

MARRAFON, Marco Aurélio; ROBL FILHO, Ilton Norberto. A crise das fontes jurídicas enquanto crise do Estado Democrático de Direito. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.3, 3º quadrimestre de 2014. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

## **A CRISE DAS FONTES JURÍDICAS ENQUANTO CRISE DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

*THE CRISIS OF LEGAL SOURCES AS LAW DEMOCRATIC STATE OF CRISIS*

**Marco Aurélio Marrafon<sup>1</sup>**

**Ilton Norberto Robl Filho<sup>2</sup>**

**SUMÁRIO:** Introdução; 1. Fontes Jurídicas, Crise de Legalidade e Ampliação do Papel da Jurisprudência; 2. Crises na Função Social da Doutrina e na Compreensão do Papel dos Costumes e do Direito Internacional dos Direitos Humanos; 3. Parâmetros para a Revalorização da Lei enquanto Fonte de Direito; Considerações Finais; Referências das Fontes Citadas.

**RESUMO:** Este ensaio reflete sobre a crise em que se encontra a teoria das fontes jurídicas no direito brasileiro contemporâneo e o impacto negativo sobre a efetivação do Estado Democrático de Direito. Neste tipo estatal, a democracia é o regime político e a forma de organização social adotada e a promoção dos direitos, principalmente dos direitos fundamentais, é central (art. 5º, CF/88), sendo a separação dos poderes relevante para limitar possíveis arbitrariedades estatais. Observam-se uma grande valorização da jurisprudência e uma crise no fenômeno legal. Ainda, a doutrina, as normas de Direito Internacional Público e os costumes têm papéis e funções subvalorizadas. Parcialmente, esse fenômeno foi causado pela busca de efetividade da Constituição a partir de uma perspectiva da garantia e da promoção de direitos que possui como elemento determinante a fonte jurisprudencial. Sem desconsiderar a relevância do eixo garantia de direitos, em uma leitura Constitucional informada pelo modelo de Estado

---

<sup>1</sup> Professor Adjunto da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ (graduação, mestrado e doutorado). Presidente Executivo da Academia Brasileira de Direito Constitucional - ABDConst. Mestre e Doutor em Direito do Estado pela UFPR, com estudos doutorais na Università degli Studi Roma Tre – Itália.

<sup>2</sup> Professor Adjunto da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná – UFPR e Professor do Programa de Mestrado da Universidade de Passo Fundo - UPF. Diretor da Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDConst). Mestre e Doutor em Direitos Humanos e Democracia pela UFPR, com estudos doutorais na Faculdade de Direito da Universidade de Toronto (Canadá). Foi pesquisador Visitante do Max Planck em Heidelberg (Alemanha).

MARRAFON, Marco Aurélio; ROBL FILHO, Ilton Norberto. A crise das fontes jurídicas enquanto crise do Estado Democrático de Direito. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.3, 3º quadrimestre de 2014. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

Democrático de Direito, é fundamental considerar a necessidade de maior valorização tanto da democracia como da separação dos poderes, sem desconsiderar a relevância na busca por efetividade dos direitos, o que é possível através da revalorização do papel da legislação pensada em contexto de maior legitimidade democrática e elaborada a partir de um diálogo mais efetivo com as demais fontes do Direito.

**PALAVRAS-CHAVE:** Fontes do Direito; Constituição; Democracia; Separação dos Poderes; Legalidade.

**ABSTRACT:** This essay analysis the crisis of the theory of legal sources in Brazilian contemporary law and its negative impact on the implementation of the Democratic State and of Rule of Law. In this type of State, democracy is the political regime and the adopted form of social organization, being the promotion of rights, especially of fundamental rights, important and central (article 5, Federal Constitution). Also the separation of powers is a relevant limit to arbitrary State conducts in Democratic State with Rule of Law. One may observe a great value of jurisprudence and a crisis of the legal phenomenon nowadays. Still, the literature, norms of International Public Law and customs have different and undervalued roles and functions. This phenomenon was partially caused by the search of effectiveness of the Constitution trough a perspective of guarantee and promotion of rights, that has as determining element the jurisprudential source. Without disregarding the relevance of the axis of guarantee of rights, in a Constitutional reading informed by the model of the Democratic Sate, it is imperative to consider also the questions of democracy and the separation of powers in the light of the legal sources, which is possible by revaluing the role of legislation considered in a context of greater democratic legitimacy and created from a more effective dialogue with other legal sources.

**KEYWORDS:** Legal Sources; Constitution; Democracy; Separation of Powers; Legality.

## **INTRODUÇÃO**

O presente ensaio promove algumas reflexões sobre a crise na compreensão e na utilização das fontes jurídicas no Direito contemporâneo brasileiro, assim como problematiza seus possíveis impactos negativos na efetivação das estruturas do constitucionalismo. A partir do diagnóstico da crise, o texto propõe que uma leitura constitucional baseada no modelo de Estado Democrático de Direito permite a construção de importantes eixos fundamentais para uma teoria das fontes compatível com uma sociedade democrática e plural.

MARRAFON, Marco Aurélio; ROBL FILHO, Ilton Norberto. A crise das fontes jurídicas enquanto crise do Estado Democrático de Direito. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.3, 3º quadrimestre de 2014. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

Para alcançar esses objetivos, no item 2 são investigadas as categorias centrais da teoria das fontes, a crise de legalidade e a consequente ampliação da atuação do Poder Judiciário. Nessa seção, são apresentados também: i) o fenômeno da inflação legislativa, ii) as três razões estruturais contemporâneas para a diminuição da importância e dos resultados da regulação pela fonte legal e iii) o fenômeno da judicialização da política e da vida.

No tópico 3, são descritos os papéis que a doutrina, as normas de Direito Internacional Público e os costumes possuem para o senso comum teórico dos juristas. Demonstrar-se-á que a visão tradicional dessas fontes é insuficiente e inadequada para os dilemas sociais e jurídicos atuais.

As premissas metodológicas para reconstrução de uma Teoria das Fontes encontram-se no item 4. Sem abrir mão da vinculação do legislador aos Direitos Fundamentais por meio do devido controle de constitucionalidade e do diálogo com as demais fontes jurídicas, o argumento central da proposta de reestruturação das regulações jurídicas reside na revalorização da lei enquanto fonte de Direito e elemento de concretização da Constituição no sistema aberto de princípios e regras, desde que atendidos pressupostos de maior participação, transparência e legitimidade democrática durante o processo legislativo. Assim se valoriza a democracia e a separação dos poderes, ao mesmo tempo em que não se abdica das conquistas do constitucionalismo. Por fim, são apresentadas algumas palavras a título de conclusão na seção 5.

## **1. FONTES JURÍDICAS, CRISE DE LEGALIDADE E AMPLIAÇÃO DO PAPEL DA JURISPRUDÊNCIA**

O debate sobre as fontes revela questões essenciais que estão na origem do fenômeno jurídico. É a partir dele que se formam os parâmetros de regulação normativa na sociedade e os destinatários da norma (cidadãos em geral e atores jurídicos em especial) podem balizar suas condutas, de modo a agir de acordo com o Direito.

MARRAFON, Marco Aurélio; ROBL FILHO, Ilton Norberto. A crise das fontes jurídicas enquanto crise do Estado Democrático de Direito. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.3, 3º quadrimestre de 2014. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

Tradicionalmente as fontes são classificadas em fontes formais e fontes materiais. Estas são as relações sociais, políticas, históricas e jurídicas que determinam e impõem regulações jurídicas, já aquelas são os instrumentos ou meios que expressam as prescrições jurídicas como a lei, os costumes, a jurisprudência e a doutrina<sup>3</sup>.

Ainda se compreende que a lei e os costumes são fontes diretas do direito, enquanto a doutrina e a jurisprudência seriam fontes mediatas, pois apenas tratam de formas de “revelação” do direito<sup>4</sup>. Essas duas classificações não são adequadas para compreender as fontes jurídicas contemporaneamente.

A primeira dicotomia deve ser superada, pois é fundamental que se entenda como as relações sociais, históricas e econômicas (fontes materiais) relacionam e condicionam a criação da lei, dos costumes, da doutrina e da jurisprudência (fontes formais).

Ao invés dessa separação estanque, a reflexão jurídica precisa buscar a inter-relação entre esses fenômenos, até porque é impossível interpretar apenas o texto legal sem que o conteúdo esteja enraizado em determinado contexto existencial. Por sua vez, apesar de toda a construção teórica moderna, dando conta que o juiz racional irá encontrar/extrair o conteúdo normativo, é inverossímil asseverar que a jurisprudência somente revela um direito

---

<sup>3</sup> Tércio Sampaio Ferraz Jr. assim descreve a dicotomia clássica entre fontes formais e materiais: “o jurista francês François Geny (1925) [...] passa a falar em dois tipos básicos de fontes, conforme se encare o direito em seu aspecto *dado* ou em seu aspecto *construído*. De um lado, temos, assim, as *fontes substanciais*, que são dados, como é o caso dos elementos *materiais* (biológicos, psicológicos, filológicos) que não são prescrições, mas que contribuem para a formação do direito, dos elementos *históricos* (representados pela conduta humana no tempo, ao produzir certas habitualidades que vão, aos poucos, sedimentando-se), ou dos elementos *racionais* (representados pela elaboração da razão humana sobre a experiência da vida, formulando princípios universais para a melhor correlação entre meios e fins) e dos elementos *ideais* (representados pelas diferentes aspirações do ser humano, formuláveis em postulados valorativos de seus interesses). De outro lado, fala ele em *fontes formais*, correspondendo ao *construído*, significando a elaboração técnica do material (fontes substanciais) por meio de *formas solenes* que se expressam em leis, normas consuetudinárias, decretos regulamentadores etc.” (FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**: Técnica, Decisão, Dominação. 7 Edição. São Paulo: Atlas, 2013, p. 190).

<sup>4</sup> Sobre essa classificação, cf. ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Oliveira de. **Introdução à Teoria e à Filosofia do Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 211-212.

MARRAFON, Marco Aurélio; ROBL FILHO, Ilton Norberto. A crise das fontes jurídicas enquanto crise do Estado Democrático de Direito. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.3, 3º quadrimestre de 2014. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

preexistente em nada criando com sua atuação. A norma – enquanto resultado de um processo decisório - é sempre um *constructo* do homem que interpreta.

Consideradas essas premissas e tendo por horizonte a Constituição brasileira de 1988, uma visão adequada da teoria das fontes impõe sua vinculação com as diretrizes fundamentais do modelo de Estado Democrático de Direito. Esse tipo estatal, previsto no *caput* do art. 1º, Constituição Federal (CF), prescreve a lei como fonte de criação dos direitos e dos deveres (art. 5º, II, CF) e estabelece o judiciário (jurisprudência) como importante guardião dos direitos e da Constituição (art. 5º, XXXV, CF).

Os doutrinadores, por sua vez, pautados na liberdade científica e acadêmica (art. 5º, IX, CF), possuem relevante papel de apresentação do sistema jurídico e social, assim como a doutrina possui importante função de analisar a concretização da democracia, da separação dos poderes e da efetivação dos direitos.

Além das fontes internas, a Constituição brasileira põe em destaque o Direito Internacional dos Direitos Humanos ao afirmar que os “direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Por fim, as fontes costumeiras demonstram-se essenciais para a efetivação da democracia constitucional brasileira, porque a concretização da Constituição pressupõe uma cultura disseminada de observância da separação dos poderes, de respeito aos direitos fundamentais e de promoção da democracia.

Todavia, na *práxis* jurídica contemporânea, observa-se uma incontestável crise na compreensão e na utilização das fontes do direito, gerada pela ausência de uma metodologia clara e disseminada entre os teóricos e os operadores do direito sobre como o direito é criado e concretizado, seguindo os ditames da Constituição de 1988.

MARRAFON, Marco Aurélio; ROBL FILHO, Ilton Norberto. A crise das fontes jurídicas enquanto crise do Estado Democrático de Direito. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.3, 3º quadrimestre de 2014. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

Como consequência, a crise de compreensão e utilização das fontes jurídicas gera uma crise do Estado Democrático de Direito, especialmente quando se fala em segurança jurídica, previsão *ex ante* das condutas a serem evitadas e das sanções e demais consequências da regulação jurídica. No campo do direito administrativo, por exemplo, há graves violações do princípio da confiança legítima do cidadão em relação à atuação estatal.

Ainda que o princípio da legalidade, em suas diferentes aplicações e graus, seja central ao Estado de Direito, a realidade atual mostra que há uma subvalorização lei e sobrevalorização da jurisprudência, vilipendiando, assim, os pilares da modernidade jurídica, no qual se superou o primado da vontade pelo primado da legislação<sup>5</sup>.

A lei, como ato normativo posto pelo Poder Legislativo, vive uma situação paradigmática e paradoxal: há a aprovação de uma grande quantidade de atos normativos legais, fato que aparentemente aponta um substancial prestígio da forma legal na regulação jurídica contemporânea, porém se observam situações estruturais que tiram boa parte do impacto e da relevância da disciplina legal. A partir de uma visão equivocada do Parlamento e dos representantes populares<sup>6</sup>, o senso comum acredita que um bom parlamentar é o representante que propõe muitos projetos de lei e um ótimo Poder Legislativo é aquele que cria diversas leis. Esse fenômeno é uma das grandes razões para a criação de um número alto de atos normativos legais pelo Poder Legislativo.

É corriqueiro, em períodos eleitorais, os jornais avaliarem o bom desempenho de um parlamentar a partir da quantidade de projetos de lei de sua autoria, assim como por meio do percentual e da relevância dos seus projetos transformados

---

<sup>5</sup> Os autores deste artigo compartilham, em linhas gerais, das reflexões apresentadas por CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 693-709 e por HESPANHA, António Manuel. **O Caleidoscópio do Direito: O Direito e a Justiça nos Dias e no Mundo de Hoje**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009, p. 519-585.

<sup>6</sup> A função de legislar é uma das inúmeras atividades que o Parlamento deve exercer no Estado Democrático de Direito. De outro lado, o Poder Legislativo desempenha, ou deveria exercer realmente, importantes funções de fiscalização do Poder Executivo e de participação na discussão e na construção de políticas públicas.

MARRAFON, Marco Aurélio; ROBL FILHO, Ilton Norberto. A crise das fontes jurídicas enquanto crise do Estado Democrático de Direito. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.3, 3º quadrimestre de 2014. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

efetivamente em legislação. Apesar de a taxa de conversão de projetos em lei ser pequena, como são milhares as propostas de criação legislativa, há uma quantidade estrondosa de leis.

Em contrapartida, a legislação como fonte jurídica enfrenta, pelo menos, três situações estruturais específicas que diminuem o impacto e a relevância dessa fonte: i) dificuldade de decisão política em temas complexos e socialmente relevantes, ii) judicialização da política e substituição da legislação por decisões judiciais<sup>7</sup> e por outros atos normativos e iii) processo legislativo/normogenético insuficientemente plural e democrático<sup>8</sup>.

Dois exemplos deixam clara a omissão do legislador em questões socialmente relevantes. Há muito se discutia no Brasil a questão do nepotismo na Administração Pública brasileira, porém o legislador nunca enfrentou o tema realmente seja por meio de lei ou através de Emenda Constitucional. Nesse contexto de ausência de discussão séria no Congresso Nacional, o Conselho Nacional de Justiça - CNJ editou Resolução nº. 7, proibindo o nepotismo no Poder Judiciário, e o Supremo Tribunal Federal (STF) estabeleceu Súmula Vinculante nº. 13, vedando a sua prática nos Três Poderes e para todos os entes da Federação.

---

<sup>7</sup> O fenômeno da judicialização da política é estrutural no mundo contemporâneo, mas se tornou nítido e importante no Brasil principalmente após a Constituição de 1988. Em virtude i) da dificuldade (custos políticos e formação de maiorias) de parlamentos regulamentarem questões sociais importantes, ii) de diversas leis e da Constituição estabelecerem direitos fundamentais e iii) da independência judicial e do controle judicial de constitucionalidade, os Tribunais passam a decidir situações sociais importantes e promoverem direitos, atuando em assuntos originalmente enfrentados pelo Poder Legislativo e pelo Executivo. Cf. FEREJOHN, John. Independent Judges, Dependent Judiciary: Explaining Judicial Independence. *Southern California Law Review*. V. 72, p. 353-384, 1999; FEREJOHN, John. Judicializing Politics, Politicizing Law. **Law and Contemporary Problems**. V. 65, n. 3, p. 41-69, 2002; SADEK, Maria Tereza. O Poder Judiciário na Reforma do Estado. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; WILHEIM, Jorge; SOLA, Lourdes (orgs.). **Sociedade e Estado em Transformação**. São Paulo: Editora UNESP; Brasília: ENAP, 1999, p. 323-345; SADEK, Maria Tereza. Judiciário: Mudanças e Reformas. **USP- Estudos avançados**. V. 18, n. 51, p. 91-92, maio/ago. 2004; ROBL FILHO, Ilton Norberto. **Conselho Nacional de Justiça: Estado Democrático de Direito e Accountability**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 213-228.

<sup>8</sup> Sobre o devido processo legislativo no Estado Democrático de Direito, assim como acerca da violação de diretrizes democráticas na elaboração de leis, cf. MARRAFON, Marco Aurélio; ROBL FILHO, Ilton Norberto. Controle de Constitucionalidade no Projeto de Lei de Conversão de Medida Provisória em Face dos "Contrabandos Legislativos": Salva-guarda do Estado Democrático de Direito. In: FELLETT, André; NOVELINO, Marcelo. **Constituição e Democracia**. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 236-244.

MARRAFON, Marco Aurélio; ROBL FILHO, Ilton Norberto. A crise das fontes jurídicas enquanto crise do Estado Democrático de Direito. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.3, 3º quadrimestre de 2014. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

Diferente não foi o reconhecimento jurídico das uniões homoafetivas. Por meio de ações individuais e posteriormente por meio de controle judicial de constitucionalidade no STF (ADI nº. 4277 e ADPF nº. 132), promoveu-se o reconhecimento dessas relações como união estável e o CNJ, posteriormente, editou Resolução nº. 175, determinando aos registradores civis a conversão das uniões estáveis homoafetivas em casamento civil e a realização da habilitação e do casamento civil para pessoas do mesmo sexo.

Esses exemplos revelam que as omissões legislativas são, como regra, colmatadas por decisões de órgãos judiciários, ainda que em função administrativa. De outro lado, mesmo quando o Parlamento decide,<sup>9</sup> observa-se uma restrição nos efeitos dessa decisão pela interpretação judicial e pelo controle de constitucionalidade. O Poder Constituinte Derivado estabeleceu, pela Emenda Constitucional nº. 45, no art. 102, I, 'r', que "as ações contra o Conselho Nacional de Justiça" serão julgadas pelo Supremo Tribunal Federal.

Apesar da clara competência do STF em julgar todas as ações contra o CNJ, o plenário dessa Corte admitiu sua competência somente para analisar ações constitucionais e mandamentais contra o Conselho (mandado de segurança, por exemplo) e não outras como Ações Cíveis Originárias<sup>10</sup>.

---

<sup>9</sup> Apesar de o Brasil adotar um sistema de governo presidencialista, não existe na dinâmica real política e institucional uma grande autonomia do Parlamento Nacional em relação à Presidência da República. Em verdade, a maioria dos congressistas constitui-se em base de apoio ao Executivo Federal, estabelecendo-se um presidencialismo de coalizção. Desse modo, no âmbito da ciência política, é mais correto afirmar que a coalizção governamental, guiada por interesses e propostas políticas do Executivo, produz decisões sociais e políticas na forma legal. Em outras palavras, a lei é uma decisão tomada pelo legislador com grande influência do Executivo. Cf. CHAISTY, Paul; CHEESEMAN, Nic; POWER, Timothy. Rethinking the 'Presidentialism Debate': Conceptualizing Coalitional Politics in Cross-Regional. *Democratization*, 2012, p. 1-23.

<sup>10</sup> Nesse sentido, existem algumas decisões do STF que claramente violam o estabelecido no art. 102, I, 'r', por meio de interpretação restritiva: "A competência originária do STF, cuidando-se de impugnação a deliberações emanadas do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), tem sido reconhecida apenas na hipótese de impetração, contra referido órgão do Poder Judiciário (CNJ), de mandado de segurança, de *habeas data*, de *habeas corpus* (quando for o caso) ou de mandado de injunção, pois, em tal situação, o CNJ qualificar-se-á como órgão coator impregnado de legitimação passiva *ad causam* para figurar na relação processual instaurada com a impetração originária, perante a Suprema Corte, daqueles *writs* constitucionais. Em referido contexto, o CNJ, por ser órgão não personificado, define-se como simples 'parte formal' (Pontes de Miranda. Comentários ao Código de Processo Civil. tomo I/222-223, item n. 5, 4 ed., 1995, Forense; CARVALHO FILHO José dos Santos. Manual de direito administrativo. p. 15/17, item n. 5, 25 ed., 2012, Atlas, v.g.), revestido de mera 'personalidade judiciária' (LEAL Victor Nunes. Problemas de direito público. p.



MARRAFON, Marco Aurélio; ROBL FILHO, Ilton Norberto. A crise das fontes jurídicas enquanto crise do Estado Democrático de Direito. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.3, 3º quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

Também não se pode olvidar do controle judicial de constitucionalidade exercido sobre as leis. Foram propostas desde 1988 mais de cinco mil Ações Diretas de Inconstitucionalidade no Supremo Tribunal Federal, além do cotidiano controle difuso aplicado por todos os juízes e órgãos judiciais<sup>11</sup>.

A restrição dos efeitos das leis vigentes ainda ocorre pelas inúmeras Resoluções, Portarias e Atos Administrativos postos pelo Poder Executivo e pelo próprio Poder Judiciário. Observam-se, por exemplo, i) inúmeras Resoluções e Portarias da Receita Federal sobre Direito e Processo Tributários, ii) diversos atos normativos editados pelo Conselho Nacional de Educação acerca do direito à educação e da gestão das atividades educacionais, iii) importantes normas sobre direito à saúde e à pesquisa no Conselho Nacional de Saúde e iv) atos normativos emanados pelo poder regulamentar do Conselho Nacional de Justiça, atuando sobre assuntos claramente objeto de Reserva de Lei (Estatuto da Magistratura)<sup>12</sup>. Esses órgãos criam normas que, no mínimo, conformam e modelam as prescrições legais.

---

424/439, 1960, Forense), achando-se investido, por efeito de tal condição, da capacidade de ser parte (MARINONI Luiz Guilherme; MITIDIERO Daniel. Código de Processo Civil. p. 101, 5 ed., 2013, RT; THEODORO JÚNIOR Humberto. Curso de direito processual civil. vol. I/101, item n. 70, 54 ed., 2013, Forense; NERY JÚNIOR Nelson; e NERY Rosa Maria de Andrade. Código de Processo Civil comentado. p. 233, item n. 5, 13 ed., 2013, RT, v.g.), circunstância essa que plenamente legitima a sua participação em mencionadas causas mandamentais. (...) Tratando-se, porém, de demanda diversa (uma ação ordinária, p. ex.), não se configura a competência originária da Suprema Corte, considerado o entendimento prevalecente na jurisprudência do STF, manifestado, inclusive, em julgamentos colegiados, eis que, nas hipóteses não compreendidas no art.  $\leq 102$ , I,  $\geq d$  e  $q$ , da Constituição, a legitimação passiva *ad causam* referir-se-á, exclusivamente, à União Federal, pelo fato de as deliberações do CNJ serem juridicamente imputáveis à própria União Federal, que é o ente de direito público em cuja estrutura institucional se acha integrado o CNJ. Doutrina." (STF, AO 1.706-AgR, rel. min. Celso de Mello, julgamento em 18-12-2013, Plenário, DJE de 18-2-2014.). O Plenário do STF referendou tal entendimento no julgamento conjunto da Questão de Ordem levantada na Ação Ordinária 1814-STF e do Agravo Regimental relativo à Ação Originária 1.680-STF, em 24/09/2014.

<sup>11</sup> Sobre o Controle Concentrado de Constitucionalidade no STF por meio de ADI, cf. TOMIO, Fabrício Ricardo de Limas; ROBL FILHO, Ilton Norberto. Empirical Legal Research: Teoria e Metodologia para a Abordagem do Processo Decisório de Controle de Constitucionalidade do STF. In: Carolina Alves Vestena e Gustavo Silveira Siqueira. (Org.). *Direito e Experiências Jurídicas*. Belo Horizonte: Arraes/CAPES, 2013, v. 2, p. 96-117. Nesse artigo, observa-se que o grau de êxito na declaração de leis estaduais inconstitucionais é superior do que das leis federais. De outro lado, sabe-se que importantes leis federais, como, por exemplo, Estatuto da Advocacia, foram parcialmente declaradas inconstitucionais pelo STF.

<sup>12</sup> Sobre a atividade legislativa de órgãos e autoridades do Executivo, cf. CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade Legislativa do Poder Executivo**. 3ª Edição, 2011. Acerca do poder regulamentar do CNJ, cf. ROBL FILHO, **Conselho Nacional de Justiça**, 2013, p. 238-242.

MARRAFON, Marco Aurélio; ROBL FILHO, Ilton Norberto. A crise das fontes jurídicas enquanto crise do Estado Democrático de Direito. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.3, 3º quadrimestre de 2014. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

Existe, ainda, uma terceira situação estrutural que restringe o reconhecimento social e jurídico da forma legal, diminuindo a deferência dos cidadãos e dos juristas à lei. Trata-se da elaboração de atos normativos legais de maneira superficialmente democrática e plural. Em primeiro lugar, é corriqueiro o próprio legislador descumprir a Lei Complementar nº. 95/1998 que versa sobre a elaboração de leis. A violação desse procedimento produz parcial destruição das regras do jogo democrático da construção legal, causando muitas vezes a desconsideração dessas normas conseqüências desastrosas no campo da democracia.

Mecanismos regimentais do Poder Legislativo são utilizados, muitas vezes, para produzir leis de forma extremamente rápidas e sem o necessário conhecimento e discussão na sociedade civil. Ainda, os mecanismos de Audiência Pública são pouco utilizados e, quando utilizados, majoritariamente são ouvidas autoridades estatais e não os cidadãos e instituições da sociedade civil.

## **2. CRISES NA FUNÇÃO SOCIAL DA DOCTRINA E NA COMPREENSÃO DO PAPEL DOS COSTUMES E DO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS**

Observa-se também uma crise na compreensão e na utilização da doutrina, dos direitos humanos e costumes enquanto fontes, influenciando negativamente na promoção do Estado Democrático de Direito. Isso porque i) a doutrina não cumpre seu papel de reflexão crítica, séria e profunda dos fenômenos sociais e jurídicos a partir dos valores da democracia constitucional, ii) importantes direitos humanos não são conhecidos por juristas, operadores do direito e cidadãos e iii) há subvalorização dos costumes jurídicos e desconsideração da fonte costumeira na garantia dos direitos e na promoção da democracia.

O positivismo normativista no século XIX e no começo do Século XX propôs um papel inadequado para a doutrina jurídica. Nesse contexto, a função social dos

MARRAFON, Marco Aurélio; ROBL FILHO, Ilton Norberto. A crise das fontes jurídicas enquanto crise do Estado Democrático de Direito. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.3, 3º quadrimestre de 2014. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

estudiosos do direito era descrever o direito e o sistema jurídico estabelecido<sup>13</sup>. Infelizmente, o ensino jurídico e as obras jurídicas brasileiras atuais são pródigos na adoção desse modelo descritivo e não reflexivo do fenômeno jurídico<sup>14</sup>.

Há mais de mil cursos de Direito no Brasil, sendo, como regra, a educação jurídica nivelada por baixo. O senso comum jurídico disseminado<sup>15</sup> na maior parte de Faculdades e entre a maioria dos operadores do direito entende, de maneira equivocada, que ser um bom bacharel em Direito significa somente conhecer as regulações jurídicas centrais do direito vigente.

Para a formação desse jurista "ideal" do senso comum, nada melhor que cursos e manuais jurídicos que simplesmente descrevam o sistema válido, apresentando os conceitos clássicos, a legislação vigente e, principalmente, a jurisprudência majoritária sobre o assunto.

Inegavelmente a doutrina e a produção acadêmica jurídica não podem desconsiderar o direito posto e sua conformação pelos órgãos judiciais. No entanto, o papel dos doutrinadores deve ser estudar e pensar o Direito, e não reproduzir de maneira acrítica estruturas sociais e jurídicas inadequadas e incompatíveis com uma sociedade e um Estado comprometidos com a Democracia e a promoção de direitos.

O fenômeno jurídico acomoda tensões sociais, enfrenta dilemas e problemas transindividuais, constitui-se em importante mecanismo de integração social. Assim, a doutrina não pode simplesmente apresentar o direito posto, sendo sua função social analisar se o direito vigente é ou não é socialmente adequado,

---

<sup>13</sup> Para uma visão refinada do positivismo jurídico que influenciou principalmente o direito continental europeu, cf. KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 7. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2006, p. XI-XV. Interessante descrição e análise do positivismo encontra-se em BRONZE, Fernando José. **Lições de Introdução ao Direito**. Coimbra: Coimbra, 2002, p. 321-343.

<sup>14</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**: Uma Exploração Hermenêutica da Construção do Direito. 6. ed, 2005, p. 81-84.

<sup>15</sup> Sobre o senso comum teórico dos juristas, cf. WARAT, Luiz Alberto. **Introdução geral ao direito**: interpretação da lei, temas para uma reformulação. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994.

MARRAFON, Marco Aurélio; ROBL FILHO, Ilton Norberto. A crise das fontes jurídicas enquanto crise do Estado Democrático de Direito. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.3, 3º quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

correto, justo e, principalmente, se concretiza de forma democrática as normas constitucionais e os valores do constitucionalismo<sup>16</sup>.

Outro aspecto da crise na teoria das fontes contemporânea diz respeito a uma compreensão rasa dos costumes jurídicos. O clássico exemplo sobre costumes jurídicos relata a observação e a formação de filas – não são necessárias leis para que os cidadãos compreendam que quem chega primeiro, é atendido primeiro. Para além das regulamentações escritas em leis, portarias e contratos, há necessidade de densificação das prescrições normativas nas situações da vida cotidiana. Essa densificação, na vida e no direito cotidiano, é produzida principalmente pelos costumes jurídicos, sendo essa a chave de releitura para a atribuição da importância do direito costumeiro na teoria das fontes contemporânea.

No Direito Administrativo, por exemplo, os costumes são uma rica fonte do direito. Inegavelmente a boa administração deve estar pautada na observância da lei, porém a interpretação da legislação e a densificação de conceitos legais são feitas e informadas cotidianamente pelos costumes administrativos. Em campos com maior preponderância de interesses particulares e privados, como Direito Civil e Direito Empresarial, o papel dos costumes é ainda maior em virtude das autonomias privada e da vontade.

Os costumes jurídicos contribuem para a legitimidade do Direito porque não estão dissociados da cultura. Os modos de ser de determinado grupo, de parcela

---

<sup>16</sup> Acerca de uma visão formalista e normativista da dogmática jurídica e da doutrina jurídica, assim se manifesta Guastini: "Ora, os enunciados normativos dos juristas apresentam um tríplice caráter. (a) Em primeiro lugar, eles não diferem – quanto ao léxico e à estrutura sintática – dos enunciados em função prescritiva formulados pelo legislador (ou, mais em geral, contidos nas fontes do direito) e/ou dos órgãos da aplicação. Pelo contrário, frequentemente, os enunciados doutrinários simplesmente reiteram, repetem as disposições legislativas. (b) Em segundo lugar, entretanto, os enunciados doutrinários – considera-se – não são enunciados prescritivos, a despeito das aparências, mas descritivos (é de observar-se que se assim não fosse, o nobre nome de 'ciência' soaria inapropriado para designar a doutrina jurídica). (c) Em terceiro lugar, os enunciados dos juristas – considera-se – são enunciados descritivos sim, mas descritivos não de fatos, mas de entidades *sui generis*, distintos dos fatos: tais entidades são as 'normas'. Entende-se que, segundo esse modo de ver, as normas são entidades pré-constituídas às atividades de interpretação, conceitualização e sistematização realizadas pela doutrina: se fosse diferente, não poderiam constituir o seu objeto. É evidente que uma ciência jurídica assim constituída não tem nenhuma utilidade para quem queira, por exemplo, prever as decisões futuras das cortes [...]" (GUASTINI, Riccardo. **Das Fontes às Normas**. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 168).

MARRAFON, Marco Aurélio; ROBL FILHO, Ilton Norberto. A crise das fontes jurídicas enquanto crise do Estado Democrático de Direito. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.3, 3º quadrimestre de 2014. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

da sociedade e da comunidade condicionam as ações de seus membros, sendo a cultura composta por uma série de tradições e costumes<sup>17</sup>.

Em relação ao Direito Internacional Público e ao seu papel na teoria das fontes, quase tudo está por fazer. Somente recentemente a Convenção de Viena sobre Criação e Incorporação de Tratados foi ratificada pelo Estado brasileiro (Decreto nº. 7030/2009) e incorporada ao ordenamento jurídico pátrio.

Tradicionalmente, esse ramo do Direito Internacional era visto como responsável por regular os direitos e deveres dos Estados soberanos, além de enfrentar temas atinentes às Organizações Regionais (Organização dos Estados Americanos, por exemplo), às Organizações Globais (Organização das Nações Unidas, por exemplos) e modelos de integração econômica e social (União Europeia como forma mais desenvolvida). Como a) a integração latino-americana e, em especial, o MERCOSUL avançam muito lentamente e b) o pensamento e a prática jurídicos brasileiros observam o direito principalmente pela ótica interna, o papel das normas, costumes e estruturas do Direito Internacional Público restam subvalorizado.

Não se pode ainda olvidar que o campo do Direito Internacional dos Direitos Humanos, relevante componente contemporâneo do Direito Internacional Público, recebe diminuta importância na prática e no pensamento jurídicos brasileiros atuais. Alguns exemplos deixam essa questão mais nítida.

O Supremo Tribunal Federal, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº. 130, julgou completamente não recepcionada a Lei de Imprensa brasileira de 1967, a qual possuía regramento sobre o exercício do direito de resposta. O senso comum jurídico afirma, em virtude dessa decisão, que há vácuo normativo sobre a regulação específica do direito de resposta. Trata-se de uma visão, no mínimo, parcialmente equivocada, pois existe disciplina – ainda que breve – no art. 14 da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica de 1969).

---

<sup>17</sup> Sobre as relações entre direito humanos e cultura, cf. SEN, Amartya. **Desenvolvimento como Liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 261-283.

MARRAFON, Marco Aurélio; ROBL FILHO, Ilton Norberto. A crise das fontes jurídicas enquanto crise do Estado Democrático de Direito. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.3, 3º quadrimestre de 2014. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

As políticas públicas de combate à miséria são objeto de polêmicas jurídicas e sociais. De outro lado, o Pacto de Direitos Sociais, Econômicos e Culturais impõe que o Brasil, por ter ratificado esse Tratado em 1992 (Decreto nº. 591/1992), proteja seus cidadãos contra as terríveis consequências da miserabilidade, nos termos do art. 11 e 12 do Pacto.

Os direitos previstos na Constituição, por sua expressa determinação no § 2º, não obstam a incorporação de Tratados Internacionais de Direitos Humanos pela República Federativa do Brasil. Principalmente após a transição do governo autoritário de 1964-1985, diversos Pactos de Direitos Humanos foram ratificados, compondo o sistema jurídico brasileiro e estabelecendo obrigações internacionais que vinculam de forma cogente o Estado brasileiro.

Desse modo, o pequeno conhecimento dos documentos internacionais de direitos humanos tanto pelos operadores do direito como pelos próprios cidadãos produzem grandes danos na promoção desses direitos e da cidadania.

### **3. PARÂMETROS PARA A REVALORIZAÇÃO DA LEI ENQUANTO FONTE DE DIREITO**

Com todos os percalços econômicos, sociais e mesmo jurídicos, a trajetória em prol da efetividade da Constituição de 1988 é uma trajetória exitosa<sup>18</sup>. Há uma nítida ascensão e cada vez maior presença do discurso constitucional nos diferentes ramos do Direito, nas razões de decidir e também na formulação das políticas públicas. Todavia, de um lado, a própria crise das fontes tem levado a uma espécie de tópica jurisprudencial que desvirtua os sentidos normativos constitucionalmente estabelecidos e, de outro lado, persistem desafios históricos que ainda não foram bem superados.

---

<sup>18</sup> Para uma obra clássica do direito constitucional da efetividade, cf. BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas**: Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

MARRAFON, Marco Aurélio; ROBL FILHO, Ilton Norberto. A crise das fontes jurídicas enquanto crise do Estado Democrático de Direito. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.3, 3º quadrimestre de 2014. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

O Brasil passou por um longo período autoritário de 1964-1985. A herança desse período ainda não foi completamente vencida. Dentre os entulhos deixados pela ditadura, há a desconsideração da Constituição como norma, a prevalência do bacharelismo individualista, o descaso com e a violação dos Direitos Humanos, a ausência de práticas democráticas sedimentadas e a constante tutela e diminuição da atuação da sociedade civil<sup>19</sup>.

Daí porque adotando um ponto de vista constitucionalista desvinculado de teses neojusnaturalistas ou neorrealistas presentes em algumas correntes (ditas) neoconstitucionalistas, defende-se que a releitura das fontes passa por duas importantes premissas: i) a Constituição representa o elemento central e unificador do sistema, das práticas e das reflexões jurídicas e ii) a leitura do fenômeno constitucional impõe a compreensão da Teoria do Estado como elemento informador das práticas, normas e dilemas sociais e constitucionais, o que implica em reformas institucionais que possam gerar ganhos de legitimidade da própria legislação por meio de maior abertura e controle democrático.

Em relação à primeira premissa, entende-se que não é mais adequado trabalhar na lógica da teoria das fontes estruturada a partir de uma pirâmide hierárquica e estática. Trata-se de uma visão muito simplista e redutora da complexidade. Mais interessante é analisar o direito como um sistema em que a Constituição encontra-se no seu centro, relacionando-se com as diversas fontes do direito.

Essas outras fontes do direito (lei, jurisprudência, doutrina, costumes e Direito Internacional Público) relacionam-se também entre si de forma dinâmica<sup>20</sup>. Claro

---

<sup>19</sup> Sobre esse período, cf. FAUSTO, Boris. **História Concisa do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2012, p. 257-309.

<sup>20</sup> Bustamente, adotando parcialmente a revisão da teoria das fontes de Aarnio, afirma que a produção do direito pode ser classificada em: i) fontes fortemente vinculantes, fragilmente vinculantes e fontes permitidas e ii) fontes dotadas de autoridade e aquelas que não são estritamente autorizativas. Desse modo, textos legais são fontes fortemente vinculantes dotadas de autoridade, costumes constituem-se em fontes fortemente vinculantes e não estritamente autorizativas, precedentes judiciais representam fontes fragilmente vinculantes e dotadas de autoridade e a dogmática jurídica (doutrina) é uma fonte permitida e dotada de autoridade. Apesar dessa classificação ser elaborada e refinada, há algumas críticas que devem ser feitas. Os costumes postos podem ser estabelecidos por autoridades estatais, porém a doutrina é elaborada por estudiosos do direito que possuem sua legitimação não por ocuparem um lugar no Estado. Assim, não parece adequado classificar necessariamente aquelas como fontes não dotadas de autoridade e esta como um exemplo de criação do direito com autoridade. Também, além de não

MARRAFON, Marco Aurélio; ROBL FILHO, Ilton Norberto. A crise das fontes jurídicas enquanto crise do Estado Democrático de Direito. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.3, 3º quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

que existem certas situações e regras gerais de prevalência de uma fonte sobre outra, mas as relações são bem mais complexas do que afirmar que, por exemplo, os costumes apenas são válidos quando não afrontam a lei.

Para solucionar esse problemática, a ideia de Constituição enquanto sistema aberto de princípios e regras com efeitos irradiantes em toda a ordem normativa se mostra promissora. Isso porque, do ponto de vista da segurança jurídica, o sistema constitucional não abdica da hierarquia legislativa – necessária para informar uma correta metodologia da realização do Direito e diferenciar as Leis dos meros *topois* de interpretação jurídica<sup>21</sup>.

De outra feita, atendendo aos anseios de maior legitimidade, a adequação ao costumes, à jurisprudência e doutrina e aos ditames de Direito Internacional dos Direitos Humanos é possível porque essa hierarquia não é estanque e rígida, já que os próprios princípios podem promover maior oxigenação axiológica do sistema ao longo do tempo e das mudanças costumeiras, invertendo prioridades normativas e dando novos sentidos ao texto constitucional e às Leis.

A segunda premissa pressupõe que uma adequada Teoria do Direito é dependente da concepção de Constituição e de Direito Constitucional existente, advogando este ensaio a tese de que o constitucionalismo brasileiro precisa ser analisado nos quadrantes do Estado Democrático de Direito<sup>22</sup>, originado da ideia

---

se conceder um papel de maior destaque ao Direito Internacional dos Direitos Humanos, apesar de Bustamente matizar a afirmação sobre a não vinculação dos precedentes, parece-nos que a classificação de Aarnio não compreende com a verticalidade necessária o tema das decisões judiciais. Cf. BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. O Direito e a Incerteza de suas Fontes: um Problema em Aberto para a Dogmática Jurídica Contemporânea. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**. Número Especial das Jornadas Brasil-Canadá, pp.299-325, 2013.

<sup>21</sup> Acerca da noção de sistema constitucional aberto de princípios e regras ora defendida, conferir análise mais aprofundada em MARRAFON, Marco Aurélio. **Hermenêutica e sistema constitucional**: a decisão judicial entre o sentido da estrutura e a estrutura do sentido. Florianópolis: Habitus, 1998. (col. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho – n. 1).

<sup>22</sup> Sobre uma visão constitucional informada pela Teoria do Estado, cf. BERCOVICI, Gilberto. Teoria do Estado e Teoria da Constituição na Periferia do Capitalismo: Breves Indagações Críticas. In: NUNES, António José Avelãs; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). **Diálogos Constitucionais: Brasil/Portugal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 263-290. Sobre o Estado Democrático de Direito, cf. NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma Teoria do Estado de Direito**. Coimbra: Almedina, 2006; COSTA, Pietro. Teoria e Crítica do Estado de Direito. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. **O Estado de Direito**: História, Teoria, Crítica. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 95-198; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estado de Direito**. Lisboa: Gradiva, 1999.



MARRAFON, Marco Aurélio; ROBL FILHO, Ilton Norberto. A crise das fontes jurídicas enquanto crise do Estado Democrático de Direito. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.3, 3º quadrimestre de 2014. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

de império da lei (caráter fundante e geral) e concretizado pelo princípio da legalidade, enquanto instância primeira de controle do relacionamento cidadão-Estado<sup>23</sup>.

A legalidade necessita ser revalorizada e a centralidade da Constituição não produz necessariamente a diminuição da Lei enquanto fonte<sup>24</sup>. Na estrutura do Estado de Direito, a lei é essencial para limitar os poderes políticos e econômicos, modelando também a forma como os direitos são promovidos. É ela que permite o controle imediato da ação dos agentes estatais ante a vontade soberana do povo, seja por meio da jurisdição administrativa, seja por meio da jurisdição propriamente judicial.

Contudo, para que essa revalorização não recaia em retrocesso positivista ou mesmo se transforme em crença ingênua na democracia representativa, é preciso reconstruir as bases fundamentais das instituições e do processo político-legislativo a partir de uma forte perspectiva democrático-participativa, com atenção aos direitos fundamentais como parâmetros de controle substanciais do conteúdo da legislação. Algo mais próximo do constitucionalismo garantista<sup>25</sup> e distante do legalismo rasteiro das primeiras escolas juspositivistas.

Sem essa reviravolta política, certamente a judicialização é um preço a se pagar. Assim, além do controle material de seu conteúdo a partir dos direitos fundamentais individuais e sociais, para ser válida a Lei deve expressar a vontade popular na construção de decisões políticas e sociais e concretizar as demais normas constitucionais. Se, de um lado, os Tribunais e o pensamento jurídico (doutrina) devem prestar uma maior deferência à Lei em virtude da sua

---

<sup>23</sup> Conforme explica Jorge Reis Novais, a ideia de império da lei pressupõe não apenas a supremacia da Constituição enquanto lei fundamental, como também a soberania da função legislativa. Ela pressupõe também "*a clara distinção entre a lei e sua execução concreta ou aplicação particular*". NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma Teoria do Estado de Direito**. Coimbra: Almedina, 2006, p. 93.

<sup>24</sup> a importância da revalorização da lei, cf. WALDRON, Jeremy. **Law and disagreement**. New York: Oxford, 1999.

<sup>25</sup> Sobre o tema, conferir: FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In: FERRAJOLI, Luigi. STRECK, Lenio Luiz. TRINDADE, André Karam. (orgs.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. p. 13-56.

MARRAFON, Marco Aurélio; ROBL FILHO, Ilton Norberto. A crise das fontes jurídicas enquanto crise do Estado Democrático de Direito. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.3, 3º quadrimestre de 2014. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

característica democrática, de outro, o caráter seu democrático necessita ser aprofundado com um processo bem estruturado que privilegie e incentive a participação<sup>26</sup>.

Para tanto, o processo legislativo deve ser mais transparente, permitindo maior controle e atuação da minoria parlamentar e de grupos da sociedade civil. Ainda, os mecanismos de tramitação mais céleres não podem ser utilizados como instrumento para encurtar o debate e suprimir o exercício do dissenso democrático.

Também, a utilização de audiências públicas pelo legislador deve ser usada com maior frequência e com participação de seguimentos sociais relevantes. A política é por excelência o lugar da construção de decisões, mas essas soluções precisam buscar fundamentos jurídicos consistentes no quadrante constitucional.

Faltam na doutrina e nos estudos jurídicos maiores reflexões sobre como o processo legislativo funciona e como esse processo deve ser elaborado. Uma teoria da legislação democrática que contemple o diálogo entre a democracia participativa e as instituições representativas, bem como seja adequada ao constitucionalismo de bem-estar social e às exigências de uma sociedade cada vez mais plural está por ser elaborada.

Nesse contexto de reestruturação da teoria das fontes, o papel da jurisprudência e a atuação do Poder Judiciário demanda profundas reflexões, conforme bem adverte Guastini:

a maior parte das técnicas constitucionais de garantia dos direitos reduz-se a alguma forma de controle judicial, isto é, trata-se de um controle realizado por juízes e que comporta a assim chamada "aplicação do direito".

Por outro lado, porém, o Judiciário não está, por sua vez, sujeitado a controles externos. São os juízes (constitucionais) que controlam a obediência do legislador às

---

<sup>26</sup> Nessa questão, relevantes são as contribuições da democracia procedimental. Cf. HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia:** entre facticidade e validade. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. I e II v.

normas constitucionais; são ainda os juízes (ordinários e administrativos) que controlam a obediência à (fiel aplicação da) lei da parte dos outros juízes. Entretanto, não existem controles de espécie sobre decisões quer dos juízes constitucionais, quer dos juízes de cassação [...].

Evidentemente, essa técnica de garantia dos direitos é satisfatória enquanto se pensa na aplicação do direito de maneira formalista. Mas a mesma técnica deixa completamente de ser satisfatória caso se pense, ao contrário, que o poder de julgar é, também ele, um poder (em última análise) normativo e, portanto, um poder político.<sup>27</sup>

Além de ser preciso repensar o controle sobre as decisões judiciais, a jurisprudência brasileira, como importante fonte do direito, também necessita compreender seu papel no século XXI, que passa pelo diálogo com Cortes Regionais e Globais<sup>28</sup>. O conceito atual de soberania significa o poder popular, exercido de forma direta ou por meio dos seus representantes, dentro de um território, mas limitado i) pela garantia aos e pela promoção dos direitos humanos (limitação jurídica) e ii) por mecanismos econômicos e sociais da economia globalizada.

Desde 1998, nos termos do Decreto do Executivo Federal nº. 4.463/2002, o Brasil reconhece a competência jurisdicional da Corte Interamericana de Direitos Humanos. De outro lado, a prática judicial e os estudos acadêmicos ainda não incorporam o impacto dessa escolha social e política, a qual pressupõe a existência de um diálogo entre Cortes Nacionais e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Neste particular, é importante salientar que os Direitos Humanos também se tornam importante fonte do processo legislativo, informando não apenas os juízes, mas especialmente os cidadãos e os legisladores. Isso mostra que, além de a decisão judicial, o relacionamento dinâmico das demais fontes

---

<sup>27</sup> GUASTINI, Riccardo. **Das Fontes às Normas**, 2005, p. 267-268.

<sup>28</sup> Sobre o diálogo de Cortes, cf. NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

MARRAFON, Marco Aurélio; ROBL FILHO, Ilton Norberto. A crise das fontes jurídicas enquanto crise do Estado Democrático de Direito. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.3, 3º quadrimestre de 2014. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

(jurisprudência, doutrina, costumes e Direito Internacional Público) contribui para a legitimidade restauradora do valor da Lei.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Não há mais ambiente teórico para a defesa das velhas visões positivistas e para o apego primário e rasteiro ao texto legal. Também a atividade judicial não pode permanecer impregnada pelo reconhecimento da discricionariedade operada pelos positivistas mais sofisticados, como Kelsen. De outro lado, tampouco a quebra da legalidade pela tópica jurisprudencialista tem propiciado efeitos promissores para a realização da Constituição.

Com efeito, a crise das fontes do Direito ora diagnosticada demonstra que o primado do jurisprudencialismo promove grave insegurança jurídica e viola os princípios estruturantes e basilares do modelo de Estado Democrático de Direito. Nele, o governo das leis é incompatível com o governo dos juízes e suas vontades.

Assim, partindo da ideia de que o constitucionalismo moderno incorpora uma narrativa avançada em termos civilizatórios, inexistindo espaço para o pós-modernismo de índole relativista em relação aos valores a orientar a elaboração normativa, chega-se à conclusão de que a centralidade da Constituição brasileira deve ser observada e promovida, de modo a reinventar a dogmática infraconstitucional.

Contudo, a valorização da Constituição não implica em recusa à importância da Lei, que além de fonte imediata do Direito, é importante mecanismo de concretização e regulamentação legítima da própria normatividade constitucional.

Isso significa que, sem abrir mão da dinâmica que promove o diálogo com outras fontes – doutrina, jurisprudência, costumes e Direitos Humanos – como vetores que alicerçam legitimidade à ação jurídica e devem informar também o

MARRAFON, Marco Aurélio; ROBL FILHO, Ilton Norberto. A crise das fontes jurídicas enquanto crise do Estado Democrático de Direito. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.3, 3º quadrimestre de 2014. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

legislador, a reconstrução da teoria das fontes em chaves não positivistas passa por duas diretrizes fundamentais. A primeira reside na promoção da presença normativa da Constituição por meio do controle de constitucionalidade substancial da legislação de modo a preservar e fomentar os Direitos Fundamentais.

A segunda consiste na revalorização da Lei enquanto fonte do Direito, com observância de sua estrutura textual e compreensão do seu conteúdo no contexto do mundo prático e dos jogos de linguagem vigentes, até porque a crise das fontes não se deve a eventuais excessos no controle de constitucionalidade, mas sim ao apego judicial a qualquer *topoi* argumentativo que aparentemente traga uma solução, em detrimento aos textos legais.

Em relação ao procedimento, o reforço da importância da Lei envolve, igualmente, a reforma das instituições da democracia representativa, com maior transparência, controle e participação popular, garantindo a sua legitimidade e a sua força impositiva.

## **REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS**

ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Oliveira de. **Introdução à Teoria e à Filosofia do Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas**: Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BERCOVICI, Gilberto. Teoria do Estado e Teoria da Constituição na Periferia do Capitalismo: Breves Indagações Críticas. *In*: NUNES, António José Avelãs; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). **Diálogos Constitucionais: Brasil/Portugal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 263-290.

MARRAFON, Marco Aurélio; ROBL FILHO, Ilton Norberto. A crise das fontes jurídicas enquanto crise do Estado Democrático de Direito. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.3, 3º quadrimestre de 2014. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

BRONZE, Fernando José. **Lições de Introdução ao Direito**. Coimbra: Coimbra, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estado de Direito**. Lisboa: Gradiva, 1999.

\_\_\_\_\_. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CHAISTY, Paul; CHEESEMAN, Nic; POWER, Timothy. Rethinking the 'Presidentialism Debate': Conceptualizing Coalitional Politics in Cross-Regional. **Democratization**, 2012, p. 1-23.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade Legislativa do Poder Executivo**. 3. ed, 2011.

COSTA, Pietro. Teoria e Crítica do Estado de Direito. *In*: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. **O Estado de Direito: História, Teoria, Crítica**. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 95-198.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil: à Luz do Novo Código Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FACHIN, Melina Girardi. **Fundamentos dos Direitos Humanos: Teoria e Práxis na Cultura da Tolerância**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

FAUSTO, Boris. **História Concisa do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2012.

FEREJOHN, John. Independent Judges, Dependent Judiciary: Explaining Judicial Independence. **Southern California Law Review**. v. 72, p. 353-384, 1999.

\_\_\_\_\_. Judicializing Politics, Politicizing Law. **Law and Contemporary Problems**. v. 65, n. 3, p. 41-69, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. *In*: FERRAJOLI, Luigi. STRECK, Lenio Luiz. TRINDADE, André Karam.

MARRAFON, Marco Aurélio; ROBL FILHO, Ilton Norberto. A crise das fontes jurídicas enquanto crise do Estado Democrático de Direito. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.3, 3º quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

(orgs.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. p. 13-56.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**: Técnica, Decisão, Dominação. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

GODOY, Miguel Gualano. **Constitucionalismo e Democracia**: Uma Leitura a Partir de Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella. São Paulo: Saraiva, 2012.

GUASTINI, Riccardo. **Das Fontes às Normas**. São Paulo: Quartien Latin, 2005.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. I e II v.

HESPANHA, António Manuel. **O Caleidoscópio do Direito**: O Direito e a Justiça nos Dias e no Mundo de Hoje. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 7. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2006.

MARRAFON, Marco Aurélio. **O Caráter Complexo da Decisão em Matéria Constitucional**: Discursos sobre a Verdade, Radicalização Hermenêutica e Fundação Ética na Práxis Jurisdicional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

\_\_\_\_\_. **Hermenêutica e sistema constitucional**: a decisão judicial entre o sentido da estrutura e a estrutura do sentido. Florianópolis: Habitus, 1998. (col. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho – n. 1).

\_\_\_\_\_. Federalismo Brasileiro: Reflexões em Torno da Dinâmica entre Autonomia e Centralização. *In*: CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, II. v. p. 95-121.

MARRAFON, Marco Aurélio; ROBL FILHO, Ilton Norberto. Controle de Constitucionalidade no Projeto de Lei de Conversão de Medida Provisória em Face dos “Contrabandos Legislativos”: Salvaguarda do Estado Democrático de Direito.

MARRAFON, Marco Aurélio; ROBL FILHO, Ilton Norberto. A crise das fontes jurídicas enquanto crise do Estado Democrático de Direito. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.3, 3º quadrimestre de 2014. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

In: FELLETT, André; NOVELINO, Marcelo. **Constituição e Democracia**. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 235-252.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma Teoria do Estado de Direito**. Coimbra: Almedina, 2006.

ROBL FILHO, Ilton Norberto. **Conselho Nacional de Justiça: Estado Democrático de Direito e Accountability**. São Paulo: Saraiva, 2013.

SADEK, Maria Tereza. O Poder Judiciário na Reforma do Estado. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; WILHEIM, Jorge; SOLA, Lourdes (orgs.). **Sociedade e Estado em Transformação**. São Paulo: Editora UNESP; Brasília: ENAP, 1999, p. 323-345.

SADEK, Maria Tereza. Judiciário: Mudanças e Reformas. **USP- Estudos avançados**. v. 18, n. 51, p. 91-92, maio/ago. 2004.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como Liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: Uma Exploração Hermenêutica da Construção do Direito**. 6. ed. 2005.

STRECK, Lenio Luiz; SARLET, Ingo Wolfgang; e CLÈVE, Clèmerson Merlin. Os limites Constitucionais das Resoluções do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). **Revista da Esmesc**, v. 12, n. 18, 2005.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

TOMIO, Fabrício Ricardo de Limas; ROBL FILHO, Ilton Norberto. Empirical Legal Research: Teoria e Metodologia para a Abordagem do Processo Decisório de



MARRAFON, Marco Aurélio; ROBL FILHO, Ilton Norberto. A crise das fontes jurídicas enquanto crise do Estado Democrático de Direito. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.3, 3º quadrimestre de 2014. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

Controle de Constitucionalidade do STF. *In*: Carolina Alves Vestena e Gustavo Silveira Siqueira. (Org.). **Direito e Experiências Jurídicas**. Belo Horizonte: Arraes/CAPEL, 2013, v. 2, p. 96-117.

TREBILCOCK, Michael J.; DANIELS, Ronald J. **Rule of Law Reform and Development: Charting the Fragile Path of Progress**. Cheltenham, UK; Northampton, USA: Edward Elgar, 2008.

WALDRON, Jeremy. **Law and disagreement**. New York: Oxford, 1999.

WARAT, Luiz Alberto. **Introdução geral ao direito: interpretação da lei, temas para uma reformulação**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Poder judiciário: crise, acertos e desacertos**. Tradução de Juarez Tavares. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

Submetido em: Outubro/2014

Aprovado em: Outubro/2014