

DAS FONTES DO DIREITO E DAS FORMAS DE SISTEMATIZAÇÃO DO ORDENAMENTO JURÍDICO

Bianca Crepaldi MENDES¹
Gilberto Notário LIGERO²

RESUMO: O presente trabalho destina-se ao estudo das fontes do direito, bem como das formas de sistematização do ordenamento jurídico (*civil law* e *common law*), no tocante à diferenciação e às semelhanças quanto às fontes neles utilizadas. Primeiramente, fez-se um alerta para o grande número de classificações das fontes do direito que é possível encontrar, ressaltando a conveniência de se adotar a classificação entre fontes formais e materiais. Após, fez-se uma abordagem sucinta de cada uma das fontes, com a finalidade demonstrar quais são os meios que o operador do direito disponibiliza. Em seguida, cuidou-se para que se lembrasse de que uma fonte pode ser utilizada preponderantemente perante a outra, dependendo da forma de sistematização do ordenamento jurídico que é adotada. No estudo dos sistemas, verificou que em ambos é possível encontrar a figura do precedente judicial, no entanto, com roupagem diferente, isto porque na *civil law* o precedente é utilizado persuasivamente enquanto que na *common law* é dotado de força vinculante. Por derradeiro, destacou-se a influência que um sistema tem exercido perante o outro, principalmente no tocante à possibilidade de se utilizar de precedentes vinculantes em países em que vigora a primazia da lei.

Palavras-Chave: Fontes do direito; *Civil Law*; *Common law*.

1 INTRODUÇÃO

Primeiramente, deve ser consignado que para que se possa estudar os sistemas de organização do ordenamento jurídico, mister se faz que se analise os meios pelos quais o direito se externa, ou seja, é necessário que se tenha em mente quais são os instrumentos utilizados pelo operador do direito na resolução dos conflitos que lhe são apresentados.

¹ Discente do 7º termo do curso de Direito das Faculdades Integradas 'Antônio Eufrásio de Toledo' de Presidente Prudente, e-mail: biancacrepaldi@unitoledo.br

² Mestre em Direito. Orientador do trabalho. Docente do curso de Direito das Faculdades Integradas 'Antônio Eufrásio de Toledo' de Presidente Prudente, e-mail: gilberto_ligero@unitoledo.br

Sobre esse tema, há convergência de pensamentos na doutrina ao se empregar o termo fonte para designar os meios pelos quais se exterioriza o direito, todavia, convém alertar, desde já, sobre o grande número de classificações das fontes do direito que é possível encontrar.

2 DEFINIÇÃO DE FONTES DO DIREITO

O significado da palavra fonte alude à ideia de algo que dá origem e, transportando tal sentido ao presente estudo, tem-se que fontes são os instrumentos que originam, que criam o direito.

As fontes do direito são, portanto, aquelas capazes de revelar às pessoas as normas que devem nortear a convivência em sociedade.

No entanto, é possível encontrar um grande número de classificações acerca das fontes do direito, de modo que não seria possível que se albergasse todas elas no presente estudo.

Na maioria das vezes a distinção fica limitada ao campo terminológico, porém não se pode esquecer que cada classificação tem a sua razão de ser, especialmente dependendo do enfoque que se pretende dar à pesquisa. Ainda assim, não se pode considerar que uma seja correta e a outra incorreta, pois dependendo da linha que se adotar no trabalho, uma classificação pode ser mais aconselhável que outra.

A título de conhecimento, as fontes podem ser históricas ou formais, tendo-se em mente a comparação entre as primeiras formas de exteriorização do direito e o direito atual. Quanto a essa diferenciação, apresenta-se o pensamento de Caio Mário da Silva Pereira (2004, p. 55/56):

Quando se trata de investigar, cientificamente, a origem histórica de um instituto jurídico, ou de um sistema, dá-se o nome de *fonte* aos monumentos ou documentos onde o pesquisador encontra os elementos de seu estudo, e nesta acepção se qualifica de *fonte histórica*. É com este sentido que nos

referimos ao *Digesto* ou às *Institutas*, como fonte das instituições civis, ou às Ordenações do Reino, como fonte do nosso direito. Quando se tem em vista um direito atual, a palavra *fonte* designa as diferentes maneiras de realização do direito objetivo (*fonte criadora*), através das quais se estabelecem e materializam as regras jurídicas, às quais o indivíduo se reporta para afirmar o seu direito, ou o juiz alude para fundamentar a decisão do litígio suscitado entre as partes, e tem o nome de *fonte formal*.

Outra classificação também muito utilizada é a aquela que emprega o termo fontes diretas, imediatas ou primárias, para designar as fontes que preponderam no ordenamento jurídico, sendo fontes indiretas, mediatas ou secundárias aquelas que devem ser utilizadas de modo subsidiário na ausência ou lacuna das primeiras.

Além dessas classificações, é comum encontrar na doutrina uma subdivisão das fontes do direito em fontes formais e materiais, sendo, a grosso modo, as primeiras responsáveis por formalizar o direito e as segundas representadas pelas vontades e necessidades das pessoas, pelas autoridades, pelos valores da sociedade, pelos elementos culturais e tudo quanto mais possa influenciar no surgimento de normas jurídicas.

Convém salientar, todavia, que o renomado Miguel Reale atenta para a inconveniência do termo fontes materiais, visto que a expressão fonte do direito somente deve ser empregada para indicar os processos de elaboração das normas do ordenamento.

Como se vê, o que se costuma indicar com a expressão “fonte material” não é outra coisa senão o estudo filosófico ou sociológico dos motivos éticos ou dos fatos econômicos que condicionam o aparecimento e as transformações das regras do direito. Fácil é perceber que se trata do problema do fundamento ético ou do fundamento social das normas jurídicas, situando-se, por conseguinte, fora do campo da Ciência do Direito. Melhor é, por conseguinte, que se dê ao termo fonte do direito uma única acepção, circunscrita ao campo do Direito. (REALE, 2002, p. 140)

Corroborando tal pensamento, Dimitri Dimoulis (2003, p. 184) fala sobre a impertinência de o operador do direito se preocupar com as fontes materiais:

O estudo das fontes materiais é objeto da sociologia do direito e, em parte, da teoria do Estado e da ciência política. O operador do direito que deseja identificar e interpretar o direito em vigor não deve se preocupar, na sua prática cotidiana, com a pesquisa das fontes materiais. Objeto de interesse

dogmático são as normas válidas, independentemente das situações e dos interesses que deram o impulso para a sua criação.

Sem embargo do reconhecimento de que é de grande valia os ensinamentos citados, mostra-se didático adotar a classificação das fontes do direito em materiais e formais. Isto porque, embora não seja papel preponderante do operador do direito se ater ao estudo das fontes materiais, é importante que ele tenha conhecimento de que indeterminável número de valores, necessidades sociais, além do fator temporal interferem, substancialmente, na criação das normas, ainda que tenha que se atentar, precipuamente, quanto aos processos de elaboração das normas vigentes.

2.1 Fontes Materiais

As fontes materiais são representadas pelos mais variados fatores que influenciam na criação das normas, sendo que sua definição se mostra controvertida, tendo em vista que por mais que se elenquem meios que sirvam de fonte material para o direito, muitas pessoas ponderam que tal descrição na representaria a totalidade desse tipo de fonte.

Em que pese o entendimento de que não é estanque a listagem das fontes formais, em última análise, tem-se que fonte formal do direito é:

(...) *a própria sociedade*, com sua imensa gama de relações, fornecendo **elementos materiais** (biológicos, psicológicos, fisiológicos), **históricos** (conduta humana no tempo, ao produzir certas habitualidades que se sedimentam), **racionais** (elaboração da razão humana sobre a própria experiência da vida, formulando princípios universais para melhor correlação entre meios e fins) e **ideais** (diferentes aspirações do ser humano, formuláveis em postulados valorativos dos seus interesses). (GAGLIANO, 2006, p. 11)

Nota-se, pois, que a descrição oferecida pelos doutrinadores do direito não pode ser vista taxativamente, mas deve servir de orientação e exemplificação, uma vez que muitos fatores podem influenciar na elaboração das normas.

2.2 Fontes Formais

As fontes formais, por suas vezes, são aquelas que formalizam, dão forma, exteriorizam o direito.

Desde já, ainda que superficialmente, é importante informar que as fontes formais podem ser escritas ou orais e, dependendo da forma com que está sistematizado o arcabouço normativo, elas “apresentam diferenças entre os vários ordenamentos jurídicos nacionais” (DIMOULIS, 2003, p. 185).

Contudo, antes de se ater ao estudo das sistematizações do ordenamento jurídico, é importante que se tenha em mente quais são as fontes do direito em espécie.

Muitos doutrinadores debruçaram-se no estudo das fontes, de maneira a dizer por quais meios o direito teria se originado.

Todos eles, no entanto, concordam que a lei é uma fonte formal do direito, sendo a mais importante no ordenamento jurídico brasileiro, visto que ela é elaborada pelo Poder Legislativo, o qual é formado pelos representantes eleitos do povo.

Trata-se aqui da lei consistente numa regra jurídica emanada pela autoridade competente, difundida pelos meios oficiais de publicação, dotada de generalidade, abstração, permanência, sanção, obrigatoriedade.

Representando o aspecto formal da lei, tem-se que somente assim podem ser consideradas as regras que emanam da autoridade que é competente para sua feitura. No Brasil, a elaboração das leis fica a cargo do Poder Legislativo e,

para que sejam aptas a surtirem seus efeitos e não haja vícios, é necessário que se sigam todos os passos do processo legislativo.

Para que ela chegue ao conhecimento de toda a população, a lei deve ser difundida pelos órgãos oficiais de publicação, de modo que ninguém poderá alegar seu desconhecimento visando eximir-se de alguma obrigação. Em face disso, verifica-se que publicação gera estabilidade nas relações jurídicas, pois todos sabem o que podem ou não fazer e quais serão as consequências de seus atos.

A generalidade lhe é conferida, na medida em que as leis devem ser dirigidas a um número indeterminado de pessoas. Podem ser elaboradas, ainda, para um determinado grupo, como, por exemplo, para homens ou mulheres, para idosos ou crianças, sem, contudo, perder tal característica. Não podem ser consideradas leis, deste modo, aquelas feitas para o João ou para a Maria.

A lei é criada para surtir seus efeitos para o futuro, não deve alcançar os fatos passados, mas deve representar um ideal de coisas a serem perseguidas. Diz-se, então, que a lei é dotada de abstração.

Assim, no período de sua vigência a lei possui imperatividade, no sentido de que deve ser vista como uma regra de cumprimento obrigatório, cujo descumprimento acarretará numa sanção.

Nesse intróito, cumpre observar que as leis podem ser classificadas de várias formas, entretanto, tendo em vista que o foco do presente trabalho não é exaurir o estudo das leis, apenas se faz necessário que se tenha em mente quais são as fontes do direito.

No mundo jurídico, o costume também é considerado uma fonte, consubstanciando-se no “uso reiterado de uma conduta” (VENOSA, 2003, p. 42). Além do aspecto objetivo, outro se faz mais valioso, o aspecto subjetivo, representado pela “consciência coletiva de aquela prática é obrigatória” (VENOSA, 2003, p. 43).

Trata-se, então, de uma fonte não escrita, que representa a base das normas nas sociedades primitivas e cujo reconhecimento se dá gradualmente pela sociedade.

O operador do direito também pode se utilizar dos princípios gerais do direito, que ora estarão expressos, ora decorrerão de uma interpretação lógica da norma jurídica. Com os princípios, busca-se “uma orientação geral do pensamento jurídico” (VENOSA, 2006, p.50). Contudo, pelo grande número que se pode encontrar, sua aplicação necessita de um grau elevado de subjetivismo por parte do operador do direito.

É legítimo, também, que, na falta de lei que regulamente a matéria posta para análise, o julgador se utilize da analogia na solução do conflito. Segundo Silvio de Salvo Venosa (2006, p. 49) “trata-se de um processo de raciocínio lógico pelo qual o juiz estende um preceito legal a casos não diretamente compreendidos na descrição legal”.

Nesse ponto da abordagem das fontes do direito, é importante ressaltar que o artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil estabelece que:

Art. 4º - Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito.

Desse modo, é possível verificar que todas as fontes analisadas até este momento são aceitas no ordenamento jurídico brasileiro, com a ressalva de que a aplicação da lei deve se dar quase que de forma absoluta, uma vez que é tida como a principal e mais valiosa fonte formal, ao passo que os costumes, os princípios gerais do direito e a analogia são fontes formais subsidiárias, cuja aplicação é aceita quando houver ausência ou lacuna na lei.

Vê-se, então que o legislador pátrio elegeu a lei como fonte principal e a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito como fontes secundárias, no entanto, não mencionou a existência de outros instrumentos dos quais o operador do direito poderia se utilizar como a equidade, a doutrina e a jurisprudência.

Sucintamente, a equidade seria, nas palavras de Silvio de Salvo Venosa (2003, p. 53), a “busca constante e permanente do julgador da melhor interpretação legal e da melhor decisão para o caso concreto”.

A doutrina é comumente estudada como uma fonte do direito, ainda que não expressamente prevista como tal, todavia, sábias são as palavras de Miguel Reale (1994, p. 11/12):

O essencial, porém é ter presente que, sem poder de decidir, não se pode falar em fonte do direito, motivo pelo qual, como explico em Lições Preliminares de Direito, a doutrina, ao contrário do que sustentam alguns, não é fonte do direito, uma vez que as posições teóricas, por mais que seja a força cultural de seus expositores, não dispõem de per si do poder de obrigar. É a razão pela qual, como veremos a doutrina não gera modelos jurídicos, propriamente ditos, que são sempre prescritivos, mas sim modelos dogmáticos ou hermenêuticos, o que em nada lhe diminui a relevância, pois ela desempenha freqüentemente uma posição de vanguarda esclarecendo a significação dos modelos jurídicos correspondentes aos fatos e valores supervenientes.

Nesse sentido, é importante frisar que a doutrina é utilizada mais como um meio de auxílio, de orientação, que propriamente uma fonte.

A jurisprudência, por sua vez, que será melhor estudada nos próximos capítulos, é comumente conceituada como o “conjunto das reiteradas decisões dos tribunais sobre determinada matéria (*rerum perpetuo similiter judicatorum auctoritas*)” (GAGLIANO, 2006, p. 20). E, embora se critique muito sua consideração como fonte formal do direito, é indiscutível, ao menos, sua aplicação como fonte informativa.

É certo que a sociedade evolui mais vertiginosamente se comparada à evolução das leis e, neste aspecto, a jurisprudência ganha especial importância, vez que representa um meio célere de modernização da interpretação judicial.

Na sua função específica, os tribunais, aplicando e interpretando a lei, vivificam-na e adaptam-na às transformações econômicas e sociais. Pela autoridade intelectual de seus juizes, como em razão de constituírem os julgamentos o meio material de se apurar como a regra jurídica deve ser entendida, a consulta à jurisprudência é elemento informativo de constante utilidade. À medida que se distancia a época em que a lei é votada, o seu texto puro perde a vivacidade original, e é então a discussão perante as Cortes, como a palavra destas, que mantém a norma em plena atualidade. (PEREIRA, 2004, p. 58)

Como se pode verificar, a jurisprudência confere ao direito uma dinâmica na interpretação da lei ao caso concreto, porém sem perder de vista o texto legal, apenas amoldando-o às necessidades do momento.

Outro aspecto importante da jurisprudência que deve ser ressaltado é o seu papel de uniformização do entendimento dos tribunais, apesar de, em regra, as decisões não serem vinculativas, não se pode olvidar que um conjunto de decisões que conflua para um mesmo sentido, acerca de um assunto específico, exerce um papel importante de influência relativamente a outros julgadores.

Nos próximos capítulos a jurisprudência será melhor estudada, especialmente no tocante ao valor que lhe é atribuído nas diferentes formas de sistematização do ordenamento jurídico, de modo que, para o momento, basta que se tenha conhecimento de sua existência como fonte do direito e do importante papel que vem desempenhando no direito atual.

3 DIFERENCIAÇÃO DAS FONTES ADMITIDAS NA *CIVIL LAW* E NA *COMMON LAW*

Conforme foi destacado no início deste trabalho, muitas são as classificações adotadas acerca das fontes do direito, de modo que se perderia o foco do presente estudo caso se decidisse esgotar a análise de todas elas, em razão do grande tempo que demandaria. Para que não se perca de vista o objetivo, basta que se tenha em mente quais são as fontes do direito. Ressalte-se, todavia, que tais fontes não são equivalentes umas às outras, ou seja, determinadas fontes preponderam sobre outras, verificando-se diferenças quanto ao valor que ostentam em determinado país, dependendo de qual sistema de organização do ordenamento jurídico ali é adotado.

Neste ponto, analisando o modo como se estabelece o conjunto de normas nos países, notam-se duas grandes formas de sistematização do ordenamento jurídico, a saber: *civil law* e *common law*.

Muitos foram os doutrinadores que se dispuseram a estudar comparativamente os sistemas mencionados, no entanto, neste trabalho não se tem a pretensão de colocá-los em confronto, tampouco se quer fazer uma abordagem histórica ou sociológica deles.

O papel de estudar a *civil law* e a *common law*, neste momento, concentra-se na verificação de um ponto em comum entre eles, qual seja, a utilização do precedente judicial.

Na *civil law*, que também é conhecida como sistema romanístico ou romano-germânico, observa-se que o direito legislado se sobressai, no sentido de que a norma legal positivada prevalece em relação a outros tipos de fonte do direito. Com efeito, embora a lei ostente mais valor, há outras fontes das quais o operador do direito pode se utilizar, destacando-se dentre elas a jurisprudência. Isto porque tanto o julgador, quanto o advogado ou qualquer outro profissional da área jurídica pode se valer de decisões antecedentes na fundamentação de seus pedidos, pareceres ou julgamentos posteriores, dando robustez à sua pretensão.

O sistema mencionado é aquele adotado pelo legislador pátrio e estudado nos cursos jurídicos brasileiros.

Já no sistema da *common law*, as decisões de juízes e tribunais possuem uma especial importância, no sentido de que, ao analisar uma nova pretensão, deve-se verificar julgados de casos semelhantes, pois, havendo um precedente, previsível será a decisão a ser proferida, em razão de os precedentes judiciais exercerem uma função vinculante.

Nota-se que esse sistema visa privilegiar a segurança jurídica, na medida em que ao se vislumbrar casos análogos o juízo futuro estaria vinculado ao pronunciamento decisório do juízo antecedente.

Tal sistema pode ser observado no direito inglês, no direito anglo-saxão e no direito da Grã-Bretanha.

Cotejando-se os sistemas mencionados, nota-se que, em ambos, as decisões judiciais fazem parte do arcabouço jurídico utilizado pelos profissionais do direito para fundamentarem as suas teses, pareceres ou decisões.

Entretanto, nos países em que vigora o sistema da *common law*, o precedente judicial é dotado de efeito vinculante, no sentido de que, em princípio, aquele que comprovar a existência de decisão anterior favorável às suas razões será beneficiado pela tutela jurisdicional.

Por outro lado, nos países em que se adota o sistema da *civil law*, o efeito atribuído ao precedente judicial é tão-somente o persuasivo, pois, embora ele dê robustez à pretensão posta à análise, o julgador não está obrigado a decidir daquele modo.

Tendo em vista a evolução do direito, verifica-se que os contornos dos sistemas abordados não mais se encontram delimitados, pois, atualmente, é possível verificar que no Brasil (país de tradição romanística) os precedentes, além de persuasivos, estão cada vez mais se tornando vinculativos.

A esse respeito pode-se citar a súmula vinculante regulamentada pela Lei n. 11.417 de 19 de dezembro de 2006, a súmula impeditiva de recurso prevista no §1º do artigo 518 do Código de Processo Civil, a Lei n. 11.672 de 8 de maio de 2008 que estabelece o procedimento para o julgamento de recursos repetitivos no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, o artigo 285-A do Código de Processo Civil incluído pela Lei n. 11.277 de 7 de fevereiro de 2006, dentre outros casos em que é conferido às decisões pretéritas o efeito vinculativo.

4 CONCLUSÃO

Diante do que foi abordado, é possível notar que os sistemas estudados não mais estão circunscritos em suas próprias características, ou seja, em país de tradição romanística, tal qual o Brasil, já é possível notar que os precedentes, além de persuasivos, estão cada vez mais ganhando força vinculante – o que, em princípio, representa uma particularidade da *common law*.

Tal influência mostra a sua grande importância na medida em que confere dinâmica à evolução do direito nos países arraigados às tradições formais

de modificação, sendo certo, ainda, que serve para uniformizar o entendimento dos tribunais.

É certo, contudo, que a criação de dispositivos atípicos que têm o condão de vincular decisões judiciais em países em que vigora o primado da lei formal não ficaria isento de críticas severas, como é o caso, por exemplo, da alegação da inconstitucionalidade da súmula vinculante.

Sem entrar no mérito da crítica apontada e sem perder de vista que há muitas outras que sequer aqui foram mencionadas, não se pode esquecer que a criação destes mecanismos vinculantes possui, no Brasil, uma faceta política, especialmente porque se vive um momento em que o Poder Judiciário está assoberbado de demandas e tais meios serviriam para decidir de uma forma mais rápida questões que levariam algum tempo para serem finalizadas.

Conforme mencionado, muitas são as críticas feitas à influência do precedente judicial vinculativo num país de tradição romanística, mas não se pode negar seus aspectos positivos como a celeridade processual e a segurança jurídica, vez que haveria uma uniformização do entendimento do Poder Judiciário.

5 BIBLIOGRAFIA

DIMOULIS, Dimitri. **Manual de introdução ao estudo do direito:** definição e conceitos básicos, norma jurídica, fontes, interpretação e ramos do direito, sujeito de direito e fatos jurídicos, relações entre direito, justiça, moral e política. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

FUNADA, Tatiana Sayuri Moribe; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Súmula vinculante: prós e contras.** Disponível em <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/view/112>>. Acesso em 15 jun. 09.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil:** contém análise comparativa dos códigos de 1916 e 2002. 7. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 1.

JARDIM, Antonio César Camargo; PINHEIRO, Paulo Eduardo D'arce. **Aspectos sobre a imutabilidade da coisa julgada.** Disponível em <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/view/479>>. Acesso em 15 jun. 09.

NOGUEIRA Andréia Possebão; PINHEIRO, Luciano de Souza. **O ativismo judicial na fase instrutória do processo de conhecimento.** Disponível em <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/view/174>>. Acesso em 15 jun. 09.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil.** 20. ed., rev. e atual. de acordo com o Código Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2003-2005.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito.** 26ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **Fontes e modelos do direito para um novo paradigma hermenêutico.** 1. ed., 3. tir. São Paulo: Saraiva, 1994.

VADE Mecum. 7. ed., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: parte geral.** 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. 663 p. (Coleção direito civil ; 1)

ZANETTI JÚNIOR, Nungesses. PINHEIRO; Paulo Eduardo D'arce. **A súmula vinculante no processo civil constitucional brasileiro.** Disponível em <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/view/608>>. Acesso em 15 jun. 09.