

Formas jurígenas

Law production methods

Orlando Luiz Zanon Júnior¹

Universidade do Vale do Itajaí, Brasil

olzanon@yahoo.com.br

Resumo

O objetivo do presente texto é apresentar, classificar e descrever sinteticamente as principais formas jurígenas existentes na tradição jurídica brasileira, de acordo com a Teoria Complexa do Direito. A temática em tela integra as discussões atuais sobre o aperfeiçoamento da base teórica da Ciência Jurídica, nos seus aspectos descritivo e prescritivo, visando superar conceitos operacionais construídos nos moldes do Positivismo Jurídico, com a finalidade de propor avanços de perfil pós-positivista, sem implicar retrocesso ao já ultrapassado paradigma do Jusnaturalismo. Sem embargo, a evolução do entendimento sobre a dinâmica da produção jurídica recomenda a reconstrução de conceitos operacionais enraizados, para mais fielmente descrever a realidade e, assim, permitir a apresentação de soluções mais adequadas ao cenário atual, tendo como pano de fundo a tradição jurídica brasileira. As conclusões foram, em síntese, relacionadas com a indicação de existência de relações recíprocas e sistêmicas entre as Fontes Jurídicas materiais (Princípios Éticos, Doutrina e Costumes) e formais (Legislação, Jurisprudência e Políticas) que aprimoram a Ciência Jurídica, ante a superação da tese juspositivista da separação entre Direito e Moral. Quanto à metodologia empregada, destaca-se que na fase de investigação foi utilizado o método indutivo, na fase de tratamento de dados o cartesiano e o texto final foi composto na base lógica dedutiva. Nas diversas fases da pesquisa, foram acionadas as técnicas do referente, da categoria, do conceito operacional e da pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: fontes jurídicas materiais e formais, modos de produção do direito, teoria complexa do direito.

Abstract

The main objective of this paper is to present, classify and describe the main law production methods accepted in the Brazilian legal tradition, according to the Com-

¹ Universidade do Vale do Itajaí. Rua Uruguai, 458, 88302-202, Itajaí, SC, Brasil.

plex Law Theory. This text is part of the current discussions about the overcoming of Legal Positivism as the main paradigm of Legal Science, because of its descriptive and prescriptive flaws. To achieve this aim, it is necessary to rebuild the classic concepts of sources of law, norms and legal system. The findings were, in summary, related to the indication of the existence of reciprocal and systemic relations between the material Legal Sources (Ethical Principles, Doctrine and Traditions) and the formal ones (Legislation, Precedents and Policies). As for the methodology, it is emphasized that in the investigation stage we used the inductive method, in the data processing phase we used the Cartesian method and the final text was composed on the basis of deductive logics. In the various stages of the research we used the techniques of the referent, the category, the operational concept and literature survey.

Keywords: material and formal sources of law, law production methods, complex law theory.

Introdução

O objetivo do presente texto é apresentar, classificar e descrever sinteticamente as principais Formas Jurídicas existentes na tradição jurídica brasileira, de acordo com a Teoria Complexa do Direito².

A temática em tela integra as discussões atuais sobre o aperfeiçoamento da base teórica da Ciência Jurídica, nos seus aspectos descritivo e prescritivo, visando superar conceitos operacionais construídos nos moldes do Positivismo Jurídico, com a finalidade de propor avanços de perfil pós-positivista, sem implicar retrocesso ao já ultrapassado paradigma do Jusnaturalismo. Sem embargo, a evolução do entendimento sobre a dinâmica da produção jurídica recomenda a reconstrução de conceitos operacionais enraizados, para mais fielmente descrever a realidade e, assim, permitir a apresentação de soluções mais adequadas ao cenário atual, tendo como pano de fundo a tradição jurídica brasileira.

Com este desiderato, a hipótese a ser discutida diz respeito à necessidade de estabelecer aspectos adicionais para a divisão conceitual entre, de um lado, as Fontes Jurídicas, entendidas como os critérios disponíveis ao intérprete e aplicador para orientar e, assim, limitar a margem de manobra na construção de respostas, e, de outro, as Normas Jurídicas, como resultado da interpretação, decorrente da articulação dos referidos parâmetros de julgamento. No curso de tal discussão, será abordado o assunto da existência

(ou não) de influxos axiológicos nas Formas Jurídicas e seu impacto para a avaliação da tese da separação entre Direito e Moral.

Para tanto, o primeiro item tratará dos conceitos operacionais básicos de Fontes, Normas e Ordenamento Jurídico, com a finalidade de demarcar o espectro de abrangência da atividade de produção do Direito, bem como fixar a distinção entre as Fontes (argumentos com legitimidade para serem empregados na construção de determinações) e as Normas Jurídicas (resultado da articulação dos diversos critérios argumentativos).

O segundo item, por sua vez, diz respeito diretamente à exposição e discussão das diversas modalidades de produção do material jurídico, considerando as peculiaridades do cenário brasileiro. Outrossim, neste ponto, será reforçada a diferença entre as Fontes e os seus respectivos modos de produção (Formas Jurídicas).

Não é ocioso destacar que o presente texto visa, também, ampliar a discussão já tecida em artigo científico anterior (Zanon Júnior, 2013a), de modo a otimizar o marco teórico da Teoria Complexa do Direito.

Quanto à metodologia empregada, destaca-se que na fase de investigação foi utilizado o método indutivo, na fase de tratamento de dados o cartesiano e o texto final foi composto na base lógica dedutiva. Nas diversas fases da pesquisa, foram acionadas as técnicas do referente, da categoria, do conceito operacional e da pesquisa bibliográfica (Pasold, 2011).

² A Teoria Complexa do Direito é uma proposição de avanço teórico para a Ciência Jurídica (ou, caso se preferir, para a Teoria Jurídica) caracterizada por assimilar os ganhos do modelo do Positivismo Jurídico e propor modificações que visam, de um lado, aumentar sua fidelidade na descrição da realidade (âmbito descritivo) e, de outro, aprimorar sua resolubilidade prática (aspecto prescritivo). Não é ocioso destacar que se trata de uma proposta diferente das correntes neopositivista (Ferrajoli), substancialista (Dworkin), procedimentalista (Alexy) e pragmática (Posner), mormente porque voltada a um paradigma mais do que juspositivista, sem retrocessos ao superado padrão jusnaturalista. Maiores detalhes, ver Zanon Júnior (2015).

Fontes, Normas e Ordenamento Jurídico

Este primeiro item discorre sobre os conceitos operacionais básicos de Fontes, Normas e Ordenamento Jurídico, com a finalidade de demarcar premissas relevantes à compreensão e discussão das modalidades de produção do Direito.

Inicialmente, cabe assinalar que o paradigma do Positivismo Jurídico estabelece os seguintes conceitos operacionais básicos para a Ciência Jurídica: (a) as Fontes Jurídicas legítimas são exclusivamente os Textos Normativos elaborados pela autoridade competente (legislação e precedentes, conforme a vinculação ao *civil law* ou ao *common law*), salvo autorização normativa expressa para o acesso a outros elementos (como os princípios gerais do Direito, a doutrina e os costumes), visando à heterointegração; (b) as Normas são exclusivamente (ou, ao menos, preponderantemente) as Regras Jurídicas devidamente positivadas, as quais são passíveis de aplicação isolada, mormente nos casos considerados fáceis, segundo um raciocínio subsuntivo de perfil lógico dedutivo; e (c) o Ordenamento Jurídico corresponde a uma pirâmide de imperativos legais, escalonados hierarquicamente de acordo com critérios formais de validade, cujo ápice é a Norma fundamental pressuposta³.

Como já amplamente discutido em textos anteriores, tais conceitos operacionais são falhos na descrição da realidade (aspecto descritivo da Ciência) e, assim, não permitem a construção de soluções adequadas aos problemas que se apresentam no cenário jurídico (âmbito prescritivo das teorias)⁴. Notadamente, sem a intenção de retomar todos os detalhes de tal debate, cabe relembrar alguns comentários sobre a incorreção descritiva e a inadequação prescritiva da visão juspositivista.

Para tanto, cabe primeiro reconhecer que, efetivamente, os Textos Normativos merecem preponderar sobre os demais critérios de julgamento em um cenário democrático, mormente considerando o modelo prevalente de separação entre as funções legislativa

e judiciária⁵. Porém, não se pode olvidar que há um amplo leque de Fontes Jurídicas com elevada eficácia na construção das soluções para os diversos casos apresentados à jurisdição, cujo papel não é apenas viabilizar a heterointegração, pois inexoravelmente ingressam na atividade deliberativa, merecendo consideração pelo cientista jurídico.

Com efeito, consoante menciona Ronald Dworkin, cabe aos juristas envidar esforços para a compreensão de todos os critérios que são legitimamente aceitos como padrões de julgamento em determinada comunidade, não apenas um rol fechado de modalidades argumentativas⁶.

Também Aulis Aarnio ressalta que o Direito é um conceito amplo, que envolve não apenas critérios de julgamento formais (como a legislação escrita), mas também materiais (como questões axiológicas), mormente porque a realidade demonstra influxos de diversas ordens sobre a atividade deliberativa⁷.

Igualmente Jürgen Habermas (2003, p. 287) destaca que “o discurso jurídico não pode mover-se auto-suficientemente num universo hermeticamente fechado do direito vigente: precisa manter-se aberto a argumentos pragmáticos, éticos e morais que transparecem no processo de legislação e são enfeixados na pretensão de legitimidade de normas de direito”.

Seguindo este entendimento, mesmo em casos fáceis, quando já pacificadas ambiguidades e afastadas lacunas (anomia) e contradições (antinomias), ainda assim a tomada de decisão não se resolve apenas mediante a interpretação de um Texto Legal isoladamente para a construção de uma Regra aplicável por subsunção, mas sim através da articulação de argumentos, com graus de eficácia diferentes, para a formulação de uma Norma Jurídica resolutive.

Segundo, mais do que isto, as Normas Jurídicas não existem em abstrato no sistema (a já mencionada falácia da resposta perdida, explicitada em artigo anterior), mas sim são sempre o resultado de um processo deliberativo que articula as diversas Fontes Jurídicas le-

³ As referidas características foram apresentadas em artigo científico específico, após debatidas as peculiaridades das teses clássicas de Hans Kelsen, Herbert Hart e Norberto Bobbio, consoante consta do seguinte texto: Zanon Júnior (2016, p. 178-186).

⁴ As críticas sobre as teses centrais do Positivismo Jurídico foram expostas em longos textos anteriores, mediante cotejo e embate entre os textos de juspositivistas (Kelsen, Hart, Bobbio e Ferrajoli) e pós-positivistas (Dworkin, Alexy, Posner e Streck), cabendo remeter ao seguinte: Zanon Júnior (2013b).

⁵ Zanon Júnior (2015, p. 130): “Desconsiderar a importância das limitações impostas pelos textos positivos significa, nesta linha de pensamento, um retrocesso indevido aos postulados do Jusnaturalismo, o qual relativiza a importância da legislação em face de supostos direitos naturais, altamente abstratos e flexíveis, capazes de comportar qualquer tipo de solução, mormente em sociedades complexas e altamente heterogêneas, como a brasileira”.

⁶ Dworkin (2007, p. 35-36, p. 527, e, em especial, p. 119): “O meu ponto não é que o ‘direito’ contenha um número fixo de padrões, alguns dos quais são regras e outros, princípios. Na verdade, quero opor-me à ideia de que o ‘direito’ é um conjunto de padrões fixos de algum tipo”.

⁷ Aarnio (1991, p. 123): “Las nociones ‘razón de la interpretación jurídica’ y ‘fuente del derecho’ son equivalentes. Referida a esta práctica, la noción de fuente del derecho es en este trabajo definida de la siguiente manera: toda razón que -de acuerdo con las reglas generalmente aceptadas en la comunidad jurídica- puede ser usada como base justificatoria de la interpretación es una fuente del derecho”.

gítimas, de acordo com diferentes graus de eficácia, de sorte a demonstrar que a visualização da sua aplicação mediante simples subsunção é descritivamente falha⁸. Com efeito, está incorreta a tese juspositivista de que os Textos Normativos são interpretados para se criar uma Norma Jurídica abstrata que, posteriormente, será aplicada a um caso concreto mediante subsunção, separando os âmbitos de justificação interna (das próprias premissas) e externa (de efetiva aplicação).

Tal proposta é uma simplificação exagerada da realidade, pois supõe que a pessoa encarregada de decidir (por exemplo, o magistrado) focaliza apenas a legislação escrita para construir uma normatividade abstrata e, depois, sem maiores considerações, emprega tal construto abstrato mediante silogismo lógico dedutivo para resolver seu problema. Aliás, não basta admitir que outros critérios entrem em jogo na dinâmica decisória (como considerações éticas, programas políticos ou opiniões doutrinárias, por exemplo), porém descuidar de tais influxos na atividade decisória, sendo absolutamente necessário e estratégico tratar cientificamente sobre tal influência inexorável na atividade decisória, como um campo de investigação de grande relevância para uma área do saber especificamente voltada ao estudo da tomada de decisões (uma ciência – ou teoria política caso se preferir – da decisão).

Diversamente, é descritivamente mais correta a proposição pós-positivista de que todas as Fontes Jurídicas são consideradas pelo intérprete, observados os limites cognitivos do aplicador e a relevância do argumento para o caso, com a finalidade de construir uma Norma Jurídica resolutiva da problemática apresentada, mediante um processo mental complexo de articulação.

Notadamente, é preciso ter claro e preciso que a pessoa incumbida de deliberar, em um primeiro momento, antes de fixar as premissas de julgamento, considera os aspectos fáticos da situação apresentada, de modo a descortinar um grande leque de opções possíveis, em uma ampla esfera de possibilidades fáticas. Ou seja, mediante uma desconstrução com finalidade apenas explicativa do processo de interpretação e aplicação, é possível apresentar uma fase inicial caracterizada pelo instante em que o tomador de decisão é apresentado às características fáticas em tela. Somente depois de se aproximar dos detalhes fáticos controversos, então, é efetuado o esforço de verificação de quais são os argumentos legítimos que podem ser invocados

para recomendar determinados direcionamentos, ou seja, só então que se inicia a fase de articulação das diversas Fontes Jurídicas aplicáveis ao caso, observada a sua eficácia na tradição jurídica respectiva. Outrossim, na medida em que a pessoa é apresentada às peculiaridades concretas, ela passa a considerar os argumentos para a tomada de posicionamento em um sentido ou em outros, mediante um esforço de conformação das diversas Fontes Jurídicas relevantes. Ato contínuo (ou melhor, composto), a articulação dos diversos argumentos reduz a discricionariedade decisória, visando reduzi-la a um mínimo de margem de manobra, até resultar no quadrante de alternativas razoáveis ao intérprete e aplicador. Daí que a decisão revela a complexidade de funcionamento do córtex cerebral, para o fim de, diante de um problema surgido na faticidade, articular sua base de conhecimento para dela extrair os argumentos legítimos (aceitos na tradição jurídica) para o fim de encontrar a resposta mais adequada ao sistema (ainda que seja para descumpri-la, afinal, os argumentos orientam o que deve ser, não o que efetivamente será)⁹.

E terceiro, como decorrência das considerações anteriores, o Ordenamento Jurídico não pode ser conceituado com um conjunto de Normas Jurídicas escalonadas formalmente, porquanto estas não existem em abstrato, sendo sempre caracterizadas pela faticidade concreta da situação problemática cuja solução visam orientar (no sentido de dever ser). Sem embargo, antes do advento do caso concreto específico, o sistema jurídico merece ser visualizado como um conjunto de Fontes Jurídicas, que orbitam o núcleo representado pelo subsistema constitucional, o qual serve de âncora para fixar o sistema e limitar o agrupamento de argumentos que são compatíveis com ele.

A breve análise acima não visa esgotar a descrição sobre a rearticulação pós-positivista dos conceitos operacionais de Fontes, Normas e Ordenamento Jurídico, mas sim relembrar alguns pontos centrais da Teoria Complexa do Direito, que superou o Positivismo Jurídico sem concessões ao modelo jusnaturalista (ou seja, propôs um paradigma mais do que juspositivista, não menos). Daí que a síntese antes apresentada demonstra que a superação de um paradigma científico, inclusive no campo jurídico, não se resolve apenas mediante a desconstrução de conceitos operacionais de base, mas também pode decorrer apenas de uma mudança de visualização dos fenômenos (ou seja, enxergá-los sob ou-

⁸ A falácia da resposta perdida (*lost answer fallacy*) é a “ficção metafísica de que as Normas Jurídicas existem em abstrato, sob a forma de pré-respostas perdidas em um sistema jurídico (*floating out there*), aguardando a ocorrência posterior de casos concretos que visam resolver, mediante silogismo lógico dedutivo” (Zanon Junior, 2015, p. 228).

⁹ Sobre a complexidade da operação de deliberação jurídica, ver Zanon Junior (2015, p. 197-204).

tro ângulo ou prisma de análise), como na forma acima apresentada, de modo a permitir uma mais adequada visualização da realidade. Outrossim, trata-se apenas de um lembrete para permitir a continuidade do desenvolvimento do presente artigo científico, que é construído adotando o referido marco teórico pós-positivista, caracterizado por esforços de fidelidade descritiva e de maior resolubilidade prática.

Nessa trilha lógica, após brevemente relembrada a necessidade de construção de uma nova visão sobre as teorias das Fontes, Normas e Ordenamento Jurídico, cabe apresentar os novos conceitos operacionais que a espelham, em atenção ao escopo precípua deste primeiro item do texto.

As *Fontes Jurídicas*, em uma frase, são os argumentos teóricos (elementos de determinação) admitidos pelo Direito como legítimos limitadores para a tomada de decisões em uma Sociedade específica. Isto significa que, dentre os inúmeros critérios que podem ser pesquisados e invocados para determinar e amparar uma decisão, somente alguns são considerados legítimos em cada tradição jurídica. E, dentre estes considerados válidos, é necessário estabelecer graus de eficácia distintos, de modo a viabilizar a cognição da força que possuem em cada comunidade específica. Uma vez fixada sua validade e eficácia, cabe acentuar que sua característica precípua é justamente limitar a amplitude decisória do intérprete e aplicador, haja vista que sua incidência aponta determinados direcionamentos que, caso inobservados, recomendam esforço argumentativo exposto à fiscalização democrática, para o fim de evitar as críticas de ignorância ou corrupção¹⁰.

Daí que um dos aspectos que demonstra a vocação da Teoria Complexa do Direito para aprimorar a Ciência Jurídica reside em majorar o grau de Segurança Jurídica promovido pelo modelo anterior do Positivismo Jurídico, justamente por agregar os outros elementos argumentativos empregados na atividade deliberativa como limitadores adicionais da margem de manobra, em vez de permitirem uma abertura interpretativa. Neste particular, cabe destacar que mesmo pós-positivistas da corrente pragmática, a exemplo de Richard Posner, admitem a importância da busca pela redução da discricionariedade judicial, ainda que ausente método para eliminá-la completamente¹¹.

Dito isto, quanto às modalidades (quais são) e à eficácia (força) das Fontes Jurídicas, cabe mencionar que,

segundo a tradição jurídica brasileira, o discurso admite o emprego, a um, de Textos Normativos (*statutes*) com força intransponível, a dois, de Princípios Éticos/Jurídicos com eficácia intransponível (se expressa), vinculante (se tácita) ou meramente limitada (acaso ainda não incorporados formalmente), a três, de Jurisprudência com eficácia decisiva (salvo legislação estabelecendo a vinculação), a quatro, das Políticas Executivas com eficácia decisiva, a cinco, de Doutrina de influentes pesquisadores, notadamente da área jurídica, mas sem descuidar da interdisciplinaridade, com força limitada, e, a seis, dos Costumes reiteradamente verificados na comunidade, com força limitada. Ainda ao lado destes seis elementos, são passíveis de aceitação outros argumentos técnicos, advindos de outros campos de conhecimentos (estudos interdisciplinares), a depender da capacidade para vinculá-los argumentativamente ao discurso jurídico, ou seja, com influência limitada.

O *Ordenamento Jurídico*, por sua vez, é o conjunto sistêmico de elementos de determinação (ou seja, de Fontes Jurídicas) adotados em determinada comunidade, sob a forma estrutural de uma órbita centralizada formal e materialmente pela Constituição¹².

A partir do momento em que restou ultrapassada a ideia de exclusividade da legislação positiva como parâmetro de julgamento exclusivo ou suficiente isoladamente, é preciso estabelecer uma visualização que permita melhor compreender a pertinência das diversas Fontes Jurídicas legítimas ao sistema. Logo, não basta enxergá-lo apenas como uma pirâmide de escalonamento formal de textos legais, sendo necessário incorporar todos os argumentos efetivamente empregados na atividade decisória e que, portanto, não podem ser considerados à margem ou irrelevantes ao conceito de Direito, de modo a permitir uma teoria jurídica completa. Daí que a Teoria Complexa do Direito recomenda a visualização de um sistema orbital centralizado pelo subsistema constitucional, que exerce forças centrípeta, centrífuga e irradiante sobre os demais subsistemas (civil, criminal, processual, ambiental, eleitoral, etc.) e microsistemas (consumidor, empresarial, etc.).

Tal proposta estrutural do Ordenamento Jurídico, visualizado, *grosso modo*, como uma galáxia de Fontes Jurídicas, tem inúmeras vantagens técnicas sobre a tese da pirâmide juspositivista, quais sejam, primeiro, a adequada inserção no sistema dos argumentos que são aceitos pela tradição jurídica, além dos Textos Normativos

¹⁰ Sobre o conceito operacional de Fontes Jurídicas segundo a Teoria Complexa do Direito, ver Zanon Júnior (2015, p. 159-163).

¹¹ Posner (2007, p. 81): "É desejável minimizar a discricionariedade das autoridades, inclusive a dos juizes, mas indesejável – e também impossível – eliminar totalmente a discricionariedade oficial".

¹² Sobre o conceito operacional de Ordenamento Jurídico segundo a Teoria Complexa do Direito, ver Zanon Júnior (2015, p. 187-194).

(ou seja, o reconhecimento de que Princípios Éticos/Jurídicos, Jurisprudência, Políticas, Doutrina e Costumes integram validamente o sistema, embora com graus de eficácia distintos); segundo, escoreito posicionamento do Direito Constitucional no centro do sistema, como a estrela de um sistema solar, de onde dimana força centrífuga (expurga os preceitos que são compatíveis com ele), centrípeta (atrai ao sistema os elementos compatíveis) e irradiante (informa a interpretação dos demais subsistemas); terceiro, tal proposta apresenta uma correta departamentalização dos diversos subsistemas e microssistemas, de modo a organizar estruturadamente o Ordenamento; e, quarto, permite e facilita a compreensão de fenômenos de pluralismo jurídico e de transnacionalidade, na medida em que o sistema pode integrar estruturas maiores (como uma galáxia inserida num universo, por exemplo) ou menores (como uma lua orbitando um planeta, ilustrativamente).

Por fim, a *Norma Jurídica* é o resultado da produção normativa na modalidade aplicação, com pretensão de correção, consistente na articulação das Fontes Jurídicas para a formulação de um direcionamento de conduta diante de determinados fatos aferidos por aproximação¹³.

Outrossim, de acordo com os conceitos operacionais antes expostos, a pessoa encarregada de tomar uma decisão (por exemplo, um juiz) não dispõe de uma Norma Jurídica passível de ser simplesmente aplicada ao caso, cabendo-lhe construí-la para cada situação concreta que lhe é submetida, de acordo com os detalhes fáticos específicos, mediante a articulação do material jurídico que lhe está disponível, consubstanciado precisamente no conjunto de Fontes Jurídicas reconhecidas em sua respectiva tradição jurídica. Logo, as Normas Jurídicas não são Regras, Princípios ou Políticas, mas sim o resultado do processo deliberativo, mediante a articulação dos argumentos válidos em determinado cenário, geralmente exposta sob a forma de fundamentação escrita a ser submetida à sindicabilidade democrática, oportunidade em que retroalimenta o sistema, porquanto tal exposição escrita pode, eventualmente, ser empregada como Jurisprudência em deliberações posteriores.

Somente após fixadas estas ideias inaugurais, mais amplamente discutidas em obra específica e aqui apenas lembradas sinteticamente, viabiliza-se a abertura do segundo item do texto, para onde se remete a discussão das diversas formas de produção das Fontes Jurídicas (ou seja, Formas Jurígenas).

Modalidades de produção do Direito

Neste segundo item, como já assinalado acima, serão empregados os conceitos operacionais apresentados no trecho anterior para viabilizar a exposição das diversas modalidades de produção do Direito, considerando as peculiaridades do cenário brasileiro.

Inicialmente, cabe destacar que, em texto publicado anteriormente (Zanon Junior, 2013a), foram destacadas duas formas de produção jurídica, consistentes na Positivção, que resulta em Textos Normativos, e na Aplicação Judicial, que resulta na Norma Jurídica e, consequentemente, na Jurisprudência. Cabe aqui, como já mencionado na introdução, primeiro, estabelecer a diferença entre as Fontes Jurídicas materiais e formais; e, segundo, relembrar ambos os referidos fenômenos acima (Positivção e Aplicação Judicial) e, ainda, ampliar a descrição para explicitar as demais modalidades jurígenas, ou seja, a dinâmica produtiva aplicável às demais Fontes Jurídicas, consistentes na Discussão Pública, na Prática Social, na Produção Científica e na Programação Governamental.

Fontes Jurídicas materiais e formais

Quanto ao primeiro subitem, cabe destacar que as Fontes Jurídicas podem ser materiais ou formais, consoante uma proposta de desenvolvimento de classificação já clássica em nossa tradição jurídica.

Ainda que a proposta aqui seja rearticular tal classificação, parte-se da ideia inicial, explicitada por Dimitri Dimoulis (2011, p. 166-167, 283), de que as “fontes materiais ou genéticas” são “os fatores que criam o direito, dando origem aos dispositivos válidos”, enquanto, de outro lado, as fontes formais são locais onde se encontram os dispositivos filtrados pela autoridade pública competente.

Fontes Jurídicas materiais

Em sintonia com o marco teórico adotado, modifica-se a classificação clássica para conceituar as *Fontes Jurídicas materiais* como o conteúdo passível de influenciar a tomada de decisões pelas pessoas em Sociedade. Trata-se das bases de conhecimentos que são artificialmente produzidas e servem para justificar uma deliberação em determinado sentido. Logo, refletem a substância de que é constituído todo o Ordenamento Jurídico.

¹³ Sobre o conceito operacional de Normas Jurídicas segundo a Teoria Complexa do Direito, veja-se: Zanon Junior (2015, p. 197-215).

Precisamente por não decorrem de produção estatal formal, tal modalidade de Fontes Jurídicas tem apenas as dimensões da existência (mediante aferição antropológica e sociológica), do peso (pertinência material ao caso, construída argumentativamente) e da eficácia (aplicabilidade e respeitabilidade no cenário social). Ora, por não terem ainda passado pelos filtros formais decorrentes da instituição do Estado, elas carecem das dimensões da validade (peso segundo hierarquia da autoridade estatal) e da vigência (período de validade)¹⁴.

Outra decorrência de não terem formalização estatal é o seu grau de eficácia ser meramente limitado. Isto se justifica ainda pelo fato de sua aferição ser mais dificultosa, porquanto derivam de situações diluídas no tecido social, que demandam análises antropológicas e sociológicas para sua delimitação e compreensão.

Na tradição jurídica brasileira (e, possivelmente, na grande maioria dos cenários), é possível identificar as seguintes modalidades:

(a) *Princípios Éticos*, que são o conjunto de valores compartilhados em Sociedade, considerando o embate dos diversos grupos de maiorias e minorias sobre as opções axiológicas para a determinação de condutas. No ponto, cabe referir ser inegável que tais preceitos são levados em consideração pelas pessoas no momento de decidir, inclusive quando elas ocupam posições de autoridade na esfera estatal, mesmo que haja o esforço para suspensão dos preconceitos pessoais em favor de critérios mais objetivos.

Tanto é assim que Herbert Lionel Adolphus Hart reconheceu que “nenhum ‘positivista’ poderia negar esses fatos ou recusar-se a admitir que a estabilidade dos sistemas jurídicos depende em parte desses tipos de correspondência com a moral. Se é isso o que se postula como a ligação necessária entre o direito e a moral, sua existência deve ser reconhecida” (Hart, 2009, p. 264). E, ato contínuo, afirmou que “muito se deve a Dworkin por ter demonstrado e ilustrado a importância e a função dos princípios no pensamento jurídico, e foi de fato um grave erro de minha parte não ter enfatizado sua força não-conclusiva” (Hart, 2009, p. 339).

Dito isto, neste particular, cabe diferenciar as opções morais, que refletem a opinião individual subjetiva, das considerações éticas, que derivam da convergência de certos critérios de moralidade para um determinado agrupamento social, sem desconsiderar as inegáveis

influências recíprocas entre os dois referidos níveis. Tal divisão é relevante porque, apesar de serem inegáveis os influxos de ambos os âmbitos morais no momento de decidir, somente a eticidade revela legitimidade aceitável, por ultrapassar a esfera subjetiva pessoal e atingir maior grau de consenso social.

Cabe referir que passam a ser chamados de *Princípios Jurídicos* quando inseridos em Textos Normativos (Legislação), na Jurisprudência ou em Políticas Executivas, oportunidade em que passam a adquirir a eficácia referente à Fonte Formal respectiva.

Por fim, assevera-se que esta modalidade de elemento de determinação pode até ser objeto de revogação quando estiver positivada, mas somente deixa efetivamente de ser empregada na produção normativa quando o valor impregnado deixar de ser significativo para os aplicadores, mediante derruição (ou erosão) de sua importância em determinada cultura.

(b) *Doutrina (communis opinio doctorum)*, que consiste nas bases de conhecimentos técnicos disponíveis para auxiliar na tomada de decisão, com preponderância da modalidade científica dos saberes, notadamente no ramo de estudos jurídicos (de uma Ciência ou Teoria Jurídica, conforme se confira o respectivo *status* científico para tal campo de investigação).

Muito embora não seja vinculante, sua importância não pode ser desprezada, haja vista seu reiterado e inafastável emprego na formação da matriz disciplinar que orienta o pensamento técnico (e jurídico) de determinada comunidade, forjando conceitos operacionais a serem empregados pelos profissionais da área, de modo a organizar os problemas e as soluções modulares para cada campo do conhecimento. Cabe aqui destacar que todos os ramos de estudo integram o conceito doutrinário, mormente porque se concorda com a análise de Posner (2007, p. 587) no sentido de que “a teoria jurídica interdisciplinar é inevitável”.

Neste particular, importa assinalar que, muito embora todo conhecimento disponível ao intérprete possa influenciar no momento de tomada da decisão, a produção científica adquiriu historicamente maior relevância e força persuasiva, precisamente em razão do emprego de métodos que asseguram maior publicidade e a submissão a parâmetros mais rígidos de controle, conforme os trabalhos da crítica acadêmica. Outrossim, as espécies mitológicas, religiosa, vulgar (senso comum)

¹⁴ No ponto, cabe destacar que Ronald Dworkin tratou da tese de que os Princípios Éticos carecem da dimensão de validade. Segundo ele, “parece estranho falar de um princípio como sendo válido, talvez porque validade seja um conceito do tipo tudo ou nada, apropriado para regras, mas incompatível com a dimensão de peso, própria de um princípio” (Dworkin, 2007, p. 65-66). Porém, discorda-se dele apenas e especificamente quando afirma que os Princípios Éticos não podem adquirir a dimensão da validade, haja vista que são passíveis de inserção em Legislação, Jurisprudência e Políticas executivas, tornando-se propriamente Princípios Jurídicos, em sentido estrito ou formal.

e filosófica, apesar de passíveis de influenciar a pessoa encarregada de decidir, são geralmente superadas por argumentos de natureza científica.

(c) *Costumes* são ocorrências fáticas cuja reiteração ao longo do tempo gera expectativas em determinada comunidade¹⁵. Em outras palavras, consubstanciam práticas reiteradas no cenário social que, igualmente, são consideradas pelo hermenêuta, haja vista conformarem as tratativas cotidianas de uma determinada cultura.

Fontes Jurídicas formais

As *Fontes Jurídicas formais*, por sua vez, correspondem à formalização dos critérios materiais antes mencionados em substrato institucional, geralmente em textos oficiais, com a finalidade de padronização das substâncias prevalentes em determinado Estado.

Com efeito, as Fontes Jurídicas formais decorrem da filtragem daqueles materiais antes explicitados, com a finalidade de confirmar as opções axiológicas, técnicas e costumeiras praticadas em determinado cenário social, mediante atuação das autoridades estatais, de modo a ampliar o grau de segurança jurídica. No mesmo sentido, Jean-Louis Bergel (2006, p. 54) destaca que “o reconhecimento das fontes formais do direito e do caráter obrigatório das regras que delas [das fontes] se originam supõe um ‘estado de direito’”. Logo, trata-se apenas de formas do Estado (Legislação, Jurisprudência e Políticas), geralmente textuais, que incorporam o substrato material imanente na Sociedade (Princípios Éticos, Doutrina e Costumes).

Em razão de serem conteúdos filtrados pelas autoridades estatais, possuem as dimensões da existência (efetiva formalização em peças oficiais), da validade (formal), da vigência (temporal) e da eficácia (aplicabilidade social).

Precisamente para efetivar sua prevalência no âmbito de determinado Estado, o sistema estabelece graus de eficácia superiores ao meramente limitado, atingindo as forças decisiva, vinculante ou até intransponível. Ora, embora sejam derivadas das Fontes Materiais,

adquirem maior grau de eficácia justamente em razão da institucionalização, a qual reflete a formalização de análise de predominância das opções axiológicas, técnicas e costumeiras.

Na cultura brasileira (e, possivelmente, na grande maioria dos cenários), é possível identificar as seguintes modalidades:

(a) *Texto Normativo (ou Legislação)*, que consiste na expressão escrita em vernáculo com vista a delimitar a margem decisória das pessoas em determinada Sociedade, cuja elaboração cabe às autoridades legiferantes legitimadas politicamente, em representação da força predominante na comunidade.

Sobre a temática, Friedrich Müller (2009, p. 32) destaca que “o texto determina os limites extremos de possíveis variantes no significado”; ou seja, “no interesse de uma clareza constitucional e da determinidade pelos princípios do Estado de Direito, o texto da prescrição deve ser tratado como limite de concretização em circunstâncias a serem detalhadas” (Müller, 2008, p. 81).

Daí que a legislação estatal representa o corpo de referência principal e inderrogável, de observância obrigatória para todas as demais autoridades políticas (gestores públicos e juízes) e pessoas jurídicas e físicas com operações decisórias dentro da área abrangida pelo Estado, consoante a premissa máxima da submissão de todos à lei, basilar nas Sociedades democráticas modernas¹⁶.

(b) *Jurisprudência*, por sua vez, consiste no conjunto de textos que expressam decisões anteriores das autoridades públicas, mormente as judiciais, cuja medida de força depende de previsão normativa e da tradição jurídica de cada comunidade.

A importância da jurisprudência reside, a um, na previsibilidade de eventuais decisões que podem emergir caso a controvérsia seja encaminhada ao Estado (geralmente pela via jurisdicional), para dissipação forçada, e, a dois, na manutenção da coerência na adjudicação, de modo a tratar casos similares da mesma maneira (raciocínio analógico)¹⁷.

¹⁵ García (2010, p. 119): “La repetición uniforme y generalizada de una conducta es un elemento imprescindible para que se pueda hablar de costumbre, pero no es suficiente para definir cuándo se está ante una costumbre jurídica. A este respecto, se suele afirmar que tiene que darse además la *aceptación de la costumbre como algo obligatorio*. Esto es, que la aceptación generalizada de la costumbre no sea automática, sino que se produzca como consecuencia de una cierta conciencia o consideración de su obligatoriedad”.

¹⁶ Dworkin (2010, p. 168): “Não obstante, a interpretação textual é parte essencial de qualquer programa mais amplo de interpretação constitucional, pois o que foi realmente afirmado pelos constituintes é sempre, no mínimo, um componente importante de qualquer argumentação constitucional que se pretenda verdadeiramente interpretativa”.

¹⁷ Streck (2011, p. 368): “Se é despidiendo dizer que o sistema jurídico brasileiro não está sustentado em análise de precedentes, como a *common law*, é necessário lembrar, entretanto, que tal circunstância não retira a importância dos precedentes jurisprudenciais. Ao contrário: uma aplicação integrativa e coerente do direito deve, necessariamente, levar em conta o modo pelo qual determinado tribunal ou como os outros tribunais do país vêm decidindo determinada matéria. A *coerência assegura a igualdade*, isto é, que os diversos casos terão a igual consideração por parte dos juízes”. E Posner (2007, p. 110) afirma: “A estrutura hierárquica de um sistema jurídico e o desejo de estabilidade que se acha embutido na doutrina do *stare decisis* podem fomentar a justiça em diversos sentidos, tornando as decisões judiciais mais aceitáveis ao público leigo e reduzindo a incerteza, mas impedem a busca da verdade”.

(c) *Políticas Executivas* são os programas estabelecidos pelos órgãos de governo para plasmar a prosperidade coletiva, através de investimentos públicos, intervenção na economia, relações interestatais, acordos políticos e focalização de metas, em observância à legislação e aos vetores principiológicos.

Não se trata de valores (e, portanto, não se confundem com eles nem com os Princípios Éticos/Jurídicos), mas sim de estratégias programadas para o atingimento de determinadas finalidades de governo, estando vinculadas à Legislação (e, em certos casos, à Jurisprudência) em sentido amplo.

Muito embora não possuam força vinculante, trata-se de planos declarados de atuação governamental que acabam por influenciar decisivamente a totalidade das decisões tomadas em Sociedade. Com efeito, as deliberações geralmente receberam influxos das metas fixadas pela administração estatal e, quando consideradas voltadas à eticidade (valores compartilhados) e destinadas à promoção do bem-estar coletivo, são geralmente consideradas relevantes pelos órgãos de interpretação e aplicação.

Modalidades de produção do Direito

Após ultrapassada a classificação das Fontes Jurídicas, cabe ingressar na explicitação das respectivas modalidades jurídicas, ou seja, na discussão da dinâmica produtiva aplicável às Fontes Jurídicas, tanto as materiais (Discussão Pública, Produção Científica e Prática Social) como as formais (Positivação, Aplicação Judicial e Programação Governamental).

Logo, este texto visa dissipar a confusão entre os conceitos de Fontes Jurídicas (argumentos passíveis de determinar e justificar uma decisão) e os respectivos modos de produção¹⁸.

Modalidades de produção material

Cada uma das modalidades de Fontes Jurídicas materiais deriva de um específico modo de produção substancial, ou seja, de uma forma específica de produção artificial do conhecimento.

Denota-se que cada uma destas Formas Jurídicas tem especificidades, porém, certamente merecem ser consideradas as influências recíprocas entre elas.

Também não se deve olvidar que os elementos axiológicos, científicos e costumeiros, todos decorrentes dos modos de produção material, ingressarão, posterior e parcialmente, nos modos de produção formal e, assim, adquirirão maior eficácia institucional, conforme será abaixo assinalado.

Prosseguindo, cabe tratar de cada uma das modalidades de produção de conteúdos passíveis de influenciar a tomada de decisões, de forma individualizada, conforme exposto na sequência:

(a) *Discussões Públicas (Princípios Éticos)* significam os diversos âmbitos de debate popular que conformam os pontos de convergência moral em determinado agrupamento social e, assim, constroem os respectivos parâmetros prevalecentes de moralidade política.

Conforme já destacado em artigo científico específico sobre o tema, menciona-se que a convivência humana em agrupamento enseja a necessidade de discussões sobre temas sensíveis, referentes à divisão de recursos finitos, à definição sobre a reprodução e filhos, à distribuição de tarefas e responsabilidades, às garantias de subsistência, etc. Enfim, é necessária a discussão sobre as divergências morais de cada um para estabelecer disciplinas em todos os temas necessários à interação intersubjetiva, ainda que tais parâmetros de convivência sejam fixados apenas episódica ou gradualmente, na medida em que os problemas aparecem. Daí que cada um dos envolvidos possui seus próprios critérios morais, porém, no desenrolar desta convivência, serão factualmente forçados a definir algumas áreas de convergência de padrões axiológicos, seja mediante consenso, por imposição do mais forte ou qualquer outra forma de definição de tal uniformização valorativa (como de fato historicamente ocorreu). É então que surge a Ética, consistente justamente no conjunto de Princípios Éticos que fixam tal disciplina de convivência. Com esta delimitação do que é valorativamente certo ou errado, os membros do agrupamento podem conduzir suas condutas com maior previsibilidade quanto às decisões que tomarem, de modo que, caso optem por desrespeitar os acordos intersubjetivos, devem estar preparados para eventuais consequências, como vergonha perante os demais, futuras negativas de negociação ou de reprodução, dentre muitas eventuais outras. Dado o caráter intersubjetivo dos ditames éticos, os demais integrantes do grupo podem modificar sua conduta com relação

¹⁸ Há autores que separam analiticamente as duas categorias (Fontes Jurídicas e Formas Jurídicas) e, assim, apresentam conceitos operacionais ambíguos para a primeira delas, a exemplo de Bergel (2006, p. 53) e de Sanchís (2010, p. 157). Este texto propõe a consideração analítica apartada de cada um deles, como mais um dos pontos de reestruturação, de modo a contemplar a proposição da Teoria Complexa do Direito.

àqueles que são apanhados infringindo postulados socialmente importantes.

Daí que este modo de produção está intrinsecamente ligado com a noção de opinião pública, a qual inevitavelmente influencia as várias deliberações em Sociedade e, inclusive, as autoridades públicas no momento da posterior construção dos critérios formais, através dos filtros estatais, consoante será adiante exposto.

(b) *Produção Científica (Doutrina)* consiste na elaboração de conhecimento técnico sobre diversos aspectos (inclusive os temas jurídicos), com vista à fidelidade na descrição da realidade (âmbito descritivo) e à resolubilidade prática (aspecto prescritivo), os quais são submetidos a métodos rigorosos, de modo a adquirir ampla publicidade e considerável grau de confiabilidade.

Outrossim, trata-se da forma de elaboração do conhecimento e da tecnologia disponível para tomar decisões em vários aspectos da vida, observada a atual estrutura fortemente influenciada e controlada pelos meios acadêmicos.

No assunto, cabe reiterar que efetivamente existem outras modalidades de conhecimento passíveis de influenciar a tomada de decisões, como o mitológico, o religioso, o vulgar (senso comum) e o filosófico. Porém, no cenário brasileiro (e, em geral no âmbito mundial) prepondera a força persuasiva dos critérios científicos, precisamente porque submetidos a métodos rigorosos que lhes conferem maior divulgação e respeitabilidade.

Dentre os diversos ramos científicos, cabe destacar que os estudos específicos da Ciência Jurídica (ou caso se preferir lhe negar o *status* científico, da Teoria do Direito) adquirem considerável importância, porque produzem teses repassadas na formação das categorias profissionais diretamente envolvidas com a criação dos critérios formais de julgamento, como juízes, promotores, defensores e advogados, os quais passam a empregá-los como base de conhecimento.

(c) *Práticas Sociais (Costumes)* são as diversas condutas tomadas em Sociedade, por motivações das mais diversas, com considerável uniformidade e regularidade temporal, de modo a gerar a constituição de praxes em diversos âmbitos de atuação humana.

Trata-se, outrossim, do modo de produção dos costumes práticos em diversas áreas do convívio social, notadamente no funcionamento dos empreendimentos e das instituições, de modo a adquirir uma força cogente.

Modalidades de produção formal

Os conteúdos antes mencionados (Princípios Éticos, Doutrina e Costumes), decorrentes dos seus respectivos modos de produção (Discussões Públicas, Produção

Científica e Práticas Sociais), conformam a atuação das diversas pessoas em Sociedade e, notadamente, dos agentes públicos encarregados da uniformização dos critérios de julgamento. Como decorrência, as referidas autoridades formais empregam alguns métodos de filtragem do conteúdo dimanado dos diversos setores da Sociedade e, através de procedimentos específicos, submetidos à fiscalização pública, produzem os parâmetros de julgamento formais, que adquirem maior certeza e eficácia.

Notadamente em cenários altamente heterogêneos, em que os grupos que compõem as diversas comunidades divergem entre si sobre quais os melhores critérios axiológicos, técnicos e práticos que merecem reger a tomada das decisões em Sociedade, ganham destaque os critérios que integram a noção formal de Direito. Daí que a adoção de filtros formais, para a produção política de parâmetros de julgamento, adquire importância para delimitar as forças das maiorias (e, idealmente, preservar os interesses fundamentais das minorias) e, assim, construir o agrupamento das Fontes Jurídicas formais, que integram o conceito de Direito em sentido estrito.

Logo, os Princípios Éticos (axiologia), a Doutrina (considerações técnicas) e os Costumes (praxes sociais) merecem ser levados em consideração pelas autoridades políticas para a construção dos Textos Normativos (ou Legislação) mediante o processo de Positivização, da Jurisprudência através da Aplicação Judicial e das Políticas Executivas por Programação Governamental.

No ponto, cabe destacar que os respectivos modos de produção não observam apenas os conteúdos materiais referidos, mas também são reciprocamente influentes entre si, como uma decorrência lógica de sua eficácia formal. Isto significa que, por exemplo, o congressista, ao estabelecer uma legislação ordinária, merece observar a força dos dispositivos constitucionais (hierarquia formal superior) e, ainda, em certa medida, dos precedentes tomados em sede de controle de constitucionalidade e, também, não olvidar as Políticas Executivas em andamento. A complexa articulação dos diversos graus de eficácia recíproca entre os padrões formais representa uma característica específica de cada regime jurídico e, certamente, demanda aprofundamentos em textos específicos, muito embora a ressalva seja pertinente no presente documento como um lembrete para dissipar eventual dúvida.

Dito isto, cabe apresentar as Formas Jurígenas prevalecentes na tradição jurídica brasileira:

(a) *Positivização (Textos Normativos ou Legislação)* é o processo mediante o qual o legislador fixa uma forma escrita com a finalidade de delimitar a amplitude decisória das pessoas (principalmente das autoridades

públicas, com especial enfoque nos juízes), de modo a estabelecer um parâmetro mais rígido e seguro das expectativas quanto às consequências de determinadas condutas, ampliando a preservação da segurança jurídica (certeza do Direito).

Durante o processo legiferante, o parlamentar (ou outra autoridade com delegação específica para produzir textos legais) é influenciado por diversos fatores éticos, técnicos (notadamente das ciências econômicas, sociais, biológicas e outras) e práticos, visando conformar a redação de um texto limitador da margem de decisão (uma legislação), de modo que seja efetuada com determinados direcionamentos. Porém, a partir do momento em que uma redação é fixada e promulgada (ou imposta, em um indesejável cenário autoritário), ela se desvincula de forma considerável dos motivos que ensejaram fosse elaborada, passando a constituir um elemento de determinação autônomo da capacidade decisória.

A positivação, nesta ótica, representa o nascimento do elemento mais incisivo e prevalecente para a tomada de decisões em Sociedade, justamente o Texto Normativo, ou seja, uma construção gramatical que limita a liberdade de atuação das pessoas em Sociedade, amarrando as expectativas quanto às consequências de ações dentro da tradição interpretativa de sua construção semântica.

Importa referir que a tarefa institucional do legislador não é a de criar Normas Jurídicas, haja vista que ele não se coloca diante de um problema pontual e específico surgido na faticidade, para resolvê-lo mediante uma Decisão voltada às especificidades concretas, de acordo com as Fontes Jurídicas legítimas. Sua tarefa é mais ampla, pois envolve um planejamento político para a comunidade integralmente considerada, no sentido de estabelecer parâmetros que determinem as deliberações pelos integrantes do corpo social, de forma vinculante, segundo a premissa da submissão de todos perante a lei. Com efeito, cabe ao legislador captar os diversos influxos axiológicos, tecnológicos e práticos emergentes da Sociedade e, de acordo com eles, produzir uma orientação escrita acerca de como as pessoas devem se conduzir diante de determinados casos, de modo a estabilizar padrões de conduta e, assim, fixar diretrizes seguras a serem seguidas, fortalecendo a certeza jurídica. E tal padrão de comportamento é justamente o Texto Legislativo, que serve de referência para a tomada de decisões sociais, como elemento de determinação preponderante.

Da ampla atribuição política de governar a Sociedade, cabe ao Poder Legislativo a função de estabelecer

os elementos escritos (*statutes*) que fixam os limites das decisões a serem tomadas por todos, inclusive os demais poderes (Executivo e Judiciário), sem olvidar os demais participantes mais influentes sobre o desenrolar civilizatório (instituições financeiras, conglomerados empresariais, partidos políticos, etc.). Segundo tal abordagem, o parlamentar deve observar as formalidades do processo legislativo fixado para a respectiva comunidade (no caso brasileiro, com balizas escritas na Constituição), para positivação de redações objetivas e impessoais que sirvam de orientação para a condução das atividades dos demais órgãos políticos (gestor público e juízes) e das pessoas jurídicas e naturais em geral. E, como uma herança do Juspositivismo a ser mantida, forçoso concluir que tais textos legais não podem ser simplesmente desconsiderados, devendo todas as deliberações terem como parâmetro nuclear os limites impostos pela tradição semântica que neles figura (eficácia intransponível), sob pena de um retrocesso no Estado Democrático de Direito.

Todavia, para evitar a fossilização das orientações escritas, é possível o acesso da população aos seus representantes políticos, para a modificação democrática das estipulações redigidas (mantendo-se o perfil majoritário), ou então o estabelecimento de previsões constitucionais de pesos e contrapesos (*checks and balances*), como, por exemplo, o controle de constitucionalidade efetuado pela jurisdição (de cunho contramajoritário).

Uma vez plasmada a redação de um determinado Texto Normativo, de acordo com o processo legislativo estabelecido, ocorre uma desvinculação entre todos os argumentos que eventualmente foram suscitados no parlamento para a fixação da melhor expressão gramatical ao direcionamento intencionado, passando o diploma legal a se constituir em uma redação escrita com força autônoma e determinante, como resultado da positivação, consoante a herança juspositivista aqui assimilada. Isto não significa, contudo, que os critérios axiológicos, técnicos e práticos que influenciaram o legislador serão ignorados; pelo contrário, representam influxos que conformaram a interpretação da pessoa encarregada de deliberar, embora ela não possa imputá-los diretamente à cognição pretérita efetuado pelo órgão legislativo (ou seja, ingressam mediante nova avaliação do intérprete, sem referências a uma suposta ficção da “vontade do legislador”).

(b) *Aplicação Judicial (Jurisprudência)* é a construção articulada da Norma Jurídica que servirá de embasamento para a resolução de determinada situação concreta, com pretensão de correção, através de um processo submetido à jurisdição.

No ponto, cabe lembrar a tese de que todos em Sociedade decidem e, portanto, realizam a atividade intelectual de aplicação. Porém, tais situações corriqueiras de aplicação não criam Normas Jurídicas no sentido formal, mas apenas diretrizes individuais, que podem ser posteriormente questionadas em juízo. Somente então, com a inauguração da formalidade do questionamento em sede de processo judicial, é que tem ensejo a dialética tendente a resultar na Norma Jurídica em sentido formal, que será exposta como argumentos articulados em um documento oficial (geralmente em uma sentença ou em um acórdão) e que, nos casos posteriores, poderá ser invocada como precedente ou, até mesmo, em caso de consolidação de reiteradas peças no mesmo sentido, como Jurisprudência.

Outrossim, o caminho que leva até a produção da Jurisprudência, como Fonte Jurídica formal, inicia-se pela tomada de decisão por qualquer pessoa em Sociedade, passa pelo posterior questionamento de tal deliberação em juízo, para a formação da Norma Jurídica formal respectiva e, ao fim, resulta em um precedente que, acaso reprisado, pode ensinar a construção jurisprudencial.

Nessa linha de raciocínio, cabe ao Poder Judiciário a atribuição de, mediante um processo de aplicação legalmente previsto (processo judicial ou *due process of law*), analisar as peculiaridades fáticas expostas pelas partes (através de provas de fatos) para verificar se os fundamentos da Decisão Jurídica questionada (que impulsionou a conduta de uma das partes) observaram as orientações expressas nas Fontes Jurídicas legítimas ou, então, se merece ser revista, ensejando uma consequência jurídica específica (reparação cível, sanção criminal ou eventual outra). Assim, o núcleo da análise da jurisdição é o fundamento da Decisão Jurídica, ou seja, aquilo que uma das partes resolveu fazer (ou deixar de fazer) e foi contestado pela outra, sendo o fato ocorrido apenas uma expressão de tal deliberação. E, ao proceder a tal análise, o magistrado reconstruirá a Norma Jurídica pertinente para aquele caso específico, surgido na faticidade, mediante a conformação das peculiaridades fáticas e das Fontes Jurídicas admissíveis. Ou seja, a resolução da controvérsia perpassa pela verificação de se, diante daqueles fatos, a deliberação impugnada foi correta, em face dos postulados jurídicos existentes.

Em suma, a tarefa do juiz é aplicar o Direito mediante a reconstrução da Norma que fundamentou

a Decisão tomada, partindo do questionamento acerca da adequação da atitude da parte diante daqueles fatos. Em uma abordagem simplificada, para facilitar o entendimento, ao iniciar o processo o juiz pergunta: a decisão tomada pela parte foi correta perante tais fatos e de acordo com os postulados jurídicos? E, ao final, ele afirma: a Norma Jurídica pertinente à espécie é esta, considerando todas as peculiaridades fáticas e jurídicas relevantes, de modo que a decisão foi correta e não há consequências jurídicas, ou então foi errada e as consequências são tais.

Fixada esta diferença entre as duas modalidades de produção normativa, cabe destacar que a fase de positivação tem como uma de suas características marcantes a busca pela imparcialidade e pela impessoalidade de tratamento, de modo a promover o valor da igualdade (equidade jurídica), enquanto a fase de aplicação, por outro lado, consubstancia uma adequação das Fontes Jurídicas às peculiaridades do caso concreto, após um diálogo equilibrado (em paridade de armas) entre os contendentes¹⁹.

(c) *Programação Governamental (Políticas Executivas)* é a construção de parâmetros para o cumprimento das funções gerenciais do Estado, voltada ao atingimento das missões específicas do Poder Executivo, que resulta nas Políticas Executivas, documentadas ou não.

Outrossim, os diversos agentes públicos encarregados de funções executivas, lotados nos vários estratos da hierarquia, programam a sua atuação de forma verbal ou escrita e, assim, acabam influenciando decisivamente o agir estatal e, também, a conduta de particulares. Sem embargo, algumas Políticas Executivas que são produzidas no cotidiano do funcionamento das instituições públicas não constam necessariamente de documentos escritos, tratando-se de praxes fixadas apenas na memória dos seus agentes (que os estudiosos da administração chamam de memória institucional). Outras, porém, são reduzidas a termo em tipos distintos de documentos, mas sem observar as peculiaridades do processo legiferante, resultando em textos expressos em decretos, resoluções, portarias, circulares e despachos.

Daí que tal Programação Governamental, verbal ou escrita, resulta em Políticas Executivas que exercem uma força decisiva sobre as pessoas encarregadas de tomar decisões, pois se presume que espelham a gestão de interesses da coletividade.

¹⁹ Posner (2010, p. 222): "Assim sendo, queremos que a lei seja 'impessoal' num sentido bem literal. Queremos que os juizes se abstraiam de características pessoais das partes e se voltem para o litígio diante deles e as tratem como representantes de classes de atividades, como motoristas ou pedestres".

Conclusões

O presente texto apresentou, classificou e descreveu sinteticamente as principais Formas Jurídicas (modos de produção do Direito) na tradição jurídica brasileira, tendo como pano de fundo o paradigma pós-positivista intitulado de Teoria Complexa do Direito.

Para tanto, foi necessário apresentar um primeiro item, para lembrar os conceitos operacionais de Fontes, de Normas e de Ordenamento Jurídico, de acordo com o marco teórico referido, como base inicial para inaugurar a etapa posterior. Neste ponto, cabe destacar que, evidentemente, não foi rediscutida toda a base teórica que resultou nesta proposta de reconstrução do entendimento sobre as três referidas categorias, até porque isto já consumiu um livro anterior específico só para isto, ao qual se remete.

Após assimilados os pontos relevantes de tais conceitos operacionais, tendo em conta o referente adotado, foi inaugurado o segundo item, que tratou especificamente do objeto precípuo do artigo (apresentar as Formas Jurídicas). Para tanto, foi inicialmente abordado o tema das Fontes Jurídicas materiais e formais legitimamente aceitas no sistema jurídico brasileiro, de modo a franquear a exposição dos modos de produção das substâncias (conteúdos)

a serem empregados para decidir e, também, dos filtros estatais que incorporam tais conteúdos, para gerar os padrões de julgamento de maior eficácia.

De acordo com o presente texto, o paradigma do Positivismo Jurídico é considerado incompleto porque conferiu reduzida importância aos padrões de julgamento materiais, os quais eram tidos como externos ao conceito de Direito e, assim, somente adquiriam utilidade para fins de colmatar lacunas ou dissipar ambiguidades. De outro lado, certas proposições do movimento do Pós-Positivismo, num esforço para reconhecer a relevância dos fatores materiais (notadamente dos Princípios Éticos/Jurídicos), acabaram por ensejar modelos de Ciência Jurídica antiformalistas que, caso aplicados concretamente, resultam em maior discricionariedade decisória, prejudicando o objetivo precípuo da certeza e da confiabilidade do sistema. Daí que, no presente texto, foi adotado o marco teórico da Teoria Complexa do Direito, porquanto tal proposição pós-positivista procura promover um avanço em direção a um paradigma mais do que positivista, ao propor uma confluência entre os padrões de julgamento materiais e formais, que afasta retrocessos de cunho jusnaturalista.

A Tabela I ilustra a relação entre as modalidades de Fontes Jurídicas materiais (originárias) e formais

Tabela I. Tabela das Fontes Jurídicas e das Formas Jurídicas.

Table I. Table of Legal Sources and Law Production Methods.

Tabela das Fontes Jurídicas e das Formas Jurídicas			
Fonte Jurídica	Eficácia	Formas Jurídicas (Modos de Produção)	Modo de Desconstituição
Fontes Jurídicas Materiais (ou originárias)			
Princípios Éticos	Limitada	Discussões Públicas	Derruição
Doutrina	Limitada	Produção Científica	Revolução Científica
Costumes	Limitada	Práticas Sociais	Dessuetude
Fontes Jurídicas Formais (ou derivadas)			
Texto Normativo	Intransponível, com graduação em níveis escalonados e controle de constitucionalidade	Positivização	Revogação, que pode ser total (ab-rogação) ou parcial (derrogação)
Jurisprudência	Vinculante ou decisiva, de acordo com a tradição jurídica	Aplicação Judicial	Superação de entendimento (<i>overruling</i>)
Políticas Executivas	Decisiva	Programação Governamental	Reprogramação Governamental

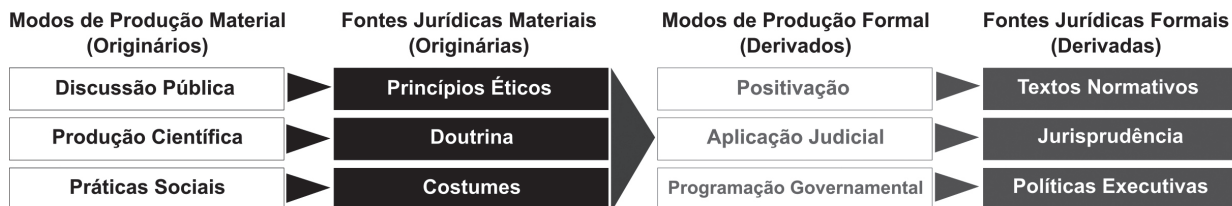
Nota: Tabela elaborada para expor a classificação das fontes jurídicas e das formas jurídicas proposta deste artigo, baseada em Aarnio (1991) e Zanon (2015).

(derivadas), com seus respectivos modos de produção (Formas Jurígenas) e graus de força (eficácia)²⁰.

Cabe anotar que a Tabela I reflete um desenvolvimento daquela exposta na segunda edição da *Teoria Complexa do Direito*, haja vista que, principalmente, a uma, separa as Fontes materiais e formais; a duas, reclassifica as forças das diversas espécies de Fontes Jurídicas, visando a maior afinidade com a descrição da realidade; e, a três, explicita mais adequadamente a relação entre os critérios de moralidade política (notadamente a Ética) e os construtos jurídicos formais (Legislação, Jurisprudência e Políticas Executivas), de modo a aprimorar o entendimento da relação de confluência recíproca entre as Fontes Jurídicas materiais e formais e, assim, aprimorar a superação da tese juspositivista da separação entre Direito e Moral.

Do presente artigo científico, ainda, é possível extrair a relação entre os modos de produção material (originários), que criam o conteúdo (ou substância) efetivamente empregado para decidir, e as formas de produção formal (derivados), que resultam nos documentos oficiais (Figura 1).

Tal representação gráfica aproximada visa ampliar o entendimento sobre a influência dos aspectos materiais (Princípios Éticos, Doutrina e Costumes) na produção de critérios de julgamento formais (Legislação, Jurisprudência e Políticas). Outrossim, também auxilia na superação da antiga tese da separação entre moralidade e juridicidade, haja vista que demonstra o ingresso de principiologia ética na construção de todas as modalidades jurígenas. No ponto, embora os mais influentes juspositivistas não tenham ignorado tal inegável



OBS-1: Considerar influências recíprocas e sistêmicas entre as Fontes Jurídicas materiais ao ingressar nos Modos de Produção Formal.
OBS-2: Considerar a reflexividade complexa entre as Fontes Jurídicas materiais e formais.

Figura 1. Gráfico elaborado para expor a origem substancial das fontes jurídicas formais proposta neste artigo.
Figure 1. Graph developed to expose the material origin of formal legal sources as proposed in this article.

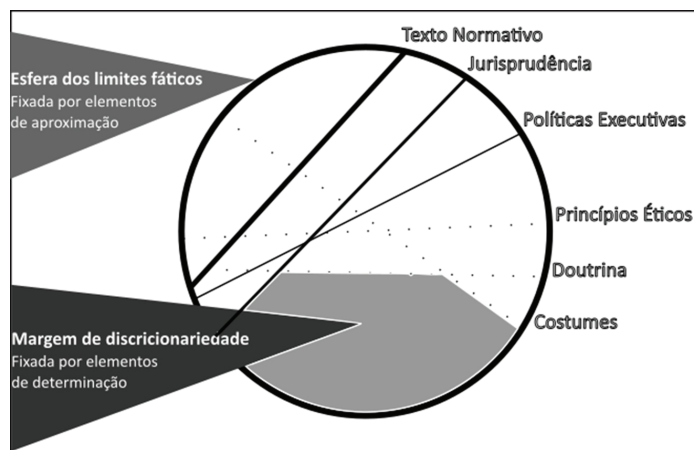


Figura 2. Gráfico que expande a proposta anterior de Zanon (2015), de acordo com o conteúdo deste artigo.
Figure 2. Graph that expands previous thesis of Zanon (2015), according to the content of this article.

Fonte: Zanon Junior (2015, p. 214).

²⁰ A Tabela I é um desenvolvimento daquela constante em Zanon Junior (2015, p. 183-184). A inspiração original foi aquele quadro desenvolvido por Aulis Aarnio (1991, p. 139), referente às Fontes Jurídicas na tradição jurídica finlandesa, porém amplamente modificado e adaptado ao cenário brasileiro.

fato, o quadro demonstra que o conceito de Direito, em sentido amplo, não olvida a influência ética e, também, não pode prescindir de estudos técnicos (não só jurídicos, mas também interdisciplinares) e dos costumes sociais, que influenciam todos os processos formais, inclusive a Aplicação Judicial.

E, prosseguindo especificamente quanto à Aplicação Judicial, cabe anotar que a influência recíproca e sistêmica (ou seja, reflexiva com graus de eficácia distintos) entre as Fontes Jurídicas pode ser ilustrada de acordo com Figura 2, de forma aproximada e meramente ilustrativa, visando auxiliar na compreensão desta complexa atividade intelectual.

Logo, como última conclusão deste estudo, cabe anotar que visou ainda ampliar o conhecimento sobre a complexidade da operação de deliberação judicial, entendida como um esforço de articulação das diversas Fontes Jurídicas, materiais e formais, observados os seus diversos graus de eficácia, para a construção de uma resposta adequada ao caso concreto, com pretensão de correção, observada a carga de conhecimento adquirida pela pessoa encarregada de decidir.

Referências

- AARNIO, A. 1991. *Lo racional como razonable: un tratado sobre la justificación jurídica*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 313 p.
- BERGEL, J.-L. 2006. *Teoria geral do direito*. 2ª ed., São Paulo, Martins Fontes, 464 p.
- DIMOULIS, D. 2011. *Manual de introdução ao estudo do direito*. 4ª ed., São Paulo, RT, 278 p.
- DWORKIN, R. 2010. *A justiça de toga*. São Paulo, Martins Fontes, 421 p.
- DWORKIN, R. 2007. *Levando os direitos a sério*. 2ª ed., São Paulo, Martins Fontes, 568 p.
- GARCÍA, M.C. 2010. *Teoría del derecho*. 2ª ed., Madrid, Tecnos, 323 p.
- HABERMAS, J. 2003. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, vol. I, 354 p.
- HART, H.L.A. 2009. *O conceito de direito*. São Paulo, Martins Fontes, 416 p.
- MÜLLER, F. 2009. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metodológica estruturantes*. 2ª ed., São Paulo, RT, 320 p.
- MÜLLER, F. 2008. *Teoria estruturante do direito*. São Paulo, RT, vol. I, 304 p.
- PASOLD, C. 2011. *Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática*. 12ª ed., São Paulo, Conceito, 215 p.
- POSNER, R.A. 2010. *Direito, pragmatismo e democracia*. Rio de Janeiro, Forense, 310 p.
- POSNER, R.A. 2007. *Problemas de filosofia do direito*. São Paulo, Martins Fontes, 664 p.
- SANCHÍS, L.P. 2010. *Apuntes de teoría del derecho*. 5ª ed., Madrid, Trotta, 331 p.
- STRECK, L.L. 2011. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4ª ed., São Paulo, Saraiva, 435 p.
- ZANON JUNIOR, O.L. 2016. *Curso de filosofia jurídica*. Florianópolis, Empório do Direito, 370 p.
- ZANON JUNIOR, O.L. 2013a. Produção jurídica: positivação e aplicação. *Âmbito Jurídico*, **XVI**(112). Disponível em: ambito-juridico.com.br. Acesso em: 10/2015.
- ZANON JUNIOR, O.L. 2013b. Positivismo Jurídico 2: crítica às características centrais. *Direito e Democracia*, **13**(1):21-46.
- ZANON JUNIOR, O.L. 2015. *Teoria complexa do direito*. 2ª ed., Curitiba, Prismas, 245 p.

Submetido: 02/08/2016

Aceito: 26/10/2016