

JURISPRUDÊNCIA: FONTE DO DIREITO?

CASE LAW: A SOURCE OF LAW?

Ciências Sociais Aplicadas • 10/03/2026

REGISTRO DOI: [10.70773/revistatopicos/773115705](https://doi.org/10.70773/revistatopicos/773115705)

Marcos Antonio Silva Dias¹

RESUMO

O artigo discorrerá sobre o conceito de “fonte do direito” e, com ele, sobre a criação das normas jurídicas sob a óptica do Constructivismo Lógico-Semântico, método que adota também como pressupostos filosóficos a teoria de conhecimento e a filosofia da linguagem. A partir desta linha teórica será demonstrado que o entendimento da teoria clássica do direito sobre “fonte do direito” impede o conhecimento do próprio processo de criação de normas, levando a equivocadamente conceber a jurisprudência como uma fonte.

Palavras-chave: Fonte. Jurisprudência. Constructivismo Lógico-Semântico.

ABSTRACT

This article will discuss the concept of "source of law" and, with it, the creation of legal norms from the perspective of Logical-Semantic Constructivism, a method that also adopts the theory of knowledge and the philosophy of language as philosophical presuppositions. From this theoretical perspective, it will be demonstrated that the classical legal theory's understanding of "source of law" hinders knowledge of the very process of norm creation, leading to the mistaken conception of jurisprudence as a source.

Keywords: Source. Jurisprudence. Logical-Semantic Constructivism.

INTRODUÇÃO

A tradicional doutrina, de uma forma geral, e os órgãos julgadores (judiciais e administrativos) vêm adotando um conceito de “fonte do direito” que não hesita em inserir a jurisprudência como uma fonte criadora do direito. Esta é conclusão que estamos acostumados a ler e ouvir, parecendo denotar que tal conceito já estaria sido estudado

de forma definitiva. Assim, o tema deste trabalho não mais possuiria qualquer relevância que justificasse sua análise.

Entretanto, dependendo do método utilizado para compreensão do conceito de “fonte do direito”, poder-se-á observar que o entendimento tradicional de fonte confina o seu verdadeiro significado. O Constructivismo Lógico-Semântico, método que possui perspectiva própria sobre o direito e nascido no século XX, surge, pois, como instrumento que permite compreender o verdadeiro conceito de “fonte do direito” e, com esse conceito, observar que aquele conceito tradicional limita a compreensão do próprio processo de construção de normas jurídicas.

O tema em questão, portanto, possui uma enorme relevância jurídica, uma vez que a utilização do método acima destacado, o Constructivismo Lógico-Semântico, cujas premissas teóricas representam a base deste artigo, revela a necessidade da constante busca pelo conhecimento científico e desmistificar aquele entendimento de que a jurisprudência seria uma verdadeira “fonte de direito”.

O objeto de estudo deste artigo é justamente apontar a definição de “fonte do direito” e de jurisprudência. Como objetivo, este artigo analisará a “fonte do direito” de acordo com as premissas do Constructivismo Lógico-Semântico, para, a partir daí, poder entender e compreender se a jurisprudência pode, ou não, ser considerada como uma “fonte do direito”.

Para o desenvolvimento do artigo será inicialmente feita numa abordagem sobre o Constructivismo Lógico-Semântico. Após adentrará no conceito de “fonte do direito” e, por fim, fará uma

abordagem da jurisprudência sob a óptica da teoria clássica do direito e sob a ótica do Constructivismo Lógico-Semântico, com o qual será demonstrado que o entendimento tradicional da jurisprudência como “fonte do direito” impede o conhecimento do processo de construção das normas jurídicas.

Este artigo, enfim, representa, conforme poderá ser observado ao longo de seu percurso, uma crítica ao entendimento tradicional de que a jurisprudência poderia ser concebida como uma “fonte do direito”.

1. CONSTRUCTIVISMO LÓGICO-SEMÂNTICO

Inicialmente, cumpre esclarecer que este artigo não representa um estudo sobre o Constructivismo Lógico-Semântico. Este método, como já exposto na introdução, é aqui utilizado como linha teórica. Portanto, não serão abordados todos os movimentos filosóficos que lhe antecederam - como a filosofia do ser e a filosofia da consciência -, nem todos os seus pressupostos, como também não será feita uma abordagem profunda sobre tal método. Aqui serão destacadas a origem do Constructivismo Lógico-Semântico e suas principais premissas filosóficas, com posterior abordagem geral do próprio método, tudo com o objetivo de construção do percurso deste artigo para se chegar à sua respectiva conclusão.

1.1. Origem

Para tratar da origem do Constructivismo Lógico-Semântico faz-se importante destacar o papel do Neopositivismo Lógico, importante e revolucionário movimento filosófico do século XX e com o qual a natureza do conhecimento científico passou a ser discutida. Este movimento adotou a filosofia da linguagem como linha teórica e a

linguagem como o próprio instrumento do conhecimento - superando as anteriores premissas filosóficas da filosofia do ser e da filosofia da consciência -, tentando aplicar, para além, a precisão da lógica e matemática à filosofia.

Buscava-se o conhecimento e a linguagem científicos, primando-se, como sinaliza Sílvia Regina Zomer, “pelo rigor lógico e uma visão da filosofia atrelada ao uso da linguagem como instrumento para descrição da realidade”². No mesmo sentido, Paulo de Barros Carvalho denota que “o Neopositivismo Lógico encarece sobremaneira a linguagem como instrumento do saber científico e, mais do que isso, como meio de controle daqueles mesmos conhecimentos”³.

Evidencia-se, desta forma, a importância do movimento Neopositivismo Lógico, dentro do qual a linguagem passa a ter especial atenção. A partir desse movimento, a criação de uma linguagem artificial (no lugar da linguagem natural) passa ser entendida como um meio, um instrumento, para a comunicação científica.

Contudo, a linguagem, na segunda metade do século XX, torna-se a ser investigada como próprio objeto do conhecimento e não mais como mero instrumento da comunicação científica. Esse novo movimento é conhecido como Giro Linguístico, com o qual a realidade, então, começa a ser interpretada, compreendida e investigada “dentro de seu contexto pragmático (de uso), sobretudo a partir da noção de ‘jogos de linguagem’”⁴, como bem aponta Luiz Cláudio Nogueira Souza.

Nacionalmente, Lourival Vilanova e Paulo de Barros Carvalho fundam essa nova compreensão da realidade através da linguagem, através da qual se exige o seu próprio conhecimento para poder se entender a realidade. É assim, que a linguagem do direito passa a ser compreendida como realidade, o saber jurídico. Nasce, sim, o método denominado Constructivismo Lógico-Semântico.

1.2. Premissas Filosóficas

O Constructivismo Lógico-Semântico surge, como sinalizado, como método que adota a premissa filosófica utilizada pelo Giro Linguístico, qual seja, a filosofia da linguagem. A linguagem, segundo o Constructivismo Lógico-Semântico, é utilizada como instrumento do saber científico, ou seja, do conhecimento, o que significa dizer que não haverá conhecimento se a linguagem não for compreendida.

A principal premissa do Constructivismo Lógico-Semântico, pois, é de que o direito deve ser entendido como linguagem, assentando o entendimento de que a realidade deve ser entendida, portanto, mediante o próprio conhecimento da linguagem. Deste modo, Luiz Cláudio Nogueira Souza, citando Lourival Vilanova e Paulo de Barros Carvalho como fundadores, nacionalmente, desse método, não apenas aponta que o Constructivismo Lógico-Semântico “concebe a linguagem jurídico-normativa como constitutiva da realidade jurídica, e não apenas como instrumento”⁵, mas também para o seguinte:

Entre seus principais traços estão as considerações de que a linguagem é constitutiva da realidade, de que direito é linguagem, de que linguagem é texto, de que tudo que é texto pode ser interpretado e, por fim, de que a hermenêutica analítica nos possibilita acesso privilegiado ao fenômeno jurídico.⁶

O direito, nestes termos, torna-se a ser compreendido como linguagem e não apenas como um mero objeto linguístico.

Ademais, a Teoria Geral do Direito, com o Constructivismo Lógico-Semântico, aperfeiçoa-se com a efetiva busca do conhecimento da realidade, com o uso, como esclarece Paulo de Barros Carvalho, “de expedientes epistemológicos ricos em método, que visam a aprofundar o conhecimento da matéria”⁷, visando, assim, a redução de complexidades. É nesta linha de entendimento, cumpre destacar, que Bianor Arruda Bezerra Neto pondera que “a realidade é linguagem, que a verdade depende do sistema de referência e que o direito será pouco entendido, a não ser que se alcance essa compreensão”⁸.

Diante disto, pode-se arrematar que o Constructivismo Lógico-Semântico adotou como premissas filosóficas a teoria do conhecimento e a filosofia da linguagem.

1.3. O Constructivismo Lógico-semântico

Diante das considerações anteriores, denota-se que o Constructivismo Lógico-Semântico não consiste em um movimento

filosófico. Ele, em verdade, possui como premissa filosófica a filosofia da linguagem, de sorte que se pode compreender o Constructivismo Lógico-Semântico como um método, um instrumento, para pensar o direito como linguagem, buscando, com isso, ampliar o conhecimento científico.

Assim sendo, o conhecimento da linguagem como forma de entender a realidade é a maneira de se chegar ao conhecimento. Por conseguinte, a utilização desse método hermenêutico consiste na criação da realidade jurídica pela linguagem na busca de definições mais precisas das mensagens do direito positivo, evitando-se, com isso, a imprecisão no uso de determinados vocábulos contidos nos textos.

Merece, neste aspecto, novo destaque a Luiz Cláudio Nogueira Souza, agora quanto à definição objetiva do Constructivismo Lógico-Semântico:

... o Constructivismo Lógico-Semântico teve o mérito de desenvolver as condições para uma perspectiva analítico-hermenêutica do fenômeno jurídico, possibilitando, a partir do giro linguístico, da fenomenologia e da filosofia hermenêutica contemporânea, uma hermenêutica jurídica que leva em consideração, a um só tempo, a perspectiva do intérprete em conexão com os aspectos lógicos, semânticos e pragmáticos da linguagem.⁹

Com o Constructivismo Lógico-Semântico busca-se, desta maneira, uma construção lógica, didática e estruturada de normas jurídicas com rigor de discurso e redução de complexidades. Na utilização deste método, então, o “conteúdo, o sentido e o alcance”¹⁰ da norma jurídica devem ser compreendidos, interpretados e aplicados. É assim, pois, que Paulo de Barros Carvalho aponta:

*Não haverá ciência sem um conjunto organizado de procedimentos, de técnicas, de táticas, dispostas esquematicamente, para garantir a progressão do conhecimento, tendo em vista o fim de percorrer, da maneira mais eficiente possível, o domínio sobre o objeto devidamente demarcado.*¹¹

Novo destaque aqui deve ser feito a Luiz Cláudio Nogueira Souza. Para o Constructivismo Lógico-Semântico, “cujas premissas teórico-metodológicas encontram-se assentadas no horizonte da filosofia da linguagem, a compreensão central do saber jurídico reside na premissa primeira de que o direito é linguagem”¹².

Não há dúvida sobre a importância do Constructivismo Lógico-Semântico, que possui dentre suas premissas filosóficas a filosofia da linguagem, através da qual se exige o próprio conhecimento da linguagem para entender a realidade, ou seja: é com a linguagem do direito que a realidade - o saber jurídico - será compreendida.

Sem linguagem não há conhecimento, já que sem a linguagem não se consegue compreender o saber. Não de outra forma que Tárek Moisés Mossallem afirma que “A perda da linguagem em que a

norma se manifesta equivale à sua morte”¹³. A linguagem encontra no Constructivismo Lógico-Semântico papel importantíssimo para aprofundar o conhecimento, sendo essa premissa um evidente aperfeiçoamento da Teoria Geral do Direito.

Sendo assim, este artigo adota em seu percurso a premissa já acima fixada no sentido de que direito é linguagem e linguagem, pois, é via de acesso ao conhecimento. A linguagem, por conseguinte, é via de acesso às normas jurídicas e com a qual se busca entendê-las e compreendê-las através da análise de todo um conjunto integrado. E essa linha teórica é a aqui utilizada porque se faz necessário entender e compreender a expressão “fonte do direito”. O conhecimento de “bases teóricas mais firmes e conscientes”¹⁴ será capaz, desta maneira, de compreender se a jurisprudência pode, ou não, ser concebida como uma fonte do direito.

1.4. Teoria Comunicacional do Direito

Nos itens anteriores foi demonstrado que o Constructivismo Lógico-Semântico adotou a teoria do conhecimento e a filosofia da linguagem como premissas filosóficas. Para além dessas duas premissas filosóficas, cabe também destacar a importância da Teoria Comunicacional do Direito para o Constructivismo Lógico-Semântico.

É neste sentido que Gregório Robles ressalta que “a teoria do direito contempla o direito como um sistema de mensagens ou, o que significa a mesma coisa, como um sistema comunicacional”¹⁵.

É fato, entretanto, que a Teoria Comunicacional do Direito não tratou de “fonte do direito”, mas a Teoria Comunicacional do Direito é aqui

abordada, de forma bastante objetiva, porque é a linguagem verbal-escrita o meio de comunicação do direito, com a qual, como salienta Paulo de Barros Carvalho, será possível uma “concepção semiótica dos textos jurídicos, em que as dimensões sintática ou lógica, semânticas e pragmáticas funcionem como instrumentos preciosos do aprofundamento cognoscitivo¹⁶”.

2. FONTE DO DIREITO

2.1. A Palavra “fonte”

Antes de adentrar no conceito de “fonte do direito”, é importante trazer inicialmente a definição da palavra “fonte”, ficando, outrossim, esclarecido que o enfoque do artigo é exclusivamente dogmático. O que, então, pode ser entendido como “fonte”?

A palavra “fonte” nos remete a origem de algo. Ao imaginar, ou mesmo ver, uma fonte de água, por exemplo, já indicamos que ali é o nascedouro de uma corrente de água, um lugar onde a água brota, nasce, surge. Ao depararmos com a expressão “fonte bibliográfica”, nos é remetida à origem, à base, utilizada pelo escritor quando da criação de um determinado texto.

Observa-se que a palavra “fonte”, nestes termos, remete à origem, à causa. E assim o é justamente porque essa palavra tem etimologia no latim: decorre ela da palavra “fons”, que quer dizer fonte, nascente.

Destarte, é prudente, para não dizer extremamente necessário, entender que a palavra “fonte” significa a origem de algo. É da fonte, pois, que algo se forma, nasce. A fonte é, assim, o ponto de partida de algo.

2.2. A Palavra “direito”

Uma vez destacada a definição na palavra “fonte”, cumpre, agora, abordar o significado da palavra “direito” dentro da expressão “fonte do direito”.

O inicial entendimento que se deve ter em relação à palavra “direito”, dentro desse corte acima realizado, é de que a mesma deve estar relacionada a um sistema, a um conjunto. Mas qual seria esse sistema?

Por certo, aqui a palavra “direito”, considerando o enfoque deste artigo, deve ser relacionada a um sistema, um conjunto, de normas jurídicas válidas (ou seja, conjunto de normas que estão dentro do sistema jurídico) que servem para regular condutas intersubjetivas.

Com esta breve e objetiva definição acima, pode-se perceber que o direito é produto do homem e tem como objetivo promover a convivência desse em sociedade. Não é à toa que Gregório Robles afirma que o direito “é o resultado de múltiplas decisões dos homens, que só podem se expressar mediante palavras”¹⁷.

Neste sentido, o direito é um sistema comunicacional voltado para regular essas condutas intersubjetivas e, como aponta Paulo de Barros Carvalho, “O direito, no seu particularíssimo modo de existir, manifesta-se necessariamente na forma de linguagem. E linguagem é texto”¹⁸, conclusão essa já enraizada por este artigo em razão da linha teórica adotada.

Assim, a palavra “direito”, dentro da expressão “fonte do direito”, deve ser aqui entendida como um sistema de normas jurídicas válidas voltadas para regular condutas intersubjetivas.

2.3. Fonte do Direito

Diante da definição das palavras “fonte” e “direito”, pode ser destacado o seguinte e inicial conceito de “fonte do direito”: a origem das normas jurídicas válidas. Sendo assim, ao se tratar da “fonte do direito” se deve atentar para o nascimento das normas jurídicas válidas (obviamente dentro de um sistema, para ser propositadamente redundante), ou seja, para o ponto de partida de tais normas.

O conceito de “fonte do direito” revela, então, a necessidade do conhecimento do seu “conteúdo, o sentido e o alcance”¹⁹, merecendo, assim, ser compreendido, interpretado e aplicado. E justamente porque “fonte do direito” refere-se ao nascimento, à origem, à criação, das normas jurídicas, é que se torna importante, sob a óptica do Constructivismo Lógico-Semântico, compreender o processo de construção das mesmas.

É neste sentido, aliás, que Paulo de Barros Carvalho aponta para o fato de que “O conceito de ‘fonte’ beira os limites do sistema jurídico, destacando o processo enunciativo do direito”²⁰.

O conceito de “fonte do direito”, pois, demonstra que a matéria não é óbvia como vários doutrinadores e órgãos julgadores suscitam de maneira reiterada e singela. Pelo contrário: a matéria exige, em verdade, uma profunda reflexão e entendimento do próprio processo de construção de normas.

2.4. O Processo de Construção de Normas Jurídicas

A linguagem deve ser muito bem compreendida para se obter o conhecimento sobre “fonte do direito”. Nestes termos, e sob a óptica

do Constructivismo Lógico-Semântico, o qual, reitera-se, adotou como premissas filosóficas a teoria do conhecimento e a filosofia da linguagem, a busca do conhecimento sobre “fonte do direito” merece aprofundamento e, para tanto, diante das definições anteriormente apresentadas, a compreensão sobre o processo de construção de normas revela-se fundamental.

Dito isto, e já a título de reflexão mais intensa, uma questão é merecedora de destaque: pode uma norma jurídica surgir sozinha em um sistema jurídico?

Para responder este questionamento, Paulo de Barros Carvalho afirma prontamente que “as normas vêm sempre aos pares”²¹ e são introduzidas no sistema através de um veículo introdutor.

2.4.1. Atos de Fala

Os atos de fala no direito são enunciados prescritivos - o texto jurídico -, o material jurídico para o processo de construção de normas jurídicas. Consistem em manifestações puras do direito positivo, prescrevendo condutas, não possuindo, desta forma, função declaratória.

Esta objetiva definição dos atos de fala encontra abrigo em Gregório Robles, quem define que “Ordenamento é o texto jurídico exatamente como produzido pelas autoridades, que são as pessoas que tomam as decisões jurídicas”²².

Destaca ainda Tárek Moysés Mossallem que “o direito positivo é composto por atos de fala”²³, sendo a linguagem desses atos, como aponta o jurista no mesmo texto, a via de “acesso às normas

jurídicas” e aos “seus respectivos atos de produção”. A linguagem, então, exerce um papel importante no processo de construção das normas jurídicas.

É neste sentido que se torna inevitável a compreensão de todo esse processo, a começar pela produção dos próprios enunciados prescritivos sobre os quais incidem um *dever ser* (atos de fala deônticos). Sim, a começar, porque a compreensão dos enunciados prescritivos é apenas uma parte do discurso normativo e do conhecimento do processo de construção das normas jurídicas, o que equivale dizer, portanto, que a simples compreensão apenas dos enunciados prescritivos não é, de fato, suficiente para entender “fonte do direito”.

Manifesta-se, portanto, relevante obter o conhecimento do processo de produção dos próprios atos de fala, até porque a existência dos atos de fala pressupõe que suas respectivas regras de produção tenham sido executadas.

2.4.2. Enunciação, Enunciação-enunciada e Enunciado-enunciado

No anterior item, foi apontado que a compreensão dos enunciados prescritivos é apenas uma parte do discurso normativo e do conhecimento do processo de construção das normas jurídicas. Tal afirmação traz uma conclusão lógica: o enunciado prescritivo (ato de fala deôntico) é produzido e, assim, houve um processo de produção.

Deveras, e também conforme já anteriormente destacado, que o processo de produção pressupõe o ato de fala deôntico, de sorte as regras de produção devem ser primeiramente executadas. Esse

processo de execução das regras de produção dos atos de fala, e que tem como referência a ocorrência de um evento social, denomina-se *enunciação*. Já os enunciados são produtos da *enunciação* e podem ser divididos em *enunciação-enunciada* e *enunciado-enunciado*.

A *enunciação-enunciada* diz respeito ao aspecto formal de como surgiu o texto jurídico, por isso, como aponta Tárek Moysés Mossallem (2011, p. 80), relaciona-se com pessoas (competência), tempo, espaço e procedimento de produção do enunciado e, assim, equivaleria à parte preliminar referida pelo inciso I do artigo 3º da Lei Complementar nº 95/98²⁴. Já *enunciado-enunciado*, como continua o jurista (2011, p. 84), relaciona-se aos dispositivos insertos no texto e à linguagem a ser empregada, e, assim, equivaleria à parte normativa referida pelo inciso II do mesmo referido artigo legal. Aquela marca a *enunciação*, enquanto esse não traz referência a esta.

Diante destas breves, mas objetivas, definições de *enunciação*, *enunciação-enunciada* e *enunciado-enunciado*, pode-se concluir, de forma clara e evidente, que a *enunciação-enunciada* e *enunciado-enunciado* não estão inseridos na produção do ato de fala. Já a *enunciação*, por sua vez, é criadora dos atos de fala através da execução, por órgãos competentes, das chamadas regras de produção.

É neste sentido que Paulo de Barros Carvalho (2021, p. 433) já apontava que o campo das fontes do direito não se refere aos enunciados, mas sim àquele conjunto de eventos na qualidade de enunciação. Assim, é o evento social ocorrido e tomado como enunciação que cria aquele veículo para introduzir normas jurídicas. É o processo de *enunciação*, assim, a fonte das normas jurídicas.

É importante observar, diante do quanto acima destacado, que a existência dos enunciados - *enunciação-enunciada* e *enunciado-enunciado* - pressupõe que o texto jurídico já tenha sido anteriormente introduzido no ordenamento. Assim sendo, o direito positivo não pode ingressar na análise da “fonte do direito”, justamente porque a existência do enunciado pressupõe que o ato de fala já tem ocorrido. Por isso, Paulo de Barros Carvalho chama a atenção para o fato de que se deve evitar “a circularidade ínsita à noção cediça de fontes como sendo o próprio direito por ele mesmo criado”²⁵. A fonte (*enunciação*) é anterior, pois, ao enunciado.

É a linguagem do direito positivo, portanto, que permite não apenas o acesso (a construção) às normas jurídicas, mas sobretudo permite a compreensão do próprio processo de construção das mesmas. O direito positivo é, como ponderado, um conjunto de linguagem dos referidos enunciados prescritivos, esses sim criados pela “fonte do direito”. Assim é que o próprio direito positivo não deve ser concebido como “fonte”.

Em face do quanto exposto, e pela óptica do Constructivismo Lógico-Semântico, é a enunciação a “fonte do direito”, sendo o “mecanismo fundamental para compreender a constituição e a desconstituição de normas (em sentido amplo)”²⁶.

3. JURISPRUDÊNCIA

3.1. Definição

Antes de destacar a jurisprudência sob a óptica da teoria clássica do direito e do Constructivismo Lógico-Semântico, convém definir o que vem a ser a jurisprudência. Contudo, é logo ponderado que o

presente artigo não ingressa na discussão sobre os Precedentes Judiciais, acerca dos quais se exige uma valoração explícita através da argumentação (isso não quer dizer, que fique claro, que se estaria sendo apontada alguma sinalização diversa para os Precedentes Judiciais; o presente artigo aborda exclusivamente a jurisprudência).

A palavra jurisprudência tem etimologia no latim e decorre ela da expressão “iuris prudentia”, que quer dizer prudência, sabedoria, na aplicação do direito.

Realmente, por jurisprudência entende-se o conjunto de decisões de um órgão julgador sobre um mesmo assunto e em um determinado sentido. Configura-se clara criação por um órgão de um entendimento sobre uma determinada matéria. O Poder Judiciário, por exemplo, cria sua jurisprudência sobre várias matérias; os tribunais administrativos no mesmo sentido.

Mas a definição que converge aqui é justamente a de que a jurisprudência é o produto resultante da interpretação, de um órgão julgador, na aplicação do direito positivado sobre o determinado fato. Isso é jurisprudência: entendimento do órgão julgador em um sentido sobre aquele determinado fato social.

Diante da definição acima, é evidente que a jurisprudência tem como objetivo consolidar um determinado entendimento, evitando, com isso, não apenas o surgimento de nossos litígios sobre aquela mesma matéria (estabelecendo, assim, certa estabilidade e segurança jurídicas), mas que o próprio órgão julgador adote aquele posicionamento como razões de decidir, mesmo que de forma contrária ao texto positivado (ou até mesmo diante de uma eventual lacuna da lei).

Mas esse entendimento extraído pelo órgão julgador pode ser entendido como um veículo introdutor de normas jurídicas? A jurisprudência pode ser considerada como atos de fala passíveis de enunciação?

Para responder esses questionamentos, a jurisprudência é, doravante, tratada sob a óptica da teoria clássica do direito e do Construtivismo Lógico-Semântico.

3.2. A Jurisprudência Sob a Óptica da Teoria Clássica do Direito

Para não haver uma vasta indicação de juristas, e assim serem suscitadas diversas correntes doutrinárias, o presente artigo faz um corte abordando a matéria em destaque de acordo com os ensinamentos de Hans Kelsen, já que, aqui, a intenção é trazer uma visão da jurisprudência sob a óptica da teoria clássica do direito.

Com efeito, Tárek Moysés Mossallem aponta que o referido filósofo (KELSEN apud MOSSALEM, 1997) afirmava que “toda norma jurídica é ‘fonte’ de outra norma cuja criação ela regula ao determinar o processo de criação e o conteúdo da norma a ser criada”²⁷. Com esta afirmação, resta claro, para a teoria clássica do direito, que norma cria norma, ou seja, o direito positivo é “fonte” do próprio direito.

Para Hans Kelsen, o direito consiste em um sistema de normas jurídicas, devidamente organizado de acordo com suas respectivas hierarquias. As normas superiores, desta maneira, regulam as inferiores.

Tais ensinamentos conduzem à reflexão, por conseguinte, de que, para a teoria clássica do direito, a enunciação é um mero evento, ao

contrário dos enunciados, esses sim vistos como “fonte do direito”, já que a norma cria norma.

É neste sentido que se faz necessário trazer à baila novo destaque de Tárek Moysés Mossallem quanto a Hans Kelsen em relação à expressão “fonte do direito”, a qual “é empregada para designar os métodos de criação do direito, como costume e a legislação (no seu sentido mais amplo, abrangendo também a criação do direito por meio de atos judiciais e administrativos...”.²⁸

A teoria clássica do direito, assim, entende que lei, costumes, doutrina e jurisprudência são fontes do direito.

Um exemplo da adoção, pela teoria clássica, da jurisprudência como “fonte do direito” pode ser encontrado em manifestação da Ministra Regina Helena Costa, através da qual é explicitado o inegável “papel da jurisprudência como fonte de direito”²⁹, uma vez que a mesma possui influência na criação do direito positivo.

Enfim, a teoria clássica do direito não questiona a jurisprudência como “fonte do direito”, pois seria ela, a jurisprudência, uma manifestação, ou melhor, uma norma de criação de normas jurídicas.

3.3. A Jurisprudência Sob a Óptica do Constructivismo Lógico-semântico

Cumprir verificar agora, sob a óptica do método em referência, se a jurisprudência deve, ou não, ser considerada “fonte do direito”. Para tanto, destaca-se logo anterior passagem deste artigo no sentido de que a jurisprudência é uma construção no mesmo sentido do órgão julgador sobre uma determinada matéria.

Dito isto, rememora-se que o Constructivismo Lógico-Semântico adota como uma de suas premissas filosóficas a filosofia da linguagem. Para este método o direito é linguagem e, desta maneira, a “fonte do direito” está relacionada à atividade de produção do direito, e não ao seu respectivo produto (*enunciação-enunciada* e *enunciado-enunciado*).

Portanto, para este método o direito é criado através de um processo de construção de normas; a regra jurídica não nasce sozinha, mas através desse processo através do qual, e mediante um veículo introdutor (norma introdutória), é introduzida em um sistema. É neste sentido, assim, que cabe trazer a clara manifestação de Sílvia Regina Zomer de que “a análise de produção do direito, pela perspectiva da semiótica jurídica, volta-se ao fenômeno da *enunciação*, ao processo pelo qual nascem as normas jurídicas, tendo por pano de fundo a *positivação*”³⁰.

Resta claro observar, segundo o Constructivismo Lógico-Semântico, que o tempo da existência do direito positivo é posterior ao tempo de sua produção. Sendo assim, o processo de produção do direito positivo precede à existência do próprio direito positivo, o que, por conseguinte, permite concluir, como já destacado por este artigo em passagem anterior, que o direito positivo não deve ser considerado “fonte do direito”, mas sim o processo de sua produção (*enunciação*). Direito não cria direito.

A jurisprudência é produto do processo de interpretação dos órgãos jogadores sobre determinada matéria e com base em um texto jurídico. A jurisprudência nasce de um direito positivo já inserido no ordenamento.

Justamente com base nas premissas acima é que se conclui que a jurisprudência, para o Constructivismo Lógico-Semântico, não é considerada “fonte do direito”, pois ela não configura processo de construção de normas, mas sim o produto da atividade de produção. A jurisprudência classifica-se como enunciado, não podendo ser concebida, assim, como fato social apto à construção de normas jurídicas.

3.4. A Jurisprudência: Fonte do Direito?

É inegável que a jurisprudência vem obtendo cada vez mais papel de destaque em determinados ordenamentos, como no Brasil, onde há uma constante insegurança e desigualdade na interpretação de textos jurídicos por órgãos julgadores. Não há dúvidas de que jurisprudência surge como um importante fator de pacificação de entendimentos, extraíndo e consolidando matérias contidas em textos positivados. Tão importante é o papel que a jurisprudência vem obtendo que basta observar no ordenamento pátrio dois exemplos: a Lei nº 11.417/2006³¹ e o Código de Processo Civil³²; esse chega, inclusive, a permitir ao o(a) relator(a) julgar monocraticamente um recurso quando da existência de matéria sumulada pelo próprio Tribunal³³.

A jurisprudência aparece, em uma primeira vista, como um evento capaz de criar regras jurídicas. Os órgãos julgadores aparecem como verdadeiros órgãos produtores de normas. A jurisprudência, desta forma, e nos termos da teoria clássica do direito, surge como uma verdadeira “fonte do direito”, já que seria capaz de inserir normas jurídicas no sistema.

Neste mesmo sentido, os próprios tribunais pátrios vêm largamente difundindo este entendimento segundo o qual a jurisprudência, assim como lei e doutrina, é “fonte do direito”. Como exemplo, destaca-se que o Ministro Rogério Schietti Cruz foi enfático em afirmar que “Em nítido reconhecimento da jurisprudência como fonte do Direito, a edição da Lei n. 11.417/2006, que veio a regulamentar o art. 103-A da CF (redação dada pela EC n. 45/2004), permitiu ...”³⁴. Nesta primeira concepção, pois, a jurisprudência aparece como “fonte do direito”, já que é largamente concebido e difundido pela teoria clássica o entendimento de que o direito cria direito.

Entretanto, esta concepção clássica não permite alargar o conhecimento, já que o inerente instrumento desse, ou seja, a linguagem (“instrumento por excelência do saber científico”³⁵), não é observada. A propósito, Sílvia Regina Zomer pondera que “o Direito, ao regular as condutas intersubjetivas de uma determinada sociedade num dado momento histórico, pretende implementar valores, e o faz estritamente por meio da linguagem”³⁶. E como a linguagem é utilizada pela teoria clássica do direito?

A linguagem, desta forma, não deve ser vista como mero instrumento da realidade. Ela deve ser compreendida e aplicada, sim, como o objeto do conhecimento. E sem esta última concepção, a análise de “fonte do direito” fica limitada a um ato que já fora produzido, sem que se tenha compreendido o próprio processo de criação das normas.

É assim que Tárek Moysés Mossallem alerta que “A inocente redução do estudo das ‘fontes do direito’ à lei, ao costume, à doutrina e à

jurisprudência tolhe a visão maior do fenômeno da construção normativa e da aplicação do direito...”³⁷.

A teoria clássica, ao sustentar o entendimento de que norma cria norma, claramente não adentra na importância dos fatos sociais enquanto *enunciação*. Essa teoria foca o estudo da “fonte do direito”, conforme destacado, no produto da *enunciação*, quando já realizado, portanto, o próprio processo de construção da norma.

A teoria clássica aborda o produto ao invés do processo de criação desse produto. O Constructivismo Lógico-Semântico, de acordo com suas premissas filosóficas, faz o inverso: aborda o processo de construção e demonstra que é esse processo (a *enunciação*) a “fonte do direito”.

O entendimento acerca de “fonte do direito” adotado pela teoria clássica, gera, como não poderia deixar de ser, a seguinte crítica de Paulo de Barros Carvalho:

*Não tem sido esse, contudo, o rumo trilhado pela doutrina, no que respeita ao uso das fontes. Tomam-nas, muitos autores, como o próprio resultado da atividade dos vários órgãos legiferantes, falando, por isso, em leis (em sentido amplo), jurisprudência (acórdãos e sentenças judiciais), atos administrativos (em toda a gama de sua hierarquia e até no costume.*³⁸

É justamente o Constructivismo Lógico-Semântico, com suas premissas filosóficas que adotada, que traz, verdadeiramente, a reflexão de como deve ser compreendida a “fonte do direito”. É este método, pois, que permite pensar o direito como linguagem, buscando, como já ponderado neste artigo, ampliar o conhecimento, inclusive no que diz respeito ao conceito de “fonte do direito”.

Assim sendo, tratar a “fonte do direito” meramente observando o direito positivo é o mesmo que “fechar os olhos” para todo o processo de construção de normas. E esse bloqueio causado, propositadamente ou não, pela teoria clássica impede observar para a efetiva condição de que uma regra não nasce sozinha, mas sim é introduzida no sistema por uma norma introdutória.

A conclusão a que se chega é que, adotando o método Constructivismo Lógico-Semântico, o conceito de “fonte do direito” deve estar intrinsecamente ligado ao processo de construção de normas, ou seja, à *enunciação*, e não ao produto dessa, sob pena de, conforme suscitado por Paulo de Barros Carvalho, ficar circundando a análise de “fonte do direito” ao próprio direito.

É deste modo que a jurisprudência - tal como a doutrina, a lei e o costume - efetivamente não deve ser considerada “fonte do direito”, pois, de acordo com a linguagem da *enunciação*, ela (a jurisprudência) é, em verdade, um produto do processo de construção de normas. A jurisprudência, sob a correta óptica do Constructivismo Lógico-Semântico, é evidente produto da atividade exercida por órgãos julgadores surgida, portanto, pós *enunciação*.

Daí a crítica de Paulo de Barros: “esquecem os argutos conhecedores que ao postular haver normas que criam normas, direito que cria direito, numa proposição evidentemente circular, deixam o primeiro termo como resíduo inexplicado”³⁹. O direito é sistema comunicacional e linguagem e, regulando condutas intersubjetivas, é a *enunciação*, e não o seu produto, a verdadeira “fonte do direito”.

CONCLUSÃO

Através do percurso realizado por este artigo, é inegável a crítica realizada à teoria clássica do direito quanto ao conceito de “fonte do direito”.

A adoção do Constructivismo Lógico-Semântico desmistifica o conceito de “fonte do direito” e, por conseguinte, da caracterização da jurisprudência como uma fonte, uma vez que “fonte do direito” deve ser entendida como o processo de construção de normas, e não como o produto desse processo.

Assim é que resta demonstrada a relevância jurídica do tema aqui abordado, o qual, em uma primeira leitura, apontaria apenas para aquilo que parece já ter sido definitivamente sedimentado; tratar-se-ia de mais uma leitura sobre o tema.

A adoção do Constructivismo Lógico-Semântico demonstra, portanto, e agora sim, a necessidade da constante utilização e compreensão da linguagem, e por consequência da busca pelo conhecimento científico.

Certo é que, pela concepção da teoria clássica, a jurisprudência é vista como “fonte do direito” (norma cria norma), mas, pela do

Constructivismo Lógico-Semântico, a jurisprudência não o é, justamente porque, verdadeiramente, ela é um produto do processo de construção de normas jurídicas e, como tal, não pode, e nem deve, ser considerada uma “fonte do direito”.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Presidência da República. Lei Complementar nº 95, de 26 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis, conforme determina o parágrafo único do art. 59 da Constituição Federal, e estabelece normas para a consolidação dos atos normativos que menciona. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp95.htm. Acesso em: 1 mar. 2024.

BRASIL. Presidência da República. Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006. Regulamenta o art. 103-A da Constituição Federal e altera a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11417.htm. Acesso em: 30 mar. 2024.

BRASIL. Presidência da República. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 30 mar. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6ª Turma). Recurso Especial nº 1.128.170/PR. Relator Ministro Sebastião Reis Júnior e Relator para acórdão Ministro Rogerio Schietti Cruz. Julgamento: 20/03/2014. Disponível em:

https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200901140257&dt_publicacao=02/09/2014. Acesso em: 30 mar. 2024.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Constructivismo lógico-semântico*. Organização Aurora Tomazini de Carvalho; coordenação Paulo de Barros Carvalho. 1 ed. São Paulo: Noeses. 2018.

_____. *Curso de direito tributário*. 30. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

_____. *Direito tributário: linguagem e método*. 8 ed. São Paulo: Noeses, 2021.

COSTA, Regina Helena. *Curso de direito tributário - Constituição e Código Tributário Nacional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MOSSALLEM, Tárek Moysés. *As fontes do direito tributário*. 2 ed. São Paulo: Noeses, 2006.

_____. *Revogação em matéria tributária*. 2 ed. São Paulo: Noeses, 2011.

NETO, Bianor Arruda Bezerra. *30 anos da Constituição Federal e o sistema tributário brasileiro*. Organização Priscila de Souza; coordenação Paulo de Barros Carvalho. 1 ed. São Paulo: Noeses, 2018.

ROBLES, Gregório. *O direito como texto: quatro estudos de teoria comunicacional do direito*, trad. Roberto Barbosa Alves. Barueri: Manole, 2005.

SOUZA, Luiz Cláudio Nogueira. Fundamentos para uma teoria hermenêutica do direito pós giro linguístico. São Paulo: Noeses, 2023.

ZOMER, Sílvia Regina. O tempo jurídico e a homologação tácita. 1 ed. São Paulo: Noeses, 2019.

¹ Mestrando em Direito Tributário pelo IBET/SP - Instituto Brasileiro de Estudos Tributários

² ZOMER, Sílvia Regina. O tempo jurídico e a homologação tácita. 1 ed. São Paulo: Noeses, 2019, p. 9.

³ CARVALHO, Paulo de Barros. Direito tributário: linguagem e método. 8 ed. São Paulo: Noeses, 2021, p. 27.

⁴ SOUZA, Luiz Cláudio Nogueira. Fundamentos para uma teoria hermenêutica do direito pós giro linguístico. São Paulo: Noeses, 2023, p. 60.

⁵ Ibid, p. 137.

⁶ Ibid, p. 141-142.

⁷ CARVALHO, Paulo de Barros. Op. cit, p. 161.

⁸ NETO, Bianor Arruda Bezerra. 30 anos da Constituição Federal e o sistema tributário brasileiro. Organização Priscila de Souza; coordenação Paulo de Barros Carvalho. 1 ed. São Paulo: Noeses, 2018, p. 106.

⁹ SOUZA, Luiz Cláudio Nogueira. Op. cit, p. 137.

¹⁰ Ibid, p. 145.

¹¹ CARVALHO, Paulo de Barros. Constructivismo lógico-semântico. Organização Aurora Tomazini de Carvalho; coordenação Paulo de Barros Carvalho. 1 ed. São Paulo: Noeses, 2018, p. 2-3.

¹² SOUZA, Luiz Cláudio Nogueira. Op. Cit., p. 35.

¹³ MOSSALLEM, Tárek Moysés. Revogação em matéria tributária. 2 ed. São Paulo: Noeses, 2011, p. 78.

¹⁴ CARVALHO, Paulo de Barros. Op. cit., 2021, p. 432.

¹⁵ ROBLES, Gregório. O direito como texto: quatro estudos de teoria comunicacional do direito, trad. Roberto Barbosa Alves. Barueri: Manole, 2005, p. 78.

¹⁶ CARVALHO, Paulo de Barros. Op. cit., 2021, p. 166.

¹⁷ ROBLES, Gregório. Op. cit., p. 47.

¹⁸ CARVALHO, Paulo de Barros. Op. cit., 2021, p. 169.

¹⁹ SOUZA, Luiz Cláudio Nogueira. Op. cit., p. 145.

²⁰ CARVALHO, Paulo de Barros. Op. cit., 2021, p. 433.

²¹ CARVALHO, Paulo de Barros. Op. cit., 2021, p. 433.

²² ROBLES, Gregório. Op. cit., p. 6.

²³ MOSSALLEM, Tárek Moysés. Op. cit., 2011, p. 78.

²⁴ BRASIL. Presidência da República. Lei Complementar nº 95, de 26 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis, conforme determina o parágrafo único do art. 59 da Constituição Federal, e estabelece normas para a consolidação dos atos normativos que menciona. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp95.htm. Acesso em: 1 mar. 2024.

²⁵ CARVALHO, Paulo de Barros. Op. cit., 2021, p. 434.

²⁶ MOSSALLEM, Tárek Moysés. Op. cit., 2011, p. 89.

²⁷ MOSSALLEM, Tárek Moysés. As fontes do direito tributário. 2 ed. São Paulo: Noeses, 2006. p.110.

²⁸ MOSSALLEM, Tárek Moysés. Op. cit., 2021, p.109.

²⁹ COSTA, Regina Helena. Curso de direito tributário - Constituição e Código Tributário Nacional. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 61.

³⁰ ZOMER, Sílvia Regina. Op. cit., p. 74.

³¹ BRASIL. Presidência da República. Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006. Regulamenta o art. 103-A da Constituição Federal e altera a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo

Supremo Tribunal Federal, e dá outras providências. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11417.htm. Acesso em: 30 mar. 2024.

³² BRASIL. Presidência da República. Lei nº 105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 30 mar. 2024.

³³ Art. 932. Incumbe ao relator: ... IV - negar provimento a recurso que for contrário a: a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;

³⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6ª Turma). Recurso Especial nº 1.128.170/PR. Relator Ministro Sebastião Reis Júnior e Relator para acórdão Ministro Rogerio Schietti Cruz. Julgamento: 20/03/2014.

Disponível em:

https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200901140257&dt_publicacao=02/09/2014. Acesso em: 30 mar. 2024.

³⁵ CARVALHO, Paulo de Barros. Op. cit., 2021, p. 21.

³⁶ ZOMER, Sílvia Regina. Op. cit., p. 7.

³⁷ MOSSALLEM, Tárek Moysés. Op. cit., 2011, p.

³⁸ CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de direito tributário. 30. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 83.

³⁹ CARVALHO, Paulo de Barros. Op. cit., 2021, p. 434.

