí a culpa não é do meio, será “erro humano”) e em obras de fundo, tratados, ou artigos monográficos, passando por manuais e lições universitárias, foram impondo visões, construções, dogmáticas, teorias jurídicas, quer sobre o direito vigente (*de jure constituto*), quer sobre o que este devesse passar a ser (*de jure constituendo*).

Tais estudos constituem a doutrina, fonte mediata, salvo em épocas de seu especial florescimento e reconhecimento público (e estatal). De fato, a opinião dos doutores (e, sobretudo, a comum: a *communis opinio doctorum*) já valeu diretamente como Direito: foi o tempo do *jus (publice) respondendi* (do Imperador

Augusto ao Imperador Adriano, com valor de *facto*; a partir de Adriano, torna-se fonte imediata de Direito, de caráter geral: portanto, fonte imediata *de iure*).

Importa, contudo, precisar, desde já, alguns dados semânticos. A doutrina (opinião dos juristas, ou jurisperitos) começou por ser designada, por essa mesma razão, precisamente “*Jurisprudencia*” (Jurisprudência). Como a doutrina se exercia, em Roma, sobretudo na prática do foro e na função de julgar (a qual era sancionada pelo poder, constituindo uma parcela de soberania), a expressão “jurisprudência” passou a designar as decisões dos tribunais. Finalmente, dado o papel fundamental destes na decisão do que é o Direito, também se designa a própria ciência do Direito ou Jurística (ou Direito *tout court*, o seu sentido epistemológico) por “Jurisprudência” (com maiúscula). Na Itália, as faculdades de Direito chamam-se ainda de “Giurisprudenza”. Hoje, a primitiva Jurisprudência não forense (não designando sentenças, mas pareceres, obras teóricas, etc.) já não tem esse nome. É Doutrina. A Jurisprudência, em uma dada visão (que já teve acolhimento legal em Portugal até, no Código Civil, ao tratar dos Assentos), seria mesmo (e só quando fosse doutrina seria jurisprudência?) “doutrina”, embora com força obrigatória (entre partes e seus efeitos colaterais), ou “geral” (no caso dos ditos Assentos). Entretanto, não entremos em especiosismos.

2.9 AS NORMAS CORPORATIVAS

A questão, nos seus recortes tradicionais, não parece ser de enorme atualidade e muito menos universal. Ela resultará da consagração legal autônoma de um tipo de normativos, que são, *lato sensu*, leis, embora lhes possa faltar o caráter de estadualidade. Porém, o mundo informacional tende para a criação de entidades mais ou menos autônomas, efêmeras algumas, que possuem, pela própria natureza das coisas, uma vocação e uma ação normativa. Certamente teremos de considerar, pelo menos em uma fase de transição, certos aglomerados de associação humana (“comissões especiais” em uma designação clássica, certamente) como verdadeiras pessoas morais que funcionam como “legisladores” *hoc sensu*, produtores de normas corporativas [...].

O problema das normas corporativas, como veremos, ganharia, antes de tudo, com a desdramatização do nome. A nosso ver, trata-se do Direito em geral não fundamentalmente estatal, mas produzido voluntariamente (fonte intencional) por meio de instrumentos normativos gerais - desde os estatutos de um sindicato aos de uma sociedade comercial, passando por um contrato coletivo de trabalho. Mas não deixando de ter de se considerarem as normas de uma comunidade de internautas em um ou em outro aspecto da vida e seus interesses comungando, algures em um nicho qualquer do universo virtual.

Sempre existiu este tipo de normas de grupos sociais organizados, desde que na sociedade se foram constituindo pessoas coletivas, grupos de interesses associativos do mais diverso cariz. Também se podendo designar por pessoas morais.

Hoje, porém, há o discutível hábito de “aportuguesar” como “corporação” a palavra inglesa “Corporation.” Ora, não é, de modo nenhum, dessas “corporações” que se trata quando, em sede de fontes, fala-se ainda em “corporações.” Mas se fala hoje cada vez menos.

Porém, não há dúvida também de que as verdadeiras e próprias “Corporations”, empresas e redes de empresas, e afins são grandes produtores de normatividade e parceiras em novas geometrias e geografias normativas relacionais. A questão é de saber se têm autonomia para essas fórmulas contratuais para além da liberdade contratual clássica e com as suas limitações de bons costumes, ordem pública, e as gerais que proscrevem o abuso do direito, obrigam à boa-fé, etc., e se têm poder legítimo para a normatividade *praeter legem* e eventualmente *contra legem* que editem. Por exemplo: uma empresa nacional x ou y do país x ou y, que tem a língua oficial n, e só essa língua oficial poderá impor, na comunicação interna da empresa, oralmente e ou por escrito, uma língua diferente da língua oficial do país em que está sediada, e aos seus funcionários da mesma nacionalidade? Esse exemplo comporta variantes específicas, e todas elas colocarão problemas. Estamos em crer que por motivos de *marketing*, *show off*, preconceito linguístico ou nacional ou outros, mais atendíveis, certamente, nenhuma empresa pode mudar a língua oficial do país num reduto utópico ou enclave corporativo. Coisa diferente e a ponderar é uma multinacional, com pessoal de muitos países, operando em muitos que determina uma língua oficial muito conhecida (no caso, seria certamente o inglês, no momento) para comunicações gerais, salvo se outra língua não for do melhor conhecimento de todos os intervenientes numa dada conversa, oral ou escrita. Porque é óbvio que entre dois nacionais do mesmo país ou um brasileiro e um português uma empresa de qualquer país não poderá razoavelmente impor uma terceira língua.

2.10 A EQUIDADE

A equidade se refere a uma particular forma de adaptação do geral ao concreto, de suavização e adequação das normas, de atenuação do brocardo da decadência romana *dura lex, sed lex*. Numa perspectiva positivista, é, sem dúvida, um amortecedor da dureza da lei. Já, contudo, para quem entenda o Direito como subordinado a princípios fundamentais e à Justiça pode parecer tautológico.²¹ Toda a Justiça é, por natureza, équa. Só um direito estritamente legal necessita dessa válvula de segurança, como entidade autônoma.

Porém, como se vai tornando complicado e certamente não muito usual resolver casos concretos com invocação direta à Justiça, parece que será, na prática, certamente melhor prescindir do rigor conceitual neste ponto e admitir a utilização autônoma da equidade. Os resultados práticos poderão ser, certamente, mais positivos.

2.11 O NEGÓCIO JURÍDICO

No elenco abstrato das fontes de Direito, poder-se-ia ainda pensar na hipótese de considerar o negócio jurídico. E há quem o sugira. De fato, é ele um fato normal de que derivam direitos e obrigações. Uma doutrina francesa tradicional lembra (com alguma razão) que o contrato (o mais “célebre” negócio jurídico, nisso não há qualquer dúvida) *é lei entre as partes*.

Simplesmente, à exceção do caso (já contemplado noutra(s) fonte(s)) dos contratos coletivos, por norma, os direitos que dele resultam são direitos subjetivos de indivíduos mais ou menos singulares *hoc sensu* (ainda que possam ser pessoas coletivas, claro), isto é, não criam normas com generalidade e abstração, mas imposições (ou faculdades, prerrogativas...) concretas, para pessoas determinadas e em dada situação. Parece, pois, estar-se a confundir duas situações distintas. Uma fonte de Direito, lembrêmo-lo, é um modo de formação ou manifestação de Direito em sentido normativo, não meramente subjetivo, não meramente pessoal ou circunscrito a um grupo, um contrato, um negócio jurídico, etc... Esses direitos e obrigações concretamente nascentes, modificados, extintos, etc., por essas vias, acabam por ter como fonte outra norma mais a montante. Ainda que seja somente Lei geral que os permite [...] Mesmo que apenas com o princípio (legal) da liberdade contratual como regra.

2.12 AS FONTES E OS “REGATOS”

Em síntese, admitimos como fontes de Direito todas as referidas, menos a equidade e o negócio jurídico. E mesmo a equidade se acaba por admitir como exceção prática. Há legislações que tomam posição diversas ou deixam margem para que tal se pense. Cumpre agora rapidamente fixar os termos de cada fonte referida.

3 FONTES DO DIREITO EM SENTIDO TÉCNICO-JURÍDICO - ANÁLISE ESPECIAL

3. 1 PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DO DIREITO

Os Princípios Fundamentais do Direito são ditames gerais e estruturadores da própria Ordem Jurídica, que alguns consideram ter profundo componente jusnaturalístico (de Direito Natural), informadores das concretas regras positivas, e por vezes aflorados em normas fundamentais de bases, leis constitucionais, Constituição, etc., ou em cláusulas gerais e conceitos indeterminados dois conceitos a repensar também, no âmbito das fórmulas e técnicas normativas, que, em língua portuguesa, bem desenvolvidos foram por Baptista Machado.²²

Antes de mais, importará convocar a doutrina internacionalista para esclarecer que não é indiferente aludir-se a Princípios Gerais do Direito e a Princípios Gerais de Direito. Remetem para questões diversas.

Os segundos são princípios de direito interno. Assim os enuncia, por exemplo, Ferreira de Almeida:

Assim, são princípios gerais de direito, *v.g.*: o princípio do enriquecimento sem causa, o princípio da boa-fé; o princípio da responsabilidade baseada na culpa; o princípio da reparação integral do prejuízo; o princípio segundo o qual a lei especial prevalece sobre a lei geral; o princípio do ônus da prova; o princípio da igualdade das partes; o princípio dos direitos adquiridos; o princípio de *estoppel* (ninguém se pode prevalecer das suas próprias faltas ou, num processo, adoptar uma atitude contrária a algo previamente, por si, admitido, com prejuízo para a contraparte – *venire contra factum proprium non valet*); princípio do efeito útil; o princípio do caso julgado; princípio da segurança jurídica; etc.²³

Mas esta enunciação é meramente exemplificativa.

Já os princípios de índole internacional são os primeiros que também assim podem ser apresentados, embora apenas de maneira exemplificativa ou ilustrativamente:

[...] os princípios de não intervenção, da não ingerência em assuntos particulares dos Estados, da obrigação da cooperação dos Estados entre si, primazia dos tratados sobre as leis internas, prévio esgotamento dos recursos internos, proibição do uso da força contra a integridade territorial ou a independência política de qualquer Estado, solução pacífica às controvérsias, igualdade soberana entre Estados, o direito de passagem inocente para navios mercantes em tempo de paz, a liberdade dos mares, a autodeterminação dos povos, a boa-fé, o respeito universal e efetivo dos direitos humanos, as normas de *jus cogens*, entre outros [...].²⁴

Afirma, ainda, sintetizando a dicotomia, Valerio Mazzuoli:

[...] os princípios gerais de direito provêm de baixo (da ordem estatal) e ascendem à ordem superior (internacional) quando da sua aplicação pela CIJ num caso concreto, ao passo que os segundos – os princípios gerais do direito – já nascem da ordem de cima (da ordem internacional) e são diretamente aplicados por ela.²⁵

Atentemos que, quando falamos de princípios que ascendem ou descendem, num vaivém entre ordem interna e internacional, talvez nos seja ainda lícito pensar em depurações de regras ou em concretizações de grandes padrões. Embora, certamente, a concretização nacional de princípios internacionais possa talvez, mais facilmente, ser assimilada à concretização e à elevação do nacional ao internacional aproximada de uma generalização. Esta é menos carregada de eticidade que a segunda, pode ser uma mera operação mental de generalização.

Há, realmente, duas formas de encarar os princípios e, certamente, se os considerarmos a todos, ficará claro que uns decorrerão mais de uma e outros

mais de outra gênese. Mas, em sede geral e mais teórica, uns consideram que a lei deriva do princípio, como concretização. Em contrapartida, outros acreditam que o princípio deriva da lei como generalização.

O problema não são casos concretos em que se pode seguir geneticamente ou historicamente a real derivação. O problema é o espírito com que se encaram os princípios. Num caso, o de uma derivação das leis a partir dos princípios, estes são realmente decorrências de grandes valores (na verdade, uma espécie de valores de segundo grau, ou mais concretos: por exemplo, o princípio do pluralismo político é, realmente, uma decorrência do valor jurídico-político da liberdade). No outro caso, da construção de princípios por generalização, precisa haver leis no terreno, *de iure constituto*, ou pelo menos tê-las havido, para, abstraindo, idealizar o princípio que as englobe. Ora, uma das funções mais importantes dos princípios é poderem agir antes de haver lei e para que haja. Nesse sentido, somos partidários da teoria de que o princípio vem antes da norma. Antes deste, com uma vibração ética maior, está o valor.

Desenvolvamos um pouco mais a questão.

Há países em que existe (Brasil - art. 4º da Lei de Introdução e no Código Civil de Espanha, por exemplo) referência expressa aos princípios fundamentais ou gerais do Direito, e outros em que não há tal referência (Portugal atualmente, por exemplo). Mas nem por isso os princípios, nos países em que não haja referência explícita no Código Civil ou afim diploma, deixam de ser, realmente e *de jure*, fontes de Direito.

O fato de um Código Civil silenciar a expressão parece-nos mais prudência (a qual não é, de resto, caso único), modo de evitar uma polêmica, algo nominalista entre jusnaturalismo e positivismo, do que uma rejeição do que, em boa vontade, não poderia rejeitar.

Acolhidos expressamente ou não, o certo é que os princípios fundamentais e gerais, se não porejam em cada linha da Lei, pelo menos se apresentam como essência na sua globalidade. É curioso notar-se como, calando o todo, o Código português, por exemplo, vem a aceitar expressamente uma boa parte de tais princípios: de fato, ao referir-se ao valor da equidade, outra coisa não está fazendo que realçar a importância desses princípios, o princípio dos princípios, a justiça, a qual não é sem equidade.

Em contrapartida, é evidente que aqueles princípios se encontram acolhidos positivamente (e em não despidianda medida) pelos vários diplomas legais específicos (os princípios constitucionais na Constituição, os Processuais nos códigos respectivos, os princípios penais no Código Penal, etc.). O próprio Código Civil inclui bastantes, não apenas de índole privatística ou civilística específica, como também de vocação global.

Veja-se, por exemplo, o caso da integração das lacunas. No Brasil, o art. 4º da Lei de Introdução diz claramente que “Quando a lei for omissa,

o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.” A lei portuguesa remete para um procedimento mais complexo, mas os princípios acabam por estar lá. Quando, para os casos omissos, se possibilita ao intérprete resolver o caso *sub judice* segundo a norma que ele criaria “se houvesse de legislar dentro do espírito do sistema” (art. 10, n.º 3 do Código Civil português) não se remete àquele para uma simples operação lógica, antes haverá de ter ele em conta, precisamente como *espírito do sistema*, os princípios fundamentais de que a Ordem Jurídica se encontra impregnada. Além disso e, no mesmo código, atente-se à profusão de princípios fundamentais que afloram sob a forma de cláusulas gerais e conceitos indeterminados — casos como “bons costumes”, “ordem pública”, “dever de justiça”, “boa-fé”, “causa justificativa”, “justa causa”, “interesse público” encontram-se nesta sede.

O problema mais complicado não é, pois, o de reconhecer os princípios fundamentais de Direito como fonte (tacitamente aceita), positiva e até imediata de Direito. A questão põe-se noutros termos: serão válidos tais princípios contra lei expressa, *i.e.*, qual o seu lugar em termos de hierarquia das fontes de Direito? Como é evidente, o problema terá solução diversa consoante a opção jusnaturalista ou juspositivista de quem se lhe proponha responder.

Note-se que, no Brasil, a referência está sediada em contexto de lacunas. Assim, também, no Brasil, se colocaria o problema, aliás tão atual, em tempos de neoconstitucionalismo e ativismo judicial: será possível afastar lei expressa em nome de um princípio (ainda que podendo ele ser até muito geral, como o da proporcionalidade ou o megaprincípio da dignidade da pessoa humana)? Dizer que se pode preferir lei por princípio afirma o lugar hierárquico dos princípios como superior, sim, mas criará, em muitos casos, certamente insegurança jurídica, que é um valor (superior a um princípio). Dizer que a lei sempre passa à frente de um princípio quando o pretende concretizar a ele ou a outro, opondo-se-lhe, deixa os princípios relegados para o plano do art. 4º da Lei de Introdução brasileira, que é o das lacunas. Não é fácil optar, e talvez alguns sejam tentados a dizer que tal só poderá fazer-se perante o caso concreto. Contudo, perante o caso concreto há um enorme risco de subjetividade na aplicação ou não desta questão de antinomia normativa.

3. 2 OS VALORES

Embora não seja habitual considerar os valores em sede de fontes de Direito, parece um pouco estranha essa ausência, porquanto, noutros contextos, eles são considerados (naturalmente) como de valor superior aos próprios princípios e, portanto, mais importantes ainda, *a fortiori*, que as leis.

Os valores jurídicos são múltiplos. Houve tempo em que classicamente se fazia uma dicotomia entre o Valor da Justiça ou simplesmente o Valor Justiça, e a segurança ou o valor da segurança. São, na verdade, valores que estão num

nível muito diferente, e também sempre se poderá dizer que a Justiça, para o ser, já implica pelo menos alguma segurança jurídica. É necessária alguma certeza ou pelo menos alguma previsibilidade. É preciso, para usar uma linguagem simples, “saber em que lei se vive”. E isso implica, muito, saber um pouco antecipar o que será a decisão dos juízes com base na mesma lei.

De qualquer forma, a partir do momento em que a Constituição Espanhola de 1978, inspirada mais diretamente decerto na Constituição Portuguesa de 1976, e mais remotamente em todo o constitucionalismo moderno, e desde logo no lema revolucionário *Liberté, Égalité, Fraternité*, resolveu colocar em ordem e constitucionalizar formalmente os valores jurídico-políticos superiores, a questão dos valores jurídicos parece especializar-se nesse aspecto.

A Constituição Espanhola positivou, no seu início, os ditos valores. Considerou a Liberdade e a Igualdade, mas preferiu a Justiça à Fraternidade como terceiro elemento. No lema do Rio Grande do Sul, o eleito para esse lugar foi a Humanidade. A Constituição portuguesa tinha falado em *páis mais livre, mais justo e mais fraterno* – fazendo, assim, a Justiça as vezes da Igualdade. É certo que numa fase não inicial dos trabalhos, e certamente com apreensões quanto a um possível revanchismo ditatorial, a constituinte espanhola acabaria por elevar a valor o simples princípio do pluralismo político.

A Constituição brasileira de 1988, certamente tendo visto e analisado o legado das anteriores, acabaria por ter, no seu Preâmbulo, uma muito criativa e ponderada fórmula:

“Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.”

Parece, portanto, que a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça serão os valores supremos acolhidos pela Constituição Federal brasileira.

Assim, depois dessa análise crítica doutrinal ao legado dessas constituições da segunda metade do séc. XX, chega-se à conclusão de que a matriz essencial e o pano de fundo de todas serão ainda o *motu* francês, contudo adaptados e desenvolvidos.²⁶

3. 3 A LEI

A Lei, mesmo falando apenas no seu sentido jurídico (excluindo a lei eterna, divina e as leis científicas, etc.), pode comportar vários sentidos. Assim,

pode ser sinônimo de Direito (em sentido normativo, especialmente); identificar-se com a autoridade do Estado ou com o Ordenamento Jurídico (assim retornando à primeira acepção); referir-se a certas normas, enquanto fonte de Direito. Obviamente que é este último o sentido que nos importa.

Entretanto, mesmo nesta acepção, pode-se entender lei em sentido mais ou menos amplo. Assim, *lato sensu*, lei opor-se-á, como fonte intencional, especialmente ao costume (fonte não voluntária), abrangendo um conjunto vasto de atos legislativos, e ainda regulamentos administrativos, convenções coletivas de trabalho, etc. Em um sentido menos *lato*, abarca apenas “todas as disposições genéricas providas dos órgãos estaduais competentes”, deixando de fora os atos normativos gerais, abrangentes, de cariz privatístico, não estadual.

Finalmente, em uma última e ainda mais especializada acepção, só será lei a lei em sentido formal, material e orgânico: uma disposição genérica, abstrata, inovadora, justa, suficientemente digna para tal, imperativa, coerciva e provida do órgão por excelência legislativo, o Congresso (ou Parlamento). É a visão racionalista-liberal de lei.

Dentro dessas várias acepções, parece dever considerar-se lei, para efeitos de interpretação quanto às fontes de Direito, o segundo sentido.

3. 4 O LEGALISMO

Aparentemente, teríamos na generalidade dos sistemas jurídicos de raiz romano-germânica, pelo menos, uma estrita posição estadualista, voluntarista e positivista, isto é, fontes sobretudo de proveniência estatal, queridas, desejadas como tal (intencionais e só se admitindo como Direito o claramente positivado no texto da lei). Embora seja fantasiosa a posição contrária (de que a Lei de Introdução brasileira, ou os Códigos Cíveis de vários países, já em si leis, se subordinariam por completo à lei natural e não escrita, ao costume, etc.), haverá de moderar uma tal ideia de estrito positivismo legalista. De fato, há aberturas da lei positiva a outros valores e a outras influências, embora haja de reconhecer-se uma tendência predominante algo avessa ao pluralismo das fontes e privilegiadora da lei.

3. 5 COSTUME

Trata-se não dos meros usos, da prática habitual de dados atos, mas, especificamente, de diuturnos comportamentos, observados com a convicção de que quem os pratica está vinculado à sua obrigatoriedade jurídica (não simples uso, hábito, ou mera cortesia, ou simples inércia social). É, pois, uma fonte não intencional.

Há quem obrigue o costume a ser racional (entre nós, a Lei da Boa Razão, no séc. XVIII, que vigorou em Portugal, mas também em território brasileiro, naturalmente) ou espontâneo para poder ser atendível. Se o primeiro requisito

é de algum modo evidente (e também deve estender-se *v.g.* à lei) e, logo, certamente desnecessário de autonomizar, o segundo está abrangido pela própria definição de costume – um costume imposto não será costume.

Segundo a sua relação com a lei, podem os costumes concordar com ela (*secundum legem*), contrariá-la (*contra legem*) ou extravasar o âmbito daquela (*praeter legem*).

Tudo indica que costumes *contra legem* não podem valer como fontes legítimas [...] Mas aí pode colocar-se todo um leque de problemas. Nomeadamente os que decorrem da consideração de enclaves ou bolsas de direitos tradicionais, de povos autóctones, de sociedades arcaicas, etc., dentro da ordem jurídica moderna e até pós-moderna. Se a própria sociedade técnica de massas ameaçava a simples individualidade e personalidade livre do cidadão, padronizando-o (os simples contratos de adesão foram um dos primeiros sinais dessa desconsideração da singularidade do indivíduo e uma entorse de monta à liberdade de estipulação contratual), o curioso e o paradoxal (e não se sabe até quando durará a tendência) é que, nessa mesma sociedade e na sociedade informacional, de algum modo, pode-se dizer que há algumas aberturas para algum pluralismo jurídico. Assim, se, por um lado, os cidadãos do direito do asfalto citadino são crescentemente funcionalizados e burocratizados, em alguns casos (interessante saber é até que ponto não se trata de casos inexpressivos, folclorizados, e mediatizados como curiosidades), há, da parte do Direito oficial, estatal, formal, legalista e dos seus múltiplos órgãos e agentes, alguma abertura ou simpatia para com direitos-outros, que vão desde os da Mãe-Terra (veja-se a respetiva Declaração)²⁷ e da natureza até a fórmulas de organização e jurisdição autónomas, de povos que mantiveram as suas tradições.

3. 6 JURISPRUDÊNCIA

Quando se fala em jurisprudência, como se sabe, trata-se das decisões verdadeiramente pertinentes aos processos nos tribunais, as sentenças. Há muitas decisões administrativas e algumas normas corporativas nos tribunais, certamente, mas elas não são uma jurisprudência propriamente dita. Contudo, a jurisprudência só é fonte imediata de Direito enquanto as suas sentenças tenham força obrigatória geral (caso dos países da *Common Law*, família de direito anglo-saxónica).

Será interessante ponderar até que ponto as súmulas vinculantes e outros institutos afins, noutros países, poderão ter essa função e enquadramento. O caso português dos Assentos foi já muito polémico e culminou com a inconstitucionalidade de, pelo menos, parte do instituto.²⁸

3. 7 NORMAS CORPORATIVAS

As normas corporativas, normas das pessoas morais, são fontes intencionais e imediatas do Direito de origem, em geral, não estatal (porque pode

haver pessoas coletivas estatais não reguladas, nem emitindo normas por lei formal), representando a autonomia nomogenética das entidades privadas (ou pelo menos com alguma autonomia), embora possa englobar também pessoas coletivas públicas.

De todo o modo, o problema é muito complexo, prendendo-se com a classificação (hoje uma selva conceitual e inextricável na prática, a não ser caso a caso) dos entes coletivos. Entretanto, o que não estiver no âmbito das normas editadas pelos organismos corporativos (*lato sensu*, que não se esgota no sentido de *Corporativismo*), no plano privado, caberá decerto no conceito *lato de lei*, no qual cabem os atos normativos de entes públicos menores.

O único problema será o da hierarquia das fontes, sabendo-se, como se sabe, que as normas corporativas devem não contrariar as leis. Em suma, certo é que as normas corporativas continuam como fonte de Direito em Portugal, mesmo depois da abolição de um regime autoritário que se dizia “corporativo”, mas era um simples corporativismo anacronicamente folclórico e de Estado. O fato de, em Portugal, os chamados “organismos corporativos” (*hoc sensu*) terem sido extintos pelo Decreto-lei nº 443/74 de 12 de setembro não parece relevante.

Recorde-se de que tal manutenção era já a intenção de Manuel de Andrade no seu Anteprojeto, que previa a subsistência do normativo em causa, mesmo para “possíveis contingências futuras”²⁹, englobando as convenções coletivas de trabalho, os estatutos e regulamentos das pessoas coletivas, etc. Até que ponto o problema se põe noutros países é questão que não parece ter incentivado muito visivelmente o labor dos comparatistas e historiadores do Direito [...] Contudo, não deixa de ser uma questão, pelo menos, interessante.

Finalmente, a equidade, adequação do Direito ao caso e suavização da sua dureza, bem como o negócio jurídico, fato voluntário por excelência que dá lugar aos direitos subjetivos e à relação jurídica, não nos parecem ser, como vimos, fontes de Direito, em rigor. Porém, por motivos práticos, pensamos que se pode fazer recurso autônomo à equidade, como uma forma mais facilmente admissível de invocar um aspecto essencial da Justiça.

4 HIERARQUIA DAS FONTES DE DIREITO

4.1 O PROBLEMA DO VÉRTICE DA PIRÂMIDE NORMATIVA: CONSTITUIÇÃO POSITIVA OU NATURAL (MATERIAL, ORDEM DE VALORES, ETC.)?

Como temos observado, a hierarquia das Fontes, considerada de um ponto de vista doutrinal, varia consoante o posicionamento filosófico-jurídico dos jurisconsultos.

Se um positivista colocará no topo da pirâmide normativa, como norma fundamental, a Lei (provavelmente a Constituição, lei das leis - embora muitos

legalistas não gostem muito das novas Constituições “cidadãs”, pelo mundo afora, já que são, em grande medida, aberturas positivas para dimensões trans-positivas, pluralistas [...]), um jusnaturalista ou pluralista pode dar o primado aos valores, aos princípios fundamentais do Direito ou um pouco mais dificilmente ao costume. Um não positivista legalista, mesmo que se decida pelo primado da Constituição (e esta tem vários sentidos, desde logo o material, que remete para alma, para espírito), poderá ver, acima da Constituição escrita, normas supraconstitucionais, no fundo uma Ordem de Valores (*Wertordnung*), ou seja, uma estruturada articulação de princípios fundamentais hierarquizados ou, então, dos valores.

Entretanto, uma ordem de valores constitucionais não é necessariamente uma tabela pré-definida, em que os valores estejam absolutamente hierarquizados. Pode haver uma valoração ponderada em cada caso, entre uma lista de valores. Daí se pode falar, com propriedade, de normas constitucionais inconstitucionais,³⁰ isto é, normas da Constituição escrita atentatórias dos princípios ou valores (jusnaturais, ou, de todo o modo, suprapositivos ou meramente positivados – na própria Constituição ou normas internacionais, ou na Doutrina) da Constituição suprapositiva, que pode ser considerada a Constituição *material*.

4. 2 ABERTURA (AO MENOS TÁCITA) DO DIREITO MONISTA AO DIREITO PLURALISTA

O Direito positivo hodierno (monista), em geral, não tendo querido entrar expressamente nessas polêmicas, via de regra, não tomou partido; embora, positivo que é, tivesse de acautelar o próprio valor de *jus positum*. Se não pôde deixar de dar prevalência à lei e ao estatalismo, não o fez, contudo, de forma rígida e unilateral, permitindo outras aberturas (normas corporativas, assentos, usos, equidade). Em última análise, não se pode sequer dizer que proíba o uso de vários instrumentos conceituais de Direito Natural (visão pluralista).

Pelo contrário, vimos como até o “espírito do sistema” constituído pela Ordem Jurídica vigente claramente aponta para a validade e aplicação dos princípios fundamentais. Estamos em crer que também a Constituição, como texto, se encontra sob julgamento daqueles princípios, até porque ela é fruto do poder constituinte originário, que reside e deriva do Povo, o qual refletirá, nesse específico domínio, a consciência jurídica geral, impregnada do princípio de Justiça, foco irradiador do Direito Natural, ou dos valores político-jurídicos superiores, constitucionais ou republicanos que são hoje, como sabemos e em síntese, Liberdade, Igualdade e Fraternidade.

De todo o modo, podendo eventualmente (em casos contados) fazer-se apelo a essas hierarquizações, os mais correntes problemas de hierarquia das fontes encontram-se resolvidos pela lei.

4. 3 IMPORTÂNCIA DA HIERARQUIZAÇÃO NORMATIVA

Importa analisar, mais detidamente, a hierarquia das normas englobadas na entidade *lei (hoc sensu)* por duas ordens de razões.

A primeira diz respeito ao juízo sobre a validade de um diploma legal. Assim, a desconformidade de uma norma ou conjunto de normas relativamente à(s) hierarquicamente superior (es) acarreta invalidade normativa: um regulamento contrário à lei é ilegal; uma lei que esteja desconforme (na sua forma, ou procedimento legislativo, no órgão que a produz ou no conteúdo do que dispõe) à Constituição é inconstitucional (respectivamente, ferida de inconstitucionalidade formal, orgânica ou material). Já meras declarações ou atos administrativos que firmam a letra ou o espírito da Constituição se dirão, pelo menos em alguns países, mais propriamente anticonstitucionais que inconstitucionais, expressão que alguns reservam para uma desconformidade entre atos normativos, e apenas esses.

A segunda ordem de razões, conexas com a primeira, respeita à suscetibilidade de revogação entre normas. É lógico que um diploma de grau superior possa revogar um de grau inferior (uma lei pode obviamente revogar um regulamento) e que diplomas de grau análogo se possam revogar mutuamente, enquanto as normas inferiores são insusceptíveis de revogar as superiores (um regulamento não pode revogar nem leis, nem decretos-leis, nem a Constituição). Resta, contudo, a possibilidade de uma lei especial apresentar solução diferente da geral, pela sua especialidade, naturalmente. Contudo, o jogo interpretativo entre o geral / particular e o geral / especial pode ser bem complexo e prestar-se a algumas manipulações.

4. 4 DIREITO CONSTITUCIONAL, INTERNACIONAL E COMUNITÁRIO

Acima de todas as normas, está a Constituição (e as leis constitucionais) sendo apenas, para alguns, problemático o lugar de certas convenções internacionais na ordem interna: constitucional ou equiparado, ou supraconstitucional, ou infraconstitucional mas supralegal (ou isso só para tratados de Direitos Humanos)? O problema é complexo e sobretudo muito delicado, porque mexe com convicções e sentimentos transjurídicos. Não haverá dúvida, em algumas ordens jurídicas, da primazia de normas internacionais regularmente aceites pelos Estados em face da lei ordinária. No Brasil, em geral, a perspectiva é ainda bastante soberanista, razão pela qual a dimensão normativa internacional terá de passar muito pelos filtros da estadualidade.

Noutros horizontes, alguns pensam mesmo que algumas normas de Direito Internacional podem prevalecer sobre Direito Interno.

Embora não seja já propriamente Direito Internacional, vigora, na União Europeia, o princípio do primado do Direito Europeu sobre o de cada país. Certamente pelo repetido ensino desse princípio nas Faculdades, não causa, em

Portugal, enorme estranheza a possibilidade de o juiz nacional aplicar direito supranacional, ou estrangeiro até, como sempre aplicou, aliás, desde que se remeteu, nas Ordenações, para o Direito Romano ou para o Direito Canônico.

No futuro, certamente, cada vez será mais corrente o diálogo não só doutrinal como entre tribunais e fontes legais até [...] Muito já se pratica, mas nem se está vendo [...].

5 CONCLUSÃO

A partir do momento em que a Babel da imensidão normativa e de outros produtos jurídicos conseguiu começar a ser posta em melhor ordem pela informatização, a esperança de o jurista comum conseguir traçar um caminho pelos caminhos de floresta (mesmo *selva oscura*) do prolífico Direito começou a despontar. Porém, essa possibilidade não deveria, de modo algum, afastar o ideal do *inutilia truncat*. Munido de uma nova navalha monumental de Ockham, o novo jurista, e em especial o legislador do futuro já presente, deveria cortar a imensidão de normas inúteis e criar normas consolidadas, codificadas em novos códigos com ductilidade para a mutabilidade fugacíssima da realidade de hoje e de amanhã. Não nos podemos contentar com a facilidade de armazenamento e a relativa facilidade de busca. É necessária uma concentração das fontes, em um sentido de fraternidade, de ductilidade, de conciliação, de um Direito sutil.

Por outro lado, importa fazer um grande balanço do papel das diferentes fontes na sociedade da informação, que é enfrentar diretamente, sem subterfúgios, quer as questões do topo da hierarquia, quer as fontes aparentemente mais antigas e residuais, ou seja, vamos determinar a sério e em um nível ao menos regional (a União Europeia, uma União jurídica efetiva da América Latina, etc.), se valores e princípios valem mesmo e em que medida se podem vetar leis (pelo menos nas mãos de juízes e que juízes, por exemplo, em que instância), se o direito internacional tem alguma entrada, e com que valor, na ordem interna. São problemas sobre os quais a doutrina vai opinando, os quais precisariam da *auctoritas-potestas* das Constituições. Só Constituições poderão resolver eficazmente essas polêmicas.

Em grande medida, trata-se apenas de juntar fios soltos em vários documentos nacionais e internacionais. Entretanto, é, de todo o modo, urgente encontrar ou uma pirâmide normativa com alguma abrangência e rigidez, ou, então, algumas abrangência e rigidez para uma rede tópica de fontes, dando ao juiz muita liberdade na sua manipulação. Cremos que, embora haja sempre que confiar mais em pessoas que em silogismos ou algoritmos abstratos, capazes das maiores barbaridades lógicas, também não se pode confiar cegamente a justiça à subjetividade de julgadores não muito em colégio e em permanente sindicabilidade por outros.

A necessidade de poderes travarem e vigiarem abuso de poderes não se garante hoje, parece provado, meramente pela intervenção de um poder pretensamente puro e, acima de toda a suspeita, qualquer que ele seja, mas pela efetiva participação

e partilha por todos dos freios e contrapesos necessários, que se podem subtilizar em sociedade informacional [...] A História mostra que qualquer unilateralismo criando poderes todo-poderosos, na interpretação e na aplicação da Lei e do Direito resulta mal. Há que ser modesto e não acreditar, como diria Todorov, em jardins (jurídicos) perfeitos, mas em jardins realmente imperfeitos, mas perfectíveis.³¹

E ainda: costume, equidade, normas de pessoas morais ou coletivas, em que medida são coisas pré-modernas, ou, pelo contrário, adquiriram na sociedade da informação novas cores, mas continuam atuais. A precisar, certamente, de pontes explicativas, que sejam boas transmissoras de metáforas. Na verdade, cremos que novos costumes estão criando-se, a equidade necessita ser válvula reguladora em casos de cada vez maior estrangulamento de excepcionalidade e emergência, e, cada dia, surgem mais conglomerados pessoais, nem sempre com associação física e presencial de pessoas, mas por laços virtuais que podem necessitar de tutela, e cujas determinações não podem ficar de todo alheias à sabedoria do Direito. Ainda que seja apenas para ir acompanhando, sem uma intervenção legalista [...] em certos casos.

Quem prognosticou que no futuro não haveria Direito, muito se enganou. O direito da sociedade do futuro terá que conhecer muito mais realidades complexas, técnicas e tecnologias a exigir muita especialização, mas a vontade do direito persistirá, sempre, como *constante e perpétua* e sempre de, retamente, *atribuir o que é seu a quem é o verdadeiro e justo titular*.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Francisco Ferreira de. **Direito Internacional Público**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. Parte I.
- BACHOF, Otto. **Normas constitucionais inconstitucionais?** Tradução portuguesa J. M. Cardoso da Costa. Coimbra: Atlântida, 1977.
- BASTIT, Michel. **Naissance de la Loi Moderne**. Paris: P.U.F., 1990.
- CHORÃO, Mário Bigotte. **Temas fundamentais de direito**. Coimbra: Almedina, 1986.
- CONFERÊNCIA MUNDIAL DOS POVOS SOBRE MUDANÇAS CLIMÁTICAS E DIREITOS DA MÃE TERRA. **Declaração Universal dos Direitos da Mãe Terra**. Disponível em: <<http://rio20.net/pt-br/propuestas/declaracao-universal-dos-direitos-da-mae-terra/>>. Acesso em: 11 out. 2016.
- CRUZ, Sebastião. **Ius. Directum (Directum)...**, **Relectio**. Coimbra: ed. do autor, 1971.
- _____. **Direito Romano**. 3. ed. Coimbra: Almedina, [19--]. v. 1.
- CUNHA, Paulo Ferreira da. **Constitution et mythe**. Quebeque: Presses de l'Université Laval, 2014.

- _____. **Direito Constitucional Geral**. 2. ed. Lisboa: Quid Juris, 2013.
- _____. **Para uma Ética Republicana**. Lisboa: Coisas de Ler, 2010.
- _____. Da República Universal dos Juízes. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto**, Porto, Ano XI, p. 351-365, 2014.
- _____. **O Ponto de Arquimedes. Natureza Humana, Direito Natural, Direitos Humanos**. Coimbra: Almedina, 2001.
- _____. **Introdução à Teoria do Direito**. [S.l: s.n.], [19--].
- DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Cambridge, Mass.: Belknap, 1986.
- FLUSSER, Vilém. **O universo das imagens técnicas: elogio da superficialidade**. Revisão técnica de Gustavo Bernardo. São Paulo: Annablume, 2008.
- HURREL, Andrew. **On Global Order**. Oxford : Oxford Univ. Press, 2009.
- MACHADO, João Baptista. **Introdução ao Direito e ao discurso legitimador**. Coimbra: Almedina, 1985.
- MALTEZ, José Adelino. **Princípios de Ciência Política: o problema do direito**. Lisboa: Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas, 1998.
- _____. **Princípios Gerais de Direito: uma perspectiva politológica**. Lisboa: Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas, 1992.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 10. ed. São Paulo: Ed. RT, 2016.
- MONTORO, André Franco. **Estudos de Filosofia do Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.
- NEMÉSIO, Vitorino. **Conhecimento de Poesia**. Lisboa: Verbo, 1970.
- NEVES, António Castaneira. **O Instituto dos Assentos e a função jurídica dos supremos tribunais**. Coimbra: Coimbra Editora, 1983.
- PAPINI, Giovanni. O Tribunal electrónico. In: _____. **O livro negro: novo diário de Gog**. Lisboa: Livros do Brasil, [19--].
- PODGÓRECKI, Adam et al. (Org.). **Knowledge and Opinion about Law**. Londres: Martin Robertson, 1973.
- RAMIRES, Maurício. **Diálogo judicial internacional: a influência recíproca das jurisprudências constitucionais como fator de consolidação do estado de direito e dos princípios democráticos**. 2014. Tese (Doutorado em Ciências Jurídico-Políticas) –Universidade de Lisboa, Lisboa, 2014.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. **O discurso e o poder: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica**. Coimbra: Separata do “Boletim da Faculdade de Direito”, 1980.

SILVA, Agostinho da. **Ir à Índia sem abandonar Portugal**. Lisboa: Assírio & alvim, 1994.

SOARES, Rogério Ehrhardt. Sentido e limites da função legislativa no estado contemporâneo. In: MIRANDA, Jorge; SOUSA, Marcelo Rebelo de (Coord.). **A feitura das leis**. Lisboa: Instituto Nacional de Administração, 1986. v. 2. p. 429 ss.

TEIXEIRA, António Braz. **Sentido e valor do Direito. Introdução à Filosofia Jurídica**. 3. ed. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2006.

_____. Reflexão sobre a Justiça. **Nomos**, Lisboa, n. 1, p. 55 ss., 1986.

TODOROV, Tzvetan. **Les jardins imparfaits**. Paris: Grasset, 1998.

-
- 1 CRUZ, Sebastião. **Ius. Directum (Directum)...**, **Relectio**. Coimbra: ed. do autor, 1971.
 - 2 Se o ser divertido dependesse da variedade de opiniões, os juristas seriam certamente os profissionais mais divertidos de entre todos, pois se multiplicam as doutrinas, já o parece ter lembrado Javier Hervada (HERVADA, Javier; ANDRES MUNOZ, Juan. **Derecho. Guía de los Estudios Universitarios**. Pamplona: EUNSA, 1984; há uma edição portuguesa: HERVADA, Javier; CUNHA, Paulo Ferreira da. **Direito. Guia Universitário**. Porto: Rés, [1990]).
 - 3 NEMÉSIO, Vitorino. **Conhecimento de poesia**. Lisboa: Verbo, 1970.
 - 4 MONTORO, André Franco. **Estudos de filosofia do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, desenvolve o tema do “colonialismo cultural e transplantes de Instituições Jurídicas”, especialmente nas p. 86 ss. e p. 98 ss.
 - 5 Cf. TEIXEIRA, António Braz. **Sentido e valor do direito. Introdução à filosofia jurídica**. 3. ed. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2006.
 - 6 Cf. CUNHA, Paulo Ferreira da. **Constitution et mythe**. Quebeque: Presses de l'Université Laval, 2014. p. 27 ss..
 - 7 SILVA, Agostinho da. **Ir à Índia sem abandonar Portugal**. Lisboa: Assírio & alvim, 1994. p. 32-34.
 - 8 HURRELL, Andrew. **On Global Order**. Oxford : Oxford Univ. Press, 2009.
 - 9 RAMIRES, Maurício. **Diálogo judicial internacional: a influência recíproca das jurisprudências constitucionais como fator de consolidação do estado de direito e dos princípios democráticos**. 2014. Tese (Doutorado em Ciências Jurídico-Políticas) –Universidade de Lisboa, Lisboa, 2014.
 - 10 CUNHA, Paulo Ferreira da. Da República Universal dos Juízes. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto**, Porto, Ano XI, p. 351-365, 2014.
 - 11 CUNHA, Paulo Ferreira da. **O Ponto de Arquimedes. Natureza Humana, Direito Natural, Direitos Humanos**. Coimbra: Almedina, 2001.
 - 12 Retomando o título de DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Cambridge, Mass.: Belknap, 1986.
 - 13 V. o clássico BASTIT, Michel. **Naissance de la Loi Moderne**. Paris: P.U.F., 1990.
 - 14 Cf. o excelente estudo de SOARES, Rogério Ehrhardt. Sentido e limites da função legislativa no estado contemporâneo. In: MIRANDA, Jorge; SOUSA, Marcelo Rebelo de (Coord.). **A feitura das leis**. Lisboa: Instituto Nacional de Administração, 1986. v. 2. p. 429 ss..
 - 15 FLUSSER, Vilém. **O universo das imagens técnicas. elogio da superficialidade**. Revisão técnica de Gustavo Bernardo. São Paulo: Annablume, 2008.
 - 16 PAPINI, Giovanni. O Tribunal electrónico. In: _____. **O livro negro: novo diário de Gog**. Lisboa: Livros do Brasil, [19--].
 - 17 SANTOS, Boaventura de Sousa. **O discurso e o poder: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica**. Coimbra: Separata do “Boletim da Faculdade de Direito”, 1980.
 - 18 MALTEZ, José Adelino. **Princípios de ciência política: o problema do direito**. Lisboa: Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas, 1998; Idem. **Princípios gerais de direito: uma perspectiva politológica**. Lisboa: Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas, 1992.
 - 19 PODGÓRECKI, Adam et al. (Org.). **Knowledge and opinion about law**. Londres: Martin Robertson, 1973.

- 20 Cf, sobre a doutrina (e a jurisprudência) CRUZ, Sebastião. **Direito Romano**. 3. ed. Coimbra: Almedina, [19--]. v. 1. p. 292 ss..
- 21 Cf. TEIXEIRA, António Braz. Reflexão sobre a Justiça. **Nomos**, Lisboa, n. 1, p. 55 ss., 1986.
- 22 MACHADO, João Baptista. **Introdução ao direito e ao discurso legitimador**. Coimbra: Almedina, 1985.
- 23 ALMEIDA, Francisco Ferreira de. **Direito internacional público**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. Parte I. p. 178. Sobre princípios, cf. ainda CUNHA, Paulo Ferreira da. **Introdução à teoria do direito**. cit., p. 120 ss..
- 24 MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 10. ed. São Paulo: Ed. RT, 2016. p. 155.
- 25 MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 10. ed. São Paulo: Ed. RT, 2016. p. 155.
- 26 Para mais desenvolvimentos, cf. CUNHA, Paulo Ferreira da. **Direito constitucional geral**. 2. ed. Lisboa: Quid Juris, 2013.; Idem. **Para uma Ética Republicana**. Lisboa: Coisas de Ler, 2010.
- 27 Cf., DECLARAÇÃO Universal dos Direitos da Mãe Terra. Disponível em: <<http://rio20.net/pt-br/propuestas/declaracao-universal-dos-direitos-da-mae-terra/>>. Acesso em: 11 out. 2016.
- 28 NEVES, António Castaneira. **O Instituto dos Assentos e a função jurídica dos supremos tribunais**. Coimbra: Coimbra Editora, 1983.
- 29 Cf. CHORÃO, Mário Bigotte. **Temas fundamentais de direito**. Coimbra: Almedina, 1986. p. 209, nota 11.
- 30 BACHOF, Otto. **Normas constitucionais inconstitucionais?** Tradução portuguesa J. M. Cardoso da Costa. Coimbra: Atlântida, 1977.
- 31 TODOROV, Tzvetan. **Les jardins imparfaits**. Paris: Grasset, 1998.

RETHINKING THE SOURCES OF LAW IN THE INFORMATION SOCIETY

ABSTRACT

In line with what we have been doing in other articles in specific areas of Law and its philosophy (notably in Criminal Law and International Law), this article goes back to the earliest foundations of legal theory: the question of sources. It is a recall of known things and their questioning, after a much travelled path and experience.

Keywords: Sources of Law. Information Society. Values and Principles. Normativities. Juridical Facts.

Submetido: 14 out. 2016

Aprovado: 17 nov. 2016