



O NEOCONSTITUCIONALISMO E O ESTUDO DAS FONTES DO DIREITO: O NOVO CPC E A CONSOLIDAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA NA CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO

Filipe Borges de França Figueiredo¹
Maria Dos Remédios Fontes Silva²

RESUMO: O presente artigo científico faz uma abordagem prática e doutrinária acerca dos precedentes jurisprudenciais. Faz uma ponderação doutrinária do estudo das Fontes do Direito em especial a Jurisprudência, para o tal traz uma retomada dos conceitos basilares do tema dentro de um contexto atualizado. Com a finalidade de ter um conceito amplo parte desmembrando os vocábulos da expressão “Fonte do Direito” estabelecendo seus conceitos separadamente. Por fim faz uma comparação do papel da jurisprudência no Constitucionalismo Contemporâneo e como isso impacta o estudo das fontes.

Palavras-chave: Constitucionalismo Contemporâneo; Fontes do Direito; Jurisprudência

NEOCONSTITUTIONALISM AND THE STUDY OF SOURCES OF LAW: THE NEW CPC AND THE CONSOLIDATION OF JURISPRUDENCE IN THE CONCRETIZATION OF THE LAW

Abstract: This scientific article makes a practical and doctrinal approach on the jurisprudential precedents, bringing a neoconstitutionalist view of the subject. It makes a doctrinal consideration of the study of the Sources of Law, counterweighs Jurisprudence and its role in a neoconstitutionalist perspective. With the purpose of having a broad concept starts dismembering the words of the expression "Source of Law" establishing its concepts separately, to reassemble the expression from the theoretical base mounted. Finally, it compares the role of jurisprudence in neo-constitutionalism and how this impacts the study of sources.

Keywords: Neoconstitutionalism; Sources of law; Jurisprudence

¹ Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Advogado, Mestrando em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte.

² Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais de João Pessoa, Especialista em Direito do Estado pela Universidade Federal de Santa Catarina. Mestra em Direitos Humanos pela Université Catholique de Lyon Institute de Droits de L'homme, Doutora em Direito pela Université Catholique de Lyon Institute de Droits de L'homme e Pós-Doutora em Direito na Université Lumière Lyon 2.



1. INTRODUÇÃO

A consolidação do Neoconstitucionalismo como a filosofia atual de interpretação, traz um importante impacto no estudo das Fontes do Direito. Essa corrente coloca a Constituição como o foco principal do processo de formação normativa, fazendo com que os princípios e o texto constitucional complementem o sentido da lei. No centro desse movimento está a jurisprudência, a qual situa-se como meio de concretizar o sentido das normas face a um constante movimento da sociedade.

É notório o movimento da jurisprudência para uma posição de protagonismo no cenário jurídico atual, não só pelo movimento teórico, mas também institutos passaram a ser criados. Apesar de o Ordenamento Jurídico Brasileiro ser um sistema de Direito Positivo ele contemplou a Jurisprudência uma força equiparável a lei quando abre a possibilidade de Súmulas Vinculantes, Súmulas e no âmbito do Direito do Trabalho Orientações Jurisprudenciais. A influência do Neoconstitucionalismo nessa equação traz uma necessidade de adequação da norma jurídica face a Constituição, a qual só poderá ser feita (em última instância) pelo Supremo Tribunal Federal.

O presente estudo parte de uma metodologia exploratória do tema, tratando a jurisprudência em seu aspecto fonte do direito numa ótica neoconstitucionalista. A abordagem feita é de modo apenas qualitativo tratando das variáveis em uma profunda busca na doutrina e em autores renomados sobre o tema. O método escolhido foi o dedutivo, tendo em vista a falta de doutrina com a abordagem específica o estudo foi feito trazendo as diversas premissas sobre o tema: A jurisprudência, as Fontes do Direito e a formação da norma jurídica num prisma neoconstitucionalista.

Paralelo a este movimento a proliferação da emissão de súmulas, bem como o Novo CPC trazer uma necessidade de se repensar o tema, uma vez que com o intuito de uniformizar entendimentos, ou ainda, dando tratamento igual para processos semelhantes no caso dos Recursos Repetitivos, obriga os juízes também a levarem em conta os entendimentos do seu tribunal, e súmulas de cada um dos tribunais superiores (vinculantes ou não). Isto reforça a ideia de a jurisprudência assume cada vez mais um papel de fonte da produção normativa.

Partindo então de um estudo pormenorizado de como o Neoconstitucionalismo atua dentro das fontes do direito, ele traz uma mudança de paradigma filosófico, o que traz uma visão pós-positivista, quebrando as amarras do positivismo kelseniano. Uma vez que hoje é



necessário para uma interpretação ter uma leitura moral do Direito ao invés de uma ótica meramente positivista.

O estudo é complementado por um corte metodológico para buscar qual o significado da expressão Fonte do Direito. Trazendo uma análise inicialmente individualizada do termo, tendo em vista que tanto “fonte”, quanto “direito” são vocábulos de alta amplitude significativa. Só então é possível retomá-lo como um todo dentro e partir para uma contraposição dos temas com a jurisprudência.

Conceituar Fontes do Direito é remontar aos conceitos mais basilares da Ciência do Direito, apesar das outras Ciências terem um objeto facilmente identificável, o cientista do Direito enfrenta problemas até mesmo ao identificar seu objeto de estudo.

A polissemia do vocábulo estudado traz um constante problema para o cientista jurídico: qual o seu objeto de estudo e qual sua fonte. Definir o que seria fonte é uma tarefa que exige inicialmente com a dificuldade de responder qual o sentido do termo “Direito”, tanto que é objeto de vários estudos complexos é o simples sentido do vocábulo em foco.

É ainda realizado o estudo da formação da norma jurídica, uma vez que as fontes do direito são em sua essência aquilo que gera uma norma jurídica, o nascedouro na norma jurídica e como deve ser interpretada as leis são influenciadas pelo uso da jurisprudência.

Realizado este estudo se deve fazer uma relação entre fontes do direito, Neoconstitucionalismo e como se comportam em relação a jurisprudência. Para assim responder se a jurisprudência, tendo em vista um novo ambiente proporcionado não só pela realidade fática, mas com a interferência do Novo CPC.

2. A JURISPRUDÊNCIA E AS ALTERAÇÕES DO NOVO CPC

Os sistemas onde se aplicam o *common law* (Direito Natural), buscam muito dentro da jurisprudência e do costume as formas para solução de seus conflitos. Por outro lado, os sistemas de origem romana têm uma postura de reconhecer a lei como meio de resolução de conflitos. No sistema do *civil law* clássico, apenas a legislação teria um caráter compulsório dentro de uma decisão judicial. Sendo assim no sistema em que o presente estudo se encontra há uma inclinação teórica para a Jurisprudência não ter um caráter obrigatório.



Para Tércio Sampaio³ a jurisprudência é uma espécie de costume onde seria formado certos entendimentos a partir de um costume judicial. Ainda para Sampaio⁴ a doutrina (romanística) costuma negar à jurisprudência o caráter de fonte, tendo em vista o sistema utilizado caracterizar-se pela não vinculação dos juízes inferiores aos tribunais superiores e de mesma hierarquia. No caso os magistrados possuem independência, devendo julgar conforme sua consciência.

Em outra ótica para Garcia⁵ entende que jurisprudência seria um conjunto de decisões uniformes e constantes dos tribunais. É a revelação do Direito a partir do exercício da jurisdição, o autor ainda pondera que para ser considerada dessa maneira ela deveria ter uma certa estabilidade, evitando mudanças bruscas e repentinas a fim de garantir segurança jurídica na interpretação, bem como integridade, ou uniformidade das decisões havendo uma certa consonância entre os tribunais e juízes e por fim uma coerência onde as questões iguais devam ser tratadas de modo isonômico.

Já Silvio de Salvo Venosa⁶ identifica um sentido amplo e um sentido estrito para a jurisprudência, onde o primeiro seria todas as decisões sobre um tema e o segundo seria as decisões em uniformes sobre determinado tema. O autor, entretanto, ainda reconhece que o caráter da jurisprudência é subsidiário (porém essencial) a produção normativa ele tece sua análise partindo de uma independência do juiz em relação aos outros tribunais e juízes.

A jurisprudência pacífica dos tribunais apesar de não ter um caráter obrigatório, segundo Ferraz⁷, de fato acabava por prevalecer. Citando ainda as questões do ativismo judicial, uma vez que em caso de lacuna completa da norma é possível que o juiz aplique uma norma de forma análoga ou ainda determine como no caso do Mandado de Injunção nº 670/712 ter aplicado a lei de greve do setor privado analogamente ao setor público.

O Novo CPC⁸ traz uma mudança de paradigma em relação a essa matéria, cada vez mais os juízes de primeira instância vêm perdendo sua independência, o Art. 927 afirma que os juízes “observarão”, “a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados”.

³ FERRAZ JR, Tércio Sampaio, **Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação**, 5ª Ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2007 p. 244

⁴ Idem, p. 245

⁵ GARCIA, Gustavo Felipe Barbosa, **Introdução ao Estudo do Direito: Teoria Geral do Direito**, 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2015. p.78

⁶ VENOSA, Silvio de Salvo, **Introdução ao Estudo do Direito: primeiras linhas**, 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2009. P. 131-132

⁷ FERRAZ JR, Tércio Sampaio, **Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação**, 5ª Ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2007 p. 245

⁸ BRASIL, Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 16 de março de 2015



Os juízes então passam a ser oficialmente subordinados aos tribunais, embora fosse um modelo já seguido na prática, tendo em vista que decisões divergentes dos tribunais ensejava motivo para recursos e reformulação dessas.

Entretanto, desde antes vem-se reconhecendo o caráter vinculante das súmulas e decisões repetitivas. Note-se o verbo usado no Art. 927 “*observarão*” está no modo imperativo, de modo que em matérias de controle de constitucionalidade, Súmulas Vinculantes, matérias repetitivas Súmulas do STJ e do STF e no caso anteriormente citado os juízes e tribunais encontram-se devidamente subordinados a certas jurisprudências de caráter especial.

3. A EXPRESSÃO FONTES DO DIREITO

Nessa monta deve-se analisar antes de qualquer outro passo a definição de “Fonte do Direito”, apontando seu caráter extremamente controvertido. Uma vez que a expressão tem um sentido muito aberto, é possível dar várias interpretações ao tema, as quais podem mudar radicalmente o resultado do estudo. A análise de uma expressão desse calibre requer um estudo individualizado de cada termo para depois, seus possíveis sentidos e quais os mais adequados para o tema em questão, para assim analisá-los em conjunto.

Os dois termos principais “Fonte” e “Direito”, possuem uma carga significativa extremamente ampla, tendo em vista as profundidades filosóficas de cada termo. Ambos os termos possuem significados diferentes tanto a partir da ótica em que eles são utilizados, a expressão na qual eles estão, bem como em qual variação linguística eles estão inseridos.

A amplitude do vocábulo “Fonte” traz uma construção de nascedouro, e vem do latim *fons* ou *fontis* e traz uma ideia de ser o lugar de onde brota a água na superfície da terra. Apenas com a formação da expressão é que o sentido toma um significado completamente diferente de sua raiz linguística.

O vocábulo “Direito” tem um caráter extremamente aberto, sendo utilizado de diversos modos tanto dentro da ciência jurídica como fora dela. Neste sentido Tércio Sampaio Ferraz⁹ identifica que a expressão pode assumir vários modos: poderá ser complemento verbal (ele não tem direito), substantivo (o direito é vital para a sociedade), adjetivo (ele não é um homem direito) ou ainda advérbio (ele não agiu direito).

9 FERRAZ JR, Tércio Sampaio, **Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação**, 5ª Ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2007 p. 37-38



As variações do vocábulo não são meramente sintáticas, assumindo uma profundidade semântica não só no modo em que é usada mas no próprio meio científico, onde pode assumir várias denotações, sendo usado como o simples nome da Ciência, o conjunto de leis, características de um indivíduo, ou ainda a regulação das relações intersubjetivas.

3.1 Vocábulo “fonte”

Faz-se então um desmembramento da expressão estudada, iniciando com o vocábulo “fonte” na expressão Fonte do Direito deve ser analisado. Para Tércio Sampaio¹⁰, afirma que a expressão fonte é uma metáfora cheia de ambiguidades, e a palavra fonte poderá significar tanto, origem como gênese. Mas nesse sentido o termo origem do direito poderia ainda ser interpretado como de onde o Direito surge, ou seja, a raiz histórica do Direito.

Apenas dizer que “fonte” é a origem do Direito, não fecha o sentido da expressão, seria uma mera expressão vaga, tendo em vista que o Direito é uma entidade com vários passos em seu processo de criação: inicia-se pelo anseio social levado ao legislador ou atentado pelo próprio, será então transformado em um projeto de lei a ser votado pelo poder Legislativo para então ser transformado em lei e, por fim, homologada e publicada pelo poder executivo.

Entretanto há que se analisar que o vocábulo seguinte possa indicar não só a “lei”, para Miguel Reale¹¹ atenta que os equívocos que o termo “Fonte do Direito” produz originam-se na antiga separação entre fonte formal e fonte material do direito. Sendo a fonte material do direito o texto legal e já a expressão fonte formal remete ao estudo filosófico ou sociológico dos motivos éticos ou dos fatores econômicos que motivaram a criação da lei. O que leva na direção do vocábulo fonte remontar ao processo de formação da norma, a origem da norma.

Aurora Tomazini¹², afirma que fonte é empregada pela Dogmática Jurídica para designar a origem das normas, de onde provém o Direito. A autora também reconhece que quando o termo “fonte” é analisado junto com o vocábulo “direito” surge o problema do sentido em si de Direito. Como já afirmado o vocábulo Direito é de grande amplitude de significados,

10 Idem. p. 235

11 REALE, Miguel, **Lições Preliminares de Direito**, 27. ed. ajustada ao novo código civil, São Paulo: Saraiva, 2002. p. 139-141

12 CARVALHO, Aurora Tomazini de, **Teoria Geral do Direito (Construtivismo Lógico Semântico)**. 2009, Tese de Doutorado, Pontífice Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2009 p. 482



sendo necessário para finalizar o sentido da expressão a definição do sentido do vocábulo Direito.

Ainda de acordo com o pensamento de Tomazini¹³, ela diz que “A fonte jurídica dos enunciados é anterior ao próprio enunciado, mas disciplinado pelo direito como algo capaz de originar enunciados jurídicos”. Chegando nós a conclusão que a fonte jurídica é disciplinada pelo próprio direito e é isso que lhe faz ter robustez o suficiente para dar origem a enunciados jurídicos. Sendo este o foco da observação do estudo jurídico das fontes do direito, como bem pensa a autora.

3.2 Vocábulo “Direito”

Aprofundando a análise, é necessário colocar o vocábulo “Direito”, em foco, tendo em vista que alterações nesse sentido afetam profundamente o sentido do vocábulo anterior. Poderia se dizer que Direito é sinônimo de Ciência do Direito, o estudo se voltaria para as fontes filosóficas e sociológicas.

A próxima possibilidade seria o vocábulo assumir o significado de características de um indivíduo (os Direitos Humanos Fundamentais, os Direitos do Trabalhador, e etc.), os “direitos” de um sujeito face a determinada situação. Entretanto, tendo em vista seu distanciamento do significado em estudo, nota-se que essa linha de raciocínio deve ser abandonada por completo.

É ainda possível o vocábulo “Direito”, nessa expressão, assumir o sentido de conjunto de normas de um determinado sistema e a regulação das relações intersubjetivas. O Direito em “Direito Civil”, “Direito Penal” ou “Direito Brasileiro” são porções limitadas do Direito em si, por mais amplo que pareça ser, não abrange toda completude do termo. Por fim nota-se que vencidas tais possibilidades o Direito objeto desta expressão será o aspecto da regulação das condutas intersubjetivas, ou seja, qual a ação a ser tomada dentro de um fato concreto.

Retoma-se então o conceito de Miguel Reale¹⁴, o qual informa em sua teoria tridimensional, que o Direito é a conjuntura inseparável de um fato (acontecimento no mundo real), um valor (o qual confere significação ao fato) e uma norma que rege este fato. Nota-se então uma abrangência muito maior do que a simples norma, de modo a depender também de fatos e valores.

¹³ Idem, p. 482

¹⁴ REALE, Miguel, **Lições Preliminares de Direito**, 27. ed. ajustada ao novo código civil, São Paulo: Saraiva, 2002. p. 64-67



Sendo assim a norma, passa ser o conteúdo central do Direito, pois dá relevância jurídica ao fato e ao valor a ele atribuído. Não havendo norma reguladora de um fato ele pertencerá ao campo da moral, sem qualquer relevância ao mundo jurídico. Sendo assim as condutas só assumem um caráter jurídico quando os valores nelas impressos são relevantes ao ponto de serem previstas em lei (ou necessitarem de tal previsão).

O estudo dentro do aspecto formal da norma é feito por Norberto Bobbio¹⁵, assim como visto, para ele toda norma, é uma proposição prescritiva, um comando a ser tomado diante de uma situação. Ele entende que proposição seria um conjunto de palavras que possuem um significado em sua unidade, a qual na lógica clássica seria chamada de juízo. Seriam uma união de sujeito e predicado, de hipótese e consequência.

Essas proposições só se tornam relevantes ao mundo jurídico justamente quando estão previstas em lei. O jurista deve se preocupar não só, segundo Bobbio¹⁶, com o significado, uma vez que as proposições jurídicas apesar de verdadeiras assumirem interpretações injustas ou inválidas. No Direito, portanto, a condição de “verdade” para uma proposição prescritiva está na justiça e validade da interpretação.

Já a teoria de Paulo de Barros¹⁷ aprofunda o estudo, embasado no conceito de Lourival Vilanova a norma jurídica é uma estruturação lógico-sintática de significação. A norma jurídica então é um comando a ser seguido a partir da interpretação de uma lei, sendo esta apenas um mero texto e que deve ser trazido a vida pelo intérprete.

Fazendo uma conjunção de Estudos, o Direito então para a expressão em estudo seria a situação hipotética descrita em uma norma dando a uma situação fática um valor. Sendo assim o termo precisa então ser recomposto e estudado como um todo.

Como já foi dito, sob as palavras da jurista Tomazini¹⁸, os enunciados jurídicos vem das regras estabelecidas pelo Direito, ela diz ainda que, o ordenamento jurídico contém regras que determinam a autoridade competente e prescrevem como ela deve proceder para produzir enunciados jurídicos, afirma a autora que e os enunciados como produtores de normas jurídicas devem ocorrer nos moldes prescritos por estas regras, sendo inviável que não se dê dessa forma a relação entre o ordenamento jurídico e as fontes do direito como sendo enunciados.

15 BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. 1ª Ed. São Paulo: EDIPRO, 2001. 72

16 Idem, p. 74

17 CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário Linguagem e Método**. 5ª ed. São Paulo: Noeses, 2011. 608

18 CARVALHO, Aurora Tomazini de, **Teoria Geral do Direito (Construtivismo Lógico Semântico)**. 2009, Tese de Doutorado, Pontífice Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2009 p.



3.3 Fontes do Direito no Neoconstitucionalismo

Tendo em vista o estudado nesses dois termos, é necessário, antes informar qual ordenamento jurídico está em estudo, bem como a teoria normativa a ser utilizada. É notável que cada ordenamento jurídico possui seus respectivos valores, e esta definição é ainda mais relevante quando se traz à tona a dicotomia do *civil law* e do *common law*. Nestes dois sistemas o modo de criação das normas afeta profundamente as Fontes do Direito em cada um.

Se por um lado o *common law* traz ideais consuetudinários, suas normas são mais dinâmicas e mudam a partir de precedentes judiciais, de modo que a lei tem um papel muito fragilizado em relação a jurisprudência, sendo o estudo das jurisprudências quase um estudo de textos legais.

Em contrapartida o *civil law*, vale-se de várias leis, para embasar o conteúdo das normas. Em primeira análise a jurisprudência nesses sistemas tem um papel muito mais interpretativo do que normativo. Nesse sistema a jurisprudência seria meramente um meio de apoio à interpretação, a qual o juiz poderia livremente ignorar e seguir suas vontades e visões de mundo.

A ideia de Miguel Reale¹⁹ de que a fonte do direito remontaria ao processo de produção de normas jurídicas, leva a investigar o que faz parte desse processo de formação. Se a norma jurídica é uma estrutura lógico-sintática de significação onde o intérprete da norma dá um valor a um determinado evento, transformando-o em fato jurídico esse processo de formação então abarca tanto o texto legal, quanto a interpretação do texto, bem como a existência de um fato relevante em que a norma atue.

A norma então atua sobre um fato jurídico, nesse sentido Aurora Tomazini faz uma profunda análise do tema²⁰, a autora faz uma distinção entre “evento”, “do fato” e “do fato jurídico”. Para ela evento seria um mero acontecimento no mundo real sem qualquer descrição linguística, acontecimentos naturais sem quaisquer impressões de uma inteligência humana, ou seja, ficam apenas a esfera do “ser” e que podem ou não ser regulados por lei. Note-se que o evento é como se fosse um raio caindo em uma floresta sem nenhum ser humano por perto: Ocorreu, mas não será descrito por ninguém, não virá a ser relevante.

19 REALE, Miguel, **Lições Preliminares de Direito**, 27. ed. ajustada ao novo código civil, São Paulo: Saraiva, 2002. p. 139-141

20 CARVALHO, Aurora Tomazini de, **Teoria Geral do Direito (Construtivismo Lógico Semântico)**. 2009, Tese de Doutorado, Pontífice Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2009 p. 482



Entretanto quando o “evento” é observado por um ser humano ele poderá ser relatado, tornando-se um “fato”, um enunciado denotativo de uma situação num determinado espaço e tempo. Ocorre quando alguém dá um depoimento a um policial, ou alguém descreve o ocorrido numa rede social.

O fato pode se tornar jurídico, desde que seu relato seja convertido tanto em linguagem jurídica, quanto é necessário uma autoridade competente dá relevância jurídica ao “fato”. Ocorre então quando uma multa é lavrada, um auto de infração é feito ou ainda quando um juiz sentencia.

A norma jurídica reside no limiar, na passagem de fato para fato jurídico, tendo em vista que a norma é a interpretação da lei aplicada ao caso concreto.

Se tomarmos a definição de que uma norma é uma proposição, a lei é o ponto de partida dessa proposição. Como foi visto a lei é um texto, e um texto por si só não completa o ciclo da comunicação, necessita de um receptor que irá decodificá-lo (interpretar).

Então para ser uma norma o enunciado da lei precisa de um intérprete, que dirá qual a hipótese prevista na lei e qual a consequência desta. A lei decodificada torna-se norma, entretanto, cada ser humano imprime um significado diferente para os símbolos impressos na lei.

Hans Kelsen²¹ identifica três espécies de interpretação da lei, uma realizada por um órgão jurídico, por uma pessoa privada e pela ciência jurídica. Estas três espécies configuram interpretações de lei e formam *latu sensu* norma.

Diante da amplitude de sentidos que uma dada lei pode assumir, bem como a necessidade de uma interpretação que conceda uma certa segurança jurídica só é possível dizer que o direito nasce a partir de uma interpretação, segundo Tomazini²² um ato de vontade e realização do procedimento próprio por uma autoridade competente. A enunciação dessa vontade, a interpretação emitida diante do caso concreto faz com que surja a norma jurídica, sendo assim essa enunciação é a fonte do direito.

21 KELSEN, Hans, **Teoria pura do direito**, Tradução João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998

22 CARVALHO, Aurora Tomazini de, **Teoria Geral do Direito (Construtivismo Lógico Semântico)**. 2009, Tese de Doutorado, Pontífice Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2009 p. 485



Nesse contexto a norma jurídica só surge a partir de uma interpretação realizada por um órgão jurídico (competente para tal análise), de modo que ao ligarmos os conceitos de “Fonte do Direito” ao Neoconstitucionalismo, bem como a necessidade de uma autoridade competente para criar a norma jurídica aponta-se para uma importância clara da jurisprudência como “fonte do direito”.

Entretanto, como visto o Neoconstitucionalismo traz uma visão muito mais aberta da norma jurídica e a jurisprudência assume um papel muito mais importante do que nos antigos moldes. Este, traz aos estudos das fontes do direito uma atualização estudos clássicos, bem como uma evolução na formação da norma jurídica.

4. NORMA JURÍDICA E FONTES DO DIREITO

Seguindo a investigação, faz-se necessário um corte metodológico no uso da expressão norma jurídica. Tal expressão não coincide com a expressão “lei”, a qual significa meramente o texto do qual se extrai a norma.

Noberto Bobbio²³ estuda a norma jurídica em seu aspecto formal e afirma que toda norma independentemente de seu conteúdo, é uma proposição prescritiva. A norma como proposição é uma sentença que afirma algo: “Se A então B” ou “A é B”. É uma proposição que prescreve algo, delimita algo no mundo jurídico.

Já para Miguel Reale²⁴, a fonte do direito seria o processo de produção de normas jurídicas, é necessário definir o que faz parte deste processo. Uma norma jurídica é uma estrutura lógico sintática de significação onde o intérprete da norma dá um valor a um determinado evento, transformando-o em fato jurídico.

Para o Direito Positivo de Hans Kelsen²⁵ a norma seria um esquema de interpretação da lei, de modo que descrever um ato como jurídico ou antijurídico é o resultado de uma interpretação normativa.

23 Bobbio, Noberto. **Teoria da Norma Jurídica**. 1ª Ed. São Paulo: EDIPRO, 2001. p. 72

24 REALE, Miguel, **Lições Preliminares de Direito**, 27. ed. ajustada ao novo código civil, São Paulo: Saraiva, 2002. p.

25 KELSEN, Hans, **Teoria pura do direito**, Tradução João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 6-8



Para Paulo de Barros²⁶, a norma jurídica é uma estruturação lógico-sintática de significação. Implicando dizer que as leis não trazem normas jurídicas organicamente agregadas, sendo assim lícito traçar uma interpretação de uma lei a fim de tracejar uma norma jurídica. Invariavelmente a lei em sentido estrito é extraída de um texto, o qual ainda segundo Paulo de Barros²⁷, em são objetos percebidos pelos nossos órgãos sensoriais os quais geram significações e transmitem mensagens. Tais estímulos desencadeadores de sentido tem um condão único para cada indivíduo.

Em última instância a interpretação de uma norma será a dada por autoridade revestida de competência jurisdicional. Entretanto, é possível ainda que autoridades (ainda que não revestidas desta competência), tenham atribuições de emitir juízos de valor sobre leis específicas.

Já Tércio Sampaio Ferraz²⁸ chama a relação entre emissor e receptor na medida que é medida por signos linguísticos de princípio da interação. O Direito então como fenômeno empírico, sofre estudos de várias disciplinas linguísticas como a semântica e a hermenêutica, o autor ainda fala que se pode falar em Direito da Linguagem onde o objeto seria as disciplinas jurídicas no sentido da linguagem processual ou protocolar. E por fim finalmente fala sobre o sentido do Direito enquanto linguagem, utilizando o preceito filosófico de que o jurista em todas as suas atividades não ultrapassa o plano de sua linguagem.

O plano de expressão do Direito (a lei) sozinho não passa nenhuma norma, não traz nenhum significado. Este significado só pode ser construído a partir do plano de conteúdo para se ter acesso à mensagem legislada.

Quando se liga esse panorama da norma ser a interpretação da lei ao Neoconstitucionalismo, então a conduta a ser realizada a partir da lei passará, no processo interpretativo, por um crivo constitucional, as leis só serão convertidas em norma se a norma em si trazer um conteúdo constitucionalmente verificado.

26 CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário Linguagem e Método**. 5ª ed. São Paulo: Noeses, 2011. pg. 608

²⁷Carvalho, Paulo de Barros, *Direito Tributário: Fundamentos Jurídicos da Incidência*, 2ª Ed. São Paulo : Saraiva, 1999 p. 16, 17

28 FERRAZ JR. Tércio Sampaio. **Teoria da norma Jurídica: Ensaio de Pragmática da comunicação normativa**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 6



A multiplicidade de interpretações é natural do Direito e é como ele evolui e se transforma, para Konrad Hesse²⁹ interpretar (a Constituição) é concretizá-la e adiciona a realidade em seu texto normativo. A Constituição torna-se um importante fator na criação da norma jurídica, de modo que de acordo com o Neoconstitucionalismo a norma jurídica é atualizada constantemente a partir da constituição.

O Neoconstitucionalismo impõe então a norma um contexto de uma sociedade plural, com as fontes principais do Direito (em suma a produção normativa) sendo a primazia da Constituição, a qual é sempre atualizada pelos precedentes.

Sendo assim uma norma jurídica ocorre quando uma dada lei é interpretada, segundo visto tem-se que a lei sozinha não constitui uma norma sendo sua letra fria nada mais que um texto, é necessário o trabalho do hermenauta para complementar seu sentido. Tendo em vista a amplitude de possibilidades linguísticas de um texto, a interpretação poderá ser válida ou não, sendo os critérios de validade a leitura moral do texto, bem como a leitura ser produzida por uma autoridade competente.

Com base nos estudos apresentados a norma jurídica é formada a partir de uma interpretação válida emitida por um órgão apto a tal. É nessa interpretação válida que se produz uma segurança jurídica.

5. NEOCONSTITUCIONALISMO E O IMPACTO NO ESTUDO DAS FONTES

O Neoconstitucionalismo traz uma nova ótica ao estudo das fontes do Direito, é uma mudança de paradigma que vem ocorrendo desde o início do século XX, mas sua ascensão pós 2ª Guerra Mundial.

Para Luís Roberto Barroso³⁰ essa mudança se dá pelo reconhecimento da força normativa da Constituição, dando ao seu texto legal aspecto de norma jurídica. Esse marco ideológico faz com que as Constituições passem a influência e deixem de ser um repositório de ideias vagas e sem real impacto na ceara jurídica. Arelado a este fenômeno correu uma

29 KONRAD, Hesse. Trad. e Sel. por MENDES, Gilmar. **Temas fundamentais do Direito Constitucional**. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 108-109

30 BARROSO, Luís Roberto, **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil**, Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro – RJ, v. 240, pg 1-42 (2005). p. 5



expansão dos tribunais constitucionais, a partir de uma maior importância dada ao controle de constitucionalidade.

Entretanto esse movimento, calcado na defesa do social, traz uma reaproximação com a Filosofia do Direito feita pelo pós-positivismo, o qual se torna o marco filosófico do Neoconstitucionalismo. Para Barroso³¹ essa teoria vai além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto, trabalha com leitura moral do Direito.

A leitura moral do Direito só é possível por causa das constituições, tendo em vista que sem reconhecimento da força normativa do texto constitucional, o texto legal deverá ser analisado com uma ótica legalista. A Ciência do Direito então se volta para as constituições que trazem em seu corpo as diretrizes morais dos sistemas legislativos, tanto que as leis, nesse contexto, são dobradas aos moldes da moral impressa na Constituição. A força normativa constitucional então surge dando-as não só força normativa como protagonismo na interpretação das normas.

O primeiro sintoma deste novo paradigma é o controle de constitucionalidade, todos os atos administrativos (bem como as omissões) e leis estão sujeitos ao crivo da constitucionalidade. Deste modo um Tribunal Superior existe como órgão que definirá se a lei está ou não de acordo com a Constituição.

5.1 O caminho interpretativo do neoconstitucionalismo

A interpretação jurídica tradicionalmente, segundo Barroso³², trabalhava a partir da premissa que o papel da lei era oferecer solução aos problemas jurídicos e o juiz identificar, dentro do ordenamento jurídico, a lei aplicável ao caso concreto. Era um sistema baseado na teoria de Kelsen do positivismo jurídico.

Essas premissas falham quando se depara com casos onde há lacunas na norma, onde o caso concreto não possa ser resolvido, ou ainda que a lei em si (sem uma concretização constitucional) produza injustiças.

31 Idem. p. 4

32 BARROSO, Luís Roberto, **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil**, Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro – RJ, v. 240, pg 1-42 (2005). p 9



Ainda segundo Barroso³³ o avanço do direito constitucional modificou as premissas para que o papel da lei fosse uma conjunção desta com uma adequação constitucional da resolução do problema, dos fatos relevantes e analisados topicamente; já o papel do juiz é tornar-se copartícipe do processo de criação do Direito (da norma), complementando o trabalho do legislador.

Dentro destas premissas deve ser notada a existência de colisões de normas constitucionais (mais de um princípio aplicado ao caso concreto). Sendo assim as normas (sua existência ou eficácia), devem passar por um constante crivo entre os vários princípios aplicáveis ao caso concreto.

6. A JURISPRUDÊNCIA NO NEOCONSTITUCIONALISMO

Para Barroso³⁴ o avanço do Neoconstitucionalismo impacta o Poder Judiciário, quando traz a constitucionalização como o parâmetro para o controle de constitucionalidade por ele desempenhado (incidental e por ação direta), bem como condiciona a interpretação de todas as normas do sistema. A constitucionalização passa a ser parte vital da atividade do Poder Judiciário.

Sendo assim toda interpretação jurídica é também interpretação constitucional, para Barroso³⁵ qualquer operação de realização do direito envolve a aplicação direta ou indireta da Constituição. Ele identifica que quando a pretensão se fundar em uma norma do próprio texto constitucional há uma aplicação direta. Bem como quando houver um fundamento em norma infraconstitucional a interpretação será indiretamente uma aplicação da norma constitucional pois tanto o intérprete deve verificar se a norma é compatível com a Constituição como sua interpretação deverá ser orientada a partir de uma busca pela realização de fins constitucionais.

Retomando as premissas e conceitos já postos: O Direito é a situação hipotética descrita em uma norma dando a uma situação fática um valor, e sua fonte é o processo de formação da norma jurídica. A norma jurídica então é a decodificação da lei (validada por uma autoridade competente).

33 Idem p. 10

34 BARROSO, Luís Roberto, **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil**, Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro – RJ, v. 240, pg 1-42 (2005). p. 13

35 Idem p. 22



A sentença então traz uma decodificação do suporte físico (lei), e como visto esta decodificação deverá trazer um conteúdo subordinado a constituição, há que se lembrar que jurisprudência é uma entidade separada da sentença. A sentença será o dispositivo que vincula os dois polos do processo, mas a jurisprudência é o uso de uma sentença anterior como norte interpretativo de um caso concreto.

Usualmente a jurisprudência é apenas um norte interpretativo, que pode ser usado ou não pelo juiz do caso concreto. Só adquirindo um teor vinculante quando emitida com características especiais. Entretanto cada vez mais a sentença e o acórdão adotam uma postura de observar a constituição ainda que em interpretações infraconstitucionais.

Barroso³⁶ ainda assevera que há um aumento da demanda por justiça, o que leva a ascensão institucional do Judiciário, verificando-se no Brasil uma expressiva judicialização de questões políticas e sociais, que passaram a ter nos tribunais a sua instância decisória final. Esse movimento em contrapartida gera duras críticas ao Neoconstitucionalismo pelo fato de gerar um ativismo judicial (em especial pelo amplo poder dado ao judiciário).

7. CONCLUSÃO

É notório que o avanço do Neoconstitucionalismo trouxe inúmeros avanços ao Direito, o qual deixa de ser uma entidade longe dos anseios sociais e passa a ser muito mais próximo da sociedade. As leis trazem um conteúdo engessado e anacrônico, o qual é revisitado pelo Neoconstitucionalismo e se transforma para adequar-se ao contexto social no momento da interpretação.

Esses avanços impactaram profundamente a fonte do direito, a soma dos ideais pós positivistas e do Neoconstitucionalismo trazem um novo paradigma para a fonte do direito: a interpretação subordinada a Constituição, bem como a leitura moral dos textos legais.

A Fonte do Direito então é uma construção que forma a norma jurídica, a interpretação de um texto legal o Direito então surge de uma confluência de uma ação a ser tomada dada uma certa lei ou texto legal.

O juiz então passa a ser o intérprete legítimo das leis, mas deverá calcar sua atividade jurisdicional a partir de um norte constitucional. Seu interpretar faz norma jurídica e o seu histórico interpretativo faz jurisprudência.

36 BARROSO, Luís Roberto, **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil**, Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro – RJ, v. 240, pg 1-42 (2005). p. 36-37



Ao judiciário então é dada a permissão e responsabilidade de atualizar o conteúdo das normas constitucionais e infraconstitucionais. A jurisprudência então torna-se o histórico das interpretações dadas ao caso concreto e influenciará as próximas interpretações.

Nesse sentido a jurisprudência é o histórico de concretização das normas constitucionais, embora não vinculem por si só (apenas quando emitidas por órgãos superiores), elas possuem um forte caráter influenciador das próximas interpretações: São o mapa interpretativo da norma, o caminho outrora trilhado servirá de base para contextualização da próxima interpretação (ainda que divergente face a uma mudança no âmago da sociedade).

Sendo assim, os novos mandamentos trazidos pelo Novo CPC, fazem com que a jurisprudência assumam um novo patamar. As jurisprudências com características especiais são tratadas sim como fontes do direito ao ponto de suprir lacunas ou até mesmo alterar certos dispositivos legais. Bem como as jurisprudências, mesmo sem características especiais tem um elemento fundamental à formação do Direito: a obrigatoriedade da decisão. Uma vez transitada em julgado e formando jurisprudência uma decisão judicial concretiza o fato natural no mundo do Direito, transformando-o em fato jurídico e a ação a ser seguida como norma jurídica.

Portanto, a Jurisprudência traz elementos de fonte formal, inovando normas jurídicas, guia interpretativo (fonte interpretativa) e fonte transformadora em algo natural para algo jurídico. É um novo caminho interpretativo que mudou o status da decisão no sistema romanístico brasileiro.

Por fim, é justamente por essa força e fluidez que importantes decisões foram tomadas no âmbito do Supremo Tribunal Federal a fim de trazer justiça e concretizar a Constituição em uma nova realidade histórica e social. Entretanto o risco do excessivo ativismo judicial é um perigo que o Neoconstitucionalismo e essa nova visão traz ao Direito.



8. REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto, **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil**, Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro – RJ, v. 240, pg 1-42 (2005)

BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. 1ª Ed. São Paulo: EDIPRO, 2001.

BRASIL, Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 16 de março de 2015

CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário Linguagem e Método**. 5ª ed. São Paulo: Noeses, 2011.

CARVALHO, Aurora Tomazini de, **Teoria Geral do Direito (Construtivismo Lógico Semântico)**. 2009, Tese de Doutorado, Pontífice Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2009.

FERRAZ JR, Tércio Sampaio, **Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação**, 5ª Ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2007

FERRAZ JR. Tércio Sampaio. **Teoria da norma Jurídica: Ensaio de Pragmática da comunicação normativa**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006

GARCIA, Gustavo Felipe Barbosa, **Introdução ao Estudo do Direito: Teoria Geral do Direito**, 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2015.

KELSEN, Hans, **Teoria pura do direito**, Tradução João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998

KONRAD, Hesse. Trad. e Sel. por MENDES, Gilmar. **Temas fundamentais do Direito Constitucional**. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009



O NEOCONSTITUCIONALISMO E O ESTUDO DAS FONTES DO DIREITO: O NOVO CPC E A CONSOLIDAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA NA CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO

REALE, Miguel, **Lições Preliminares de Direito**, 27. ed. ajustada ao novo código civil, São Paulo: Saraiva, 2002

VENOSA, Silvio de Salvo, **Introdução ao Estudo do Direito: primeiras linhas**, 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2009.