

O DIREITO E A INCERTEZA DE SUAS FONTES: UM PROBLEMA EM ABERTO PARA A DOGMÁTICA JURÍDICA CONTEMPORÂNEA

LAW AND THE UNCERTAINTY OF ITS SOURCES. AN OPEN PROBLEM FOR CONTEMPORARY LEGAL DOCTRINE

THOMAS DA ROSA DE BUSTAMANTE*

RESUMO

O presente trabalho busca fornecer uma crítica da concepção tradicional de “fontes do direito”, ligada ao positivismo jurídico. Argumenta-se que essa concepção é insuficiente para capturar todas as diferentes modalidades de atos produtores do direito que podem ser encontrados nos sistemas jurídicos contemporâneos. Na opinião do autor, nem as denominadas ‘fontes formais’ do direito e nem as denominadas ‘fontes materiais’ parecem suficientes para explicar a complexidade dos atos produtores de normas jurídicas e para dar ao jurista prático uma diretriz sobre o sentido e a força normativa desses atos. Propõe-se, portanto, substituir essas concepções por um conceito argumentativo de fontes do direito, que compreende como fontes quaisquer razões que podem ser empregadas no discurso jurídico.

PALAVRAS-CHAVE: Fontes do Direito. Positivismo. Fontes formais. Fontes materiais. Fontes argumentativas. Argumentação jurídica. Aarnio.

ABSTRACT

The essay attempts to provide a critical view on the traditional conception of the “sources of law”, which is related to legal positivism. It argues that this conception is insufficient to capture all the modalities of norm-enacting acts which can be found in contemporary legal systems. In the opinion of the author, neither the ‘formal sources’ of law nor the so-called ‘material sources’ seem to be sufficient to explain the complexity of the norm-enacting acts and to give the practical lawyer a directive on the meaning and the strength of the sources of law. We propose, thus, to replace these conceptions by an argumentative concept of the sources of law, which understand as sources all the reasons that may be deployed in legal discourse.

KEYWORDS: Sources of Law. Positivism. Formal sources. Material sources. Argumentative sources. Legal argumentation. Aarnio.

* Professor adjunto da Universidade Federal de Minas Gerais. *Honorary Lecturer* da Universidade de Aberdeen, no Reino Unido. Doutor em direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.
E-mail: thomas_bustamante@yahoo.com.br

1. A CATEGORIA “FONTES DO DIREITO” COMO EXPRESSÃO DO POSITIVISMO JURÍDICO

O período de ascensão do Positivismo na Europa Continental foi também o período de construção da denominada doutrina moderna das “fontes do Direito”. Como explica Ferraz Jr., “a teoria das fontes, em suas origens modernas, reporta-se à tomada de consciência de que o Direito não é essencialmente um *dado*, mas uma *construção* elaborada no interior da cultura humana. Ela desenvolveu-se, pois, desde o momento em que a Ciência Jurídica percebe seu objeto (o Direito) como um produto cultural, e não mais como um dado da Natureza ou sagrado”¹. Para entender como as idéias políticas e os movimentos históricos do final do século XVIII e do início do século XIX repercutiram no Direito, pode-se comparar a doutrina das fontes do Direito no Estado Pré-Moderno e no Estado Moderno. A seguinte passagem de Luís Roberto Barroso – referindo-se a Luigi Ferrajoli – parece expressar adequadamente o processo histórico a que estou a me referir:

No *Estado Pré-Moderno*, a formação do Direito não era legislativa, mas jurisprudencial e doutrinária. Não havia um sistema unitário e formal de fontes, mas uma multiplicidade de ordenamentos, provenientes de instituições concorrentes: o Império, a Igreja, o Príncipe, os Feudos, os Municípios e as Corporações. O direito ‘comum’ era assegurado pelo desenvolvimento e atualização da velha tradição romanística e tinha sua validade fundada na intrínseca racionalidade ou na justiça do seu conteúdo. *Veritas, non auctoritas facit legem* é a fórmula que expressa o fundamento *jusnaturalista* de validade do direito pré-moderno (...).

“O Estado de Direito Moderno, assinala ainda Ferrajoli, nasce sob a forma de Estado Legislativo de Direito. Graças ao princípio da legalidade e às codificações que lhe deram realização, uma norma jurídica não é válida por ser justa, mas por haver sido ‘posta’ por uma autoridade dotada de competência normativa. *Auctoritas, non*

1 Ferraz Jr., 2003, p. 223.

veritas facit legem: este é o princípio convencional do Positivismo Jurídico. Com a afirmação do princípio da legalidade como norma de reconhecimento do Direito existente, a Ciência Jurídica deixa de ser uma Ciência imediatamente normativa para converter-se em uma disciplina cognoscitiva, explicativa do direito positivo, autônomo e separado em relação a ela. A jurisdição, por sua vez, deixa de ser produção jurisprudencial do Direito e se submete à lei como única fonte de legitimação”².

Portanto, a teoria das fontes do Direito, tal como nós a conhecemos hoje – pelo menos como nos é ainda transmitida pela maioria dos juristas teóricos – é uma herança do Positivismo Jurídico do século XIX. Mais que isso, é uma doutrina que expressa o pensamento liberal que predominava no contexto histórico em que ela foi formada. Como explica Prieto Sanchís,

segundo esta concepção de fontes [*concepção do Positivismo continental clássico*], na realidade somente existiria um modo de produção jurídica, a lei, sendo as demais meras ‘fontes de conhecimento’, sempre subsidiárias. Naturalmente, este postulado tinha um forte sentido político: de um lado, a lei é a forma de expressão do Direito do Estado e o Estado Liberal levará até as últimas conseqüências o processo de unificação jurídica iniciado pelo Absolutismo. De outro, a lei encarna também a vontade do órgão que, dentro do Estado, representa a soberania³.

Nesse sentido, Ollero considera a teoria das fontes do Direito como expressão de uma determinada ideologia acerca da relação entre os valores “justiça” e “segurança” que poderia ser encontrada nos Códigos continentais do século XIX⁴.

Todos os problemas teóricos desse tipo de Positivismo manifestam-se também na teoria ainda predominante sobre as fontes do Direito. Um desses problemas é o do *essencialismo*. Como relata Guibourg, “a palavra ‘fonte’ sugere claramente

2 Barroso, 2007, p. 204-205, notas 4 e 6.

3 Prieto Sanchís, 1999, p. 34.

4 Ollero, 2005, p. 19.

que há *um* elemento de uma única natureza, o Direito, e que ele flui de origens diferentes, mas sempre com a mesma composição química, como a água que vem das correntes do subsolo”⁵. Veja-se que por trás da própria noção de “fontes”, pelo menos no sentido positivista a que estamos habituados, se esconde o pressuposto de que invariavelmente deve haver um *único* conceito de Direito – que pode ser vislumbrado da perspectiva do observador – e de que seus atos de produção podem ser claramente identificados, bastando a referência a estes últimos para que surja, sempre da mesma maneira, uma norma jurídica. As fontes do Direito são normalmente descritas, portanto, como se fossem condições *necessárias e suficientes* para a criação do Direito.

2. AS DUAS INTERPRETAÇÕES TRADICIONAIS DO CONCEITO DE “FONTE DO DIREITO”

A doutrina tradicional distingue dois sentidos principais em que a expressão “fonte do direito” pode ser entendida. Primeiramente, pode-se falar em uma *concepção material* de fontes do Direito. Nesse sentido, as fontes são os *motivos* ou razões que determinam o conteúdo do direito positivo⁶, ou seja, qualquer ato ou fato que gere normas jurídicas⁷. Esta concepção é ampla o suficiente para abarcar tanto os *fatos* sociais, políticos e econômicos que influenciam a produção do Direito quanto as *idéias* e os *valores* que constituem motivos para a legislação, como a *justiça*, a *equidade* e a *segurança*⁸. As fontes, nessa primeira concepção, nunca são atos jurídicos, mas eventos ou fatos pré-jurídicos que podem contar como uma *causa* – uma *causa social* – para o nascimento de uma norma jurídica.

5 Guibourg, 2000, p. 177.

6 Guibourg, 2000, p. 177.

7 Guastini, 1996-a, p. 62.

8 Guibourg, 2000, p. 191

Em segundo lugar, pode-se falar de uma concepção *formal* de fontes do Direito. Aqui, “fonte” significa “qualquer ato ou fato não meramente produtor de normas, mas legalmente *autorizado* a produzir normas”, qualquer que seja o conteúdo ou o resultado delas⁹. Nessa segunda concepção a palavra “fonte” refere-se não mais aos motivos da legislação, mas às *condutas* e aos *procedimentos* que formalmente produzem normas jurídicas¹⁰. Aqui, busca-se englobar “qualquer *ato* ou *fato* jurídico cujo resultado é a criação de normas”¹¹. Há singelas variações entre os teóricos do Direito quando eles se debruçam sobre as fontes “formais”. Uns fazem referência aos “processos ou meios em virtude dos quais as regras jurídicas se positivam com legítima força obrigatória”¹²; outros, mais alinhados à teoria jurídica de Kelsen, às “normas positivas, de qualquer tipo, que podem ser invocadas por um órgão como fundamento de validade da norma que [esse órgão] estatui”¹³. Sem embargo, independentemente dessas pequenas divergências teóricas, a noção formal de fontes do Direito apresenta sempre uma estrutura auto-referencial: apenas atos, fatos, procedimentos ou normas *juridicamente institucionalizados* é que podem gerar normas jurídicas. Como recentemente sintetizou um importante teórico positivista da atualidade: “Aprendemos com Kelsen que o Direito regula a sua própria criação”¹⁴.

9 Guastini, 1996-a, p. 66

10 Guibourg, 2000, p. 177.

11 Aguilló Regla, 2000, p. 51.

12 Reale, 2002, p. 140.

13 Vernengo, 1995, p. 329.

14 Guastini, 2007, p. 305.

3. ALGUMAS CONSIDERAÇÕES CRÍTICAS SOBRE A INSUFICIÊNCIA DAS ACEPÇÕES POSITIVISTAS DAS FONTES DO DIREITO

Não obstante o esforço dos positivistas para identificar com clareza as fontes do direito, parece-nos que nenhuma das duas concepções tradicionais é adequada para uma teoria jurídica que pretenda ser capaz de entender a força das fontes do direito na argumentação jurídica e os modos por meio dos quais essas fontes interagem com as demais razões que podem eventualmente ser empregadas como fundamento de uma decisão judicial. Ademais, este tipo de teoria parece artificialmente presumir que as questões problemáticas na argumentação jurídica se resumem a identificar as normas que provêm das denominadas “fontes do direito”, como se a recondução de uma norma a uma fonte específica do direito resolvesse definitivamente a questão de saber se esta norma é juridicamente vinculante no caso concreto. Uma teoria jurídica que pretenda ser relevante para a prática, a fim de esclarecer os fatores que determinam o peso dos argumentos jurídicos em cada caso concreto, deve superar as deficiências do Positivismo, e em especial sua insuficiência em fixar critérios para entender qual tipo de argumentos e razões *deve contar* na *justificação* de uma decisão jurídica. O Positivismo pressupõe um fosso entre o Direito e a Moral que não existe na prática da argumentação jurídica. Argumentos morais desempenham um papel decisivo na atividade de aplicação do Direito, de modo que os discursos jurídico e moral podem ser concebidos como fragmentos de um único discurso prático, e não como formas independentes de argumentação. É esse o núcleo da tese alexyana do caso especial, segundo a qual o direito é um tipo específico de discurso prático, cuja principal característica é a presença de razões de autoridade que constituem um limite formal à discussão acerca do que se deve fazer em um caso concreto.

Uma concepção adequada de “fontes do Direito” deve oferecer ao menos um ponto de partida para uma resposta à questão que MacCormick denominou de “problema do Positivismo”: uma concepção positivista é falha porque não responde à indagação, que pode ser levantada *internamente* pelos aplicadores do Direito, sobre se, no caso concreto, se deve, ou não, considerar uma decisão justificada pelo só fato de ela se fundamentar em fontes do direito formalmente tidas como válidas.¹⁵

A partir do momento em que compreendemos que o Direito não tem apenas um aspecto *real* – não é apenas um conjunto de normas positivas autoritariamente estabelecidas –, mas também um lado *ideal* – a pretensão de estar ditando uma decisão correta, uma norma individual moralmente justificada –, e a partir do momento em que observamos que na prática o juiz deve combinar ambos os elementos, ou seja, otimizar esses dois aspectos, para o fim de cumprir a pretensão de correção levantada no discurso jurídico¹⁶, fica claro que a concepção formal de “fontes do Direito” – apesar de dominante no discurso dos teóricos do Direito em geral¹⁷ – não constitui uma descrição adequada da atividade dos participantes no discurso jurídico. O Direito não é um objeto estático e invariável, que sempre tem a mesma estrutura química, como a água. Ele não pode ser

15 Como explica MacCormick em um de seus fragmentos mais críticos ao positivismo, “Uma descrição positivista do sistema tal como ele opera *não pode* responder a um tipo particular de questão que pode ser formulada *internamente* em um sistema jurídico: a questão que pode ser formulada diante de um juiz, em um caso difícil, da seguinte maneira: ‘Por que *nós* devemos tratar todas as decisões alcançadas em conformidade com uma regra válida segundo nosso critério de validade como suficientemente justificadas?’, e esta é uma questão que pode, e de tempos em tempos é, levantada. Ademais, o positivismo não consegue também responder à questão formulada pelos juízes ainda mais frequentemente: ‘Como *nós* devemos justificar as decisões concernentes à interpretação e à aplicação de nossos critérios de validade?’” (MacCormick, 1978, p. 63).

16 Alexy 1997-a; 1999.

17 *u.g.*, Vernengo, 1995; Reale, 2002; Guastini 1996-a.

completamente entendido a partir da perspectiva do observador. Apenas os que participam no discurso jurídico podem *discutir* racionalmente acerca do conteúdo de suas normas. O conteúdo do Direito não é algo previamente dado em normas inequívocas, algo para ser descoberto, mas uma prática construtiva e interpretativa de formação de significados por meio da argumentação. A prática do Direito é uma prática comunicativa, ou seja, um processo de troca de atos de fala que geram sentido para os textos normativos. Os atos de fala dos juristas devem ser entendidos “de modo que o significado é [*gradualmente*] *gravado*” no resultado de qualquer discurso jurídico¹⁸ e pode ser revisitado – e às vezes revisto – em uma futura situação argumentativa.

Portanto, nem as concepções *formais* nem as concepções *materiais* de fontes do Direito são apropriadas. A concepção formal é insuficiente porque nem todas as razões que contam no discurso jurídico derivam de um ato normativo institucionalmente regulado; e a concepção material é insuficiente porque não há uma causalidade ou implicação estrita entre os fatores extrajurídicos que geram o Direito e o conteúdo das decisões individuais que resultam da sua aplicação. O Direito é algo construído por meio de uma prática social, não um mero reflexo de uma lei natural (como um platonista iria sustentar) ou uma mera superestrutura imposta por uma classe dominante (como um marxista iria sugerir).

4. AS FONTES COMO RAZÕES: UMA REINTERPRETAÇÃO DA NOÇÃO DE FONTES DO DIREITO

Mas como, então, podemos construir uma teoria adequada das fontes do Direito?

O recente debate entre Riccardo Guastini e Robert Shiner mostra-nos diferentes estratégias para tentar encontrar

18 Viola, 1996, p. 185.

um conceito adequado. De um lado, Guastini pretende seguir a mesma estratégia que a doutrina juspositivista tem adotado desde o advento do Estado Moderno, ou seja, pretende “partir de uma concepção teórica geral sobre o Direito” – que seja “independente da forma como a produção do Direito seja na realidade regulada em diferentes sistemas jurídicos”¹⁹ – e, a partir dessa idéia sobre o Direito em geral, formular uma teoria “geral” – formal, estrutural – das suas fontes²⁰. De outro lado, Shiner adota uma metodologia inversa. Ao invés de partir de um conceito geral de Direito, para dele extrair uma teoria das fontes – ou, na sua terminologia, ao invés de proceder “de cima para baixo” (*top-down*) –, Shiner pretende partir “de baixo para cima” (*bottom up*): “Não podemos presumir de início o Positivismo Jurídico, ou a teoria do direito natural, ou o Realismo Jurídico, ou qualquer outra teoria geral do Direito, e depois aplicá-la às instituições jurídicas e à teoria das fontes do Direito. Nós temos de deixar esse tipo de teorias abstratas [*high-level theory*] de lado e, em primeiro lugar, observar como os sistemas jurídicos *de fato* operam com a noção de fontes autoritativas do Direito”²¹.

Shiner busca, com esse método – explica Rotolo²² –, “reconstruir racionalmente as práticas jurídicas nas suas operações concretas”, para a partir daí elaborar sua concepção de fontes do Direito. Com esse método ele logra delimitar o que denominou “fontes do Direito estritamente institucionalizadas”, ou seja, as fontes que “podem ser diretamente identificadas como tais na prática jurídica”²³. Nas próprias palavras de Shiner:

19 Guastini, 2007, p. 304.

20 Rotolo, 2007, p. 326.

21 Shiner 2005, p. 220.

22 Rotolo, 2007, p. 327.

23 Rotolo, 2007, p. 327.

Uma lei, ou uma regra jurídica [*a law, or a law-like rule*], tem uma fonte estritamente institucionalizada apenas no caso seguinte: (i) as condições de existência da lei, ou da regra jurídica, constitui uma parte das atividades básicas de uma instituição jurídica; e (ii) a justificação contextualmente suficiente, ou a força normativa sistêmica ou local da lei, ou regra jurídica, deriva inteiramente da satisfação dessas condições de existência.

“A cláusula ‘(i)’ busca capturar a idéia de ‘fonte’ de uma regra, e a cláusula ‘(ii)’ a força do qualificativo ‘estritamente”²⁴.

Para Shiner, ao lado das fontes “estritamente institucionalizadas”, haveria ainda as fontes “quase-institucionalizadas” e as “fontes sociais”²⁵. E todas poderiam ser encontradas pelo jurista a partir do seu método empírico-indutivo.

Acredito, no entanto, que no debate entre o professor canadense (Shiner) e o italiano (Guastini) nenhuma das partes consegue sair vitoriosa: nenhum dos dois consegue estabelecer uma teoria das fontes do Direito que seja realmente frutífera para a prática jurídica. Ambos permanecem excessivamente presos à metodologia do Positivismo e subestimam a função normativa da teoria jurídica, isto é, a função de propor parâmetros, diretivas, metanormas e modelos de decisão para auxiliar o jurista prático na justificação de suas decisões. Com efeito, não se pode justificar uma decisão senão por meio da construção de uma teoria que enuncie as razões em que esta se apóia. Como explica Aarnio: “Conceitos teóricos, ou, mais geralmente, a disciplina geral do Direito, pertencem à caixa de ferramentas de todos os juristas. Até o mais prático dos juristas tem de utilizar os conceitos básicos do Direito em seu trabalho. Ninguém pode solucionar um problema de responsabilidade por danos sem utilizar os conceitos de causalidade e adequação. Portanto, se alguém evita conceitos

24 Shiner, 2005, p. 3.

25 Shiner, 2007, p. 311.

teóricos pela porta da frente, eles imediatamente penetram pela porta dos fundos. *Não há jurisdição sem teoria*²⁶.

A teoria jurídica tem, ela própria, uma relevância *normativa* que não pode ser negligenciada na atividade de aplicação judicial do Direito. O mesmo vale para a teoria das fontes do Direito, como um de seus departamentos.

Na teoria das fontes do Direito esboçada por Guastini privilegia-se o aspecto *analítico* da teoria jurídica em detrimento de todos os outros. O teórico parte de um conceito predeterminado de Direito – o conceito *positivista: auctoritas, non veritas facit legem* – e, com base em um trabalho meramente *dedutivo*, tenta enumerar os fatos e atos jurídicos capazes de gerar, com base em critérios intra-sistemáticos de validade, normas jurídicas válidas. Na teoria de Shiner, por sua vez, adota-se uma perspectiva *empírica*. Cabe ao teórico, então, observar os elementos que, de fato, geram normas jurídicas válidas em um dado ordenamento jurídico. É por essa razão – essa referibilidade a um dado direito positivo – que Shiner não consegue elaborar uma teoria “geral” das fontes do Direito²⁷.

Uma comparação entre a concepção defendida por Guastini e a sustentada por Shiner revela que a primeira está próxima do normativismo kelseniano e a segunda do Realismo norte-americano. Ambas compartilham os postulados positivistas da neutralidade e da separação radical e intransponível entre ser e dever-ser, bem como acreditam que a teoria das fontes do Direito deve ser apenas uma teoria *descritiva*. Não transcendem, portanto, os limites do pensamento jurídico positivista. Uma teoria das fontes do Direito adequada à concepção pós-positivista²⁸ nos

26 Aarnio 1999:10 (sem destaque no original).

27 Guastini, 2007; Shiner, 2007; Rotolo, 2007.

28 Embora a categoria “pós-positivismo” possa ser interpretada em diferentes sentidos, aqui se utiliza a expressão em uma concepção bem específica. Em linhas gerais, entendemos por pós-positivismo o tipo de teoria do direito que não se contenta com uma descrição do Direito positivo a partir da perspectiva do observador imparcial – ou,

parece mais adequada não deve proceder nem “de cima” nem “de baixo”, não deve ser nem exclusivamente analítica nem exclusivamente empírica, mas deve se voltar “para a frente” ou para o futuro, com o fim de determinar a importância das fontes do Direito na argumentação jurídica.

É melhor adotarmos, portanto, um conceito *argumentativo* de fontes do Direito, como o de Aulis Aarnio, para quem se deve utilizar a referida locução para “toda razão que – de acordo com as regras geralmente aceitas na comunidade jurídica – pode ser usada como base *justificatória* da interpretação jurídica”²⁹. Esse é um conceito de “fontes do Direito” que “não se refere às *causas* da atividade interpretativa, mas às *razões* que são utilizadas para

no dizer de Hart, a partir do ponto de vista externo. Uma teoria do direito adequada deve ser capaz de formular respostas para as indagações que são formuladas pelos próprios usuários da teoria, quando refletem acerca do conceito de direito a partir do ponto de vista interno. Quando consideram os problemas fundamentais da teoria do direito a partir do ponto de vista interno, os juristas não se contentam mais em descrever um fato social que se encontra no passado; pelo contrário, eles buscam encontrar uma *justificação adequada* para as pretensões de juridicidade que eles pretendem fundamentar em suas argumentações. É justamente neste momento que o positivismo, enquanto teoria geral do direito, se mostra inadequado, pois ele despreza a dimensão argumentativa ou reflexiva do direito e concebe o sistema jurídico como um conjunto previamente dado de normas jurídicas que podem ser inteiramente identificadas a partir da referência a suas fontes. Como salienta Raz (1994, p. 210), para os positivistas “todo o direito está baseado em certas fontes” (“all law is source-based”). Isso implica, a meu ver, que a tese central do positivismo já não é mais a tese da separabilidade entre o direito e a moral, mas a tese das fontes sociais, isto é, a tese de que basta se identificar uma “fonte” jurídica para se identificar o Direito. Por pós-positivismo, portanto, entendemos todas as teorias que não se contentam com a tese das fontes sociais do direito, e que se preocupam fundamentalmente com o caráter argumentativo do Direito, vendo o conteúdo das normas jurídicas mais como o resultado de uma argumentação a partir dos materiais emanados dos órgãos dotados de competências para criar normas jurídicas gerais do que como uma simples decisão ou um simples fato social.

- 29 Aarnio, 1991, p. 123. Ao lado desse conceito amplo de “fontes do Direito”, Peczenik propõe também um conceito mais estrito: “Todas as razões jurídicas são fontes do Direito no seu sentido mais amplo. Todos os textos, práticas etc. que um jurista está obrigado a, deve ou pode proferir como razões de autoridade são fontes do Direito em um sentido estrito, adotado neste trabalho” (Peczenik, 1989, p. 318). O conceito mais amplo, no entanto, parece mais adequado, na medida em que na argumentação jurídica as razões que contam para decidir casos práticos não se limitam necessariamente às razões de autoridade. Não apenas as razões que possam ser empregadas “como razões

justificar certa interpretação”³⁰ [ibidem]. É um conceito que considero mais adequado para entender o raciocínio jurídico, porque ele abandona a perspectiva do observador (ponto de vista externo) – adotada tanto pelas concepções tradicionalistas (que distinguem entre fontes *formais* e fontes *materiais*) quanto pelas concepções positivistas mais contemporâneas, como as de Guastini e Shiner – e adota um conceito argumentativo mais adequado ao contexto de justificação das decisões jurídicas, ou seja, ao contexto discursivo onde os participantes sustentam pretensões de validade de normas jurídicas individuais que eles pretendem vindicar no caso concreto. Aarnio aproxima-se muito mais, portanto, de uma resposta à questão a que MacCormick se referiu como um dos “problemas do Positivismo”. Todas as razões/fontes do Direito (ou da decisão jurídica) potencialmente relevantes devem ser ponderadas para se determinar o sentido da norma jurídica concreta.

Como se percebe, adota-se uma concepção de fontes do Direito em que a locução é entendida no sentido de fontes não de “regras jurídicas gerais”, mas do “conjunto de prescrições tanto gerais como individuais” que compõem o Direito. Uma “norma individual”, no sentido de Kelsen, e uma “norma adscrita”, no sentido de Alexy³¹, constituem também “Direito” para fins de se

de autoridade” podem contar como fontes do Direito. É claro que isso não impede que os argumentos institucionais tenham um peso diferenciado e uma “prioridade *prima facie*” no discurso jurídico (Alexy, 1995; Ávila 2001), mas um conceito argumentativo de fontes não pode excluir qualquer razão que possa ser utilizada como justificação de uma decisão jurídica.

30 Aarnio, 1991, 123.

31 Na Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen, vislumbra-se uma estrutura escalonada de normas jurídicas que se apresentam como um sistema dotado de um aspecto dinâmico, é dizer, um sistema onde as normas inferiores não são meramente deduzidas das normas superiores que lhes servem de fundamento, mas produzidas em conformidade com estas. Em um sistema dinâmico como o de Kelsen, todo ato de aplicação de uma norma geral, de nível superior, implica a produção de uma norma individual que especifica as condições de aplicação da norma anterior ao caso concreto. A este

determinar as suas fontes.³²

Podemos, por conseguinte, considerar as decisões judiciais como “normas” de caráter especialmente concreto e os precedentes judiciais, por exemplo, como uma das espécies de “fontes” dessas normas.

Se esse conceito argumentativo de fontes for adotado, pode haver diferentes *graus de vinculatividade* dos materiais que os juristas utilizam na justificação de suas decisões, dependendo da aceitabilidade racional e da institucionalização desses materiais. Nesse ponto, a concepção de “fontes” que ora se defende parece se aproximar do Realismo Jurídico de Alf Ross. Para este jurista:

De acordo com o ponto de vista tradicional, afirmar que o Direito vige ou vale é atribuir-lhe uma qualidade irredutível derivada de princípios *a priori* ou postulada como um pré-requisito do conhecimento jurídico. A validade de uma norma particular é derivada da norma superior de acordo com a qual foi criada – em última instância, do direito natural ou de uma hipótese inicial pressuposta ou norma básica. Com tais premissas, obviamente, o conceito de validade tem que ser absoluto: uma regra jurídica vale ou não vale. (...). Em verdade, a asserção de que uma regra é Direito vigente é altamente relativa. Pode-se também dizer que uma regra pode ser Direito vigente num maior ou menor grau, o que varia com o grau de probabilidade mediante o qual podemos prever que será aplicada³³.

processo de especificação e determinação semântica das normas jurídicas Kelsen denomina “individualização” do Direito (Ver, além da obra de Kelsen, Bustamante, 2011, onde há outras referências). Na teoria de Robert Alexy, por sua vez, fala-se em “normas adscritas” ou, na tradução ao português de Virgílio Afonso da Silva, em “normas atribuídas” para fazer referência a normas que não se identificam com as normas de direitos fundamentais diretamente estatuídas na Constituição, mas que são criadas pela jurisprudência para eliminar a indeterminação semântica e estrutural das normas que se inferem diretamente das disposições constitucionais. Uma norma adscrita, segundo Alexy, é uma norma de direito fundamental quando puder ser corretamente fundamentada a partir das disposições constitucionais, constituindo-se em uma norma cujo cumprimento é necessário para garantir a eficácia do próprio direito fundamental que serviu de fundamento para a sua adscrição (ver: Alexy, 2007).

32 V., sobre essa relativa ambigüidade da palavra “Direito” na locução “fontes do Direito”, Guastini (2007, p. 304).

33 Ross 2003:70.

Há certa semelhança, mas não identidade, entre as afirmações de Ross e os pontos de vista que ora defendo. Não obstante, *não* considero correto definir a vigência ou validade de uma norma jurídica como a probabilidade de esta vir a ser aplicada pelos juízes para decidir casos concretos. Com efeito, contra as pretensões do Realismo Jurídico, a validade de uma norma jurídica – sua pertinência a uma ordem jurídica concreta – pode ser mais bem aferida segundo um critério formal como a regra de reconhecimento hartiana (embora, talvez, se possa cogitar de certos limites a esse critério). A partir do momento em que distinguimos a *justificação* de uma norma jurídica – isto é, a demonstração de sua validade – da sua *aplicação* a um caso concreto – isto é, a demonstração de sua adequabilidade para solucionar um problema concreto³⁴ –, fica claro que, na realidade, a questão da “validade” de uma norma jurídica pode ser respondida com a adoção de um “sim” ou um “não” em face das pretensões de validade normativa afirmadas pelos participantes do discurso jurídico. Ou aceitamos uma norma jurídica como justificada, ou temos esta norma como não integrada ao sistema jurídico em questão. *Tertium non datur*.³⁵

Por outro lado, as *fontes* do Direito – tal como as entendemos – podem ter graus diferentes de vinculatividade.³⁶ Os materiais normativos utilizados pelos participantes do discurso jurídico como supedâneo para as pretensões de validade normativa que eles formulam não têm necessariamente um valor ou nulo ou absoluto nos discursos de justificação normativa. São possíveis,

34 Günther, 1993.

35 .Com essa afirmação não estamos, porém, vendo o raciocínio jurídico como uma mera aplicação *absoluta* de normas gerais. É sempre possível, em um discurso de aplicação, reconhecer uma norma como válida mas afastar sua incidência sobre o caso concreto. Ver, sobre o tema dos discursos de aplicação: Günther, 1993.

36 Validade (pertinência ao ordenamento jurídico) e vinculatividade (força) são, portanto, atributos diferentes das normas jurídicas, que precisam ser claramente diferenciados.

sim, graus intermediários. Nesse sentido, Peczenik³⁷ e Aarnio³⁸ propõem classificar as fontes do Direito em três categorias: *must-sources*; *should-sources* e *may-sources*³⁹. O primeiro grupo, das fontes *obrigatórias em sentido forte* (*must-sources*), compreende os materiais normativos com mais alto teor de normatividade em determinado sistema jurídico. Numa palavra, há uma obrigação de se obedecer à referida fonte do Direito⁴⁰. O segundo, fontes *obrigatórias em sentido frágil* (*should-sources*), “consiste naquelas [fontes] que *devem normalmente* ser seguidas na interpretação”, ou seja, são as fontes em relação às quais o intérprete “tem apenas uma obrigação frágil de obediência”⁴¹. Por último, o grupo das fontes permitidas (*may-sources*) é formado por aquelas a que um aplicador do Direito pode se referir na argumentação jurídica. “O intérprete não tem nem uma obrigação forte nem uma obrigação frágil de observá-las”⁴². Vê-se, portanto, que as diferentes fontes do Direito terão diferentes pesos na solução de casos concretos.

Nos discursos de justificação de normas jurídicas contam diferentes tipos de fontes *obrigatórias em sentido forte*, *obrigatórias em sentido frágil* e *permitidas*. O peso concreto dessas fontes, portanto, vai depender da sua ponderação concreta pelo aplicador do Direito.

Mas a força em si mesma (ou grau de vinculatividade) não é o único critério para classificar as fontes do Direito. Podem contar como razões para normas jurídicas tanto *razões dotadas de autoridade* (*authority reasons*) como *razões substantivas ou materiais* (*substantive reasons*). As primeiras valem porque

37 Peczenik, 1989.

38 Aarnio, 1991.

39 Peczenik 1989, p. 319-321.

40 Aarnio, 1991, p. 135.

41 Aarnio, 1991, p. 136.

42 Aarnio, 1991, p. 137.

“têm na sociedade uma posição que pode ser qualificada de institucional”⁴³, ao passo que as últimas “integram o contexto de justificação em virtude de sua importância material (substancial)”⁴⁴. O eventual embate entre fontes jurídicas *substanciais* e *dotadas de autoridade* coincide com a tensão entre *facticidade* e *validade*, isto é, entre a positividade do direito e a sua justificabilidade racional. A primazia de umas ou outras não pode ser resolvida de forma absoluta: ambas são igualmente necessárias no pensamento jurídico⁴⁵.

Com base nessas duas classificações, Aarnio⁴⁶ chega a elaborar um quadro geral das fontes do Direito no sistema jurídico finlandês, que pode, como regra geral, ser estendido a outros sistemas jurídicos da tradição do *civil law*:

43 Aarnio, 1991, p. 138.

44 Aarnio, 1991, p. 138.

45 Peczenik, 1989, p. 117.

46 Aarnio, 1991, p. 139.

FONTES JURÍDICAS

| | Fortemente vinculantes <i>(must-sources)</i> | Fragilmente vinculantes <i>(should-sources)</i> | Fontes permitidas <i>(may-sources)</i> |
|--|--|--|--|
| Justificação dotada de autoridade (fontes do Direito dotadas de autoridade) | Textos legais | <i>Travaux préparatoires</i> Decisões judiciais (precedentes) | Dogmática jurídica Direito estrangeiro etc. |
| Justificação substancial ou material (fontes não-estritamente autoritativas) | Costumes | | Princípios gerais do Direito, princípios morais, argumentos práticos |

Uma leitura desse quadro sugere que, *ceteris paribus*, quanto mais elevada e à esquerda se situe determinada fonte do Direito, mais chances ela tem de prevalecer em um discurso de justificação de normas jurídicas em geral.

Como se pode perceber, esta classificação geral das fontes do direito tem algumas vantagens sobre a percepção tradicional das denominadas “fontes formais”. Primeiramente, ela é capaz de reconhecer a importância de fontes não estritamente autoritativas, que gozam de certa capacidade normogenética independentemente de seu reconhecimento institucional pela ordem jurídica. Com efeito, argumentos práticos gerais, argumentos derivados dos princípios gerais do direito e argumentos morais têm lugar no discurso jurídico *ainda que não tenham sido previstos* no texto de

documentos jurídicos dotados de autoridade, como leis, decretos, atos administrativos ou precedentes judiciais. Ainda que, *ceteres paribus*, eles tenham um peso comparativamente menor, quando comparado ao das razões estritamente autoritativas, que emanam dos canais institucionais de produção normativa, seria uma descrição inadequada e empobrecida da prática jurídica imaginar que essas razões tivessem necessariamente excluídas do discurso jurídico, na medida em que os próprios aplicadores do Direito positivo tendem a reconhecer tais razões como juridicamente vinculantes e como fatores decisivos para a interpretação do Direito. Em segundo lugar, esta tipificação parece finalmente encontrar uma solução para o problema de certas fontes do direito que não se amoldam à definição positivista de “fontes formais”, mas são comumente reconhecidas como juridicamente obrigatórias e decisivas, como é o caso dos costumes. Em terceiro lugar, ela é capaz de explicar o peso da dogmática jurídica e de outros fatores análogos, como o Direito estrangeiro, na argumentação jurídica concreta. Com efeito, embora tenham algum grau de institucionalidade, essas fontes do Direito não são capazes de produzir *per se* normas cogentes e obrigatórias em sentido forte, mas sem dúvida alguma podem funcionar como um *argumento adicional* para tanto ou como um critério fundamental para o *desenvolvimento judicial do Direito* e para a interpretação jurídica nos casos controvertidos.

Acima de tudo, a definição de Aarnio de “fontes argumentativas” rompe de vez com o essencialismo positivista, segundo a qual todo o direito deveria ser encontrado em certas fontes, de modo que o sistema jurídico seria apenas um “dado” ou um “fato social” que se encontra no passado. A concepção argumentativa de fontes do Direito tem ao menos a vantagem de reconhecer que o sistema jurídico é necessariamente reflexivo, na medida em que seu conteúdo só é completamente compreensível se se adotar um construtivismo jurídico segundo o qual o sentido das normas jurídicas só é dado no momento de sua aplicação,

ao cabo de um processo hermenêutico em que é paulatinamente construída a compreensão dos objetos jurídicos.

5. AS FONTES JURÍDICAS E O PROBLEMA DO PRECEDENTE JUDICIAL

Podemos concluir, portanto, que a proposta apresentada na seção anterior, se entendida como um panorama superficial, suficiente para uma primeira aproximação do Direito, é definitivamente plausível. Não obstante, a partir do momento em que passamos a analisar alguns problemas mais específicos, como o dos *precedentes judiciais*, verificamos que classificá-los como “fragilmente vinculantes” é no mínimo insuficiente. O exemplo do precedente merece atenção especial, portanto, porque pelo visto a expressão “precedente” é ambígua o suficiente para abarcar fontes do direito que se encaixam em quaisquer dos níveis ou classes de fontes especificadas no quadro esquemático de Aarnio.

A força dos precedentes encontra fundamento tanto em razões morais como em razões institucionais em sentido estrito. Entre as primeiras cito o princípio da universalizabilidade – que está impregnado na filosofia prática a partir do imperativo categórico de Kant –, e entre as últimas podem ser citadas tanto *normas positivas* que dispõem sobre a força do precedente quanto a obrigação de *levar em conta* os precedentes, que decorre da própria estrutura escalonada do sistema jurídico (e em especial dos mecanismos de uniformização de jurisprudência e solução de divergência jurisprudencial que estão institucionalizados em cada sistema jurídico)⁴⁷.

47 Sobre os fatores institucionais e extra-institucionais que influem sobre o precedente judicial no Direito brasileiro, ver, entre outros, Bustamante (2007). Sobre a relação entre o princípio kantiano da universalizabilidade e o precedente judicial ver, entre outros, Gascón Abellán (1993) e Moral Soriano (2002).

Ademais, um estudo jurídico-comparativo revela que nos sistemas jurídicos contemporâneos é encontrado um universo muito mais rico de variáveis que influem sobre a força do precedente na argumentação jurídica. Peczenik, por exemplo, sintetizando as conclusões de um grupo composto por alguns dos maiores juristas da atualidade, sistematizou as seguintes variações no grau de vinculatividade dos precedentes judiciais:

“(1) *Vinculatividade formal (formal bindingness)* – um julgamento que não respeite a vinculatividade do precedente não está conforme ao Direito e, portanto, deve ser revertido em apelação.

“Diferenciar:

“(a) vinculatividade formal não submetida a *outruling* – (i) ‘estritamente vinculante’ (*strictly binding*), quando deve ser aplicado em qualquer caso; (ii) vinculante *pro tanto (defeasibly binding)*, quando deve ser aplicado em todos os casos, a não ser que se apliquem razões excepcionais (exceções podem estar bem definidas ou não);

“(b) vinculatividade formal (com ou sem exceções) – que está submetida a *outruling* ou modificação.

“(2) *Não formalmente vinculante mas dotado de força (Not formally binding but having a force)* – quando um julgamento que não respeite a força do precedente, embora conforme ao Direito, está sujeito a críticas por essa razão, e pode ser revertido por isso.

“Diferenciar:

“(a) força superável (*defeasible force*) – deve ser aplicado a não ser que exceções entrem em ação (exceções podem ou não estar bem definidas);

“(b) *outweighable force* – deve ser aplicado a não ser que razões concorrentes se apliquem.

“(3) *Não formalmente vinculantes e despidos de força jurídica (tal como definido em 2), mas dando suporte adicional à decisão (Not formally binding and not having force (as defined in 2) but providing further support)* – um julgamento em que falta menção ao precedente é ainda conforme ao Direito e pode ainda ser justificado, mas não tão bem justificado quando iria estar se o precedente tivesse sido invocado, por exemplo, para mostrar que a decisão alcançada se harmoniza com o precedente.

“(4) *Valor meramente ilustrativo (mere illustrativeness or other value)*”⁴⁸.

Esse modelo, no entanto, peca por fazer distinções em exagero e incluir classes de eficácia que já não mais existem nos sistemas jurídicos contemporâneos. Com efeito, já não se pode mais encontrar em qualquer sistema jurídico razoavelmente desenvolvido precedentes formalmente vinculantes e “nunca sujeitos ao *overruling*”. Desde o *Practice Statement* de 1966, nem mesmo no Reino Unido se pode vislumbrar um modelo tão restrito de *stare decisis*. O mesmo se pode dizer, ainda, dos precedentes *strictly binding*, isto é, aos quais esteja *a priori* proibido o reconhecimento de exceções (pelo próprio tribunal que estabeleceu o precedente) com fundamento em novas situações de aplicação não inicialmente consideradas pela corte que os estabeleceu. Como explica Klaus Günther⁴⁹, o ideal de uma norma jurídica perfeita – à qual jamais possam ser reconhecidas exceções – já não encontra força nem mesmo em relação às decisões do legislador ou do próprio constituinte. Seria suficiente, portanto, que o primeiro nível da classificação de Peczenik designasse genericamente os precedentes *obrigatórios em sentido forte* – ou, de acordo com sua nomenclatura, *formally binding*. São os precedentes aos quais o tribunal *a quo* deve obediência, *tout court*.

No segundo nível dessa classificação – precedentes *not formally binding but having a force* – há também uma diferenciação desnecessária entre força jurídica *superável (defeasible)* e *outweighable*. Com efeito, quando se fala em precedentes *superáveis (defeasible)* parece claro que a exceção que vier a ser criada em um precedente judicial – principalmente se levarmos em conta que a *ratio decidendi* de um precedente via de regra tem uma estrutura normativa hipotética (sendo,

48 Peczenik 1997, p. 463.

49 Günther, 1993.

portanto, uma *regra jurídica* na classificação estrutural das normas jurídicas) – há de ser justificada com fundamento em razões que preponderem sobre (*outweigh*) as que militam em favor da sua aplicação incondicional. Não há, portanto, motivo para a separação entre as duas subcategorias separadas. Suficiente seria falar em precedentes *obrigatórios em sentido frágil* ou *prima facie* obrigatórios. São os precedentes que o tribunal deve levar em consideração, ainda que não necessariamente obedeça a eles.

Podemos observar, portanto, que após esses pequenos ajustes a classificação de Peczenik passa a corresponder à classificação estabelecida por Aarnio para as fontes do Direito em geral: Os precedentes *vinculantes em sentido forte* (1) são considerados fontes do Direito de grau máximo (*must-sources*); os *vinculantes em sentido frágil* (2), fontes *prima facie* obrigatórias (*should-sources*); e os *not formally binding and not having a force but providing further support*, que prefiro denominar simplesmente de precedentes *persuasivos* (3), valem apenas como fontes do Direito *permitidas* (*may-sources*).

A caracterização dos precedentes como fontes do Direito cuja vinculatividade pode variar nesses três níveis constitui, pelo menos para a grande maioria dos casos, um modelo adequado para a argumentação jurídica. Os precedentes podem estar, portanto, em qualquer das colunas da tabela desenvolvida por Aulis Aarnio.

Dizer que o precedente vale como fonte do Direito ainda deixa em aberto muitos problemas para a argumentação judicial. Revela-se importante, então, uma sistematização dos fatores que aumentam ou diminuem a força de uma norma adscrita a partir de um precedente judicial. É pela ponderação desses fatores que se poderá, em cada caso concreto, determinar em qual desses níveis se encontra a força de um dado precedente judicial.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

As teses propostas nesse breve ensaio na verdade refletem alguns dos riscos associados à crise do pensamento jurídico típico do positivismo metodológico do Século XX. Uma das promessas do positivismo em geral sempre foi a objetividade do conhecimento científico do direito, de modo que seria possível, com um raciocínio puramente empírico ou analítico, determinar as consequências que se seguem dos comandos normativos. O “direito válido” aparece como algo que pode ser definido *ex ante* e conhecido, ou descoberto, objetivamente pelo intérprete. “O” Direito era visto como algo que tem um sentido unívoco e que pode ser conhecido de sorte que o intérprete não participa da constituição do significado do direito. A constatação posterior de que, em primeiro lugar, o direito possui um caráter argumentativo, e, em segundo lugar, de que o intérprete participa da construção do sentido das normas jurídicas, penetrando na perspectiva interna e rompendo as fronteiras rígidas entre a criação do direito e a sua descrição, leva a uma crítica das premissas metodológicas subjacentes ao argumento desenvolvido pelo positivismo que foi dominante no século XX (nas figuras de Kelsen e Hart).

Essa crítica, como se pode perceber neste trabalho, tem implicações profundas para um dos conceitos mais centrais do positivismo e da sua teoria da validade das normas jurídicas: o conceito de fontes de direito. As “fontes do direito” já não configuram uma resposta inequívoca sobre a força e a obrigatoriedade do direito a partir do momento em que se reconhece a natureza argumentativa do direito e a relativa insegurança de suas normas. As fontes do direito devem ser redefinidas, portanto, como as razões que podem ser empregadas pelos juristas na formulação das normas gerais e individuais que são construídas na aplicação do direito. Como o exemplo do precedente judicial demonstrou, na seção 5, desse trabalho, isso tudo torna o direito muito mais flexível, e o seu conhecimento

muito mais difícil do que pensávamos quando havia um conceito inequívoco de “fontes do direito”.

7. REFERÊNCIAS

AARNIO, Aulis [1991]. *Lo Racional como lo Razonable – Un Tratado sobre la Justificación Jurídica*. Trad. de Ernesto Garzón Valdés. Madri, Centro de Estudios Constitucionales.

————— [1999]. “The systematisation and interpretation of statutes. Some thoughts on theoretical and practical legal science”. In: WITGENS, L. (org.). *The Law in Philosophical Perspectives*. Dordrecht-Boston-Londres, Kluwer (pp. 1-21).

AGUILLÓ REGLA, Josep [2000]. *Teoría General de las Fuentes del Derecho*. Barcelona, Ariel.

ALEXY, Robert [1995]. *Teoría del Discurso y Derechos Humanos*. Trad. de Luis Villar Borda. Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

————— [1997-a]. *Teoría de la Argumentación Jurídica – La Teoría del Discurso Racional como Teoría de la Fundamentación Jurídica*. Trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madri, Centro de Estudios Constitucionales.

————— [1999-b]. “The special case thesis”. *Ratio Juris* 12-4/374-384.

————— [2007]. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Carlos Bernal Pulido. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

ÁVILA, Humberto [2001]. “Argumentação jurídica e a imunidade do livro eletrônico”. *Revista Diálogo Jurídico* I-5. Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, agosto/2001 (disponível em <http://www.direitopublico.com.br>, acesso em 24.07.2007).

BARROSO, Luís Roberto [2007]. “Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)”. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de, e SARMENTO, Daniel (orgs.). *A Constitucionalização do Direito*:

Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas. Rio de Janeiro, Lumen Juris (pp. 203-249).

BUSTAMANTE, Thomas [2007]. “Precedent in Brazil”. In: HONDIUS, E. (org.). *Precedent and the Law*. Bruxelas, Bruylant (pp. 289-310).

————— [2011]. “A criação do Direito pela jurisprudência: notas sobre a aplicação do direito e a epistemologia na Teoria Pura do Direito”. In: MATOS, Andityas Soares de Moura Costa e SANTOS NETO, Arnaldo Bastos (orgs.). *Contra o absoluto: Perspectivas Críticas, Políticas e Filosóficas da obra de Hans Kelsen*. Curitiba: Juruá, 2011 (pp. 422-438).

FERRAZ JR., Tércio Sampaio [2003]. *Introdução ao Estudo do Direito – Técnica, Decisão, Dominação*. 4ª ed. São Paulo, Atlas.

GASCÓN ABELLÁN, Marina [1993]. *La Técnica del Precedente y la Argumentación Racional*. Madri, Tecnos.

GUASTINI, Riccardo [1996-a]. “Concezioni delle fonti del Diritto”. In: *Distinguendo: Studi di Teoria e Metateoria del Diritto*. Turim, Giappichelli (pp. 61-69).

————— [2007]. “On the theory of legal sources. A continental point of view”. *Ratio Juris* 20-2/302-309.

GUIBOURG, Ricardo A. [2000]. “Fuentes del Derecho”. In: GARZÓN VALDÉS, Ernesto, e LAPORTA, Francisco (orgs.). *Enciclopedia Ibero-Americana de Filosofía, Vol. II – “Derecho y Justicia”*. Madri, Trotta (pp. 177-197).

GÜNTHER, Klaus [1993]. *The Sense of Appropriateness – Application Discourses in Morality and in Law*. Trad. de John Farrel. Albany, State University of New York Press.

MacCORMICK, Neil [1978-a]. *Legal Reasoning and Legal Theory*. Oxford, Clarendon.

MORAL SORIANO, Leonor [2002]. *El Precedente Judicial*. Madri, Marcial Pons.

OLLERO, Andrés [2005]. *Igualdad en la Aplicación de la Ley y*

Precedente Judicial. 2ª ed. Madri, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

PECZENIK, Aleksander [1989]. *On Law and Reason*. Dordrecht/Boston/Londres, Kluwer.

——— [1997]. “The binding force of precedent”. In: MacCORMICK, Neil, e SUMMERS, Robert (orgs.). *Interpreting Precedents – A Comparative Study*. Aldershot, Ashgate (pp. 461-479).

PRIETO SANCHÍS, Luis [1999]. *Constitucionalismo y Positivismo*. 2ª ed. México, Fontamara.

RAZ, Joseph [1994]. *Ethics in the Public Domain*. Oxford: Oxford University Press.

REALE, Miguel [2002]. *Lições Preliminares de Direito*. 27ª ed. São Paulo, Saraiva.

ROSS, Alf [2003]. *Direito e Justiça*. Trad. de Edson Bini. São Paulo, Edipro.

ROTOLO, Antonino [2007]. “A theory or a dogmatics of legal sources? Reply to Riccardo Guastini”. *Ratio Juris* 20-2/325-334.

SHINER, Robert A. [2005]. *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence – Vol. 3: “Legal Institutions and the Sources of Law”*. Dordrecht, Springer.

——— [2007]. “Strictly institutionalized sources of law: some further thoughts”. *Ratio Juris* 20-2/310-324.

VERNENGO, Roberto [1995]. *Curso de Teoría General del Derecho*. 2ª ed., 4ª reimpr. Buenos Aires, Depalma.

VIOLA, Francesco [1996]. “Ermeneutica e Diritto”. “*Ars Interpretandi*”: *Annuario di Ermeneutica Giuridica* 1/181-190.

FACULDADE DE DIREITO DA UFMG
Revista da Faculdade

Av. João Pinheiro, 100 - 15º andar, sala 1507 / 1508
CEP 30130-180 - Belo Horizonte - MG - Brasil
Tel.: + 55 31 3409-8651 - Fax.: + 55 31 3409-8654
<http://www.direito.ufmg.br/revista>
revista@direito.ufmg.br

IMPrensa
UNIVERSITÁRIA

U F *m* G