

# A "doutrina"

## — fonte material e formal do Direito

NELSON DE SOUSA SAMPAIO  
Universidade Federal da Bahia

### SUMARIO

- *Introdução ao tema: as fontes do direito em geral*
- *Fontes formais e fontes materiais do direito*
- *A multivocidade da expressão "fontes do direito"*
- *Outro problema terminológico: a palavra "doutrina"*
- *Delimitação do nosso tema*
- *Nossas três teses sobre o tema*
- *O saber jurídico — fonte material do direito*
- *As "respostas dos prudentes" já não seriam "doutrina"*
- *A "doutrina" — fonte formal prevista pelo legislador*
- *A "doutrina" como fonte formal no silêncio do legislador*

### **Introdução ao tema: as fontes do direito em geral**

Como o título indica, não vamos ocupar-nos do problema geral das fontes do direito. Trataremos apenas de um aspecto desse complexo e, para muitos juristas, torturante tema: o da "doutrina" como fonte material e formal do direito. Convém, todavia, que recapitulemos algumas noções sabidas. A metáfora "fonte" do direito pode ser entendida em muitas acepções. Pelo menos nas quatro seguintes: 1) a gênese do direito; 2) o fundamento ou justificação do direito; 3) os modos de manifestação do fenômeno jurídico; 4) os fatores reais e ideais que condicionam ou provocam o aparecimento ou surgimento de partes ou de todo o sistema jurídico.

No primeiro sentido da expressão, indaga-se qual a origem do fenômeno jurídico. A resposta caberia ao sociólogo, que, geralmente, deixa de lado esta questão, por entender que ela equivale à pergunta sobre a origem da sociedade. Costuma-se dizer que o homem sempre viveu em sociedade e submetido a várias espécies de regulamentação da sua conduta, entre elas destacando-se as normas que qualificamos de "jurídicas". Por mais longas perquirições que fizéssemos, desembocaríamos sempre no velho aforismo *ubi societas ibi ius*. O homem é um animal social e, conseqüentemente, um animal jurídico. Não raro o problema da gênese primária do direito é confundido com o de sua fundamentação última. Pode-se passar, assim, quase imperceptivelmente, da primeira acepção para a segunda, isto é, da

noção de fonte como origem primeira para a de fonte como fundamento último do direito.

Quando se procura saber o fundamento último do direito, entra-se no domínio da Filosofia ou da Metafísica. Vai-se além do problema mais delimitado de saber se essa ou aquela norma jurídica é legítima ou válida. Essa questão mais simples é objeto da chamada "Dogmática Jurídica", enquanto o problema do fundamento supremo do direito pertence, pelo menos, à Axiologia, porquanto se trata da justificação do direito em geral ou da pergunta se ele, direito, é um bem ou um mal. Corresponderia, em alemão, ao que alguns designam **Wertungsquellen** (1). Como não vamos penetrar nessas profundidades, aqui lembraremos, de modo sumário, as respostas mais freqüentemente dadas. Podemos dividi-las em dois grupos: respostas afirmativas e respostas negativas, cada qual com variadas nuanças no responder.

Os que respondem sim, ou seja, os que justificam o direito, são uma avassaladora maioria, pelo menos até o pós-Segunda Guerra Mundial, quando se multiplicaram os países marxistas-leninistas, embora seja para crer que somente pequena parte de suas populações mantenha a crença no desaparecimento do Estado e do direito.

Os mais convictos justificadores do direito são os jusnaturalistas. O direito de que temos experiência, o denominado "direito positivo", se justifica porque se baseia num direito de plano mais alto, o "direito natural". Com tal afirmativa, resolve-se também, de maneira mais radical, o problema da legitimidade, pois se exige que o direito positivo esteja em harmonia com as normas ou, pelo menos, os princípios de direito natural para que seja legítimo. O jusnaturalista não se satisfaz com uma validade apenas formal do direito. Exige que a matéria ou conteúdo das normas positivas estejam de acordo, para serem válidas, com o direito natural. Seus representantes de fé religiosa sustentam que o direito é um bem ou, pelo menos, uma necessidade, porque o direito natural consiste num conjunto de comandos ou mandamentos estabelecidos por Deus. Para eles, o direito é um bem porque o homem, desde que perdeu o paraíso originário, se tornou mau. É curioso observar que quase todas as religiões desenvolvidas redundam, no final das contas, numa concepção, por assim dizer, jurídica da história, fazendo de nossa vida terrena uma pena para podermos voltar à bem-aventurança do paraíso perdido. É o que vemos na Teologia judaico-cristã ou nos que acreditam na metempsicose, para os quais a sentença destinada à purificação completa pode estender-se por várias vidas.

Todavia, mesmo os desprovidos de fé religiosa podem concordar com a conhecida assertiva de HUGO GRÓCIO, encontrada logo nos Prolegômenos de sua mais famosa obra, **Do Direito da Guerra e da Paz**, ou seja, a de que o direito natural existiria ainda que Deus não existisse. Anote-se, de passagem, que GRÓCIO já usa, em seguida, a expressão "fonte do direito", cuja nascente primeira estaria na "livre vontade de Deus". O próprio direito natural racional, o que promana dos "princípios internos do homem",

(1) Por exemplo, PETER LIVER, "Der Begriff der Rechtsquelle", in *Rechtsquellenprobleme in Schweizerischen Recht*, vol. 91 bis da *Der Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins*, Staempfli & Cie, Bern, 1955.

provisória, segundo GRÓCIO — que possuía crença religiosa —, de Deus, que “quis que existissem em nós tais princípios” (os do direito natural racional). Os jusnaturalistas sem essa crença se satisfazem em acreditar que os princípios do direito natural se acham inscritos na razão humana — na *recta ratio*, a que se refere CÍCERO. (2)

Há também divisões nessa coorte de justificadores do direito. Na última fila estariam os liberais, que enxergam no direito — da mesma forma que no Estado — um mal, mas um mal necessário. Embora ROUSSEAU não fosse liberal, mas, sim, adepto de uma democracia absolutista, os liberais confiam na tese rousseauniana da bondade natural do homem. Conseqüentemente, querem limitar o Estado e o direito ao mínimo indispensável. Por isso, os liberais são, teoricamente, os vizinhos mais próximos dos anarquistas. O liberalismo, ao mesmo tempo que reduzia o círculo do Estado, ampliava o círculo de liberdade dos indivíduos, de cujas decisões resultaria quase todo o mundo jurídico. O contrato — ou seja, o acordo de vontades autônomas — era o instituto jurídico dominante, a ponto de se conceber o próprio Estado — como fizeram os contratualistas — como resultado de um pacto entre os indivíduos, pacto realmente histórico ou mero pressuposto deontológico.

Não faltam, porém, os que negam justificativa ou qualquer fundamento ético ao direito. Esses contam, entre os seus precursores mais conhecidos, a figura de Trasímaco, da República de PLATÃO. Discordando da definição socrática da justiça, Trasímaco considera que esta “não é outra coisa senão o que é vantajoso para o mais forte”. Os anarquistas de diferentes matizes vieram engrossar, no correr dos séculos, os partidários desse ponto de vista, ao julgarem o Estado e o direito sempre um mal, a violência dos exploradores sobre os explorados. Conseqüentemente, pregam a abolição imediata desses dois instrumentos de opressão. São, pois, os mais convictos da “bondade natural do homem”. Ao pensarem assim, acreditam que as formas de controle externas do comportamento podem ser substituídas pelas formas de controle interiorizadas na consciência humana, bastando, pois, as normas morais para garantirem a harmonia social. Anarquistas de cepa religiosa advogam a abolição de toda função judicante, tomando ao pé da letra o conselho evangélico: “não julgueis para não serdes julgados”. Esquecem-se de que a própria divindade dedica boa parte de sua existência eterna a julgar-nos, desde a condenação inicial que nos expulsou do paraíso até o juízo final, que angustia todos os crentes. Por isso, na simbologia da justiça, uma de suas mais antigas imagens é a balança, conhecida desde os egípcios, cujos deuses dela se serviam para pesar as almas, aquilatando-lhes as culpas e os méritos. Os marxistas, cujas metas finais são anarquistas, diferem dos anarquistas puros por admitirem que o Estado e o direito são necessários desde o surgimento da propriedade privada e durante a fase de transição para o comunismo final. Somente quando se chegar a esse ponto se terá dado o salto para a liberdade, pondo-se termo, na expressão de MARX, à “pré-história” da humanidade. Daí por diante serão suficientes, para o pacífico convívio social, as normas morais. “O governo dos homens será substituído pela administração das coisas”, frase que o autodenominado “so-

(2) Teoria Para do Direito, 2.ª ed., Moraes ed., Coimbra, 1962, vol. 2.º, pp. 82-3.

cialismo científico” tomou de SAINT-SIMON, um dos corifeus do socialismo que ENGELS batizou de “utópico”. Segundo o economista francês DANIEL VILLEY, o marxismo aparenta uma versão secularizada da interpretação judaico-cristã da história. Não seria por acaso que MARX foi judeu e criado na tradição do judaísmo. O pecado original foi a propriedade privada dos meios de produção, que expulsou o homem do paraíso da comunidade primitiva. Surgirá, porém, um Salvador, não na figura de um indivíduo, mas de um ente coletivo — o proletariado, a mais alienada e sofredora das classes sociais —, para redimir o homem e fazê-lo reingressar no paraíso terrestre. A ditadura do proletariado teria a missão redentora de purificar o homem. MARX acreditava nisso literalmente, ao declarar em uma das suas onze teses sobre FEUERBACH, a VI, que o ser humano “é o conjunto das relações sociais”. Mudando-se as relações sociais, mudar-se-ia, conseqüentemente, a natureza humana.

SAINT-SIMON e seus descendentes intelectuais, os positivistas comtianos, também acreditavam que o direito poderia ser substituído pelas normas puramente éticas no “Estado industrial”, segundo a terminologia saint-simoniana, ou no “Estado positivo”, na terminologia de Comte.

#### **Fontes formais e fontes materiais do direito**

Com as duas últimas significações referidas, entramos em domínios mais familiares aos cultores do direito: as **fontes formais** e as **fontes materiais** do direito. As fontes formais compreendem todas as formas ou maneiras pelas quais o direito se manifesta, tais como a legislação (no sentido amplo do termo), o costume, a jurisprudência (no sentido de decisões dos juízes). É a elas que recorre quem quer conhecer o direito tanto na feição de direito objetivo — a **norma agendi** — como na de direito subjetivo — a **facultas agendi**. E esse interessado em conhecer o direito vai desde o homem comum aos profissionais do direito e aos seus “teóricos”. Por isso, em alemão também se apelidam essas fontes de **Erkenntnisquellen**. O estudo delas compete à denominada Dogmática Jurídica, embora uma das fontes formais, o costume, demande certa averiguação de cunho sociológico, que lhe ateste a existência.

**Fontes materiais** — também apelidadas **reais** — do direito seriam os fatores reais ou ideais que produzem o conteúdo das normas jurídicas. Determinariam a matéria que preencheria as formas ou molduras em que se apresenta o direito. Equivaleria às **Enzeugungsquellen** de autores de fala alemã. Desse modo, as fontes materiais subjazem às fontes formais ou se colocam em plano mais profundo do que elas. Os partidários do monismo das fontes materiais — economismo, “espírito do povo” (**Volksgeist**), as correntes intelectualistas, os defensores do primado da religião, os que vêem, como DURKHEIM, na divisão social do trabalho a força motriz das mudanças sociais — usariam a expressão no singular: fonte material. Os pluralistas, como é lógico, manteriam o plural — que é a forma mais usada da expressão — e falariam de vários fatores que agiriam, em combinação, convergência ou até contraposição, para os “processos de juridicização” das forças sociais, tais como: a técnica, a opinião pública, o saber jurídico, as ideologias, o poder político. Tais fatores agiriam sobre o legislador predominantemente, mas não deixariam de influenciar o juiz na formulação da

norma individual. Investigar a ação das fontes materiais é um dos campos mais vastos dos sociólogos do direito.

### A multivocidade da expressão "fontes do direito"

Essa multivocidade da expressão "fontes do direito" converte-se aos olhos de muitos estudiosos, em equivocidade, e não raros propõem substituí-la por outras. KELSEN não vacila em escrever: "a equivocidade ou pluralidade de significações do termo fonte do direito fá-lo aparecer como juridicamente imprestável" (2). Sabemos que KELSEN identifica o problema das fontes do direito com o da sua validade, uma vez que, em virtude da teoria escalonada do direito (*Stufenbau*), uma norma inferior se funda em outra superior até chegar-se à norma de grau mais alto, que se fundaria em uma norma não-positiva, mas pressuposta, a norma fundamental (*Grundnorm*). Daí sua afirmação tautológica de que, "num sentido jurídico-positivo, fonte do direito só pode ser o direito" (3).

Trata-se, entretanto, de fórmula consagrada nas línguas mais conhecidas do Ocidente, e que supomos existir na literatura jurídica universal. Quanto aos idiomas mais importantes do mundo ocidental lembremos as versões *sources du droit*, *sources of law*, *Rechtsquellen*, *fonti del diritto*, *fuentes del derecho*.

Por outro lado, pretender corrigir todas as falhas e impropriedades da linguagem comum e da científica, inclusive das metalinguagens, quando se trata de palavras enraizadas em longa tradição, seria, certamente, empresa quixotesca, que envolveria revisão de incontáveis vocábulos de todos os léxicos. Demos apenas um exemplo, que é tanto da linguagem natural como da científica: as palavras *Astrologia* e *Astronomia*. A primeira deveria, por sua composição etimológica, significar o estudo científico dos corpos celestes, enquanto a segunda, pelo mesmo motivo, deveria designar a arte de descobrir o governo (*nomos*) dos nossos destinos pelos astros, ou seja, a prática tão generalizada, na idade mais científica da história, de fazer horóscopos. Mas quem conseguiria realizar a inversão do emprego dessas expressões?

Ademais, em nosso modo de ver, não nos parece tão inadequada a expressão quando se emprega no sentido de fontes formais e materiais do direito — as acepções mais consagradas pelos tratadistas, e para nós as únicas aconselháveis. Se, fisicamente, as pessoas podem *dessedentar-se* nas fontes da natureza, os que desejam ou precisam conhecer o direito podem abeberar-se em suas fontes formais. Se fonte, no sentido natural, também significa a nascente de onde jorra um líquido, a imagem de fontes materiais do direito pode muito bem referir-se aos impulsos sociais de onde brotam as forças modeladoras do direito ou, para usar a expressão que serve de título a uma das obras de GEORGES RIPERT, "as forças criadoras do direito".

### Outro problema terminológico: a palavra "doutrina"

Outro problema terminológico se nos depara no próprio título deste trabalho. Por isso vimos grafando sempre entre aspas a palavra "doutrina".

(3) *Ibidem*.

empregada apenas por força da tradição. Gostaríamos, porém, de usar vocábulo mais neutro, que não sugerisse nada sobre o problema da cientificidade ou acientificidade do conhecimento jurídico. Empregaremos, por isso, daqui por diante, a expressão **saber jurídico** ou **conhecimento jurídico**. Além de mais neutras, são mais genéricas.

A tradicional palavra "doutrina" já implica uma negação ou, pelo menos, certa dúvida no tocante à indagação se o direito pode ser objeto de verdadeira ciência. De modo mais preciso, a pergunta se refere à "Dogmática Jurídica", pois ninguém põe em dúvida que o fenômeno jurídico pode ser tratado cientificamente pelo ângulo da Sociologia do Direito. Já em relação ao termo "doutrina" poder-se-ia dizer, com MICHEL MIAILLE, que ele "cheira muito ao século XIX". E o mesmo autor interroga, em seguida: "Poder-se-ia falar hoje de doutrina em Química ou em Matemática?" (4). Deve-se dizer o mesmo quanto ao termo "Dogmática Jurídica". Sendo o dogma um artigo de fé, e não um axioma, é estranho uma ciência "Dogmática", ou que se baseia em dogmas. A palavra pode ser apropriada no contexto "Teologia Dogmática", mas, aplicada ao saber jurídico, parece remanescente da época medieval, quando a Teologia era a "ciência" das ciências, porque as demais não passariam de suas servas. BOBBIO, aliás, observa que o rótulo "Dogmática Jurídica" se difundiu no século passado com a intenção de negar o caráter científico da chamada "ciência jurídica" (5).

#### **Delimitação do nosso tema**

Essas considerações preliminares, que já se alongam, servem apenas de introdução ao nosso tema mais restrito, que é, entretanto, um dos mais discutidos na problemática das fontes do direito, especialmente o da doutrina como fonte formal do direito. A mais categórica resposta negativa é a de KELSEN, fiel à sua concepção de positivista rigoroso e à sua concepção da "ciência" jurídica, ciência que é apelidada de normativa porque estuda normas. O "cientista" do direito procura apenas conhecê-lo, e, no seu labor, produz apenas "proposição" (*Rechtssatz*) e não "norma" jurídica (*Rechtsnorm*). Esta — a norma jurídica — somente pode ser **posta** pelo órgão competente segundo o ordenamento jurídico e conforme o processo estabelecido pela mesma ordem jurídica.

Observemos, de logo, que não nos ocuparemos da questão da hierarquia das fontes do direito — tanto as formais como as materiais. Anotemos, tão-só, que o lugar de cada uma delas varia no tempo e no espaço, bem como em função dos sistemas jurídicos e das diversas escolas doutrinárias. Assim, a corrente de pensamento que colocaria o saber jurídico no primeiro lugar seria a chamada Escola do Direito Livre (*Freirechtsschule*) na sua versão mais extremada, que entregasse a solução de todos os litígios à livre investigação do juiz. Dizemos em sua versão mais extremada porque as propostas de KANTOROWICZ, considerado o campeão da Escola, se apresentam bem moderadas no seu opúsculo, decepcionantemente vago, intitulado **A Luta pela Ciência do Direito** (*Der Kampf um die Rechtswissenschaft*), de 1906, tido como o manifesto dos partidários do "direito livre". Nesta "época de

(4) *Uma Introdução Crítica ao Direito*, Moraes editores, Lisboa, 1979, p. 213.

(5) NORBERTO BOBBIO, *Teoria della Scienza Giuridica*, G. Giappichelli Edit., Torino, 1950, p. 78.

**crescente influência dos especialistas**", diz ele, os jurados desaparecerão, substituídos por juízes especializados, que pronunciarão sentenças "rigorosamente científicas". Mas a lei continua. O juiz somente se libertaria dela nas quatro seguintes hipóteses: 1) quando houvesse lacunas; 2) quando a lei, na apreciação do juiz, não oferecesse uma decisão isenta de dúvidas; 3) quando a lei já ficou muito distanciada da realidade dentro da qual será proferida a sentença. Tudo isso o juiz de hoje já pratica, ao integrar as lacunas, ao interpretar a lei, e ao pôr em prática a chamada exegese sociológica. A esses três casos, KANTOROWICZ acrescenta um quarto, confinado à área cível, quando as partes usassem da faculdade, que deveriam possuir, de "liberar o juiz, por mútuo acordo, da observância de qualquer norma jurídica estatal" (6). Além disso, a "ciência jurídica propugnada por KANTOROWICZ conservaria o caráter deontológico, sendo semelhante ao direito natural, conforme seus dizeres: "Denominamos todo direito dessa índole **direito livre** e caracterizamos, por isso, o direito natural em seguida e provisoriamente como uma classe especial do direito livre" (7).

O completo **direito livre** seria, ao nosso ver, aquele que estendesse o designado "positivismo penal italiano", também denominado a "escola antropológica de direito penal", a todo o universo jurídico. Nessa escola, teríamos, em última instância, a substituição do direito penal pela criminologia e, como conseqüência, a substituição do juiz pelo médico, o psicólogo ou o assistente social. Poder-se-ia chegar à perfeição sonhada por DORADO MONTERO, no seu livro **O Direito Protetor dos Criminosos**. Na sociedade futura, imagina ele que os "criminosos" — se esse nome ainda for mantido — ou mesmo os simples portadores de impulsos perigosos procurarão, como hoje fazem os doentes somáticos ou psíquicos, o "magistrado", que se encarregará do seu tratamento ou da sua cura. Desse modo, o processo será substituído pelo diagnóstico, e a sentença, pelo adequado receituário curativo ou higiênico. Por esse caminho, a chamada "Ciência do Direito" deixará de ser uma "ciência" deontológica para se transformar numa ciência causal. O profissional do direito aplicá-la-á como qualquer técnico que deseja atuar sobre o mundo físico aplica as **regras técnicas** derivadas das ciências naturais. Não haverá mais necessidade do legislador.

É claro que essas fórmulas não poderão ser empregadas num regime demoliberal, que envolve a tripartição dos Poderes do Estado, como sistema de freios e contrapesos das autoridades públicas, ainda que se modifique esse sistema de acordo com as necessidades do momento histórico. Contudo, existe outro obstáculo, o sentimento de justiça, que nem mesmo os mais consumados totalitarismos podem menosprezar, e tentam, pelo menos, dar-lhe uma aparência de satisfação. Ainda não houve sociedade que não exigisse que os praticantes de delitos ou os autores de danos sofram a devida pena ou reparem o prejuízo causado. As sociedades mais primitivas como as mais avançadas não se conformam com a impunidade dos culpados, e procedem segundo a fórmula bíblica de que "o sangue da vítima clama por vingança" — fórmula mais antiga do que a Bíblia e que continua tão atual como sempre. Por isso, mesmo as religiões mostram ambivalências

(6) *La Lucha por la Ciencia del Derecho*, na coletânea de textos jurídicos, sob o título *La Ciencia del Derecho*, Losada, Buenos Aires, 1949, pp. 363 e segs.

(7) *Idem*, pp. 332-3.

internas nesse ponto, mandando-nos, na oração, perdoar os nossos ofensores, mas lembrando-nos também a prescrição taliônica: “quem com ferro fere com ferro será ferido”. A mais sublimada expressão da moral religiosa, como a do Sermão da Montanha, recomenda oferecer a face esquerda a quem nos bateu na direita. Mas o próprio Cristo tinha consciência de praticar justiça ao expulsar, a chicotadas, os vendilhões do Templo. GUSTAVO RADBRUCH mostra-nos a antinomia entre a moral e o direito. Enquanto a primeira nos induz à renúncia, o jurista nos incita, na fórmula de JHERING, à “luta pelo direito”, ensinando que nessa peleja não se salvaguarda, egoistamente, apenas, o direito próprio, mas se defende, ao mesmo tempo, o direito de todos e a integridade da ordem jurídica.

### **Nossas três teses sobre o tema**

Ressalvados, porém, aqueles extremos de um exagerado **direito (?) livre**, os demais juristas atribuem ao saber jurídico uma posição secundária ou auxiliar entre as fontes formais do direito, quando não lhe negam voz no capítulo. Nos países ocidentais e naqueles cujas culturas se modelaram pela do Ocidente, é pacífico, porém, que a preeminência entre as fontes formais do direito cabe à lei. O mesmo vigora nos países da **common law**, que dão grande realce ao precedente judicial, ao **judge-made-law**, porquanto neles o direito legislado (o **statute**) prevalece sobre o costume. Reiterando que não nos interessa aqui o problema da hierarquia das fontes, podemos passar ao tema que nos propusemos desenvolver. Podemos dividi-lo em três teses, partindo da mais pacífica para a mais controversa: 1ª — o saber jurídico é fonte material de direito; 2ª — ao saber jurídico não pode ser negada a condição de fonte formal de direito quando o ordenamento jurídico faça referência, como tal, à “doutrina”, à “opinião dos doutos”, seja ela comum ou não, aos “princípios gerais do direito” ou ao “direito comparado”; 3ª — o saber jurídico é fonte formal do direito ainda quando o ordenamento jurídico não lhe faça menção expressa.

### **O saber jurídico — fonte material do direito**

A primeira tese — a do saber jurídico como fonte material do direito — é de aceitação geral, o que nos desobriga de maiores desenvolvimentos deste tópico.

Desde as sociedades primitivas, o saber jurídico, geralmente sigiloso e monopolizado pelo mago, feiticeiro ou outro líder da tribo, lhes conferia grande prestígio. A eles acorriam os interessados para aconselhamento em casos em que estivessem envolvidos. Em tais grupos, mesmo nos que não possuíam órgão judicante, o líder tribal reunia em si a qualidade de jurista e a de embrião de juiz. O segredo dos preceitos tidos como jurídicos punha a nu o maior poder de controle social que os conhecedores do direito exerciam sobre o restante da comunidade. O mesmo sigilo encontramos em algumas sociedades mais avançadas, das quais podemos citar, como exemplo, a Roma da época em que os pontífices detinham o monopólio do conhecimento das fórmulas das “ações da lei” e dos dias em que um processo judicial poderia ser intentado (**dies fasti**). A situação continuou depois da secularização do direito, pois os jurisperitos — os **prudentes** — mantiveram o monopólio do segredo do processo e do calendário, até que GNEUS FLAVIUS,



secretário do censor APPIUS CLAUDIUS CAECUS, subtraiu e publicou, em 312 a.C., a coleção que este fizera das **Legis Actiones**. Oito anos depois, o mesmo FLAVIUS deu publicidade ao calendário dos dias fastos e nefastos.

Antes mesmo de os jurisconsultos receberem o direito de resposta — **jus respondendi** — as suas respostas (**responsa**) gozavam de grande peso na decisão das causas e eram invocadas em juízo, como hoje fazem os legisladores, os advogados e os juizes com as lições dos juristas, citando-as na justificação dos projetos de lei, na argumentação dos arrazoados e na motivação das sentenças. São indispensáveis na argumentação dos profissionais do direito, embora esse constante apelo ao argumento de autoridade possa ser invocado contra o caráter científico do saber jurídico, pois nenhuma genuína ciência recorre a argumento dessa natureza na sua aplicação. Ainda quando o sistema jurídico vede esse tipo de influência, como fez o art. 6º do Código Prussiano de 1794 (Preussisches Landrecht), que proibiu aos juizes invocarem “a opinião dos jurisconsultos”, pensamos que não há meio de dar eficácia a tal disposição, porquanto os julgadores poderão julgar de acordo com tal opinião sem necessitar declarar de onde ou de quem a tomou.

Os juristas também exercem influxo nas mudanças do direito. Discute-se se os textos de **Leis Assírias**, constantes dos 14 tabletes encontrados, nas duas primeiras décadas deste século, pelos arqueólogos da Sociedade Alemã de Estudos Orientais (Deutsche Orientgesellschaft), são obra de juristas teóricos ou de legislação. GUILLAUME GARDASCIA, um dos seus tradutores e comentadores, opina que se trata de compilações de leis, somente daí derivando o seu caráter obrigatório, porquanto, sustenta, numa generalização, sem dúvida, exagerada, que “segundo a dogmática moderna a doutrina não é fonte de direito” (8). Acrescenta que a matéria desses textos seria legislativa, que somente a “inspiração de semelhantes compilações revela uma preocupação, que se pode qualificar de doutrina” (p. 28). Aos doutos da época somente cabe o mérito de ter-lhes feito a apresentação, a ordenação ou disposição, ou seja, o de ter dado forma ao material, a fim de facilitar o trabalho de sua aplicação pelos práticos do direito. E aduz que esse tipo de literatura “atesta a existência, na Assíria, de juristas profissionais, capazes senão dum esforço original de pensamento, pelo menos animados pela preocupação de classificar leis para fins práticos. Essa empresa, por mais modesta que seja, é a primeira da parte de particulares numa atividade de reflexão jurídica. Ela constituiu a primeira etapa da doutrina” (p. 28). Sem dúvida, a inegável importância dos entendidos em direito já se tinha feito sentir na elaboração do impropriamente chamado “Código” de HAMURABI, que teria exercido indubitável influência sobre as leis assírias bem como sobre preceitos jurídicos do Velho Testamento.

O **Digesto** de JUSTINIANO foi também elaborado por juristas, que se serviram de muitos textos de jurisconsultos romanos, mesmo dos que não haviam recebido o direito oficial de responder a consultas — pois nesse último caso já se trataria de uma espécie de legislação.

No direito inglês, em que, apesar do predomínio hodierno da lei (**statute**), os precedentes judiciais conservam grande relevância, os **Reports**

(8) *Les Lois Assyriennes*, Les Éditions du Cerf, Paris, 1960, p. 29.

— repositórios de jurisprudência —, obras particulares de juristas ou de instituições privadas de profissionais do direito, têm grande autoridade. Seu uso remonta ao **Year Book** de 1284, seguido, com pequenas soluções de continuidade, até os nossos dias. A partir de 1865, o **Council of Law Reporting** passou a ter seus **Reports** publicados pelo Governo, mas eles não adquiriram, com isso, caráter oficial.

São de natureza similar os **Restatements of the Law** — consolidação de casos e de legislação —, iniciados, em 1923, pelo Instituto Americano de Direito. Visam a facilitar o trabalho dos profissionais do foro e a incentivar o movimento pela uniformização do direito na Federação norte-americana. O valor do primeiro **Restatement** pode ser aferido pela estatística feita por um autor estadunidense: “De 1923 a 1950, a Consolidação foi citada num total de quase 18.000 vezes pelos Tribunais de Apelação, e essas citações continuam numa média de cerca de 1.200 por ano. Essas citações foram coletadas em volume intitulado **A Consolidação nos Tribunais**. Seus defensores sustentam que, em menos de 2% dos casos, houve discordância dos princípios da **Consolidação**” (9).

Por outro lado, ninguém desconhece que se deve aos especialistas do direito, aos que escrevem tratados e pareceres, grande força motora nas mudanças jurídicas, seja na renovação da legislação, seja na jurisprudência dos tribunais. O desenvolvimento jurídico, através da difusão cultural do direito, por meio do empréstimo de partes de ordenamentos jurídicos mortos ou atuais, se realiza pela ação dos cultores do direito. Quando se trata de direito morto, o termo consagrado é o de “recepção”. Sem a atuação dos doutos, a Europa não teria conhecido a recepção do direito romano. O empréstimo de institutos ou até códigos vigentes de outros países é empreendido sobretudo por povos subdesenvolvidos que desejam acelerar, por via do direito, o seu avanço econômico e social. Quem os impele a isso é a sua **intelligentsia** jurídica. Lembrem-se a grande influência do direito constitucional norte-americano em toda a América Latina; a expansão, sob vários modelos, do controle de constitucionalidade da legislação, no sentido amplo, neste Continente, na Europa e outras partes do Mundo. A Grécia adotou o Código Comercial francês, como a Turquia kemalista, o Código Civil da Suíça.

#### **As “respostas dos prudentes” já não seriam “doutrina”**

Quando a doutrina é fonte formal de direito, por força de disposição legal expressa ou implícita, não se deve englobar nesse caso as “**respostas dos prudentes**” quando elas passaram a ter força vinculante para os juízes. Mas, para fim de clareza, a elas e a institutos similares faremos breves referências prévias.

Oficializado o direito de resposta de alguns juriconsultos por AUGUSTO, as **respon**sas somente teriam adquirido força vinculante com ADRIANO, pois se considera que aquele Imperador não teria exercido a função legislativa. Por um rescrito do Imperador ADRIANO, quando as respostas dos jurisperitos eram concordantes, vinculavam o juiz, dizendo-se que tinham “força de lei”. Somente quando havia divergência, o juiz podia

(9) E. ALLAN FARNSWORTH, *Introdução ao Sistema Jurídico dos Estados Unidos*, Forense, Rio, S/d. (o original é de 1963), p. 108.

escolher entre as respostas. Os juriconsultos bafejados com o “direito de responder” agiriam como um órgão público, por uma espécie de delegação do Príncipe — *ius respondendi ex auctoritate principis* — para fixar o direito ou decidir a pendência em seus “pareceres”. O Príncipe, que podia constituir o direito, inclusive através de respostas ou rescritos, teria delegado esse poder a alguns jurisperitos. Posteriormente se disciplinou a invocação da autoridade dos juriconsultos em juízo, indicando aqueles cujas obras eram vinculantes para os julgadores: PAPINIANO, PAULO, GAIO, ULPIANO e MODESTINO. Isso foi feito por uma constituição dos Imperadores VALENTINIANO III e TEODÓSIO II, do ano 428 d.C., conhecida como “lei das citações”. Prevalencia a opinião da maioria daqueles autores. Em caso de empate, a de PAPINIANO era decisiva. Se não existisse opinião desse jurisperito, o juiz podia escolher a que lhe parecesse mais adequada. Foi essa, aliás, a época áurea dos mestres do direito, levando PETER LIVER a afirmar que “o direito romano do período clássico e pós-clássico é direito dos juristas” (*Juristenrecht*)<sup>(10)</sup>.

Pode-se considerar do mesmo gênero das **responsores** a decisão de litígio por uma resposta escrita do MUFTI, a mais alta autoridade espiritual islâmica, quando para isso fosse solicitado pelo juiz. O mesmo vale para as respostas vinculantes das comissões (*Spruchausschuesse*) de algumas faculdades de Direito alemãs (*Spruchfacultäten*), prática somente extinta no século passado. Uma lei penal, de 1532, do Imperador CARLOS obrigava os tribunais a consultar as faculdades de Direito. O ato de envio do processo a elas (*Aktenversendung*) era um direito das partes. O resolvido pela faculdade era de aplicação obrigatória. Conforme informação de um autor alemão, o Ato Federal de 1815 confirma essa prerrogativa das escolas de direito, que algumas faculdades jurídicas continuaram a exercer mesmo após a promulgação da Lei de Organização Judiciária de 1879<sup>(11)</sup>.

### A “doutrina” — fonte formal prevista pelo legislador

Quando é o próprio sistema jurídico que inclui expressamente o saber jurídico — geralmente sob a denominação de “doutrina” — entre as fontes do direito, cremos que não se justifica nenhuma dúvida. Nessa parte, a nossa tarefa está facilitada e apenas lembraremos alguns ordenamentos jurídicos que assim procedem. O próprio KELSEN concede isso, embora identifique fonte de direito com validade do direito, e, por conseguinte, afirme que “fonte do direito só pode ser o direito”. Todavia, esclarece ele: “Os princípios morais e políticos, as teorias jurídicas, pareceres de especialistas e outros” são mencionados como fontes do direito. Mas a distinção entre tais “fontes” e as fontes do direito positivo — continua KELSEN — “reside em que estas [as fontes do direito positivo] são juridicamente vinculantes e aquelas o não são enquanto uma norma jurídica positiva não delegue nelas como fontes de direito, isto é, as torne vinculantes”<sup>(12)</sup>. Quando

(10) PETER LIVER, artigo citado na nota n.º 1, p. 46.

(11) ALBRECHT WAGNER, *Der Richter*, Verlag C. F. Mueller, Karlsruhe, 1959, p. 56.

(12) *Teoria Pura do Direito*, ed. cit., vol. II, p. 85. É a reiteração do que já havia escrito 16 anos antes, em sua *General Theory of Law and State* (Harvard Univ. Press, 1949, p. 132): “It is, however, possible for the legal order, by obliging the law-creating organs to respect or apply certain moral norms or political principles or opinions of experts, to transform these norms, principles, or opinions into legal norms and thus into true sources of law” (grifo nosso.)

KELSEN aplica o adjetivo “vinculante”, certamente não o faz com o mesmo rigor usado quando se diz que os pareceres dos juristas romanos, dotados com o “direito de resposta por autoridade do Príncipe”, eram obrigatórios para a solução do litígio. Esses pareceres eram casuísticos e não davam nenhuma margem de liberdade ao julgador. Diferente, entretanto, é a posição do juiz em face da própria lei. Como esta, por via de regra, estabelece a forma em que a norma individual deve ser fixada, e nem sempre regula a matéria dessa norma, até KELSEN reconhece que o juiz, ao aplicar a lei, em qualquer das duas hipóteses — mas sobretudo na primeira —, goza de certa liberdade, através da interpretação, ao decretar, na sentença, a norma individual. Daí o papel criador da função judicante. Diante da doutrina prevista como fonte do direito pela ordem jurídica, a situação do juiz não muda. O seu poder criador deverá ser ainda maior. Se há diferença nas duas situações, será puramente de grau.

A posição de KALINOWSKI é igual à de KELSEN. KALINOWSKI distingue as ciências normativas em três: 1) as que estudam normas; 2) as que criam normas; 3) as que conhecem o seu objeto através de normas. O direito estaria na primeira classe para todos os normativistas, pois a sua ciência é qualificada de normativa porque descreve e interpreta normas. A segunda categoria provém do positivismo comtiano, passando por WILHELM WUNDT, a EMILE DURKHEIM e seus seguidores. Toda essa corrente pretende basear a Moral na Sociologia, reduzindo a primeira a uma arte ou técnica derivada de leis causais. O terceiro tipo de ciência — aquela que conheceria seu objeto através de normas — está representado apenas pelo “egologismo” de CARLOS COSSIO. Essas considerações são necessárias para elucidar o pensamento de KALINOWSKI, que nega à “teoria” jurídica o predicado de fonte formal do direito. Mas reconhece que o seja quando o legislador assim dispuser, como vemos nestas palavras: “se a doutrina não é explicitamente reconhecida por dada legislação como uma fonte formal de direito no sentido explícito, somente tem o valor de um conselho dado ao juiz” (13). Deve-se concluir que, no caso de reconhecimento explícito do legislador, a Teoria Jurídica passará a ser ciência normativa no primeiro sentido (porque estuda normas) e no segundo sentido, isto é, o de ciência normadora (**normatrice**, em francês).

Passemos, pois, a dar exemplos de algumas ordens jurídicas que acolhem a doutrina como fonte de direito. O Código de Direito Canônico coloca “o parecer comum e constante dos doutores” — **communi constantique sententia doctorum** (Can. 20) — no último lugar, mesmo abaixo do costume, que vem previsto em outros cânones (25 a 30).

As Ordenações Portuguesas acolhiam a “doutrina”, dando preferência a ACCÚRSIO e BARTOLO. Vejam-se as **Ordenações Filipinas**, Livro III, Tit. 64, § 1º: “E se o caso, de que se trata em prática, não for determinado por lei de nossos Reinos, estilo, ou costume acima dito, ou Leis Imperiais, ou pelos Sagrados Cânones, então mandamos que se guardem as Glosas de ACCÚRSIO, incorporadas nas ditas leis, quando pela comum opinião dos doutores não forem reprovadas; e quando, pelas ditas Glosas, o caso não for determinado, se guarde a opinião de BARTOLO, porque sua opinião comu-

(13) GEORGER KALINOWSKI, *Querelle delle Scienze Normative*, L.G.D.J., Paris, 1969, p. 110.

mente é mais conforme à razão, sem embargo que alguns doutores tivessem o contrário; salvo se a comum opinião dos doutores que depois dele escreveram for contrária". O autor da Lei da Boa Razão, de 1769, tinha opinião oposta em relação àqueles dois doutores. Critica-os por sua ignorância em história e filologia romanas. Em seguida, de acordo com a técnica legislativa de então, que embutia os considerandos no próprio texto normativo, conclui: "Mando que as glosas e opiniões dos sobreditos ACCÚRSIO e BARTOLO não possam ser alegadas em juízo, nem seguidas na prática dos julgadores" (§ 13).

O Estatuto da Corte Internacional de Justiça, no seu art. 38, considera "a doutrina dos publicistas mais qualificados das diferentes nações, como meio auxiliar para a determinação das regras de direito". Podemos afirmar que o ensinamento dos juristas também é admitido, sem usar a expressão, pela nossa Consolidação das Leis do Trabalho, ao se referir ao "direito comparado" (art. 8º), pois este só existe como elaboração doutrinária. Seguindo tais precedentes, o Anteprojeto de Lei Geral de Aplicação das Normas Jurídicas encerra o seu elenco de fontes do direito com a "doutrina aceita, comum e constante dos jurisconsultos".

"Princípios gerais do direito". Também pensamos que a referência aos "princípios gerais do direito" como fonte formal do direito, contida em vários textos normativos, equivale, em última análise, à chamada "doutrina". Encontramo-la em muitas ordens jurídicas. Por exemplo, no art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça (os princípios gerais do direito, reconhecidos pelas nações civilizadas); no art. 4º da nossa Lei de Introdução ao Código Civil (art. 7º da Introdução de 1916); no Anteprojeto de Lei Geral de Aplicação das Normas Jurídicas (art. 6º). A Consolidação das Leis do Trabalho usa a fórmula "princípios e normas gerais do direito" (art. 8º). O Código Civil Geral da Áustria manda o juiz decidir segundo os "naturais princípios gerais do direito" (*natuerlichen Rechtsgrundsätzen*). O italiano de 1865 menciona os "principi generali di diritto", expressão substituída, no novo Código, pela fórmula: "principi generali del ordinamento giuridico dello Stato". Nunca houve unanimidade entre os juristas italianos sobre o significado das duas fórmulas, nem sobre o sentido e o alcance da alteração. PETER LIVER acha que "a divergência gira, principalmente, sobre a questão se são reconhecidas como princípios gerais só as normas fundamentais que podem ser deduzidas do direito positivo ou se podem ser entendidas como tais também as normas fundamentais existentes na base da ordenação positiva, mas que nela não acharam nenhuma concretização, tendo sua razão de validade na tradição, na convicção jurídica, na moral, na razão ou no direito natural" (14).

A expressão, por demais vaga, tem provocado as mais variadas interpretações. Os comentadores do Código de Direito Canônico (15) equiparam os princípios gerais do direito à *analogia juris*, distribuindo esses princípios em três classes: "1ª) os de direito positivo propriamente canônicos, contidos explicitamente no mesmo Código; 2ª) os do direito positivo universal ou comuns a todo direito, que se pressupõem admitidos também pelo direito canônico, se não se prova o contrário, e 3ª) os de direito natural". JOSÉ

(14) PETER LIVER, artigo citado na nota n.º 1, p. 31.

(15) Da edição espanhola de La Editorial Católica S.A., Madrid, 1949. Comentários ao Cónone 20.

DE OLIVEIRA ASCENSÃO também é de opinião que a **analogia juris** se poderia equiparar aos princípios gerais do direito. Mas, sendo jusnaturalista, conclui por igualá-los ao direito natural <sup>(16)</sup>. Seria infundável tentar arrojar todas as acepções da expressão.

Podemos, em suma, resumir a três as principais interpretações: 1) como equivalente do direito natural; 2) como indicativa dos princípios que são de essência do direito dos povos civilizados ou lhe servem de base; 3) os princípios, expressos ou implícitos, que servem de fundamento a uma ordem jurídica positiva.

MARCELO CAETANO, que opta pela terceira conotação, comenta: "O princípio geral do direito é, em regra, produto de elaboração doutrinária (grifamos): trata-se de uma idéia superiormente informadora de todo o sistema jurídico ou de certa parte dele, de que decorrem, portanto, as regras e soluções consagradas na legislação" <sup>(17)</sup>.

Não é diferente o nosso modo de pensar quando um texto legal consagra o "direito natural". Ou estaremos diante de uma expressão sem conteúdo ou de uma fórmula que entrega à discricção do juiz julgar segundo suas concepções de direito natural, que variam conforme as correntes jusnaturalistas. Caímos sempre na "doutrina". Assim, a Constituição francesa de 1848 dispõe em seu Preâmbulo, III: "Ela [a República Francesa] reconhece direitos e deveres anteriores e superiores às leis positivas". Não enumera, entretanto, esses direitos e deveres. Só a "doutrina", de modo sempre controverso, dadas as diversidades de orientações a respeito, poderá tentar esse árduo empreendimento.

Seja qual for o sentido por que se opte, temos de nos socorrer da "doutrina" para apontar os "princípios fundamentais do direito", pois que eles não se encontram disciplinados em normas positivas, legisladas ou costumeiras. É o teórico do direito que terá de deduzi-los ou descobri-los. Desse modo, a expressão seria equípolete à de "doutrina". Quando, pois, ao lado da "doutrina", um texto legal acrescenta "os princípios gerais do direito", concluímos ou que estes devem ter preferência entre os ensinamentos doutrinários ou que o legislador comete uma redundância.

#### A "doutrina" como fonte formal no silêncio do legislador

Essa é a nossa terceira e última tese. Já afirmamos que o saber jurídico é fonte material do direito mesmo quando o legislador proíbe que o juiz invoque a "opinião dos juristas", como faz o art. 6º do Código prussiano de 1794. Asseveramos que se trata de uma proibição vã, pois sempre o juiz pode julgar segundo a opinião desse ou daquele jurista, sem fazer menção a ninguém. Neste ponto, a noção de fonte material do direito reconhecida à "doutrina" é inseparável da de fonte formal como as duas faces de uma moeda, pelos seguintes motivos:

1) Nas sociedades mais complexas, os profissionais do direito são obrigados a possuir uma formação universitária, que lhes imbuí sobretudo a "doutrina" ou a chamada "Dogmática Jurídica". A tarefa primacial desta é descrever, classificar e interpretar o direito positivo. Quando os mestres

(16) O Direito — Introdução e Teoria Geral, Fund. Gulbenkian, Lisboa, 1978, pp. 403-4, e 407.

(17) Manual de Direito Administrativo, 4.ª Ed., Coimbra Editora, 1957, p. 71.

do direito, em suas obras, já deram uma interpretação sobre determinado ponto jurídico, é natural que os juízes a adotem, especialmente os juízes mais jovens ou mais novos no seu ofício. Em vista disso, PARESCI considera muito especiosa a diferença de KELSEN entre interpretação judicial e interpretação científica. Quando o juiz **escolhe**, faz juízos valorativos que, sendo emocionais, estão além do domínio da “ciência” jurídica. Diversa, porém, é a situação do “cientista” do direito que, impedido, pela pureza metódica, de emitir juízos de valor, se limita a apresentar um catálogo de soluções possíveis em face da ambigüidade semântica da norma. E comenta adiante: “Substancialmente, porém, se se fecha um orifício, outro se abre: alarga-se de fato a brecha aberta com a ‘norma fundamental’ enquanto os elementos valorativos (morais, políticos, sociais), que se reconhecem que podem atuar sobre o juiz, são os mesmos que influem na base do sistema e, nessa nova versão, constituem uma heterointegração de fato do sistema normativo” (18).

Pode-se dizer, pois, que quase toda interpretação judicial se apóia ou tem por trás uma interpretação doutrinária. Ainda que em menor grau, o mesmo se passa com a interpretação autêntica. Mesmo quando o legislador cria uma norma, ou revoga outras, seja ele leigo ou não, sempre se socorre dos ensinamentos dos especialistas do saber jurídico.

Os práticos do direito, pelo seu treinamento especializado, aprendem uma linguagem técnica que nem sempre vem definida nos textos normativos, embora se encontrem muitos dispositivos legais que são meras definições mais ou menos completas. Disposições dessa espécie são normas auxiliares, ou, na terminologia de KELSEN, normas não autônomas. Um exemplo: nosso Código Civil dedica um capítulo à “especificação”, mas não a define. Aquele que se interesse em conhecer-lhe o significado terá de socorrer-se de um livro da chamada Dogmática Jurídica. E assim, com inúmeros termos que o legislador não define ou os define incompletamente. Por isso, afirmamos que a chamada Dogmática Jurídica funciona — para o leigo ou para os juristas práticos —, em relação ao direito, como o dicionário comum para uma língua.

2) Deve-se advertir que, no estudo do direito, como no das demais ciências da sociedade e da cultura, é muito difícil separar o sujeito do objeto do conhecimento. Um matemático e um naturalista podem entregar-se às suas investigações sem preocupar-se se elas terão algum efeito sobre sua posição de crente ou de descrente, de pobre ou de rico, em suma, sobre o rol de seus valores ou preferências. Ainda assim, devemos observar que se exagera o afastamento do cientista matemático-natural em face do resultado de suas investigações. A história está cheia de reações da sociedade contra achados das ciências causais, como as sofridas por GALILEU, DARWIN, FREUD e muitos outros.

Nas ciências sócio-culturais — **grosso modo** —, investiga-se um objeto de que fazemos parte ou que pode estar até interiorizado em nós mesmos. Queiramos ou não, as teses do cientista social repercutem sobre a sociedade e sobre ele próprio, sendo muito difícil fazer a separação entre a teoria e a prática nesse campo. Daí a assertiva de que o saber jurídico é de natureza

(18) ENRICO PARESCI, verbete “Fonti del Diritto (Filosofia)” in *Enciclopedia del Diritto*, direção de CONSTANTINO MORTATI e SALVATORE PUGLIATTI, Dott. A. Giuffrè, Varese, 1968.

prática ou uma técnica com a qual se procura dar certa aparência sistemática aos instrumentos de solução pacífica dos conflitos ou divergências humanas, instrumentos que, em última análise, constituiriam o fenômeno jurídico. Observando o conteúdo de grande parte das obras pertencentes ao domínio da "Dogmática Jurídica", ALF ROSS salienta que nem sempre ela se limita ao conhecimento do direito vigente, pois tenta influenciar o juiz. Ao nosso ver, tanto o direito legislado está cheio de conceitos da Dogmática — definições e fórmulas —, como a Dogmática está impregnada de princípios que pretendem ser reitores da vida jurídica. É o que também ensina ALF ROSS nestas palavras: "Apelando à consciência jurídica e a considerações práticas, os juristas procuraram fixar certas interpretações do direito na esperança de que essas interpretações influam futuras decisões jurídicas. Nesse ponto, por isso, tais interpretações não são mais asserções, mas diretivas sob forma de conselhos, exortações e recomendações dirigidas ao juiz para que resolva de certo modo o caso em questão, numa palavra, diretivas (...) Minha impressão é que, pelo menos nos países escandinavos, a maioria dos juristas considera o aspecto político da doutrina, as diretivas de **sententia ferenda** (que não devem ser confundidas com as diretivas de **lege ferenda**) como a parte mais importante de seu trabalho. Seu interesse principal é prático, e não teórico. Eles se consideram mais políticos (no sentido amplo) do que teóricos (...)". Tais afirmativas derivam de uma análise do "conteúdo típico dos trabalhos doutrinários", que levou ROSS a classificar esse conteúdo no seguinte esquema: "1) asserções descritivas referentes ao direito vigente, dotadas de maior ou menor grau de probabilidade; 2) diretivas não descritivas; e 3) asserções descritivas referentes a fatos históricos, econômicos e sociais, bem como a circunstâncias que operam como argumentos para o primeiro ou para o segundo caso" (19).

Como descrição do teor da maior parte das obras conhecidas de Dogmática Jurídica, acreditamos que todos concordarão com as observações de ROSS, inclusive o próprio KELSEN. Mas este replicaria que o objetivo da Teoria Pura do Direito é justamente o de pôr fim a esse sincretismo metodológico e implantar, na "Ciência" Jurídica, a pureza metódica, expurgando-a de todas as considerações extrajurídicas, e fazendo-a verdadeiramente livre de valorações (*wertfrei*). Quanto ao nosso tema, entretanto, devemos reafirmar que KELSEN, identificando o problema das fontes do direito com o da sua validade, diz que a fonte última do direito é a "norma fundamental" (*Grundnorm*). Qualquer que seja a natureza dessa norma — norma de caráter gnosiológico ou, como KELSEN veio a admitir em seus últimos trabalhos, norma fictícia produzida por um ato de volição fictício —, ela não é norma positiva ou **posta**, mas, sim, **pressuposta**. Ela é, pois, fruto de construção doutrinária, chame-se "teoria" ou "ciência" — pouco importa. Como ele sempre reitera que fonte de uma norma é outra norma de grau superior, acaba afirmando que "a norma básica é, pois, a fonte do direito" (20). Conseqüentemente, ele não pode negar que a "doutrina" ou o saber jurídico teórico é fonte formal do direito, mesmo quando a ordem jurídica silencia a esse respeito. Não foi por outra razão que se pôde afirmar que a Teoria Pura do Direito não passa de "uma gigantesca teoria das fontes" (21).

(19) ALF ROSS, *Direito e Giustizia*, Giulio Einaudi ed., Torino, 1965, pp. 45-8.

(20) *General Theory of Law and State*, p. 131; *T. Pura do Direito*, 2.º vol., p. 84.

(21) in PARESCI, verbete citado na nota n.º 18.