

A construção de um modelo pragmático de fontes jurídicas: uma discussão permanentemente atual

Maria Cláudia CACHAPUZ*

RESUMO: O texto ocupa-se da descrição de um modelo de fontes jurídicas a partir de um enfoque justificativo do Direito, em que pressuposta uma conexão entre Direito e Moral. Conecta o tema das fontes jurídicas à questão da interpretação no Direito, analisando o papel desenvolvido pela racionalidade pragmática e pela argumentação jurídica ao lado da lei, dos costumes e da jurisprudência. Trabalha ainda a interferência da metodologia jurídica na construção do modelo, considerando também como fonte o conjunto de operações que se adota para a aplicação e justificação das normas jurídicas.

PALAVRAS-CHAVE: Fontes jurídicas; argumentação; interpretação.

SUMÁRIO: 1. Introdução; – 2. A construção do modelo clássico de fontes do Direito; – 3. Um modelo pragmático às fontes jurídicas; – 4. Conclusão; – 5. Referências bibliográficas.

TITLE: *The Construction of a Pragmatic Model of Legal Sources: a Permanently Present Discussion*

ABSTRACT: *This paper deals with the description of a model of legal sources from a legal argumentation approach of law, in which presupposed a connection between law and morals. It connects the subject of legal sources to the question of interpretation of the law, analyzing the role played by pragmatic rationality and the legal argumentation in the side of the law, morals and jurisprudence. It also works the interference of legal methodology in building the model, considering also as a source the set of operations that is adopted for the application and justification of legal rules.*

KEYWORDS: *Legal sources; argumentation; interpretation.*

CONTENTS: *1. Introduction; – 2. The construction of the classic model of legal sources; – 3. A pragmatic model of legal sources; – 4. Conclusion; – 5. References.*

1. Introdução

Quando se trata de estabelecer, por meio de esquemas distintos, a elaboração de um catálogo de hipóteses em que se reconhece a origem autônoma de um determinado fenômeno social – seja para descrevê-lo, seja para justificá-lo a partir de uma determinada perspectiva de enfoque –, é necessário que se tenha por norte a efetiva pretensão a ser obtida na distinção. Principalmente, quando há, nessa tarefa, a responsabilidade de se construir um sistema de fontes que sirva a situações de

* Doutora em Direito Civil pela UFRGS. Professora do Curso de Mestrado em Direito e Sociedade do Unilasalle. Juíza de Direito.

interpretação normativa acerca de liberdades humanas – e, fundamentalmente, de conflitos de liberdades entre privados. Com muita propriedade, Moreso e Vilajosana (2004), ao tratarem de distinguir e classificar as diversas concepções do Direito, apontam que descabe se compreender que toda a discussão quanto a modelos de fontes jurídicas vise apenas ao estabelecimento de determinadas etiquetas fundadas em disputas filosóficas: “Sino en análisis crítico de los argumentos que son usados en la defensa de las respectivas tesis” (MORESO E VILAJOSANA, 2004, p. 192).

Em se tratando de um fenômeno que tenha atingido uma autonomia institucional, como o fenômeno jurídico, a partir do pressuposto de existência de uma ciência jurídica, é preciso que se reconheça que todo o trabalho de investigação a ser realizado, tanto parte de algo que é conhecido, como de uma realidade que se sujeita a permanente análise e reconstrução. Não muito diferente, em termos mais amplos, é o que Gottlieb Fichte referiu em relação à origem da linguagem e ao desenvolvimento de uma capacidade linguística ao ser humano. Segundo Fichte (1996), quando se pretende estudar sobre a origem de uma língua formal, não se pode recorrer a meras hipóteses ou a ilações arbitrárias a partir do que se poderia, sob circunstâncias especiais, ter como fonte originária de uma determinada língua. Quanto mais, se existente, nessa pretensão de análise, a extração de determinadas conclusões ou de probabilidades investigativas a respeito de propriedades específicas de um determinado fenômeno social: “Hay que deducir de la naturaleza de la razón humana la necesidad de este descubrimiento” (FICHTE, 1996, p. 11).

No caso jurídico, em que se parte de uma preocupação institucional de garantir-se uma autonomia científica na análise das origens do fenômeno jurídico – ou daquilo que distingue o Direito como tal –, o enfrentamento do estudo das fontes não pode ser meramente retórico. Ou seja, não pode tratar de uma pretensão de persuasão a um auditório (ATIENZA, 2013, p. 111) de forma a convencê-lo, sob determinadas circunstâncias, acerca de uma determinada realidade. Deve antes traduzir, por uma construção racional e sob determinadas condições explícitas de enfoque, quais elementos e quais critérios se tornam relevantes para identificar aquilo que é originário do fenômeno jurídico e aquilo que adquire relevância para o estudo que se pretende desenvolver. Até porque, é do estudo das fontes jurídicas - e daquilo, portanto, que confere autonomia ao Direito -, que se extrai a legitimidade do instituto jurídico.

A situação é bem destacada por Kelsen ao buscar estabelecer, ainda no começo do século XX, uma teoria pura do Direito com a pretensão específica de “obter solamente un

conocimiento orientado hacia el derecho” (KELSEN, 1991, p. 15), com a exclusão daquilo que não pertence ao objeto “precisamente determinado como jurídico” (KELSEN, 1991, p. 15). Para Kelsen, na medida em que uma norma estabelece como devida uma determinada conduta, porque passa a exigí-la como tal, assume esta norma a relevância pretendida para a caracterização de um determinado fenômeno como jurídico. Isto assim ocorre porque a norma autoriza a compreensão de que uma determinada conduta é devida para o Direito – a partir do que se convencionou como jurídico num sistema de exigência normativa de condutas – justamente porque correspondente a uma determinada norma. Quando conforme a esta, trata-se de uma conduta devida. Quando em desacordo, trata-se de uma conduta que resta por se submeter às consequências determinadas pela mesma norma. Com tal referência, Kelsen nada mais quer do que dotar de relevância o elemento da normatividade para a identificação de uma origem autônoma ao fenômeno jurídico ou mesmo para a visualização de um determinado enfoque jurídico a um fenômeno da vida de relação dos indivíduos: “El enunciado de que un acto de conducta humana situado en el tiempo y el espacio es un acto de derecho (o, un acto contrario a derecho) es el resultado de una explicitación específica, a saber, una explicitación normativa” (KELSEN, 1991, p. 17).

Uma teoria que coloca em evidência e justifica, por uma construção metodológica – valendo-se de elementos de autoridade e de sanção –, a norma como fonte produtora de um dever jurídico – e, portanto, de uma atividade que distingue o fenômeno jurídico como tal –, permite que se verifiquem indícios fortes de que a normatividade é fonte produtora de Direito. Tal afirmação não é produto, unicamente, de uma convenção estabelecida por determinada construção teórica ou por uma pretensão de ratificação de um enfoque jurídico específico. Justifica-se, precisamente, porque, sob um determinado enfoque e sob determinadas condições de análise, restam oferecidas razões sérias para a demonstração de que, a partir da produção de uma norma jurídica, é possível extrair-se uma identificação de origem ao fenômeno jurídico.

Alf Ross busca qualificar este sentido de normatividade não apenas em termos “lógico-mecânicos” (ROSS, 2014, p. 12), mas inclusive, a partir de premissas positivistas, pela compreensão de que os fatos morais e jurídicos se encontram relacionados de diversas maneiras (ROSS, 2014, p. 11). O que não retira, de toda a forma, a força autônoma reconhecida ao Direito por meio de sua normatividade ínsita:

Las ideas morales son, sin lugar a dudas, uno de los factores causales que influyen en la evolución del derecho; y éste, por su parte, influye a

su vez en las ideas y actitudes morales predominantes. También es bien conocido que las valoraciones morales son frecuentemente incorporadas al derecho a través de los llamados *standards* jurídicos. No hay razón para que un positivista niegue esta mutua dependencia o cualquier otra relación posible entre el derecho y la moral (moral positivista, hecho morales) (ROSS, 2014, p. 11).

Esta relação do Direito com a moral, contudo, para quem parta de uma análise que busque a autonomia do Direito como ciência e como ordem social, não se traduz a partir de uma conexão metafísica, como reconhecida em doutrinas não-positivistas. A aproximação é fundada no que Ross define como equivalente à adoção de “princípios empiristas”, ou seja, uma doutrina que tem por base uma filosofia empirista e antimetafísica, definida a partir de duas teses bastante claras: (i) a de que toda a crença no direito natural é errônea, porque “todo derecho es positivo” (ROSS, 2014, p. 9); e (ii) a de que se trata de uma doutrina pertencente à teoria ou à metodologia do Direito, reconhecendo que todo o conteúdo do Direito deve ser reconhecido em termos “puramente fácticos, empíricos, basados en la observación e interpretación de hechos sociales (conductas y actitudes humanas)” (ROSS, 2014, p. 9). Tal construção doutrinária, a toda evidência, ainda a partir de uma concepção positivista do modelo jurídico, apenas coloca em relevo a questão das fontes do Direito, mas, como será visto, não permite esgotar, pela construção de um modelo, a complexidade de análise do fenômeno jurídico em si.

2. A construção do modelo clássico de fontes do Direito

Ainda em Kelsen aparece a dimensão do fenômeno jurídico como elemento de um sistema social com capacidade de estabelecer sanções e, portanto, de reconhecer, na própria facticidade, a construção de um dever-ser – ou de regras de conduta capazes de estabelecerem deveres jurídicos específicos: “Los actos constituyentes del hecho de la costumbre pueden también establecer normas mediante las cuales un comportamiento queda determinado como debido” (KELSEN, 1991, p. 23). Para tanto, há o reconhecimento da passagem do tempo e do intuito comum de reconhecer, pela tradição, uma “herança histórica” (GADAMER, 1999, p. 421) a determinada regra de comportamento. Assim, a dimensão fática da atividade da conduta humana – ou mesmo de atos da natureza que passem a importar, por sua simples facticidade e consequência, à experiência humana – tanto é capaz de importar ao Direito pela sua singularidade, como por sua dimensão social compartilhada – o costume –, permitindo que se

reconheça aos fatos sociais também uma fonte originária de produção de um fenômeno jurídico. Pontes de Miranda, com a pretensão específica de conceituar o fato jurídico e de classificar os fatos relevante ao Direito, chega a afirmar que o “mundo jurídico não é mais do que o mundo dos fatos jurídicos, isto é, daqueles suportes fáticos que logram entrar no mundo jurídico” (MIRANDA, 2000, p. 221).

A esta dupla dimensão do fenômeno jurídico, como fato (fonte material do Direito) e como norma (fonte formal do Direito), a doutrina, na construção dogmática que oferece ao tema das fontes do Direito, trata ainda de debater acerca do elemento de integração capaz de permitir que o fato social receba a especificação de jurídico, justamente pela autonomia que segue reconhecida ao Direito e pela relevância jurídica adquirida pela atividade ou inatividade humana. É, portanto, uma preocupação de estudo relativa ao elemento que confere ao fenômeno social aquilo que lhe tipifica como jurídico, porque lhe valora como tal, e que, por consequência, pode constituir-se em fonte do próprio Direito inclusive de forma autônoma – ainda que não necessariamente. Resumidamente, para Kelsen, corresponde, precisamente, ao juízo valorativo de uma conduta fática como deve ser, porque estabelecida a mesma “conforme a uma norma objetivamente válida” (KELSEN, 1991, p. 30); para Hart, tal dimensão jurídica parte da valoração de práticas sociais humanas num duplo sentido: tanto porque “gobiernan la conducta de los seres humanos en las sociedades”, como porque “deben su origen y su existencia únicamente a prácticas sociales humanas” (MACCORMICK, 2010, p. 91); para Alexy, traduz-se em “premisas que no son ni enunciados empíricos, ni reglas de Derecho positivo” (ALEXY, 2012, p. 222), mas pretensões de justificação do fenômeno jurídico a partir do estabelecimento de uma forma especial de construção de argumentos jurídicos para a elaboração do conceito de Direito – a dupla face do discurso jurídico (ALEXY, 2012, p. 223).

Tem razão, por isso, Josep Aguiló quando destaca que a ideia das fontes “está en el centro del problema de la identificación del derecho” (AGUILÓ, 2015, p. 151). Justamente porque permite identificar não apenas aquilo que é característico ao Direito, como aquilo que diz respeito à sua forma especial de tornar distinto o que é jurídico. Porque, de certa forma, quanto a isso não há consenso definitivo. Há perspectivas diferenciadas e intensidades igualmente diversas sobre os enfoques em relação ao que se tem como jurídico, seja porque se valora de forma distinta o que é fonte jurídica – inclusive para o reconhecimento de uma autonomia do fenômeno jurídico –, seja porque nem mesmo se compreende como existente um caráter definitivo ao que efetivamente se caracterize como elemento distintivo comum da juridicidade do fenômeno social. Daí porque, ao

buscar um esquema distintivo das fontes, Aguiló refere que a origem do Direito corresponde, no mínimo, a três tipos de discursos ou enfoques diferentes. A saber:

El primero es un discurso do tipo *explicativo* que trata de presentar los fenómenos jurídicos como una especie dentro de los fenómenos sociales y que ha entendido la pregunta por el origen del derecho en el sentido de las *causas sociales* que explican la génesis de los fenómenos jurídicos. El segundo es un discurso de tipo *justificativo* donde por origen se entiende no las causas que explican, sino los *fundamentos de la obligatoriedad* del derecho: por qué obliga el derecho? De donde proviene su obligatoriedad? Aquí el derecho se presenta no tanto como una especie dentro de los fenómenos sociales, cuanto dentro de otros fenómenos prácticos, especialmente la moral. Y el tercer tipo de discurso, que podríamos llamar *sistemático*, ha tendido a afirmar el carácter autónomo de los fenómenos jurídicos; y así, frente a los otros dos discursos, ha venido a sostener el *origen jurídico de los fenómenos jurídicos*. Según este enfoque, es un tipo de orden normativo que se autorregula: contiene normas jurídicas que regulan la producción de otras normas jurídicas (AGUILÓ, 2015, p. 150).

Se é possível tal construção esquemática, efetivamente, impõe-se, a partir da identificação das fontes jurídicas, reconhecer que diferentes enfoques jurídicos acerca da própria legitimação do Direito – ou quanto ao que se considera suficiente ao reconhecimento do fenômeno social como jurídico e à estruturação do conceito de Direito como tal – acabam por determinar fontes distintas ao fenômeno jurídico para caracterizá-lo como tal. Isso representa dizer, como explicitado por Aguiló, que tem razão Alf Ross quando afirma que, dentre as fontes do Direito, deve se agregar a compreensão de que é também fonte o “conjunto de factores o elementos que ejercen influencia en la formulación, por parte del juez, de las reglas en las que este basa su decisión” (ROSS, 2014, p. 75). E se isso é igualmente possível, não há dúvida de que se poderia questionar quanto a um evidente relativismo em relação à unidade do sistema jurídico e à própria identificação autônoma do direito como ciência jurídica.

A pergunta que se poderia plantar, todavia, apresenta a própria resolução do problema, segundo Aguiló (2015). A discussão acerca de uma relativização das fontes para a construção do sistema jurídico não lhe retira a unidade ou o sentido de integração, mas

antes o confirma numa medida distinta. Ou seja, permite que se identifique por meio da justificação racional oferecida a cada testagem do sistema pela situação de estudo do caso – o que se dá numa dimensão prática – que se confirme a própria razão de ser do sistema num enfoque ideal. Assim, quando se tratar da análise de um caso fácil, o sistema das fontes jurídicas confirma a solução numa atividade coordenada pelo exercício da subsunção. Quando a perspectiva de análise é a partir da proposta de um caso considerado difícil, o sistema, aparentemente insuficiente para dar respostas, vê-se confirmado pela racionalidade apresentada pelo intérprete a partir de mecanismos de controle internos e externos que autorizam a escolha de uma resposta correta, entre tantas que se apresentem, para o caso. Portanto, confirma a própria segurança de aplicação do sistema jurídico por meio de um modelo de fontes: “Pues las fuentes son, en este sentido, las razones relevantes que quien decide puede alegar en favor de la decisión considerada correcta” (AGUILÓ, 2015, p. 155). A questão que segue, por consequência, é relativa à atividade de saber como construir esta racionalidade e em que medida ela se configura no próprio sistema ou com o auxílio de elementos externos. E, sendo esta a hipótese, saber que elementos são esses e a forma como o intérprete, ao identificá-los, garante, racionalmente, a correção na escolha de uma solução jurídica para o caso concreto, confirmando a própria unidade e integração do sistema jurídico.

Para se chegar a tal compreensão, não basta, contudo, reconhecer a aproximação do direito à moral por meio da fundamentação de decisões práticas. Como aponta Alexy, “se podría opinar que si bien quien entra en discusiones sobre la corrección de sus expresiones plantea esta pretensión, se puede sin embargo perfectamente expresar opiniones morales sin esta pretensión” (ALEXY, 2012, p. 133). Fundamentos de ordem moral podem, conforme determinadas condições, não necessariamente traduzir a escolha racional correta. É necessário que, além da adoção de um enfoque justificativo ou valorativo, como destacado em Aguiló (2015, p. 151), haja um esclarecimento quanto à forma como ocorrerá esta justificação em termos pragmáticos. O que remete, necessariamente, ao tema da configuração do conceito jurídico e a medida em que se reconhece, *prima facie*, eventuais restrições a direitos subjetivos.

O tema, em linhas gerais, é bem destacado por Jürgen Habermas (1991) quando trata de esclarecer as distinções para a construção de um enfoque justificativo com base num discurso racional pragmático. Três seriam as matrizes filosóficas de fundo diferenciadoras à construção de um discurso pragmático. Primeiro, uma corrente de *tradição aristotélica*, em que pressuposta a ideia de que a faculdade do juízo teria de tomar o lugar da razão prática para integrar, desde logo, o conceito que se expõe à

análise. Ou seja, exige que a justificação racional se movimente dentro de um horizonte e de uma forma de vida completamente aceites a partir de um contexto valorativo – um valor extraído tanto das motivações dos envolvidos, como da realidade fática e das questões normativas pertinentes à situação de análise. O valor do que é "bom", do que é "prudente", alcança um significado essencial. A busca do intérprete dirige-se ao exaurimento, *a priori*, do conteúdo de cada conceito, de forma que o fato jurídico possa ser analisado em referência a um universo desde logo conhecido, num plano material e abstrato, submetendo-se o particular a um contexto universal esgotado, ainda que externo ao sistema jurídico.

Tal realidade é traduzida tanto numa pretensão de construção normativa, quanto na forma especial de interpretar-se o fenómeno jurídico. Como referido por Alexy, “no existen dos cosas, el derecho y sus restricciones, sino sólo una: el derecho con un determinado contenido” (ALEXY, 2001, p. 269). Partindo-se de posições definitivas desde logo, pelo reconhecimento de que há limites suficientemente identificados quando da constituição de um conceito jurídico, adota-se uma teoria interna de justificação racional – ainda que se encontre a mesma justificada com força nos valores e princípios jurídicos –, misturando-se o suporte fático com a sua própria restrição. Assim, o que deveria ser reconhecido como possibilidade de restrição passa a ser compreendido como limite (ALEXY, 2001, p. 269). No exemplo de Alexy, quando do exame das restrições a direitos fundamentais em face de uma discussão do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha sobre a inconstitucionalidade da obrigatoriedade de uso de capacete por motociclistas (ALEXY, 2001, p. 269), tal posicionamento se veria prejudicado de uma confirmação racional – ao menos, quando confrontado com uma perspectiva de promoção de autonomia ao indivíduo – sempre que se considerasse o disposto no art. 2º, parágrafo 1º, da Lei Fundamental de forma absoluta, ou seja, a partir de uma razão definitiva *a priori*. Não seria possível, conforme o enunciado normativo, restringir qualquer exercício de uma liberdade humana, tendo em vista o livre desenvolvimento da personalidade, quando não violados direitos de terceiros ou inexistente qualquer atentado à ordem constitucional ou à moral. Assim, o que justificaria, com base numa teoria interna, uma restrição de liberdade pela obrigatoriedade de uso de capacete por todo motociclista? A resposta só poderia ser negativa para o caso, impedindo a própria discussão mais ampla sobre o tema.

Si, de acuerdo con lo presupuesto, se admiten sólo posiciones definitivas, entonces no es correcta la suposición de que las libertades iusfundamentales pueden ser restringidas. No existe una libertad

iusfundamental definitiva de llevar casco protector, es decir, una permisión iusfundamental de usar o no casco. Por lo tanto, una libertad iusfundamental no puede ser restringida por el deber de usar casco protector. (...) Si se parte exclusivamente de posiciones definitivas, se llega al resultado de que nunca pueden ser restringidas las posiciones fundamentales, pero sí los bienes iusfundamentalmente protegidos (ALEXY, 2001, p. 271).

A questão é diversa, seguindo-se o modelo de Habermas (1991), quando se parte de uma perspectiva de conhecimento do problema por uma compreensão filosófica de matriz kantiana. Por este enfoque, a razão prática coincide com a moralidade. Somente por meio de um conceito de autonomia a razão se une à vontade, como uma espécie de causalidade – decorrente do fato da razão em si –, em que a liberdade "qualifica esta causalidade como capacidade de agir, independentemente de causas estranhas que a determinem" (DUTRA, 2002, p. 42). Isto representa inferir que a liberdade é capaz de ser lei para si mesma, agindo apenas por máximas universalizáveis, porque "se agisse por máximas empíricas, não seria lei para si mesma" (DUTRA, 2002, p. 42) e apenas atenderia móveis exteriores à sua legislação numa pretensão ideal. O que torna a construção de uma razão prática como um exercício não arbitrário – e, portanto, consistente a uma justificação racional –, é justamente a circunstância de que a moral impõe que se escolham máximas que – quando testadas de forma pragmática – possam, ao mesmo tempo, valer como universais.

É uma racionalidade, por consequência, que, na mesma medida ideal de universalização, ocupa-se com a promoção de um sentido de reconhecimento de autonomia permanente ao ser humano. E, aqui, no sentido de Habermas, algo que é distinto do conceito de liberdade. Enquanto a liberdade é sempre subjetiva, porque fundada nas peculiaridades do indivíduo – suas “máximas de prudência, pelas preferências ou motivos racionais” (HABERMAS, 2004, p. 12) –, a autonomia é um conceito que pressupõe intersubjetividade, determinado por máximas aprovadas pelo teste da universalização.

Quanto à liberdade subjetiva, não é difícil imaginar que algumas pessoas possam gozar da liberdade e outras não, ou que algumas pessoas possam ser mais livres do que outras. A autonomia, ao contrário, não é um conceito distributivo e não pode ser alcançada individualmente. Nesse sentido enfático, uma pessoa só pode ser livre se todas as demais o forem igualmente. A ideia que quero sublinhar é

a seguinte: com sua noção de autonomia Kant já introduz um conceito que só pode explicitar-se plenamente dentro de uma estrutura intersubjetivista (HABERMAS, 2004, p. 13).

Isso significa compreender que – para efeito de participação num discurso jurídico, que essencialmente pressupõe categorias morais – ainda que se possa reconhecer a liberdade num âmbito próprio, é necessário que seja possível visualizar também autonomia em potencial, porque autorizada, a todo o indivíduo, a percepção como participante de uma comunidade moral, “formada de indivíduos livres e iguais que se sentem obrigados a tratar uns aos outros como fins em si mesmos” (HABERMAS, 2004, p. 13). Esta nota de intersubjetividade, fundada na autonomia, é que, segundo Alexy, deve estar na base de compreensão de uma regulação jurídica dos comportamentos sociais partindo-se de posições não definitivas, mas apenas *prima facie*. Daí a possibilidade de se afirmar que a polêmica entre a adoção de uma teoria interna ou externa de restrição a direitos não é apenas relativa a uma questão teórica que importe à construção do conceito jurídico. De forma muito clara em relação às fontes do Direito, Alexy refere existir estreitas conexões entre as teorias de restrição a direitos e os suportes normativos gerais do Direito: “Quien sostiene una teoría individualista del Estado y la sociedad, tenderá más a la teoría externa y aquél a quien le interese la posición de miembro o membrecía en una comunidad, tenderá a la teoría interna” (ALEXY, 2001, p. 269).

Assim, seguindo-se uma corrente de tradição kantiana, buscar descrever o fenômeno jurídico a partir do discurso prático – e sua versão especial, do discurso jurídico (ALEXY, 2012) –, impõe o compromisso ao intérprete jurídico de privilegiar o binômio da universalidade-particularidade, em que está no cerne da discussão a promoção de um direito geral de liberdade e a possibilidade ampla e aberta de problematizar sobre desejos, opiniões, interesses. No caso da restrição pelo uso de capacete por motociclistas, referido por Alexy, o que deve ser corresponder a um direito de promoção ao livre desenvolvimento da personalidade humana – à base do disposto no art. 2º, parágrafo 1º, da Lei Fundamental alemã – é a compreensão de que, *prima facie*, impõe-se a observância a um princípio que exige a maior medida possível de liberdade geral de ação. Mas tal amplitude de liberdade corresponde, proporcionalmente, a uma mesma extensão de liberdade negativa. Portanto, um conceito jurídico que se estabelece a partir da possibilidade, *a priori*, de sempre sofrer restrições.

Esta é a flexibilidade esperada de fundamentação racional, pelo discurso, na perspectiva de análise pragmática a um caso concreto. Algo que não se esgote no sistema e que, ao mesmo tempo, não se justifique em uma moralidade determinada por um universo previamente estabelecido e externo ao ordenamento jurídico: “No es algo que se encuentre más allá del orden jurídico, por ejemplo, un derecho natural, una libertad natural o una situación natural, ni algo que deba ser ubicado por debajo del nivel de la Constitución, sino algo que pertenece al acervo de las normas de la Constitución” (ALEXY, 2001, p. 271). Portanto, não se falaria em racionalidade – e, portanto, do reconhecimento de uma fonte jurídica – a decisões fundadas em concepções estritamente jusnaturalistas no Direito. O que sustenta a pretensão de correção pelo discurso – e, portanto, assegura unidade e autonomia ao sistema jurídico – é justamente a possibilidade de compatibilização entre a simultânea proteção de liberdades e a garantia de segurança jurídica pela escolha racional de uma solução correta a todo o caso empírico proposto a uma análise jurídica.

Para tanto, ainda conforme Habermas, é preciso que se distinga, dentre os discursos justificativos, aqueles fundados numa matriz de *tradição empírica ou funcionalista*. Ou seja, quando a razão prática é assimilada na sua porção estritamente empírica, reduzindo-se a interpretação jurídica ao exercício exclusivamente teleológico da atividade racional. Tal discurso teria como preocupação exclusiva a reprodução de uma visão estritamente funcionalista, permitindo espaço amplo para que se decida, no particular, de acordo com o fim da conduta em si – um determinado projeto de vida, por exemplo –, e não pela testagem das condições universais da premissa empírica proposta à discussão. Em tal tipo de discurso justificativo, a racionalidade não se faria testada por máximas universais e, portanto, se submeteria a uma discussão eminentemente pragmática sobre os fins pretendidos e o menor custo de alcance aos mesmos.

Aqui, o problema em relação às fontes é ainda mais grave que em relação a um discurso jusnaturalista, na medida em que a perspectiva da universalização nem é um objeto de teste específico. Na base de uma teoria funcionalista, na melhor das hipóteses, estaria a pretensão de lidar com a “complexidade adequada” do sistema jurídico (ALEXY, 2012, p. 131) a partir de uma perspectiva de superação de dificuldades, em que o foco do intérprete não deveria estar voltado a uma correção interna de decisões ou normas, e sim à análise das possibilidades oferecidas para enfrentamento das premissas empíricas. A dimensão moral se vê acolhida no direito não a partir de máximas universalizáveis, senão que a partir de máximas empíricas que sejam ponderadas a partir de um critério de utilidade, bem compreendido como uma utilidade pragmática para o caso.

A questão de fundo para o problema das fontes jurídicas, pela perspectiva de racionalização por um discurso de justificativa funcionalista, portanto, não seria propriamente um pressuposto de origem. Na medida em que não há ao intérprete uma preocupação de regulação ideal – por critérios de verdade, fundamentação e justiça (ALEXY, 2012, p. 131) –, o sistema ocupa-se unicamente em esgotar-se dentro de sua própria dinâmica formal-pragmática, a partir de uma lógica de utilidade ao que é oferecido.

Una aproximación a partir de la teoría de sistemas no se detiene en la exigencia de condiciones ideales, sino que puede trabajar sobre las limitaciones de cualquier sistema de discusión y mostrar las posibilidades de aumentar su utilidad mediante organizaciones alternativas del discurso (ALEXY, 2012, p. 131).

Com tais distinções em relação às formas dos discursos justificativos possíveis à construção do sistema jurídico, não se quer afastar da racionalidade elementos de caráter material (que, no extremo, alcançaria uma premissa de caráter jusnaturalista) ou formal (que, igualmente no extremo, resultaria numa premissa de caráter funcional) que possam contribuir para uma pretensão de correção, mas antes reconhecê-los pela intensidade da contribuição que podem oferecer a um discurso prático racional. Ou seja, é preciso identificar em que medida os elementos de conhecimento definitivo *a priori* e de otimização de resultados empíricos podem ter relevância em relação às condições jurídicas e fáticas do caso – assim, por exemplo, quando reconhecida a possibilidade de enfrentamento do tema de colisão de princípios. Alexy ocupa-se da matéria, ao abordar o tema do caráter dos princípios como mandados de otimização (ALEXY, 2001, p. 113), justamente quando trata de resolver a carga de interferência, por adequação e necessidade, das condições empíricas que são consideradas para um exercício de ponderação. O que não corresponde, de forma regulatória, à adoção filosófica de tais posturas como matriz cognitiva pressuposta para o exercício da argumentação racional. Esta, como atividade do intérprete, exige uma preocupação, *prima facie*, diversa, que não dispensa uma dimensão de testagem da universalidade pelo próprio sistema, assim como uma preocupação com a premissa empírica apenas como dimensão real, e não ideal, para o caso.

Não por outro motivo, portanto, que Alexy oferece como fontes distintivas do fenômeno jurídico não apenas as normas e os costumes, seguindo uma pretensão de enfoque

sistemático-autônomo e explicativo-social (AGUILÓ, 2015, p. 151), como, a partir de uma pretensão de justificação interna e externa do fenômeno jurídico, também o que é produto de uma interpretação – os cânones de interpretação (ALEXY, 2012, p. 225) –, em que alcançam relevância os elementos de uma argumentação dogmática, do uso de precedentes, da razão, das condições empíricas avaliadas, assim como das formas especiais dos argumentos jurídicos (ALEXY, 2012, p. 223).

3. Um modelo pragmático às fontes jurídicas

Quando se trata do estabelecimento de um modelo de fontes jurídicas a partir de uma visão discursiva do Direito, o enfoque justificativo e pragmático atinge um patamar distinto. Ou seja, exige que se reconheça a necessidade de maior controle à construção da decisão judicial, de forma que não reste a interpretação refém da discricionariedade da autoridade competente e justamente por demandar, ao lado de uma justificação racional interna à decisão, um teste condicionado, de forma externa, a elementos de interpretação conectados à Moral. Daí porque Alexy, com certa insistência, busca relacionar a questão das fontes jurídicas aos grupos de regras e formas de justificação externa à decisão judicial, de modo que, juntamente com as regras de Direito positivo e com os enunciados empíricos (os costumes), possa se reconhecer a relevância jurídica – e normativa – de outras premissas que não são nem enunciados empíricos, nem regras de Direito positivo (ALEXY, 2012, p. 222).

Las formas de argumentos y las reglas de justificación externa pueden clasificarse grosso modo en seis grupos: reglas y formas (1) de interpretación, (2) de la argumentación dogmática, (3) del uso de los precedentes, (4) de la argumentación práctica general y (5) de la argumentación empírica, así como (6) las llamadas formas especiales de argumentos jurídicos. Si uno quisiera designar estos grupos con una sola palabra, podría elegir las palabras: (1) ley, (2) dogmática, (3) precedente, (4) razón, (5) *empirie* y (6) formas especiales de argumentos jurídicos. (ALEXY, 2012, p. 223)

Por certo, parte das fontes destacadas como elementos externos de justificação racional não oferecem, como visto em relação ao modelo clássico das fontes, dificuldade de aceitação pelo intérprete jurídico mesmo fora do enfoque justificativo, na medida em que confirmam os elementos próprios à necessidade de justificação interna – e, portanto, no estrito campo lógico-racional – à decisão judicial. Assim, em relação à lei e aos costumes

– o dado empírico que alcança valoração jurídica específica –, que mesmo entre autores positivistas, como em Kelsen, não encontra qualquer resistência para um reconhecimento como fonte normativa própria ao Direito: “Só costuma designar-se como ‘fonte’ o fundamento de validade jurídico-positivo de uma norma jurídica, quer dizer, a norma jurídica positiva do escalão superior que regula a sua produção” (KELSEN, 2000, p. 259). O que se encontra fora de tal espectro é capaz de contribuir à interpretação, no entanto, não se caracterizaria, estritamente, como fonte jurídica: “A expressão” – fonte – “é também empregada num sentido não jurídico quando com ela designamos todas as representações que, de fato, influenciam a função criadora e a função aplicadora do Direito, tais como, especialmente, os princípios morais e políticos, as teorias jurídicas, pareceres de especialistas e outros” (KELSEN, 2000, p. 259). Estas fontes, como ressalva Kelsen, liderando um pensamento de matriz positivista, “devem ser claramente distinguidas das fontes do Direito positivo” (KELSEN, 2000, p. 259).

Mais recentemente, algumas correntes positivistas de tendência inclusiva, como em Riccardo Guastini (2013, p. 124), permitem uma ampliação do quadro de fontes, possibilitando o reconhecimento da construção do sistema jurídico por meio de precedentes judiciais – ou a versão jurisprudencial identificada nos sistemas de família romano-germânica –, ainda que a partir de um exercício de interpretação puramente analítico. Mas, deixam em aberto a discussão mais sensível – e, portanto, cara ao intérprete que parta de um enfoque discursivo no Direito – com relação ao papel desempenhado pela (i) dogmática, pela (ii) razão e pelas (iii) formas especiais dos argumentos jurídicos como fontes jurídicas para efeito de justificação do fenômeno jurídico como tal. Tais elementos é que, para o positivismo clássico, não ingressariam como fundamentos normativos do Direito de forma direta, senão como fontes acessórias de contribuição à construção de uma resposta jurídica ao fenômeno da vida de relação que importa ao Direito.

É entre os autores que trabalham em termos discursivos que se pode chegar a uma conexão mais clara entre as funções desenvolvidas pela dogmática e pela interpretação, partindo-se de um conceito de dogmática jurídica, como em Alexy, que relaciona o trabalho aplicado e dinâmico de justificação no Direito ao caráter estático e institucional de formação do sistema jurídico. Como explica o autor, “la dogmática tiene entonces tres tareas: (1) el análisis lógico de los conceptos jurídicos, (2) la reconducción de este análisis a un sistema, y (3) la aplicación de los resultados de este análisis en la fundamentación de las decisiones jurídicas” (ALEXY, 2012, p. 243).

Disso resulta a possibilidade de compreensão de que à dogmática jurídica correspondem “(1) una serie de enunciados que (2) se refieren a las normas establecidas y la aplicación del Derecho, pero no pueden identificarse con su descripción, (3) están entre sí en una relación de coherencia mutua, (4) se forman y discuten en el marco de una ciencia jurídica que funciona institucionalmente, y (5) tienen contenido normativo” (ALEXY, 2012, p. 246). O que se reconhece, ao conectar-se dogmática e interpretação na perspectiva das fontes jurídicas, é de que, na descrição do fenômeno jurídico como tal, não existe uma dissociação – mas antes, idêntica razão de interdependência – entre universalidade e particularidade. Ou seja, ao mesmo tempo em que se busca, abstratamente, universalizar, para fins institucionais, a experiência jurídica, conectando-a ao sistema jurídico como um todo, particulariza-se o que é próprio ao caso, recebendo-se a experiência concreta como elemento de correção a um ideal de conduta.

Na perspectiva do discurso jurídico, a dogmática como fonte normativa do Direito resguarda uma relação complementar à interpretação, em termos de construção científica e racional do sistema, porque apresenta foco na busca da universalidade ao julgar, tornando imprescindível ao intérprete o dever de traduzir, com correção, o enunciado dogmático. Não se trata, portanto, de apenas alcançar uma razão prática a cada situação concreta submetida à apreciação jurídica – para o que os enunciados dogmáticos contribuem como argumentos à fundamentação –, mas antes de possibilitar que toda a tradução dos enunciados dogmáticos imponha uma pretensão de correção frente ao caso concreto. Isto contribui de forma a não reduzir a dogmática ao conhecimento empírico e a permitir que, por meio da interpretação dos enunciados dogmáticos, alcance-se o consenso – orientado por premissas de segurança jurídica e de igualdade no espaço público – acerca do que venha a ser entendido pela doutrina como dogmático¹. Ademais, tal compreensão também não confunde o exercício da dogmática com o uso dos precedentes ou da construção jurisprudencial do sistema em sistemas de orientação romano-germânica: “El punto más importante es que, por un lado, muchos enunciados dogmáticos están incorporados también en precedentes y, por otro lado, las decisiones judiciales son aceptadas por la dogmática que pretende precisamente ser dogmática del Derecho vigente” (ALEXY, 2001, p. 263). A dogmática abrange, por consequência, também um elemento da razão pragmática que justifica não só o seu uso como argumento discursivo relevante, como também a sua ligação com a realidade dada – nas condições fáticas e jurídicas descritas para o caso em análise – e com a atividade da interpretação.

¹ Assim, em Alexy, quando afirma que “para que un enunciado pueda considerarse dogmático no es necesario que la mayoría de los juristas lo consideren correcto, sino tan sólo que lo consideren dogmático” (ALEXY, 2012, p. 248).

Não por outro motivo que se identifica, pelo enfoque justificativo do discurso, também a razão pragmática como fonte jurídica própria. Aqui, a conexão é com a possibilidade de observância a uma regra geral de fundamentação que observe a premissa máxima de que todo aquele que pretende algo juridicamente deve fundamentar o que afirma, “a no ser que pueda dar razones que justifiquen el rechazar una fundamentación” (ALEXY, 2012, p. 188). Em relação às fontes jurídicas – especialmente, no âmbito do Direito Privado quando se conecta o tema da fundamentação à questão das restrições às liberdades humanas –, as razões de argumentação se tornam relevantes como motivação suficiente ao decidir em concreto. Significa afirmar que, não havendo uma razão suficiente, pela descarga de argumentos pressuposta no sistema jurídico – a partir do modelo de fontes jurídicas – torna-se desnecessário ao intérprete comprovar o que se identifica como consenso em relação a determinada razão de decidir acerca do fenômeno jurídico, porque conhecidas determinadas razões suficientes à fundamentação. Autoriza que se visualize uma solidez, *a priori*, em relação à fundamentação dogmática, por manter estável a força interpretativa descarregada sobre determinada situação concreta de análise, justamente porque reconhecida uma validade institucional prévia. Não impede, porém, que, na apreciação de alguma peculiaridade da situação concreta de análise proposta à discussão – e, portanto, capaz de desafiar o modelo de fontes – seja proposto um novo consenso a partir de uma perspectiva distinta de análise das motivações do decidir.

De forma muito resumida, tem-se que as razões de fundamentação, na perspectiva de um modelo de fontes jurídicas, perseguem a necessidade de conferir, simultaneamente, estabilidade e progresso às relações jurídicas, garantindo que o ordenamento jurídico possibilite tal equilíbrio a cada novo exercício de interpretação. Algo que se sustenta pela ideia de que o intérprete, a partir de um método justificativo, pretende permanentemente alcançar uma correção pelo dever-ser. Como assegura Alexy, “quien afirma un juicio de valor o de deber plantea la pretensión de corrección; pretende que su afirmación es fundamentable racionalmente” (ALEXY, 2012, p. 133). O que, portanto, exige, em termos de construção de modelos, uma estrutura aberta a permanente crítica do próprio sistema.

Por isso a igual relevância conferida, como fonte, à forma especial de construção dos argumentos para a análise do fenômeno jurídico – o que inclui o reconhecimento ao método (de argumentação) adotado em concreto. Ou seja, deve se considerar também como fonte jurídica o conjunto de operações que se adota para a aplicação e justificação

das normas na pretensão de interpretação do fenômeno jurídico. Assim, por exemplo, quando opta o intérprete, a partir de determinado enfoque jurídico, pela adoção de uma ou outra metodologia, capaz de interferir em, pelo menos, quatro circunstâncias de interpretação distintas: (i) a indeterminação da linguagem jurídica, resultando em um problema de lacunas normativas; (ii) a situação de equívocidade em matéria jurídica, pela oportunidade de um conflito de normas – e, aqui, com relevo o tema da distinção entre regras e princípios; (iii) a oportunidade das lacunas normativas; e (iv) a consideração acerca de uma injustiça extrema por parte do próprio ordenamento jurídico². Conforme a metodologia eleita, é possível que, em situações como as descritas, o intérprete alcance respostas distintas do ordenamento jurídico à solução de determinado caso concreto, porque justamente parte de enfoques distintos acerca da construção do fenômeno jurídico. E é necessário, portanto, que o próprio método eleito, como fonte, possa ser testado pela racionalidade exigida à construção do dever-ser.

4. Conclusão

Não é tarefa fácil ao intérprete jurídico trabalhar com o tema das fontes do Direito sem que seja capaz de conferir-se à discussão proposta uma dimensão interpretativa. Há, como inicialmente referido, íntima conexão entre a adoção de um determinado modelo de fontes e a perspectiva de análise do intérprete acerca do sistema jurídico pressuposto. Daí a preocupação, a partir de um enfoque justificativo do Direito – portanto, pressupondo uma aproximação entre Direito e Moral –, com circunstâncias mais amplas de justificação do fenômeno jurídico que não esgotem a autonomia do Direito na simples autoridade da lei ou do costume. E mesmo quando o modelo adotado de fontes permita uma abertura à institucionalização do sistema jurídico a partir do caso, pela construção de uma estrutura de controle das decisões por precedentes.

A partir do discurso jurídico, que pressupõe argumentação e preocupação com o controle da construção do dever-ser por meio de uma pretensão de correção, as fontes jurídicas estão conectadas com o problema da fundamentação das decisões jurídicas, com as escolhas dos cânones de interpretação para o caso, com as cargas de argumentação adotadas em concreto e mesmo com as funções dos enunciados dogmáticos na medida em que estes possam interferir na estabilização ou no progresso do sistema jurídico. Falar em um modelo pragmático de fontes jurídicas é, necessariamente, falar em método

² No mesmo sentido, conferir em ALEXYS, 2012, p. 23. Sobre a equívocidade em matéria jurídica, recomenda-se a leitura de NINO, Carlos Santiago. Consideraciones sobre la dogmática jurídica. México, Coyoacán, 2011.

jurídico fundado em premissas de racionalidade, em alcance dogmático pela interpretação, em equivocidade inerente ao sistema. É, portanto, reconhecer a permanente oportunidade de abertura do próprio modelo ao confronto entre o que é universal e particular, de forma a proporcionar-se o permanente desafio do estável pela situação nova e peculiar, desde que propostas razões suficientes para a construção de uma argumentação distinta.

Volta-se, portanto, a dar razão a Aguiló quando sustenta que o tema das fontes traduz-se por certa complexidade, a começar, porque (1) tanto se refere ao problema da origem do ordenamento jurídico, vinculado ao conceito de direito, (2) como à questão da origem das normas jurídicas, relacionada à produção normativa (AGUILÓ, 2012, p. 32). É discussão que exige do aplicador do Direito exercício de interpretação, compreendendo que a descrição do fenômeno jurídico encontra-se intimamente relacionada à compreensão da estrutura do sistema jurídico – pelo seu reconhecimento como um saber autônomo – e à forma como o intérprete traduz o próprio Direito.

5. Referências bibliográficas

AGUILÓ REGLA, J. Fuentes del derecho. In: LAGIER, D. (org.) *Conceptos básicos del derecho*. Madrid, Marcial Pons, 2015.

_____. *Teoría general de las fuentes del derecho (y el orden jurídico)*. Barcelona, Ariel Derecho, 2012.

ALEXY, R. *Teoría de la argumentación jurídica*. 2ª ed. Madrid, CEPC, 2012.

_____. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid, CEPC, 2001.

ATIENZA, M. *Curso de argumentación jurídica*. Madrid, Editorial Trotta, 2013.

DUTRA, D. V. Kant e Habermas. *A reformulação discursiva da moral kantiana*. Porto Alegre, Edipucrs, 2002.

FICHTE, J. G. *Sobre la capacidad lingüística y el origen de la lengua*. Madrid, Tecnos, 1996.

GADAMER, H. G., *Verdade e método*. Vol. 1. Petrópolis: Vozes, 1999.

GUASTINI, R. *Otras distinciones*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014.

HABERMAS, J. *A ética da discussão e a questão da verdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

_____. *Comentários à ética do discurso*. Lisboa: Instituto Piaget, 1991.

KELSEN, H. *Teoría pura del derecho*. México: Editorial Porrúa, 1991.

_____. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MACCORMICK, N. H. L. A. Hart. Madrid, Marcial Pons, 2010.

MIRANDA, P. *Tratado de Direito Privado*. Parte geral, tomo II. Campinas: Bookseller, 2000.

MORESO, J. J.; VILAJOSANA, J. M. *Introducción a la teoría del derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2004.

NINO, C. S. *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*. México: Coyoacán, 2011.

ROSS, A. *El concepto de validez y otros ensayos*. México D.F.: Fontamara, 2014.

civilistica.com

Recebido em: 26.10.2016

Aprovado em:

16.11.2017 (1º parecer)

17.11.2017 (2º parecer)

Como citar: CACHAPUZ, Maria Cláudia. A construção de um modelo pragmático de fontes jurídicas: uma discussão permanentemente atual. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 6, n. 2, 2017. Disponível em: <<http://civilistica.com/a-construcao-de-um-modelo-pragmatico/>>. Data de acesso.