

# BREVE TRAJETÓRIA DAS FONTES DE DIREITO NO BRASIL E A QUESTÃO DO PLURALISMO JURÍDICO\*

## A BRIEF PATH OF SOURCES OF LAW IN BRAZIL AND THE ISSUE OF LEGAL PLURALISM

André Peixoto de Souza 1

Tatiana Wagner Lauand de Paula Sirena 2

Tiago Gagliano Pinto Alberto 3

**Resumo:** O presente artigo tem como objetivo traçar uma breve trajetória da cultura jurídica no Brasil no âmbito da teoria das fontes de direito. Tal tarefa visa a, essencialmente, situar o pluralismo jurídico nesse contexto nacional. Durante a colonização do Brasil, não existia um sistema político-jurídico uniforme e condensado, tampouco coincidência entre ordenamento estatal e ordenamento jurídico. O Estado Brasileiro independente procurou ordenar as próprias instituições políticas e jurídicas, tentando desvincular-se de Portugal. Houve uma progressiva – embora lenta – produção legislativa, passando pela criação de Faculdades de Direito e pelo surgimento de órgãos estatais adequados ao padrão de separação dos poderes vigente na Constituição de 1824. O constitucionalismo foi um progresso e um avanço do Estado Liberal Moderno, que chegou ao século XIX com o propósito de reforçar a noção de uma Constituição escrita, formal e protetora de direitos básicos. A consolidação do Estado Constitucional derrubou a ideia de legalidade como fundamento estanque, automático e completo e definiu princípios constitucionais materiais de justiça e de direitos fundamentais, os quais passaram a atuar enquanto guias de toda a compreensão do ordenamento jurídico. É justamente essa noção de incapacidade do monismo jurídico estatal para solucionar os problemas coletivos de dimensão social uma das causas da ordem jurídica plural.

**Palavras-chave:** Fontes de Direito. Trajetória Histórica. Pluralismo Jurídico.

**Abstract:** This article aims to outline a brief trajectory of legal culture in Brazil within the scope of the theory of sources of law. This task essentially aims to situate legal pluralism in this national context. During the colonization of Brazil, there was neither uniform and condensed political-legal system nor a correspondence between state and legal order. The independent Brazilian State sought to order its own political and legal institutions, trying to detach itself from Portugal. There was a progressive – albeit slow – legislative production, including the creation of Law Schools and the emergence of state bodies suited to the standard of separation of the powers in force in the 1824 Constitution. Constitutionalism was a progress and advance of the Modern Liberal State, which arrived in the 19th century to reinforce the notion of a written, formal Constitution that protected basic rights. The consolidation of the Constitutional State defeated the idea of legality as a watertight, automatic, and complete foundation and defined material constitutional principles of justice and fundamental rights, which began to guide all the understanding of the legal system. It is precisely this notion of the inability of the state legal monism to solve collective problems of a social dimension, one of the causes of the plural legal order.

**Keywords:** Sources of Law. Historical Trajectory. Legal Pluralism.

---

\* O presente artigo tem como base a adaptação de excerto da dissertação de Tatiana Wagner Lauand de Paula, intitulada “PLURALISMO JURÍDICO E LEGITIMAÇÃO DEMOCRÁTICA: o (ir)reconhecimento de fontes plurais nos casos de direito de família pelo Superior Tribunal de Justiça”, aprovada pelo Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, orientada pelo Prof. Dr. Sérgio Said Staut Jr e coorientada pelo Prof. Dr. André Peixoto de Souza.

1 Doutor e Mestre em Direito do Estado pela UFPR. Doutor em Filosofia, História e Educação pela UNICAMP. Professor pesquisador do PPGD-UNINTER. Professor de Direito na UFPR, UNINTER, UTP e EMAP. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6730905740474677>. ORCID: <http://orcid.org/0000-0003-2256-6833>. E-mail: [andrepeixotodesouza@gmail.com](mailto:andrepeixotodesouza@gmail.com)

2 Doutoranda e Mestre em Direito pela UFPR. Graduada em Direito pela Faculdade de Direito de Curitiba. Professora de graduação e pós-graduação. Advogada. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0466838672122568>. ORCID: <http://orcid.org/0000-0001-5693-9189>. E-mail: [tatianalauand@gmail.com](mailto:tatianalauand@gmail.com)

3 Doutor em Direito pela UFPR. Estágios pós-doutorais na PUC-PR, PUC-RS e Universidade de León. Professor de Direito na PUC-PR, EMAP, ESMAFE, ESMAT, ESMEC e ENFAM. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6162329963599583>. ORCID: <http://orcid.org/0000-0003-1551-3733>. E-mail: [tiagogagliano@hotmail.com](mailto:tiagogagliano@hotmail.com)

## Introdução

A análise do curso da cultura jurídica no Brasil no contexto da teoria das fontes de direito permite situar o pluralismo jurídico atual. Conquanto durante a colonização do Brasil não existia um sistema político-jurídico uniforme e condensado, tampouco coincidência entre ordenamento estatal e ordenamento jurídico, havia autonomia dos corpos para dizer o direito sem hierarquia de fontes.

Após a Independência, o Estado brasileiro procurou ordenar as próprias instituições políticas e jurídicas, tentando desvincular-se de Portugal. Houve então uma progressiva – embora lenta – produção legislativa, passando pela criação de Faculdades de Direito e pelo surgimento de órgãos estatais adequados ao padrão de separação dos poderes vigente na Constituição de 1824. As evidências doutrinárias sobre esse esforço do Brasil de identificar a lei formal como expressão soberana da razão e a ciência do Direito como domínio da segurança e da justiça, seguindo a lógica moderna europeia, durante o século XIX, sobretudo a partir da sua segunda metade, serão compiladas e contempladas.

Na sequência, o constitucionalismo representou um progresso e um avanço do Estado Liberal Moderno, que chegou ao século XIX com o propósito de reforçar a noção de uma Constituição escrita, formal e protetora de direitos básicos. A Constituição expressava conquistas históricas e, especialmente, os direitos e as liberdades individuais, alcançados ao longo de muitos anos pelos regimes liberais pós-revolucionários, em oposição aos poderes ilimitados de qualquer natureza. A consolidação do Estado Constitucional, por isso, derrubou a ideia de legalidade como fundamento estanque, automático e completo, porquanto submeteu a lei às normas constitucionais, inclusive quando de sua interpretação. E, mais ainda, definiu princípios constitucionais materiais de justiça e de direitos fundamentais, os quais passaram a atuar enquanto guias de toda a compreensão do ordenamento jurídico.

## Pluralismo de fontes de direito durante a colonização até o século XIX

A trajetória das fontes de direito no Brasil parte, durante o período de colonização, de uma regulamentação oficial vinda de Portugal e, ao mesmo tempo, dos usos locais, dos costumes e das decisões judiciais. A ordem jurídica não era formal e sistemática, mas sim submetida ao arbítrio do juiz, o qual na apreciação dos casos concretos optava pelas várias normas disponíveis. Nesse contexto, não havia, nas palavras de Ricardo Marcelo Fonseca, uma *“ideia de uma fonte legal exclusiva e excludente de outras formas de juridicidade”*<sup>1</sup>.

Eram as decisões judiciais, aliás, que orientavam a prática do governo local do Brasil colônia: além da jurisdição com conteúdo que se entende atualmente, os magistrados (ouvidores e juizes de fora) exerciam diversas outras funções administrativas. Os juizes de fora também presidiam as câmaras municipais e geriam os bens de órfãos e ausentes. Os ouvidores das comarcas deviam buscar origens de recursos para a exploração econômica de particulares e aumento da arrecadação estatal.<sup>2</sup> É que, como ensina Ricardo Marcelo Fonseca, governar na época colonial é essencialmente julgar, *“numa arquitetura jurídico-política em que a ideia divisão dos poderes deve ser bem afastada”*<sup>3</sup>.

Ainda que os estabelecimentos coloniais estivessem de alguma forma ligados à metrópole, não existia um estatuto colonial unificado. Faltava um regulamento uno da população colonial. O único dever dos não-portugueses era o de aceitar a pregação e o comércio (pelas normas do direito

1 FONSECA, Ricardo Marcelo. Estados, Poderes e Jurisdições: modelos de análise e a experiência brasileira. In: SOUZA, André Peixoto de (coord.). Estado, Poder e Jurisdição. Rio de Janeiro: GZ, 2015, p. 24.

2 WEHLING, Maria José. A questão do direito no Brasil Colonial: a dinâmica do direito colonial e o exercício das funções judiciais. In: NEDER, Gizlene (org.). História & Direito: jogos de encontros e transdisciplinaridade. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 84.

3 FONSECA, op. Cit., Estados, Poderes e Jurisdições, p. 22.

das gentes).<sup>4</sup>

O rei celebrava diferentes estatutos com seus povos, os quais continham alternâncias e especificações locais.<sup>5</sup> A diversidade desses arranjos criou uma pluralidade de modos de relações políticas e limitou à Coroa e seus delegados, que não podiam estabelecer normas constantes e regulares, tampouco rejeitar as autoridades nativas reconhecidas por tratado: *“ou seja, a heterogeneidade de laços políticos impedia o estabelecimento de uma regra uniforme de governo, ao mesmo tempo que criava limites ao poder da Coroa ou dos seus delegados”*<sup>6</sup>.

De igual modo, não havia uma estrutura geral e uniforme de direito.<sup>7</sup> A uma, pela própria composição do direito comum europeu que atribuía prioridade às normas particulares (tais como os costumes pontuais, os padrões de decidir dos tribunais locais, os privilégios<sup>8</sup>: *iura propria*) diante das normas gerais (como a lei ou a doutrina jurídica geral: *ius commune*<sup>9</sup>): *“ainda que as normas particulares não pudessem valer contra o direito comum do reino enquanto manifestação de um poder político, podiam derroga-lo enquanto manifestação de um direito especial, válido no âmbito da jurisdição dos corpos de que provinham”*<sup>10</sup>.

Segundo, os direitos adquiridos no regime anterior podiam ser opostos ao novo (não vigorava o princípio de que a lei posterior revoga a anterior). E, mais ainda, era permitido, por meio de tratados ou decorrente da doutrina do direito comum, que o direito específico de cada colônia fosse mantido, ao passo que o direito português somente se destinava aos naturais (Ordenações Filipinas, II, 55)<sup>11</sup>:

Isto quer dizer que os juízes portugueses, ainda que tivessem jurisdição sobre os nativos, lhes deviam aplicar o seu próprio direito, exceto para os casos em que estivessem em causa valores supremos da ordem jurídica ou ética europeia, nomeadamente do foro religioso. Decerto, a subordinação dos juízes de primeira instância a tribunais de recurso, que seguiam o direito oficial e letrado, podia deformar essa regra, nos casos de recurso. Assim como a presença das jurisdições do colonizador, oferecia aos nativos a possibilidade de recorrer também a este direito contra as suas normas tradicionais,

4 HESPAÑA, António Manuel. A constituição do Império português. Revisão de alguns enviesamentos correntes. In: FRAGOSO, João; BICALHO, Maria Fernanda; GOUVÊA, Maria de Fátima (org.). O Antigo Regime nos trópicos: a dinâmica imperial portuguesa (séculos XVI – XVIII). Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001, p. 170.

5 Ibid., p. 169.

6 Ibid., p. 172.

7 HESPAÑA, António Manuel. Cultura Jurídica Européia: síntese de um milênio. Coimbra: Almedina, 2012, p. 158.

8 Ainda que discorde de Hespanha no tocante à capacidade da Coroa Portuguesa de uniformização da administração no ultramar, Maria de Fátima Gouvêa também identifica uma *“economia política de privilégios”* na trajetória de governo ultramarina portuguesa durante o império: *“dinamizava-se uma economia política de privilégios viabilizada pela concessão de mercês e privilégios dispensados tanto ao Brasil – enquanto área privilegiada no interior das hierarquias espaciais do conjunto imperial –, quanto aos homens inter-relacionados pelo conjunto de políticas então articuladas pela Coroa e seus vassallos”*. GOUVÊA, Maria de Fátima Silva. Poder Político e Administração na Formação do Complexo Atlântico Português (1645-1808). In: FRAGOSO, João; BICALHO, Maria Fernanda; GOUVÊA, Maria de Fátima (org.). O Antigo Regime nos trópicos: a dinâmica imperial portuguesa (séculos XVI – XVIII). Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001, p. 285.

9 *ius commune* significa um direito não ligado a um espaço territorial, nem a um corpo socialmente identificado e individualizado, mas um imenso direito erudito que, baseado em uma normatividade universal romana e, após, também canônica, era continuamente elaborada por uma comunidade científica de mestres, através de uma atividade de interpretação dos textos, para criar princípios e regras necessários à sociedade medieval. É o direito comum por mais de um título “porque vinha a fundir em si a dimensão romana e a canônica, por ser concretamente o direito realizador da unidade jurídica europeia”. In: GROSSI, Paolo. O direito entre poder e ordenamento. Tradução de Arno Dal Ri Júnior. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 36. Para mais sobre *ius commune*, STAUT JÚNIOR, Sérgio Said. Posse e Dimensão Jurídica no Brasil: recepção e reelaboração de um conceito a partir da segunda metade do século XIX ao Código de 1916. Curitiba: Juruá, 2015, p. 56.

10 HESPAÑA, António Manuel. Porque é que existe e em que é que consiste um direito colonial brasileiro. In: Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno, n. XXXV, 2006, p. 68. Disponível em <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5188085>

11 HESPAÑA, António Manuel. Antigo regime nos trópicos? Um debate sobre o modelo político do império colonial português. In: FRAGOSO, João; GOUVÊA, Maria de Fátima (org.). Na trama das redes: política e negócios no império português – séculos XVI a XVIII). Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010, p. 46.

o que constituía um importante fator de desarticulação da lógica política e jurídica autóctones (Subrahmanyam, 1997, pp. 34-35). Mais do que uma versão estrita do direito nativo, o que tenda então a vigorar na prática era uma espécie de “justiça crioula”. De qualquer jeito, criava-se uma ilha de direito autônomo e não oficial<sup>12</sup>.

António Manuel Hespanha explica que, na nação submetida, o vice-rei (governador-geral) e governadores da época tinham poder excepcional (*extraordinaria potestas*) assemelhado ao dos chefes militares de máximo escalão e, assim como o monarca, podiam ab-rogar o direito para alcançar o sucesso de uma missão: “*nos regimentos que lhes eram outorgados, estava sempre inserida a cláusula de que poderiam desobedecer às instruções régias aí dadas sempre que uma avaliação pontual do serviço real o justificasse*”<sup>13</sup>.

É preciso considerar, também, a enorme distância territorial entre essas autoridades e a Coroa. Por vezes, era necessário tomar decisões e resolver conflitos em momentos em que a urgência não permitia aguardar a resposta do centro do poder<sup>14</sup>.

Os dirigentes de níveis inferiores igualmente detinham autonomia em suas jurisdições (*jurisdictio*). A subordinação ao vice-rei alcançava somente temas correlatos à política geral e à defesa de todo o Estado do Brasil, permitindo aos governadores das capitanias que fossem independentes no tocante à gestão de suas províncias e territórios<sup>15</sup>.

Em se tratando de justiça, a administração “*quer pelos ouvidores quer pelas Relações*” se constituía em “*uma área bastante autônoma e auto-regulada, não apenas porque os governadores não podiam controlar o conteúdo das decisões judiciais, mas ainda porque seus poderes disciplinares sobre os juízes eram débeis e efêmeros*”<sup>16</sup>.

O exame de direito de família no período colonial, em específico, revela que “*tanto em suas fontes legislativas, como em sua prática judicial brasileira, este se caracterizou por fortes permanências e pequenas inovações*”<sup>17</sup>. Mesclavam-se normas da Igreja, notadamente do Concílio de Trento, instrumentalizadas para o caso brasileiro pelas Constituições Primeiras do Arcebispo da Bahia, as Ordenações Filipinas, a legislação extravagante, o *ius commune*, a doutrina e a jurisprudência<sup>18</sup>.

Como se vê, a regulamentação local, consuetudinária ou da prática dos tribunais preenchia os espaços deixados pelo direito comum clássico.<sup>19</sup> Havia, em suma, permissão para criar direito ou, senão tanto, para recusar o direito existente: “*Tratava-se, como se vê, de um mundo desigual, dividido em ordens ou corpos que tinham seu papel, sua função e sua iurisdictio, com seu papel natural fixado. Toda a administração deveria respeitar a iurisdictio de cada um dos corpos sociais e respeitar a articulação natural. Como se vê, impossível conceber nesse quadro um Estado centralizado e “absolutista”*”<sup>20</sup>.

Existia no período colonial, por esse raciocínio, autonomia dos corpos para dizer o direito, sem hierarquia de fontes<sup>21</sup>: “*a autonomia de um direito não decorria principalmente da existência de leis próprias, mas, muito mais, da capacidade local de preencher os espaços jurídicos de abertura ou indeterminação existentes na própria estrutura do direito comum.*”<sup>22</sup> Até porque o poder local não podia ser controlado e derogado pelo rei: “*a inconsistência do sistema político-jurídico decorre, afinal, da própria natureza da alta administração colonial, ainda claramente pluralista na sua*

12 HESPANHA, ob. cit., A constituição do Império português, p. 173.

13 Ibid., p. 175.

14 HESPANHA, ob. cit., Antigo regime nos trópicos?, p. 51.

15 Ibid., p. 46.

16 HESPANHA, ob. cit., A constituição do Império português, p. 180.

17 WEHLING, Arno. WEHLING, Maria José. Direito e Justiça no Brasil Colonial: o Tribunal da Relação do Rio de Janeiro (1751-1808). Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 499.

18 Ibid., p. 500.

19 HESPANHA, ob. cit., Porque é que existe e em que é que consiste um direito colonial brasileiro, p. 59.

20 FONSECA, ob. cit., Estados, Poderes e Jurisdições, p. 22.

21 As fontes de direito são as formas com as quais o direito concretamente se manifesta em uma determinada estrutura sociopolítica. Por atingirem profundamente a organização da sociedade, as fontes revelam escolhas fundamentais. In: GROSSI, ob. cit., O direito entre poder e ordenamento, p. 32.

22 HESPANHA, ob. cit., Porque é que existe e em que é que consiste um direito colonial brasileiro, p. 60.

base.”<sup>23</sup>

De acordo com Paolo Grossi, hierarquia de fontes de direito (sistema rígido de fontes, escalonado, dentro do qual as fontes inseridas nos campos inferiores devem obediência àquelas do topo) é uma criação totalmente moderna.<sup>24</sup> A intenção de controlar toda a dimensão jurídica pressupõe Estado, no sentido de entidade política-jurídica unitária. A hierarquização das formas de manifestação do direito equivale à identificação do direito ao titular da soberania política: *“hierarquia das fontes significa perfeita identidade entre ordem política e ordem jurídica, com um direito reduzido ao espelho do Estado”*<sup>25</sup>. Pressupõe, ainda, um único e autossuficiente ordenamento que se coloca absolutamente independente das outras extensões políticas e jurídicas existentes e, por isso, é capaz de fixar uma graduação nivelada válida em seu próprio interior.<sup>26</sup>

Assim, se durante a colonização do Brasil não existia um sistema político-jurídico uniforme e condensado e não havia coincidência entre ordenamento estatal e ordenamento jurídico, a noção de hierarquia de fontes de direito, nesse período, é anacrônica.

Havia, em contrapartida, relação dinâmica entre as diferentes fontes de direito (regulamentação oficial editada pelos portugueses, autonomia local para complementar as lacunas jurídicas existentes na estrutura do direito comum, usos locais e costumes particulares, noção de justiça e de equidade – conforme o caso concreto analisado – e as decisões judiciais<sup>27</sup>) em um mesmo território: pluralismo jurídico.

Após a Independência, o Estado brasileiro procurou ordenar as suas próprias instituições políticas e jurídicas, tentando, em essência, desvincular-se de Portugal:

o Brasil independente irá cada vez mais romper – mas sempre de um modo lento, gradual, mas insistente – com a velha legislação portuguesa representada sobretudo pelas ordenações, seja por meio da própria legislação brasileira, que ao longo de todo o império será promulgada, seja pelos caminhos que vão ser trilhados pela nascente cultura jurídica brasileira nesse mesmo período<sup>28</sup>.

Muitas tradições herdadas da antiga metrópole, como explica Sérgio Staut, já estavam incorporadas ao direito nacional: *“verificam-se, assim, inúmeras permanências de um direito comum (ius commune), próprio da Idade Média européia, como, por exemplo, a manutenção no Brasil mesmo após a Independência de toda a legislação portuguesa, especialmente as Ordenações Filipinas.”*<sup>29</sup> Mesmo após a independência, o Brasil conservou vigente todo o conjunto legislativo advindo da metrópole portuguesa, até que fossem finalmente redigidos novos códigos ou que as leis coloniais fossem expressamente modificadas<sup>30</sup>.

Segundo André Peixoto de Souza, o Brasil Império herdou de Portugal uma magistratura organizada, instituição melhor estruturada no estamento burocrático, com um quadro de profissionais bem distribuídos para a ocasião: *“os magistrados, produtores da jurisprudência possível em princípios de Império, acabavam servindo ao legislativo, à fábrica de regras, transformando-se nos primeiros agentes de articulação política para a consolidação do Estado-nação brasileiro”*<sup>31</sup>.

No desejo de romper com o passado jurídico imposto por Portugal e *“de ingressar, como Estado independente, na modernidade política e jurídica liberal”*<sup>32</sup>, houve progressiva – embora

23 HESPANHA, ob. cit., A constituição do Império português, p. 174.

24 GROSSI, ob. cit., O direito entre poder e ordenamento, p. 33.

25 Ibid., p. 33.

26 Ibid., p. 37.

27 FONSECA, ob. cit., Estados, Poderes e Jurisdições, p. 22.

28 FONSECA, Ricardo Marcelo. A cultura jurídica brasileira e a questão da codificação civil no século XIX. Revista da Faculdade de Direito UFPR. n. 44, p. 61-76, 2006, p. 65.

29 STAUT JÚNIOR, ob. cit., Posse e Dimensão Jurídica no Brasil, p. 41.

30 FONSECA, ob. cit., Estados, Poderes e Jurisdições, p. 24.

31 SOUZA, André Peixoto de. Direito público e modernização jurídica: elementos para compreensão da formação da cultura jurídica brasileira no século XIX. 01. Jul. 2010. 208 folhas. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná. Curitiba, p. 61, 2010.

32 FONSECA, Ricardo Marcelo; SEELAENDER, Airton Cerqueira Leite. Prefácio. In: FONSECA, Ricardo Marcelo; SEELAENDER, Airton Cerqueira Leite (org.). História do direito em perspectiva: do antigo regime à modernidade.

lenta - produção legislativa (código criminal de 1830 e o código comercial e a Lei de Terras de 1850)<sup>33</sup>, a criação de duas Faculdades de Direito (Olinda e São Paulo em 1827) que fizeram circular o direito letrado<sup>34</sup> e surgimento de órgãos estatais adequados ao padrão de separação dos poderes vigente na Constituição de 1824<sup>35</sup>.

Durante o século XIX, sobretudo a partir da sua segunda metade, existiu no Brasil um esforço de identificar a lei formal como expressão soberana da razão e a ciência do Direito como domínio da segurança e da justiça, seguindo a lógica moderna europeia<sup>36</sup>.

## **Identificação do direito com a lei durante a modernidade e a tentativa de aproximação ocorrida no Brasil<sup>37</sup>**

O traço típico da estatalidade moderna está na relação entre soberania, representação e decisão política.<sup>38</sup> O soberano é a expressão representativa da vontade dos sujeitos: *“a soberania encontrou na lei a sua primeira expressão. A lei é expressão da vontade e a medida do justo e do injusto: é a vontade soberana legiferante a condição necessária e suficiente da ordem”*<sup>39</sup>. O direito é reduzido a instrumento de controle social, se tornando um método sagaz (ato de vontade, ato de império, ato de comando): uma criação do titular da soberania<sup>40</sup>.

A partir da consolidação de parte significativa dos Estados europeus modernos, o direito - em um encadeamento histórico lento e difuso nos países de *civil law*<sup>41</sup> - passou a ser compreendido pela *“opinião mais corrente, embora não única”*<sup>42</sup> como fruto da atividade legislativa do poder soberano.<sup>43</sup>

Pressupondo a associação espontânea de indivíduos iguais com interesses comuns, a ordem da sociedade tinha que ser resultado da soma de vontades individuais soberanamente livres e autônomas<sup>44</sup>. Eventuais particularidades pessoais foram categorizadas em padrões para que houvesse propósitos gerais.

O individualismo tornou-se o elemento principal da ideologia moderna, a eleger o homem como centro autônomo de decisões econômicas políticas e racionais: a lei significava recurso da razão, feita pelo homem e para o homem<sup>45</sup>. O direito, conforme explica Michel Villey, era uma organização do indivíduo racional e baseada em regulamentos e padrões explícitos; por isso, poderia ser exposto apenas pelo legislador representante do interesse geral.<sup>46</sup> No Estado de Direito, o soberano deveria ser obedecido em função da conformidade de seus atos com o mandamento legal: o caráter geral da lei garantia tanto a liberdade quanto a igualdade<sup>47</sup>.

Esse processo de *“Absolutismo Jurídico”*<sup>48</sup> reduziu a ordem jurídica à simplicidade, com

---

Curitiba: Juruá, 2008, p. 08.

33 FONSECA, ob. cit., Estados, Poderes e Jurisdições, p. 24.

34 Como leciona Sérgio Staut, o império português nunca permitiu que fossem inauguradas universidades em seus domínios. *“A formação da elite brasileira era realizada basicamente em Portugal, especialmente em Coimbra”*. In: STAUT JÚNIOR, ob. cit., Posse e Dimensão Jurídica no Brasil, p. 106.

35 FONSECA, ob. cit., Estados, Poderes e Jurisdições, p. 25.

36 STAUT JÚNIOR, ob. cit., Posse e Dimensão Jurídica no Brasil, p. 101.

37 Não se pretende aqui formular uma análise sistematicamente rigorosa e acabada da historicidade humana da Modernidade ou do sistema econômico que surgiu à época. Quer-se tão-somente apontar alguns traços relevantes para compreensão da ordem jurídica no tocante às fontes de direito.

38 COSTA, Pietro. Soberania, Representação, Democracia: ensaios de história do pensamento jurídico. Juruá: Curitiba, 2010, p. 158.

39 COSTA, ob. cit., Soberania, representação, democracia, p. 84.

40 GROSSI, ob. cit., O direito entre poder e ordenamento, p. 100.

41 FONSECA, ob. cit., Modernidade e contrato de trabalho, p. 30.

42 HESPANHA, António Manuel. Irá a legitimação democrática do direito desaparecer do modelo do estado constitucional?. *Iusgentium*. vol.12, n.6, 2015, p. 08.

43 STAUT JÚNIOR, ob. cit., Posse e Dimensão Jurídica no Brasil, p. 82.

44 WOLKMER, António Carlos. Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito. 3. ed. São Paulo: Alfa Omega, 2001, p. 39.

45 VILLEY, Michel. A formação do pensamento jurídico moderno. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 172.

46 *Ibid.*, p. 177.

47 COELHO, Luiz Fernando. Teoria Crítica do Direito. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 499

48 GROSSI, Paolo. Assolutismo giuridico e diritto privato, Milano: Giuffrè, 1988.

lógica pronta e generalizada: “um direito muito preocupado com a redução da complexidade, com grande tendência à abstração e simplificação”<sup>49</sup>. Irrelevante o conteúdo, o direito era universal porque decorria de validade formal e expressava uma vontade impessoal e neutra a garantir uma ordem única, que coincidia com o território nacional, uniforme, sem variações na área geográfica onde estava inserido. Numa ordem estável e duradoura não se concebia a multiplicidade, a divisão interna e o pluralismo social dos grupos, pois toda autoridade estaria concentrada no Estado unitário e soberano<sup>50</sup>.

As relações jurídicas passaram a se basear inteiramente na figura do Estado, garantidor da ordem e da segurança da população, e único instituidor das normas de direito a serem seguidas pelo corpo político e social:

Ao Estado, compacto, unitário, centralizado, correspondia um direito igualmente compacto, unitário, centralizado, por ter sido reduzido às manifestações da vontade soberana. (...) A lei, entendida na restrita acepção de norma emanada por um poder supremo, vê-se afirmar seu indiscutido primado. Objeto de mitização e, portanto, de um acrítico culto, é colocada no vértice das fontes em uma ordem rigidamente hierarquizada, tão rigidamente hierarquizada ao ponto de tirar qualquer tipo de autonomia às manifestações inseridas nos graus inferiores da escala<sup>51</sup>.

Afastando como não-jurídicas quaisquer outras formas alternativas de normatividade social, o princípio da unicidade se revelou ligado ao princípio da estatalidade: o direito era somente aquele do Estado soberano, que detinha o monopólio de sua criação, interpretação e aplicação, bem como o monopólio da segurança organizada<sup>52</sup>.

O Estado seria, neste aspecto, a organização encarregada de manter a ordem por intermédio do direito; as leis estatais seriam propostas a toda a coletividade por legisladores ideologicamente neutros. A legitimidade confundir-se-ia com a racionalidade, pois era preciso que o direito, além de uno e estatal, fosse racional<sup>53</sup>.

A identificação das práticas, usos e costumes como fontes de direito, a utilização de outras fontes normativas além da lei estatal e a possibilidade de criação e desenvolvimento do direito mediante a atividade interpretativa eram vistas como um retorno ao Antigo Regime, à desordem:

Essa redução radical de complexidade do universo jurídico, operada na modernidade, tem como conseqüência o desprezo a outras manifestações do direito que propiciam uma ordem normativa plural e aberta. As práticas, os usos e costumes são excluídos do universo jurídico ou colocados em segundo plano como fontes apenas subsidiárias de direito. A própria atividade interpretativa, uma das fontes por excelência do direito na Idade Média, após a codificação francesa no século XIX, começa a ser vista com profunda desconfiança, transformando-se em exegese<sup>54</sup>.

Assim, a ótica moderna foi revelada pela onipotência do legislador e pelo monismo estatal a confundir legitimidade e legalidade:

Ao juiz, com postura acrítica e passiva, competia apenas a exegese, a explicação, a clarificação da lei, sem discuti-la.<sup>55</sup> No plano do conhecimento, significava a simples reprodução

49 STAUT JÚNIOR, ob. cit., Posse e Dimensão Jurídica no Brasil, p. 83.

50 WOLKMER, ob. cit., Pluralismo Jurídico, p. 42.

51 GROSSI, ob. cit., O direito entre poder e ordenamento, p. 103.

52 COELHO, ob. cit., Teoria Crítica do Direito, p. 410.

53 VILLEY, ob. cit., A formação do pensamento jurídico moderno, p. 179.

54 STAUT JÚNIOR, ob. cit., Posse e Dimensão Jurídica no Brasil, p. 85.

55 HESPANHA, ob. cit., Cultura Jurídica Européia, p. 402.

de saberes e a manutenção dos institutos jurídicos<sup>56</sup>: “o formalismo legalista, ou seja, o direito construído como dimensão formal fundada não sobre fatos, mas sobre a lei como apropriadora e intérprete única dos fatos, transformou o terreno jurídico em um recinto fechado”<sup>57</sup>.

A função jurisdicional era, ao mesmo tempo, pronta, segura e uniforme, fiel executora da vontade do legislador soberano<sup>58</sup>:

Aos juízes não competia o poder de estabelecer o direito (poder legislativo), mas apenas o de o aplicar (poder judicial) (...) quanto à integração das lacunas, a prudência devia ser ainda maior, devendo o jurista tentar encontrar para o caso concreto uma solução que pudesse ter sido a do legislador histórico se o tivesse previsto<sup>59</sup>.

Como explica Sergio Staut, durante a modernidade ocidental europeia, o direito cada vez mais converteu-se em um “produto da vontade do legislador, uma manifestação do poder político, perdendo paulatinamente com isso a sua dimensão plural e social”<sup>60</sup>.

A ordem jurídica do Estado pretendeu, pois, o monopólio da definição de todo o direito, tendo quaisquer outras fontes jurídicas uma legitimidade apenas derivada, ou seja, decorrente de uma determinação estatal.<sup>61</sup> Nas palavras de Antônio Carlos Wolkmer:

O Direito da sociedade moderna, além de encontrar no Estado sua fonte nuclear, constitui-se num sistema único de normas jurídicas integradas (“princípio da unicidade”), produzidas para regular, num determinado espaço tempo, os interesses de uma comunidade nacionalmente organizada. Ainda que se admitam outras fontes jurídicas, consagra-se, peremptoriamente, a lei estatal como expressão máxima da vontade predominante do Estado-Nação<sup>62</sup>.

Esse paradigma jurídico monista – Direito identificado com a lei – foi o modelo normativo dominante até o século XX nos países industriais avançados (Europa Ocidental)<sup>63</sup>.

Especificamente no Brasil, o século XIX (mais a segunda metade dele) representou o momento de transição: a lei escrita foi se confirmando, aos poucos (não de modo automático e simplório), como fonte formal principal do direito, esvaziando, ainda que não por completo, a relevância das demais fontes como explica Ricardo Marcelo Fonseca:

Lentamente vai se implementando no Brasil, como na maioria dos países do “civil law” (tanto na Europa como na América Latina), o projeto de redução da juridicidade à legalidade, a ligação indissolúvel do direito (inclusive do direito privado) ao poder público, a elevação à condição de protagonista da juridicidade do político, com a correspondente desvalorização do papel do jurista (agora mero exegeta dos textos legislativos produzidos pelo príncipe ou pelo parlamento)<sup>64</sup>.

56 COELHO, ob. cit., Teoria Crítica do Direito, p. 499.

57 GROSSI, ob. cit., A formação do jurista e a exigência de um hodierno “repensamento” epistemológico, p. 14.

58 HESPANHA, António Manuel. O caleidoscópio do direito: o direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009, p. 57.

59 HESPANHA, ob. cit., Cultura Jurídica Européia, p. 402.

60 STAUT JÚNIOR, ob. cit., Posse e Dimensão Jurídica no Brasil, p. 83.

61 HESPANHA, ob. cit., Cultura Jurídica Européia, p. 400.

62 WOLKMER, ob. cit., Pluralismo Jurídico, p. 61.

63 Ibid., p. 82.

64 FONSECA, ob. cit., Estados, Poderes e Jurisdições, p. 25.



Contrariamente ao ocorrido em alguns países da América espanhola, no Brasil não ingressaram de modo abrupto e dominante as pretensões de codificação e, por isso, não houve ruptura total e imediata com a realidade jurídica firmada nos tempos anteriores à independência.<sup>65</sup>

A continental extensão territorial brasileira e o hábito herdado de Portugal no sentido de transferir toda a autoridade aos donatários das terras cedidas durante a colonização acabaram por fortalecer o poder local e por dificultar a implementação do processo – que seria ordinariamente modernizante – de unificação do poder em torno da figura do novo imperador, do novo Estado.<sup>66</sup> As poderosas elites agrárias não concordavam em abandonar suas posturas e práticas conservadoras em relação à escravidão, ao patriarcalismo e à grande propriedade para consagrar valores liberais de liberdade e igualdade em um sistema jurídico universal e ordenado: *“não foi muito fácil para parcelas significativas das elites rurais nacionais, presas a tradições e a valores de uma sociedade agrária intensamente desigual e conservadora, a aceitação de um conjunto normativo modernizador do universo jurídico pátrio”*<sup>67</sup>.

Embora se tenha produzido a Constituição Imperial em 1824, o código criminal em 1830, o código comercial e a Lei de Terras em 1850, a codificação civil tardou até 1916, obrigando que as relações privadas fossem regulamentadas por legislação esparsa, pelas ainda leis portuguesas (especialmente pelas Ordenações Filipinas, não completamente revogadas e ainda presentes na jurisprudência) e pelos costumes e usos, herdados do período anterior e interessantes aos grandes proprietários rurais.<sup>68</sup>

A mais, não havia uma cultura jurídica nos anos iniciais após a independência do Brasil.<sup>69</sup> Até então, *“Portugal possuía como diretriz a proibição da instalação de cursos jurídicos na colônia, pois um dos maiores vínculos de dependência que lhe restava era a obrigatoriedade de estudos da elite na metrópole, forçando uma parcial imposição ideológica – que se converteria em política, segundo os interesses do Reino – aos jovens acadêmicos”*<sup>70</sup>. A instalação dos primeiros cursos jurídicos no Brasil somente se deu em 1827 nas cidades de São Paulo e Olinda, com o objetivo de formar a administração do país que se consolidava e, por consequência, fortalecer cada vez mais a separação da antiga metrópole.<sup>71</sup>

A articulação política com o fim de solidificar o Estado-nação brasileiro, desvinculado de Portugal, teve como fortes agentes os magistrados que, pela jurisprudência, contribuíram na elaboração de regras oficiais e, gradativamente, separaram a função de julgar da tarefa de governar e legislar. A criação de órgãos judiciais (juizes e tribunais) independentes representou a estruturação do estamento burocrático em conformidade com a separação de poderes prevista na Constituição de 1824.<sup>72</sup>

Foi um período de transição, durante o qual os padrões jurídicos pré-modernos e os modernos se contrapuseram e conviveram, num complexo sistema de variabilidade: por vezes, aplicava-se um direito inculto, plural, alheio à noção de norma oficial, regido pelos costumes, pelas forças sociais atuantes e pelas decisões judiciais como já acontecia no modelo anterior do antigo regime; outras tantas, valia um direito baseado na progressiva produção legislativa, na cultura agora letrada, na vontade de firmar um Estado moderno com parâmetros liberais e com órgãos institucionais organizados, separados e adequados à Constituição vigente.<sup>73</sup>

Antonio Carlos Wolkmer aduz, inclusive, que os anos do século XIX após a separação da colônia em 1822 não trouxeram mudanças reais ou interrupções completas das influências da estrutura jurídica portuguesa, mas somente uma *“reestruturação”*, mediante a incorporação e *“adaptação”* de princípios do ideário econômico capitalista, da doutrina do liberalismo individualista e da filosofia positivista: *“Por certo, para responder às necessidades locais, compatibilizavam-se as velhas estruturas agrárias e elitistas com o surto eclético e com as adesões às novas correntes*

65 FONSECA, ob. cit., A cultura jurídica brasileira e a questão da codificação civil no século XIX, p. 62.

66 FONSECA, ob. cit., Estados, Poderes e Jurisdições, p. 24.

67 STAUT JÚNIOR, ob. cit., Posse e Dimensão Jurídica no Brasil, p. 121.

68 Ibid., p. 119.

69 FONSECA, ob. cit., A cultura jurídica brasileira e a questão da codificação civil no século XIX, p. 70.

70 SOUZA, ob. cit., Direito público e modernização jurídica, p. 85.

71 STAUT JÚNIOR, ob. cit., Posse e Dimensão Jurídica no Brasil, p. 120.

72 SOUZA, ob. cit., Direito público e modernização jurídica, p. 61.

73 FONSECA, ob. cit., Estados, Poderes e Jurisdições, p. 25.

européias<sup>74</sup>.

Houve no Brasil, portanto, uma tentativa de identificar o direito com a lei formal e escrita, nos moldes da noção moderna liberal de monismo jurídico: redução da juridicidade à legalidade estatal, ligação indissolúvel do direito ao poder político, imposição aos juristas da tarefa única de exegeta, através de um processo lógico de subsunção de um fato concreto a uma norma abstrata (operação direta e automática de silogismo).

## Estado Constitucional<sup>75</sup>

Imersa no sistema jurídico monista, a supremacia da Constituição, como norma fundamental do Estado que assegura os direitos e liberdades dos indivíduos, foi se propagando no decorrer do século XIX, com a consolidação dos regimes liberais dos Estados Modernos:

O constitucionalismo foi utilizado, de um lado, para contrapor ao contratualismo e à soberania popular, idéias-chave da Revolução Francesa, os poderes constituídos no Estado. De outro, utilizou-se a Constituição contra os poderes do monarca, limitando-os. Dessa forma, a Constituição do Estado evitaria os extremos do poder do monarca (reduzido à categoria de órgão do Estado, portanto, órgão regido constitucionalmente) e da soberania popular (o povo passa a ser visto como um dos elementos do Estado). Embora liberais, as Constituições não serão, ainda, democráticas. E, mais importante, a Constituição não é do rei ou do povo, a Constituição é do Estado, assim como o direito é direito positivo, posto pelo Estado.<sup>76</sup>

A Constituição moderna, como explica Vera Karam de Chueri, teria a função de impor *“limites aos poderes do soberano, agora reduzido à categoria de órgão do Estado e regido pela lei. Também impor limites ao poder soberano do povo, na medida em que o Estado Constitucional é um Estado de poderes limitados”*<sup>77</sup>.

O constitucionalismo foi, assim, um progresso e um avanço do Estado Liberal Moderno, que chegou ao século XIX com o propósito de reforçar a noção de uma Constituição escrita, formal e protetora de direitos básicos. A Constituição expressava conquistas históricas e, especialmente, os direitos e liberdades do sujeito, alcançados ao longo do século XIX pelos regimes liberais pós-revolucionários, em oposição aos poderes ilimitados de qualquer natureza. Os parâmetros e as extensões da atuação do poder estavam, enfim, definidos.<sup>78</sup>

Todavia, o papel liberal das Constituições – com função primordial de limitação e organização do poder – deixou de ser o bastante no século XX, especialmente após a Segunda Guerra Mundial.

Os princípios e os objetivos que sedimentaram o estatuto epistemológico da legalidade ocidental, no tocante às fontes de direito - ideologia liberal-individualista e Estado soberano

74 WOLKMER, Antônio Carlos. Pluralismo e crítica do constitucionalismo na América Latina. Anais. IX Simpósio Nacional de Direito Constitucional. Curitiba, PR: ABDConst., 2011. pp. 143-155. Disponível em: <http://www.abdconst.com.br/revista3/Antoniowolkmer.pdf>. Acesso em: 10 fev 2022.

75 O fim mais geral desse tópico é traçar brevemente as variações da jurisdição – sobretudo das fontes de direito - em sua temporalidade. Nesse propósito, foi utilizado o esquema histórico, que divide noções de Estado em Estado Jurisdicional (ou Estado Absolutista), Estado Liberal (ou Estado de Direito) e Estado Constitucional (Estado Social), sugerido pelos autores aqui referenciados Antônio Manuel Hespanha, Maurizio Fioravanti, Pietro Costa, Vera Karam de Chueri e Gilberto Bercovici.

76 BERCOVICI, Gilberto. Constitution and politics: a difficult relationship. Lua Nova, São Paulo, n. 61, 2004. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-64452004000100002&lng=en&nrn=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452004000100002&lng=en&nrn=iso). Acesso em: 24 mar 2022.

77 CHUEIRI, Vera Karam de. GODOY, Miguel G. Constitucionalismo e democracia: soberania e poder constituinte. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v6n1/09.pdf> Acesso em 18 mar 2022..

78 BERCOVICI, ob. cit., Constitution and politics.

garantidor de certeza e segurança<sup>79</sup> - começaram a não mais responder de modo eficaz às novas exigências político-econômicas, ao aumento de conflitos entre grupos e classes sociais e ao surgimento de complexas contradições culturais e materiais de vida da sociedade no período que sucedeu a Segunda Guerra Mundial.<sup>80</sup>

Notou-se que a vontade do povo era exprimida pelo partido que se espelhava, por sua vez, na autoridade totalitária do guia supremo, do *Fuhrer*.<sup>81</sup> Os mecanismos eleitorais perderam sentido a partir do momento em que o povo se tornou uma unidade racial homogênea.<sup>82</sup> A legitimidade advinha da unidade de sangue da comunidade e não do individualismo liberal e democrático, como se idealizava. Nessa conjuntura, o atributo insuperável da representação moderna oitocentista - o dualismo entre representados e representantes - foi substituído pela celebração da identidade. A representação passou a estar justamente na autoridade política absoluta, que se ligava ao povo pela relação identitária: o *Fuhrer* representava o povo por *ser* o povo.<sup>83</sup>

Assim, o colapso desses comandos extremos, no clima histórico do segundo pós-guerra, permitiu a emergência de um constitucionalismo, de governo compromissado com os direitos fundamentais que deveriam ser tutelados por um Estado democrático-constitucional, que não poderia descurar da soberania popular.<sup>84</sup>

O campo constitucional precisava ser ampliado para incluir toda a sociedade, não só o Estado; para englobar os princípios de legitimação do poder, não apenas sua organização.<sup>85</sup> Até o final do século XIX e começo do século XX, as Constituições europeias e latino-americanas eram tipicamente liberais e restringiam-se à limitação do poder e às garantias mínimas de direitos individuais, sem compromisso com a democracia. A Constituição estava explicitamente posta como forma, mas não havia engajamento com realidade e necessidade sociais, como explica José Antônio Peres Gediel:

Essa posição política exigia, por óbvio, a reelaboração do paradigma jurídico liberal dos séculos XVIII e XIX e do pensamento civilista fundado na vontade individual e no absolutismo dos direitos subjetivos. Na concretização dessa formulação jurídica para a vida social, os temas que se apresentam mais relevantes são: a criação de direitos sociais; de um sistema de seguridade social; a revisão do conceito de pessoa jurídica como instituição necessária à convivência e à produção de bens, em especial as cooperativas; o tratamento da família como uma comunidade destinada ao pleno desenvolvimento humano; a redefinição e valorização da pequena propriedade agrícola. Tratava-se, mais uma vez, de funcionalizar ou desabsolutizar o exercício individual de direitos e do direito de propriedade.<sup>86</sup>

A noção da Constituição como totalidade, revelando um caráter dinâmico entre Estado e sociedade (não somente estático manifestado na instauração – poder constituinte originário) traria efetivação à ordem constitucional por meio de uma política constitucional social duradoura, sem se reduzir unicamente à normatividade.

As Constituições agora sociais - ou programáticas - do pós-guerra deveriam incluir, a partir de suas regulamentações jurídicas, políticas e sociais (ou seja, a partir da sua conexão com a realidade social), o Estado Constitucional Democrático. O sentido, os objetivos, os princípios

79 HESPANHA, ob. cit., Cultura Jurídica Européia, p. 401.

80 HESPANHA, António Manuel. Pluralismo jurídico e direito democrático: prospetivas do direito no séc. XXI, 2016, e-book, p. 53.

81 HESPANHA, ob. cit., Irá a legitimação democrática do direito desaparecer do modelo do estado constitucional?, p. 22.

82 COSTA, ob. cit., Soberania, Representação, Democracia, p. 200.

83 Ibid, p. 201.

84 Ibid, p. 241.

85 FIORAVANTI, Maurizio. Costituzionalismo: percorsi dela storia e tendenze attuali. Roma: Laterza, 2009, p.144.

86 GEDIEL, José Antônio Peres. A social-democracia e seus reflexos sobre o direito civil contemporâneo. Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, Curitiba, v. 15, n. 15, p. 174-183, 2014, p. 178.

políticos e a ideologia que conformam a Constituição, a realidade social da qual faz parte, sua dimensão histórica e sua pretensão de transformação deveriam ser ponderados.<sup>87</sup>

Essencialmente com o fim dos regimes totalitários na Europa, portanto, o direito exclusivo posto pelo Poder Legislativo, imposto de maneira geral e abstrata, começou a ser insuficiente às ideias de democracia e de direitos dos sujeitos, que iam ganhando força:

contra o aniquilamento totalitário da autonomia individual a base do ordenamento se torna a pessoa, toda, como o cetro da imputação de uma multiplicidade de direitos diversos. A democracia que se quer instaurar (...) será muito mais a forma política de uma ordem centrada sobre a pessoa e sustentada pela convicção de que apenas a atribuição a todos os cidadãos de iguais direitos permite a eles uma completa realização humana. (...) para regimes que nascem sobre as ruínas dos totalitarismos não são suficientes garantias procedimentais e dispositivos formais, mas são necessários princípios substantivamente densos e comprometidos.<sup>88</sup>

As atrocidades vivenciadas no período da guerra, quando os comandos totalitários estavam formalmente em conformidade com o Estado de Direito, revelaram a ineficiência de uma teoria do direito puramente formal. O foco central do ordenamento jurídico deveria voltar-se ao sujeito e não à lei oficial, conduzindo a democracia e os direitos à rejeição do totalitarismo.<sup>89</sup>

Então, a valorização da pessoa e a compreensão da multiplicidade existente na comunidade surgiram em oposição à irrelevância das vontades particulares e a massificação da sociedade (celebração da identidade dos regimes totalitários), como explica António Manuel Hespanha:

A origem próxima da identificação entre direito e lei que está na base do antilegalismo contemporâneo parece ter sido a onda de mal-estar que se sentiu depois da II Guerra Mundial perante a aceitação como jurídicas (conformes com o direito) de leis manifestamente desumanas e de políticas bárbaras levadas a cabo por governos formalmente constituídos de acordo com o direito (nazismo, fascismo; mas também estalinismo).<sup>90</sup>

Além dessas vertentes alusivas à política, o oferecimento dos serviços materiais do Estado e a prestação jurídica eram deficientes:

O Estado mostrava-se burocratizado; tomado por um legalismo estreito e distante dos anseios sociais; não raramente atreito a tiques autoritários e de desrespeito pelos cidadãos; permeável às clientelas partidárias e aos interesses económicos; infiltrado pela corrupção e pelo favorecimento ilegítimo; esvaziado do ideal de serviço público; ineficiente e descuidado. No campo do direito, debitava um direito auto-suficiente, pouco sensível à mudança social e cultural; frequentemente parcial e solidário com os mais influentes; obscuro e mal difundido; monopolizado por técnicos especializados, caros e pouco solícitos; servido por uma justiça lenta, separada da vida, embrulhada numa cultura pomposa e corporativa, opaca e dificilmente controlável pelos processos democráticos.<sup>91</sup>

A falência da ordem jurídica herdada do século XIX (liberal-burguesa, dogmatizada em abstrações normativas acerca de um sujeito de Direito ou de um Estado de Direito, com lógica

87 BERCOVICI, ob. cit., Constitution and politics.

88 COSTA, ob. cit., Soberania, Representação, Democracia, p. 255.

89 Ibid., p. 261.

90 HESPANHA, ob. cit., Irá a legitimação democrática do direito desaparecer do modelo do estado constitucional?, p. 21.

91 Ibid., p. 22.

individualista e racionalidade formal) dá-se, segundo Antonio Carlos Wolkmer, exatamente por não ter conseguido acompanhar o ritmo crescente de novas formas de reivindicações e transformações aceleradas da sociedade.<sup>92</sup>

A justiça do direito deixou de ser relacionada à simplicidade de aplicação instantânea, invariável e homogênea da lei, fundamentada sobre o sujeito único de direito, abstrato e geral:

No Estado constitucional a certeza do direito não é mais presumida como um efeito necessário da lei, como o resultado necessário de uma imediata, segura e uniforme aplicação da lei. A certeza do direito é adquirida muito mais por meio da interpretação, da correção, ou com a eventual remoção, por meio do controle de constitucionalidade, da lei, essencialmente por obra da jurisprudência, não somente constitucional, mas também ordinária. (...) No centro destas Constituições de fato não temos mais o indivíduo da tradição jusnaturalista, ou o sujeito de direito do código, por sua natureza geral e abstrato, mas a pessoa, que é assumida também em sua existência concreta, com referências às suas condições materiais de vida sociais, econômicas e culturais. Assim, o princípio da igualdade não pode mais derivar mecanicamente da aplicação uniforme da lei, fundamentada sobre o sujeito único de direito, abstrato e geral.<sup>93</sup>

O Estado Constitucional preservou a construção teórica formal quanto ao sistema escalonado de normas e superioridade da Constituição, mas também tencionou garantir o resguardo de alguns direitos substanciais, aos quais não se poderia mais renunciar. O constitucionalismo introduziu, em posição de preeminência, as normas de princípio (especialmente em matéria de direitos relacionados à democracia), os direitos fundamentais, as técnicas de interpretação e o controle de constitucionalidade.<sup>94</sup>

Nesse momento, revelou-se a importância da atividade jurisdicional, em busca da concretização efetiva dos compromissos desta nova fase do constitucionalismo pós-segunda guerra mundial. Voltado ao alcance desse propósito, era fundamental um Poder Judiciário com independência e autoridade para se impor em uma situação de conflito. Os direitos individuais não poderiam mais ser violados - nem mesmo pelo Estado - e a jurisdição serviria como forte defensora da Constituição:

antes, na Revolução e no Estado liberal de direito, a jurisdição não tinha nenhuma conexão direta com a constituição, porque somente os representantes do povo soberano, ou da nação, operavam pelo respeito, ou pela realização, dos princípios constitucionais; agora, com o Estado constitucional, é como se a jurisdição tenha se emancipado da função de mera aplicação da lei, e logra portanto a “enxergar” diretamente a Constituição, colocando-se antes, ao lado da legislação e das funções D’INDIRIZZO/programáticas.<sup>95</sup>

Não mais resolveria um Poder Judiciário - sobretudo tribunais constitucionais - sujeito às pressões das maiorias e inerte em relação à eficácia normativa da Constituição: *“não se tratava de substituir o direito maioritário por um direito contramaioritário, mas de forçar as maiorias a serem refletidas e inclusivas, tomando em devida conta todos os interesses em presença, mesmo os das minorias políticas, e ponderando-os equilibradamente, com o recurso a pautas de valores mais*

92 WOLKMER, ob. cit., Pluralismo Jurídico, p. 90.

93 FIORAVANTI, Maurizio. Legislação e jurisdição na Europa: a era do Estado Constitucional (texto apresentado no VI Congresso Brasileiro de História do Direito, Brasília, setembro de 2013, trad. Ricardo Marcelo Fonseca e Luis Henrique Krassuski Fortes).

94 CHUEIRI, Vera Karam de. O discurso do constitucionalismo: governo das leis versus governo do povo. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (org.). Direito e discurso: discursos do direito. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006, p. 161.

95 FIORAVANTI, ob. cit., Legislação e jurisdição na Europa.

*complexas do que as das maiorias parlamentares ou do senso comum*<sup>96</sup>.

A consolidação do Estado Constitucional derrubou a ideia de legalidade como fundamento estanque, automático e completo e submeteu a lei às normas constitucionais, inclusive quando de sua interpretação. E, mais ainda, definiu princípios constitucionais materiais de justiça e direitos fundamentais, os quais passaram a dever guiar toda a compreensão do ordenamento jurídico.

Enfim, na tentativa de equilibrar o governo do povo ao respeito e à eficácia da Constituição, o ordenamento jurídico conferiu ao Poder Judiciário a tarefa de guardião, como seu intérprete máximo. Os juízes – inclusive os do sistema da *civil law* – foram dotados de capacidade de exercer jurisdição sobre a legislação produzida pelo poder soberano, em favor da defesa e da garantia da Constituição efetiva para todos.

## Conclusão

O pluralismo de fontes de direito é uma ocorrência constante na história do direito brasileiro – ora de forma exposta, ora de maneira velada. Esse estudo tencionou compilar algo de que há suficiente evidência comprovada pela doutrina especializada.

Especificamente na sociedade atual, imersa nas diferenças, integrada por pessoas marcadas pela diversidade (de gênero, de idade, de região, de cultura, de estrato social, de religião, de interesses) e por grupos portadores de heterogêneas aspirações, planos variados de regulação existem de fato. Porém, as diversas normatizações sempre existiram na realidade da vida comunitária brasileira.

Portanto, o pluralismo jurídico não é *inédito* no contexto jurídico brasileiro. Em verdade, a noção de incapacidade do monismo jurídico estatal para solucionar os problemas coletivos de dimensão social – ou seja, conflitos configurados por mais de um indivíduo, grupos ou camadas da sociedade complexa retoma, agora, como uma das causas da ordem jurídica plural, já vivida em outros tempos.

## Referências

BERCOVICI, Gilberto. **Constitution and politics: a difficult relationship**. Lua Nova, São Paulo, n. 61, 2004. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-64452004000100002&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452004000100002&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 24 mar 2022.

CHUEIRI, Vera Karam de. GODOY, Miguel G. **Constitucionalismo e democracia: soberania e poder constituinte**. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v6n1/09.pdf>. Acesso em 18 mar 2022.

CHUEIRI, Vera Karam de. O discurso do constitucionalismo: governo das leis versus governo do povo. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (org.). **Direito e discurso: discursos do direito**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.

COELHO, Luiz Fernando. **A Transmodernidade do direito e as novas formas de juridicidade**. (texto apresentado na Universidade Blas Pascal, Córdoba/Argentina, maio de 1999 e na 2ª Conferência dos Advogados do Estado do Paraná, Curitiba, agosto de 1999). Disponível em <http://www.trt9.jus.br/portal/arquivos/5198332>. Acesso em 22 mar 2022.

COELHO, Luiz Fernando. **Teoria Crítica do Direito**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

COSTA, Pietro. **Soberania, Representação, Democracia: ensaios de história do pensamento jurídico**. Juruá: Curitiba, 2010.

FIORAVANTI, Maurizio. **Costituzionalismo: percorsi dela storia e tendenze attuali**. Roma: Laterza,

---

96 HESPANHA, ob. cit., Pluralismo, p. 18.

2009.

FIORAVANTI, Maurizio. **Legislação e jurisdição na Europa**: a era do Estado Constitucional (texto apresentado no VI Congresso Brasileiro de História do Direito, Brasília, setembro de 2013, trad. Ricardo Marcelo Fonseca e Luis Henrique Krassuski Fortes).

FONSECA, Ricardo Marcelo. A cultura jurídica brasileira e a questão da codificação civil no século XIX. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**. n. 44, p. 61-76, 2006.

FONSECA, Ricardo Marcelo. Estados, Poderes e Jurisdições: modelos de análise e a experiência brasileira. In: SOUZA, André Peixoto de (coord.). **Estado, Poder e Jurisdição**. Rio de Janeiro: GZ, 2015.

FONSECA, Ricardo Marcelo. **Modernidade e contrato de trabalho**: do sujeito de direito à sujeição jurídica. São Paulo: LTr, 2001.

FONSECA, Ricardo Marcelo. SEELAENDER, Ailton Cerqueira Leite. Prefácio. In: FONSECA, Ricardo Marcelo; SEELAENDER, Ailton Cerqueira Leite (org.). **História do direito em perspectiva**: do antigo regime à modernidade. Curitiba: Juruá, 2008.

GEDIEL, José Antônio Peres. A social-democracia e seus reflexos sobre o direito civil contemporâneo. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 15, n. 15, p. 174-183, 2014.

GEDIEL, José Antônio Peres. **Direito Civil Contemporâneo**. UFPR. Programa de Pós-Graduação em Direito, Mestrado, outubro de 2017. Notas de Aula.

GOUVÊA, Maria de Fátima Silva. Poder Político e Administração na Formação do Complexo Atlântico Português (1645-1808). In: FRAGOSO, João; BICALHO, Maria Fernanda; GOUVÊA, Maria de Fátima (org.). **O Antigo Regime nos trópicos**: a dinâmica imperial portuguesa (séculos XVI – XVIII). Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001.

GROSSI, Paolo. **A formação do jurista e a exigência de um hodierno “repensamento” epistemológico**. Tradução de Ricardo Marcelo Fonseca. Revista da Faculdade de Direito da UFPR, Curitiba, n. 40, p. 6-25, 2004.

GROSSI, Paolo. A identidade do jurista, hoje. In: **Doutorado Honoris causa a Paolo Grossi**. Universidade Federal do Paraná: Curitiba, 2011.

GROSSI, Paolo. **Assolutismo giuridico e diritto privato**, Milano: Giuffrè, 1988.

GROSSI, Paolo. Globalização, Direito, Ciência jurídica. **Espaço Jurídico Journal of Law**, Joaçaba, v. 10, n. 1, p. 153-176, jan./jun. 2009.

GROSSI, Paolo. **Mitologias jurídicas da modernidade**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

GROSSI, Paolo. **O direito entre poder e ordenamento**. Tradução de Arno Dal Ri Júnior. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

GROSSI, Paolo. **Primeira lição sobre direito**. Tradução de Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

HESPANHA, António Manuel. A constituição do Império português. Revisão de alguns enviesamentos correntes. In: FRAGOSO, João; BICALHO, Maria Fernanda; GOUVÊA, Maria de Fátima (org.). **O Antigo Regime nos trópicos**: a dinâmica imperial portuguesa (séculos XVI – XVIII). Rio de Janeiro:

Civilização Brasileira, 2001.

HESPANHA, António Manuel. Antigo regime nos trópicos? Um debate sobre o modelo político do império colonial português. In: FRAGOSO, João; GOUVÊA, Maria de Fátima (org.). **Na trama das redes: política e negócios no império português - séculos XVI a XVIII**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010.

HESPANHA, António Manuel. **Cultura Jurídica Européia: síntese de um milênio**. Coimbra: Almedina, 2012.

HESPANHA, António Manuel. Irá a legitimação democrática do direito desaparecer do modelo do estado constitucional?. **Iusgentium**. vol.12, n.6, 2015.

HESPANHA, António Manuel. **O caleidoscópio do direito: o direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009.

HESPANHA, António Manuel. **Pluralismo jurídico e direito democrático: prospetivas do direito no séc. XXI**, 2016, e-book.

HESPANHA, António Manuel. Porque é que existe e em que é que consiste um direito colonial brasileiro. In: **Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno**, n. XXXV, 2006, p. 68. Disponível em <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5188085>

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A Crítica da Razão Indolente: contra o desperdício da experiência**. São Paulo: Cortez, 2007.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Nota sobre a história jurídico-social de Pasárgada. In: SOUSA, José Gerardo (org.). **Introdução crítica ao direito**. 4ªed. Brasília: Universidade de Brasília, 1993.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **O discurso e o Poder: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica**. Porto Alegre: Fabril, 1988.

SOUZA, André Peixoto de. **Direito público e modernização jurídica: elementos para compreensão da formação da cultura jurídica brasileira no século XIX**. 01. Jul. 2010. 208 folhas. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná. Curitiba, p. 61, 2010.

STAUT JÚNIOR, Sérgio Said. Quem tem o poder de “dizer o direito”?. In: CUNHA, J. S. Fagundes (coord.). **O Direito nos Tribunais Superiores**. Curitiba: Bonijuris, 2015.

STAUT JÚNIOR, Sérgio Said. **Posse e Dimensão Jurídica no Brasil: recepção e reelaboração de um conceito a partir da segunda metade do século XIX ao Código de 1916**. Curitiba: Juruá, 2015.

VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

WEHLING, Arno. WEHLING, Maria José. **Direito e Justiça no Brasil Colonial: o Tribunal da Relação do Rio de Janeiro (1751-1808)**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

WEHLING, Maria José. A questão do direito no Brasil Colonial: a dinâmica do direito colonial e o exercício das funções judiciais. In: NEDER, Gizlene (org.). **História & Direito: jogos de encontros e transdisciplinaridade**. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

WOLKMER, Antônio Carlos. Pluralismo e crítica do constitucionalismo na América Latina. Anais. **IX Simpósio Nacional de Direito Constitucional**. Curitiba, PR: ABDConst., 2011. pp. 143-155. Disponível em: <http://www.abdconst.com.br/revista3/Antoniowolkmer.pdf>. Acesso em: 10 fev 2022.



WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo Jurídico**: fundamentos de uma nova cultura no Direito. 3. ed. São Paulo: Alfa Omega, 2001.

Recebido em 18 de julho de 2022.  
Aceito em 08 de setembro de 2022.