DOI: 10.21902/
Organização Comitê Científico
Double Blind Review pelo SEER/OJS
Recebido em: 31.03.2016
Aprovado em: 31.05.2016

FONTES DO DIREITO NO CONSTRUCTIVISMO LÓGICO-SEMÂNTICO E NA TEORIA COMUNICACIONAL DO DIREITO: DADO OU CONSTRUÍDO?

SOURCES OF LAW IN LOGICAL-SEMANTIC CONSTRUCTIVISM AND IN COMMUNICATIVE THEORY OF LAW: DATUM OR BUILT?

[1]Mayra Andrade Marinho Farias

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo tecer crítica à expressão metafórica e de uso comum no direito mundial: "fontes do direito". Para tanto, analisar-se-á a teoria das fontes do direito a partir da dogmática tradicionalista, da escola do Constructivismo Lógico- semântico e da Teoria Comunicacional do Direito, respondendo, para cada um desses paradigmas, se o direito é "dado" ou "construído".

Palavras-chave: Fontes do direito, Constructivismo lógico-semântico, Teoria comunicacional do direito

ABSTRACT

This research aims to criticize the metaphoric and currently used expression "sources of law". For that the theory of souces of law will be studied starting from the traditional theories, Logical-semantic Constructivism and in Communicative Theory of Law, answering from these schools if law is given, as a datum, or built?

Keywords: Sources of law, Logical-semantic constructivism, Communicative theory of law

1 Doutoranda em Direito Tributário pela PUC de São Paulo. Advogada Tributarista e professora de Direito Tributário. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC, São Paulo. – Brasil
E-mail: marinhomayra@hotmail.com

INTRODUÇÃO – O dado e o Construído

Fonte é a nascente de onde brota uma corrente de água, é a origem de algo, ponto de partida. Pode, ademais, aludir a um local ou fator, ou a relação de origem ou dependência entre um fenômeno e outro.

A expressão "fonte do direito" é utilizada figurativa ou metaforicamente para designar a origem, a proveniência do direito, de onde ele emana.

O significado da expressão "fontes do direito", para as teorias tradicionalistas, geralmente expostas em grande número dos manuais de Teoria Geral do Direito e de manuais específicos, traz consigo a ideia de que o fenômeno jurídico se origina partir de abordagens inúmeras, o que permitiria uma classificação das assim ditas "fontes", geralmente sintetizadas nas seguintes espécies: (i) fontes históricas; (ii) fontes reais; (iii) fontes materiais; (iii) fontes formais, dentre outras.

Subjaz nessa abordagem, por exemplo, a ideia eivada de tautologia de que a lei seria a própria fonte do sistema normativo, de que o direito cria o direito de forma autogerada. Ademais, a partir de tal perspectiva, a influência de elementos externos está presente de forma contundente, a ponto de interferir de forma direta na gestação do direito. A economia, a geografia, a história, as normas, dentre outros elementos poderiam fazer nascer o direito, já que seriam designadas fontes. As fontes do direito seriam um "dado".

A noção de "dado" e construído, utilizada por Miguel Reale[1] (1995, p. 23 e ss.), no decorrer do presente trabalho, argumenta a existência de dois mundos complementares: o do natural e o do cultural; do dado e do construído. Aquilo que está posto ou, por assim dizer, em seu estado bruto, sem a necessidade de nenhuma participação da inteligência humana, sem a participação intencional de um sujeito, quer para seu aparecimento, quer para seu desenvolvimento, é o que se denomina de "dado". Já o "construído" é aquilo que se acresce à natureza, visando a atingir um determinado fim.

Assim, traça-se um paralelo com o raciocínio do suprareferido autor brasileiro para observar o olhar das teorias ditas tradicionalistas, cujas "fontes do direito" seriam "dados", ou seja, a interferência do sujeito, do intérprete seria mínima, as fontes do direito estariam "postas" de forma estática, e delas surgiria o direito.

Resta então responder aos seguintes questionamentos: podem a geografia, a economia, a história, os costumes sociais, a religião ser "fontes do direito"? Por outro lado, podem as leis, a jurisprudência, a doutrina, o ato negocial etc ser, de igual forma, "fontes do direito"?

Estaria a noção acima exposta compatível com os pressupostos teóricos Constructivismo Lógico- Semântico e com a Teoria Comunicacional do Direito, cujos maiores expoentes são, respectivamente, Paulo de Barros Carvalho e Gregorio Robles Morchón?

Por adotar critérios de sistematicidade e cientificidade, a escola do constructivismo lógico-semântico abraça diferente viés, repensando as definições até então seguidas do que seriam as "fontes do direito". Com os novos paradigmas regidos pela adoção da teoria do conhecimento e da linguagem, ruiu a ideia de que normas podem ser fontes do direito. A premissa adotada pelo Professor Paulo de Barros Carvalho e seguida por diversost eóricos discípulos é de que o direito não é "dado", mas "construído".

[1] A noção de "dado" e "construído" utilizada por Miguel Reale difere daquela observada na obra de François Geny (1925) cuja noção será trabalhada mais adiante no capítulo de número 2, que trará a definição de "fontes do direito" para as teorias tradicionalistas .

Já à luz da teoria do direito comunicacional, o conceito de "fonte do direito" parece se aproximar sobremaneira daquelas noções geralmente apregoam pelas teorias aqui apontadas como tradicionalistas, mas com um diferente "ponto de partida".

Se boa parte dos pressupostos do Constructivismo Lógico-Semântico e da Teoria Comunicacional do Direito é semelhante, posto que ambas as escolas foram erigidas sob o norte de que "o direito é texto", o que justificaria o dissenso no que tange às fontes do direito.

Assim, o presente trabalho tem como objetivo central analisar as discordâncias e tangências que gravitam entre o constructivismo lógico-semântico e a teoria comunicacional do direito a respeito do conceito de "fontes do direito".

O Estudo da Teoria das Fontes do Direito é matéria obrigatória na Teoria Geral do Direito. Até a interferência da Filosofia da Linguagem e do giro linguístico nas Teorias do Direito, a matéria não era objeto de maiores discussões, pois não se questionava de forma mais ostensiva o significado desta poderosa metáfora – fontes do direito - tão comum nos manuais jurídicos, desde os de Teoria Geral do Direito até os mais específicos.

Com o advento das alterações no mundo promovidas pela reviravolta linguística, as certezas ruíram e passou-se a questionar aquilo que parecia repousar sobre a tranquilidade e o consenso da ciência. e, inobstante ser objeto de um consenso mais ou menos bem desenhado no que aqui denominaremos de teorias tradicionalistas, há certo dissenso quando se analisa a matéria à luz do Constructivismo Lógico-Semântico e da Teoria Comunicacional do Direito, cujos maiores expoentes teóricos, são, respectivamente: Paulo de Barros Carvalho e Gregorio Robles Morchón.

1. SOB AS LENTES DO CONSTRUCTIVISMO LÓGICO SEMÂNTICO COMO MÉTODO

O cindir é desde o início (1937). Longe de pretender afirmar, com tal sentença que a Ciência possui neutralidade axiológica, ideia essa superada pela maioria dos campos de conhecimento científico após o giro linguístico, Pontes de Miranda (1937) reconhece a necessidade de dividir para melhor conhecer.

As demarcações do objeto a ser estudado, ou empregando o vocábulo utilizado pelo mestre alagoano, as cisões são absolutamente imprescindíveis. Assim afirma Lucas Galvão Brito (2014, p. 203 e ss):

> Ninguém pode com o todo. Dele temos somente partes. É assim com cada um de nossos sentidos e, também, com nossa consciência, que transcorre como um fluxo, sucessivamente desempenhando atos de consciência (noeses), praticando o esforço de vertê-los num corpo (uma forma de consciência), para nos fazer acreditar que conhecemos algo (noema), como já dizia Edmund Husserl.

A definição dos vocábulos "conhecimento" e "verdade" parte do pressuposto do giro-linguístico de que não há conhecimento, tampouco verdade absolutos, ou seja, não podem se comportar como dogmas irretratáveis, posto que tais noções perderiam o caráter de ciência, já que um dos requisitos do conhecimento científico é a possibilidade de sua refutação, conforme nos ensina Karl Popper.

Assim, o primeiro aspecto do conhecimento é a necessidade de sua limitação dentro de um referencial único, para que os fundamentos de verdade e de validade sejam julgados de acordo com os pressupostos de um único método, sem que exista a exclusão de outros saberes.

A partir dessa premissa, pode-se perceber que a eleição de um único método para nortear o presente trabalho lhe garante um maior grau de precisão, razão pela qual, optou-se por utilizar o constructivismo lógico-semântico como método para orientar esta pesquisa.

O conhecimento é ter acesso a um conjunto, jamais em seu todo, de informações em determinado saber, tendo o sujeito cognoscente passado por

uma reflexão, e internalizado esse complexo de sensações. Pode o conhecimento ser: (i) vulgar, como o de que um chá de limão com alho é um bom remédio para tratar uma gripe de uma determinada área da sociedade; (ii) técnico, como o que que o recurso cabível para combater uma decisão interlocutória é o agravo; (iii) científico, como o de que o direito é um fato comunicacional e (iv) filosófico, como a linguagem constrói o mundo de acordo com as perspectivas do Contructivismo Lógico- Semântico.

A finalidade do conhecimento é a de que o ser cognoscente, após sua aproximação com o objeto de estudo, utilizando um método previamente estabelecido, possa expressar as ideias que construiu acerca do objeto.

Ademais, não se pretende advogar a superioridade do saber científico em relação aos demais tipos de conhecimento. A perspectiva aqui adotada não se orientará pela suposta supremacia da ciência. Muito se questiona a respeito da diferença entre a crença nos saberes científicos e a crença em determinada religião. Haveria diferença entre a crença de um cientista e a crença de um religioso?

Karl Popper[2] (2001, p. 42) responderia a esta questão afirmando que, enquanto a religião se sustenta em dogmas irretratáveis, a premissa da ciência é a possibilidade de ser ela invalidada e substituída por uma nova "verdade", ou seja, parte do pressuposto de que pode ser falseada. Pois bem, exatamente como um cientista, seguindo a linha de raciocínio acima, tem agido o mais recente Pontífice Católico, o Papa Francisco, que pôs termo a diversos dogmas da Igreja Católica. Outrossim, não seria a afirmação de Karl Popper um dogma em si? Não há mais certezas.

[2] Para Popper, a ciência é realizada através de uma constante construção de hipóteses e de sua comparação com a realidade. Rompe o referido autor com a identificação aristotélica entre ciência e opinião, concebendo a primeira como uma sucessão de pensamentos, frutos da imaginação criadora do homem, ideia essa que tende a se aproximar da "verdade", movida sempre pela crítica de erros e pela refutação sucessiva das teorias, uma após a outra, em um ciclo refutações estas que colocarão novos problemas a serem enfrentados, mas através da falseabilidade, onde teorias mais satisfatórias superarão teorias menos satisfatórias. Assim, para Popper, toda proposição que possa ser refutada por experiência empiricamente observável é científica; caso contrário, a proposição em questão é metafísica. Popper não exige que: "[...] um sistema seja suscetível de ser dado como válido, de uma vez por todas em sentido positivo; exigirei, porém, que sua forma lógica seja tal que se torne possível validá-lo através de recurso a provas empíricas, em sentido negativo: deve ser possível refutar, pela experiência, um sistema científico empírico" (2001, p. 42).

Não obstante, como o trilho a ser seguido aqui é o da ciência, sem maiores pretensões de ver dito saber de forma mais elitista ou superior, mas realizando uma opção emotiva e intuitiva, faz-se necessário escolher um método para orientar e mapear o desenvolvimento das ideias a serem apresentadas. Tércio Sampaio Ferraz Júnior (1980, p.11) aponta que método é "o conjunto de princípios de avaliação da evidência, cânones para julgar a adequação das explicações, propostas, critérios para selecionar hipóteses".

O vocábulo "método" deriva do grego methodos que significa "caminho para se chegar a um fim". Os métodos regem a produção da linguagem científica, do modo que não existe conhecimento científico sem método e este influi diretamente na construção do objeto. (CARVALHO, 2013a, P.13)

A importância do método no universo jurídico é de fulcral importância, tendo em vista a multiplicidade de abordagens que ensejam a aproximação do dado jurídico. Diversos são os sistemas de referência pelos quais pode haver a análise e observação do objeto do direito. (CARVALHO, 2013b, P.8)

A opção pelo método do constructivismo lógico-semântico, neste trabalho, não se funda em critérios absolutamente racionais, mas também na crença de que é ele a melhor opção para explicar ou fomentar o que aqui se pretende construir e desenvolver.

É o constructivismo lógico-semântico uma metáfora de tela ou pano de fundo, para desenvolvimento deste trabalho. É sobre essa tela que será desenhado o quadro que ora de apresenta. A proposta metodológica a ser seguida nesta pesquisa é tratar o direito seguindo uma concepção epistemológica bem delineada, tendo como referencial a Filosofia da Linguagem, amarrando de forma lógica e semântica suas proposições com o intuído de, destarte, construir seu objeto, ou seja, o direito em si.

Conforma assevera Paulo de Barros Carvalho (2014, p. 4):

> O Constructivismo Lógico-Semântico é, antes de tudo, um instrumento de trabalho, modelo para ajustar a precisão da forma à pureza e à nitidez do pensamento; meio e processo para construção

> rigorosa do discurso, no que atende, em certa medida, a um dos requisitos do saber científico tradicional. Acolhe, com entusiasmo, a recomendação de Norberto Bobbio, segundo a qual não haverá ciência ali onde a linguagem for solta e descomprometida. O modelo constructivista se propõe a amarrar os termos da linguagem, segundo esquemas lógicos que dêem firmeza à mensagem, pelo cuidado especial com o arranjo sintático da frase, sem deixar de preocupar-se com o plano do conteúdo, escolhendo as significações mais adequadas à fidelidade da enunciação.

Como aponta Aurora Tomazini de Carvalho (2014, p. 14 e ss), a expressão constructivismo lógico-semântico, além de designar o método, também pode ser enxergado como escola, cuja denominação partiu pioneiramente de Lourival Vilanova que sugeriu em conversa com o mestre Paulo de Barros Carvalho a denominação daquilo que hoje é visto sob este viés dual.

Nesse trabalho, tanto se faz uso do constructivismo lógico-semântico como método que orientará a pesquisa, quanto demonstrar-se-á o posicionamento da escola do constructivismo lógico- semântico, contrastando-a com as acorrentes tradicionalistas e com a Teoria Comunicacional do Direito do mestre espanhol Gregorio Robles, a respeito de nosso objeto central que é a noção de fontes do direito em suas diferenças e semelhanças.

Assim, o constructivismo lógico-semântico, seja ele visto como escola arrebatadora de milhares de estudiosos ou como método, sentido ora adotado, pode ser caracterizado, sem intenções de esgotamento, nas seguintes características: (i) o direito é texto e contexto, construído a partir da linguagem, inspirado pelas premissas do giro linguístico; (ii) as normas jurídicas somente são construídas após a intervenção do intérprete que arquiteta o sentido da norma e a positiva em normas individuais e concretas; (iii) o direito positivo, sob o ângulo ora eleito, é o conjunto de normas jurídicas válidas em um dado país; (iv) são diversas as técnicas utilizadas: a semiótica, a lógica, a teorias dos valores, da decisão e das provas, dentre outras; (v) seguindo as orientações da retórica, não admite interpretações certas ou erradas, mas válidas ou não, sendo a validade uma relação de pertinencialidade ao sistema jurídico e não de correspondência ou coerência; (vi) a norma não inci

de automática e infalivelmente, mas precisa ser incidida, ou seja, um indivíduo precisa aplicar ou fazer incidir a norma jurídica para que o evento passe a ser fato jurídico; (vii) as relações jurídicas se travam obedecendo a três modais: permitido (p), proibido (v) ou obrigatório (o).

A segurança sempre será almejada pelo ser humano, pelas ciências, pelo Direito. Não obstante ser impossível a obtenção de sua forma absoluta, posto que inexistente, a maior segurança possível é um desiderato que persegue a maciça maioria dos indivíduos. A analiticidade, a cientificidade, as incessantes demarcações, o respeito singelo às ideias adversas mediante, a aceitação de que não há verdade absoluta, as decomposições em busca do mínimo irredutível do deôntico, a influência do giro linguístico, além das emoções que o método evoca são justificativas para a adoção do constructivismo lógico-semântico.

Não obstante, na esteira de Dardo Scarvino (2014, p. 177 e ss), nosso pensar não possui certezas. A filosofia, ao longo dos tempos, sempre teve seus rivais. Nos tempos de Platão eram a sofística e a retórica; na Era Medieval, despontaram a teologia e a exegese bíblica. Ditos oponentes ainda contam com saberes, tais como a teoria literária, estudos culturais, ciência da comunicação, e até a própria história intelectual. A própria filosofia do giro linguístico, que é um dos horizontes do constructivismo lógico-semântico, parecia trilhar o caminho da autodissolução, ao identificar o pensamento com linguagens culturais, em suas vertentes estruturalistas ou pragmáticas, ou ainda nas correntes desconstrutivas da interpretação de textos. O certo é que não há certezas e que as metáforas são uma técnica imprescindível às ciências[3].

Para o tema em estudo, a regra é mantida de forma absolutamente fidedigna.

[3] Rorty afirma que a filosofia e a ciência parecem-se à poesia e inventam novas "redescrições metafóricas" do mundo, na forma de ficções mais úteis, convincentes e atraentes (SCARVINO, 2014, p. 178). Nada mais sedutor do que as denominações científicas tais como: teoria dos jogos, teoria das cordas, buracos de minhoca, etc., todas metáforas ou linguagem para descrever com maior aproveitabilidade os conceitos a serem defendidos pela ciência. A elicitação de exemplos sempre foi técnica bastante eficaz utilizadas por professores para exporem os conceitos aos seus alunos e, nada mais são do que metáforas.

2. FONTES DO DIREITO PARA A DOGMÁTICA TRADICIONALISTA – DADO OU CONSTRUÍDO?

O tema central objeto deste trabalho de há muito vem sendo objeto de preocupação para a doutrina jurídica ou, fazendo-se uso da expressão correntemente usada por Tércio Sampaio, da dogmática tradicionalista, que não vê o direito como linguagem, tal como soe ocorrer com a teoria comunicacional do direito e do constructivismo lógico-semântico.

A teoria das fontes discute as formas de como se comportam os centros produtores do direito, analisando, inclusive, como devem ser colmatadas as lacunas e a forma de resolução das antinomias.

O uso da metáfora "fonte do direito", apoiada sobre diferentes lugares comuns proporcionados pela sociedade moderna, carrega consigo uma ambiguidade de tão difícil quilate quanto aquela que comporta o direito em si. A expressão fonte tanto pode significar a gênese, origem histórica, sociológica, psicológica, como a formação dos processos de elaboração e dedução das regras.

A moderna teoria das fontes do direito exurge quando, no continente europeu, o desenvolvimento do capitalismo, o aparecimento do Estado Burocrático e a necessidade de promulgação da maior parte das normas costumeiras se fizeram latentes.

Tércio Sampaio (2001, p .219) afirma que a teoria ora tratada é, paripasso, uma racionalização do fenômeno jurídico e uma justificação de uma conjuntura histórica, cujo maior baluarte é o liberalismo.

> " A teoria das fontes, em suas origens modernas reposta-se à tomada de consciência de que o direito não é essencialmente um dado, mas uma construção elaborada no interior da cultura humana. Ela desenvolve-se, pois, desde o momento em que a ciência percebe seu objeto (o direito) como um produto cultural e não mais como um dado da natureza ou sagrado. Com isto se cria, porém, um problema teórico, pois o reconhecimento do direito como uma construção não

> exclui seu aspecto como dado, posto que, afinal, se o direito pe feito, é obra humana, a matéria-prima não se confunde com a própria obra. As doutrinas aqui denominadas tradicionalistas, com visões bastante aproximadas entre si, podem ser agrupadas a partir das premissas adotadas para classificar as fontes do direito.

Geny (1925, p.125 e ss), em sua obra "Métodos de interpretación y fuentes del derecho privado positivo", classifica as fontes em dois tipos diferentes, a depender da abordagem ao direito em seu aspecto dado ou construído. De um lado, as fontes substanciais ou materiais (elementos psicológicos, biológicos, fisiológicos, etc. seriam os dados, posto que não são prescrições, mas contribuem para a formação do direito. Já as fontes formais corresponderiam ao construído, à elaboração técnica do material.

A classificação em fontes formais e materiais corrobora a ideia de classificação dos centros produtores do direito. Dessa forma, a partir da dogmática tradicionalista e de conceitos técnicos elaborados pela tradição jurídica, a legislação, jurisprudência, os costumes etc., são consideradas as fontes do direito.

Maria Helena Diniz (2004, p. 283 e ss) parece sintetizar, em uma classificação muitíssimo bem aceita pela doutrina brasileira, de onde se subsume, existindo poucas e ocasionais alterações, que as fontes do direito seriam:

(i) FONTES MATERIAIS – Também denominadas de fatores do direito, são fontes de produção do direito positivo. São fatos sociais determinantes, geografia, história, economia, religiosidade, etc., além dos valores. São elementos que fluem da própria realidade social. O conjunto desses fatores sociais e axiológicos determina a elaboração do direito através dos atos dos magistrados, legisladores, etc. As fontes materiais, portanto, não são o próprio direito positivo, mas o conjunto de circunstâncias sociais e valores que contribuem para a formação do conteúdo das normas.

(ii) FONTES FORMAIS ESTATAIS – Produzidas pelo Estado, são subdivididas em legislação e jurisprudência. O primeiro tipo pode ser

definido como o processo pelo qual um ou mais órgãos estatais criam normas primária, tais como a Constituição, a Lei de Introdução ao Direito Brasileiro, etc. São normas que produzem normas. Já as normas secundárias são o produto das primárias. Outrossim, o segundo tipo é a atividade jurisdicional que se expressa na jurisprudência, que pode ser brevemente definida como o conjunto de decisões uniformes e constantes dos tribunais, resultantes da aplicação de normas a casos semelhantes.

(iii) FONTES FORMAIS NÃO ESTATAIS – São o costume jurídico, a doutrina e os negócios jurídicos em geral. Os costumes são práticas reiteradas de certo ato com a convicção de sua necessidade jurídica. Já a doutrina é composta pela atividade dos juristas, tais como obras científicas, pareceres, opiniões, enfim advém das construções emanadas dos estudiosos. Os negócios jurídicos foram a modalidade retardatária de fonte formal não estatal, tendo em vista a resistência da doutrina clássica em considera-los como fonte do direito. Maria Helena Diniz (2004, p. 325) aduz que concorda com o pensamento de Miguel Reale já que este autor salienta "a importância do poder negocial como fonte geradora de normas jurídicas particulares e individualizadas, que só vinculam os participantes da relação jurídica".

A dogmática analítica ou tradicionalista se utiliza dessa desventurosa metáfora - "fontes do direito" - para apresentar como são formadas as normas jurídicas e para explicar seu ingresso no ordenamento jurídico. Resta claro, pois, que costumeiramente, a partir dessa noção, o direito emana de certos procedimentos como a água emana de sua nascente.

Assim, a noção de fonte se apoia sobre determinados topoi ou lugares comuns, tais como a soberania da lei, a autonomia da vontade, a liberdade contratual, a racionalidade ética, provendo a possibilidade de, na tomada de decisões, ser identificado o caminho mais seguro.

Não se consegue identificar, na dogmática mais tradicionalista, um acabamento técnico mais apurado, já que impera o raciocínio de que as fontes orientam as decisões.

O problema da autogeração do direito também não merece ser olvidado no estudo das fontes do direito. A partir dessa perspectiva, em especial no que se atine às fontes formais, conforme classificação acima, o direito pode gerar o direito, pois a legislação e a jurisprudência seriam fontes capazes de gerar o direito, identificando-se um movimento cíclico, geração do direito a partir do próprio direito. Esse é um impasse.

Já que as metáforas parecem ser inescapáveis no presente contexto, utilizar-se-á mais uma, sem receio de exageros: o estudo das "fontes do direito" pela dogmática ou pelas teorias tradicionalistas muito de aproxima da arte naïve, já que se apresenta de forma quase que acrítica, olvidando-se das complexidades imanentes ao objeto, expondo de forma doce de pueril uma perspectiva, de onde ainda se manifesta a íntima vontade de "desvelar" algo que está dado, mas de certa forma oculto. O que sub-repticiamente é objeto da crença da dogmática tradicionalista é a intenção de "rasgar o véu", de expor algo escondido, mas já posto.

3. FONTES DO DIREITO PARA A TEORIA COMUNICACIONAL DO DIREITO

A Teoria comunicacional do direito é a reunião de pressupostos da filosofia da linguagem, do método analítico e do método hermenêutico, partindo da premissa de que o direito é um grande fato comunicacional.

Para Robles (2005, p. 1), o direito não é simplesmente um meio de controle social ou um ideal de justiça, mas essencialmente um sistema de

comunicação, cuja função pragmática é organizar a convivência humana mediante, basicamente, a regulação das ações. O direto, sob essa ótica, é texto:

> A teoria comunicacional concebe o direito como um sistema de comunicação, cuja função pragmática é organizar a convivência humana mediante, basicamente, a regulação de ações.
>
> Outra forma de expressar que o direito é um sistema de comunicação se obtém a partir da afirmação de que o direito é texto. Diversamente de outros textos, como o literário ou o histórico, o jurídico é um texto organizador-regulador.
>
> Cada ordenamento jurídico é um texto gerado por atos de fala, que denominamos de decisões jurídicas. As decisões geram texto num processo inacabado até que o ordenamento, por qualquer razão, desapareça.
>
> As decisões de produzem texto verbalizado cujas unidades elementares chamamos de normas jurídicas. Essas normas jurídicas não são proporcionadas diretamente pelas decisões, mas, em verdade constituem o resultado de uma reconstrução hermenêutica que opera sobre o material bruto do ordenamento. O conjunto das normas forma o sistema jurídico, conceito paralelo ao de ordenamento, mas que não se confunde com ele porque o sistema também é produto da reconstrução hermenêutica do material bruto que o ordenamento é. (ROBLES, 2005, P. 01 e ss)

Sob o enfoque da suprareferida teoria, existe uma distinção entre ORDENAMENTO (ORD), e SISTEMA (SIS), a partir da ideia de texto, onde o primeiro é o texto jurídico bruto, resultado primevo da decisão, gerado por atos de fala, enquanto que o segundo é o texto jurídico elaborado. Este texto é refinado através de uma reconstrução hermenêutica, cujo principal objetivo é o rebuscamento do texto jurídico bruto ou material jurídico – o ORD, que é o direito produzido a partir das autoridades competentes, gerando o texto jurídico elaborado – o SIS. Assim, as autoridades constroem o ORDENAMENTO, e a dogmática constrói o SISTEMA, podendo aperfeiçoar o primeiro, através de movimentos cíclicos de diversas reconstruções hermenêuticas do material bruto que o ordenamento é.

> As decisões produzem texto verbalizado cujas unidades elementares chamamos de normas jurídicas. Estas normas jurídicas não são proporcionadas diretamente pelas decisões, mas, em verdade,

> constituem o resultado de uma reconstrução hermenêutica que opera sobre o material bruto do ordenamento. O conjunto de normas forma o sistema jurídico, conceito paralelo ao de ordenamento, mas que não se confunde com ele porque o sistema também e produto da reconstrução hermenêutica do material bruto que o ordenamento é. (ROBLES, 2005, p. 1 e 2)

Aqui, sob as lentes da teoria comunicacional, a metáfora fontes do direito também esconderia sua real gênese, que adviria das decisões.

A ideia de fontes do direito está intimamente conectada às decisões. É a decisão que produz o direito, é sua fonte, seu elemento dinâmico, pois sem ela, não haveria vida jurídica. O papel da decisão é o de criar o texto jurídico, dela resultam a norma e a instituição, espécies de "fontes secundárias ou derivadas". As decisões podem ser classificadas em (i) extra ordenamentais ou extra sistêmicas, que equivale à decisão constituinte, criadora da Constituição, que, por sua vez faz surgir o ordenamento e, posteriormente, o sistema e (ii) e intra ordenamentais ou intra sistêmicas, que pressupõe a existência das primeiras. (ROBLES, 2005, P. 3)

As decisões intra sistêmicas são aquelas que a doutrina ou dogmática tradicionalista chama de fontes do direito, respeitando os conceitos e definições expostos no decorrer do tópico anterior a este.

Já que as decisões só podem se manifestar através de normas jurídicas ou instituições, cumpre estabelecer as diferenças entre os dois institutos.

A norma se comporta como unidade elementar do texto jurídico elaborado e trabalhado, denominado pelo mestre espanhol como sistema. É "uma proposição linguística, pertencente a um sistema de proposições que expressa um ordenamento jurídico, dirigida (por seu sentido) direta ou indiretamente a orientar a ação humana" (ROBLES, 2005, P. 9). A norma não possui qualquer sentido senão se inserta no sistema.

As instituições são redes normativas unitárias em torno de um princípio institucional, cuja função é regular juridicamente aspectos concretos da realidade social.

À primeira vista, a concepção de "fontes do direito" na Teoria Comunicacional parece adotar percurso que em nada se assemelha às premissas adotadas pela dogmática tradicionalista ou teorias tradicionalistas, apresentadas resumidamente no capítulo anterior.

. Mais adiante em seu "Teoría Del Derecho", Robles (2010, p. 124) trata a matéria fontes do direito com maior clareza, mantendo-se fiel, ainda, à ideia de que as decisões geradoras de normas, as decisões constituintes e constituídas (secundárias) são fontes do direito, juntamente (naquilo que parece ser uma inovação da Teoria Comunicacional) à Filosofia do Direito e à doutrina.

No pensamento da Teoria Comunicacional há uma contundente crítica à polêmica expressão metafórica " fontes do direito", posto que o uso dessa figura de linguagem leva a crer que as "fontes do direito" são objeto de construção, mas um "dado". Afirma o mestre espanhol:

> "Es esta una expresión metafórica. De igual manera a como el agua brota de las fuentes, así el Derecho surge también abundante de sus proprias fuentes. Hay que reconocer que es una metáfora muy sugerente. Pero es algo enganosa, pues suscita la imagen de que el Derecho proviene de una instancia no decisional, sino más bien natural. La fuente brota en la roca y da agua cristalina de manera espontânea; el hombre lo único que hace, en todo caso, es construir o canalizar la fuerza de t apreciado líquido.
>
> No sucede así em el Derecho. No hay norma ni institución jurídica sin decisión. La decisión está en el origen de todo lo jurídico. La decisión no canaliza um Derecho previamente existente, como canaliza el hombre con su construcción artificial el agua que brota espontaneamente. La decisión es ella misma Derecho. El agua existe independentemente de la fuente, pero el derecho no existe independentemente de la decisión. Por estas razones, sería más apropriado hablar del " sistema de decisiones normativas" en lugar del "sistema de fuentes" de un ordenamento jurídico dado. Mas la tradición impone también su peso em las cuestiones terminológicas. (Robles, 2012, p.124 e 125)

Importante acrescentar que cada ordenamento possui seu próprio "sistema de decisões" ou de "fontes do direito", o que inabilitaria, sob este ângulo, a teoria geral do direito de enumerar uniformemente um quadro único de decisões normativas, aplicáveis a todos os ordenamentos. Como, no uso da

generalidade própria da teoria geral do direito, poder-se-ia explicar as fontes existentes, por exemplo, no Direito Islâmico?

As manifestações das decisões são concretas, o que impediria o estudo das "fontes do direito" pela teoria geral do direito, pois não se pode apresenta-las como algo "geral" se as manifestações em cada ordenamento são concretas. A pluralidade no sistema de fontes do direito reflete, pois, a pluralidade dos ordenamentos jurídicos.

Robles (2010, p. 126 e ss) afirma que, malgrada a experiência de quais seriam as fontes de cada ordenamento jurídico ser concreta, é possível, através de uma análise de Direito Comparado, observar semelhanças entre as "fontes do direito" nos sistemas civil law e common law. por exemplo. Afirma que, enquanto no primeiro sistema as fontes do direito giram em torno da lei, no sistema inglês a principal fonte seria a jurisprudência.

Justamente a partir dessas afirmações presentes de forma tão cristalina em sua obra "Teoría Del Derecho", Robles discorre ao longo de diversas páginas a respeito da natureza dessas decisões secundárias, posteriores à Constituição, tais como leis, legislação em sentido amplo, incluindo aquelas que emanam do Poder Executivo, jurisprudência, negócios jurídicos ou "decisões normativas que provém da autonomia da vontade", em um formato classificatório bastante próximo às premissas adotadas pelas teorias tradicionalistas do direito.

Através do que algumas das principais obras do mestre espanhol, expoente da Teoria Comunicacional do Direito, pode-se verificar que, mesmo em sendo firme na ideia de que as "fontes do direito" são as decisões, chegando a ponto de propor uma diferente denominação à tão arraigada metáfora (mesmo ciente de sua força em razão do uso), deixa-se influenciar pela classificação que as teorias tradicionalistas utilizam, pois trata a lei, legislação em sentido amplo, jurisprudência e negócio jurídico como "fontes do direito". Acrescenta, por certo, a visão de que os guias do ordenamento são as decisões, que

evoluídas e em vários giros hermenêuticos fazem surgir o sistema, que é composto das clássicas "fontes do direito".

Assim, não há como negar de que as decisões são "construídas", mas há um grande número de "dados", que seriamos resultados dessas decisões. Ipsof acto, a Teoria Comunicacional dá início ao estudo das fontes como se elasf ossem objeto apenas de "construções", já que as decisões são indubitavelmentec onstruídas, mas, constatada essa divergência, a teoria ora estudada sea proxima sobremaneira das teorias tradicionalistas, pois tomadas as decisões iniciais, elas passam a ser tidas como "dados" para a formação das demais fontes (lei, jurisprudência, negócio jurídico, etc).

4.FONTES DO DIREITO PARA O CONSTRUCTIVISMO LÓGICO-SEMÂNTICO

A escola do Constructivismo Lógico-Semântico, diferentemente das teorias tradicionalistas e da Teoria Comunicacional do Direito, traz uma abordagem completamente diferente ao definir as fontes do direito.

Apesar de Teoria Comunicacional do Direito partir do mesmo pressuposto do Constructivismo Lógico-Semântico de que "o direito é texto", há profundas distinções entre as duas escolas no que tange ao tratamento das "fontes do direito".

O mestre Paulo de Barros Carvalho (2002, p. 45), em seu Curso de Direito Tributário, define "fontes do direito" para a sua escola: o Constructivismo Lógico- Semântico, e afirma:

> "Por fontes do direito havemos de compreender os focos ejetores de regras jurídicas, isto é, os órgãos habilitados pelo sistema para produzirem normas, numa organização escalonada, bem como a própria atividade desenvolvida por essas entidades, tendo em vista a criação de normas. O significado da expressão fontes do direito implica refletirmos sobre a circunstância de que regra jurídica alguma ingressa no sistema do direito positivo sem que seja

> introduzida por outra norma, que chamaremos, daqui avante, de "veículo introdutor de normas". Isso já nos autoriza a falar em "normas introduzidas" e "normas introdutoras". Pois bem, nos limites desta proposta, as fontes do direito serão os acontecimentos do mundo social, juridicizados por regras do sistema e credenciados para produzir normas jurídicas que introduzem no ordenamento outras normas, gerais e abstratas, gerais e concretas, individuais e abstratas, ou individuais e concretas. Agora, tais ocorrências serão colhidas enquanto atos de enunciação, já que os enunciados consubstanciam as próprias normas."

Por certo, para o Constructivismo lógico-semântico, o estudo das "fontes do direito" está voltado primordialmente para o exame dos fatos.

Lourival Vilanova (1989, p. 24) afirma que as "fontes do direito" são fatos jurígenos, criadores de normas, são fatos sobre os quais incidem hipóteses fáticas, resultando em normas de certa hierarquia.

Sobre essa premissa, nasce o posicionamento da escola da qual se trata neste capítulo, a respeito das "fontes do direito".

Nessa perspectiva, observa-se uma visão factual do direito, reduzindo a complexidade através de uma organização de acontecimentos do mundo social, formando uma hierarquia de eventos previstos como conteúdo de norma, onde, no ápice dessa estrutura hierarquizada e piramidal se encontra a assembleia constituinte, na condição de fonte superior e, abaixo, os demais núcleos produtores de regras, culminado nos focos singulares de que promanem os preceitos terminais do sistema. Nessa hierarquia, os veículos introdutores de normas, advindos da concretização dos eventos (CARVALHO, 2002, P. 46).

Ao conjunto de normas introdutoras e introduzidas, dá-se o nome de direito positivo, ao passo que ao conjunto de fatos aos quais a ordem jurídica atribui teor de juridicidade, se tomados na qualidade de enunciação e não como enunciados, estarão compondo o território das fontes do direito.

A distinção entre direito posto ou direito positivo e fatos, sendo estes as reais fontes do direito, evita a circularidade ínsita à noção normativista et radicionalista de "fontes do direito", ou seja, foge-se da premissa de que o direito gera o direito.

Tárek Moysés Moussalem, discípulo do mestre Paulo de Barros Carvalho, trata da matéria objeto do presente estudo de forma pontual em sua obra "Fontes do Direito Tributário"

O referido autor relata, atendendo à sistematicidade e repartição ao mínimo irredutível próprios do Constructivismo Lógico- Semântico, que as "fontes do direito" podem ser analisadas de seis formas diferentes: (i) conjunto de fatores que influenciam a formulação normativa; (ii) métodos de criação do direito como transações, atos judiciais, administrativos, etc.; (iii) fundamento de validade de uma norma jurídica – pressuposto de hierarquia; (iv) órgão credenciado pelo ordenamento; (v) procedimento (atos ou fatos) realizado pelo órgão competente para a produção de normas – procedimento normativo; (vi) resultado do procedimento – documento normativo (MOUSSALEM, 2006, P. 218).

Ora, certo é que o contato inicial do cientista no direito se dá com o acesso ao conjunto dos enunciados prescritivos (o direito posto). A partir dos fatos enunciativos, retrocede-se ao epicentro produtor de normas, que se identifica com a atividade da enunciação.

Não se pode confundir enunciação, que é a real "fonte do direito" com os veículos introdutores de normas, normas gerais e concretas estipuladas pelo sistema para fazer inserir regras jurídicas em seu interior. Assim, Constituição Federal, emenda constitucional, lei complementar etc., designam tanto o documento normativo, ou seja, a tinta sobre o papel, bem como os veículos introdutores de normas, que não são fontes do direito.

Dessarte, a partir das premissas do Constructivismo Lógico- Semântico, as "fontes do direito" são as enunciações, são totalmente "construídas".

5. CONCLUSÕES

Mesmo sem ser a expressão mais apropriada, o termo "fontes do direito" é utilizado por quase todos os tratados jurídicos. Os costumes e a força do hábito mantiveram esta metafórica expressão em uso corrente.

Os maiores impasses referentes ao uso dessa expressão dizem respeito ao fato de se levar a crer que as fontes são estáticas, são "dados" e não "construídos".

Não há como negar que inobstante a tentativa de irromper com os topoi, a dogmática tradicionalista não consegue resolver o importante dilema a respeito da autogeração do direito, de como normas podem ser geradoras de normas. Tampouco responde como as "fontes do direito" são aprioristicamente originadas, de onde efetivamente do direito provém e nasce. As fontes, para a dogmática tradicionalista, seriam algo "dado" e não "construído".

Por sua vez para a Teoria Comunicacional do Direito, as fontes do direito são inicialmente as decisões. Assim, tais decisões inspiram a ação do poder constituinte de dele surgem as demais fontes secundárias, tais como as normas e as instituições. Mais adiante a Teoria Comunicacional parece se alinhar bastante às teorias da dogmática tradicionalista, pois analisa as fontes com suas lentes passando a discorrer sobre as tradicionais "fontes do direito", com pequenas alterações se comparada às teorias tradicionalistas.

Já para o constructivismo lógico-semântico, as fontes do direito estão voltadas, essencialmente, para os fatos enquanto enunciações que fazem nascer regras jurídicas introdutoras ou veículos introdutores de normas jurídicas.

REFERÊNCIAS

CARVALHO, Aurora Tomazini. Curso de Teoria Geral do Direito: O constructivismo lógico-semântico. 3ª Edição. São Paulo: Noeses, 2013.

CARVALHO, Paulo de Barros et alli. Constructivismo Lógico-Semântico. Volume I. São Paulo: Noeses, 2014.

CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário. 14ª edição. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. Direito Tributário Linguagem e Método. 5ª Edição. São Paulo: Noeses, 2013.

_____. Derivação e Positivação no Direito Tributário. São Paulo: Noeses, 2011.

_____. Fundamentos Jurídicos da Incidência. 9ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

DINIZ, Maria Helena. Compêndio de Introdução à Ciência do Direito. 16ª edição. São Paulo: Saraiva: 2004.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. A Ciência do Direito. 2ª. Edição. São Paulo: Saraiva, 1980.

_____.. Introdução ao Estudo do Direito. 3ª Edição. . São Paulo: Atlas, 2001.

GENY, François. Métodos de interpretación y fuentes del derecho privado positivo. Madri: Rheus, 1925.

MOUSSALÉM, Tárek Moysés. Fontes do Direito Tributário. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2006.

PONTES DE MIRANDA, Francisco. O Problema Fundamental do Conhecimento. Porto Alegre: Globo, 1937.

_____. Tratado de direito privado. Parte Geral. Tomo I. Campinas: Bookseller, 1999, p.49-74.

POPPER, K. R. A lógica da pesquisa científica. São Paulo: Cultrix, 2001.

ROBLES, Gregorio. Teoría del Derecho. Madrid: Civitas, 2010.

ROBLES, Gregorio. O Direito como texto. São Paulo: Manole, 2005.

VILANOVA, Lourival. Causalidade e relação no direito. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 1998.

SCARVINO, Dardo. Pensar sem certezas. Trad. Lucas Galvão Brito. São Paulo: Noeses, 2104.

VILANOVA, Lourival. As Estruturas Lógicas e o Sistema de Direito Positivo. São Paulo: Noeses, 2010.