



Civil Procedure Review

AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

2

Interpretação e “Crise” das Fontes

Interpretation and “Crisis” of the Sources

Giorgio Pino¹

Full Professor of Philosophy of Law and Legal Theory
at the University of Rome Tre, Italy

Resumo: O texto trata da crise da teoria das fontes do direito em razão da perda de espaço da exclusividade e primariedade da lei. Assim, a tradicional representação ordenada e monolítica do sistema das fontes, resumida na figura familiar da pirâmide, é substituída agora por figuras mais complexas e desarmônicas, como a rede, o arquipélago e o edifício barroco. Em primeiro lugar, pretende defender a ideia de que as relações entre as normas e as fontes, dentro de um ordenamento, são essencialmente reguladas por mecanismos de tipo hierárquico. Em segundo lugar, pretende mostrar que as relações hierárquicas entre fontes ou entre normas e que a individuação de um ato como “fonte” são determinadas, de modo preponderante, pela atividade interpretativa (em sentido lato) dos juristas e dos órgãos de aplicação.

1 Trad.: Hermes Zaneti Jr, coord. e rev.; Graziela Argenta; Juliana Provedel.

Palavras-chave: Teoria da interpretação; fontes do direito; aplicação do direito.

Abstract: The text deals with the crisis of the theory of the sources of law due to the loss of space of exclusivity and primacy of the statute law. Thus, the traditional ordered and monolithic representation of the sources system, summarized in the familiar figure of the pyramid, is now replaced by more complex and disharmonious figures, such as the network, the archipelago and the Baroque building. First, it intends to defend the idea that the relations between the norms and the sources, within a Rule of Law, are essentially regulated by mechanisms of a hierarchical type. Second, it intends to show that the hierarchical relations between sources or between norms and that the identification of an act as a “source” are determined, in a predominant way, by the interpretative activity (in a broad sense) of the jurists and the enforcement bodies.

Keywords: Theory of interpretation; sources of law; application of law.

Sumário: Introdução; 1. “Fontes do Direito”; 1.1 Questões de método; 1.2 Para uma definição de fonte do Direito; 2. A construção hierárquica das fontes do Direito; 2.1 Sobre o conceito de hierarquia normativa; 2.1.1 Hierarquias estruturais; 2.1.2 Hierarquias materiais; 2.1.3 Hierarquias axiológicas; 2.2 Hierarquias normativas e fontes do direito; 3. Fontes do direito e interpretação; 3.1 Cinco questões fáceis; 3.1.1 Individuação de um tipo de ato como fonte; 3.1.2 A revogação tácita; 3.1.3 Graduação do valor prescritivo de um texto jurídico; 3.1.4 Conservação dos atos normativos; 3.1.5 Introdução de uma hierarquia axiológica entre normas igualmente ordenadas em sentido material; 3.2 Cinco questões menos fáceis; 3.2.1 Fontes obrigatórias e fontes permissivas; 3.2.2 Introdução de hierarquias materiais interpretação; 3.2.3 Retirada do valor prescritivo de um texto jurídico; 3.2.4 Sobreposição de uma hierarquia axiológica a uma hierarquia material em sentido contrário; 3.2.5 Utilização das fontes externas ao ordenamento; 4. Conclusões.

INTRODUÇÃO

O tema da “crise” do sistema das fontes é um dos mais debatidos na literatura constitucionalista italiana, mas não somente na Itália, nas últimas duas décadas².

2 Mas já se vê um precedente ilustre pelo menos in W. Cesarini Forza, *La crisi delle fonti*, in *Archivio giuridico*, 1936, pp. 18-43. Entre as contribuições mais recentes: F. Sorrentino, *Le fonti del diritto italiano*, Cedam, Padova, 2004, 2009, cap. I; F. Modugno, *Fonti del diritto (gerarchia delle)*, in *Enciclopedia del diritto*, Aggiornamento I, 1997, pp. 561-588; Id., *È possibile parlare ancora di un sistema delle fonti?*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, 2008; L. Carlassare, *Fonti del diritto (diritto costituzionale)*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali, vol. II, t. 2, 2008, pp. 536-567; A. Ruggeri, *È possibile parlare ancora di un sistema delle fonti?*, in Id., *Itinerari di una ricerca sul sistema delle fonti*, XII, Giappichelli, Torino, 2009, pp. 433 ss; R. Bin, *Ordine delle norme e disordine dei concetti (e viceversa)*. *Ordine delle norme e disordine dei concetti (e viceversa)*. *Per una teoria quantistica delle fonti del diritto*, in G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi (a cura di), *Il Diritto costituzionale come regola e limite al*

A principal encarnação da crise é indicada pela fragmentação da ordenação hierárquica das próprias fontes: perdida para sempre (com lamento ou com consentimento, conforme o caso)³ a aspiração, típica da modernidade, da introdução de uma racionalidade vertical nas fontes do direito presidida pela lei (como pressuposto "formal", embora não suficiente por si só, de uma racionalização mais abrangente do direito⁴), percebe-se que as inconstantes relações de força entre os atores políticos em uma democracia pluralista, o fluxo incessante e incontrolável das relações de mercado na era da globalização, o pluralismo e a complexidade da sociedade contemporânea, além de outros fatores, repercutem todos – desagregando - a ordem das fontes do direito. Assim, a tradicional representação ordenada e monolítica do sistema das fontes, resumida na figura familiar da pirâmide, é substituída agora por figuras mais complexas e desarmônicas, como a rede, o arquipélago e o edifício barroco⁵.

Nesse trabalho, proponho um duplo objetivo. Em primeiro lugar, pretendo defender a ideia de que as relações entre as normas e as fontes, dentro de um ordenamento, são essencialmente reguladas por mecanismos de tipo hierárquico – isto é, a ideia de

potere. Scritti in onore di Lorenza Carlassare, vol. I: *Delle fonti del diritto*, Jovene, Napoli, 2009, pp. 35-60. Em âmbito não constitucionalista, assumiu a dignidade de um verdadeiro clássico em matéria de crise das fontes no trabalho de N. Irti, *L'età della decodificazione*, Giuffrè, Milano, 1978, 1999.

- 3 Complacência evidente, por exemplo, a partir das páginas de P. Grossi, *Mitologie giuridiche della modernità*, Giuffrè, Milano, 2007, pp. 8, 16, que considera a ideia da hierarquia de fontes, juntamente aquela do primado da lei, exatamente como exemplo de tais "mitologias". Mas note-se também Id., *L'Europa del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2009, para uma reconstrução histórica (marcada por uma valoração negativa) do advento da codificação e do ordenamento das fontes na modernidade jurídica; e Id., *Pagina introduttiva (ancora sulle fonti del diritto)* (2000), in Id., *Società, diritto, Stato*. Um recupero per il diritto, Giuffrè, Milano, 2005, pp. 325-331; Id., *Globalizzazione, diritto, scienza giuridica* (2002), *ivi*, pp. 279-300.
- 4 Racionalização e simplificação (em uma ordem vertical) das fontes como elemento de racionalização e simplificação *formal* do direito, o projeto jurídico da modernidade franqueava a simplificação dos *conteúdos* do direito, que fazia ponto em primeiro lugar sobre a unicidade do sujeito de direito. Simplificação das formas e dos conteúdos era finalizada, conjuntamente, com a superação do pluralismo e individualismo típicos do direito medieval e *Ancien Régime*. Sobre esse evento, G. Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna*. I. *Assolutismo e codificazione del diritto*, il Mulino, Bologna, 1976; Id., *Ideologie settecentesche della codificazione e struttura dei codici* (1978), in Id., *Cultura giuridica e politica del diritto*, il Mulino, Bologna, 1988; R. Orestano, *Azione, diritti soggettivi, persone giuridiche. Scienza del diritto e storia*, il Mulino, Bologna, 1978, pp. 193 ss.
- 5 G. Silvestri, *La ridefinizione del sistema delle fonti: osservazioni critiche*, in *Politica del diritto*, 1987, 1, pp. 149-159 (a p. 149); Id., *"Questa o quella per me pari sono..." Disinvoltura e irrequietezza nella legislazione italiana sulle fonti del diritto*, in AA.VV., *Le fonti del diritto, oggi. Giornate di studio in onore di Alessandro Pizzorusso*, Plus, Pisa, 2006, pp. 173-189 (em p. 173: a imagem da construção barroca); A. Predieri, *La giurisprudenza della Corte costituzionale sulla gerarchia e sulla competenza di ordinamenti o di norme nelle relazioni fra Stato e Comunità Europea*, in AA.VV., *La Corte costituzionale tra diritto interno e diritto comunitario*, Milano, Giuffrè, 1991 (em p. 115: a imagem do arquipélago); F. Ost, M. van de Kerchove, *De la pirâmide au reseau?*, Publications des facultes universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2002; F. Ost., *Dalla piramide alla rete: un nuovo modello per la scienza giuridica?*, in M. Vogliotti (a cura di), *Il tramonto della modernità giuridica. Un percorso interdisciplinare*, Giappichelli, Torino, 2008; P. Grossi, *La formazione del giurista e l'esigenza di un odierno ripensamento epistemologico* (2003), in Id., *Società, diritto, Stato*, cit., pp. 251-278 (spec. pp. 268-269); G. Zaccaria, *Trasformazione e riarticolazione delle fonti del diritto, oggi*, in *Ragion pratica*, 22, 2004, pp. 93-120 (l'arquipélago); B. Pastore, *Le fonti e la rete: il principio di legalità rivisitato*, in G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi (a cura di), *Il diritto costituzionale come regola e limite al potere*, cit., pp. 257-279 (reta e arquipélago).

que ainda haja sentido em falar de hierarquia das fontes do direito e de hierarquia das normas jurídicas. Desse ponto de vista, este estudo irá decididamente contrarcorrente, se é verdade que, na literatura constitucionalista, seja “agora [...] um lugar comum” o destaque da insuficiência e/ou da inadequação do critério de hierarquia, para a compreensão do atual ordenamento jurídico italiano⁶. A condição para isso, todavia, é que se defina acuradamente a noção relevante da hierarquia normativa, por exemplo, depurando-a da enganosa metáfora de tipo “espacial” (§§ 2-2.2).

Em segundo lugar, pretendo mostrar que as relações hierárquicas entre fontes ou entre normas e que a individuação de um ato como “fonte” são determinadas, de modo preponderante, pela atividade interpretativa (em sentido lato) dos juristas e dos órgãos de aplicação (§§ 3-3.2.4).

Isso irá me levar, ao final, a formular uma conclusão paradoxal sobre a relação entre fontes do direito e interpretação jurídica (§ 4): restará, pois, estabelecer se se trata de um paradoxo real, ou apenas aparente.

Antes de desenvolver esses pontos, contudo, será necessário introduzir brevemente a noção de fonte do direito e algumas ideias a ela habitualmente associadas (§§ 1-1.2).

Uma última ressalva, neste trabalho irei me ocupar das fontes, de sua construção, desconstrução e reconstrução e da relação entre elas, assumindo especificamente, como ponto de vista, o papel dos juristas em geral e dos órgãos de aplicação em particular. Não ignoro, obviamente, que um elemento importante na construção (desconstrução, reconstrução...) do sistema das fontes seja a atividade em si de produção do direito em sentido estrito, e que, portanto, a ordem do sistema das fontes dependa, neste sentido, não da atividade de interpretação e aplicação do direito, mas da distribuição e da contínua negociação do poder de produção normativa em um ordenamento jurídico (e, portanto, em última análise, das relações de força entre as forças políticas operantes naquele ordenamento). Não é este último ponto, contudo, que me interessa neste trabalho.

O ponto de observação adotado, repito, será quase exclusivamente aquele dos juristas e dos órgãos de aplicação. Isso por duas razões: uma de caráter inteiramente geral e uma relativa especificamente ao tema deste trabalho. A razão de caráter geral remete à assunção, que aqui faço minha sem ulterior aprofundamento⁷, de que uma

6 A citação é retirada de G.U. Rescigno, *Note per la costruzione di un nuovo sistema delle fonti*, in *Diritto pubblico*, 3, 2002, pp. 767- 862 (alla p. 801, nt. 50); veja também Id., *Gerarchia e competenza, tra atti normativi, tra norme*, in *Diritto pubblico*, 1-2, 2010, pp. 1-54, para uma defesa do critério de hierarquia. A tese de insuficiência do critério hierárquico, para franquear o critério da competência, remonta pelo menos a V. Crisafulli, *Gerarchia e competenza nel sistema costituzionale delle fonti*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1960, pp. 779 ss. A inadequação do critério hierárquico de ordenação das fontes, que deveria ser *substituído* por aquele de competência, é, ao invés, o *leitmotiv* de F. Modugno, *Fonti del diritto (gerarchia delle)*, cit. ver também A. Cerri, *Prolegomeni ad um corso sulle fonti del diritto*, Giappichelli, Torino, 1997, p. 94.

7 Essa perspectiva é explorada em particular por J. Raz; consulte-se *Practical Reason and Norms*, Oxford U.P., Oxford, 1975, 1990, pp. 123-148 (e em particular pp. 132-137 para análises das norm-applying institutions); Id., *The Identity of Legal Systems* (1971), in Id., *The Authority of Law*, Oxford U.P., Oxford, 1979, 2009; Id., *The Institutional*

dimensão central do funcionamento dos sistemas normativos institucionalizados (como paradigmaticamente são os sistemas jurídicos) seja representada pela dimensão em sentido amplo “aplicativa”: o trabalho das instituições de aplicação (*law-applying institutions*) é essencial à finalidade de determinar a identidade de um sistema normativo institucionalizado, como ocorre no sistema jurídico. A razão relativa especificamente ao objeto desse trabalho é que pretendo mostrar como, de modos não banais, a individuação das fontes e a sua ordenação hierárquica dependem, de maneira determinante, das várias atividades dos intérpretes e dos aplicadores do direito. As fontes do direito e o sistema das fontes, em última análise, não são um dado para os intérpretes, mas, ao menos em parte, são por eles mesmos determinados.

1. “FONTES DO DIREITO”

Numa primeira aproximação, por fontes do direito, se entende, como expressão metafórica, todos aqueles fatos (compreendidos aqui, em sentido amplo, tanto os “atos”, quanto os “fatos” jurídicos) aos quais, em um dado contexto cultural ou do ordenamento, é reconhecida a capacidade de modificar e de inovar o ordenamento em si⁸. Esta definição é obviamente incompleta, porque, entre outras coisas, não esclarece: *a*) quais são os fatos qualificáveis como fontes do direito (ou seja, em quais condições um fato determinado é considerado produtor de direito); e *b*) em que consiste a produção do direito, ou seja, o que é que é produzido pelas fontes. Uma definição completa, e não apodítica das fontes do direito, deverá incluir também esses elementos (sobre os quais voltarei em breve).

A locução “fonte do direito” é, além de metafórica, ambígua, porque pode indicar coisa diversa, ainda que coligadas. (Um esclarecimento importante: todos os sentidos de fonte que ilustrarei podem ser entendidos em uma acepção puramente descritiva, ou em uma acepção normativa. No primeiro caso, faz-se referência ao contexto de descoberta, àquilo que de fato é usado pelos intérpretes como fonte. No segundo caso, faz-se referência ao contexto de justificação, àquilo que os intérpretes justificam ou consideram justificado como fonte. Eu assumirei o segundo sentido - normativo de fonte).

Nature of Law (1975), *ivi*; *Id.*, The Problem about the Nature of Law (1983), in *Id.*, *Ethics in the Public Domain*, Oxford, Oxford U.P., 1994, pp. 195-209. 1. “Positivismo giuridico”: due filosofie in cerca di distinzione.

8 Cf. por exemplo T. Perassi, *Introduzione alle scienze giuridiche*, Cedam, Padova, 1967, pp. 45-46; N. Bobbio, *Teoria dell’ordinamento giuridico* (1960), in *Id.*, *Teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino, 1993, p. 179; A.M. Sandulli, *Fonti del diritto*, in *Novissimo Digesto italiano*, VII, 1961, pp. 524-533.525; V. Crisafulli, *Fonti del diritto (diritto costituzionale)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XVII, 1968, pp. 925-966 (spec. p. 925); A. Pizzorusso, *Fonti del diritto. Articoli 1-9*, Zanichelli – Il Foro italiano, Bologna-Roma, 1977, p. 14; F. Modugno, *Fonti del diritto I) Diritto costituzionale*, in *Enciclopedia giuridica*, vol. XIV, 1989, p. 1; F. Sorrentino, *Le fonti del diritto*, in G. Amato, A. Barbera (a cura di), *Manuale di diritto pubblico* vol. I. *Diritto pubblico generale*, il Mulino, Bologna, 1997, pp. 117-221 (spec. p. 117); L. Paladin, *Le fonti del diritto italiano*, il Mulino, Bologna, 1996, p. 21; Carlassare, *Fonti del diritto (diritto costituzionale)*, *cit.*, p. 539; L. Ferrajoli, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*. Vol. I. *Teoria del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2007 vol. I, pp. 418-419; R. Guastini, *Le fonti del diritto. Fondamenti teorici*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 45; *Id.*, *La sintassi del diritto*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 116.

a) Em um primeiro sentido, “fonte do direito” pode indicar um *texto*, um documento, que foi produzido segundo determinada modalidade e ao qual é reconhecida a capacidade de exprimir normas (após a interpretação); isto parece o significado mais comum e é o significado atribuído quando se diz que a lei ou a constituição são fontes do direito. Essa primeira acepção de fonte pode, no entanto, ser compreendida, por sua vez, em duas variantes que é oportuno distinguir⁹:

a¹) em uma primeira variante, “fonte do direito” refere-se a *um tipo de documento ou de ato normativo*. Isto é o que se entende quando se afirma que a “a lei”, “a Constituição”, “o Código”, ou “o precedente” são ao menos fontes do direito;

a²) em uma segunda variante, “fonte do direito” refere-se a *um específico documento ou ato normativo* (que, de forma verossímil, é *prima facie* reconhecível como fonte enquanto possui as características de uma certa categoria de atos ou documentos). Isto é aquilo que se compreende quando se diz, por exemplo, que uma determinada lei XY é a fonte de determinada disciplina. Esta última acepção torna inteligível a possibilidade que os intérpretes, embora reconhecendo que um certo tipo de ato normativo, de documento, seja abstratamente qualificável como fonte do direito, considerem, todavia, que, por certas razões, tal documento não possa ser qualificado como fonte de direito. Em hipótese: embora os intérpretes certamente concordem que a lei seja, abstratamente, uma fonte do direito, é possível que eles mesmos não considerem propriamente como fonte do direito certa lei que (como em um exemplo de Crisafulli, referido também por Guastini) contenha “uma invocação de divindade, uma fórmula declaratória, uma enunciação de motivos, uma declaração pedante e exortativa”¹⁰. E o mesmo discurso pode ser feito, por exemplo, por uma lei considerada tacitamente revogada. Obviamente, para atribuir ao menos à um ato a qualificação de fonte neste sentido, é necessário extrair de tal ato uma atividade interpretativa, uma vez que a qualificação de fonte nesse sentido é condicionada ao conteúdo do ato em si, e não só por suas características extrínsecas que, em hipótese, podem ser obtidas sem indago sobre o conteúdo do ato em si (por exemplo, o *nomen juris*, a publicação em *Diário Oficial*, etc). Sobre isso voltarei outras vezes durante este trabalho.

b) Em um segundo sentido, na linguagem, “fonte” é por vezes utilizada para designar também o tipo de *procedimento* ou de atividade que pode produzir textos ou documentos mencionados acima. Neste sentido, se diz, por exemplo, que a legislação é fonte do direito: é uma atividade que produz documentos normativos¹¹.

9 A utilidade eurística dessa distinção é explorada, por exemplo, em G.U. Rescigno, *Gerarchia e competenza, tra atti normativi, tra norme*, cit., com a finalidade de defender a autonomia da categoria conceitual da hierarquia normativa a respeito daquela da competência.

10 V. Crisafulli, *Fonti del diritto (diritto costituzionale)*, cit., p. 928; R. Guastini, *Le fonti del diritto*, cit., p. 48.

11 Sobre a possibilidade que “fonte do direito” possa referir-se seja a procedimentos de produção normativa, que ao produto de tais procedimentos, ver R. Guastini, *La sintassi del diritto*, cit., 119.

c) Em um terceiro sentido, como as fontes do direito são, por vezes, indicadas também como *normas* que autorizam a produção de outras normas: assim, a fonte da atividade legislativa é a constituição (por exemplo, as normas constitucionais sobre procedimento legislativo), etc¹².

d) Enfim, em um quarto sentido, as “fontes do direito” são todos os fatores que influem no processo de atribuição de significado aos documentos jurídicos pelos intérpretes¹³. Podemos qualificar esse último sentido como inserido nas fontes “substanciais” do direito, diferente das fontes “formais” indicadas, principalmente, nas variantes *a*¹), *a*²), e talvez ainda no item c) referido acima. Nesse sentido, (relembrando que assumo o significado normativo, e não puramente descritivo de fonte), são fontes substanciais as tipicamente internas e específicas do discurso jurídico, enquanto outras fontes são comuns a outros tipos de discurso e outras ainda são obtidas de outros universos de discurso. Assim, os métodos interpretativos (em sentido amplo) são fontes substanciais internas ao discurso jurídico, mesmo que apenas em pequena parte sejam explicitamente disciplinados pelo próprio direito positivo¹⁴; enquanto as convenções sintáticas e semânticas sejam comuns à linguagem jurídica e à linguagem ordinária (salvo os termos técnicos e tecnicizados), a exemplo as regras matemáticas são obtidas de um discurso especializado, estranho ao discurso jurídico.

Daqui em diante, utilizarei “fonte do direito” principalmente no sentido *a*¹) e *a*²): fonte do direito são documentos normativos, textos idôneos para exprimir normas jurídicas seguidas de interpretação. Nota-se, no entanto, que em um estado de direito e mesmo em um âmbito de concessão nomodinâmica do direito, em que cada atividade de produção do direito é também, ao mesmo tempo, uma atividade de aplicação do direito, o sujeito que produz documentos normativos o faz geralmente com base em um poder atribuído pelas normas jurídicas, normas estas que são (geralmente) produto da interpretação de outros documentos normativos. Nesse sentido, um documento normativo *DN*¹ (uma fonte) é produzido com base em um outro documento normativo *DN*² (assim como interpretado pelo sujeito que produz *DN*¹). Desse ponto de vista, portanto, não é exagero afirmar, kelsenianamente, que *DN*² é fonte de *DN*¹. (Nota-se,

12 Sobre esse último significado de fonte, ver H. Kelsen, *Teoria generale del diritto e del Stato* (1945), Etas, milano, 1994, pp. 133-134; se trata de um uso criticado por V. Crisafulli, *Fonti del diritto* (diritto costituzionale), cit., p. 926.

13 A. Ross, *Diritto e giustizia* (1958) Torino, Einaudi, 1965, p. 74.

14 Cf. G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, Giuffrè, Milano, 1980, pp. 27-29 (*fontes do direito – em sentido lato – são também a ideologia de sua completude e a lacunosidade do ordenamento, e são as técnicas de extensão e as técnicas de integração da lei*, p. 29; *a sistemática dos intérpretes é [...] uma ulterior fonte do direito*, p. 32); B. Pastore, *Pluralismo delle fonti e interpretazione: il ruolo dei principi generali*, in *Diritto privato*, 2001-2002, vol. VII-VIII, pp. 65-95 (spec. pp. 72-73, a propósito da integração entre a teoria das fontes e a teoria da interpretação); J.C. Bayón, *Derrotabilidad, indeterminación del derecho y positivismo jurídico*, in *Isonomia*, 13, 2000, pp. 87-117 (spec. pp. 104, 106-107: as convenções interpretativas como fontes do direito); R. Bin, *Gli effetti del diritto dell'Unione nell'ordinamento italiano e ul principio di entropia*, in AA.VV., *Studi in onore di Franco Modugno*, vol. I, Editoriale Scientifica, Napoli, 2011, pp. 363-383, considera os métodos interpretativos como “fontes extralegais” (ver p. 374).

entretanto, que Kelsen não distingue norma e documento normativo: usa “norma” para referir-se a ambas as coisas).

1.1 Questões de método

É evidente a importância do problema da individuação das fontes do direito, seja do plano teórico, seja do plano prático. No que tange ao plano teórico, a individuação das fontes é aquilo que marca a distinção entre direito e não-direito. Será direito somente aquilo que é reconhecível como tal de acordo com uma fonte do direito. No que tange ao plano prático, a individuação das fontes é essencial como guia da atividade de aplicação do direito. Normalmente, os órgãos de aplicação estão vinculados a aplicar a norma identificada sobre a base das fontes: a possibilidade de identificar uma norma como regularmente produzida por uma fonte e a disponibilidade dos critérios de ordenação e de preferência entre as múltiplas fontes existentes em um ordenamento suficientemente complexo são, dessa forma, fatores essenciais no procedimento de aplicação do direito¹⁵.

Em uma maneira levemente estipulativa, podemos agora distinguir três níveis de análise do problema das fontes.

O primeiro nível de análise é filosófico-jurídico e consiste em perguntar o que são as fontes do direito, qual tipo de fato pode ou não aspirar à qualificação de fonte de direito. Assim, em uma perspectiva juspositivista, fontes do direito serão exclusivamente fatos humanos em particular, mas não só fatos humanos voltados deliberadamente à criação do direito¹⁶. Em uma perspectiva jusnaturalista, serão incluídos entre as fontes do direito, além dos mencionados fatos humanos, também fatos ou entes posteriores relativos aos comportamentos humanos deliberadamente voltados para a criação do direito: a natureza das coisas, a razão humana, a intuição moral... (nenhuma posição jus-naturalista negaria que o direito seja também um produto humano. O direito positivo é, porém, subordinado, quanto à sua validade, a sua obrigatoriedade, ao seu ser “verdadeiro direito”, etc., ao direito natural). Em uma perspectiva jus-realista, último, (na medida em que essa seja distinguível do positivismo jurídico) serão fontes do direito comportamentos e crenças comumente não-conscientes de certos atores sociais.

15 *A teoria das fontes, estruturada em um sistema ordenado pelo princípio de hierarquia e da regra sobre sucessão da lei no tempo, é originada para guiar o trabalho do intérprete, e, então, do juiz.* (R. Bin, *Ordine delle norme e disordine dei concetti* (e viceversa), cit., p. 40. A propósito, veja também H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Clarendon, Oxford, 1961, 1994, pp. 100-101. Para uma indicação mais detalhada das consequências práticas da identificação das fontes no ordenamento italiano, cf. V. Crisafulli, *Fonti del diritto (diritto costituzionale)*, cit., pp. 935-936; F. Modugno, *Fonti del diritto I) Diritto costituzionale*, cit., p. 2; L. Paladin, *Le fonti del diritto italiano*, cit., pp.57-69; R. Bin, G. Pitruzzella, *Le fonti del diritto, Le fonti del diritto*, Giappichelli, Torino, 2009, pp. 30-31; R. Guastini, *Le fonti del diritto*, cit., pp. 55-58.

16 Não aprofundi aqui na questão se uma posição juspositivista possa coerentemente admitir que tais fatos humanos façam por, sua vez, referência a critérios morais. A resposta positiva é defendida pelo, assim chamado, positivismo jurídico inclusivo (Jules Coleman, Matthew Kramer, José Juan Moreso, Vittorio Villa, Wil Waluchow), a resposta negativa pelo, assim chamado, positivismo jurídico exclusivo (Joseph Raz, Sctt Shapiro, John Gardner).

O segundo nível de análise é teórico-jurídico e consiste em esclarecer *como* funcionam as fontes do direito (previamente individualizadas sobre uma base de opção jus-filosófica), suas relações com a validade, aplicabilidade, interpretação e relação entre diferentes fontes e sobretudo em que consiste o produto das fontes (serão somente normas gerais e abstratas? Ou também normas individuais?).

O terceiro nível de análise é dogmático e consiste em questionar quais são as fontes do direito em um certo ordenamento¹⁷, operação de identificação que pressupõe, obviamente, possuir, mesmo que implicitamente, noção filosófica e teórica sobre as fontes.

Daqui em diante, adotarei uma perspectiva de análise de tipo teórica-geral. Esta análise, por um lado, pressuporá minha adesão a uma perspectiva de tipo juspositivista e, por outro lado, será condicionada aos dados empíricos provenientes do ordenamento jurídico que conheço melhor, ou seja, o italiano. O questionamento teórico há de fato uma função, antes de tudo, reconstrutiva e explicativa, busca elaborar modelos e categorias pelos quais sejam mais bem compreendidos os fenômenos em observação. Portanto, um questionamento teórico sobre fontes fica sujeito a um duplo fio em relação aos dados provenientes de um ou mais ordenamentos jurídicos, isso porque elabora as próprias categorias a partir de tais dados e porque resulta bem-sucedido se consegue explicar adequadamente tais dados¹⁸.

1.2 Para uma definição de fonte do direito

Tudo isso incluído, como vimos, seja a definição completa de fonte do direito, seja (incluído agora) a identificação em concreto de uma fonte, pressupõe a resposta a dois quesitos: *I*) por qual razão considera-se certo documento ou certo procedimento como produtor de normas jurídicas (por exemplo, se isso é autorizado de uma outra norma) e *II*) se o documento produzido é idôneo a exprimir normas (se possui força normativa).

A resposta ao primeiro quesito parece óbvia: são fontes do direito aqueles fatos (em sentido amplo) considerados como produtivos de direito em um determinado ordenamento jurídico. Esta resposta é, contudo, evidentemente, *question-begging*: o que quer dizer de fato que “um ordenamento jurídico” considera qualquer coisa como fonte? Parecem possíveis duas respostas¹⁹: uma primeira resposta é que existe uma fonte dentro de um ordenamento, se um certo tipo de fato é considerado produtivo de direito de uma norma jurídica válida daquele ordenamento. Uma segunda resposta é que existe uma fonte dentro de um ordenamento, se os intérpretes e, em particular,

17 Essa é, por exemplo, a perspectiva declaradamente adotada em L. Paladin, *Le fonti del diritto italiano*, cit., pp. 20-24.

18 Sobre “falsificabilidade” das teorias das fontes, cf. R. Bin, G. Pitruzzella, *Le fonti del diritto*, cit., pp. 30-33.

19 R. Guastini, *Le fonti del diritto*, cit., pp. 45-49, distingue, a propósito, entre concepção “formal” e “material” das fontes.

os órgãos de aplicação dentro de tal ordenamento aquele fato como produtivo de direito. Ambas as respostas, todavia, remetem a espinhosos problemas teóricos. A primeira parece instigar um regresso ao infinito: onde termina a cadeia das normas convalidantes do ordenamento? A segunda parece vítima da circularidade: o direito positivo é, de fato, identificado pelos órgãos de aplicação, os quais são, por sua vez, identificados sobre a base do direito positivo.

Também a resposta ao segundo quesito parece, à primeira vista, óbvia: as fontes do direito produzem normas jurídicas. Mas também neste caso a obviedade da resposta é enganadora: em primeiro lugar, as fontes não produzem *diretamente* normas jurídicas. Elas produzem mais (ou são elas mesmas a segunda acepção relevante) textos, disposições, e, portanto, produzem um pressuposto (um dos pressupostos), de modo que possam então ser identificadas, após a atividade interpretativa, as normas jurídicas²⁰. Em segundo lugar, é preciso delimitar o conceito de norma jurídica. São normas jurídicas, em sentido relevante, somente as normas gerais e abstratas²¹? Ou se consideram também as normas individuais como aquelas contidas no dispositivo da sentença judicial²²? É necessário que tais normas tenham uma capacidade inovativa no confronto com o ordenamento, de modo que sejam excluídas da noção de fonte os atos que produzem, ou que contenham norma (específica) exatamente e dedutivamente derivada da norma mais geral²³?

Enquanto estejamos conscientes do relevo destes problemas, ao fim deste trabalho, não considero necessário adotar uma posição precisa sobre qualquer delas. Irei me deter mais na definição de fonte do direito útil à perspectiva aqui adotada, que é aquela da relação entre fontes (e suas hierarquias) e interpretação.

Definirei, portanto, como fonte do direito um documento²⁴ que os intérpretes e, em particular, os órgãos de aplicação justificaram no exame normativo, isto é, idóneo a exprimir normas após a atividade interpretativa²⁵.

20 Na doutrina constitucionalista, que igualmente tem familiaridade com a distinção entre disposições e normas, é muito frequente que se aluda a uma relação direta e imediata entre as fontes e as normas (no sentido que as fontes são o que produzem normas) sem nenhuma referência ao papel imprescindível da interpretação na mediação entre as duas. Veja-se, por exemplo, A.M. Sandulli, *Fonti del diritto*, cit., p. 525; A. Pizzorusso, *Fonti del diritto*, Articoli 1-9, cit., p. 14; F. Modugno, *Fonti del diritto I) Diritto costituzionale*, cit., p. 1; L. Carlassare, *Fonti del diritto (diritto costituzionale)*, cit., p. 539.

21 Assim, A.M. Sandulli, *Fonti del diritto*, cit., p. 525, 529; L. Carlassare, *Fonti del diritto (diritto costituzionale)*, cit., p. 540; L. Ferrajoli, *Principia iuris*, vol. 1, cit., p. 472.

22 C. Esposito, *La validità delle leggi* (1934), Giuffrè, Milano, 1964, pp. 77 e ss.; H. Kelsen, *Teoria generale del diritto dello Stato*, cit.

23 R. Guastini, *Le fonti del diritto*, cit., p. 46.

24 Por mera comodidade expositiva, omito, portanto, de incluir nesse trabalho o estudo da tradição, que receberia ulteriores qualificações (mas não modificações substanciais) ao argumento aqui exposto. De todo modo, assumo como dado de fato incontrovertível a centralidade da dimensão linguística e documento no direito moderno.

25 Cf. J. Raz, *Legal Reason, Sources and Gaps* (1979), in *Id.*, *The Authority of Law*, cit., p. 66 (*legal sources are reasons for action*).

Essa definição há, pelo menos, dois aspectos interessantes. Em primeiro lugar, os intérpretes devem ter uma razão de qualquer tipo (contudo, em sentido normativo, atinente ao contexto de justificação) para considerar um certo documento como fonte. Em segundo lugar, isso que a fonte produz (ou, conforme o caso, aquilo que a fonte é) não é a norma, mas qualquer coisa que somente após a interpretação pode dar lugar à norma.

Trata-se de uma definição teórica: não se diz nada sobre quais sejam os critérios que permitem considerar justificada a qualificação de um documento como normativo. Estes critérios podem consistir, por exemplo, na existência de uma norma válida, positiva, sobre produção jurídica que autoriza ou impõe expressamente aos órgãos de aplicação o uso daquele tipo de documento como fonte do direito; ou podem consistir na deferência ao *nomen iuris* atribuído a um certo documento por parte da autoridade de produção normativa; ou na deferência à uma valoração (sobre a postura de um certo documento como fonte) efetuada por um outro órgão de aplicação; ou, em preferência, por parte do intérprete, pela norma emanada de uma certa autoridade em relação àquela emanada por outra autoridade (por exemplo, em uma certa matéria).

De fato, tais critérios serão determinados por qualquer ordenamento, e, em última análise, pela cultura jurídica, pela ideologia das fontes do direito, partilhadas por cada intérprete. Por ideologia das fontes do direito, entendo como uma geral concessão (e frequentemente também genérica) do direito, partilhada ou pressuposta pelos operadores no interior de uma determinada cultura jurídica: a ideologia das fontes do direito *consiste em diretivas que não dizem respeito diretamente ao modo de resolver uma controvérsia jurídica, mas indicam o modo segundo o qual o juiz deverá proceder para descobrir a diretiva ou as diretivas relevantes para a controvérsia da qual se trata*²⁶. Alguns exemplos de ideologia das fontes do direito podem ser os seguintes: a ideologia legalista (o primado da lei), a ideologia constitucionalista (o primado da constituição), a ideologia europeísta (o primado do direito comunitário), a ideologia jurisrealista (o primado do direito jurisprudencial), a ideologia "neoconstitucionalista" (a indistinguibilidade entre o direito e moral no âmbito do raciocínio por princípios).

É mais difícil que os juristas operantes em determinado ordenamento jurídico compartilhem todos a mesma ideologia das fontes do direito. Mais realisticamente, os juristas operantes em determinado ordenamento dão lugar, conscientemente ou não, à competição entre as diferentes ideologias das fontes do direito (entre as quais se dá, obviamente, também um grau de *overlapping consensus*, de outro modo não conseguiriam sequer se reconhecerem como juristas, como dispostos a jogar o mesmo

26 A. Ross, *Diritto e giustizia*, cit., p. 72. O conceito de ideologia das fontes do direito inclui não apenas critérios para individuação das fontes relevantes, mas também metodologias interpretativas (para individuação das normas aplicáveis), e, portanto, os sentido a¹), a²), e d) vistos acima, § 1. Parece bastante semelhante à noção de "diretivas axiomáticas" articulada por P. Chiassoni, *Codici interpretativi. Progetto di você per un Vademecum giuridico*, in *Analisi e diritto*, 2002-2003, pp. 55-124 (spec. pp. 74-98).

jogo). E entre estas ideologias, algumas podem ser identificadas como dominantes, majoritárias, ou, de qualquer modo, partilhadas pelos órgãos mais respeitáveis – aquele que têm a última palavra. (Para mais ideias sobre o assunto, ver *infra*, § 4).

A ideologia das fontes do direito se sobrepõe assim ao material normativo “bruto” (os documentos jurídicos considerados *prima facie* válidos e relevantes), e é determinante na seleção e na determinação do direito aplicável, isto é, do direito que é destinado a se tornar eficaz ou do direito cuja eficácia é considerada justificada: guiando o intérprete na escolha das normas aplicáveis, com base nos argumentos interpretativos considerados justificados, e na atribuição de valor normativo aos documentos jurídicos.

2. A CONSTRUÇÃO HIERÁRQUICA DAS FONTES DO DIREITO

O modo mais familiar e habitual com o qual os juristas representam as fontes do direito – e, portanto, o ordenamento jurídico – consiste em uma construção hierárquica articulada em “degraus” ou níveis, que pode ser vista de cima para baixo (partindo das normas mais importantes, que ocupam a posição de ápice no sistema, para chegar às normas detalhadas, específicas, atuativas, ou de baixo para cima. No primeiro caso, se adota, de maneira privilegiada, a perspectiva da produção do direito; no segundo caso, adota-se, de maneira privilegiada²⁷, a perspectiva da aplicação do direito. Nesse esquema, portanto, o que está “no topo” da estrutura piramidal deve ser realizado através de atos normativos que colocam em graus inferiores, enquanto o que está “embaixo” é legitimado exatamente pela circunstância de atuar conforme é requerido nos graus superiores.

A estrutura hierárquica das fontes do direito vem, entretanto, habitualmente reconduzida a qualquer metáfora de caráter espacial, como uma pirâmide ou uma escada²⁸, e é esta dimensão vertical, como dizia primeiramente, que é agora considerada antiquada e superada pelas novas modalidades de representação do sistema (isso se de “sistema” se possa ainda falar)²⁹. A representação piramidal do ordenamento das fontes é, contudo, enganadora, porque unifica em si dois distintos tipos de hierarquias

27 Mas não exclusiva, visto que cada ato de produção do direito é também um ato de atuação, e vice-versa.

28 H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, Dalloz, Paris, 1962, p. 266 (*pyramide ou hiérarchie de norms*; note-se que essa expressão não é presente na tradução italiana *Dottrina pura del diritto*); N. Bobbio, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, cit., p. 184 (*costruzione a pirâmide dell'ordinamento giuridico*); A.M. Sandulli, *Fonti del diritto*, cit., pp. 525, 527 (*la scala hierarchica delle norme*). A. Pizzorusso, *Le fonti del diritto, Articoli 1-9*, cit., pp. 40-42; o *modelo da escada ou da pirâmide*, em relação ao critério hierárquico de solução das antinomias, é evocado, por exemplo, por M. Luciani, *Fonti del diritto*, in *Il diritto. Enciclopedia giuridica del Sole 24 ORE*, vol. 6, 2007, pp. 469-495 (p. 472); de *escala das fontes e escala das normas* fala L. Ferrajoli, *Principia iuris*, vol. 1, cit., pp. 905-908; R. Guastini, *Le fonti del diritto*, cit., p. 62.

29 Veja, a propósito, a discussão entre F. Modugno, *È possibile parlare ancora di un sistema delle fonti?*, cit., e A. Ruggeri, *È possibile parlare ancora di un sistema delle fonti?*, cit.

normativas – as hierarquias estruturais e as hierarquias materiais, e negligencia também o fato de que as relações entre fontes do direito são continuamente revistas e remetidas em discussão na realização de um terceiro tipo de hierarquia – as hierarquias axiológicas.

Para se fazer compreensível esta afirmação, devemos, portanto, gastar algumas palavras sobre possíveis relações hierárquicas diversas que podem ocorrer entre as normas e as fontes de um ordenamento. Aquilo que pretendo demonstrar é que a noção de hierarquia normativa é, seja por uma noção em si coerente e sensata como conceito teórico, seja por uma noção ainda adequada, do ponto de vista reconstrutivo, importante para a compreensão dos ordenamentos jurídicos contemporâneos.

2.1 Sobre o conceito de hierarquia normativa

A noção de hierarquia normativa descreve a situação na qual, dado um complexo de normas (em teoria, ao menos duas), uma ou algumas delas resultam supra-ordenadas em relação a outras (enquanto estas últimas são subordinadas em relação às primeiras).

Seguindo uma tipologia proposta por Riccardo Guastini, podemos individualizar como principais tipos de hierarquias normativas: as hierarquias estruturais, as hierarquias materiais e as hierarquias axiológicas³⁰.

2.1.1 Hierarquias estruturais

A hierarquia *estrutural* é uma relação entre uma *norma* (ou um complexo de normas) N e uma *disposição* (ou ato normativo) D³¹, na base a qual a disposição D deve ser produzida segundo a modalidade prevista pela norma ou pelo complexo de normas

30 R. Guastini, *Invalidity*, in *Ratio Juris*, vol. 7, 1994, pp. 212-226 (spec. pp. 217-219); Id., *Teoria e dogmatica delle fonti*, Giuffrè, Milano, 1998, pp. 121 ss.; Id., *Lezioni di teoria del diritto e dello Stato*, Giappichelli, Torino, 2006, pp. 41 ss., 233-238; Id., *Le fonti del diritto*, cit., pp. 241-254. Procurei desenvolver ulteriormente essas noções em G. Pino, *Norme e gerarchie normative*, in *Analisi e diritto*, 2008, pp. 263-299. Guastini ainda individua ulteriores tipos de hierarquia normativa, como as hierarquias “lógicas” ou “linguísticas”, que nesse momento não serão abordadas (cf. por exemplo R. Guastini, *Le fonti del diritto*, cit., pp. 244-245). Problema diverso é obviamente a presença de uma terminologia não unívoca na literatura jurídica e teórico-jurídica a propósito das hierarquias normativas: cf. por exemplo S. Bartole, *Principi generali del diritto (diritto costituzionale)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXV, 1986, p. 531, que usa a expressão “hierarquia formal” para designar aquilo que será aqui, ao invés, definida como “hierarquia material”, e a expressão “hierarquia material” para designar aquilo que será aqui, ao invés, definido como “hierarquia axiológica”; uma terminologia ainda diversa em G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, cit., cap. VII. Para uma panorâmica a esse respeito cf. R. Guastini, *Lezioni di teoria del diritto e dello Stato*, cit., pp. 41 ss., 233-238.

31 Parece, ao invés, referi-la a uma relação *entre normas* R. Guastini, *Lezioni di teoria del diritto e dello Stato*, cit., p. 49; Id., *Garantismo e dottrina pura a confronto*, in *Analisi e diritto*, 2009, pp. 213-223 (p. 219: *a hierarquia estrutural ou formal [...]interfere entre as normas sobre produção jurídica (em sentido estrito) e as normas as quais a produção e por essa regulada*).

N. Em consequência, a norma ou o complexo de normas N resultam hierarquicamente supra-ordenados no sentido estrutural em relação às disposições D³².

Para exemplificar, a lei constitucional e a lei de revisão constitucional são produzidas segundo as normas da constituição que disciplinam o procedimento de revisão e de adoção de outras leis constitucionais (art. 138 da Constituição), e, em seguida, são, nesse sentido, hierarquicamente inferiores a esta última; o mesmo vale para a lei (ordinária), em relação às normas da constituição que disciplinam o procedimento legislativo (arts. 70-74 da Constituição)³³; para os regulamentos, em relação às normas de lei que disciplinam a potestade regulamentar do Executivo (Lei 400/1988); para a sentença, em relação às normas de processo que disciplinam a produção; e assim por diante.

Assim definida, a hierarquia estrutural é extremamente associada a um específico perfil do conceito de validade: a validade formal, que consiste na ausência de vícios formais ou processuais na formação de um ato jurídico (e, portanto, também das disposições aí contidas). A validade formal consiste, assim, no respeito de todas as (meta-)normas formais, processuais e de competência previstas para a formação daquele tipo de ato. A validade formal inclui também a circunstância de que a disposição da qual se trata não tenha sido revogada (a revogação expressa impede, portanto, a validade formal de uma disposição). Por conseguinte, também as normas que disciplinam a revogação expressa são hierarquicamente supra ordenadas, em sentido estrutural, às disposições relevantes.

2.1.2 Hierarquias materiais

Uma hierarquia *material* é uma relação entre duas normas N¹ e N², de forma que a norma N¹ não pode colocar-se em contraste com (o conteúdo da) normal N², sob pena da sua invalidade: isto é, evidentemente pressupõe *uma terceira norma* (ou complexo de normas) N³, que dispõe este efeito e verossimilmente indica com qual procedimento este efeito de anulação será alcançado. Assim, ocorrido um contraste entre uma norma N¹ e uma norma N², se tal contraste é resolvido (de acordo com a

32 Esse é o sentido específico em que, por exemplo, Kelsen concebe a relação hierárquica entre normas, e, portanto, a estrutura hierárquica do ordenamento jurídico, isto é, como uma relação de derivação dinâmica de validade: cf. H. Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, cit., pp. 113-115, 125-126; Id., *La dottrina pura del diritto* (1960), Einaudi, Torino, 1990, pp. 226, 235, 251-310. Kelsen, no entanto, admite que, especialmente a nível infraconstitucional, o princípio da derivação dinâmica de validade seja muitas vezes complementado por um princípio estático.

33 Segundo a jurisprudência da Corte Constitucional e parte da doutrina constitucionalista, não se seria, ao invés, hierarquia estrutural entre a lei e as normas dos regulamentos parlamentares que consideram o desenvolvimento do procedimento legislativo: a eventual não cumprimento dessas normas não seria de fato referido a algum tipo de inconstitucionalidade da lei (não obstante o que parece afirmar o art. 72 da Costituzione) – seria, apenas, uma *political question*.

norma N³) dispondo a invalidade da norma N¹, então a norma N¹ é hierarquicamente subordinada, em sentido material, à norma N².

As hierarquias materiais, portanto, são instituídas pela existência de normas do tipo N³, normas que estabelecem mecanismos institucionais de anulação de outras normas: assim, por exemplo, é a existência de normas sobre o controle de constitucionalidade que permitem afirmar que uma constituição é rígida (é hierarquicamente supra ordenada, em sentido material, à lei).

Além da relação entre lei e constituição rígida, outros exemplos de hierarquia material são a relação entre lei delegada e legislação delegada; entre lei e atos administrativos, em virtude das normas que dispõem a anulabilidade dos atos administrativos por violação à lei ou por incompetência; a relação entre lei e sentença, em virtude das normas que estabelecem sobre a anulação de sentença por violação ou falsa aplicação de norma de direito (arts. 360 do Código de Processo Civil e 606 do Código de Processo Penal); entre lei e contrato, em virtude das normas que dispõem sobre a anulação de contratos por violação de norma imperativa ou por violação de outros requisitos previstos na lei (art. 1418 do Código Civil); e assim por diante.

Normalmente as hierarquias materiais são expressamente instituídas por normas explícitas, enquanto menos frequentes, ainda que absolutamente nada impossível (como veremos infra, § 3.2. 1), que sejam instituídas das normas implícitas, ou seja, que sejam introduzidas pela via interpretativa: em geral, todas as vezes em que um certo órgão jurisdicional amplia em via "interpretativa" a própria competência, de modo a recompreender o juízo de validade de certos tipos de normas, isso equivale à criação, em via interpretativa, de uma hierarquia material.

Ainda, o conceito de hierarquia material é, de maneira rigorosa, associado a um perfil específico do conceito de validade: a validade material. Portanto, uma norma N¹ é materialmente válida quando não apresenta contradição em relação a outras normas N², N^N,..., em todas e somente os casos em que tal contradição pode determinar um pronunciamento autoritativo de anulação N¹ (não cada conflito entre norma, de fato, determina a consequência de que uma das duas normas seja inválida no sentido material). Como é evidente, a validade material diz respeito ao significado dos atos normativos interessados, e, portanto, concerne normas (não disposições)³⁴. Nota-se, contudo, que, geralmente, a verificação e a declaração da invalidade material da norma por parte da autoridade competente pode incidir de vários modos, também sobre disposições que a exprimem; de fato, uma declaração de invalidade (material) de uma

34 Novamente, parece sustentar o contrário R. Guastini, *Teoria e dogmatica delle fonti*, cit., p. 130, quando afirma que também a validade material pode ser referida indiferentemente a uma *norma*, disposição ou *fonte* (no mesmo sentido, ver também p. 133 sobre a invalidade material). Anteriormente, Guastini, ao invés, distinguiu, acredito que corretamente, entre vícios (formais e processuais) que consideram a validade de textos normativos, e vícios (de conteúdo) que consideram, ao invés, as normas expressas daquele texto. (*Invalidity*, cit., pp. 219-222).

norma pode comportar a total eliminação também da disposição que exprime a norma inválida (como no caso da sentença de procedência da Corte Constitucional), ou a sua modificação com o fim de eliminar a razão da invalidade (como no caso das sentenças assim chamadas reconstitutivas – aditivas ou substitutivas – da Corte Constitucional).

2.1.3 Hierarquias axiológicas

Uma hierarquia *axiológica* é uma relação entre duas normas N^1 e N^2 , de forma que a norma N^1 é considerada mais importante, prevalente, preferível, em relação à norma N^2 . A relação de preferência depende de uma valoração comparativa substancial da importância das normas envolvidas: em base a uma hierarquia axiológica, uma norma prevalece sobre outra, se é considerada mais adequada aos valores, aos princípios, à doutrina ético-política que inspiram o sistema jurídico ou um seu subsistema (o juízo de importância comparativa pode considerar, obviamente, seja específicas normas individualmente consideradas, seja classes ou tipo de normas).

Em geral, uma hierarquia axiológica determina a aplicabilidade de uma norma (considerada mais importante) e a inaplicabilidade de outras (menos importantes). Uma hierarquia axiológica resolve-se, então, em um critério positivo ou negativo de aplicabilidade³⁵. O conceito de hierarquia axiológica refere-se, portanto, à noção de aplicabilidade (em particular, à aplicabilidade de normas): sempre que um critério de aplicabilidade estabelece qual norma ou tipo de norma deva-se aplicar com preferência a outra norma ou tipo de norma, estabelece, com isso, uma hierarquia axiológica entre essas duas normas ou tipos de normas.

Uma hierarquia axiológica pode concorrer também com uma hierarquia material, e em tal caso a norma “inferior” é não só não-aplicada, mas também declarada inválida (ou melhor, é desaplicada ou então declarada inválida, dependendo que o órgão de aplicação, às vezes interessado, tenha ao menos também o poder de anular normas). Esta é, entretanto, somente uma possibilidade contingente: não é dito que entre duas normas haja, ao mesmo tempo, uma relação de hierarquia axiológica e uma de hierarquia material.

Em sentido amplo, todos os tipos de hierarquia normativa, e, em geral, a instauração de mecanismos de preferência entre normas são, em última análise, axiológicos: representam o êxito de uma escolha de valor³⁶. Assim, as hierarquias materiais são instituídas em êxito a uma valoração de preferência a favor do órgão que produz as normas materialmente supra ordenadas, ditadas dependendo dos casos considerados de maior representatividade democrática, ou de competência técnica, etc.: isto é

35 Sobre essas noções, ver G. Pino, *L'applicabilità delle norme giuridiche*, in *Diritto & Questioni pubbliche*, 11, 2011.

36 Para alguns pontos nesse sentido, N. Bobbio, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, cit., pp. 219-221; J. Raz, *On the Autonomy of Legal Reasoning* (1993), in Id., *Ethics in the Public Domain*, cit., pp. 326-340 (spec. p. 331).

bem exemplificado pelo critério da *lex superior* para a solução das antinomias, se por acaso seja utilizado para declarar a invalidade da norma inferior, que reflete uma opção ideológica em favor de um tipo de fonte em relação a outra (por exemplo, em consideração do maior grau de representatividade democrática do órgão que a produz)³⁷. O mesmo vale para o critério da competência, que responde a uma escolha política em favor de uma certa divisão do trabalho entre órgãos do Estado, de modo que a disciplina de algumas matérias venha reservada em via exclusiva ou prioritária a certos sujeitos (regiões, autoridades administrativas independentes, ramos da administração, etc.). O mesmo se pode dizer, finalmente, também para as hierarquias estruturais: a escolha de um procedimento, e o modo de estruturá-lo para produzir atos normativos formalmente válidos, é totalmente diferente que *value-free*³⁸.

Em um sentido mais específico, contudo, a noção de hierarquia axiológica pode ser referida somente aos casos aos quais venha instituído uma relação de preferência entre duas (ou mais) normas, de acordo com um critério jurídico positivo ou então sapiencial, *sem que isso determine necessariamente a invalidade, o anulamento ou a revogação da norma menos importante*. É nesse sentido que aqui ser verá definida a noção de hierarquia axiológica.

A noção de hierarquia axiológica importa não só nas relações entre normas, mas também nas relações entre documentos normativos (isto é, entre fontes). Isso em duas modos: em primeiro lugar, muitas vezes o intérprete pode ter razões para preferir um (tipo de) documento normativo a outro, independentemente do conteúdo dos documentos envolvidos; e, assim, a hierarquia axiológica manifesta-se em uma preferência que emerge já ao nível da fonte, e não da norma (esse é o caso, por exemplo, do princípio da legalidade em matéria penal: o intérprete deve preferir a lei em face das outras fontes; e o mesmo vale em geral para todos os casos de reserva de lei). Em segundo lugar, uma atividade constante de inaplicação de uma certa norma da parte dos órgãos de aplicação (porque aquela norma é considerada recessiva em relação a uma outra em uma hierarquia axiológica) produz um resultado que, na verdade, é indistinguível no que diz respeito à anulação da norma recessiva e à revogação da disposição que a exprime³⁹.

37 Sobre origem histórica, e ideológica, do critério da *lex superior*, G. Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna*, cit., spec. pp. 47-52.

38 M. Rosenfeld, *Interpretazioni. Il diritto tra ética e política* (1998), Bologna, il Mulino, 2000, pp. 228-237; A. Pintore, *I diritti della democrazia*, Roma-Bari, Laterza, 2003, p. 23.

39 Para a opinião que a desaplicação (ou ineficácia) de uma norma produza um resultado substancialmente idêntico à sua revogação: cf. E. Bulygin, *Dogmatica giuridica e sistematizzazione del diritto* (1983), in Id., *Norme, validità, sistemi normativi*, Giappichelli, Torino, 1995, pp. 117-140 (spec. pp. 133-135); E. Bulygin, D. Mendonca, *Normas y sistemas normativos*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2005, pp. 78-81; J. L. Rodríguez, *Lógica de los sistemas jurídicos*, CEPC, Madrid, 2002, pp. 168-170; G. B. Ratti, *Sistema giuridico e sistemazione del diritto*, Giappichelli, Torino, 2008, pp. 134-137.

2.2 Hierarquias normativas e fontes do direito

Dadas essas diversas noções de hierarquia normativa, em que sentido se fala de uma hierarquia *de* ou *entre* fontes do direito? De hierarquia das fontes do direito comumente se fala, me parece, nas seguintes acepções:

a) quando uma fonte disciplina a produção de outra fonte;

b) quando um tipo de fonte não pode revogar, em via de revogação expressa, um outro tipo de fonte, sob pena de invalidade (*rectius*: quando as normas expressas de uma fonte não podem dispor sobre a revogação expressa de uma certa fonte, sob pena de invalidade material);

c) quando uma fonte não pode derogar, em via de revogação tácita, um outro tipo de fonte, sob pena de invalidade (*rectius*: quando as normas tratam de um tipo de fonte não podem contradizer as normas que tratam de um outro tipo de fonte, sob pena de invalidade material);

d) quando um tipo de fonte deve ser preferido em relação a um outro tipo de fonte, mesmo a prescindir das consequências em termos de invalidade.

Usando as noções de hierarquia normativa introduzidas no parágrafo precedente, notamos facilmente que o caso *a)* é uma hierarquia estrutural; os casos *b)* e *c)* constituem hierarquias materiais; o caso *d)* é uma hierarquia axiológica.

Nota-se, além disso, que os conceitos de hierarquia material e de hierarquia axiológica, e aqueles respectivamente correlatos de validade material e de aplicabilidade, são perfeitamente idôneos, sem que seja necessária alguma adaptação particular, no que diz respeito ao assim chamado critério de competência⁴⁰. Tal critério, frequentemente identificado como um quarto ou novo critério de solução das antinomias, em acréscimo aos três tradicionais critérios da *lex superior*, da *lex posterior* e da *lex specialis*⁴¹, implica um contraste entre duas normas vertentes sobre determinada matéria que deverá ser resolvido a favor da norma emanada pela autoridade que seja competente (de acordo com outra norma) para regulamentar aquela matéria (nota-se, portanto, que a relevância do critério de competência vai além do problema das antinomias: o critério da competência pode servir para identificar a norma válida e/ou aplicável também a prescindir de qualquer outra contradição normativa). Trata-

40 Sobre isso V. Crisafulli, *Gerarchia e competenza nel sistema costituzionale delle fonti*, cit.; Id., *Fonti del diritto (diritto costituzionale)*; cit., L. Paladin, *Le fonti del diritto italiano*, cit., pp. 83-85; A. Celotto, *Coerenza dell'ordinamento e soluzione delle antinomie nell'applicazione giurisprudenziale*, in F. Modugno, *Appunti per una teoria generale del diritto. La teoria del diritto oggettivo*, Torino, Giappichelli, 2003, pp. 131-270 (spec. pp. 218-223); R. Guastini, *Teoria e dogmatica delle fonti*, cit., pp. 234-236; F. Modugno, *Fonti del diritto (gerarchia delle)*, cit., M. Luciani, *Fonti del diritto*, cit., p. 476; A. Vignudelli, *Diritto costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2008, pp. 211-213; R. Bin, G. Pitruzzella, *Le fonti del diritto*, cit., cap. I.

41 No debate constitucionalista é, no entanto, presente ainda a tese que o critério da competência substituiu o critério da hierarquia: ver F. Modugno, *Fonti del diritto (gerarchia delle)*, cit.; Id., *"Fonti" del diritto e sistema normativo*, consulta em URL: www.robertobin.it/MATERIALI_SEM/Modugno%20Fonti09.doc.

se, além disso, de um critério sempre mais difuso, causa e efeito da sempre maior complexidade dos ordenamentos contemporâneos em que o poder de produção normativa não é mais centralizado e monopolizado pelo legislador-Parlamento, mas é “difuso” entre Estado central e entes locais, entre Estado e União Europeia, é por vezes confiado a certos sujeitos que possuem uma específica competência técnica em determinadas matérias (autoridades administrativas independentes com poderes normativos, etc.). O critério da competência é normalmente indicado como um critério “novo” de ordenação entre normas, e a sua novidade deveria criar problemas no conceito de hierarquia normativa, isto é, na ideia de que as normas do ordenamento são dispostas em uma escala hierárquica: deveria, em particular, retirar a imagem “vertical”, a tradicional configuração piramidal do ordenamento, e restituir, ao invés, uma imagem policêntrica, pluralística, do ordenamento jurídico.

Para bem visualizar, no entanto, uma vez que a noção de hierarquia tenha sido liberta de cada uma das impróprias metáforas espaciais e tenha sido reconduzida a uma noção teórica que designa exclusivamente um certo tipo de relação entre normas, percebemos que não haverá nulidade no critério de competência que não possa ser reconduzido à noção teórica-geral de hierarquia aqui elaborada. De fato, de acordo com o critério de competência uma norma N^1 prevalece sobre uma norma N^2 se é previsto pela norma N^3 que uma certa matéria seja regulada somente pela norma de tipo N^1 , emanada pela autoridade A^1 ; tal prevalência poderá ser verificada ou na forma da invalidade (material) da norma N^2 (se isto é previsto por uma ulterior norma N^3), ou na forma da inaplicação da norma N^2 . Como é evidente, ambas as situações são perfeitamente reconduzidas à conceituação aqui introduzida: a primeira situação recai exatamente na definição de hierarquia material e de validade material, enquanto a segunda recai na definição de hierarquia axiológica. Não é necessário, portanto, abandonar a ideia da hierarquia normativa, onde essa venha corretamente definida para fazer lugar ao critério de competência⁴².

3. FONTES DO DIREITO E INTERPRETAÇÃO

Do quadro há pouco traçado, emerge um entrelaçamento um tanto complexo na relação entre fontes do direito e interpretação.

Por um lado, de fato, a interpretação determina o conteúdo das fontes, das normas – e isso é agora bastante pacífico.

Por outro lado, no entanto, a interpretação intervém também, primeiramente, na qualificação de um documento como fonte⁴³. Isso de várias maneiras.

42 Uma detalhada defesa dessa tese é em G. U. Rescigno, *Gerarchia e competenza, tra atti normativi, tra norme*, cit.

43 Nos dois casos, na realidade, parece vir respectivamente em consideração um conceito diverso de interpretação: no primeiro caso, é interpretação em sentido estrito, como avaliação e determinação do significado de um texto; no segundo caso, é interpretação em sentido amplo (ou “construção”), que inclui operações como: a

Antes de tudo, porque as fontes são documentos emanados como êxito de um determinado procedimento (por sua vez disciplinado por normas: hierarquia estrutural), uma primeira intervenção “interpretativa” consiste na verificação se o procedimento relevante foi feito efetivamente e corretamente (isto, em verdade, mais que uma interpretação, em sentido estrito, é uma “qualificação” ou “subsunção” de certos fatos no esquema fornecido por algumas normas).

Em segundo lugar, porque o procedimento relevante é disciplinado pelas normas, tais normas não podem não ser por sua vez fruto de interpretação⁴⁴.

Em terceiro lugar, o intérprete pode graduar, de vários modos, até por a zero, a força normativa de determinado documento jurídico, a sua capacidade de exprimir normas, de tal modo decidindo sobre a própria qualificação de tal documento como fonte. Nos primeiros dois casos, assim, a variabilidade interpretativa opera sobre o plano da verificação do respeito à hierarquia normativa relevante; no terceiro caso, a variabilidade interpretativa opera diretamente sobre o documento, decidindo a qualidade de fonte. Em outras palavras, nesse nível, a interpretação intervém não só na fase de atribuição de significado às disposições, mas também em uma fase, logicamente precedente, de *individuação* e *identificação* das disposições⁴⁵.

Enfim, porque cada fonte do direito (cada tipo de fonte, e cada específico ato-fonte) se insere em um amplo conjunto de fontes, de normas (ordenamento jurídico), uma ulterior intervenção em sentido amplo interpretativo (ou construtivo) contém a organização das relações entre fontes – o acertamento, ou a instauração de hierarquia normativa.

A intensidade e a amplitude de todas essas operações interpretativas podem certamente ser guiadas, em qualquer medida, pelo direito positivo, mas, em definitivo, dependem da conformação daquilo que tenho chamado “ideologia das fontes do direito” (supra, § 1.2).

Para dar uma ideia de como tudo isso seja possível, passarei agora em resenha algumas hipóteses de tais operações efetivamente praticadas na jurisprudência constitucional e ordinária italiana e/ou explicitamente recomendada pela doutrina. Algumas dessas hipóteses são tão aceitas pelo senso comum dos juristas (ao menos

hierarquização axiológica de normas, a qualificação de uma norma como regra ou como princípio, a introdução de exceções implícitas, etc. (sobre essa distinção, ver R. Guastini, *Le fonti del diritto*, cit., pp. 55-56; Id., *La sintassi del diritto*, cit., pp. 427-438). A diferença, no entanto, não é aqui relevante, porque um ou outro tipo de interpretação pode vir em consideração, seja como interpretação de uma fonte, seja como interpretação objetiva à individuação de uma fonte.

44 M. Jori, *La cicala e la formica*, in L. Gianformaggio (a cura di), *Le ragioni del garantismo. Discutendo con Luigi Ferrajoli*, Torino, Giappichelli, 1993, pp. 66-119; R. Guastini, *Le fonti del diritto*, cit., p. 53.

45 Cf. a propósito R. Guastini, *produzione di norme a mezzo di norme. Un contributo all'analisi del ragionamento giuridico*, in L. Gianformaggio, E. Lecaldano (a cura di), *Etica e diritto. Le vie della giustificazione razionale*, Laterza, Roma-Bari, 1986, pp. 173-201 (pp. 175-176, sobre individuação da “base enunciativa”); P. Comanducci, *Assaggi di metatetica*, Giappichelli, Torino, 1992, p. 39 (*Per riconoscere una disposizione qua disposizione, e, in generale, um enunciato qua enunciato, è necessário esperire comunque una previa, talvolta inconspiciva, attività interpretativa*).

italianos), para não parecer inteiramente, à primeira vista, como uma manipulação das fontes em sede interpretativa – simplesmente “é assim” que funciona o ordenamento italiano. Outras hipóteses são, ao contrário, mais bizarras – mas não raras; a distinção entre questões “fáceis” ou “menos fáceis”, em outras palavras, depende de elas serem mais ou menos enraizadas no senso comum dos juristas italianos.

3.1 Cinco questões fáceis

3.1.1 *Indivuação de um tipo de ato como fonte*

Um primeiro modo em que o intérprete decide sobre a possibilidade que um texto normativo exprima normas é quase tautológico: trata-se do caso em que o intérprete decide que um documento, ou certo tipo de documento, é idôneo para ser qualificado como fonte do direito: por mais banal que isso possa parecer, não se trata de fato de uma operação deduzida, nem menos nos casos em que o documento em questão “pertence” pacificamente ao ordenamento jurídico. Nesses casos, o intérprete decide, fora de precisas indicações jurídico-positivas ou de elencos oficiais das fontes do direito, que um certo ato ou tipo de ato é efetivamente fonte do direito.

Trata-se, além disso, de uma operação conceitualmente distinta da (ainda que estreitamente associada) à individuação das relações hierárquicas entre a fonte assim identificada e as outras fontes do ordenamento. Estabelecer que determinado ato é fonte do direito não equivale, por si só, a resolver o problema das relações com outras fontes.

O caso mais impressionante é certamente representado pela “descoberta” da constituição como texto jurídico vinculante, como fonte do direito, da parte da cultura jurídica italiana: operação advinda de maneira um pouco gradual, e que há exigido décadas para ser metabolizada totalmente pela cultura jurídica⁴⁶.

3.1.2 *A revogação tácita*

Um segundo caso em que o intérprete decide sobre a possibilidade que um texto normativo exprima normas, e, assim, possa ser considerado fonte do direito, é aquele da revogação tácita - poder que, no ordenamento italiano, é aliás expressamente atribuído aos intérpretes pelo art. 15 da Lei de Introdução ao Direito Italiano (trata-se obviamente de um caso relativo não aos tipos de atos, mas a atos singulares).

46 Corte Constitucional nº. 1/1956; veja-se, a propósito, M. Dogliani, *Interpretazioni della costituzione*, Franco Angeli, Milano, 1982; G. Corso, *La Costituzione come fonti di diritti*, in *Ragion pratica*, 11, 1998, pp. 87-100; G. Pino, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, il Mulino, Bologna, 2010, cap. V; R. Guastini, *Lezioni di teoria del diritto e dello Stato*, cit., pp. 238-267, considera a atribuição de valor normativo à constituição como uma condição do processo de “constitucionalização” do ordenamento.

Enquanto a revogação expressa consiste na emanção de uma norma que estatui a revogação de outras disposições, a revogação tácita ocorre quando o conteúdo de uma norma é incompatível com outras normas derivadas das disposições preexistentes⁴⁷. Portanto, a revogação expressa age sobre o plano das normas, determinando a não-aplicação da norma menos recente.

Evidentemente, a revogação tácita opera somente após a interpretação: se o intérprete entende que a norma expressa da fonte anterior é incompatível com a norma expressa da fonte sucessiva, deverá aplicar esta última (de acordo com o , assim chamado, critério cronológico de solução das antinomias). Disso, derivam três consequências importantes:

1) se não é previsto um mecanismo autorizativo de anulação da norma anterior, o critério cronológico e a revogação tácita operam somente sobre o plano da aplicabilidade, não também sobre aquele plano da validade das normas envolvidas; em outras palavras, o critério cronológico determina a preferência pela norma sucessiva, sem com isso anular a norma anterior;

2) sendo uma variável da interpretação, a revogação tácita é remetida à valoração do intérprete (que pode evitar o efeito da revogação, por exemplo, recorrendo a uma interpretação restritiva da norma anterior, ou daquela sucessiva, ou de ambas);

3) comportando a não-aplicação da norma anterior, a revogação tácita traduz-se também na privação de valor normativo do documento (a fonte) que exprime a norma precedente; o documento normativo resta formalmente válido, mas não é mais considerado idôneo a exprimir normas (e, portanto, não é mais fonte do direito)⁴⁸.

É oportuno acrescentar, a esse respeito, que somente a revogação tácita, e não também a c.d revogação expressa, vale como critério de solução das antinomias: a revogação expressa, de fato, não é um critério de solução das antinomias, mas representa simplesmente a remoção de uma disposição e a sua, aliás eventual, substituição por outra disposição, e isso não determina nem resolve qualquer contradição entre normas; a revogação expressa, assim, não resolve uma antinomia, mas evita o surgimento de uma potencial antinomia⁴⁹. (Somente o caso inimaginável em que a revogação expressa vale também como solução de uma antinomia se dá, me parece, quando uma nova lei intervém expressamente para dirimir uma contradição

47 R. Guastini, *Teoria e dogmatica delle fonti*, cit., pp. 192-194; R. Bin, *A discrezione del giudice. Ordine e disordine: una prospettiva "quantistica"*, Franco Angelo, Milano, 2013.

48 A. Gentili, *L'argomentazione nel sistema delle fonti*, in *Rivista critica del diritto privato*, 4, 2001, pp. 471-489, a p. 475, qualifica de fatos esses casos como hipóteses de "disposições sem normas".

49 A opinião segundo a qual a revogação expressa é uma forma de solução de antinomias é muito difusa na literatura; cf. por exemplo F. Sorretino, *Le fonti del diritto*, cit., p. 123. No tratamento sobre antinomias frequentemente é reservado um espaço amplo ao exame da revogação expressa, mas sem praticamente nunca esclarecer em que modo ela remove uma antinomia: cf. por exemplo A. Celotto, *Coerenza dell'ordinamento e soluzione delle antinomie nell'applicazione giurisprudenziale*, cit., pp. 177 ss.

normativa já existente, revogando qualquer uma das disposições relevantes. Isso acontece, por exemplo, na redação de texto único não meramente compilados.)

3.1.3 Graduação do valor normativo de um texto jurídico

Um terceiro caso em que o intérprete decide sobre a possibilidade que um texto normativo de exprimir normas (e, portanto, possa qualificar o texto como fonte do direito em sentido próprio) consiste na determinação e na graduação, por parte do intérprete, da maior ou menor força normativa do que o texto exprime.

Um exemplo de modulação do valor prescritivo de um texto normativo por parte dos intérpretes é dado pelas, assim chamadas, normas estatais flexíveis, em matéria de competência normativa concorrente entre Estado e regiões (neste caso, ao Estado é demandado a fixação dos princípios da matéria e à região a normatização de detalhamento, onde a região seja inerte, podem também aplicar as normas de detalhamento da fonte estatal, que, no entanto, “cedem”, são colocadas de lado, no momento em que a região exercita o próprio poder de produção normativa (nesse sentido Corte Constitucional nº. 214/1985: “a lei do Estado [não] deve ser necessariamente limitada a disposições de princípio, sendo, ao invés, permitida a inserção também de normais pontuais de detalhamento, as quais são eficazes somente durante o tempo em que a região não tenha produzido ou adequado a normatização de sua competência aos novos princípios ditados pelo Parlamento”).

3.1.4 Conservação dos atos normativos

Um quarto caso em que o intérprete incide sobre valor normativo de um texto é, em qualquer modo, quando especula sobre aquilo recém considerado: se no caso apenas visto, o intérprete enfraquece o valor prescritivo de um texto normativo formalmente válido, nesta ulterior eventualidade o intérprete, em certo senso, “salva” o valor prescritivo de um texto normativo não formalmente válido.

Assim, acontece, por vezes, que uma disposição (uma fonte), que se auto-qualifica como disposição de um certo tipo, venha usada como disposição (fonte) *de um outro tipo*⁵⁰. Essa pode ser considerada como uma aplicação particular de um princípio mais geral (implícito, mas, não obstante, considerado profundamente enraizado no

50 Cf., por exemplo, Corte de Cassação, sez. III pen., nº. 2734/1989, que considerou que algumas leis regionais que recebam o conteúdo de uma deliberação de um comitê interministerial devessem, na verdade, serem qualificadas *como atos administrativos*, e, portanto, sujeitos à desaplicação por parte do juiz ordinário com base no art. 5 da lei 20 março 1865 nº. 2248, all. E (Corte Constitucional nº. 285/1990, em sede de juízo por conflito de atribuição, afirmou, então, que um similar poder de qualificação não reingressa entre os poderes da Corte de Cassação).

ordenamento italiano) de conservação dos atos jurídicos⁵¹. Com base em tal princípio, de fato, um ato jurídico que apresente alguns defeitos de forma pode, contudo, valer como um diverso ato jurídico do qual tenha os requisitos; ou pode ser ainda considerado existente, se idôneo a atingir alguns dos próprios efeitos típicos; e assim por diante.

Com base no princípio de conservação dos atos normativos, portanto, os intérpretes e, em geral, os operadores jurídicos sentem-se autorizados, ou mesmo obrigados, a utilizar como válidos atos jurídicos que são *ab initio* inválidos; e, dessa forma, são autorizados ou obrigados a utilizar como fontes do direito certos atos normativos que, à luz dos critérios vigentes no ordenamento jurídico, não deveriam ser utilizados.

3.1.5 Introdução de uma hierarquia axiológica entre normas igualmente ordenadas em sentido material

Um quinto caso em que o intérprete incide sobre valor normativo de um texto, e, então, influi sobre sua atitude de ser fonte, ocorre quando vem instaurada, em via interpretativa, uma hierarquia axiológica entre duas normas N¹ e N², entre as quais *não se dá* uma relação de hierarquia material: são normas materialmente igualmente ordenadas. Esse tipo de hierarquia axiológica adquire particular interesse, sobre o plano aplicativo, todas as vezes em que as normas relevantes estão em contraste – e, não havendo entre elas uma hierarquia material, nenhuma das duas pode ser declarada inválida. Nesses casos, a hierarquia axiológica opera fazendo prevalecer a norma mais importante sobre aquela menos importante, sem que a norma sucumbente perca validade: é, ao invés, não-aplicada. Nesses casos, portanto, diante do que, à primeira vista, são fontes igualmente ordenadas, ou até, internamente, a mesma fonte (do mesmo documento normativo: uma constituição, um código, uma lei), o intérprete decide por atribuir maior força vinculante a algumas disposições e menor força a outras.

Um exemplo consiste na distinção entre princípios constitucionais “comuns” e princípios constitucionais “supremos”⁵²: se trata dos princípios considerados como caracterizantes da identidade axiológica da própria constituição, e, portanto, mais importantes que outros princípios e normas constitucionais; por consequência, os

51 O princípio de conservação dos atos jurídicos é considerado *cânone hermenêutico que, enunciado legislativamente para a matéria contratual no art. 1367 código civil, inspira todo o ordenamento jurídico* por C. Grassetti, *Conservazione (principio di)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. IX, 1961; ver também L. Bigliuzzi Geri, *Conservazione dell'atto giuridico*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. X, 1962, pp. 528-540. O princípio é usado por vezes pela Corte Constitucional, para evitar declarar inteiramente inconstitucional uma lei que apresenta vícios de forma limitados apenas a determinadas partes: cf. Corte Constitucional n.ºs. 152/1982, 292/1984.

52 Na Itália, a ideia dos princípios constitucionais supremos recebeu uma inequívoca consagração pela Corte Constitucional na sentença 1146/1988, que tirou montantes de uma orientação da própria Corte que, de maneira episódica, já tomava forma há mais de dez anos. A doutrina geralmente tem olhar de maneira favorável (senão de forma unânime) a uma similar construção teórica, ainda antes de vir consolidada pela jurisprudência constitucional: ver por exemplo A.M. Sandulli, *Fonti del diritto*, cit., p. 527; A. Pizzorusso, *Le fonti del diritto. Articoli 1-9*, cit., pp. 394-403.

princípios supremos são destinados a prevalecer, em caso de conflito, sobre outros princípios constitucionais não supremos. E, além disso, os princípios supremos possuem uma maior capacidade de “resistência” no que diz respeito às modificações em sede de revisão constitucional (em princípio, são imodificáveis).

Outro exemplo consiste na distinção, ao interno da regulamentação de determinada matéria, entre normas “de princípio” e normas “de detalhamento”, quando se pensa que as primeiras contenham o espírito informativo, a *ratio* do resto da disciplina – com a consequência que as normas de detalhamento deverão ser interpretadas e aplicadas de modo a resultar compatíveis e congruentes com as normas de princípio.

Outro exemplo consiste em atribuir grau ou valor “constitucional” a certos tipos de normas, como, por exemplo, as normas sobre fontes e, em geral, sobre produção normativa⁵³.

Outro exemplo, finalmente, consiste na atribuição de valor “fundamental” a direitos explicitamente reconhecidos somente em nível legislativo. Isso geralmente acontece porque determinado direito, de fonte legislativa, é considerado estritamente funcional para realização de um direito de fonte constitucional, de modo a poder ser considerada uma “derivação”. Por exemplo, o direito de retificação foi introduzido em via legislativa, mas depois a Corte Constitucional qualificou-o como direito fundamental (Corte Constitucional nº. 225/1974); o mesmo itinerário foi seguido pelo direito ao nome: direito originariamente previsto pelo código civil (arts. 6-8), e, em seguida, “promovido” a categoria de direito fundamental pela Corte Constitucional como “o primeiro e mais imediato elemento que caracteriza a identidade pessoal” (Corte Constitucional nº. 13/1994; e note-se que o direito à identidade pessoal é, por sua vez, um direito fundamental implícito). Essa operação, evidentemente, é propensa à utilização do direito fundamental assim individuado a diversos fins argumentativos: aqueles que tipicamente descendem da instauração de uma hierarquia axiológica entre o direito assim individuado e outras normas (tornam defeituosas outras normas que não são compatíveis com aquele direito, requerem interpretação conforme, etc.) – e trata-se, particularmente, de uma hierarquia axiológica entre normas entre as quais, aparentemente, não se dá também uma hierarquia material. Além disso, se a autoridade que realiza essa operação tem o poder de anular atos normativos, esse tipo de operação pode determinar, ainda, a instauração – em via puramente interpretativa – de uma hierarquia material (sobre isso vide *infra*, § 3.2.1). De fato, a Corte Constitucional anulou várias disposições de categoria legislativa considerada lesiva ao direito ao nome (direito, esse último, fundamental, mas proclamado no Código Civil), conforme nºs. 13/1994, 297/1996, 120/2001 e 494/2002.

53 Cf. por exemplo C. Esposito, *Consuetudine (diritto costituzionale)*, in *Enciclopedia del diritto*, IX, 1961, p. 467; F. Santoro Passarelli, *Preleggi*, in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XIII, 1968, pp. 624-630; L. Paladini, *Le fonti del diritto italiano*, cit., pp. 27 ss.; F. Sorrentino, *Le fonti del diritto italiano*, cit., p. 26.

3.2 Cinco questões menos fáceis

3.2.1 Fontes obrigatórias e fontes permissivas

Nem todos os tipos de documentos em que vem reconhecido o valor de fonte do direito possuem a mesma força vinculante: o recurso a certos tipos de fontes podem ser considerado “obrigatório” (fontes obrigatórias), enquanto o recurso a outros tipos de fontes pode ser considerado somente “permissivo” (fontes permissivas)⁵⁴.

As fontes mais comuns são aquelas do primeiro tipo, aquelas as quais o intérprete tem obrigação de utilizar. Os exemplos são bastante banais: a sujeição do juiz à lei (pelo ordenamento italiano: art. 101 cost.); o princípio da irretroatividade das leis penais. Geralmente, ignorar uma fonte desse tipo, ou errar sobre a sua aplicação são razões de invalidade da decisão do órgão de aplicação.

As fontes permissivas são fontes que *podem* ser levadas em consideração pelo órgão de aplicação, mas que o órgão de aplicação poderia também ignorar sem que, com isso, vicie a validade da decisão autorizativa. São exemplos de fontes permissivas (é obvio que o elenco é, sobretudo, contingente): o direito jurisprudencial⁵⁵, a sentença interpretativa da Corte Constitucional, os trabalhos preparatórios no procedimento legislativo, as interpretações doutrinárias⁵⁶, os precedentes estrangeiros (esses últimos, por ser normalmente utilizados como fontes permissivas, merecem uma menção à parte pelo fato de serem fontes externas ao ordenamento; cf. a propósito, *infra*, § 3.2.5).

O recurso a tais fontes justifica-se, geralmente, por permitir maior persuasão à justificação de uma determinada decisão; no entanto, quanto menos seja considerado cogente o recurso a um certo tipo de fonte (permissiva), tanto mais tal tipo de documento se afasta do caso focal de “fonte do direito”, e tanto mais difícil e controvertido resulta, assim, a atribuição da qualificação de fonte a tal documento (típico é o caso da possibilidade de qualificar como “fonte” a doutrina). O grau de cogência de uma fonte permissiva depende de fatores extrínsecos, tais como, por exemplo, a *expertise*

54 Para uma tipologia análoga, em relação às fontes, cf. H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, cit., p. 294; A. Pizzorusso, *Le fonti del diritto. Articoli 1-9*, cit., p. 533 (com diversa terminologia); A. Peczenik, *On Law and Reason*, Kluwer, Dordrecht, 1989, 1998, pp. 319-321 (diferença entre *must-sources*, *should-sources*, e *may-sources*); F. Schauer, *Thinking Like a Lawyer. A New Introduction to Legal Reasoning*, Harvard U. P., Cambridge (MA), 2009, pp. 67 ss.; L. Green, *Law and the Causes of judicial Decisions*, Oxford Legal Studies Research Paper N.º. 14/2009, April 2009; G. Pino, *L'applicabilità delle norme giuridiche*, cit.

55 Cf. a propósito A. Pizzorusso, *Le fonti del diritto. Articoli 1-9*, cit., pp. 532-535; I. Lombardi Vallauri, *Giurisprudenza. I) Teoria generale*, in *Enciclopedia giuridica*, vol. XV, 1989; G. Pino, *Il diritto all'identità personale. Interpretazione costituzionale e creatività giurisprudenziale*, il Mulino, Bologna, 2003, cap. III.

56 Cf. R. Sacco, *La dottrina, fonte del diritto*, in AA.VV., *Studi in memoria di Giovanni Tarello. Volume II: saggi teorico-giuridici*, Giuffrè, Milano, 1990, pp. 449-463 (cf. spec. p. 460, onde se qualifica a doutrina como *fonte mediata*). Falam de uma *função indiretamente normativa* exercitada pela doutrina F. Viola, G. Zaccaria, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 1999, p. 166. In prospettiva storica, G. Gorla, *Dans quelle mesure la jurisprudence et la doctrine sont-elles des sources du droit?*, in *Il Foro italiano*, 1974, V, cc. 241-249.

reconhecida em uma determinada matéria pela fonte que produziu a disposição ou norma em questão (por exemplo, uma comissão técnica, uma autoridade administrativa independente, etc.), a autoridade atribuída um órgão de aplicação hierarquicamente superior (mesmo na ausência de uma obrigação de uniformização de suas decisões)⁵⁷. Geralmente, é considerado impróprio basear uma decisão *exclusivamente* sobre uma fonte permissiva; em outras palavras, uma fonte permissiva não é capaz de funcionar, sozinha, como adequada razão justificativa da decisão judicial. Frequentemente, as fontes permissivas funcionam mais propriamente como critérios interpretativos, isto é, como critérios inspiradores para a interpretação das fontes obrigatórias.

Pois bem, a distinção entre fontes obrigatórias e fontes permissivas é, em certa medida, um dado de direito positivo (isso fica evidente quando é estabelecida a invalidade de uma decisão autoritária adotada em contraste com certo tipo de fonte). Todavia é uma distinção que, como vem se vê, é, muitas vezes, gradual, ou, melhor dizendo, imprecisa⁵⁸, e depende, em última análise, da interpretação e da construção dogmática dos intérpretes. Serão os intérpretes, em última análise, que decidirão se uma certa fonte recai em uma ou em outra categoria. Para exemplificar: a distinção entre reserva de lei “absoluta” e reserva de lei “relativa” é uma distinção muito debatida, e com frágeis bases textuais na Constituição⁵⁹. Todavia, tal distinção permite, onde for aceita, a utilização somente da lei como fonte obrigatória em matérias cobertas pela reserva de lei absoluta, e a utilização também de outros tipos de fontes em matérias cobertas por reserva de lei relativa. Portanto, a possibilidade ou não de utilizar uma fonte diversa da lei, em certa matéria coberta por reserva de lei, depende, inteiramente, de uma construção dogmática (a distinção entre reserva de lei “absoluta” e “relativa”).

3.2.2 Introdução de hierarquias materiais em via interpretativa

Normalmente, os intérpretes possuem certa facilidade na introdução de, por via interpretativa, hierarquias axiológicas de vários tipos. Mais difícil é, ao invés, a introdução, por via interpretativa, de uma hierarquia material – de uma hierarquia que traga a anulação da norma inferior contrastante com a norma superior (já que a anulação de uma norma material inválida subverte também a disposição que a exprime, a introdução, em via interpretativa, de uma hierarquia material traduz-se, portanto, em definitivo, na expulsão de uma fonte do ordenamento jurídico). É mais difícil, mas não é impossível.

57 Essa é, em geral, a lógica que sujeita à família aos argumentos *ex auctoritate* ou por exemplo: os argumentos segundo os quais a um enunciado vá atribuído aquele significado que ali é já atribuído por algum, e só por esse fato (assim, G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, cit., p. 372).

58 Cf. L. Lombardi Vallauri, *Giurisprudenza. I) Teoria generale*, cit., p. 4; J. Bell, *Comparing Precedent*, in *Cornell Law Review*, vol. 82, 1997, pp. 1243-1278 (spec. pp. 1254-1255); F. Schauer, *Thinking Like a Lawyer*, cit., p. 80.

59 Críticas à distinção entre reserva de lei absoluta e reserva de lei relativa em L. Carlassare, *Legge (riserva di)*, in *Enciclopedia giuridica*, vol. XVIII, 1990; R. Guastini, *Le fonti del diritto*, cit., p. 137.

Com efeito, o primeiro sistema de controle de constitucionalidade existente no mundo foi introduzido exatamente por via interpretativa: como é notável, o poder de anular leis em contraste com a constituição (federal) foi atribuído a si mesmo pela Corte Suprema dos EUA no caso *Marbury v. Madison*⁶⁰.

Mas não é um exemplo isolado: com a já mencionada doutrina dos princípios constitucionais supremos, a Corte Constitucional italiana foi auto-atribuída, em via interpretativa, do poder de reivindicar a legitimidade constitucional também das leis de revisão constitucional e das outras leis constitucionais sob o fundamento do respeito a tais princípios supremos⁶¹. Em sentido análogo, pode-se também ler a tese dogmática segundo a qual algumas leis ordinárias seriam dotadas de valor substancialmente constitucional, ou até mesmo infraconstitucional, e, portanto, subtraídas da revisão constitucional, ou ainda da declaração de ilegitimidade por parte da Corte Constitucional⁶².

Finalmente, em duas recentes sentenças (n.ºs. 348 e 349/2007; recentemente confirmadas pela n.º. 93/2010), a Corte Constitucional resolveu a polêmica questão da relação entre a CEDU (Convenção europeia para salvaguarda dos direitos do homem e das liberdades fundamentais) (ratificada na Itália com lei ordinária) e as normas internas, no seguinte modo: embora a CEDU tenha sido ratificada no ordenamento italiano com a lei ordinária, tal lei é, por um lado, “superior” a outras leis ordinárias (que podem ser anuladas pelo contraste a lei que ratificou a CEDU), e, por outro lado, “inferior” à Constituição (um eventual contraste entre a lei que ratificou a CEDU e a Constituição determinaria a anulação da primeira), isto em virtude do “reenvio móvel” contido no art. 117 da Constituição⁶³. Evidentemente, nesse caso, a Corte Constitucional

60 *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803). Veja-se, a propósito, M. Troper, *Marshall, Kelsen, Barak, and the Constitutionalist Fallacy*, in *International Journal of Constitutional Law*, vol. 3, 2005, pp. 24-38. (com referência ao modo em que outras Cortes constitucionais têm progressivamente ampliado a esfera da própria competência, introduzindo, assim, hierarquias materiais em via interpretativa).

61 Cf. Corte Constitucional n.º. 1146/1988: *A Constituição italiana contém alguns princípios supremos que não podem ser subtraídos ou modificados em seu conteúdo essencial, nem mesmo pela lei de revisão constitucional ou por outra lei constitucional [...] Não se pode [...] negar que esta Corte seja competente para julgar sobre a conformidade das leis de revisão constitucional e das outras leis constitucionais, ainda que nos confrontos dos princípios supremos do ordenamento constitucional* (grifo do autor).

62 Cf. por exemplo A. Pagliaro, *Principi di diritto penale. Parte generale*, Milano, Giuffrè, 1993, p. 41, onde se afirma que uma eventual modificação do art. 1º do Código Penal requereria procedimento de revisão constitucional (enquanto expressão da constituição material já anteriormente à entrada em vigor da Constituição de 1948). A. Ruggeri, *Nuovi diritti Fondamentali e tecniche di positivizzazione*, in *Politica del diritto*, 1993, pp. 183-217, spec. §§5 e 6, para a tese que as leis que atuam direitos fundamentais reconhecidos pelo art. 2º da Constituição são subtraídos, seja por revisão constitucional, seja por declaratória de ilegitimidade constitucional.

63 Corte Constitucional n.º. 348/2007: *As normas necessárias ao tal escopo [isto é, a atuar a CEDU,] são de grau subordinado à Constituição, mas intermediárias entre essa e a lei ordinária [...] Na hipótese de uma norma interposta que resulta em contraste com uma norma constitucional, esta Corte tem o dever de declarar a inidoneidade da mesma a integrar o parâmetro, proporcionando, nos modos rituais, a sua expurgação do ordenamento jurídico italiano.*

instituiu uma hierarquia material (funcional a uma eventual declaração de anulação do ato inferior) que integra também um novo nível da hierarquia das fontes.

Em todos esses casos, o intérprete normalmente procede considerando, antes de tudo, a existência de uma hierarquia *axiológica* entre normas que à primeira vista parecem equiparadas do ponto de vista de hierarquia material. Em segundo lugar, o intérprete considera que é irracional, incongruente, ou contrário a qualquer princípio jurídico relevante (ao “espírito” do ordenamento, etc.), cogitar que a norma axiologicamente superior não seja revestida de qualquer forma de garantia institucional⁶⁴. Em terceiro lugar, o intérprete elabora qualquer tipo de garantia institucional (não expressamente prevista pelo direito positivo) funcional a assegurar, pela norma considerada axiologicamente superior, uma maior “resistência” à modificação, à revogação, à derrogação em relação ao que ocorre com a outra norma e tal norma (materialmente) igualmente ordenadas. O intérprete introduz assim uma hierarquia material; nesse sentido, por exemplo, sustenta-se que os princípios constitucionais supremos são subtraídos do procedimento de revisão constitucional e, para algumas normas de lei consideradas axiologicamente superiores, exclui-se a possibilidade de revogação por via ordinária.

3.2.3 Retirada do valor normativo de um texto jurídico

Uma disposição (fonte) pode ser formalmente válida, mas não ser considerada idônea, por parte dos intérpretes e dos órgãos de aplicação a exprimir normas. Trata-se, em outras palavras, de “disposições sem normas”⁶⁵.

Isso pode acontecer, por exemplo, porque devido ao modo em que é formulado o texto normativo, o intérprete não consegue identificar algum conteúdo prescritivo (alguma norma) no texto em razão de excessiva obscuridade da formulação⁶⁶, ou

64 Cf. Corte Constitucional nº. 1146/1988: *Se assim não fosse, do resto [id est, se a Corte não fosse competente para julgar sobre a conformidade das leis de revisão constitucional e das outras leis constitucionais ainda nos confrontos dos princípios supremos do ordenamento constitucional], se chegaria ao absurdo de considerar o sistema de garantias jurisdicionais da Constituição como defeituoso ou não efetivo em relação às suas normas de mais elevado valor.* Uma afirmação de análogo teor é de acordo também com a já citada sentença da Corte Suprema USA no caso *Marbury v. Madison*.

65 R. Guastini, *Dalle fonti alle norme*, Giappichelli, Torino, 1992, p. 25 ss.; *Id.*, *Le fonti del diritto*, cit., p. 39.

66 Veja-se, por exemplo, Corte Constitucional nº. 185/1992, que anulou uma disposição legislativa contendo erros materiais grosseiros em sua formulação que a tornaram ininteligível: *o erro material de redação do texto legislativo [...] constitui para o cidadão uma vera e própria armadilha, levemente idônea a impedir-lhe a compreensão do preceito penal, ou, ao menos, a induzi-lo a erro. O mesmo erro, além disso, introduz na formulação literal da disposição um elemento certo, ainda que involuntariamente, de irracionalidade e de contraditoriedade em relação ao contexto normativo em que a disposição é inserida e como tal determina que uma violação daquele cânone de coerência das normas que é expressão do princípio da igualdade de acordo com o art. 3 da Constituição. É, portanto, controlado por parte desta Corte o vício consistente no erro material de redação legislativa, que afeta o texto da disposição, prejudicando, na medida e nos modos que se recorre ao caso em exame, o reconhecimento e a inteligibilidade do preceito penal com essa disposição.*

porque o conteúdo da formulação normativa não é idôneo a ser qualificado como uma norma, nem mesmo indiretamente, isto é, nem mesmo como um “fragmento” de outras normas. Desse modo, aquela que aparentemente apresenta-se como uma fonte resulta, então, após a atividade interpretativa, privada de eficácia normativa.

Outros exemplos.

O art. 1º da Lei de Introdução ao Direito Italiano é uma disposição (uma fonte) formalmente válida que não é (mais) de fato utilizada pelos intérpretes como documento normativo propriamente vinculante. O elenco das fontes do direito nela contidas, de fato, é considerado amplamente superado, quanto menos pelo advento da constituição rígida e pelo ingresso do direito comunitário no ordenamento nacional⁶⁷.

Por vezes, afirma-se que os preâmbulos, as intitulações, as definições e as rubricas das leis não têm alguma eficácia vinculante⁶⁸. Em tempos menos recentes, sustentou-se que seriam privadas de valor jurídico as disposições que contenham critérios com os quais se possa interpretar outras disposições (normas sobre interpretação como aquelas contidas na Lei de Introdução ao Direito Italiano)⁶⁹.

Por vezes, usa-se a distinção, originária da *common law*, mas recorrente também no contexto da *civil law*, entre a parte da sentença que contém a *ratio decidendi* (e que, portanto, exprime normas vinculantes, ou, de qualquer modo, juridicamente relevantes) e os *obiter dicta* (que são, ao invés, meras divagações do conteúdo da sentença, de todo irrelevantes)⁷⁰.

Por vezes, considera-se que certas partes de um documento normativo exprimam apenas “programas” de natureza cultural ou política, mas completamente irrelevantes juridicamente. Uma posição similar foi adotada, por exemplo, pela Corte Constitucional a propósito de certas declarações “de princípio” contidas em estatutos regionais. Segundo a Corte Constitucional nº. 378/2004, de fato, a tais disposições ‘ainda se materialmente inseridas em um ato-fonte, não pode ser reconhecida qualquer eficácia jurídica, colocando-se elas, precipuamente, sobre o plano dos convencimentos expressos das diversas sensibilidades políticas presentes na comunidade regional’; tais enunciações de ‘caráter não prescritivo e não vinculante [...] explicam uma função, por

67 Veja-se, por exemplo, A. Celotto, *Le sentenze della Corte costituzionale sono fonti del diritto?*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2003, 1, p. 27, que define *risível* o rol das fontes indicado pelo art. 1º da Lei de Introdução ao Direito Italiano.

68 Sobre esse ponto cf. em geral G. Tarello, *L’interpretazione della legge*, cit., pp. 103-105. Em particular sobre o valor jurídico das definições legislativas cf. A. Belvedere, *Il problema delle definizioni nel codice civile*, Milano, Giuffrè, 1977; G. Tarello, *L’interpretazione della legge*, cit., cap. IV.

69 No mérito, G. Tarello, *L’interpretazione della legge*, cit., pp. 299 ss.

70 Para uma introdução a essa temática, P. Chiassoni, *La giurisprudenza civile. Metodi d’interpretazione e tecniche argomentative*, Giuffrè, Milano, 1999, spec. pp. 147-151, 210-220 e in genere cap. III; Id., *Il precedente giudiziale: ter esercizi di disincanto*, in *Analisi e diritto*, 2004, pp. 75-101; F. Schauer, *Thinking Like a Lawyer*, cit., pp. 54-57.

assim dizer, de natureza cultural ou ainda política, *mas certamente não-normativa*’ (grifo do autor)⁷¹.

Além disso, isso é exatamente o que acontece, por exemplo, utilizando a distinção existente, em sede interpretativa, entre normas obrigatórias, que prescrevem condutas, e normas pragmáticas: as primeiras seriam verdadeiras e próprias normas jurídicas, imediatamente aplicáveis em juízo; as segundas são mais similares a recomendações, a programas, não são suscetíveis de aplicação judicial na falta de uma apropriada *interpositio legislatoris* e representam um guia para o futuro legislador. Como é notado, essa distinção foi elaborada e utilizada pela jurisprudência italiana no dia seguinte a entrada em vigor da Constituição de 1948, com o efeito de neutralizar o alcance inovativo dos princípios constitucionais em comparação com a legislação pré-vigente. Qualificadas como programáticas, a maior parte das normas constitucionais (em particular aquelas relativas aos princípios fundamentais), deduzia-se a impossibilidade de sua utilização judicial⁷². Tal distinção é, aliás ainda utilizada, com as normas constitucionais, por exemplo, quando se nega que a violação de um princípio constitucional, em razão de sua natureza somente programática, possa integrar o requisito da “violação de lei”, mencionado por algumas normas penais⁷³.

Finalmente, um último exemplo de retirada, em sede interpretativa, do valor prescritivo de um texto normativo (formalmente válido) provém das relações entre direito comunitário e direito interno à luz da jurisprudência constitucional italiana. Após ter explorado várias soluções alternativas a Corte Constitucional estabeleceu que, em caso de contradição entre direito interno e normativa comunitária diretamente aplicáveis (regulamentos, diretivas *self-executing*, sentenças interpretativas da Corte de Justiça), o juiz ordinário deverá aplicar a normativa comunitária, e “não aplicar” o direito interno⁷⁴.

71 No mérito, cf. A. Anzon, *L’inefficiacia giuridica di norme “programmatiche”*, in *Costituzionalismo.it*, 2/2004; S. Bartole, *Norme programmatiche e Statuti regional*, in *Le Refioni*, 1/2005.

72 Ver, por exemplo, Corte de Cassação SS.UU. pen., 7 febbraio 1948, in *Foro italiano*, 1948, II, c. 57; cf. também G. Azzariti, *La nuova Costituzione e le leggi anterior*, in *Il Foro italiano*, 1948, IV, c. 81; A Corte Constitucional, desde a sua primeira sentença (n.º 1/1956) precisou que a distinção entre normas obrigatórias e normas programáticas, enquanto descritivamente plausível, *não é decidida nos juízos de legitimidade constitucional, podendo a ilegitimidade constitucional de uma lei derivar, em determinados casos, ainda de sua não compatibilidade com normas que se dizem programáticas* – excluiu, em outras palavras, que daquela distinção se devesse inferir uma hierarquia axiológica entre tipos de normas constitucionais (cf. A. Angiolini, *Costituente e costituito nell’Italia repubblicana*, Padova, Cedam, 1995, pp. 191-194; V. Zagrebelsky, *La magistratura ordinaria dalla Costituzione ad oggi*, in *Storia d’Italia 30. Legge, diritto e giustizia*, Torino, Einaudi, 1998, t. 2, pp. 713-790, spec. p. 723 ss.).

73 Veja-se o quadro jurisprudencial resumido A. Tesauro, *I rapporti tra art. 323 c.p. e 97 Cost. tra disposizioni programmatiche e norme precettive*, in *Il Foro italiano*, 2003, II, cc. 483-494.

74 A solução atual é cristalizada na decisão da Corte Constitucional n.º 170/1984 (inspirada pelo critério da distinção de “competência” entre ordenamento interno e ordenamento comunitário); a mesma solução foi aplicada também na decisão da Corte de Justiça da União Europeia na decisão n.º 113/1985. Anteriormente, a Corte havia, em sentido diverso, definido a questão em termos de critério cronológico na decisão n.º 14/1964, e, em seguida, em termos de critério hierárquico (com possibilidade de declaração de inconstitucionalidade do direito interno contrastante com o direito comunitário) na decisão n.º 232/1975.

Em casos similares, isso que ocorre pode ser também descrito como uma interpretação revogante, realizada pelos juristas, que tem efeito de considerar de fato inexistente uma disposição (uma fonte) que, não obstante, em hipótese, pode ser válida em sentido formal⁷⁵.

3.2.4 Sobreposição de uma hierarquia axiológica a uma hierarquia material em sentido contrário

Pode ocorrer que o intérprete se encontre diante de uma hierarquia material entre duas normas N¹ e N², tal que N¹ seja sobre-ordenada em sentido material à N², e, todavia, considere que N² seja sobre-ordenada em sentido axiológico à N¹. Em outras palavras, pode ocorrer que o intérprete sobreponha, a uma hierarquia material entre duas normas, uma hierarquia axiológica de sentido diverso entre a mesma norma. A norma N¹, *subordinada* em sentido material à norma N², resultará, assim, sobre-ordenada em sentido axiológico à norma N². A consequência de uma operação desse tipo, sobre o plano aplicativo, é que, enquanto à luz da hierarquia material, eventual contradição entre N¹ e N² resolver-se-ia declarando a invalidade de N², fazendo prevalecer a hierarquia axiológica, a mesma contradição resolver-se-á pela não-aplicação de N¹.

Alguns exemplos de hierarquia axiológica desse tipo.

A interpretação das disposições constitucionais à luz da terminologia empregada pela lei ordinária, pelos conceitos e pelas categorias dogmáticas relativas às matérias disciplinadas pela lei, ou a individuação dos limites de um direito constitucional extraído da disciplina legislativa daquele direito⁷⁶. Assim o art. 25 da Constituição italiana, que enuncia a reserva de lei em matéria penal, vem interpretado à luz do art. 1 do Código Penal italiano, que formula o princípio de determinação das leis penais, de modo que o princípio de determinação do delito, previsto pelo código penal, é considerado como um princípio constitucional⁷⁷.

75 Cf. G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, cit., p. 305, a interpretação que revoga *equivale à decisão de não fazer uso dos enunciados legislativos em questão*. Cf. também P. Chiassoni, *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, il Mulino, Bologna, 2007, pp. 135-136; Bin, *A discrezione del giudice*, cit.

76 Cf., por exemplo, Corte Constitucional nº. 9/1956, com referência à disciplina legislativa da liberdade de associação; e, recentemente, nº. 138/2010, com referência ao problema de admissibilidade do matrimônio homossexual no ordenamento constitucional italiano (em particular, a determinação do conceito constitucional relevante de “família” foi conduzida sobre a base da disciplina do código civil). Ver ulteriores exemplos em R. Bin, *Gli effetti del diritto dell'Unione nell'ordinamento italiano e il principio di entropia*, cit., pp. 380-381.

77 Para essa linha de argumentação, A. Pagliaro, *Principi di diritto penale. Parte generale*, cit., pp. 40-41. Ulteriores exemplos de interpretação da constituição à luz da lei em R. Bin, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza*, Milano, Giuffrè, 1992, pp. 18-28. Essa metodologia é criticada por G. Zagrebelsky, *La legge e la sua giustizia*, il Mulino, Bologna, 2008, p. 265 (*se a lei pudesse dar a si mesma uma definição da noção constitucional de tais conceitos, se determinaria uma inversão ou, melhor, uma invasão de campo entre as duas fontes e a lei apropriada pela Constituição*).

A interpretação da Constituição utiliza os critérios estabelecidos pelo art. 12 da Lei de Introdução ao Direito Italiano para interpretação da lei em geral⁷⁸.

O balanceamento entre princípios constitucionais e princípios não-constitucionais se conclui com êxito favorável a estes últimos⁷⁹.

Nestes casos, portanto, uma hierarquia axiológica vem sobreposta pelos intérpretes a uma hierarquia material de sentido diverso, na qual, esta última, vem assim contornada e, em definitivo, esvaziada de conteúdo. Note-se, além disso, que uma hierarquia material pode ser contornada em via argumentativa também *equiparando*, sobre o plano axiológico, normas entre as quais intercorreria uma hierarquia material. Isso é demonstrado, por exemplo, pela proposta de resolver as antinomias entre lei e constituição de acordo com o critério cronológico. Notoriamente, trata-se de modo em que, na Itália, a magistratura ordinária, antes da entrada em função da Corte Constitucional, configurou a relação entre a Constituição republicana e legislação pré-vigente⁸⁰.

3.2.5 Utilização das fontes externas ao ordenamento

Por vezes, os intérpretes utilizam como fontes (permissivas) do direito documentos normativos que não podem ser considerados em nenhum sentido plausível como pertencentes ao ordenamento jurídico. Esta praxe é considerada como um elemento do sempre maior pluralismo das fontes do direito e da desagregação do paradigma das fontes da modernidade, orientada pelos critérios da ordenação vertical, da tipicidade, e da função de fechamento das fontes em si mesmas (a ideia que uma função das fontes consiste em delimitar o perímetro de um ordenamento jurídico).

Exemplo desta praxe são o recurso aos órgãos de aplicação (na Itália e em outro lugar) do direito estrangeiro (e em particular das decisões jurisdicionais estrangeiras)⁸¹ e os documentos como códigos deontológicos, boas práticas, praxes comerciais internacionais, etc. (o, assim chamado, *soft law*⁸²), a fim de obter deles normas e critérios interpretativos. (Nota-se, além disso, que, adotando uma perspectiva "dualística", a Corte Constitucional sempre considerou que as normas comunitárias fossem fontes externas ao ordenamento, conforme, por exemplo, Corte Constitucional n.ºs. 170/1984, 389/1989).

78 G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, pp. 309-311, considera essa metodologia como uma modalidade de esvaziamento da rigidez constitucional.

79 Essa possibilidade é acertada sobre o plano descritivo, e valorada positivamente, por R. Bin, *Diritti e argomenti*, cit., spec. pp. 72-81, 93.

80 Cf. a propósito V. Zagrebelsky, *La magistratura ordinaria dalla Costituzione ad oggi*, cit., spec. pp. 723 ss.

81 P.G. Monateri, A. Somma, *Alien in Rome. L'uso del diritto comparato come interpretazione analogica ex art. 12 preleggi*, in *Foro italiano*, 1999, V, c. 47 ss.

82 Cf. a propósito B. Pastore, *Il soft law nella teoria delle fonti*, in A. Somma (a cura di), *Soft Law e hard law nelle società postmoderne*, Giappichelli, Torino, 2010, pp. 117-131.

Tal praxe é motivada em modos diversos: o uso do direito estrangeiro, de fato, verifica-se, especialmente, em matéria de direitos humanos⁸³, e parece ser motivado por uma perspectiva, destacadamente, substancialista, segundo a qual as cortes se auto-representam como participantes de um diálogo transversal a vários ordenamentos conduzidos sobre o modelo de um novo *ius commune* dos direitos humanos – nessa perspectiva vem legitimado também o uso dos documentos privados de qualquer valor jurídico formal, como ocorreu com a Carta de Nice, antes mesmo que o Tratado de Lisboa lhe atribuísse o mesmo valor jurídico dos tratados⁸⁴. O recurso ao *soft law* vem, ao invés, motivado sobre a base de argumentos de eficiência, ou de subsidiariedade (procurar a regulamentação mais próxima no âmbito de regular).

Em ambos os casos, a decisão do órgão de aplicação resulta baseada, ao menos em parte, sobre fontes as quais juridicidade ou relevância jurídica são totalmente remetidas a uma decisão do próprio intérprete.

4. EM CONCLUSÃO

Do quadro apresentado, parece delinear-se uma conclusão desconcertante: as fontes do direito não são, para o intérprete, um dado pronto. Ao contrário, os intérpretes têm à disposição numerosos instrumentos com os quais, não só selecionam as fontes relevantes em relação ao tipo de caso a ser decidido, mas também verificam a validade e a aplicabilidade de uma fonte, e, em definitivo, decidem sobre seu caráter normativo (decidem *se* um documento jurídico possui valor prescritivo, e *quanto* valor possui). Curiosamente, um amante do ceticismo interpretativo e da caça da ideologia como Giovanni Tarello afirmava, claramente, com todas as letras, que a hierarquia das fontes do direito é subtraída da disponibilidade do intérprete⁸⁵. Creio que Tarello tivesse em mente, aqui, “fonte do direito”, entendida como tipo abstrato (cf. supra, § 1) e, nesse sentido, pretendia sustentar que a hierarquia entre tipos abstratos de fontes (a relação hierárquica entre constituição e lei, por exemplo) é, para o intérprete, um dado de fato. Como procurei demonstrar no texto, entendo ao contrário - que também essa hierarquia seja, em definitivo, sujeitada à variabilidade interpretativa. As vicissitudes da constitucionalização do ordenamento italiano e da penetração do direito comunitário no direito interno, ambas conduzidas quase que exclusivamente pelos intérpretes e pelos órgãos de aplicação, demonstram isso.

83 Cassazione sez. I civ., 16 ottobre 2007, nº. 21748. Cf. a propósito S. Bartole, *Il ricorso al diritto comparato in tema di diritti umani, fra vincoli giuridici e mediazioni culturali*, in *Diritti umani e diritto Internazionale*, 2007, 2; M. Rosenfeld, *Principle or Ideology? A Comparatist Perspective on the U.S. Controversy over the Supreme Court Citations to Foreign Authorities*, in *Analisi e diritto*, 2009.

84 A. Celotto, *Giudici nazionali e Carta di Nizza: disapplicazione o interpretazione conforme?*, in *Questione giustizia*, 2006, 3, pp. 503-517.

85 Cf. G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, cit., pp. 318, 322.

Em linhas gerais, os intérpretes parecem, portanto, ter boa margem de manobra (mais extensas em alguns casos e para alguns tipos de intérpretes, menos extensas em outros casos e para outros tipos de intérpretes) na determinação do valor prescrito dos textos normativos; em outras palavras, na atribuição, em si, da qualificação de fonte do direito a um determinado documento.

A conclusão desse discurso leva, portanto, a uma direção diametralmente oposta em relação àquela a qual o nosso discurso sobre fontes iniciara. Tínhamos, de início, notado que a teoria das fontes e a sua ordenação hierárquica são fatores essenciais para guiar o processo de aplicação do direito (cf. *supra*, § 1.1, especificamente texto correspondente à nota de n.º 15), agora, ao invés, devemos concluir que, não somente o conteúdo das fontes depende da interpretação, mas também a sua ordenação hierárquica e a qualificação em si da fonte do direito dependem dos intérpretes.

Existe um caminho para sair desse paradoxo, desse círculo vicioso? Uma primeira conclusão possível, mas desconcertante, poderia ser que, quando os intérpretes falam de fontes do direito (de sua hierarquia, do seu papel de limite às atividades aplicativas, etc.), sejam vítimas de um erro coletivo, ou mesmo, estejam cobrindo com uma ação puramente retórica a sua desenfreada discricionariedade. Entendo, no entanto, esta conclusão totalmente insatisfatória e inidônea para compreender, de maneira adequada, os processos de interpretação e aplicação do direito como apresentam-se nos ordenamentos atuais. Obviamente não é impossível, conceitualmente e empiricamente, que milhares de operadores jurídicos e estudiosos do direito sejam vítimas de um autoengano coletivo, quando falam de fontes do direito. Todavia, o princípio da caridade interpretativa requer explorar também outra possibilidade e, em particular, a possibilidade que o uso das fontes do direito tenha para os intérpretes alguma forma de “objetividade” (não obstante tais fontes e a sua hierarquia sejam, em última análise, determinadas pelos próprios intérpretes). É, aliás, na argumentação jurídica e na prática jurídica em geral que existe espaço certamente para os comportamentos estratégicos e não-sinceros; mas, todavia, são exatamente estes comportamentos que testemunham a existência de uma estrutura, de alguma forma, “objetiva”⁸⁶.

Uma segunda possível conclusão, portanto, que aqui me limito a indicar é, ao contrário, a seguinte: os intérpretes e, em primeiro lugar os órgãos de aplicação, são efetivamente aqueles que controlam, em última análise, a identificação das fontes e a sua ordenação hierárquica. Todavia, eles podem fazer isto somente levando em consideração vários vínculos (limites), alguns dos quais podem mesmo ser muito rigorosos.

Um primeiro vínculo é a ideologia *pessoal* das fontes do direito do singular intérprete: possuindo uma certa ideologia das fontes, ainda que inconscientemente, o jurista será levado a “ver” as fontes e a sua ordenação em certo modo, será guiado, também inconscientemente, a certas direções, em vez de outras.

86 Cf. N. MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Clarendon, Oxford, 1994, pp. 14-15, 17 (nesses casos *insincerity is even more revealing than sincerity*).

Um segundo vínculo é a ideologia das fontes do direito *dominante* em certo contexto jus-político: cada jurista e, sobretudo, cada órgão de aplicação, está inserido em uma mais ampla “comunidade”, utilizando esse termo em sentido totalmente avalorativo, de operadores jurídicos, comunidade que é, aliás, estruturada de maneira hierárquica, cortes superiores que podem anular as decisões de cortes inferiores, órgãos de mera execução, etc.; e ainda, no final das contas, *ao menos parte das razões* pelas quais um jurista adota uma ideologia das fontes do direito será representada pela circunstância que também outros juristas compartilham dessa mesma ideologia e que, portanto, o jurista prefere, em última análise, jogar o mesmo jogo dos outros juristas⁸⁷. Mais precisamente, é provável que cada jurista negociará uma espécie de “*overlapping consensus*” entre a própria ideologia das fontes e aquela dominante – e, muitas vezes, essa convergência “mantém-se”, em razão (e porque) não é discutida⁸⁸. O jurista preferirá que as suas decisões e suas argumentações resultem convincentes, compartilháveis, com seu auditório, as partes de um processo, os juízes dos graus sucessivos, a comunidade dos juristas acadêmicos, etc., e por isso deverá compartilhar com eles um léxico de base: a possibilidade do desacordo pressupõe necessariamente um fundo compartilhado. Provavelmente, um acordo de máxima entre os juristas sobre individualização das fontes aplicáveis, pelo menos *prima facie*, é uma condição imprescindível, necessária e mínima para a própria sobrevivência e continuidade de um sistema jurídico⁸⁹.

Um terceiro vínculo, finalmente, deriva das relações de força intercorrentes, em determinado ordenamento, entre órgãos de aplicação e órgãos de produção jurídica, distinção que, de qualquer modo, é relativa e gradual, porque cada órgão de produção é também de aplicação, e vice-versa. É possível que uma praxe existente de subversão, por parte dos órgãos de aplicação, do ordenamento das fontes projetado pelos órgãos de produção termine por determinar uma reação por parte destes últimos, que, ao menos, pode consistir em um elenco mais taxativo e rigoroso, mais difícil de evadir, em um regime de legalidade, da ordem das fontes, ou mesmo, resultar em formas de responsabilidade para o órgão de aplicação “recalcitrante”, etc.

Vínculos desse tipo asseguram um certo grau, seja de continuidade, seja de mudança na organização jurídica, equilibrando a liberdade que, em abstrato, possui o intérprete de individualizar as fontes do direito.

87 Um argumento desse tipo é exposto em H. L. A. Hart, *Postscript*, in Id., *The Concept of Law*, cit., pp. 255, 266-267; ver, também, J. Waldron, *Law*, in F. Jackson, M. Smith (eds.), *The Oxford Handbook of Contemporary Philosophy*, Oxford U.P., Oxford, 2005, pp. 181-207 (spec. pp. 185-186); G. Pino, *Farewell to the Rule of Recognition?*, in *Problema. Anuario di Filosofia y Teoría del Derecho*, 5, 2011.

88 Cf. R. Bin, *Gli effetti del diritto dell'Unione nell'ordinamento italiano e il principio di entropia*, cit., p. 371; considero que essa seja uma situação atribuível à categoria dos “incompletely theorized agreements”, de que se fala C. Sunstein, *Legal Reasoning and Political Conflict*, Oxford University Press, Oxford, 1996.

89 Pontos análogos podem ser observados em U. Scarpelli, *Cos'è il positivismo giuridico*, edizioni di Comunità, Milano, 1965, pp. 109 ss.; M. Jori, *Uberto Scarpelli e il giuspositivismo*, in U. Scarpelli, *Cos'è il positivismo giuridico*, II edizione, ESI, Napoli, 1997, pp. 23-43 (spec. pp. 25-26).