

A DINÂMICA JURÍDICA DAS FONTES DO DIREITO: ENTRE SEPARAÇÃO DE PODERES E DEMOCRACIA¹

Célia Regina Capeleti²
Pedro Walter Guimarães Tang Vidal³

RESUMO

O presente artigo estuda a dinâmica jurídica das fontes do Direito no contexto da Teoria da Separação dos Poderes e do princípio democrático. Para tanto, estuda-se a doutrina da separação de poderes, a tipologia moderna das formas de governo e o caráter democrático procedimental de produção do Direito e exercício do poder. Ao mesmo tempo, sob uma perspectiva histórica, aborda-se a realidade política, econômica e socialmente dinâmica, com o objetivo de responder ao seguinte problema jurídico: em que medida consolidam-se a democracia e a separação de poderes com a utilização das fontes do Direito? Como resultado, extrai-se que, com a Teoria das Fontes do Direito e a da Separação dos Poderes, alcançaram-se garantias por meio de normas positivadas, como a previsibilidade e a segurança jurídica. A compatibilidade da criação do Direito por fontes delegadas com a Teoria da Separação dos Poderes e o princípio democrático varia de acordo com os conceitos e as classificações usados. Utilizou-se para o desenvolvimento desta pesquisa o método indutivo, operacionalizado pela técnica da pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: Separação de poderes. Fontes do direito. Dinâmica jurídica. Democracia.

¹ Artigo produzido conforme o modelo de Artigo Científico constante *in* PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática**. 13. ed. rev. atual. amp. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015, p. 165-169.

² Mestranda em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – Univali. Pós-graduada em Direito Tributário pela Universidade do Vale do Itajaí – Univali e em Direito Constitucional pela Universidade Anhanguera. Bacharela em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí – Univali. Técnica Judiciária Auxiliar do Poder Judiciário de Santa Catarina. *E-mail*: celia.capeleti@tjsc.jus.br.

³ Mestrando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – Univali. Mestre em Direito Internacional Econômico e Comercial pela Universidade de Lausanne – Unil. Bacharel em Direito pelo Complexo de Ensino Superior de Santa Catarina – Cesusc. Técnico Judiciário Auxiliar do Poder Judiciário de Santa Catarina. *E-mail*: pedro.tang@tjsc.jus.br.

1 INTRODUÇÃO

Em países com sistema *civil law*, como Brasil, Itália, Alemanha e França, considera-se a lei, por via de regra, como fonte reconhecida do Direito, sem prejuízo de fontes delegadas, como o costume e a jurisprudência.

Essa é uma tradição que deriva do Direito Francês, fundado no século XVIII, mais especificamente com a Teoria de Separação dos Poderes, apresentada pelo Barão Charles de Secondat Montesquieu na obra “Do Espírito das Leis” (BOBBIO, 2006, p. 79).

A partir da Teoria das Fontes do Direito e da Teoria da Separação dos Poderes, a lei é reconhecida como fonte primária do Direito, e cabe a ela a tarefa criadora do Direito, pois ela é fruto de um órgão representativo do povo, incumbido de realizar o procedimento democrático de exercício do poder e criação do Direito.

O presente artigo estuda, sob o referencial teórico do positivismo jurídico, em que medida a dinâmica jurídica estrutura as fontes do Direito, segundo o princípio democrático e da separação de poderes.

Para seu desenvolvimento, o trabalho é dividido em três seções. A primeira estuda a Teoria da Separação dos Poderes; a segunda aborda a Teoria das Fontes do Direito e, por fim, a terceira investiga o princípio democrático.

Quanto à metodologia, o relato dos resultados foi composto com base na lógica indutiva⁴, e foi utilizada a técnica da pesquisa bibliográfica⁵. Utilizou-se, ainda a técnica do referente⁶. Foi definido para o presente trabalho o seguinte referente: investigar as categorias fontes do Direito, separação dos poderes e democracia, por meio do exame da evolução do pensamento moderno sobre a tarefa criativa da jurisprudência.

⁴ Conforme leciona Cesar Luiz Pasold (2015, p. 86), o método indutivo consiste em “[...] pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral [...]”.

⁵ Cesar Luiz Pasold (2015, p. 209) vaticina que a técnica de pesquisa bibliográfica consiste na “Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais”.

⁶ A técnica do referente é definida por Cesar Luiz Pasold (2015, p 54) como a “[...] explicitação prévia do(s) motivo(s), do(s) objetivo(s) e do produto que deseja, delimitando o alcance temático e de abordagem para um atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa”.

2 O ESPÍRITO DAS LEIS E DA JURISPRUDÊNCIA NA TEORIA DA SEPARAÇÃO DE PODERES

A Teoria da Separação dos Poderes, do modo que temos hoje com a divisão dos poderes em Executivo, Legislativo e Judiciário, tem sua origem atribuída a Montesquieu (1996, p. 167-168), que apresentou no *Espírito das Leis* os três tipos de poder do Estado⁷.

No entanto, cumpre destacar, da antiguidade clássica, as menções à assembleia geral, ao corpo de magistrados e ao corpo judiciário em Aristóteles (2001, p. 170)⁸ e as distintas funções estatais, mencionadas por Marsílio de Pádua (1997, 152-156) no Defensor da Paz⁹.

Nesse sentido, destaca Paulo Bonavides (2016, p. 147):

O princípio da separação de poderes, de tanta influência sobre o moderno Estado de direito, embora tenha tido sua sistematização na obra de Montesquieu, que o empregou claramente como técnica de salvaguarda da

⁷ Segundo Montesquieu (1996, 167-168), “Existem em cada Estado três tipos de poder: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes e o poder executivo daquelas que dependem do direito civil. Com o primeiro, o príncipe ou o magistrado cria leis por um tempo ou para sempre e corrige ou anula aquelas que foram feitas. Com o segundo, ele faz a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, instaura a segurança, previne invasões. Com o terceiro, ele castiga os crimes, ou julga as querelas entres os particulares. Chamaremos a este último poder de julgar e ao outro simplesmente poder executivo do Estado”.

⁸ Ao discorrer sobre as formas de governo, Aristóteles (2001, p. 170) apresenta os elementos em comum de cada uma delas, considerados globalmente: “Toda cidade tem três elementos, cabendo ao bom legislador examinar o que é mais conveniente para cada constituição. Quando essas partes forem bem ordenadas, a constituição será bem ordenada, e conforme diferem uma das outras, as constituições também diferem. A primeira dessas partes concerne à deliberação sobre os assuntos públicos; a segunda, às magistraturas: qual deve ser instituída, qual deve ter sua autoridade específica e como os magistrados devem ser escolhidos; por último, relaciona-se a como deve ser o poder judiciário”.

⁹ Marsílio de Pádua (1997, p. 152-156), com base na releitura da *Política* de Aristóteles, assinala que “[...] o legislador ou o conjunto de cidadãos é a causa eficiente da escolha ou do estabelecimento do governante da mesma forma que lhe cabe o poder legislativo, [...] e não apenas isso, mas também é da sua competência representar contra o governante e ainda depô-lo, se tal medida for útil ao bem comum. [...]. Declaramos que a causa eficiente primária é o legislador. A secundária ao contrário, executora ou instrumental, é o príncipe, graças à autoridade que ele recebeu do legislador, de acordo com a forma, isto é, a lei, mediante a qual, deve sempre, na medida do possível, regular e dirigir as ações civis, como demonstramos no capítulo precedente. [...] Todavia, se não houver governo, a comunidade civil não tem como sobreviver ou pelo menos se manter durante um espaço de tempo mais longo, pois, segundo o que está escrito no Evangelho de Mateus (XVIII, 7), é necessário que haja escândalos. Esses escândalos são as divergências, as injustiças cometidas entre os homens reciprocamente, as quais se não forem julgadas ou reparadas conforme a lei, a regra do justo, e pela ação do governante, cuja tarefa precípua é fazer justamente isso, de acordo com a lei, seguramente advirão, no início, a luta e a divisão entre os homens vivendo em sociedade e, depois, a destruição da cidade paralelamente à privação da vida suficiente”.

liberdade, conheceu todavia precursores, já na Antiguidade, já na Idade Média e tempos modernos.

Em relação à antiguidade clássica e ao período da Idade Média, a Teoria da Separação de Poderes representa um aperfeiçoamento da descontinuidade quanto à origem lexical da categoria Estado (COSTA, 2010, p. 82)¹⁰. Protagonizada, inicialmente, pelo *Príncipe* de Maquiavel (2012, p. 13-18)¹¹, que classificou principados e repúblicas como espécies do gênero Estado, cujos membros (domínio) são adquiridos pelas armas, fortunas ou pela virtude¹² (MAQUIAVEL, 2012, p. 49), a categoria atravessa séculos de debates acerca da operacionalização de seu conceito (BONAVIDES, 2016, p. 65-71)¹³.

¹⁰ Neste sentido leciona Pietro Costa (2010, p. 82) que “O termo ‘Estado’ possui uma história lexical relativamente recente: é Maquiavel que no ‘Príncipe’ fala de ‘*stati*’ (e ‘*domini*’) para referir-se a forma política da sociedade e apenas gradualmente a expressão ‘Estado’ se difunde até ocupar o centro do discurso político-jurídico do século XIX. No léxico medieval eram outros os termos de referência: *civitas, respublica, regnum, imperiu*. Para perceber então o aparecimento histórico-teórico do termo conceito ‘Estado’ é necessário compreender a descontinuidade por ele introduzida com relação à representação medieval e protomoderna da ordem política”.

¹¹ A Introdução da edição utilizada neste artigo de *O Príncipe* conta com palavras de João Feres Júnior que destaca sobre Maquiavel que “[...]. Ele foi o autor mais mal-afamado da história do pensamento político. E *O príncipe* [...] é responsável por quase toda sua má fama. [...] O adjetivo ‘maquiavélico’ e o substantivo derivado ‘maquiavelismo’ conotam intriga, traição, tirania, desonestidade, ambição desmedida e um sem número de vícios correlatos. Em síntese, o autor é acusado de imoralidade e irreligião. [...] Maquiavel não é inocente no que toca às acusações de ‘irreligião’. O autor não escondeu seu desprezo pelo projeto salvacionista de Savonarola e via o poder temporal do papa como um empecilho à unificação da Itália [...]. Suas peças de teatro são recheadas de ironias e sátiras cáusticas dirigidas contra a Igreja, seus valores e seus operadores”.

¹² Segundo Maquiavel (2012, p. 49), “Todos os estados, todos os governos que houve e que imperaram sobre os homens, foram ou são repúblicas ou principados. Os principados ou são hereditários, nos quais o sangue de seu senhor tenha sido príncipe por muito tempo, ou são novos. Os novos principados ou são totalmente novos, como foi Milão para Franciso Sforza, ou são como membros acrescentados ao estado hereditário do príncipe que os adquire, como é o reino de Nápoles para o rei da Espanha. Estes domínios assim adquiridos estão acostumados ou a viver sob um príncipe ou a viver livres; e são adquiridos ou pelas armas de outrem ou pelas próprias, ou por fortuna ou por virtude”.

¹³ Segundo Paulo Bonavides (2016, p. 65-71): “Houve no século XIX um publicista do liberalismo – Bastiat – que se dispôs com a mais sutil ironia a pagar o prêmio de cinquenta mil francos a quem lhe proporcionasse uma definição satisfatória de Estado. [...] Aos primeiros pertence Hegel, que definiu o Estado como a ‘realidade da ideia moral’, a ‘substância ética consciente de si mesma, a manifestação visível da divindade’, colocando-o na rotação de seu princípio dialético da Ideia como a síntese do espírito objetivo, o valor social mais alto, que concilia a contradição Família e Sociedade, como instituição acima da qual sobrepára tão-somente o absoluto, em exteriorizações dialéticas, que abrangem a arte, a religião e a filosofia. [...] Com seu formalismo invariável, viu Kant no Estado apenas o ângulo jurídico, ao concebê-lo como ‘a reunião de uma multidão de homens vivendo sob as leis do Direito’. [...] De igual teor jurídico é também o conceito de Estado de Burdeau, que assinala sobretudo o aspecto institucional do poder. Diz esse autor que ‘o Estado se forma quando o poder assenta numa instituição e não num homem’. Chega-se a esse resultado mediante uma operação jurídica que eu chamo a ‘institucionalização do Poder’. [...] Formulou-o Jellinek quando disse que o Estado ‘é a corporação de

Cabe realçar aqui, a descontinuidade trazida pela separação de poderes. Posterior à ruptura hobbesiana¹⁴ sobre a soberania¹⁵, a Teoria da Separação de Poderes antecede o contrato social¹⁶ de Rousseau¹⁷ e o poder constituinte de Emmanuel Sieyès, que conformam a base dos processos democráticos e os fundamentos ideológicos da assembleia constitucional francesa de 1789.

Também antes de Montesquieu, John Locke (2011, p. 85) explica que nos fins da sociedade política e do governo o homem abre mão da liberdade do seu estado de

um povo, assentada num determinado território e dotada de um poder originário de mando'. Conceito este irrepreensível, digno sem dúvida de fazer jus ao prêmio sugerido por Bastiat”.

¹⁴ Pietro Costa (2010, p. 86) é categórico ao definir a ruptura hobbesiana da soberania como uma descontinuidade em relação ao Povo e seu Poder: “Mais uma vez, é Hobbes que introduz uma forte descontinuidade fazendo da representação uma dimensão constitutiva da soberania. Para Hobbes não se dá um povo “antes: do soberano; é o soberano que, criado pelos sujeitos, age em seus lugares, os representa e, assim fazendo, os reconduz à unidade da *respublica*. Antes do soberano existe uma multiplicidade apolítica de sujeitos e é graças ao mecanismo da ‘soberania representativa’ que os muitos formam uma unidade”.

¹⁵ A ideia de Soberania em Thomas Hobbes (2012, p. 140) é extraída de *O Leviatã* que destaca a essência soberana constituída pelo Povo em um representante: “Dessa forma, a multidão assim unida numa só pessoa passa a chamar-se Estado (em latim, *Civitas*). Essa é a geração do grande Leviatã, ou, antes (para usarmos termos mais reverentes), daquele deus mortal a quem devemos, abaixo do Deus imoral, nossa paz e defesa. Em virtude da autorização que cada indivíduo dá ao Estado a usar todo o poder e a força, esse Estado, pelo temor que inspira, é capaz de conformar todas as vontades, a fim de garantir a paz em seu país, e promover a ajuda mútua contra os inimigos estrangeiros. A essência do Estado consiste nisso e pode ser assim definida: uma pessoa instituída, pelos atos de uma grande multidão, mediante pactos recíprocos uns com os outros, como autora, de modo a poder usar a força e os meios de todos, da maneira que achar conveniente, para assegurar a paz e a defesa comum. O titular dessa pessoa chama-se soberano, e dizemos que possui poder soberano. Todos os restantes são súditos. O poder soberano pode ser adquirido de duas formas. Uma pela força natural, como quando um homem obriga seus filhos a se submeterem e a submeterem seus próprios filhos a sua autoridade, sendo capaz de destruí-los em caso de recusa; ou, ainda, como quando um homem poupa, durante a guerra, a vida de seus inimigos, desde que se sujeitem a sua vontade. A outra forma é quando os homens concordam entre si em se submeterem voluntariamente a um homem, ou a uma assembleia de homens, esperando serem protegidos todos os outros. Esse último é o chamado Estado político, ou um Estado por instituição, enquanto o primeiro é o Estado por aquisição”.

¹⁶ Novamente é Pietro Costa (2010, p. 84) que relaciona o contrato social de Rousseau com o pensamento de Thomas Hobbes, evidenciando a contraposição de um ente soberano e soberania popular: “Pensemos em Rousseau. O autor do Contrato Social (em uma perspectiva de certa forma espetacular com relação a Hobbes) faz coincidir o soberano com a totalidade dos cidadãos; não por isto, porém, o ‘eu comum’ possui um poder menos absoluto que o *Levathan*; nem menos ‘absoluto’ é o poder do qual dispõe, para Sieyès (e em geral para os protagonistas da revolução francesa), a nação soberana. E é ainda em torno do teorema hobbesiano – segundo o qual a soberania do Estado não pode não ser absoluta, sob pena de sua dissolução – que na Europa continental os juristas tardo-oitocentistas [...] virão a elaborar suas teorias de Estado”.

¹⁷ A ideia de Rousseau (2013, p. 44) do contrato social, ao contrário de Hobbes, se aproxima da soberania popular: “Ora, sendo o soberano formado unicamente dos particulares que o compõem, não há nem pode haver interesse contrário aos deles; por conseguinte, a autoridade soberana não precisa de qualquer garantia para com os súditos, por ser impossível que queira o corpo prejudicar todos os membros e, como veremos dentro em pouco, não pode ele prejudicar a qualquer um em particular. O soberano, pelo fato de o ser, é sempre tudo o que deve ser”.

natureza em prol da certeza da fruição de mais direitos¹⁸. Em seu “Segundo Tratado Sobre o Governo Civil”, o autor reconhece os poderes Legislativo, com a atribuição de legislar, o Executivo, responsável pela execução das leis (LOCKE, 2011, p. 98-100) e o Federativo, responsável pelas relações internacionais (LOCKE, 2011, p. 111). O Judiciário, em Locke (2011, p. 111), não seria realmente um Poder, pois estaria vinculado ao poder de executar e fiscalizar o cumprimento das leis, em decorrência do exercício da prerrogativa pelo Executivo¹⁹.

A ideia da separação dos Poderes de Montesquieu é fundada com base na tipologia moderna das formas de governo²⁰, que distingue o governo republicano, do monárquico e do despótico. O princípio democrático no governo republicano de Montesquieu estabelece que todo Poder emana do povo e em nome dele deve ser exercido²¹. Assim, ao Poder Legislativo, órgão representativo do povo, cuja legitimidade se constitui por meio da eleição de representantes eleitos pelo povo, atribui-se a competência para criação do Direito e exercício do Poder²².

Nesse contexto, a democracia se reveste de um caráter procedimental que remete à validade formal em detrimento do critério de justiça. Dessa forma, para que

¹⁸ A ideia da fruição de mais direitos a partir da associação é clara para John Locke (2011, p. 85) quando afirma que no estado de natureza o homem se depara com condições precárias “[...] os homens, apesar dos privilégios do estado de natureza, nele permanecendo em condições precárias, são rapidamente induzidos a se associar”.

¹⁹ Segundo John Locke (2011, p. 111), ao Executivo cabe ainda o exercício da prerrogativa, que se consubstancia em fazer o bem comum: “Além de executar as leis, cabe ao poder executivo, o exercício da Prerrogativa. Este Poder se consubstancia no exercício do agir pela discrição para alcance do bem público e realça que este poder deve ser exercido pelos príncipes mais sensatos, a quem é delegada a atribuição de fazer o bem comum quando a lei é omissa ou lacunosa”.

²⁰ Para Montesquieu (1996, p. 19), “Existem três espécies de governo: o Republicano, o Monárquico e o Despótico. Para descobrir sua natureza, basta a ideia que os homens menos instruídos têm deles. Suponho três definições, ou melhor três fatos: o governo republicano é aquele no qual o povo em seu conjunto, ou apenas uma parte do povo, possui o poder soberano; o monárquico, aquele onde um só governa, mas através de leis fixas e estabelecidas; ao passo que, no despótico, um só, sem lei e sem regra, impõe tudo por força de sua vontade e de seus caprichos”.

²¹ Para Montesquieu (1996, p. 54), “O amor à república, numa democracia, é o amor à democracia; o amor à democracia é o amor à igualdade. O amor à democracia é também o amor à frugalidade. Cada um deve possuir a mesma felicidade e as mesmas vantagens, deve experimentar os mesmos prazeres e ter as mesmas esperanças; coisa que só se pode esperar da frugalidade geral”.

²² Sobre a separação de poderes em Montesquieu (1996, 167-168), cumpre novamente destacar que “Existem em cada Estado três tipos de poder: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes e o poder executivo daquelas que dependem do direito civil. Com o primeiro, o príncipe ou o magistrado cria leis por um tempo ou para sempre e corrige ou anula aquelas que foram feitas. Com o segundo, ele faz a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, instaura a segurança, previne invasões. Com o terceiro, ele castiga os crimes, ou julga as querelas entre os particulares. Chamaremos a este último poder de julgar e a ao outro simplesmente poder executivo do Estado”.

uma lei seja válida, ela deve ser fruto de um procedimento legislativo, próprio de um órgão representativo do povo²³.

Ao Judiciário, por sua vez, incumbiria a aplicação do Direito criado pela lei. Uma lei que é hipoteticamente perfeita, sem lacunas e que exigiria apenas sua aplicação. Esse é o modelo do Estado de Direito de Montesquieu e que foi, posteriormente, exportado para vários países, dentre eles, ao Brasil. Trata-se de um modelo, cuja fonte do Direito é protagonizada pela lei, que é emanada por um órgão representativo do povo, o Poder Legislativo. Ao Poder Judiciário, um órgão técnico, compete, essencialmente, a aplicação desse Direito, sendo ele, nos dizeres de Montesquieu, nulo²⁴.

Esse modelo, teoricamente belo e operacionalmente eficiente, entra em crise a partir do momento em que se atribui à jurisprudência, um peso diverso de criação do Direito.

É que, apesar da forte influência da Teoria da Separação dos Poderes, a matriz do Direito é romanística. No direito romano, o poder de julgar foi dado ao povo, ao Senado, aos magistrados e a certos juízes, mas as questões jurídicas eram atribuídas, essencialmente, aos jurisconsultos, que decidiam as questões que não fossem de fato, mas de Direito²⁵.

Posteriormente, a reforma legislativa de Justiniano representou uma iniciativa de codificação do Direito com a criação do *Corpus Juris Civilis*, que compilou obras de jurisconsultos romanos. Assim como Justiniano, Napoleão Bonaparte se utiliza da

²³ Sobre a Democracia Procedimental, Bobbio, Matteucci e Pasquino (2002, p. 326-327) destacam que “Na teoria política contemporânea, mais em prevalência nos países de tradição democrático liberal, as definições de Democracia tendem a resolver-se e a esgotar-se num elenco mais ou menos amplo, segundo os autores, de regras de jogo, ou, como também se diz, de ‘procedimentos universais’”.

²⁴ Em Montesquieu (1996, p. 172), essa caracterização fica clara: “Dos três poderes dos quais falamos, o de julgar é, de alguma forma, nulo”.

²⁵ É Michel Villey (1977, p. 76) que aponta, com precisão, a origem da ciência jurídica: “A única filosofia do *direito* que a Antiguidade grega produziu (tomando-se o vocábulo *direito* no sentido estrito) é a de Aristóteles. Ela era muito conhecida em Roma e se prestava, naturalmente a informar o Direito romano. Roma era então uma cidade e uma República, como outrora Atenas. E a República romana dispunha de um processo judiciário e de órgãos especializados comparáveis à justiça grega. O papel próprio dos juízes era o de dizer o que pertencia a cada um: é suficiente pensar nos termos da fórmula de reivindicação. A tarefa do juiz encontrava-se assim definida: procurar se este ou aquele bem, este ou aquele escravo, ou aquelas terras, eram de tal pleiteante – *Si paret rem de qua agitur Auli Agerii esse*. A diferença é que Roma dispunha de uma instituição; ainda desconhecida em Atenas, embora anunciada, em grandes linhas, pela Retórica de Aristóteles: uma corporação de *jurisconsultos* que têm por função guiar o juiz e o processo, anunciando as regras do direito. Roma, graças ao trabalho dos jurisconsultos, criou a ciência do direito”.

mesma ideia de codificar o Direito *ad eterno*²⁶. No entanto, a ideia de codificação do Direito de Napoleão Bonaparte se distingue da de Justiniano não só porque ela surge juntamente com a ascensão da democracia, mas também porque não se tratava de uma compilação de outras leis e fragmentos de princípios de juristas romanos, mas de um código propriamente dito (BOBBIO, 2006, p. 64).

O modelo de fontes do Direito, representado pela doutrina da separação dos poderes, com fidelidade ao Código, surge e entra em crise na França. A principal razão para entrar em crise se deve ao momento histórico em que o Código Napoleônico é concebido e, posteriormente, aplicado. O momento em que o Código Civil Napoleônico foi concebido foi o da Revolução Francesa no final do século XVIII e início do século XIX. Com a revolução industrial no final desse mesmo século, o contexto econômico e social é completamente distinto e revela a insuficiência do Código Napoleônico para lidar com algumas demandas que são levadas ao Judiciário (BOBBIO, 2006, p. 79).

Entre essas demandas, serve de exemplo a responsabilidade civil objetiva. Para o Código Napoleônico, a responsabilidade civil era fundada essencialmente na teoria da culpa. À doutrina e à jurisprudência coube, dessa forma, a criação de um modelo de responsabilidade civil objetiva, cuja prova se fundasse sobre a ocorrência do dano (GONÇALVES, 2005, p. 23). Essa criação de um modelo de responsabilidade, que prescinde a análise da culpa, revela a crise do modelo das fontes do Direito e demonstra a capacidade da jurisprudência de criar Direito.

Com esse novo modelo, que admite a criação do Direito baseado em fontes delegadas, passa-se a questionar também o conceito de democracia. É que nesse novo contexto, a validade da norma e do Direito não é mais meramente condicionada a um procedimento formalmente democrático. A lei e o Direito passam a ser válidos, desde

²⁶ Sobre a origem do *Corpus Juris Civilis* no Código Napoleônico, novamente Michel Villey (1977, p. 74) é cirúrgico: “[...] O direito europeu é um empréstimo ao *Corpus Juris Civilis*. É no direito romano que se encontrará o segredo de sua diferença com relação aos outros ‘grandes sistemas’ (como o direito chinês, hindu, o direito judeu e o direito canônico da Igreja cristã), a chave de sua estrutura, de sua linguagem, de seu método, de seus princípios. Nossa ciência do direito precede de Roma; é uma *invenção* dos romanos, da mesma forma que a filosofia é a invenção dos gregos. É tão insensato para um jurista ocidental desprezar o direito romano quanto para um filósofo envergonhar-se da filosofia dos gregos. É ter vergonha de sua mãe. Se ele foi abandonado, é, tanto quanto a filosofia, porque ele exigia dos estudantes uma certa cultura. Já se disse também que ele teria morrido por ter adotado, sob a influência do cientificismo seviciente desde o século XIX, o *método* chamado *histórico*, correlativo ao desenvolvimento da história positivista”.

que respeitem os limites dos princípios de Direito postos pela moldura de uma constituição vigente.

Para a doutrina, sobretudo para a do Direito comparado, a criação do Direito seria, nos países de *civil law*, fruto de uma colaboração tácita entre legislador e jurisprudência. O legislador, ainda assim, reivindica a soberania e o Poder Legislativo porque entende que, com a tendência de criação do Direito pela jurisprudência, levaria ao sepultamento os partidos políticos.

Ademais, a doutrina também aponta que o Direito é criado na mesma velocidade em que a sociedade e o seu contexto político, econômico e social são alterados. Nesse sentido, as fontes delegadas são mais velozes, mas há em todos os países uma crise de representatividade não só porque o Parlamento tem pouca legitimidade sob o ponto de vista democrático, mas também por conta da qualidade e da capacidade de produção. Por conta dessa crise do Legislativo, e por meio da teoria dos *checks and balances*, a jurisprudência acaba encontrando legitimidade para suprir os déficits do Legislativo.

Com base nesse equilíbrio, o Judiciário passa a se utilizar de mecanismo de *binding precedents*. Esse é um mecanismo típico dos sistemas de *common law*. Por meio desse mecanismo, utilizado sobretudo nos processos civis, decisões dos tribunais superiores vinculam as decisões dos tribunais inferiores, desde que observadas as mesmas situações de fato e de direito do *leading case*.

Trata-se de um dos sinais de hibridação de sistemas *common law* e *civil law* porque admite duas fontes simultâneas de Direito: lei e jurisprudência. Sob este ponto de vista, que leva em conta a Teoria da Separação dos Poderes e o Princípio Democrático, seria válido atribuir a um órgão técnico o poder de criar o Direito?

3 A ESTRUTURA DINÂMICA DAS FONTES DO DIREITO E AS LIÇÕES DE POSITIVISMO JURÍDICO

Etimologicamente o termo “fonte” deriva do brocardo latino *Fons et origo*, que sugere a origem de algo, ou seja, seu ponto de partida, seu nascedouro.

Para Hans Kelsen (2009, p. 259), “[...] Num sentido jurídico positivo, fonte do Direito só pode ser o Direito”. No entanto, em um sentido não jurídico “[...] designamos todas as representações que, de fato, influenciam a função criadora e a

função aplicadora do Direito”. Dessa forma, atribuir um sentido jurídico positivo às fontes do direito implica reconhecê-las como juridicamente vinculantes. Fontes não positivas só seriam juridicamente vinculantes quando uma norma jurídico-positiva assim reconhecer.

Hans Kelsen (2009, p. 259) argumenta que “Fontes de Direito é uma expressão figurativa que tem mais do que uma significação”. O autor faz referência à legislação e ao costume como duas fontes do Direito, mas ressalta que as normas jurídicas individuais são tão parte integrante da ordem jurídica quanto as normas jurídicas gerais estaduais. Para o autor austríaco, “Esta designação cabe não só aos métodos acima referidos mas a todos os métodos de criação jurídica em geral, ou a toda norma superior em relação à norma inferior cuja produção ele regula” (KELSEN, 2009, p. 259).

Nesse sentido, para a dinâmica jurídica Kelseniana, “[...] pode por fonte de Direito entender-se também o fundamento de validade, a norma fundamental”. Daí decorre, na busca do fundamento de validade de uma norma, estabelecer a constituição como fonte das normas gerais, produzidas pela via legislativa, que, por sua vez, são fonte para produção da decisão judicial (KELSEN, 2009, p. 259).

Norberto Bobbio (2006, p. 161) estuda o significado técnico-jurídico da expressão: “são fontes do direito aqueles fatos ou aqueles atos aos quais um determinado ordenamento jurídico atribui competência ou a capacidade de produzir normas jurídicas. Para o autor italiano, "O problema das fontes do direito diz respeito à validade das normas jurídicas. Uma norma é válida se foi produzida por uma fonte autorizada [...]".

A importância desse problema reside não só na delimitação do estudo de uma disciplina, mas também na distinção entre regras de comportamento e regras de estrutura ou de organização. As primeiras, responsáveis pela regulação do comportamento dos membros da sociedade e as últimas, atribuídas da função de regulação da produção jurídica (BOBBIO, 2006, p. 161-162).

Gustavo Zagrebelsky (2011, p. 33) destaca o papel da lei como fonte do Direito para o Positivismo Jurídico:

La concepción del derecho propia del Estado de derecho, del principio de legalidad y del concepto de ley del que hemos hablado era el

"positivismo jurídico" como *ciencia de la legislación positiva*. La idea expresada por esta fórmula presupone una situación histórico-concreta: la concentración de la producción jurídica en una sola instancia constitucional, la instancia legislativa. Su significado supone una reducción de todo lo que pertenece al mundo del derecho - esto es, los derechos y la justicia - a lo dispuesto por la ley. Esta simplificación lleva a concebir la actividad de los juristas como un mero servicio a la ley, si no incluso como su simple exégesis, es decir, conduce a la pura y simple búsqueda de la voluntad del legislador.

Tércio Sampaio Ferraz Júnior (2015, p. 65) ao falar sobre o papel da dogmática jurídica também destaca o lugar de privilégio da lei como fonte de Direito para o Positivismo:

O lugar privilegiado da lei como fonte do Direito e a concepção da ordem jurídica como sistema normativo são novas peças na configuração do problema. De fato, a canalização das projeções normativas para o endereço político irá exigir, de uma parte, a centralização organizada da legislação; de outra, o aparecimento de uma série de conceitos, que a própria Dogmática se encarregará de elaborar, como a proibição de decisão *contra legem*, a distinção entre fontes formais e materiais, a oposição entre Direito Objetivo e Direito Subjetivo, a distinção entre governo e administração, etc. Ambas - centralização e figuras dogmáticas - estão intimamente ligadas, portanto, ao fenômeno da positivação do Direito.

A Teoria das Fontes do Direito, no dizer de Tércio Sampaio Ferraz Júnior (2015, p. 223), "em suas origens modernas, reporta-se à tomada de consciência de que o Direito não é essencialmente um *dado*, mas uma *construção* elaborada no interior da cultura humana", de modo que a teoria se desenvolveu a partir do momento "que a Ciência Jurídica percebe seu objeto (o Direito) como um produto cultural, e não mais como um dado da Natureza ou sagrado".

Miguel Reale (1994, p. 29) afirma que as fontes do Direito são os fatos jurídicos de que resultam normas. Não são objetivamente a origem da norma, mas o canal no qual ela se torna relevante. Para o autor, as fontes do Direito seriam os modos de formação e de revelação das normas jurídicas, o ponto de partida para a busca da norma.

Como se vê, a busca pela sistematização das fontes do Direito, ou seja, por uma Teoria das Fontes, é uma construção complexa, profunda e ampla, de modo que não existe consenso no que diz respeito a uma enumeração e classificação das fontes.

3.1 Fontes Formais e Materiais do Direito

Aos que defendem a dicotomia entre fontes formais e materiais, as fontes materiais do direito, também denominadas de reais, são os fatores sociais, históricos, religiosos, naturais, demográficos, políticos, econômicos, morais, enfim, as características e os valores de determinada sociedade que influenciam diretamente na criação do seu direito. Em seu "Do Espírito das Leis" Montesquieu (1996, p. 16) destaca a existência e a importância das fontes materiais:

As leis devem ser relativas ao físico do país, ao clima frio, quente ou temperado; à quantidade do solo, à situação, à sua extensão; ao gênero de vida dos povos, agricultores, caçadores ou pastores; devem relacionar-se, também, com o grau de liberdade que sua constituição pode permitir; com a religião de seus habitantes, suas inclinações, riquezas, número, comércio, costumes, maneiras. Enfim, elas se relacionam entre si e também com sua origem, com o objetivo do legislador, com a ordem das coisas sobre as quais estão estabelecidas. É desses pontos de vista, portanto, que é necessário considerá-las.

Para grande parte dos juristas, as fontes formais, que são diretamente influenciadas pelas materiais, seriam a lei/legislação, a jurisprudência, os costumes, a doutrina e o poder negocial.

3.2 A Lei como Fonte e como Produto da Legislação

A lei é desqualificada por alguns como fonte do direito, por entenderem que não se trata de uma fonte, mas sim de um produto da legislação. Nessa senda, Du Pasquier (1937, p. 35), de forma metafórica, aduz que "assim como a fonte de um rio não é a água que brota do manancial, mas é o próprio manancial, a lei não representa a origem, porém o resultado da atividade legislativa".

No mesmo sentido, encontramos as lições de Miguel Reale (2001, p. 130-131), para quem o surgimento do direito pressupõe a existência de uma estrutura, de um centro de poder com capacidade para produção de normas, de modo que, no seu entender, a lei não é fonte do direito, mas "o processo legislativo, expressão do Poder Legislativo".

De qualquer forma, a lei/legislação é hoje uma das mais importantes fontes formais estatais do direito, refletindo a tendência iniciada no século XIX pela codificação das normas, na busca por uma maior certeza e segurança nas relações jurídicas.

3.3 A Jurisprudência e o Constitucionalismo Discursivo

A jurisprudência, conceituada como o conjunto de decisões uniformes e constantes dos tribunais, quando do desempenho de sua missão de solucionar casos concretos por meio da aplicação da lei, também é tida como fonte formal estatal do direito, uma vez que tais decisões têm alcance e obrigatoriedade geral (ex. súmulas vinculantes); por vezes impõem ao legislador uma nova visão dos institutos jurídicos (questões de inconstitucionalidade de normas); e, em outras, antecipam a própria atividade legislativa (ativismo judicial).

Para Robert Alexy (2011, p. 9) o núcleo do Direito é composto pelos direitos fundamentais, que se irradiam de um discurso posterior à interpretação do direito positivado. Assim, cumpre à jurisprudência, por meio de uma tarefa interpretativa de correção, produzir a união necessária entre o direito “como ele é” e o direito “como ele deve ser”, ou seja, entre o direito e a moral²⁷.

3.4 Os Sistemas *Common Law* e *Civil Law* de Edward Coke e Thomas Hobbes

Ao explicar as origens do Positivismo Jurídico, Norberto Bobbio (2006, p. 33) apresenta o debate entre duas formas de direito positivo defendidas por Sir Edward Coke (*common law*²⁸, direito comum ou consuetudinário) e Thomas Hobbes (*statute*

²⁷ Para Robert Alexy, (2011, p. 9), o direito positivo e o não positivo exigem uma dimensão discursiva de correção que o aproxima da Justiça e da moral: “Segundo o conceito de direito positivista, o direito compõe-se exclusivamente de fatos sociais da decretação e da eficácia. O conceito de direito não positivista acrescenta a essa dimensão real ou fática a dimensão ideal ou discursiva da correção. O elemento central da correção é a justiça. Desse modo, é produzida uma união necessária entre o direito, como ele é, e o direito, como ele deve ser, e, com isso, entre o direito e a moral. O argumento principal para essa união entre direito e moral é a tese que o direito, necessariamente, promove uma pretensão de correção”.

²⁸ Segundo Bobbio (2006, p. 33): “A *common law* não é o direito comum de origem romana [...], mas um direito consuetudinário tipicamente anglo saxônico que surge diretamente das relações sociais e é acolhido pelos juízes nomeados pelo Rei; numa segunda fase, ele se torna um direito de elaboração judiciária, visto que é constituído por regras adotadas pelo juízes para resolver controvérsias individuais

*law*²⁹, direito estatutário ou direito legislativo). O primeiro foi o defensor daquele que seria o *common law* e o segundo, o defensor de uma concepção formal e imperativa do direito, típica do Direito Positivo.

A preponderância do *common law* na Inglaterra fez dela a pátria do Liberalismo³⁰ e consagrou o direito comum ou costumeiro como limite para o exercício do poder pela Monarquia. Sem que esse limite fosse necessariamente imposto por uma ruptura, Sir Edward Coke, autor das Instituições do Direito Inglês, criticou seu grande adversário, Thomas Hobbes, que defendia a ideia de que o Direito, para ser Direito, deveria ser imposto por um soberano (BOBBIO, 2006, p. 34).

No entanto, conforme destacado por Norberto Bobbio, o estado de natureza, ao qual Thomas Hobbes fazia referência, remonta ao conflituoso contexto da Inglaterra do século XVI. Marcado por guerras religiosas e amplas diferenças culturais entre os povos anglo-saxões, a ideia de um direito costumeiro parecia inconcebível, se não houvesse uma autoridade, ou um Leviatã, para impor as regras mais básicas de convivência, tais como o *pacta sunt servanda* e “não matar” (BOBBIO, 2006, p. 34).

4 AS DEMOCRACIAS E A DINÂMICA JURÍDICA

O conceito operacional da categoria democracia, extraído da obra “Dicionário de Política”, de Norberto Bobbio (2002, p. 328), ilustra a inutilidade da tentativa de se definir essa categoria:

[...] o discurso em torno da Democracia não se resolve em definir e redefinir uma palavra que pelo seu significado eulógico é referida a coisas diferentes, o negócio deve ser determinado em torno de um conceito geral de Democracia dividido em species. Uma dessas espécies seria a Democracia Liberal; a outra, a Democracia dos países socialistas e assim por diante. Por outro lado, porém, fica a dificuldade de achar o que é que estas duas espécies têm em comum. A resposta extremamente genérica que este autor foi constrangido a dar, segundo

(regras que se tornam obrigatórias para os sucessivos juízes, segundo o sistema do precedente obrigatório)”.

²⁹ Para Bobbio (2006, p. 33), “[...] O direito estatutário se contrapõe à *common law*, sendo ele posto pelo poder soberano (isto é, o Rei, num segundo momento, pelo Rei juntamente com o Parlamento)”.

³⁰ O Liberalismo, segundo Norberto Bobbio (2006, p. 33) pode ser conceituado como “Doutrina dos limites jurídicos do poder do Estado”.

o qual as três espécies tem em comum o escopo último, que é o de “prover as condições para o pleno e livre desenvolvimento das capacidades humanas essenciais de todos os membros da sociedade” (p. 37) mostra a inutilidade da tentativa.

Na complexa construção dinâmica de uma ordem jurídica³¹, a criação e a aplicação do Direito buscam, em essência, o exercício do Poder e a construção do Direito dentro da moldura da democracia³². No entanto, dentro dessa categoria, cabem muitas formas de democracia, inclusive com conceitos antagônicos, o que gera uma crise não só da democracia representativa, mas da própria categoria.

Nesse sentido, Paulo Bonavides explica a crise da democracia na obra “Teoria Constitucional da Democracia Participativa”, embasado na convivência da constituição com o vilipêndio da soberania e na submissão sistemática à ideologia da globalização e do neoliberalismo³³.

³¹ A Dinâmica Jurídica de Hans Kelsen, (2009, p. 221) é caracterizada não pelo seu conteúdo, mas sim por sua validade deduzida a partir de um raciocínio lógico de compatibilidade da norma com a norma fundamental pressuposta: “O sistema de normas que se apresenta como uma ordem jurídica tem essencialmente um caráter dinâmico. Uma norma jurídica não porque tem um determinado conteúdo, porque o seu conteúdo pode ser deduzido pela de um raciocínio lógico do de uma norma fundamental pressuposta, mas por que é criada por uma forma determinada – [...]. Por isso, todo e qualquer conteúdo pode ser Direito. [...]” (KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 8. ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. Título original: *Reine Rechtslehre*).

³² Para Bobbio, Matteucci e Pasquino (2002, p. 328-329) a distinção entre democracia formal e substancial é necessária para distinguir a ditadura de respeito a uma maioria em detrimento de uma concepção democrática que respeita não só os interesses da maioria, mas coordena também, os interesses das minorias: “[...] Para não nos perdermos em discussões inconcludentes é necessário reconhecer que nas duas expressões ‘Democracia formal’ e ‘Democracia substancial’, o termo Democracia tem dois significados nitidamente distintos. A primeira indica um certo número de meios que são precisamente as regras de comportamento acima descritas independentemente da consideração dos fins. A segunda indica um certo conjunto de fins, entre os quais sobressai o fim da igualdade jurídica, social e econômica, independentemente dos meios adotados para os alcançar”.

³³ Para Paulo Bonavides (2003, 69-71) “Sem soberania e sem povo, co-irmãos inseparáveis, a Constituição é farrapo de papel. Nada garante, nada protege, nada preserva. Deixa de ser Constituição e orfana os direitos fundamentais. Destrói a harmonia dos poderes, mina a federação, faz prevalecer na república, em tudo e sobre todos, as iniquidades do sistema. O advento da globalização e a feroz instauração de seu colonialismo gerado nas entranhas da tecnologia contemporânea acrescentaram ao vocabulário em uso nos meios de comunicação uma semântica do poder, em que o cidadão é o consumidor, a sociedade é o mercado, o Estado a capitania de um império, a Nação, uma agregação de súditos e vassalos, a soberania, um fóssil da ciência política, o agricultor, um servo da gleba, o trabalhador, um ocasional prestador de serviços, não raro, um desqualificado, um imolado desse processo econômico seletivo e eliminatório que o arremessa ao desemprego. E o desemprego, em seguida, faz dele um desertor dos direitos sindicais, um ente aflito, despersonalizado, submisso, resignado, colhido nas malhas do desespero social, donde não pode desprender-se. [...]. A estratégia da globalização consiste em extrair, pois, das chamadas economias emergentes os lucros que engordam as magnas empresas, os magnos bancos, as magnas especulações. E fazem mais pesado, entre os emergentes, o fardo das vexações tributárias, a taxa de juros, o pagamento dos empréstimos ruinsos, e,

No contexto de uma democracia meramente formal, a luta pelo Direito, sobre a qual fazia referência Rudolf Von Ihering (2009, p. 23)³⁴, cede espaço para o poder³⁵ exercido unilateralmente por um grupo social em detrimento de minorias que não estariam incluídas no conceito de povo³⁶.

A situação de conflito se agrava ainda mais com o conceito moderno de *demos* trazido pelo Estado Moderno. Fortemente influenciado pela redescoberta romântica do povo, na qual Estado e nação devem compor a realidade nacional, o que viria a ser ainda mais realidade no final do século XIX com o surgimento de grandes partidos políticos populares, a democracia passa a ser relativizada pelo direito de igualdade e, consequentemente, pelo povo titular desse direito.

com isso, o confisco das riquezas nacionais, inaugurando a era do colonialismo universal sob a égide da potência hegemônica”.

³⁴ Para Rudolf Von Ihering (2009, p. 23), “A espada sem a balança é a força brutal; a balança sem a espada é a impotência do Direito. A luta pelo Direito é um dever do interessado para consigo próprio e a defesa do direito um dever para com a sociedade”.

³⁵ Conceito operacional da categoria poder extraído da obra “Dicionário de Política”, de Norberto Bobbio et al. (2002, p. 933): “**Poder**. 1. Definição. – Em seu significado mais geral, a palavra Poder designa a capacidade ou a possibilidade de agir, de produzir efeitos. Tanto pode ser referida a indivíduos e a grupos humanos como a objetos ou a fenômenos naturais (como na expressão Poder calorífico, Poder de absorção). Se o entendemos em sentido especificamente social, ou seja, na sua relação com a vida do homem em sociedade, o Poder torna-se mais preciso, e seu espaço conceptual pode ir desde a capacidade geral de agir, até à capacidade do homem em determinar o comportamento do homem: Poder do homem sobre o homem. O homem é não só sujeito mas também o objeto do Poder social. É Poder social a capacidade que um pai tem para dar ordens a seus filhos ou a capacidade de um governo de dar ordens aos seus cidadãos. Por outro lado, não é Poder Social a capacidade de controle que o homem tem sobre a natureza nem a utilização que faz dos recursos naturais. Naturalmente existem relações significativas entre o Poder sobre o homem e o Poder sobre a natureza ou sobre as coisas inanimadas. Muitas vezes o primeiro é condição do segundo e vice-versa. Vamos dar um exemplo: uma determinada empresa extrai petróleo de um pedaço do solo terrestre porque tem o Poder de impedir que outros se apropriem ou usem aquele mesmo solo. Da mesma forma, um Governo pode obter concessões de outro Governo, porque tem em seu Poder certos recursos materiais que se tornam instrumentos de pressão econômica e militar. [...] Contudo, não existe Poder, se não existe ao lado do indivíduo ou grupo que o exerce, outro indivíduo ou grupo que é induzido a comportar-se tal como aquele deseja. Sem dúvida, como acabamos de mostrar, o Poder pode ser exercido por meio de instrumentos ou de coisas. Se tenho dinheiro, posso induzir alguém a adotar um certo comportamento que eu desejo, a troco de recompensa monetária. Mas, se me encontro só ou se o outro não está disposto a comportar-se dessa maneira por nenhuma soma de dinheiro, o meu Poder se desvanece. Isto demonstra que o meu Poder não reside numa coisa (no dinheiro, no caso), mas no fato de que existe um outro e de que este é levado por mim a comportar-se de acordo com os meus desejos. O Poder social não é uma coisa ou a sua posse: é uma relação entre pessoas”.

³⁶ A Constituição da República Federativa do Brasil de 1998 consagra o princípio democrático e estabelece que todo o poder emana do povo que o exerce por meio de representante ou diretamente: “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição” (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 10 de janeiro de 2016).

Nesse sentido, vale destacar as palavras de Maurizio Oliviero (2015) que, ao questionar pontualmente a respeito de “qual democracia”, discorre sobre a igualdade entre todos os homens e mulheres, não só no sentido formal, mas também a igualdade em relação aos efeitos do voto, na dimensão política e perante o Estado, como um pressuposto da democracia.

Igualmente admitindo a existência de “democracias”, em “A Democracia dos Outros”, Amartya Sen (2006, p. 12-13) a define como um produto cultural, que transcende à urna eleitoral, pois deve trazer consigo um processo de decisão que, pautado pela discussão, enriquece as informações sobre uma determinada sociedade e suas propriedades individuais.

A relatividade da categoria em relação ao titular do direito de igualdade já pode ser observada desde a Política de Aristóteles (2001, p. 113)³⁷ e é também realçada por Pedro Manoel Abreu (2011, p.141-243) no célebre “Processo e Democracia”, que distingue, com base em aspectos históricos e políticos, a democracia moderna da democracia contemporânea³⁸.

A organização do exercício do poder pelo povo por meio de um Estado, regido por uma constituição, apresenta-se como uma construção lógica e enigmática nas “democracias” do Estado Contemporâneo, pois o ideário republicano moderno preconiza a assunção de uma nova tipificação de formas de governo³⁹.

³⁷ A relatividade da categoria povo é questionada na Política de Aristóteles (2001, p. 113) a partir do momento em que o filósofo conceitua cidadão: “Aquele que investiga a essência e atributos dos vários tipos de governo deve antes de tudo determinar o que seja uma Cidade. [...]. Dessa forma é evidente que devemos começar pela pergunta ‘quem é o cidadão e qual o sentido desse termo?’. Pois aqui novamente há divergência de opinião. Aquele que é cidadão em uma democracia frequentemente não seria em uma oligarquia”.

³⁸ Acerca das curiosas transformações do conceito de democracia, Pedro Manoel Abreu (2011, p. 141-243) destaca a relatividade histórica da categoria desde sua formulação originária na democracia grega, teorizada por Clístenes, e seu declínio patrocinado pelos seus maiores adversários: Platão e Aristóteles. Pedro Manoel Abreu considera que a democracia, como forma de governo, conta com raros exemplos antes do século XX: além da ateniense, destaca a república romana anterior ao império e as repúblicas italianas dos séculos XII e XIII. O Desembargador da Corte catarinense aborda também os fundamentos históricos, políticos e filosóficos da atual democracia representativa a partir do momento da conquista da representação política e da atividade parlamentar na Inglaterra, passando pela experiência política norte-americana e pelo modelo representativo europeu após a Revolução Francesa.

³⁹ Acerca da república e da alteração na tipologia clássica das formas de governo, Bobbio, Matteucci e Pasquino (2002, p. 1108) estabelecem que: “É diferente o significado que assume o termo República no pensamento político moderno, quando se cria uma tipologia das formas de Governo diversa da tipologia clássica, que previa a monarquia, a aristocracia, a democracia e o Governo misto. Com Maquiavel, primeiro, e depois com Montesquieu se estabelece outra tríade: monarquia, República (democrática e aristocrática) e despotismo. A diferença entre ambas as tipologias está em que a primeira usa um critério

Sociologicamente, fala-se em “A Democracia dos Outros”, para evidenciar a relatividade da categoria, ou seja, não apenas um princípio legitimador do exercício do poder ou uma forma de governo típica de uma forma de Estado, mas um produto construído pela cultura de um povo, cuja formação e concepção sobre os conceitos de igualdade e desigualdade variam.

A problemática deixa de ser sociológica ou política (afeta o poder), a partir do momento em que se busca preencher o conteúdo da democracia no sentido de norma ou de princípio previsto constitucionalmente.

Para o presente artigo, o questionamento se direciona à fragilidade do princípio constitucional em face da relatividade da categoria e da sua difícil conceituação. Jurídica e politicamente, a democracia busca se afirmar por meio da doutrina da separação e organização de poderes, mas a realidade política, social e economicamente dinâmica cede espaço para as fontes do Direito mais próximas dos costumes e de um Direito comum: a jurisprudência.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A formação do Estado Moderno reporta-se à Teoria da Separação dos Poderes. o qual visava, em essência, à procedimentalização da democracia, ou seja, o exercício do poder pelo povo. A ideia de garantir esse sistema por meio de uma democracia procedimental entra em crise no mesmo século em que nasce a Teoria da Separação dos Poderes de Montesquieu, e à Jurisprudência, por meio do sistema de freios e contrapesos, passa-se a justificar a atribuição de um peso e responsabilidades maiores do que lhe foram inicialmente atribuídos.

Esse desequilíbrio na Teoria da Separação dos Poderes força uma revisão na Teoria das Fontes do Direito, que também passa a justificar a crescente participação da jurisprudência na tarefa de criação do Direito, por meio da ideia de colaboração tácita entre os poderes. Assim, em decorrência da distinção entre dinâmica e estática jurídica, a estrutura das fontes do Direito encontra sustentação no fundamento de validade das normas jurídicas.

exclusivamente quantitativo (é um, são poucos, são muitos os que governam), enquanto a segunda usa um critério qualitativo, resultante de uma multiplicidade de fatores”.

O estabelecimento do critério de validade como fundamento estruturante para a Teoria das Fontes do Direito e o excesso de demanda na jurisprudência são reflexos não só da crise da democracia procedimental, estabelecida pela Teoria da Separação dos Poderes, mas também da lei como fonte exclusiva do Direito.

Adicionando-se a esse debate, e como forma de estimular a continuação dos estudos sobre o tema, cumpre questionar a função da estrutura das fontes do Direito, mormente em relação às críticas severas tanto da História⁴⁰ quanto do constitucionalismo, à estrutura oitocentista do Estado de Direito e às suas fontes⁴¹.

Ademais, e também como estímulo à continuidade dos debates propostos pelo problema jurídico apresentado na parte introdutória, considera-se, por fim, que as fontes do direito consolidam a democracia e a separação de poderes de forma estruturada, ou seja, buscando fundamento de validade em uma norma de escalão superior; e que essa matriz se aproxima mais do ideário constitucionalista de organização do poder e garantia das liberdades do que da estrutura do Estado Moderno de Direito.

⁴⁰ Sobre a primeira metade do século XX, Eric Hobsbawm (2002, p. 47) destaca como o mundo se acostumou a conviver com os custos humanos das duas guerras: “Assim o mundo acostumou-se à expulsão e matança compulsória em escala astronômica, fenômenos tão conhecidos que foi preciso inventar novas palavras para eles: ‘sem Estado’ (apátrida) ou ‘genocídio’. A Primeira Guerra Mundial levou à matança de um incontável número de armênios pela Turquia – o número mais habitual é de 1,5 milhão –, que pode figurar como a primeira tentativa moderna de eliminar toda uma população. Foi seguida depois pela mais conhecida matança nazista de cerca de 5 milhões de judeus – os números permanecem em disputa (Hilberg, 1985)”.

⁴¹ Gustavo Zagrebelsky (2011, p.33) faz uma crítica severa ao Positivismo Jurídico ao adicionar a palavra “legislativo” ao Estado de Direito e aborda o “Estado de Direito Legislativo”. Segundo ele, reduzindo o Direito ao que está positivado, submete-se a Sociedade, os juristas e os demais órgãos do Estado, ao Legislativo e suas determinações: “Su significado supone una reducción de todo lo que pertenece al mundo del derecho - esto es, los derechos y la justicia - a lo dispuesto por la ley. Esta simplificación lleva a concebir la actividad de los juristas como un mero servicio a la ley, si no incluso como su simple exégesis, es decir, conduce a la pura y simple búsqueda de la voluntad del legislador”.

ABSTRACT

Célia Regina Capeleti

Pedro Walter Guimarães Tang Vidal

This article studies the legal dynamics of the sources of Law in the context of the Theory of Separation of Powers and the democratic principle. For this purpose, it studies the doctrine of the separation of powers, the modern typology of the forms of government, and Law's democratic procedural character of and exercise of power. At the same time, from a historical perspective, the political, economical and socially dynamic reality is addressed in order to respond to the following legal problem: to what extent are democracy and the separation of powers consolidated with the use of the Sources of Law? As a result, it can be seen that with the Theory of the Sources of Law and the Separation of Powers, guarantees have been obtained through positive norms such as predictability and legal certainty. The compatibility of the creation of the Law by delegated sources with the Theory of Separation of Powers and the democratic principle varies according to the concepts and classifications used. The inductive method was used for the development of this research, operationalized by the technique of bibliographic research.

Keywords: Separation of powers. Sources of law. Juridical dynamics. Democracy.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Org/trad Luís Afonso Heck. 3. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

ARISTÓTELES. **A política**. Tradução de Pedro Constantin Teles. 6. ed. São Paulo: Martin Claret, 2001.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: Lições de filosofia do direito. Compiladas por Nello Morra. Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006.

_____. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução de Ari Marcelo Solon. Prefácio de Celso Lafer. Apresentação de Tércio Sampaio Ferraz Júnior. São Paulo: Edipro, 2011. Título original: *Teoria dell'ordinamento giuridico*.

_____; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Tradução de Carmen C. Varriale et. al. 12. ed. Brasília: Universidade de Brasília, São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2002. Título original: *Dizionario di Politica*.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**: por um Direito Constitucional de luta e resistência por uma nova hermenêutica por uma repolitização da legitimidade. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **Ciência política**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

COSTA, Pietro. **Soberania, representação, democracia**: ensaios de história do pensamento jurídico. Tradução: Alexandre Rodrigues de Castro; Angela Couto Machado Fonseca; Érica Hartman; Ricardo Marcelo Fonseca; Ricardo Sontag; Sergio Said Staut Jr.; Walter Guandalini Jr. Curitiba: Juruá, 2010.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994.

_____. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. **Função social da dogmática jurídica**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

HOBBS, Thomas. **Leviatã: ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. Tradução de Rosina D'Angina. 1. ed. entre 1588-1679. São Paulo: Martin Claret, 2012.

HOBBS, Eric. **Era dos extremos: o breve século XX 1914-1991**. Tradução de Marcos Santarrita. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

HUNTINGTON, Samuel. **O choque de civilizações e a recomposição da ordem Mundial**. Tradução de M.H.C. Côrtes. Rio de Janeiro: Objetiva, 1996.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 8. ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. Título original: *Reine Rechtslehre*.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**. Tradução de Alex Marins. São Paulo: Martins Claret, 2011. Título original: *Two Treatises of Government*.

MAQUIAVEL, Nicolau. **O príncipe**. Tradução de Leda Beck. São Paulo: Martin Claret, 2012.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis**. Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996. Título Original: *De l'Esprit des Lois, ou du rapport que les lois doivent avoir avec la constitution de chaque gouvernement, les mœurs, le climat, la religion, le commerce, etc.* (1ª edição, 1748).

OLIVIERO, Maurizio. **Quale democrazia?** Itajaí: Univali, 2015. No prelo.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 13. ed. rev.atual.amp. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015.

PÁDUA, Marsílio de. **O defensor da paz**. Tradução e notas de José Antônio Camargo Rodrigues de Souza. Petropolis: Vozes, 1997 (1ª ed. entre 1275-1343).

DU PASQUIER. Claude. **Introduction à la theorie générale et à la philosophie du droit**. Paris, Sirey, 1937.

REALE, Miguel. **Fontes e modelos do direito: para um novo paradigma hermenêutico**. São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. **Lições preliminares de direito**. 25. ed. 22ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2001.

SEN, Amartya. **La démocratie des autres**. Paris: Payot et Rivages, 2006. p.12-13.

VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria da norma jurídica**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

VON IHERING, Rudolf. **A Luta pelo direito**. Tradução de João Vasconcelos. São Paulo: Martin Claret, 2009. Publicado pelo autor em Viena: Conferência da Sociedade Jurídica, 1872. Título original: *Der Kampf ums Recht*.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia**. Madrid: Editorial Trotta S.A., 2011. Título original: *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*.