

INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO  
ESCOLA DE DIREITO DE BRASÍLIA  
MESTRADO ACADÊMICO EM DIREITO CONSTITUCIONAL

**ARTHUR JOSÉ JACON MATIAS**

**PRECEDENTES: FUNDAMENTOS, ELEMENTOS E APLICAÇÃO**

BRASÍLIA – DF,  
2018

**ARTHUR JOSÉ JACON MATIAS**

**PRECEDENTES: FUNDAMENTOS, ELEMENTOS E APLICAÇÃO**

Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado em Direito Constitucional como requisito parcial para obtenção título de Mestre em Direito Constitucional.

**Orientador:** Professor Doutor Sérgio Antônio Ferreira Victor

BRASÍLIA – DF,

2018

# **PRECEDENTES: FUNDAMENTOS, ELEMENTOS E APLICAÇÃO**

Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado em Direito Constitucional da Escola de Direito do Instituto Brasiliense de Direito Público como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito Constitucional.

Brasília, \_\_\_\_ de \_\_\_\_ de 2018.

## **BANCA EXAMINADORA**

---

Prof. Dr. Sérgio Antônio Ferreira Victor  
(Orientador)

---

Prof. Dr. João Paulo Bachur  
(Examinador)

---

Prof. Dr. Fabrício Macedo Motta  
(Examinador externo)

## RESUMO

Esta pesquisa tem por escopo examinar o papel dos precedentes judiciais no ordenamento jurídico e também as funções exercidas por eles no âmbito do sistema normativo brasileiro. Com isso, mostrou-se necessário perscrutar os sistemas jurídicos predominantes no mundo ocidental para inferir qual a importância que os precedentes judiciais têm em cada um deles. Feita essa análise, a investigação voltou-se ao exame da compatibilidade dos precedentes, enquanto normas jurídicas no contexto do tecido constitucional brasileiro, nomeadamente sua conformidade com os princípios da separação dos poderes e da legalidade. A partir daí, examinou-se cada uma das espécies de precedentes judiciais que, no âmbito do sistema processual brasileiro, possuem força vinculante. No tópico seguinte, inquiriu-se a responsabilidade dos juízes na hipótese de descumprimento dos precedentes. Completou-se o trabalho com o estudo de um caso emblemático julgado pelo Supremo Tribunal Federal, para o fim de descobrir se a Corte Constitucional brasileira tem se ajustado a contento a essa realidade normativa dentro da qual os precedentes desempenham função capital.

**Palavras-chave:** Precedentes; sistemas jurídicos; *common law*; *civil law*, discricionariedade judicial; integridade do direito.

## ABSTRACT

The purpose of this research is to examine the role of judicial precedents in the legal system and also the functions exercised by them within the framework of the Brazilian normative system. With this, it was necessary to investigate the legal systems prevailing in the western world to infer how important judicial precedents are in each of them. Once this analysis has been carried out, the investigation has examined the compatibility of precedents as legal norms in the context of the Brazilian constitutional law, namely its conformity with the principles of separation of powers and legality. From there, we examined each of the species of judicial precedents that, at the heart of the Brazilian procedural system, have binding force. In the following topic, it was inquired the responsibility of the judges in the hypothesis of non-compliance with the precedents. The study was completed with the study of emblematic cases judged by the Brazil Supreme Court, in order to infer if the Brazilian Constitutional Court has adjusted to content this normative reality from which precedents play a capital role.

**Keywords:** Precedents; legal systems; common law; civil law, judicial discretion; integrity of the law.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	13
<b>I - SISTEMAS JURÍDICOS E SISTEMAS DE DIREITO</b> .....	16
<b>1 A aceção filosófico-histórica de sistema jurídico: os sistemas jurídicos enquanto famílias do direito</b> .....	16
1.1 <i>Considerações preliminares</i> .....	16
1.2 <i>O direito romano-germânico</i> .....	17
1.3 <i>O direito anglo-americano</i> .....	18
1.4 <i>Famílias jurídicas</i> .....	19
<b>2 A Aceção normativa de sistema jurídico: sistemas jurídicos e ordenamentos jurídicos</b> .....	20
2.1 <i>Os critérios de existência de um sistema jurídico segundo Joseph Raz</i> .....	21
2.2 <i>A teoria do soberano de John Austin</i> .....	22
2.3 <i>H. L. Hart e o direito enquanto união de normas primárias e secundárias</i> .....	25
2.4 <i>Coesão judicial, colapso de um sistema jurídico e seu retorno à normalidade mediante a pretensão de correção</i> .....	28
2.5 <i>A norma pressuposta fundamental de Hans Kelsen</i> .....	29
2.6 <i>Sistemas normativos não jurídicos e a pretensão à correção como critério de existência de um sistema jurídico</i> .....	31
<b>3 Aceção sociológica de sistema jurídico: Sistemas de direito e autorreprodução em Niklas Luhmann</b> .....	33
3.1 <i>Autopoiese do sistema jurídico – a mitose do sistema</i> .....	36
3.2 <i>O fechamento operativo do sistema de direito</i> .....	37
3.3 <i>Os acoplamentos estruturais entre sistema e ambiente</i> .....	38
3.4 <i>O código binário do sistema de direito e a corrupção sistêmica por desvirtuamento dos acoplamentos estruturais</i> .....	39
3.5 <i>O Poder Judiciário é centro do sistema e a criação do direito por precedentes é a prova</i>	

<i>disso</i> .....	40
<b>4 Uma questão de terminologia</b> .....	43
<b>II - O CIVIL LAW E O COMMON LAW</b> .....	44
<b>1 O surgimento do direito romano</b> .....	44
<b>2 Rumo às codificações</b> .....	46
<b>3 Codificação no direito germânico</b> .....	50
<b>4 <i>Common law</i>: um caso desviante</b> .....	52
<b>5 <i>Common law</i>: um outro estado de espírito</b> .....	54
5.1 <i>A racionalidade interna do common law</i> .....	54
5.2 <i>Sistemas jurídicos dentro do sistema jurídico inglês</i> .....	55
5.3 <i>A construção e os institutos processuais do common law</i> .....	57
5.3.1 <i>Remedies</i> .....	58
5.3.2 <i>Legal rule e distinguishing</i> .....	58
5.3.3 <i>Reasons</i> .....	59
5.3.4 <i>Case law e artificial reason</i> .....	60
<b>6 Os juízes do <i>civil law</i> e os juízes do <i>common law</i></b> .....	62
<b>III - A DOCTRINA DOS PRECEDENTES</b> .....	64
<b>1 Considerações preliminares</b> .....	64
<b>2 Doutrina dos precedentes e <i>stare decisis</i>: conceitos</b> .....	65
<b>3 Evolução histórica do <i>stare decisis</i></b> .....	66
3.1 <i>Stare decisis na Inglaterra - o legado de Sir Edward Coke</i> .....	66
3.2 <i>A doutrina dos precedentes na América colonial e na América pós-</i>	

<i>revolucionária</i> .....	70
<b>4 Fundamentos jurídicos da doutrina dos precedentes</b> .....	74
4.1 <i>O stare decisis como fator de decisão jurídica</i> .....	75
4.2 <i>O stare decisis como fator de contenção do arbítrio judicial</i> .....	75
<b>5 Elementos da <i>doctrine of precedents</i></b> .....	76
5.1 <i>O conceito de stare decisis – stare decisis horizontal e stare decisis vertical</i> .....	76
5.2 <i>O precedente como ponto de partida do decision-making process</i> .....	77
5.3 <i>A fórmula do stare decisis: a produção da decisão visando à sua aplicação prospectiva</i> ....	78
5.4 <i>Fundamentos determinantes (ratio decidendi ou holding)</i> .....	80
5.5 Distinguishing.....	80
5.5.1 <i>Rules of relevance</i> .....	81
5.6 <i>Obiter dictum</i> .....	82
5.7 <i>Ampliação (widening) e redução (narrowing)</i> .....	83
5.8 <i>Superação dos precedentes (overruling)</i> .....	83
<b>6 Objeções à doutrina dos precedentes</b> .....	84
6.1 <i>Deficit de racionalidade interna ou inconsistência filosófica</i> .....	84
6.2 <i>Falta de legitimidade do stare decisis: a peroração de Jeremy Waldron</i> .....	85
6.2.1 <i>O princípio majoritário e a física do consentimento</i> .....	87
<b>7 O stare decisis como fator de segurança jurídica</b> .....	89
<b>8 O stare decisis como fator de contenção do arbítrio judicial</b> .....	90
<b>9 Os fundamentos jurídicos da doutrina dos precedentes</b> .....	91
<b>10 A ficção do <i>common law</i></b> .....	92
<b>IV - PRECEDENTES E SEPARAÇÃO DOS PODERES</b> .....	93
<b>1 Considerações preliminares</b> .....	93

<b>2 Fundamentos teóricos da separação dos poderes</b> .....	94
2.1 <i>A separação dos poderes em John Locke</i> .....	94
2.2 <i>A separação de poderes em Montesquieu</i> .....	95
2.2.1 Considerações preliminares.....	95
2.2.2 Elementos da separação de poderes em Montesquieu.....	96
2.2.3 Paradigma do governo moderado.....	96
2.2.3.1 Instrumentos de moderação do Poder.....	97
2.2.3.1.1 Poder Executivo propriamente dito e Poder Legislativo.....	97
2.2.3.1.2 Democracia representativa e bicameralismo.....	97
2.2.3.1.3 Freios e contrapesos entre os Poderes Executivo e Legislativo.....	98
2.2.3.1.4 O Poder Executivo das coisas que dependem do direito civil – o paradoxal (nulo e terrível) Poder Judiciário.....	99
<b>3 A separação dos poderes como técnica de colaboração institucional - desenvolvimentos em “O Federalista”</b> .....	101
<b>4 Atualizações do princípio da separação dos poderes – excursão</b> .....	106
<b>5 A função normativa e a separação dos poderes – o caso brasileiro</b> .....	108
<b>6 O desempenho de função normativa pelo Poder Judiciário</b> .....	111
<b>V - PRECEDENTES E LEGALIDADE</b> .....	115
<b>1 Conformação e significado do princípio da legalidade</b> .....	115
1.1 <i>O princípio da legalidade: princípio ou regra?</i> .....	116
1.2 <i>A lei e o princípio da legalidade</i> .....	119
1.2.1. Os termos indeterminados dos enunciados normativos.....	119
1.2.2 O sentido de lei.....	122
1.2.2.1 Considerações preliminares.....	123
1.2.2.2 A lei nos primórdios.....	124
1.2.2.3 A lei para Hobbes.....	125
1.2.2.4 A lei para Locke.....	127
1.2.2.5 A lei para Montesquieu.....	127

1.2.2.6 A lei para Rosseau.....	129
1.2.2.7 A lei para Kant.....	131
1.2.2.8 A lei para Kelsen.....	132
1.2.3 O sentido constitucional de lei.....	134
1.2.3.1 A crise do princípio da legalidade.....	137
<b>2 O Poder Judiciário como criador de normas jurídicas não individuais (≅leis).....</b>	<b>139</b>
2.1 <i>Criatividade judicial e inflação legislativa: grandezas diretamente proporcionais.....</i>	139
2.2 <i>Os limites à criatividade judicial e a soberana prerrogativa de escolha.....</i>	143
<b>VI - O REGIME DOS PRECEDENTES NO DIREITO PROCESSUAL BRASILEIRO.....</b>	<b>146</b>
<b>1 Considerações preliminares.....</b>	<b>146</b>
<b>2 Desenvolvimento histórico.....</b>	<b>148</b>
<b>3 A integridade do direito.....</b>	<b>151</b>
3.1 <i>A discricionariedade judicial e(é) o paradoxo do positivismo.....</i>	151
3.2 <i>Ainda a discricionariedade judicial: uma conversa de surdos?.....</i>	155
3.2.1 Argumentos de política e argumentos de princípio: a tese dos direitos.....	157
3.3 <i>O direito como integridade foi a opção do Código de Processo Civil.....</i>	160
3.3.1 O princípio da integridade no julgamento.....	162
<b>4 Instituição do <i>stare decisis</i> horizontal como implicação lógica do direito como integridade.....</b>	<b>164</b>
<b>5 As normas judiciais que expressamente vinculam .....</b>	<b>165</b>
5.1 <i>As súmulas.....</i>	165
5.1.1 Considerações preliminares.....	165
5.1.2 Súmulas vinculantes e persuasivas.....	167
5.1.3 As súmulas dos Tribunais de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais.....	170

5.2 <i>As decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade</i> .....	171
5.2.1 Distinções entre efeito vinculante e eficácia <i>erga omnes</i> .....	171
5.2.2 A eficácia transcendente dos motivos determinantes da declaração de inconstitucionalidade.....	173
5.3 <i>Os acórdãos proferidos em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos</i> .....	175
5.4 <i>Os acórdãos proferidos em incidente de assunção de competência</i> .....	179
5.5 <i>Os acórdãos proferidos em incidente de resolução de demandas repetitivas</i> .....	179
5.5.1 Risco à segurança jurídica.....	180
5.5.2 Efetiva repetição de processos.....	181
5.6 <i>As orientações do plenário ou do órgão especial aos quais os juízes e tribunais estiverem vinculados</i> .....	182
<b>6 Superação dos precedentes</b> .....	183
<b>7 Lidando com um precedente: a <i>ratio decidendi</i>, o <i>distinguishing</i> e o <i>obter dictum</i> na prática: aplicação de tese do Superior Tribunal de Justiça nos casos de indisponibilidade cautelar dos bens em ações de responsabilidade por improbidade administrativa</b> .....	185
<b>VII - O ERRO JUDICIÁRIO E A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS JUÍZES NO REGIME DOS PRECEDENTES</b> .....	190
<b>1 Considerações preliminares</b> .....	190
<b>2 A responsabilidade do juiz, o erro de interpretação e a recusa de aplicação dos precedentes – realidade e possibilidades <i>de lege ferenda</i></b> .....	193
2.1 <i>O erro grave de hermenêutica como ponto de partida para a responsabilização pessoal do juiz</i> .....	193
2.2 <i>A ofensa ao precedente como violação qualificada da norma jurídica e causa de obrigação de indenizar</i> .....	195

<b>VIII - O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A (IN)DISCIPLINA DOS PRECEDENTES – ESTUDO DE CASO .....</b>	<b>198</b>
<b>1 Considerações preliminares.....</b>	<b>198</b>
<b>2 Uma premissa necessária: o regime de precedentes aplica-se aos processos penais .....</b>	<b>199</b>
<b>3 Estudo de caso: O princípio da presunção da inocência e a execução provisória da sentença penal condenatória.....</b>	<b>200</b>
<b>BIBLIOGRAFIA .....</b>	<b>214</b>

## INTRODUÇÃO

O Brasil é um país cuja estrutura jurídica se funda sobre a lógica romanística. O Direito é, nessa acepção, o direito posto pela autoridade legislativa formalmente constituída e assim dotada de poderes para formulá-lo.

Nesse contexto histórico e epistemológico, as fontes do direito concentram-se na lei e nos costumes. Apenas os enunciados colhidos dos textos normativos (e no caso dos costumes, porque a própria lei assim os reconhece) são aptos a gerar a norma jurídica, seja ela principiológica ou estruturada sob a forma de regra.

Nos sistemas continentais, à jurisprudência é reservado papel coadjuvante. As decisões tomadas pelas instâncias superiores não obrigam os juízes, tampouco impõe deveres aos participantes da comunidade. Quando muito, prestam-se a influenciar a tomada de decisões individuais e legislativas, mas, a rigor, não cominam deveres e obrigações, nem outorgam direitos fora dos limites subjetivos da própria decisão.

A tradição dos povos da Europa continental foi trazida ao Brasil pela vigência do direito português, ao qual aborrecia o decidir conforme o precedente. O sistema romano prega a subordinação das decisões à lei de modo geral, ao passo que elide o juiz do dever de se submeter aos precedentes, quer eles venham ou não de tribunais superiores. Não está o magistrado no regime romano puro, independentemente do grau de jurisdição exercido, adstrito nem sequer às próprias decisões, podendo modificar suas orientações, ainda que na solução de casos semelhantes. Vige, assim, em tais estruturas jurídicas, o princípio da independência judicial, pelo qual o juiz obedece na resolução de dissídios apenas à lei e à sua consciência.

É lugar-comum afirmar-se que os art. 926, 927 e 928 do novo Código de Processo Civil impuseram a ruptura do paradigma romanístico. Os precedentes e a jurisprudência agora vinculam os juízes, dizem os intérpretes de primeira hora. Fazem o papel de norma. São norma. São mesmo? Se sim, as normas proferidas nos termos dos art. 926, 927 e 928 do novo Código de Processo Civil ajustam-se à noção de precedentes configurada no âmbito da tradição e do pensamento jurídico filiado ao *common law*? Em um sistema jurídico baseado em textos legislados é factível a obediência ao precedente judicial? Em busca de resposta a essas indagações se devotará esta dissertação.

Para realizar essa tarefa, a dissertação tem o dever epistêmico de analisar os sistemas jurídicos segundo as acepções histórica, normativa e sociológica, para que se compreenda corretamente quais os conceitos que as expressões *civil law* e *common law* trazem consigo. Depois é preciso analisar o direito do ponto de vista das fontes, enfatizando o papel desempenhado pela jurisprudência em cada um dos cenários apresentados. A sequência dos estudos mostrará o desenvolvimento da doutrina dos precedentes, sobre a qual se estrutura o direito dos países de tradição anglo-americana, assim como os conceitos próprios de um sistema jurídico baseado na criação judicial do direito e na estrita vinculação que esse sistema impõe aos juízes de modo que, ao contrário de soltar as amarras do julgador, ele se põe a serviço da segurança jurídica, pois potencializa a verticalização do Poder Judiciário.

A parte seguinte tem por escopo sindicat as possibilidades de imersão de categorias próprias do direito de inspiração insular no contexto jurídico brasileiro. Com efeito, princípios como o da separação dos poderes e da legalidade, considerados de forma rasa e incompleta, são rotineiramente usados para bloquear a possibilidade de o direito jurisprudencial compor, com as leis e atos administrativos regulamentares, o tecido normativo. Por isso, um item desta dissertação é dedicado à compreensão do princípio da separação de poderes enquanto técnica não só de contenção do poder estatal como também de distribuição da capacidade de produção normativa, para além das simplificações usualmente declaradas nos planos teórico e empírico. Outro item tenciona identificar tensões entre a obediência a precedentes e as regras provenientes do princípio da legalidade, buscando equacionar esses conflitos com a crescente atividade normativa desempenhada pelo Poder Judiciário.

Feito isso, serão lembradas as tentativas de conferir autoridade normativa no Brasil à jurisprudência, desde:

- a instituição quase acidental dos enunciados de súmulas da jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal;
- a utilização pelo Código de Processo Civil da jurisprudência dominante dos Tribunais superiores como ferramenta de (tentativa de) racionalização da atividade judiciária; até
- a chegada dos parâmetros normativos concebidos pelos art. 926, 927 e 928 do Código de Processo atual, em especial a positivação do objetivo de integridade, uniformidade e coerência da jurisprudência.

Enfim, da teoria à realidade, um tópico deste trabalho foi dedicado à responsabilidade pessoal dos juízes na hipótese de não aplicação dolosa de precedentes. Em outro, efetuou-se um estudo de caso como exemplo das resistências culturais que impedem que os juízes brasileiros, mesmo aqueles das mais altas cortes, ainda que diante da mudança do regime jurídico-processual, submetam-se às normas dimanadas *ex vi legis* pelo próprio Poder Judiciário.

## I - SISTEMAS JURÍDICOS E SISTEMAS DE DIREITO

### 1 A aceção filosófico-histórica de sistema jurídico: os sistemas jurídicos enquanto famílias do direito

#### 1.1 Considerações preliminares

Como adverte Miguel Reale, no âmbito das ciências da natureza as palavras invariavelmente têm um significado claro e patente, que evita confusões ou distorções. Para aqueles que militam nesses territórios epistêmicos, os termos utilizados são antecipadamente definidos, mediante consensos terminológicos a respeito da linguagem matemática ou de símbolos convencionais. Coisa bem diferente acontece em relação às ciências do espírito, vale dizer, aquelas nas quais o horizonte de projeção consiste no estudo do comportamento humano, havendo assim coincidência entre o sujeito cognoscente e o objeto cognoscível. Nesse campo do conhecimento, as palavras contemplam uma multiplicidade de sentidos:

Por serem as palavras cujas raízes se aprofundam no mundo contraditório dos interesses e das experiências humanas; por estarem sempre na funcionalidade das forças inovadoras que pretendem subordinar a regularidade dos fenômenos naturais à pauta de fins almejados; por refletirem, em suma, todas as aporias da existência humana, em uma incessante experiência de estimativas, as “palavras cardeais” da cultura e da civilização (liberdade, justiça, igualdade etc.), todas elas não comportam a unicidade peculiar às coisas neutras para o mundo dos valores.<sup>1</sup>

Estabelecido o pressuposto da multiplicidade de significados que no campo das ciências do espírito os termos podem conter, é lícito inferir não ser possível, do ponto de vista epistemológico, estudar algum sistema jurídico sem antes compreender o que é um sistema jurídico, e quais os pontos de vista que preenchem esse conceito. Não se pode sair a falar em sistemas jurídicos impunemente, pois a expressão contém diversos sentidos, que não são intercambiáveis. É preciso escapular da armadilha acadêmica denunciada por J. J. Gomes Canotilho: “Não raro acontece que se dá por ensinado aquilo que nunca se ensinou e se consideram apreendidas coisas nunca explicadas”.<sup>2</sup> A presente dissertação abordará a temática dos precedentes judiciais, e sua relevância dentro dos sistemas jurídicos que dominam o mundo ocidental. Antes de usar a expressão *sistema jurídico*, é necessário explicar sob que aceção se

<sup>1</sup> REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 498.

<sup>2</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1995, p. 4.

dá seu emprego. É esta a finalidade deste tópico.

## 1.2 O direito romano-germânico

Realmente, é bastante disseminada a noção segundo a qual o direito pode ser dividido conforme a diversidade dos sistemas jurídicos. Estes, por sua vez, são ordinariamente identificados pelas fontes de onde manam as normas jurídicas, ou pela forma como se estrutura um sistema de normas que preside a vida em sociedade, as relações dos membros da sociedade com o Estado, e, finalmente, a forma como o Estado se organiza e realiza as atividades a ele atribuídas.

Por isso se fala, por exemplo, em direito romano-germânico e em direito anglo-americano. Ambos podem representar, com alguma clareza, o que seriam os dois sistemas jurídicos paradigmáticos do mundo civilizado, sendo certo que essa divisão decorre da substancial diferença que se pode identificar na estrutura lógica sobre a qual cada um desses sistemas é edificado.

O direito romano-germânico caracteriza-se por considerar que as normas jurídicas se originam de um órgão do estado configurado especialmente para fabricá-las, sendo certo que, grosso modo, apenas as normas provenientes desse órgão são capazes de reger, do ponto vista abstrato e geral, a vida em sociedade, a estrutura estatal, e as funções que competem a esta estrutura. O direito gravita em torno da lei, em seu sentido formal. Apenas a lei pode criar, modificar ou extinguir direitos. Somente ao Poder Legislativo regularmente exercido, de acordo com uma divisão de competências constitucionalmente estabelecida, é conferido o poder de inovar no ordenamento jurídico.

A lei, considerada *lato sensu*, é aparentemente, nos nossos dias, a fonte primordial, quase exclusiva do direito nos países da família romano-germânica. Todos esses países surgem como sendo *países de direito escrito*; os juristas procuram, antes de tudo, descobrir as regras e as soluções do direito, estribando-se nos textos legislativos ou regulamentares emanados do parlamento ou das autoridades governamentais ou administrativas.<sup>3</sup>

Contudo, a plenipotência da lei como única fonte aceitável do direito não seria mais

---

<sup>3</sup> DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 112.

que um mito. A crença presta-se mais para permitir que países de família jurídica diferente compreendam com maior facilidade a prática dos países de direito continental, prática essa em que, mediante o emprego de métodos de interpretação, se descobre a solução que, para cada caso concreto, pretendeu dar o legislador.

A simplificação, entretanto, não corresponde à realidade. O fato de os países da família romano-germânica possuírem uma multidão de códigos, estatutos, regimentos e toda a sorte de documentos legislativos não implica dizer que o direito e a lei devam ser confundidos. É certo que a profusão de textos normativos tinha esse propósito: esgotar na lei o direito; mas esse intento nunca foi atingido no plano prático. Os principais defensores do positivismo do século passado abandonaram o ideal propugnado por Montesquieu, de coincidência do direito com a lei (cf. n. VI, item 1.2.2, *infra*), e admitiram o papel criativo do aplicador da lei, que traspassa a realização de operações puramente lógicas e a formação de silogismos simples, visto que os numerosos códigos dos países romano-germânicos, embora pretendessem sugar para dentro deles todo o direito existente, não passam de “simples quadros no interior dos quais os juristas vão exercer uma atividade criadora na procura de soluções de justiça”.<sup>4</sup> (Essa contradição inerente ao positivismo é tratada com mais detalhes no n. VII, item 2.2, *infra*). Ainda assim, é inolvidável que a lei ainda é considerada na família continental a fonte por excelência do direito, pois é dentro dos limites por ela demarcados que o intérprete pode trafegar, não sendo a ele conferido, salvo nas hipóteses legais (não resistimos ao truísmo), como são *verbi gratia* os termos indeterminados de conceitos, valer-se de suplementos metajurídicos para dirimir situações conflituosas.

### 1.3 O direito anglo-americano

O direito anglo-americano se baseia no pressuposto segundo o qual as normas que o compõem são ditadas pela razão que, por sua vez, constitui os costumes do povo que remontam aos tempos imemoriais, identificados e declarados pelos juízes no momento em que dirimem os casos concretos. As normas declaradas pelos juízes na solução das causas individuais arbitram os casos semelhantes que sobrevêm. O Poder Judiciário exerce função central na construção do direito positivo (*judge made law*), ao passo que no sistema romano-germânico clássico, *in thesi*, a atividade judicial adstringe-se à aplicação de um direito posto

---

<sup>4</sup> DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo...*, p. 114.

por outra autoridade normativa. Os juízes, na perspectiva da tradição inglesa, são obrigados a obedecer aos parâmetros normativos ditados por decisões anteriores (*prior cases*) produzidas pelos próprios juízes, ainda que não concordem com elas (*binding by precedents*).

O juiz romanista, diversamente, não está atrelado aos precedentes judiciais, mesmo que provenham de cortes superiores. A interpretação judicial, dentro desse contexto, é balizada pela lei em sentido formal, sendo certo que os precedentes não foram contemplados por tal conceito.

#### *1.4 Famílias jurídicas*

Propaga-se dessa forma a noção de sistemas jurídicos anglo-americano e sistemas jurídicos romanistas. *Common law* e *civil law*. Os sistemas jurídicos são dotados de caráter transnacional. Cada direito, de uma época e de um país, não é *per se*, um sistema independente, com vida autônoma. Ele integra um sistema previamente dado, historicamente condicionado, feito de métodos, regras e conceitos que não se modificam por mero ato legislativo – venha esse ato de onde vier. O direito é feito de outra coisa que não somente regras mutáveis. São os elementos estreitamente ligados às culturas de cada civilização e ao correlato modo de pensar que determinam a produção de normas que perfazem o direito e permitem identificar a que família pertence. Esses elementos, a toda evidência, não são facilmente variáveis. “Os diferentes direitos comportam, cada um deles, conceitos à sombra dos quais exprimem suas regras, categorias no interior das quais eles as ordenam; a própria regra de direito é concebida por eles de um certo modo”, assinala René David.<sup>5</sup> Na visão do jurista francês, os sistemas jurídicos não são propriedades de uma só nação. Eles compõem um patrimônio cultural que desborda as fronteiras artificialmente demarcadas e originam famílias jurídicas, consoante categorias e noções elementares que se aderem a essas famílias. Essas noções elementares que caracterizam as famílias jurídicas fazem com que o jurista pertencente a uma delas fique em estado de perplexidade quando mergulhado no arcabouço de uma família do direito a ele estranha. Exemplificando, René David assinala que a ciência do direito, diversamente das ciências naturais, cuja validade das leis não se limita a fronteiras geográficas, desenvolveu-se de modo independente no âmago das diversas famílias jurídicas: “As questões que são primordiais para um jurista francês podem ter uma importância muito limitada aos olhos do

---

<sup>5</sup> DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo...*, p. 16.

jurista soviético que vive numa sociedade de tipo diferente”, diz David.<sup>6</sup>

Em outros termos, os sistemas jurídicos não se identificam com uma nação específica. Não há, a rigor, um sistema jurídico brasileiro, argentino, alemão, norte-americano ou neozelandês. Os sistemas jurídicos equivalem às famílias do direito, sendo que os direitos das nações, individualmente consideradas, são uma parte dessas famílias. Essa a posição de René David, compartilhada, entre outros, por Mario G. Losano e Vicente Ráo.<sup>7</sup>

René David, a propósito, identifica um ponto que permite a distinção entre as mais relevantes famílias jurídicas às quais considera sistemas jurídicos: “o lugar atribuído às decisões judiciárias entre as fontes do direito opõe os direitos da família romano-germânica à *common law*”.<sup>8</sup> Essa proclamação torna lícito inferir que, nos termos do pensamento do jurista gaulês, um fato relevante de distinção entre os sistemas jurídicos radica no ponto de vista formal, é dizer, das fontes do direito: “há que se recusar às decisões judiciais o caráter de fonte em sistemas da família romano-germânica, ressalvadas algumas exceções”.<sup>9</sup> Fenômeno oposto acontece nos sistemas de *common law*, em que a jurisprudência continua a ocupar o posto de principal fonte do direito,<sup>10</sup> mais ainda no Reino Unido, onde algumas partes da própria Constituição foram escritas pelos juízes.<sup>11</sup>

## 2 A Acepção normativa de sistema jurídico: sistemas jurídicos e ordenamentos jurídicos

<sup>6</sup> DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo...*, p. 18.

<sup>7</sup> Especialmente pedagógica, a esse respeito, é a magnífica exposição de Vicente Ráo: “Ao contrário, quando se afirma que os fatores de ordem racial, ideológica, histórica, religiosa, política, econômica e outros fatores sociais diferenciam os diversos povos, não se quer significar que cada um deles constituam uma unidade totalmente distinta, como que um compartimento estanque, pois certos fatores podem ser comuns a vários povos e neles agir com uma equivalente intensidade; e, de mais a mais, outros elementos concorrem para criar uma aproximação entre as leis, usos e costumes das nações, tais a eventual origem comum, a identidade ou semelhança das respectivas necessidades, permitindo, ou reclamando, por vezes, a mesma solução e a mesma disciplina e, por fim, além de elementos outros, não há desprezar-se a contribuição do intercâmbio de homens e de interesses, do progresso das ciências e das artes, do desenvolvimento, da civilização.

Tanto assim é que as legislações civis, sem prejuízo de suas peculiaridades, podem ser racionalmente classificadas, por suas linhas gerais, em sistemas, como o romano, o germânico, o anglo-americano, o soviético, o muçulmano, o hindu, o israelita e outros mais (RÁO, Vicente. *O Direito e a Vida dos Direitos*. São Paulo: RT, 2013, p. 113).

<sup>8</sup> DAVID, René...

<sup>9</sup> RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 106.

<sup>10</sup> RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial...*, p. 107.

<sup>11</sup> Pertinente o comentário de Paulo Bonavides sobre as constituições costumeiras, em geral, e sobre a Constituição inglesa, em particular: “Há também Constituições parcialmente costumeiras, quais a da Inglaterra, cujas leis abrangem o direito estatutário (*statute law*), o direito casuístico ou jurisprudencial (*case law*), o costume, mormente o de natureza parlamentar (*Parliamentary custom*) e as convenções constitucionais (*constitutional conventions*) (BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 88).

## 2.1 Os critérios de existência de um sistema jurídico segundo Joseph Raz

Para outros eminentes jusfilósofos, os sistemas jurídicos identificam-se com ordenamentos jurídicos. Variam, porém, os critérios de avaliação de existência, identidade de ordenamentos e, por consequência, de sistemas jurídicos.

Joseph Raz propõe, com admirável rigor científico, esses critérios. Em primeiro lugar, vem a proposição que precede todas as outras, qual seja, a de que toda norma jurídica pertence a um sistema jurídico.<sup>12</sup> A partir dessa consideração, Raz define os problemas cujas respostas permitirão a constatação da existência de um dado sistema jurídico e as razões pelas quais esse sistema se distingue de outros sistemas.

O problema da existência é o primeiro que se põe. Ele requer que se syndique quais são os critérios que definem a existência de um sistema jurídico. Ou os sistemas jurídicos existem (como os sistemas inglês e alemão) ou deixaram de existir (como os sistemas romano e medieval) ou nunca sequer existiram (como os sistemas ideais propostos por Platão e Montesquieu). O problema da existência permite determinar a verdade ou falsidade de uma proposição como a seguinte: “há um sistema jurídico no Brasil”.

Depois vem o problema da identidade, isto é, quais os critérios podem determinar o pertencimento de uma lei a um dado sistema jurídico. A definição desses critérios propicia desvelar quais normas formam os sistemas.

O próximo problema leva o pensamento de Raz para a orla do pensamento de David. Diz respeito à estrutura dos sistemas jurídicos: “há uma estrutura comum a todos os sistemas jurídicos, ou a certas espécies de sistemas jurídicos?”.<sup>13</sup> Joseph Raz considera não só a possibilidade de certos padrões de relações entre as leis desbordarem os vários sistemas jurídicos nacionais como também a possibilidade de tais padrões constituírem-se em traços que distinguem espécies importantes de sistemas. Novamente o *common law* e o *civil law* vem a lume como exemplos mais marcantes dessa problemática.

---

<sup>12</sup> RAZ, Joseph. *O Conceito de Sistema Jurídico – Uma Introdução à Teoria dos Sistemas Jurídicos*. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 1.

<sup>13</sup> RAZ, Joseph. *O Conceito de Sistema Jurídico – Uma Introdução à Teoria dos Sistemas Jurídicos...*, p. 3.

Enfim, aparece o problema do conteúdo, quer dizer, da existência de leis que, de uma forma ou de outra, se fazem presentes em todos ou em algumas espécies de sistemas jurídicos. Haveria algum conceito ou princípio de tamanha importância que perfizesse um conteúdo comum a todos os sistemas jurídicos ou que podem designar espécies relevantes de sistemas? <sup>14</sup> Joseph Raz responde de forma positiva ao primeiro problema. Há, sim, características nucleares e comuns a todos os ordenamentos jurídicos, o que, aprioristicamente, poderia fomentar a afirmação de que todos os ordenamentos são irmanados e pertencem a um sistema jurídico uno. O direito, onde quer que ele exista, desde as tribos mais primitivas até as mais avançadas civilizações, é normativo, institucionalizado e coercitivo.

É normativo porque serve e deve servir como orientação para o comportamento humano. É institucionalizado porque sua aplicação e modificação são, em larga medida, executadas ou reguladas pelas instituições. E é coercitivo na medida em que a obediência a ele, e sua aplicação, são garantidas internamente, em última instância, pelo uso da força.<sup>15</sup>

Contudo, as características universais do direito não o tornam, sob a perspectiva normativa, um só direito, porquanto nem a força ou a violência conseguem extinguir o sentimento natural de independência e de liberdade próprio de todos os povos, em ordem a que as leis impostas a fórceps pelos conquistadores tornam-se ineficazes, sem deixar diretrizes substanciais, quando não correspondem aos sentimentos religiosos, morais, intelectuais e às peculiares contingências econômicas das nações dominadas.

Daí por que as leis (= normas jurídicas) não são universais. Cada norma vigora somente no sistema jurídico (aqui tomado como sistema normativo de um povo ocupante de um território soberano) em que embutida. Até mesmo as normas transnacionais somente gozam de validade e de coercibilidade se internalizadas mediante o devido processo constitucional de incorporação do direito estrangeiro ao direito da nação. Universais são os princípios gerais éticos, lógicos e jurídicos que, como uma força viva, invadem as mentes dos povos que, por sua vez, veiculam tais princípios senão nos próprios ordenamentos jurídicos, mas no modo de pensar e de aplicar o direito.

## *2.2 A teoria do soberano de John Austin*

---

<sup>14</sup> RAZ, Joseph. *O Conceito de Sistema Jurídico – Uma Introdução à Teoria dos Sistemas Jurídicos...*, p. 3.

<sup>15</sup> RAZ, Joseph. *O Conceito de Sistema Jurídico – Uma Introdução à Teoria dos Sistemas Jurídicos...*, p. 4.

Para Joseph Raz, é de John Austin o mérito do pioneirismo na formulação de uma teoria completa dos sistemas jurídicos. É notável também a influência exercida pelo pensamento de Thomas Hobbes na construção da teoria do soberano que, com marcante vanguarda, buscou desconectar o direito da moral (cf. Capítulo V, n. 1.2.2.2, *infra*) e, semelhantemente a Hobbes, considerou a possibilidade de existirem leis injustas que, mesmo assim, devem ser obedecidas, porque provenientes de uma autoridade incontestável: do soberano, a quem competia a eliminação do temido estado de natureza e a guarda da paz social.

Imerso no *common law*, Austin explicou que o direito criado pelos juízes naquele ambiente nada mais era do que uma delegação tácita da autoridade legislativa provinda do soberano, que, não necessariamente, seria o imperador, mas poderia ser uma assembleia instituída por concessão do soberano.<sup>16</sup> Averbava Austin: “*all that judge-made law is the creature of the sovereign of state*”. Dizia ele ainda que:

quando juízes transformam um costume em uma norma positivada (ou criam uma norma jurídica não sugerida por um costume), a regra positivada que eles estabelecem advém de uma legislatura soberana. Um juiz é meramente um ministro executor, sem vontade autônoma. A porção de poder soberano que está à sua disposição é meramente delegada.<sup>17</sup>

A teoria do soberano e do súdito foi exaustivamente analisada por Herbert L. Hart. Conforme a interpretação que Hart confere a essa teoria, em toda a sociedade em que exista o direito, seja ela democrática ou não, haverá uma relação bastante simples entre os súditos, que prestam obediência ao direito estabelecido, e o soberano, que veicula o direito, e nem a este e nem a qualquer coisa está limitado. A aceitação social das normas outorgadas pelo soberano, ou por ele tacitamente toleradas (fenômeno da persistência do direito), como os costumes e as decisões judiciais, é, ao contrário da simplicidade da relação de subordinação existente entre súditos e soberanos, um fenômeno complexo, observável no comportamento das autoridades e dos cidadãos comuns. É essa aceitação social que determina a existência de um sistema jurídico.<sup>18</sup> Se ela existir, Austin postula, existe um sistema jurídico. O complexo fenômeno da aceitação social é assim descrito por Hart:

- Autoridades aceitam as normas da seguinte forma:

---

<sup>16</sup> HART, H. L. *O Conceito de Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 94.

<sup>17</sup> AUSTIN, John. *Province of Jurisprudence Determined*. Londres: 1861, John Murray, p. 23 (tradução livre).

<sup>18</sup> HART, H. L. *O Conceito de Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 81/82.

1. Legisladores: quando criam leis de acordo com as normas que lhes deferem poderes para isso;
  2. Tribunais: quando identificam as normas validamente produzidas que devem solucionar os litígios;
  3. Demais operadores do direito: quando orientam os demais cidadãos a como devem se conduzir para que não infrinjam as normas validamente produzidas.
- Cidadãos comuns aceitam as normas quando manifestam aquiescência aos resultados dessas ações oficiais.

Semelhantemente, Robert Alexy, palmilhando o trajeto empírico de identificação de um sistema jurídico, considera que o problema da eficácia tem relacionamento estreito com o da validade do sistema jurídico. Averba o jusfilósofo tedesco, valendo-se do pensamento de Hoester, que um sistema normativo somente será juridicamente válido quando prevalecer nos conflitos que mantiver contra outros ordenamentos normativos. Dá-se aqui o exemplo dos códigos de conduta dos criminosos que sanciona com a morte os traidores, morte essa que, diante de um ordenamento normativo válido do ponto de vista formal, é punida pelo estado com sanções penais. Se essas sanções conseguem ser regularmente impostas pela coerção estatal, este ordenamento prevalece sobre o código de conduta dos criminosos e ele é um sistema jurídico válido. A esse fenômeno Alexy atribui o nome de critério da dominância. Sem a dominância, o sistema normativo não é eficaz em termos globais. Não é um sistema jurídico.<sup>19</sup>

Em relação aos costumes e à objeção de que essas normas não procedem de comandos do soberano, Austin argutamente responde que o direito consuetudinário emerge do consentimento do soberano e não de razões metafísicas ou históricas que se situam fora do alcance normativo estatal. As regras morais apenas se convertem em direito positivo se houver aquiescência do estado: ou são por ele diretamente estabelecidas, quando os costumes são reconhecidos pelas leis; ou são estabelecidas circunstancialmente, quando os costumes são adotados pelos tribunais.<sup>20</sup> O fato importante, adverte Raz acerca da teoria de Austin, é que: “quando buscamos as fontes das leis do sistema chegamos a uma única pessoa (ou grupo) que é a origem de cada uma delas”.<sup>21</sup> O soberano, direta ou indiretamente, é o legislador de todas as normas jurídicas do sistema. A principal diferença entre as normas ditadas diretamente pelo

---

<sup>19</sup> ALEXY, Robert. *Conceito e Validade do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 107.

<sup>20</sup> AUSTIN, John. *Province of Jurisprudence Determined...*p. 25.

<sup>21</sup> RAZ, Joseph. *O Conceito de Sistema Jurídico...*p. 25.

soberano e as normas produzidas de modo delegado é que estas devem expressar a vontade do soberano segundo a forma determinada pelas leis delegantes.

Muito embora para Austin a fonte de onde manam as normas seja a chave da resolução do problema da existência do sistema, em relação à estrutura identificou alguns elementos sem os quais é impossível conceber um sistema jurídico coerente. As noções essenciais de um sistema jurídico racional são:

- as de dever, direito, liberdade, dano, punição e indenização; e
- as relações recíprocas entre essas noções e entre ordenamento, soberania e sociedade política independente.<sup>22</sup>

As distinções essenciais são as que existem entre:

- direito escrito ou promulgado (a lei em sentido formal) e direito não escrito ou não promulgado (costumes e precedentes), que, nas palavras de Austin, coincidem, respectivamente com o direito que procede imediatamente do legislador soberano e o direito que procede de um legislador subordinado;
- direitos reais e direitos pessoais; e
- ilícitos civis e infrações penais.

### *2.3 H. L. Hart e o direito enquanto união de normas primárias e secundárias*

A essência do direito é, para H. L. Hart, a combinação e a aplicação de normas jurídicas primárias e secundárias. A categorização proposta por Hart (normas primárias e secundárias) é fortemente influenciada pelos pressupostos teóricos de Austin, porém bem mais sofisticada, e tem a mesma nomenclatura daquela apresentada por Kelsen (normas primárias e secundárias). Todavia, apenas o revestimento é igual. O conteúdo é bastante diferente.

Hart reputou que a problemática deve se deslocar das fontes normativas para a norma em si mesma. A teoria do soberano de Austin falharia justamente nesse ponto: “os

---

<sup>22</sup> AUSTIN, John. *The Province of Jurisprudence Determined and the Uses of the Study of Jurisprudence*. Nova Iorque: 1954, p. 366-368.

elementos a partir dos quais a teoria foi construída – a saber, as ideias de ordens, obediência, hábitos e ameaças – não incluem, e combinados não podem produzir a ideia de uma *norma*, sem a qual não teremos a esperança de elucidar nem sequer as noções mais elementares do direito”.<sup>23</sup>

As normas podem ser de duas modalidades, assume Hart. O tipo básico ou primário de normas são aquelas que prescrevem comportamento humano: exigem que se faça ou se abstenha de fazer algo, quer se queira, quer não. São as normas primárias. Uma norma deste tipo pode conter o seguinte enunciado: “o Promotor de Justiça não pode desistir da ação penal pública”; ou: “as pessoas devem cumprir as obrigações estipuladas nos contratos”.

As normas secundárias, de seu turno, são normas que dependem da existência das normas primárias. Hart as considera como normas parasitárias das normas primárias, na medida em que regulam o funcionamento, a origem e a vigência delas. Enquanto as normas primárias ordinariamente cominam deveres, as normas secundárias concedem poderes. A compreensão dos conceitos de normas primárias e secundárias constitui tema cardeal da teoria de Hart e permite identificar a estrutura do direito.<sup>24</sup> Isso por que atribui às normas secundárias a precípua função de converter um conjunto de normas isoladas e desconexas em um sistema jurídico coeso, ainda que eventualmente embrionário.

As normas secundárias são classificadas em normas de reconhecimento, normas de modificação e normas de julgamento:

- As normas de modificação equivalem àquelas que autorizam os órgãos estatais a introduzir, modificar ou suprimir normas primárias, segundo um procedimento previamente estabelecido.
- As normas de julgamento estabelecem as autoridades que devem aplicar as normas primárias e os procedimentos que instrumentalizam a aplicação dessas normas.
- As normas de reconhecimento são as que desempenham papel mais relevante na

---

<sup>23</sup> HART. H. L. *O Conceito de Direito...*105.

<sup>24</sup> É de todo útil aqui reproduzir o pensamento de Hart: “Assim, pode-se dizer que todas as normas secundárias se situam num nível diferente daquele das normas primárias, pois versam sobre todas essas normas; isto é, enquanto as normas primárias dizem respeito a atos que os indivíduos devem ou não praticar, todas as normas secundárias se referem às normas primárias. Especificam como as normas primárias podem ser determinadas, introduzidas, eliminadas e alteradas de forma conclusiva, e como estabelecer conclusivamente o fato de serem transgredidas” (*O Conceito de Direito...*, p. 122).

concepção de um sistema jurídico. São elas que apõem sobre as normas primárias o selo de validade jurídica. Hart assim define a norma de reconhecimento:

Essa norma especifica as características que, se estiverem numa determinada norma, serão consideradas como indicação conclusiva de que se trata de uma norma do grupo, a ser apoiada pela pressão social que exerce.<sup>25</sup>

Trocando em miúdos, as normas de reconhecimento são aquelas que estabelecem a legitimidade normativa. Elas estabelecem a fonte de produção de normas primárias e aceitação por quem de direito da legitimidade do poder criador de normas.

Hart adverte que em um sistema jurídico as normas de reconhecimento não têm um enunciado tão simples, porquanto devem ser identificadas conforme alguns traços das normas jurídicas primárias. Dentro dessa perspectiva, o enunciado de uma norma de reconhecimento poderia ser, *verbi gratia*, assim redigido: “o Poder Judiciário pode criar o direito por meio de precedentes, visto que tal comportamento dos juízes é considerado legítimo pelos cidadãos”; ou então assim: “a Constituição da República de 1988 é válida porque se considera legítima e investida de autoridade normativa a Assembleia Nacional Constituinte de 1987”.<sup>26</sup> Como se vê, o conceito de norma de reconhecimento para Hart não é puramente jurídico, pois tem claros componentes sociológicos e históricos, que autenticam o conteúdo das normas jurídicas primárias. Nas palavras de Hart,

a norma de reconhecimento só existe como uma prática complexa, embora normalmente harmoniosa e convergente, que envolve a identificação do direito pelos tribunais, autoridades e indivíduos privados por meio da referência a determinados critérios. Sua existência é uma questão de fato.<sup>27</sup>

Ao escrutinar a doutrina de Hart, Alexy dispõe que a existência não implica a validade da *rule of recognition*. Esta até pode ser o critério pelo qual se valida normas que lhe sobrevierem, mas ela, como critério de validade dela mesma, pode não valer.<sup>28</sup> Com isso, explica Alexy, a validade da norma de reconhecimento depende da aceitação, isto é, pela forma como os participantes de um sistema jurídico identificam normas como integrantes de um direito vigente. Isso se manifesta na prática jurídica, com a utilização por quem de direito da

<sup>25</sup> HART, H. L. *O Conceito de Direito...*, p. 122.

<sup>26</sup> HART, H. L. *O Conceito de Direito...*p. 123.

<sup>27</sup> HART, H. L. *O Conceito de Direito...*p. 142.

<sup>28</sup> ALEXY, Robert. *Conceito e Validade do Direito...*, p. 146

norma de reconhecimento como fundamento de validade para todas as outras normas jurídicas.<sup>29</sup>O aspecto empírico da norma de reconhecimento importa, também, na existência de um sistema jurídico. Todavia, os sistemas jurídicos mais evoluídos, dotados de plúrimas fontes normativas, envolvendo, por exemplo, uma constituição escrita, o direito produzido pelo legislativo e os precedentes judiciais, requerem uma norma de reconhecimento mais complexa, na medida em que é ela que certifica a validade de outras normas do sistema, e confere a tal conjunto normativo consistência e unidade. A norma de reconhecimento é, pois, a norma última (*ultimate rule*) e, nesse sentido, como se verá logo abaixo, guarda certa identidade com a norma pressuposta fundamental intuída por Hans Kelsen. (Muito embora a norma fundamental de Kelsen seja puramente jurídica.)

A norma de reconhecimento funciona, no esquema de Hart, como critério de validade das demais normas do sistema. Já as normas de modificação e de julgamento configuram o padrão público ordinário de comportamento oficial por parte das autoridades que povoam o sistema com as normas primárias e as aplicam. Pouca importância é dada ao motivo pelo qual os cidadãos cumprem as normas. Segue-se daí a segunda condição para a existência em sistema jurídico, que deve ser satisfeita pelas autoridades. Estas devem projetar as normas como padrões comuns de conduta oficial e considerar dignas de censura suas próprias infrações e as dos outros, considerados fatos anormais, dignos de reprovação jurídica.<sup>30</sup> Aos juizes é conferido proeminente papel nesse juízo de desvalor, já que

se apenas alguns juizes, em caráter pessoal e “por sua própria conta”, trabalhassem baseados no fato de que aquilo que o Parlamento promulga em nome da Coroa é lei, e não criticassem aqueles que não respeitavam a norma de reconhecimento, a unidade e a continuidade que caracterizam um sistema jurídico teriam desaparecido.<sup>31</sup>

#### *2.4 Coesão judicial, colapso de um sistema jurídico e seu retorno à normalidade mediante a pretensão de correção*

A coesão judicial é, assim, fator de perfectibilização da unidade de um sistema jurídico. Decisões desconexas, disparatadas, arbitrárias e que não se subordinam ao ordenamento ou, mais grave, às decisões da superior instância judiciária são sintomas de grave

---

<sup>29</sup> ALEXY, Robert. *Conceito e Validade do Direito...*, p. 147.

<sup>30</sup> HART. H. L. *O Conceito de Direito...*, p. 150.

<sup>31</sup> HART. H. L. *O Conceito de Direito...*, p. 150.

patologia do sistema.

De fato, avançando em seu exame sociológico, Hart percebe que um sistema jurídico, à semelhança de um ser vivo, nasce, torna-se independente do sistema que o concebeu, envelhece e perece. A morte de um sistema jurídico é precedida do colapso deste, causado pelas enfermidades que possam acometê-lo. A doença de um sistema jurídico é verificada pela interrupção dos padrões de obediência praticados pelos cidadãos e pela incapacidade de as autoridades censurarem os cidadãos e a si próprias quando quem quer que seja provocar a ruptura dos padrões de obediência por infrações ao direito. Hart não exaure quais seriam os fatores de perturbação, mas bem os exemplifica. Um deles é substituição, não autorizada pela norma de reconhecimento, das autoridades por um novo grupo de indivíduos. Outro, a ocupação do território por um inimigo externo. *Last but not least*, um fator familiar (ou deveria ser) aos juristas brasileiros: o simples colapso do controle jurídico ordenado, diante de uma situação de anarquia ou banditismo, sem pretensões, ao menos explícitas, ao governo.<sup>32</sup> Em outros termos: uma situação de generalizado e descontrolado desrespeito ao ordenamento jurídico e de censurabilidade não aos atos infracionais, mas às pretensões de restauração do direito violado. Um estado de coisas em que a obediência e a aplicação da lei é um comportamento mau visto, politicamente incorreto.

### 2.5 A norma pressuposta fundamental de Hans Kelsen

Muito embora Hans Kelsen tenha sido alvo de uma campanha difamatória, que associou seu positivismo normativista à ascensão e justificação de regimes totalitários,<sup>33</sup> é dele, sem dúvida alguma, o mérito de imprimir ao direito um caráter científico de que antes se ressentia. É Kelsen também quem avança no conferir à norma jurídica o protagonismo na configuração do direito em geral, e dos sistemas jurídicos em particular.

A primazia conferida à norma jurídica dissociada de influências de ordem moral e sociológica fez Joseph Raz interligar a teoria do sistema jurídico de Kelsen àquela preconizada por Austin (v. n. 2.2, *supra*), vale dizer: em ambas o conceito de soberania é a pedra angular sobre a qual se edifica todo o sistema jurídico. Em ambas, a norma jurídica válida deve ser cumprida, quer seja justa ou não. No entanto, na teoria de Kelsen a norma fundamental toma o

---

<sup>32</sup> HART, H. L. *O Conceito de Direito...*, p. 152.

<sup>33</sup> RAZ, Joseph. *O Conceito de Sistema Jurídico...*p. 124.

lugar do soberano.

Para Kelsen, o fundamento de validade de uma norma jurídica sempre repousa em outra norma, de estatura mais alta.<sup>34</sup> Como averbado por Raz, o problema da competência da autoridade normativa é peça chave na estrutura sistemática sustentada por Kelsen: somente uma autoridade competente pode ditar normas válidas. A competência normativa advém dos poderes instituídos por outras normas hierarquicamente superiores. À norma superior subordinam-se a autoridade a que conferido poder de normatizar e os indivíduos aos quais cumpre obedecer tanto a norma de competência como a norma que institui obrigações.

Kelsen percebeu que sua teoria poderia gerar o paradoxo do *regressus ad infinitum*, tal como a investigação da causa de um determinado efeito pode perder-se no interminável. Daí por que deve existir uma norma anterior a todas as outras e cuja validade advém dela mesma. “Como norma mais elevada ela tem de ser *pressuposta*, visto que não pode ser *posta* por uma autoridade, cuja competência teria de se fundar numa norma mais elevada”.<sup>35</sup> A norma fundamental provê validade a todas as outras normas que dela descendem, sendo ela o astro principal do sistema de normas que orbitam em torno dela. A norma fundamental forma, assim, um sistema de normas ou uma ordem normativa. Remova-se a norma fundamental e ter-se-á o desmantelamento do sistema jurídico. Assim, “um sistema jurídico é o conjunto de todas as leis promulgadas pelo exercício dos poderes conferidos direta ou indiretamente por uma mesma norma fundamental”.<sup>36</sup>

A norma fundamental é anterior à Constituição, pois é dela que partem os poderes constitucionalmente fixados. Entre a norma fundamental e a Constituição atual colocam-se todas as Constituições que foram revogadas. A Constituição atual é válida porque a que a antecedeu igualmente era, e assim sucessivamente até chegar à primeira Constituição. “A validade dessa primeira constituição é a pressuposição última, o postulado final, do qual depende a validade de todas as normas de nossa ordem jurídica”.<sup>37</sup> O enunciado da norma fundamental pode ser assim posto: “atos coercitivos devem ser executados sob as condições e da maneira determinadas pelos 'pais' da constituição ou pelos órgãos por eles delegados”.<sup>38</sup> Por

---

<sup>34</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2011, 215.

<sup>35</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito...*, p. 217.

<sup>36</sup> RAZ, Joseph. *O Conceito de Sistema Jurídico...*, p. 127.

<sup>37</sup> KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, p. 168.

<sup>38</sup> KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado...*, p. 169.

quê? A resposta de Kelsen é desconcertante. Porque sim. A norma fundamental dispensa justificações de natureza moral ou transcendental. “A hipótese última do positivismo é a norma que autoriza aquele que foi historicamente o primeiro legislador”.<sup>39</sup> Assume-se, portanto, que a norma fundamental é pressuposto inexorável de qualquer interpretação positivista do ordenamento jurídico. Isso, para Raz, conecta os pensamentos de Kelsen e de Austin. A norma fundamental faz as vezes do soberano, na medida em que um sistema jurídico constitui o arcabouço de todas as normas impostas em decorrência dos poderes outorgados, imediata ou mediatamente, por uma só norma fundamental.<sup>40</sup> “Ela é o ponto de partida de um processo: do processo da criação do Direito positivo”.<sup>41</sup> Então,

Se se pergunta pelo fundamento de validade de uma norma pertencente a uma determinada ordem jurídica, a resposta apenas pode consistir na recondução à norma fundamental desta ordem jurídica, quer dizer: na afirmação de que esta norma foi produzida de acordo com a norma fundamental.<sup>42</sup>

#### *2.6 Sistemas normativos não jurídicos e a pretensão à correção como critério de existência de um sistema jurídico*

Robert Alexy faz uma descrição bastante precisa de sistemas normativos que não se igualam a sistemas jurídicos. Suas ideias foram claramente influenciadas pelos pensamentos de Hart e Kelsen, mas não pecam pela falta de originalidade, pois ele faz o raciocínio inverso ao do jurista insular, principalmente quando advoga que sistemas normativos absurdos e rapaces tangidos pela pretensão à correção podem tornar-se sistemas jurídicos. Defeituosos sistemas, mas que não deixam de ser sistemas jurídicos. Tais sistemas são classificados em absurdos e predatórios ou rapaces.

Os sistemas normativos absurdos são aqueles em que um grupo de indivíduos é dominado de tal modo que é impossível reconhecer finalidades do(s) dominador(es) senão quanto a perseguir e a esmagar de forma duradoura os dominados. Alexy toma de empréstimo a alegoria do grupo de bandoleiros, proposta por Hans Kelsen.<sup>43</sup> As ordens emitidas pelos dominadores nesse contexto não guardam nenhum sentido lógico, pois podem implicar

---

<sup>39</sup> KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado...*, p. 170.

<sup>40</sup> RAZ, Joseph. *O Conceito de Sistema Jurídico...*, p. 127.

<sup>41</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito...*, p. 222.

<sup>42</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito...*, p. 222.

<sup>43</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito...*, p. 48.

aplicação de tortura e do estupro para somente deleitar os dominadores. Os dominados apenas obedecem por medo de mais violência ou da morte. Esse sistema, propõe Alexy, não é um sistema jurídico, por razões conceituais.<sup>44</sup>

O ordenamento absurdo pode se transformar em um ordenamento predatório, na medida em que os bandidos se organizam e instalam um processo que pressupõe pactos de não agressão e o estabelecimento de hierarquia entre eles. Nessas condições os dominadores instituem um sistema de regras imposto aos dominados, cujo escopo precípua é cuidar para que os dominados permaneçam sendo objetos susceptíveis de opressão por muito tempo.<sup>45</sup> Também aqui as normas são trucidadas pelo utilitarismo e não há nenhum ingrediente moral nelas.

Com o tempo, o ordenamento predatório evolui para o inadequado. Os bandidos se esforçam por uma legitimação jurídica e social. Persistem na exploração dos dominados, de um modo mais sutil, contudo. Essa exploração já não se dá de modo aleatório segundo a mera *voluntas* do agente, mas por meio de uma prática regrada. A prática regrada outorga legitimação aos bandidos. Esse sistema pode não ser justo, mas não se exclui que seja ele jurídico. A prática regrada expõem um aspecto crucial desse sistema: a pretensão à correção. A pretensão à correção é a última etapa que permitiu ao direito evoluir de um direito absurdo, passando por um direito rapace, chegando a um sistema jurídico, se bem que inadequado. A pretensão de correção é uma pretensão qualificadora, pois preconiza que as normas ou sistemas normativos que não satisfazem critérios de moralidade são considerados defeituosos. “Ao ato de legislação constitucional está necessariamente vinculada uma pretensão à correção, que, nesse caso, é uma pretensão à justiça”.<sup>46</sup> Veja: a pretensão à correção não impede que se expurguem os defeitos da norma jurídica, mas seu escopo reside nisso: remover do sistema os defeitos das normas, radicados na insatisfação de padrões morais mínimos. Aqui Alexy é radical: “sistemas normativos que não formulam explícita nem implicitamente uma pretensão à correção não são sistemas jurídicos. Todo sistema jurídico implica uma pretensão à correção”.<sup>47</sup> Exemplos atuais podem ser invocados para ilustrar o pensamento de Alexy: um sistema de normas previdenciárias que obriga o cidadão a trabalhar por mais de cinquenta anos para conseguir sua aposentadoria com proventos integrais em um país com expectativa de vida que mal supera os

---

<sup>44</sup> ALEXY, Robert. *O Conceito e a Validade do Direito...*, p. 39.

<sup>45</sup> ALEXY, Robert. *O Conceito e a Validade do Direito...*, p. 40.

<sup>46</sup> ALEXY, Robert. *O Conceito e a Validade do Direito...*, p. 45.

<sup>47</sup> ALEXY, Robert. *O Conceito e a Validade do Direito...*, p. 42.

75 anos de idade não contém nenhuma pretensão à correção, pois ela não se propõe a garantir a aposentadoria, mas sim obrigar o trabalhador a contribuir para a previdência e não desfrutar da aposentadoria. Aqui se retorna ao direito predatório, feito para garantir que os dominadores nessa condição permaneçam, e que os dominados sejam perenemente explorados por aqueles. O sistema normativo assim proposto é inválido do ponto de vista conceitual, por ser impermeável a rudimentos morais e, conseqüentemente, não pode nem sequer receber o selo de “sistema jurídico”. A pretensão à correção é, desenganadamente, o componente moral a que o enunciado normativo deve franquear o acesso. Direito e moral (= justiça), para Alexy, interconectam-se. A justiça é um valor a ser perseguido pela norma. A norma infensa a valores morais não é norma jurídica.

### **3 Acepção sociológica de sistema jurídico: Sistemas de direito e autorreprodução em Niklas Luhmann**

As premissas de Niklas Luhmann são bem distintas das de qualquer jurista que tenha se debruçado sobre o tema. É uma abordagem a todos os títulos inovadora, sofisticada e genial. O ponto de partida de Luhmann é o de que o sistema jurídico nada mais é do que um subsistema do sistema social. O sistema jurídico – e aqui se pode compreendê-lo assim mesmo, no singular – não pode ser confinado a uma nação ou a tradições ou a famílias jurídicas que guardem entre si algum traço de identidade. O sistema jurídico é um sistema que existe dentro da sociedade assim considerada em sua compreensão universal – não apenas dentro da sociedade inglesa, alemã ou brasileira, *verbi gratia*.

O sistema jurídico não é normativo. Em Luhmann o sistema jurídico não se insere em um mundo ideal, de valores metafísicos, de normas ou deveres pressupostos, sem comprovação empírica. Conquanto Luhmann também seja jurista, a sociologia domina completamente o arcabouço teórico por ele proposto. O sociólogo do direito é categórico ao afirmar supremacia da sociologia sobre o direito.<sup>48</sup> Não existe “nenhuma 'ideia do direito' acima do direito”.<sup>49</sup> Não são imperativos ditados pela divindade, pela razão, por costumes imemoriais

---

<sup>48</sup> Luhmann discerne as diferentes abordagens do jurista e do sociólogo em relação ao direito enquanto objeto de estudo: “O sociólogo observa o direito de fora, o jurista o observa de dentro. O sociólogo é atrelado unicamente por seu próprio sistema, que dele pode exigir, por exemplo, 'investigações empíricas'. O jurista, por sua vez, obedece somente ao seu próprio sistema; o sistema aqui, contudo, é o próprio sistema do direito” (*O direito da sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2016, pp. 21-22).

<sup>49</sup> LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade...*, p. 42.

ou pela infalível vontade popular que determinam o que é e o que não é direito. Não há um direito supralegal, não positivado que permite determinar se certa norma é ou não, do ponto de vista desse direito, válida ou inválida. O direito natural, por exemplo, é para Luhmann um dado a mais de que se vale o sistema para responder às demandas e para se perpetuar. É desprovido de significação fora dele, e serve como código justamente para que o ambiente não decifre as razões pelas quais o sistema jurídico reage de certa maneira às irritações externas. “Desse modo, o sistema do direito pode levar em consideração fatos externos, mas somente como informação produzida internamente, isto é, somente como 'a diferença que faz diferença’”.<sup>50</sup>

Comparável a um organismo dotado de vida biológica, o direito se examina, estabelece seus próprios limites, reage às provocações do ambiente, e determina o que lhe pertence e o que é estranho aos seus domínios. O que é entendido como direito faz parte do sistema. O que não é, extrapola os limites do direito – e do sistema do direito - e compreende o ambiente. A comparação com os seres vivos não é gratuita. Luhmann inspirou-se nas ciências da natureza para desenvolver seu pensamento. Exemplifique-se mirando a lei da entropia, que tem por norma a concepção de que “sistemas apartados de seu ambiente paulatinamente são assimilados por esse mesmo ambiente e, portanto se dissolvem, pois perdem energia e a morte por exaustão é termodinamicamente irreversível”.<sup>51</sup> Para não perecer, o sistema estabelece um intercâmbio contínuo com o ambiente. As influências do ambiente que penetram o sistema são os *inputs*; os *outputs*, as respostas. A conversão de *inputs* em *outputs* permite um ganho para a conservação do próprio sistema. Esse ganho consubstancia a autorreprodução e o método de que se vale o sistema para se perpetuar.

E por que existem tantas e tantas teorias que estudam o direito de um ponto de vista platônico, ideal, voluntariamente desconectado da realidade? É uma necessidade prática do direito. O objeto do ensino do direito, voltado ora para o estudo dos textos legais e de sua justificação, voltado ora para as decisões judiciais e seu uso, com força vinculante, nas decisões futuras, se presta justamente para reutilização, para que fique à disposição em caso de uso eventual no futuro. É uma das operações detectadas no sistema de direito que visam à sua conservação. Não seria exagerado compará-las a um truque (*slide of hand*) praticado aos olhos do ambiente.

---

<sup>50</sup> LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade...*, p. 113.

<sup>51</sup> LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade...*, p. 56.

As teorias ortodoxas do direito resultam da auto-observação do sistema jurídico, de uma autocritica do sistema. A partir dos fatos e das normas estudados, “a teoria do direito passa a se identificar como esforço de reflexão que pretende descobrir de que modo o direito se vê a partir de seu próprio entendimento”.<sup>52</sup> Não são teorias que descrevem a unidade do sistema, o sentido da norma, as finalidades do direito e tantas outras justificativas que se apresentam. Para Luhmann, elas se prestam como facilitadoras das operações do sistema, mas sem qualquer pretensão de representar o ambiente dentro do sistema. Como as teorias operam? Elas promovem a distinção entre ser e valor e, alvejando os valores, o direito aparta-se da vida social, concebendo-se como dotado de uma existência metafísica peculiar, reivindicando para si uma autonomia que o separa completamente das demais ciências. Segue-se que a ciência do direito é reduzida a uma ciência puramente normativa, de que a doutrina de Hans Kelsen é o clássico exemplo. Com efeito,

na teoria geral do direito, o conceito de norma como *conceito básico* é indispensável. 'Conceito básico', aqui, significa conceito definido por si mesmo, como autorreferência ao modo de curto-circuito. A norma prescreve o que deve ser. Isso torna indispensável a decisão de normas e fatos também como distinção e diretriz, e temos como fato o que, visto a partir da norma, é julgado/avaliado como desviante ou conforme. Com essas determinações, a teoria do direito atribui a si o sistema jurídico.<sup>53</sup>

Nesse contexto, surge a distinção crucial proposta por Luhmann, entre sistema (autorreferência) e ambiente (heterorreferência). Essa distinção subjaz em todos os sistemas focalizados por Luhmann. A sociedade, conquanto seja um sistema que contempla o sistema de direito, é para este um ambiente do sistema legal (periferia). Entre o ambiente e o sistema de direito há um filtro altamente seletivo que promove a autonomia do sistema e cria um código próprio (direito/não direito). A rigorosa seletividade se presta a minimizar os riscos de colapso do sistema e de dissolução do caráter determinável de suas estruturas.<sup>54</sup>

Essa seletividade se dá no âmbito das respostas que o direito apresenta às perturbações que lhe faz o ambiente. Tentemos exemplificar: tem-se no Brasil um ambiente carcerário em fase de esgotamento e colapso. Esse ambiente gera irritações que chegam ao sistema jurídico por meio de demandas múltiplas: pedido de construção de novos presídios, por exemplo. O sistema avalia a insuficiência de vagas para encarcerados como um comportamento

<sup>52</sup> LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade...*, p. 16.

<sup>53</sup> LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade...*, p. 16.

<sup>54</sup> LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade...*, p. 31.

desviante do Estado, e ordena a construção de novos presídios, mesmo ciente de que tais determinações não serão cumpridas tal como ordenado no dispositivo da sentença. Isso gera novas perturbações no ambiente, consistentes no fracasso da queixa que deduziu perante o sistema de direito. Esse fracasso provoca rebeliões e ataques entre grupos rivais que ocupam os presídios. Os ataques são movidos por meio de condutas criminosas (ingresso de armas nas unidades prisionais, por exemplo), que são novamente avaliadas pelo sistema e julgadas ilícitas. A sentença condenatória retroalimenta o sistema, pois implica a execução penal, que será presidida pelo sistema. A sentença que obrigou o Estado a construir novos estabelecimentos prisionais também deverá ser executada, pois o Estado não a satisfará voluntariamente. E por aí vai.

A isso Luhmann dá o nome de autopoiese, que reporta novamente a teoria dos sistemas às ciências naturais.<sup>55</sup>

### *3.1 A autopoiese do sistema jurídico – a mitose do sistema*

Autopoiese é um neologismo, formado pela confluência de duas palavras gregas: *auto* (por si) e *poiesis* (criação), que designam, no âmbito da biologia, o modo de organização dos seres vivos e a constatação de que os seres vivos produzem a si próprios por intermédio de relações que travam com o ambiente em que estão inseridos. Por inusitado que seja, a teoria da autopoiese tem seu substrato radicado na biologia: o sistema jurídico comporta-se como um ser vivo que busca gerar descendentes compostos da mesma carga genética, e, dessa maneira, perpetuar-se. Na autopoiese contemplam-se o surgimento dos sistemas, seu desenvolvimento e seus processos operativos, postos estes eventos dentro de uma perspectiva de evolução sistêmica.<sup>56</sup>

Malgrado Luhmann rechace a analogia acima declinada, sustentando que o termo autopoiese surge em outro contexto, de natureza transdisciplinar, ele, sem dúvida, parte da observação de processos físicos e biológicos para transpô-los à observação do fenômeno

---

<sup>55</sup> “O termo autopoiese teve sua cunhagem nos estudos desenvolvidos no campo da biologia pelos cientistas chilenos Humberto Maturana Rumesin e Francisco Javier Varela García e a publicação de “*Autopoiesis and Cognition: the realization of the living*” em 1980, marcando o início de sua disseminação no meio científico e acadêmico”. In VIANA, Ulisses Schwarz. *Direito e Justiça em Niklas Luhmann – Complexidade e contingência no sistema jurídico*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2015, p. 46.

<sup>56</sup> VIANA, Ulisses Schwarz. *Direito e Justiça em Niklas Luhmann – Complexidade e contingência no sistema jurídico...*, p. 47.

jurídico. A comparação é inevitável:

*LUHMANN's re-elaboration is based on the claim that psychic, social (and biological) systems have in common the ability of self-production and self-observation [...].*<sup>57</sup>

Não se olvide, porém, que “apesar de ser - inegavelmente uma ideia surgida no campo da biologia, Luhmann produz uma reelaboração do conteúdo da *autopoiese* que abriu novos campos de pesquisa nas ciências sociais.”<sup>58</sup>

Isso, à evidência, não significa isolamento do sistema em relação ao ambiente. O ambiente é em regra excluído, “a não ser que o próprio sistema, segundo suas próprias possibilidades de processar a operação, torne-o digno de ser observado”.<sup>59</sup> Nessas circunstâncias ambiente nutre o sistema, na medida em possibilita a autoprodução do direito e que confere legitimação ao direito produzido. O sistema jurídico compreende isso: compreende que é uma parte da sociedade e que sua existência depende dela. Sendo a sociedade um sistema e, ao mesmo tempo, do ponto de vista do próprio sistema jurídico, um ambiente, é dentro dela, da sociedade, que as operações do sistema de direito acontecem. Segue-se que são operações da sociedade.<sup>60</sup>

A unidade do sistema jurídico produz-se e reproduz-se por meio das operações que ocorrem seu interior. Esse ciclo encerra aquilo Luhmann designa como fechamento operativo do sistema.

### 3.2 O fechamento operativo do sistema de direito

Valendo-se das propostas de Francesco Varela, Luhmann define o fechamento operativo do sistema como autonomia. O que torna o direito relativamente autônomo é a história de suas próprias decisões, vale dizer: suas operações e sua complexidade. O fechamento operacional do sistema jurídico perpassa, necessariamente, pela compreensão de que o direito

---

<sup>57</sup> ZOLO, Danilo *apud* VIANA, Ulisses Schwarz. *Direito e Justiça em Niklas Luhmann – Complexidade e contingência no sistema jurídico...*, p. 48.

<sup>58</sup> VIANA, Ulisses Schwarz. *Direito e Justiça em Niklas Luhmann – Complexidade e contingência no sistema jurídico...* p. 49.

<sup>59</sup> LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade...*, p. 385.

<sup>60</sup> LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade...*, p. 45.

é constituído por operações e não, como normalmente se aponta na teoria do direito, por normas, conceitos, textos legais e precedentes. Sua estrutura é formada por operações.<sup>61 62</sup>

A noção de operação interliga-se com as noções de sistema (autorreferência) e de ambiente (heterorreferência). As operações são acontecimentos do sistema jurídico providos de sentido que tornam a desaparecer logo depois de realizadas.

As estruturas tradicionais (normas e conceitos) são úteis, porque são elas que organizam e configuram as operações. Mas são estas que produzem e reproduzem o sentido específico do direito.<sup>63</sup> A produção e reprodução do direito, mediante recursividade às estruturas, afirmam a tese do fechamento operativo. O fechamento operativo permite ao sistema responder às irritações do ambiente, de modo a extrair “ordem do ruído”.<sup>64</sup> Dessas premissas decorre que o fechamento operativo não implica isolamento do sistema. Luhmann designa os sistemas como sendo operativamente fechados porque se sustentam em sua sequência de operações (decisões) e, neste sentido, se reproduzem. Mas isso não quer dizer que os sistemas não sejam permeáveis. Eles são sensíveis às reivindicações do ambiente e as usam para a autorreprodução. As reivindicações ativam o processo de produção de operações, que remontam às operações anteriores e recorrem a elas, em ordem a estabelecer o que integra o sistema e o que deve se relegar à periferia.

O processo de realização de operações também permite desenvolver estruturas cooperativas que perfectibilizam os acoplamentos estruturais entre sistema e ambiente.<sup>65</sup>

### 3.3 Os acoplamentos estruturais entre sistema e ambiente

Os acoplamentos estruturais são os filtros rigorosamente seletivos a que se aludiu (cf. item 3, *infra*). Eles se prestam à promoção e triagem de influências e instigações recíprocas

---

<sup>61</sup> VIANA, Ulisses Schwarz. *Direito e Justiça em Niklas Luhmann – Complexidade e contingência no sistema jurídico...*, p. 86.

<sup>62</sup> Luhmann é enfático ao rejeitar peremptoriamente as categorias tradicionais às quais a doutrina alude como estruturantes do direito: “Ao contrário de muitos juristas, por 'sistemas' não entendemos uma interconexão de operações factuais, que, como ações de comunicação operacionais, devem ser comunicações, independentemente do que essas comunicações afirmem com respeito ao direito. Ora, isso significa: não buscamos o ponto de partida nem na norma, nem na tipologia dos valores, mas na distinção entre sistema e ambiente”. In: LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade...*, p. 55.

<sup>63</sup> LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade...*, p. 56.

<sup>64</sup> LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade...*, p. 58.

<sup>65</sup> LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade...*, p. 60.

entre sistemas autônomos diversos, de maneira duradoura, estável e concentrada.<sup>66</sup>

Nessa conformidade, os acoplamentos são os filtros que esbarram as influências inconvenientes e permitem o ingresso daqueles que auxiliam as operações e a autorreprodução. Com isso, a autopoiese não exclui a existência de algum grau de dependência entre os sistemas que estruturalmente se acoplam. Nesse sentido é o escólio de Marcelo Neves, segundo o qual “As estruturas de um sistema passam a ser, mediante os acoplamentos estruturais, relevantes e mesmo indispensáveis à reprodução das estruturas de um outro sistema e vice-versa”.<sup>67</sup>

Algumas estruturas que se prestam a perfazer os acoplamentos estruturais:

- o contrato e a propriedade são estruturas que conectam o direito à economia;
- o orçamento conecta a economia à política; e
- a Constituição acopla o direito à política.

#### *3.4 O código binário do sistema de direito e a corrupção sistêmica por desvirtuamento dos acoplamentos estruturais*

As influências do ambiente criam os acoplamentos e estruturais e no âmbito dos sistemas de direito produzem códigos binários. O sistema jurídico se auto-observa e, mediante as operações, elege aquilo que lhe pertence e aquilo que deve ficar de fora. Tome-se novamente como exemplo a Constituição que promove acoplamento estrutural entre direito e política. No território do direito, é a Constituição o instrumento pelo qual se realizam as operações, consubstanciadas em processos constitucionais, quais sejam, o administrativo, o legislativo, o eleitoral e o judicial. Em alguns deles, prevalece a racionalidade política, caso dos processos legislativo e judicial; em outros, a ênfase reside na racionalidade jurídica, como se dá nos processos administrativo e judicial. Isso, porém, não implica desequilíbrio, antes confere uma legitimação política do direito (que se torna procedimentalmente democrático) e uma legitimação jurídica da política (que se subordina ao princípio da legalidade [*rule of law*]).

As operações realizadas produzem resultados binários: direito/indiferente jurídico,

---

<sup>66</sup> NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 35.

<sup>67</sup> NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo...*, p. 57.

lícito/ilícito, válidos/inválidos etc. A corrupção do direito ocorrem quando um código binário de outro sistema impõe-se sobre a produção de um código do direito que seria outro, não fosse a imposição. Como expõe Marcelo Neves,

A “compra” de sentença, de um indiciamento policial ou de uma denúncia do Ministério Público (assim como dos respectivos arquivamentos) constitui corrupção do direito pela economia, impondo-se o código binário “ter/não ter” diretamente sobre a diferença lícito/ilícito na solução de problemas primariamente jurídicos.<sup>68</sup>

A incapacidade de o sistema jurídico reagir a essa invasão representa caso de corrupção sistêmica: vale dizer, o acoplamento estrutural de um sistema determina o resultado de operações de outro sistema, diferente daquele que ocorreria se houvesse somente uma relação paradoxal de complementação e de tensão recíprocas. A corrupção sistêmica é demonstrativo do domínio de um sistema por outro. No caso do exemplo de Neves, da dominação da economia sobre o direito.

Daí por que a “expansão imperial” é um lado negativo dos acoplamentos estruturais, porque eventualmente veiculam o código forte de um sistema dentro de outro, que não lhe faz oposição à altura, dificultando que os sistemas atuem adequadamente em relação à sociedade.

### *3.5 O Poder Judiciário é o centro do sistema e a criação do direito por precedentes é a prova disso*

O Poder Judiciário não pode recusar o julgamento de uma causa a pretexto de inexistir norma jurídica que regule a controvérsia. Há entre o *non liquet* e o fechamento operativo do sistema de direito uma relação de causa e efeito. O dever que tem o Poder Judiciário de emitir decisões, não importa o que contenha o ordenamento jurídico, provoca o fechamento operativo. A circularidade do sistema obriga que o tribunal sempre tome uma decisão e nunca pronuncie o *non liquet*. É nisso que consiste o fechamento operativo do sistema. Luhmann apoia-se na experiência jurídica anglo-saxã para demonstrar empiricamente sua teoria: os *hard cases*, isto é, casos em que as normas jurídicas existentes, e inquestionavelmente vigentes, aplicadas por meio de métodos dedutivos corretos, não conduzem a decisões inequívocas, precisam ser solucionados. “Os tribunais devem decidir onde não se pode decidir;

---

<sup>68</sup> NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo...*p. 43.

ou, em todo caso, decidem fora dos padrões aceitáveis de racionalidade. E, se não o podem, devem se esforçar para poder. Se não se encontra o direito, deve-se inventá-lo”.<sup>69</sup>

Com efeito, o direito é, para Luhmann, estruturado sobre operações jurídicas, e não por normas. As operações jurídicas são essencialmente as decisões judiciais, que aplicam o código binário do direito (lícito/ilícito) às controvérsias que são submetidas ao sistema de direito. O direito é a história de suas próprias decisões. Há aqui algum relacionamento da teoria de Luhmann com os postulados de Dworkin a respeito do direito como integridade (cf. n. VI, item 3.3, *infra*). Como o Judiciário não pode se furtrar de dirimir os conflitos de interesse, isso torna o princípio do fechamento operativo infalível. Segue-se que o princípio do fechamento operativo não é normativo; ele pertence à natureza das coisas, para lembrar aqui a expressão cunhada por Montesquieu.

Paradoxalmente, a esta altura, poder-se-ia sustentar alguma proximidade entre os pressupostos teóricos arregimentados por Luhmann em relação à doutrina da discricionariedade judicial preconizada por Hart. Essa aproximação, contudo, é apenas aparente. “Supõe-se que, em caso de dúvida, o juiz deva recorrer ao que tem por 'aspirações morais’”. Todavia, Luhmann exprime que essas aspirações morais são apenas um argumento retórico utilizado pelos juízes. As restrições morais não podem influenciar a aplicação das regras jurídicas. As regras são aplicáveis em si só, independentemente dos valores morais que elas contêm. Quanto às restrições morais que levam, segundo o discurso judicial, à recusa da aplicação do direito, em verdade, igualmente integram o tecido jurídico. “Desse paradoxo só é possível escapar lançando mão da *re-entry*, isto é, do reconhecimento das referências externas da moral, como se essas referências fossem parte da operação do próprio sistema jurídico”.<sup>70</sup>

Em outros termos: embora não se apoiem no direito vigente inquestionável, os tribunais criam, postulam e pressupõe esse direito para que a decisão possa valer como programa decisório. E o que são esses programas decisórios? São as regras legislativas e judiciais que atuam como premissas de que se valem formalmente os tribunais para emitir o código binário (lícito/ilícito) a respeito da causa julgada. Qualquer dado que não possa ser traduzido ou codificado é visto como impossível, quer dizer, pertence ao ambiente, mas não

---

<sup>69</sup> LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade...*, p. 423.

<sup>70</sup> LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade...*, p. 119.

penetra o sistema jurídico.<sup>71</sup>

A obrigatoriedade da decisão é fator que confere protagonismo ao Poder Judiciário. Somente os tribunais podem transformar indeterminação em determinação. Podem converter aspirações morais ou programas partidários em deveres jurídicos. “Somente eles estão coagidos a uma decisão e, por conseguinte, somente eles gozam do privilégio de poder transformar a coação em liberdade” - e vice-versa. Nenhum outro órgão da administração pública pode fazer semelhante coisa.<sup>72</sup>

Daí por que a jurisdição se localiza no centro do sistema de direito. A organização da jurisdição garante a universalidade do poder/dever de decidir todas as questões jurídicas. “Todos os demais campos de trabalho (não judiciais) do sistema do direito pertencem à periferia. Para a periferia não existe obrigatoriedade de decidir. Na periferia, o problema da distinção entre interesses contrários ou de acordo com o direito não se põe”.<sup>73</sup> Na periferia, as irritações se formalizam juridicamente – ou não. Sua autonomia consiste na possibilidade de não precisar decidir, e de encaminhar suas controvérsias ao Judiciário. Esse é o motivo pelo qual os tribunais, se comparados aos legisladores e contratantes, trabalham num isolamento cognitivo de liberdade muito maior. A obrigatoriedade de proferir decisão há de ser observada, independentemente de ser fácil ou difícil a decisão e de ser conservador ou criativo o resultado.<sup>74</sup>

Na prática, são os tribunais que formam o direito, projetando para o futuro, no julgamento do caso passado, as regras de decisão às quais se aterão em litígios posteriores do mesmo tipo.

Novamente Luhmann se volta ao *common law* para empiricamente demonstrar sua teoria, afinal é no *common law* que se exige dos tribunais uma contínua produção de regras, abstraídas dos casos concretos, para fundamentar as decisões futuras. A função de resolução de litígios está voltada para as partes e o passado. A função de enriquecer a oferta de regras legais volta-se para a sociedade geral e para o futuro.

---

<sup>71</sup> LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade...*, p. 127.

<sup>72</sup> LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade...*, p. 427.

<sup>73</sup> LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade...*, p. 429.

<sup>74</sup> LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade...*, p. 431.

#### 4 Uma questão de terminologia

O rigor científico exige o emprego de terminologia correta, ou que se explique adequadamente a terminologia utilizada. Expressões e sinais linguísticos são ordinariamente plurissignificativos. Uma mesma expressão pode conter vários sentidos. Dependendo do contexto pode, se usada aleatoriamente, ficar sem sentido algum. Como esta dissertação abordará o problema da criação judicial do direito a partir da linguagem normativa ou não e da atribuição de significado a termos indeterminados, ela não se pode dar ao luxo de utilizar certas expressões repletas de sentidos sem explicá-los e sem informar o leitor qual o sentido utilizado. Além disso, consideramos não ser possível, do ponto de vista epistemológico, estudar sistemas jurídicos sem antes compreender o que seria um sistema jurídico. Esse estudo se propõe a analisar dois ambientes jurídicos bastante diversos que vivem um clima de aproximação: o *civil law* e o *common law*. Para designá-los chamaremos a ambos de sistemas jurídicos, referindo-se assim ao significado histórico-filosófico que mana da expressão sistema jurídico. Sistemas jurídicos, no decurso desta dissertação, serão analisados enquanto diferentes formas de conceber o direito, sem perder de vista os significados normativo e sociológico dessa expressão, aptos a conferir relevante contributo para uma mais completa compreensão da temática, em especial o fato de ser, sob o ponto de vista sociológico, o Poder Judiciário o núcleo do sistema jurídico, porquanto produz as operações jurídicas que, a rigor, são as estruturas do sistema jurídico.

## II - O CIVIL LAW E O COMMON LAW

### 1 O surgimento do direito romano

No capítulo anterior foram descritas as acepções que se pode outorgar à expressão sistema jurídico e foi definido que a expressão será empregada nesta dissertação em sua percepção histórico filosófica. Já que a dissertação se volta à compreensão do papel do Poder Judiciário na criação do direito, inevitável o cotejo dos dois sistemas jurídicos de maior relevância no mundo ocidental e a função efetivada pelos juízes na criação de normas dentro de cada um desses sistemas. O tema estudado é riquíssimo. Remonta a séculos de história e sua evolução não foi linear. Comentar a seu respeito implica indefectível exposição ao risco da simplificação. Buscando reduzir esse risco, é essencial destacar que o sistema jurídico romano-germânico não exclui necessariamente os fundamentos sobre os quais se erigiu o *common law*. A recíproca é verdadeira. *This much is, however, certain, that there is more statutory law than jurisprudence in the civil law; and more jurisprudence than statutory law in the common law; which settles the question of how to proceed under the two systems in vogue.*<sup>75</sup> Na origem, ambos, porém, são tributários da mesma fonte primordial: da jurisprudência. Em ambos, quer se reconheça ou não, os juízes são protagonistas do processo de criação do direito (e ambos os sistemas têm algum pejo em reconhecê-lo).

O Direito romano consistiu no fator distintivo da cultura daquele povo e seu grande legado à civilização. Na acepção romanista, “o direito forma cultural sagrada, era o exercício de uma atividade ética, a prudência, virtude moral do equilíbrio e da ponderação nos atos de julgar”.<sup>76</sup> A ordem jurídica era formada por julgamentos realizados com destreza no emprego dessas virtudes. Os pretores estabeleciam certos esquemas de ação, apropriados à solução de algumas espécies de fato. Eram molduras que comportavam preenchimento para, então, ser aplicadas aos casos concretos. Esses conceitos e esquemas foram, ao longo do tempo, examinados pelos jurisconsultos do *Concilium Imperial* que, a partir deles, formaram os instrumentos teóricos, as regras e os princípios que organizaram, categorizaram e normatizaram o Direito.

---

<sup>75</sup> BERMUDEZ, Edward J. Is the Civil Law Superior to the Common Law? *The Columbia Jurist*, Vol. 2, Issue 22 (1886), p. 256.

<sup>76</sup>FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*. São Paulo: Atlas, 1994, p. 56.

O direito pretoriano era adversarial, contencioso, porque produzido no contexto de uma lide. As contendas julgadas geravam estudos promovidos pelos jurisconsultos, transformados em repositórios (*responsa*), dos quais se colhiam os *principia e regulae*, que formavam as premissas técnicas componentes do arcabouço teórico utilizado para disciplinar as relações intersubjetivas e a solução de conflitos de interesse. Nesse contexto se evidencia a aproximação da dialética romana ao *common law* (se bem que a esse tempo não havia influência entre eles), na medida em que em ambos os casos decididos forneciam os elementos racionais que, devidamente abstraídos e ampliados no ponto que não se prestam unicamente ao deslinde do caso julgado, serviam de razão para decidir de outras causas assemelhadas.

Estranhamente, disseminou-se a noção de que o direito romano consubstanciava o direito escrito, mas essa não é uma proposição inteiramente correta. Em seus primórdios – o que não quer dizer pouco tempo -, o direito romano foi criado, aperfeiçoado e organizado sob a forma de princípios, regras e argumentos transmitidos pelos juízes para o povo e para as sucessivas gerações. Foram os magistrados que conseguiram “conciliar a exigência da continuidade jurídica com a da proteção das transações cada vez mais amplas: do século I ao século III d.C. floresceu a jurisprudência clássica romana”.<sup>77</sup> Era, pois, um Direito criado pelos juízes (*praetor*) e que, *ipso facto*, nesse ponto, guardava acentuada identidade com o que veio se a tornar o *common law*. (Mas, repita-se, não houve comunicação entre esses sistemas.)

Ao julgar os casos concretos, os juízes romanos buscavam nos costumes a solução para prolação da norma decisória. Os costumes, de seu turno, assumiam nova roupagem para melhor parametrizar a solução das lides, em ordem a que as decisões dos tribunais, modificando o conteúdo das normas consuetudinárias, tornaram-se a principal fonte do Direito romano. “Com a estratificação de costumes e desusos o direito romano vai se gerando por si só, com mínima intervenção estatal representada pelas *leges*, que em geral se limitam a assimilar o direito já existente”.<sup>78</sup> Note-se, pois, que o direito estatuído era colocado em segundo plano para fins de disciplinamento das relações sociais e para recurso como critério de solução de demandas. A fonte normativa dos romanos manava de sua jurisprudência.

O direito romano, com isso, continha visível ductibilidade: tinha grande capacidade de direcionar-se para os avanços e as novidades das relações intersubjetivas, adaptando-se com

---

<sup>77</sup> LOSANO, Mário G. *Os grandes sistemas jurídicos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 32.

<sup>78</sup> LOSANO, Mário G. *Os grandes sistemas jurídicos...* p. 33.

êxito às novas situações e controvérsias que devia dirimir. Essa forma de criar e impor o direito tinha, porém, por defeito alguma desordem e pulverização das disposições fixadas pelos tribunais, resultando, com isso, incerteza e insegurança, incomportáveis para os cenários que viriam a sobrevir, em que o avanço do império impunha necessariamente o relacionamento com outros povos e culturas, e trocas de natureza comercial cada vez mais intensas e complexas.

O amontoado de disposições produzidas pela jurisprudência romana levou Cícero a observar que “o *ius civile* (o direito dos *cives*, dos cidadãos romanos) é 'difusum et dissipatum'”,<sup>79</sup> fator determinante à realização do empreendimento de reduzir e organizar o sistema.

## 2 Rumo às codificações

Max Weber propõe algumas hipóteses que levaram os países do ocidente a promover a reunião e sistematização de suas normas em compêndios. Designando essas hipóteses como forças motrizes por trás das codificações, Weber discorre que esse fenômeno consubstanciou produto de uma orientação universal da vida jurídica, como resultado do desejo das forças políticas, econômicas e sociais de se reunirem sob uma “associação política”.<sup>80</sup> Com isso, “Em tais situações, as partes interessadas no registro da lei são, naturalmente, aquelas que até agora mais sofreram pela falta de normas inequivocamente estabelecidas e acessíveis a todos, ou seja, das normas apropriadas ao controle da administração da justiça”.<sup>81</sup>

Mauro Cappelletti, de seu turno, atribui o esforço em codificar decorrente daquilo que denominou como sendo uma das enfermidades típicas de um direito predominantemente jurisprudencial: esse tipo de direito é, para ele, casuístico, esparso e fragmentado. Constitui, ordinariamente, “confusa mistura de fontes jurídicas diversas, muitas vezes conflitantes entre si, vindas à luz em tempos diferentes, motivadas por fins diversos, difíceis de compreender, combinar e reconciliar entre si”. Assertoa ainda que os repositórios jurisprudenciais são, normalmente, mais numerosos, volumosos e complexos do que são os códigos e coleções legislativas, difíceis, pois, de ser consultados, representando assim obstáculo ao pleno acesso

---

<sup>79</sup> LOSANO, Mário G. *Os grandes sistemas jurídicos...*, p. 34.

<sup>80</sup> WEBER, Max. *O Direito na Economia e na Sociedade*. São Paulo: Ícone, 2011, p. 249.

<sup>81</sup> WEBER, Max. *O Direito na Economia e na Sociedade...*, p. 249.

ao direito.<sup>82</sup>

Com isso, tencionou-se (não sem certa dose de ingenuidade) dar ao direito uma formulação simples, completa, sistemática e acessível a todos, o que seria viável mediante a reunião das normas produzidas pelos juízes e pelos costumes em um só documento legislativo. A obra de organização e de compilação dos enunciados normativos produzidos pelos pretórios romanos foi tenazmente resistida no princípio, em razão de sua estranheza em relação ao espírito originário do direito romano, gerando insucessos, nesse sentido, por parte de Pompeu e César.<sup>83</sup>

A codificação do direito romano, em verdade, não ocorreu no Império Romano propriamente dito, mas em sua porção oriental, Bizâncio, muito por força da influência ali exercida pela cultura helênica, que pugnava pela racionalidade como base de todas as atividades humanas. Nesse contexto, Justiniano assumiu a tarefa e transferiu o ingente encargo a Triboniano, tendo facultado a ele ampla liberdade para depurar os textos jurídicos clássicos, modificando-os, suprimindo trechos e expressões ou complementando-os, para o escopo de refletir e adequadamente disciplinar a realidade social, econômica e jurídica daquele tempo.<sup>84</sup> Os trabalhos de Triboniano tiveram como fruto:

- o *Digesto*, um monumento jurídico composto de cinquenta livros, no qual foram ordenados os princípios e regras que configuravam o direito romano;
- o Código, que continha as leis imperiais (*constitutiones*), divididas em doze livros; e
- as Instituições, de características mais doutrinárias que normativas, visando ao aprendizado do direito.<sup>85</sup>

Sobre o direito romano fundaram-se os direitos da Europa continental e tal constatação, na versão de René David, decorre de considerações de ordem científica, e não de ordem legislativa: “em certa época, variável em cada país e independente de qualquer dominação física romana, nossos juristas acolheram a ciência jurídica romana e consideraram que esta ciência, magnificamente desenvolvida pelos juristas de Roma, revestia-se de valor

---

<sup>82</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 83/84.

<sup>83</sup> LOSANO, Mário G. *Os grandes sistemas jurídicos...*, p. 34.

<sup>84</sup> LOSANO, Mário G. *Os grandes sistemas jurídicos...*, p. 36.

<sup>85</sup> LOSANO, Mário G. *Os grandes sistemas jurídicos...*, p. 37.

universal, e, mais, que as regras de todos os direitos dessa época, sem se identificarem com as do direito romano, deviam ser organizadas e sistematizadas nos quadros criados pelos jurisconsultos de Roma”.<sup>86</sup>

As codificações, compilações e consolidações de textos normativos transformaram um direito jurisprudencial em um direito escrito, sistematizado e focalizado na estipulação de direitos e obrigações em nível abstrato. A *lex scripta* provinda da autoridade reconhecida tornou-se, pois, a fonte por excelência dos sistemas jurídicos inspirados pelo direito romano. A norma disciplinadora das relações intersubjetivas e instituidora de garantias devia proceder, em primeiro lugar, do direito estatuído, em geral, e do direito codificado, em especial. Esse direito, com pretensão de completude e unidade, passou a ostentar prevalência em relação às normas originadas de outras fontes que não fossem a lei positivada em textos legislativos. Havendo lei escrita, o costume e a jurisprudência não poderiam resolver, sem o apoio dos textos escritos, os dissídios havidos, com a produção da norma decisória.

As circunstâncias observadas na Europa continental confirmam, no plano fenomênico, os aportes teóricos de Weber. Com efeito, o âmbito normativo reproduzia o confuso cenário político do continente europeu: pluralidade desenfreada de fontes normativas, sobreposição e antinomias entre direito consuetudinário, direito romano, direito local e direito pronunciado pelos soberanos, incognoscibilidade e indeterminação das normas então vigentes, largos espaços de discricionariedade concedidos aos juízes e persistência de privilégios e instituições arcaicas, com grave oneração ao tráfego mercantil. Todos esses fatos acarretavam graves ônus econômicos e depunham contra a organização e a lógica do sistema.

No princípio, a codificação do direito decorria da necessidade de racionalidade e unificação da autoridade. Ao soberano competia impor sua autoridade aos súditos, ocupando a lei por ele imposta a centralidade do manejo dessa tarefa: “não é a sabedoria, mas a autoridade, que cria a lei”, declamava Hobbes.<sup>87</sup> Posteriormente, a lei codificada serviu de anteparo a abusos no exercício dessa autoridade (praticados não só pelos soberanos, como também pelos juízes), porquanto na codificação radicava “a confiança de que a lei constitui a defesa mais

---

<sup>86</sup> DAVID, René *apud* RÁO, Vicente. *O Direito e a Vida dos Direitos...*, p. 114.

<sup>87</sup> HOBBS, Thomas *apud* PALOMBELLA, Gianluigi. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 101.

válida contra o arbítrio, e de que ela limita tanto o poder judiciário quanto o poder do rei”.<sup>88</sup>

Nessa perspectiva, codificar o direito tinha finalidade que transcendia à sistematização e coordenação do tecido normativo: significava, sobretudo, garantir direitos individuais e proporcionar segurança jurídica: um desejo ardoroso do sistema econômico então florescente, o capitalismo mercantil. É de qualquer modo sob o signo da limitação do poder dos juízes e do monarca que os designa que a pretensão à “certeza do direito” avança rumo à codificação. A desconfiança que recaia sobre os juízes gerou o dogma da lei em sentido formal, enquanto única norma coercível e, portanto, jurídica, outorgando-se, pois, em terras não insulares, aos poderes essencialmente políticos (= soberano e/ou parlamento) o monopólio da produção do direito.

Aliado radical desse monopólio é o dogma da completude: o direito posto pelo Estado era (ou deveria ser) suficiente para solver todos os conflitos de interesse instaurados. De fato, um (o monopólio da produção do Direito pelo Estado) não podia avançar sem o auxílio do outro (o dogma da completude). Se o Estado se investia na qualidade de único produtor legítimo de normas jurídicas, não podia admitir incursão em lacunas ou omissões. “Para manter o próprio monopólio o Estado deve servir a todos os usos”.<sup>89</sup> Por isso, o direito codificado era (ou deveria ser) um sistema fechado.

O desejo de completude que remonta ao direito romano,<sup>90</sup> manifestou-se por meio das grandes codificações. Estas continham (ou deveriam conter) todo o manancial de respostas às dúvidas do juiz surgidas no ato de julgar os casos concretos. A este competia apenas pronunciar o veredicto que já havia sido determinado no interior do sistema estabelecido.

Esse processo conheceu seu ápice sob o Código Napoleônico.<sup>91</sup> Nesse contexto, à lei, e somente à lei, se reconhecia autoridade normativa, a única e última fonte do Direito. O direito era a lei. O direito consuetudinário e o direito casuísta já não eram protagonistas.

---

<sup>88</sup> PALOMBELLA, Gianluigi. *Filosofia do Direito...*, p. 103.

<sup>89</sup> BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 276.

<sup>90</sup> Averba Bobbio que a tradição romanística medieval tributou ao Direito romano a dignidade de ser “o direito por excelência”, é dizer, “uma espécie de mina inesgotável da sabedoria jurídica, que o intérprete deve se limitar a escavar para encontrar seu veio escondido” (*Teoria Geral do Direito...*, p. 276).

<sup>91</sup> O *Code Napoleon*, de 1804, monumento jurídico fomentado por Napoleão, obra de Portalis, Tronchet, Preameneu e Mallaville, representou a glória das codificações no direito europeu continental. “Toda cultura jurídica do século XIX é dominada pela exegese daquele código ou pela oposição à codificação”. (LOSANO, Mario G. *Os Grandes Sistemas Jurídicos...*, p. 59).

Tornaram-se apoio, fonte supletiva e argumentativa de resolução de conflitos, com autoridade meramente persuasiva. Segue-se, desse cenário, o fenômeno alcunhado por Bobbio de *feitichismo da lei*, visível em todas as nações onde o direito terminou codificado - e isso ocorreu, virtualmente, em todas as nações onde o direito foi gerado pelo direito romano – fomentando, com isso, o aparecimento da escola da exegese que, em resumo, declarava sua incondicional admiração à obra do legislador, ao qual confiava a suficiência das leis, contidas nos códigos. Bobbio acentua que a escola da exegese e a codificação são eventos claramente vinculados e reciprocamente alimentados, dos quais derivou claro detrimento da relevância das demais fontes do direito, entre elas, com destaque, a jurisprudência e os costumes.

### 3 Codificação no direito germânico

Desse tronco, o direito romano, brotaram muitos ramos, dos quais não seria injusto destacar o sistema germânico, por sua marcante influência na configuração dos sistemas jurídicos de inspiração romanista.

É certo que o presente estudo não comporta uma exposição meticulosa sobre o desenvolvimento histórico e as muitas escolas que geraram, transformaram e configuraram o sistema jurídico germânico, mas vale aqui uma breve digressão sobre os principais eventos desse processo.

Pois bem: depois de um longo período de dominância do direito consuetudinário, parte dele compilado em livros, a unificação política, ocorrida em 1871, com a criação do Império da Alemanha, propiciou campo fértil para o florescimento dos trabalhos de organização do Direito teutônico em um só livro, que se tornaria a fonte normativa daquela nação, estabelecendo o Direito escrito como autoridade legislativa principal daquele povo. Como explica Vicente Ráo, “Sobrevindo a unificação política, uma lei de 12 de setembro de 1873 atribuiu ao Império a competência para legislar sobre matéria civil e, em consequência, 1874, o *Bundesrath* nomeou uma comissão de jurisconsultos, entre os quais figurava Windscheid, incumbindo-a de elaborar um projeto de Código Civil”.<sup>92</sup>

No entanto, a intensificação de esforços para a formulação de um direito codificado

---

<sup>92</sup> RÁO, Vicente. *O Direito e a Vida dos Direitos*. São Paulo: RT, 2013, p. 141.

não se deu, em solo germânico, sem entraves culturais e filosóficos. Em verdade, “Na Alemanha, a atitude favorável à codificação é mais tardia que na França; está claro o papel decisivo desempenhado pelo tradicionalismo”.<sup>93</sup> O tradicionalismo encerrava aparente paradoxo: muito embora aborrecessem o jusnaturalismo, os juristas alemães resistiam à ideia de codificação do direito. O direito histórico, agregante das tradições e dos costumes, refutava o direito legislado como único capaz de conter a ordem jurídica e de evoluir com ela, regulando a integralidade dos dissídios porventura instaurados. A defesa dos costumes e do caráter originário do direito, historicamente condicionado, como expressão de identidade cultural de um povo não veiculáveis por meios meramente intelectuais, por consequência de uma razão abstrata, obstruía o esforço dos militantes da codificação.<sup>94</sup>

Episódio relevante nesse processo de sistematização e organização do direito germânico sobreveio em 1794, quando entrou em vigor o Código prussiano. Inspirado por Leibniz, cultor da solução, por meio da sistematização lógica, de problemas criados pelo Direito então vigente, nomeadamente a aleatoriedade e a incerteza dos resultados processuais, à mercê dos juízos das magistraturas produzidos à margem de critérios rígidos de solução de conflitos, esse diploma restringia acentuadamente a influência do Poder Judiciário na produção da norma decisória, porquanto proibia expressamente a interpretação judicial e impunha o dever de resolver todos os casos dúbios, vedando o pronunciamento do *non liquet*. Normas externas não podiam ser empregadas para efeito de complementações. O Código tinha a pretensão de autointegrar-se, por meio do uso de argumento analógico ou recurso aos princípios gerais do direito.<sup>95</sup>

O Código Civil da Prússia era apenas um entre os vários diplomas e fontes normativas impostas no território alemão. Além dele, o Código Civil francês vigorava na Prússia Renana, no Palatinado e em Hesse, no Ducado de Baden e na Alsácia Lorena. O direito consuetudinário alemão, por sua vez, preponderava no *Schleswig-Hollstein*, em *Hesse-Nassau* e em outras regiões.<sup>96</sup>

---

<sup>93</sup> PALOMBELLA, Gianluigi. *Filosofia do Direito...*, p. 113/114.

<sup>94</sup> A escola história do direito, idealizada por Friedrich Carl von Savigny, e do seu seguidor Friedrich Puchta, representa, no campo do Direito, a expressão do pensamento do romantismo jurídico: “o direito não se deduz de princípios racionais, mas é um fenômeno histórico e social que nasce espontaneamente do povo: o fundamento do direito, para usar uma expressão que se tornou famosa, não é a natureza universal, mas o espírito do povo; por conseguinte, há tantos direitos diversos quanto diversos são os povos, com suas características e nas suas diferentes fases de desenvolvimento”. (BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral do Direito...*, p. 55-56).

<sup>95</sup> PALOMBELLA, Gianluigi. *Filosofia do Direito...*, p. 109.

<sup>96</sup> RÁO, Vicente. *O Direito e a Vida dos Direitos...*, p. 141.

Esse cipoal legislativo não resistiu à unificação política. Como dito acima, uma lei de 12 de dezembro de 1873 conferiu ao Império a competência para legislar sobre Direito Civil, de sorte que, na sequência, formou-se uma comissão de juristas, entre eles Windscheid, para fins de elaboração de projeto de Código Civil. As intensas, exaustivas e ricas discussões, que opunham juristas da mais alta cepa, como Thibault e Savigny, impuseram longo período de gestação para obtenção de consenso acerca do conteúdo do Código, que só veio ao mundo, definitivamente promulgado, em 1900. Esse diploma teve por inspiração mais evidente o direito romano, escrito nas Pandectas, que era como se nomeou o Digesto em terras alemãs, o Código Civil Francês, o Código Civil austríaco, o Código Federal suíço das Obrigações, e outros Códigos regionais, que viabilizaram a penetração do direito consuetudinário na ordem jurídica positiva alemã.

Essa descomunal obra legislativa recebeu a honraria de código-tipo a ponto de orientar a legislação civil não só dos povos germânicos, como também dos nórdicos e dos latinos. Sua influência se fez sentir, nitidamente, no Código Civil brasileiro de 1916.<sup>97</sup>

Nesse contexto, o direito tinha por fonte principal, direta e imediata a lei, e somente ela. “Nem o costume, por mais inveterado que seja, se iguala à própria lei. *Inveterata consuetudo pro lege non immerito custodiur*”.<sup>98</sup> Quanto à jurisprudência, representava “grande valor em nosso direito judiciário. Mas não tem força obrigatória, em hipótese alguma”.<sup>99 100</sup>

#### **4 *Common law*: um caso desviante**

Já se disse que Max Weber identificou uma relação de simbiose entre o formalismo

<sup>97</sup> RÁO, Vicente. *O Direito e a Vida dos Direitos...*, p. 143.

<sup>98</sup> SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil Brasileiro Interpretado – Vol. I*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1980, p. 12.

<sup>99</sup> SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil Brasileiro Interpretado – Vol. I...*, p. 29.

<sup>100</sup> A repulsa à jurisprudência enquanto fonte normativa pode ser colhida do seguinte excerto da obra de Carvalho Santos, que bem retratava, a esse respeito, o espírito da doutrina da época: “Emprestar à jurisprudência caráter obrigatório, pois, seria entrar a evolução do Direito, obstando que se aperfeiçoasse a verdade jurídica, único critério que deve presidir à elaboração das sentenças, como ensina PEDRO LESSA, vale dizer a tendência inalterável para bem apreender o espírito da lei, o que se alcança, pouco a pouco, ampliando, restringindo, mudando, corrigindo, por um esforço constante, o resultado das maiores interpretações.

A jurisprudência passaria, assim, de fonte imediata do Direito a ser sua morte, o seu aniquilamento, quando não um entrave ao seu evoluir, à sua adaptação às novas necessidades da vida social, o que constitui precisamente a função mais elevada que pode ser desempenhada pela jurisprudência” (SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil Brasileiro Interpretado - Vol. I...*, p. 29).

jurídico e a ascensão do capitalismo industrial no mundo ocidental, em especial na Europa.<sup>101</sup> Para Weber, o capitalismo requer um direito dotado de alto grau de racionalidade. Essa racionalidade Weber encontrou nas nações que produziam um direito codificado, ou, pelo menos, naquelas em que havia generalidade e universalidade das regras empregadas pelo sistema. O direito, explica Weber, identifica-se como coação organizada, quer dizer, haverá direito se este for garantido pela probabilidade de que a coação, física ou psicológica, seja aplicada por um *staff* de pessoas autorizadas a fazer cumprir a ordem jurídica e castigar sua violação.<sup>102</sup> Nessa perspectiva, legalidade e legitimidade são faces da mesma moeda. O poder do Estado é legítimo, quer dizer, impositivo e obedecido pela convicção da formalidade-racionalidade da lei.<sup>103</sup>

A coação jurídica é, pois, uma das chaves de seu modelo para uma economia de mercado funcional. A tomada de decisões, no plano jurídico e processual, é apoiada exclusivamente nas características unívocas do caso analisado, e não em revelações proféticas ou em valores pessoais que impedem que o observador preveja a decisão com antecedência ou entenda como se chegou a ela.<sup>104</sup> Para Weber, o direito também era uma forma de organização legítima: fonte estruturada de regras gerais para a conduta correta, impostas coercitivamente em caso de descumprimento, o que identifica seu pensamento com o positivismo<sup>105</sup> e, em última análise, com o normativismo kelseniano.<sup>106</sup>

Todas essas considerações mostravam-se altamente apropriadas à descrição sociológica, econômica e histórica do direito das nações continentais. Em relação à Inglaterra, a Weber parecia faltar o sistema jurídico lógico-calculável identificado como necessário ao desenvolvimento do capitalismo – fundado na norma produzida pelo Poder Legislativo. O capitalismo, quando se estabeleceu na Inglaterra, teve poucos efeitos sobre a racionalização do direito inglês.

---

<sup>101</sup> TRUBEK, David. *Max Weber sobre Direito e Ascensão do Capitalismo*. São Paulo: Revista de Direito GV, Vol. 3, n. 1, p. 151.

<sup>102</sup> TRUBEK, David. *Max Weber sobre Direito e Ascensão do Capitalismo...*, p. 156.

<sup>103</sup> PALOMBELLA, Gianluigi. *Filosofia do Direito...*, p. 151.

<sup>104</sup> TRUBEK, David. *Max Weber sobre Direito e Ascensão do Capitalismo...*, p. 160.

<sup>105</sup> PALOMBELLA, Gianluigi. *Filosofia do Direito...*, p. 153.

<sup>106</sup> Oportuno aqui recapitular umas das ideias centrais de Hans Kelsen: “Uma característica comum às ordens sociais a que chamamos Direito é que elas são ordens coativas, no sentido de que reagem contra as situações consideradas indesejáveis, por serem socialmente perniciosas – particularmente contra condutas humanas indesejáveis - com um ato de coação, isto é, com um mal - como a privação da vida, da saúde, da liberdade, de bens econômicos e outros -, um mal que é aplicado ao destinatário mesmo contra a sua vontade, se necessário empregando até a força física - coativamente, portanto” (*Teoria Pura do Direito...*, p. 37).

Mesmo assim, paradoxalmente, a Inglaterra possuía um regime capitalista formidável. Weber sugeriu as seguintes hipóteses para explicá-lo:

- o sistema de direito inglês era pouco calculável; contudo, como representava negação de Justiça às classes inferiores, facilitava a concretização das pretensões da burguesia;
- a Inglaterra havia chegado ao capitalismo não em razão, mas apesar de seu sistema judicial; e
- o direito inglês era suficientemente calculável, pois seus juízes favoreciam os capitalistas e tomavam decisões baseadas na jurisprudência.<sup>107</sup>

A rigor, porém, o caso inglês não refugia substancialmente do modelo de Weber. O sistema judiciário inglês era significativamente independente do estado e, portanto, neste sentido, sua autonomia permitia integração ao seu modelo. Outrossim, a tradição do *common law* ordenava aos juízes que obedecessem às decisões anteriores, de modo a tornar viável o exercício de prognósticos judiciais. Devido a este último aspecto da experiência jurídica inglesa, alguns observadores argumentam que a Inglaterra desenvolveu um sistema de direito diferente do sistema continental, mas igualmente racional, e isso bem antes da ascensão do capitalismo, já que as bases do *common law* remontam ao século XIII.

É sobre ele que este estudo devotará doravante suas energias.

## **5 *Common law*: um outro estado de espírito**

### *5.1 A racionalidade interna do common law*

Max Weber identificou como atributos próprios do direito do mundo ocidental a racionalidade, a previsibilidade e a calculabilidade. A importância desses predicados foi tal que propiciaram o ambiente para o surgimento e desenvolvimento do capitalismo. A busca pela segurança jurídica plasmou a formação dos sistemas jurídicos mais influentes, como ponderou Roscoe Pound, confirmando os dizeres de Weber:

Como promover e manter a regularidade e a certeza no comportamento humano, por meio de prescrições morais, ou da religião, ou da educação ou

---

<sup>107</sup> TRUBEK, David. *Max Weber sobre Direito e Ascensão do Capitalismo...*, p. 173-174.

do governo tem sido a principal preocupação da humanidade. Como promover e manter a certeza e a regularidade como ordenadora das relações negociais e pessoais, decidir conflitos de interesse e solver disputas tem sido a preocupação das civilizações.<sup>108</sup>

Roscoe Pound detecta, pois, o atributo da certeza no *common law*, pois nela radica algo que controla e parametriza a administração da Justiça da Inglaterra, Irlanda, Canadá, Estados Unidos da América e Austrália. Mas a certeza é somente um caractere; não pode ser confundida com o conceito de *common law* enquanto sistema jurídico próprio das nações de língua inglesa, radicalmente diferente do sistema romano-germânico. Diverso, aliás, a ponto de “permitir que operadores ingleses, irlandeses, americanos, canadenses e australianos do direito leiam e compreendam os livros uns dos outros, apreendam a argumentação jurídica desenvolvida em cada uma dessas nações, apliquem reciprocamente suas decisões judiciais e adaptem as legislações respectivas tão seguramente como são incapazes de compreender os argumentos, entender efetivamente os livros e aplicar os textos autorizados de países que não se comunicam por meio do idioma inglês”.<sup>109</sup>

## 5.2 Sistemas jurídicos dentro do sistema jurídico inglês

O direito inglês se divide em três corpos: “o *direito comum (common law)*, de origem costumeira e declarado pela jurisprudência; o *direito estatutário (statute law)* e o *direito-equidade (equity)*”:<sup>110</sup>

- O direito estatuído ou estatutário (= lei) disciplina, estritamente, as matérias por ela contempladas e só prevalece em relação ao *common law* nessas circunstâncias. A lei é fonte imediata, porém supletiva, de direito. A lei colmata as lacunas que os costumes e as decisões judiciais não lograram suprir.
- O direito-equidade visava a abrandar as rígidas regras formadas no seio do *common law*, mediante a instituição de Cortes subordinadas diretamente ao rei, máxime a Corte da Chancelaria.<sup>111</sup> A Corte de Chancelaria era acionada para aplicar o direito sem negligenciar o aspecto moral. Fundava-se essa intervenção na parêmia *summum jus summa injuria*. Para evitar que a rígida aplicação das regras do *common law*

<sup>108</sup> POUND, Roscoe. What is the Common Law. Chicago: University of Chicago Law Review. Vol. 4, Tema 2, 1937, p. 176 (tradução livre).

<sup>109</sup> POUND, Roscoe. What is the Common Law., pp. 178-179 (tradução livre).

<sup>110</sup> RÃO, Vicente. *O Direito e a Vida dos Direitos...* p. 146.

<sup>111</sup> DAVID, René. *O direito inglês*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 9.

descambasse em injustiças, “o rei, soberano justiceiro, devia assegurar aos seus súditos a justiça; a sua intervenção era legítima nos casos em que a técnica do direito era defeituosa”.<sup>112</sup> Importante acentuar que a *equity* não representava a negação do *common law*. Em verdade, *equity follows the law*. A intervenção das cortes de equidade tinha por escopo fazer atuar regras complementares, tributárias do interesse moral, que aperfeiçoassem o direito aplicado pelos tribunais comuns.<sup>113</sup>

- O *common law*, na definição de Ráo, “corresponde a um sistema de princípios e de costumes observados desde os tempos imemoriais, e aceitos, tacitamente, ou expressamente, pelo poder legislativo, revestindo ora caráter geral, quando vigoram em todas jurisdições, ora caráter especial, quando imperam em certas regiões, somente”.<sup>114 115</sup>

Pound, por sua vez, aprofunda a conceituação, da qual se colhe inclusive a legitimidade (da qual é desenganadamente entusiasta) sobre a qual repousa o *common law*. O *common law* não seria apenas um conjunto de regras estabilizadas e fixadas ao longo do tempo, nem um corpo de premissas e de raciocínios jurídicos universais, nem um grupo de instituições jurídicas. É bem mais que isso.

É uma arraigada tradição de adjudicação legal enquanto forma de governo de um povo que a essa tradição livremente se submete. O *common law* é mais uma tradição fortemente consolidada na sujeição voluntária do povo à autoridade e à força da razão evidenciada por preceitos medievais ou por costumes imemoriais ou por convenções de um povo soberano, consistentes em autogovernar-se de acordo com princípios reconhecidos de direito e justiça. É uma tradição na qual os juízes ocupam lugar de comando, não de mera administração. É uma técnica tradicional pela qual se encontram graus diversos de solução de controvérsias pela aplicação a elas de princípios insculpidos pela experiência judicial.<sup>116</sup>

<sup>112</sup> DAVID, René. *Os Grandes Sistemas Jurídicos do Direito Contemporâneo...*, p. 389.

<sup>113</sup> Hodiernamente, essa dicotômica organização jurídica já não faz mais sentido. Os *Judicature Acts*, promulgados entre 1873 e 1875, outorgaram a todos os tribunais ingleses a prerrogativa de solucionar os litígios de acordo com o *common law* e com a equidade. O acesso aos dois corpos de regras passaram a ser franqueados a todos os juízes do Reino (DAVID, René. *Os Grandes Sistemas Jurídicos do Direito Contemporâneo...*, p. 394).

<sup>114</sup> RÁO, Vicente. *O Direito e a Vida dos Direitos...*, p. 146.

<sup>115</sup> Assinala Vicente Ráo que outros significados, igualmente corretos, podem ser atribuídos à expressão *common law*:

- o direito anglo-americano em sua totalidade, enquanto sistema jurídico distinto do direito de origem romana;
- o elemento casuístico do direito anglo-americano, formado por decisões judiciais;
- o direito formado pelas cortes de *common law* em oposição ao direito formado pelas cortes de equidade;
- o direito antigo em contraste com o direito mais moderno, formado também pelas leis (RÁO, Vicente. *O Direito e a Vida dos Direitos...*, p. 150).

<sup>116</sup> POUND, Roscoe. *What is the Common Law...*, p. 181 (tradução livre).

Deveras, pela natureza mesma do processo jurisdicional, a criação do direito que dele deriva se perfaz lenta, gradual e experimentalmente. Como ilustra René David, “O direito inglês é, essencialmente, obra das Cortes Reais – Cortes de *common law* e Corte de *equity* -, que o criaram de precedente em precedente, buscando em cada caso a solução que era razoável consagrar”.<sup>117</sup> Nesse ambiente, o Poder Judiciário pode reparar, aperfeiçoar e estruturar o direito, que jamais se apresenta com definitividade; antes, está sempre propenso a se afeiçoar às novas situações que a dinâmica social, econômica e política eventualmente impuserem.

A vantagem do *common law* sobre o *civil law* radicaria aí: na sua ductibilidade. Como professa Roscoe Pound, em texto citado por Mauro Cappelletti, o direito judiciário

exibe real vantagem, na competição com o direito legislativo, por operar com casos concretos, generalizando apenas depois de longo período de tentativas experimentais, de provas e contraprovas (“trial and error”), no esforço de chegar à elaboração do princípio praticável. A legislação, pelo contrário, quando não meramente declarativa, quando não se limite a colocar em forma de lei vinculante o que já foi adquirido pela experiência jurisdicional, implica todas as dificuldades e perigos próprios da profecia.<sup>118</sup>

Conclusão parecida é exposta por René David. Segundo o comparatista, “A técnica das distinções é, no direito inglês, direito jurisprudencial, a técnica fundamental. É por ela que o direito inglês evolui, apesar da regra do precedente que, tal como é formulada hoje em dia, parece lhe conferir uma extrema rigidez”.<sup>119</sup> Isso porque as distinções pelas quais se busca aperfeiçoar os precedentes ocasionam sua mudança. O precedente transforma-se de regra imutável a um princípio a partir do qual, após a multidão de decisões que o consideraram, se consagra princípio diferente, não raro inverso.<sup>120</sup>

### 5.3 A construção e os institutos processuais do common law

O *common law* foi formado a partir do domínio normando sobre a Inglaterra. Com isso as cortes locais, que administravam conflitos segundo os costumes regionais, foram sendo esvaziadas pelas Cortes Reais que se prestavam, a princípio, a decidir os processos em que se alegava evento capaz de perturbar a paz do reino. Em relação às cortes locais, eram

---

<sup>117</sup> DAVID, René. *O direito inglês...*, p. 12.

<sup>118</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?...*, p. 105.

<sup>119</sup> DAVID, René. *O direito inglês...*, p. 14.

<sup>120</sup> DAVID, René. *O direito inglês...*, p. 15.

verdadeiramente vantajosas, pois as regras processuais eram menos anacrônicas e suas decisões eram mais facilmente cumpridas, o que não sucedia com as cortes locais. Difícil era convencer as Cortes Reais a admitirem os processos levados à sua cognição, pois ao demandante competia demonstrar que o dano por ele experimentado repercutia negativamente na ordem social e, por conseguinte, na paz do rei. Essas cortes, por sua vez, abandonaram os costumes locais como recurso à solução de dissídios, valendo para elas apenas os costumes reconhecidos por todo o *realm*. Diferentemente das cortes locais, as decisões das Cortes Reais valiam para o todo o reino. Com isso, essas decisões foram chamadas de *comune ley* ou *common law*.

### 5.3.1 Remedies

Como anotado supra, a dificuldade maior consistia em convencer a Corte Real a aceitar o processo. Para isso, cabia ao demandante provar que o ato do demandado poderia desestabilizar a paz do rei. Não bastasse isso, o demandante deveria demonstrar que o remédio a ser ministrado pelo tribunal servia para os fins perseguidos na causa. Tem aqui lugar o inesgotável e inevitável adágio: *remedies precede rights*. Segue-se que o Poder Judiciário ocupa papel central na formação do direito, competindo aos juízes do *common law*, na solução dos processos, gerar o direito objetivo, inicialmente obrigatório apenas para os litigantes. Depois, com o reconhecimento da correção da decisão, tendente a ser repetida, ela se consolida como regra disciplinadora para acerto de casos assemelhados.<sup>121</sup> No *common law*, a *legal rule* não é fixada de uma vez só, como se dá no sistema romano-germânico, mas somente depois que sua sabedoria seja forjada e depurada por uma longa experiência. Por isso, alguns advogam a superioridade do *common law*. Bela ilustração dessa tese foi proclamada por Sir Edward Coke, em famosa passagem no caso *Kelvin*, na qual declarou apologeticamente que “o direito tem sido constituído e refinado pela longa e contínua experiência, e pelo filtro da luz e da verdade, e como resultado nenhum homem pode se considerar mais sábio que as leis”.<sup>122</sup>

### 5.3.2 Legal rule e distinguishing

---

<sup>121</sup> René David tem o mesmo pensamento: “O direito inglês não é um direito de universidades nem um direito de princípios; é um direito de processualistas e de práticos. O grande jurista na Inglaterra é o juiz, saído das fileiras dos práticos; não é o professor da universidade; somente uma minoria de juristas outrora, estudou nas universidades; nenhum dos grandes juízes do século XIX possuía título universitário” (*Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo...*, p. 404).

<sup>122</sup> HEALY, Thomas. Stare Decisis as a Constitutional Requirement. *West Virginia Law Review*, Vol. 1, Issue I, p. 66.

A aplicação do direito no *common law* consiste em um processo bastante diferente daquele que se realiza sob a égide romanista. Nesta, a universalidade, a abstração e a generalidade dos textos normativos permite que a aplicação deles se dê sob a lógica da subsunção, operação que, à primeira vista, não apresenta grandes dificuldades.<sup>123</sup> Não é o que ocorre sob o *common law*. Nesse caso, ao hermenêuta compete encontrar graus de decisão em casos já julgados mediante a técnica de configurar e reconfigurar princípios e regras constantes de decisões judiciais registradas em arquivos e relatórios, que consistem em repertórios jurisprudenciais (*reports*). A técnica não é de subsunção, mas de distinções (*distinguishing*). Assim é porque o *common law*, elaborado pelas Cortes Reais, consiste no conjunto de regras processuais e materiais que essas Cortes consolidaram e aplicaram na solução das disputas judiciais. A *legal rule* originada do processo, condicionada à tradição e à história dos institutos jurídicos, não é formulada em termos gerais, para atingir certa gama de situações. Daí por que o *distinguishing*, e não a subsunção do direito romano-germânico.

### 5.3.3 *Reasons*

O que interessa para o aplicador do *common law* não é precisamente o resultado do processo, enquanto possível fonte de solução de controvérsias futuras. A pesquisa recai sobre as razões (*reasons*) fornecidas pelos juízes como fundamento para as decisões tomadas. São as razões que influenciarão as decisões dos casos futuros.

A dicotomia entre o regime romano e o *common law* é, nessa perspectiva, muito acentuada. Pound chega pregar a necessidade de uma reconfiguração mental do jurista romanista se quiser compreender o *common law*: “*Its a frame of mind wich habitually looks at things at concrete, not in the abstract; wich puts its faith in experience rather than in abstractions*”.<sup>124</sup> Semelhantemente, René David advoga a necessidade de um estado de espírito diferente para que se consiga compreender e utilizar o *common law*, pois este, diversamente do direito continental, concentra seus instrumentos em técnicas destinadas à solução de dissídios. Importa que o processo receba o trâmite adequado. O resultado da causa tem importância secundária. Para o *common lawyers*, o direito objetivo não tem sentido algum se não houver ou

---

<sup>123</sup> Na prática, não é simples assim. A abstração, generalidade e vagueza própria dos documentos legislativos formados sob a inspiração romana ensejam o uso de sofisticadas e complexas técnicas interpretativas que visam a aferir e designar o real significado do texto, derivando desse processo a norma jurídica proposta pelo texto, não raro bastante diferente dele.

<sup>124</sup> POUND, Roscoe. What is the Common Law., pp. 186-187 (tradução livre).

se for ineficaz o instrumento processual que vise a assegurá-lo. Repita-se: *remedies precede rights*.<sup>125</sup> É dos processos que surge, literalmente, o direito objetivo (*case law*) que regulará os casos subsequentes.

#### 5.3.4 *Case law e artificial reason*

Essa circunstância caracteriza o *common law* como um sistema aberto, em oposição ao direito romano, que, antes da apresentação do caso ao juiz, já dispõe, ao menos no plano teórico, de uma solução para a demanda, pela interpretação e aplicação de uma regra preestabelecida. Sob o *common law*, as *procedure rules* prestam-se somente a servir de ponto de partida para a descoberta da *legal rule*, às vezes inédita, que deve ser aplicada ao caso concreto. Uma nova situação, não abordada nos casos antecedentes, requisita a criação de uma nova regra, que exsurge da distinção feita entre a *ratio decidendi* dos casos anteriores e daquela que fomentará a solução do caso atual (*case at hand*). A resolução da causa, entretanto, não pode ser atribuída ao empirismo. A técnica de distinções se socorre da razão, “contudo não uma razão comum (*common reason*) ou uma razão natural a que todo e qualquer homem tem acesso, mas a razão artificial adquirida pelos operadores do direito, treinados por meio de longas horas de estudo, observação e experiência”.<sup>126 127</sup>

Com isso, é patente que o *common law*, em si mesmo, não tem por escopo precípuo fazer justiça; tenciona, antes, instituir formas, definidas pela história, experiência, razão e repetições, vocacionadas a assegurar a solução de controvérsias judiciais. É um direito inexoravelmente prático, ministrado por juízes, não por professores universitários.<sup>128</sup>

<sup>125</sup> Sobre este assunto, bastante arguta é a argumentação de René David: “O jurista inglês, herdeiro dos práticos, desconfia daquilo que ele considera, muito naturalmente, como fórmulas ocas: que vale a afirmação de um direito ou de um princípio, se na prática não existe um meio de aplicá-lo? Toda a atenção dos juristas ingleses se voltou, durante séculos, para o processo; só lentamente se volta para as regras de direito objetivo” (*Os Grandes Sistemas de Direito Contemporâneo...*, p. 406).

<sup>126</sup> VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. *Diálogo institucional e controle de constitucionalidade – Debate entre o STF e o Congresso Nacional*. São Paulo: Saraiva, 2015, 35.

<sup>127</sup> Cabe aqui buscar reproduzir o memorável debate travado entre Coke e o Arcebispo da Cantuária, quando este, em nome do Rei, declarou que os juízes eram meros agentes do Rei e o que podia ser feito por um agente podia igualmente feito por quem o designou. A esse argumento Coke respondeu que ao Rei não assistia o direito de julgar processos, tendo o clérigo retorquido que “o Direito era fundado na razão, e esse era um predicado que, tanto quanto os juízes, outros podiam reunir.” Dessa resposta sobreveio antológica tréplica de Coke, reveladora de um dos traços distintivos do *common law*: não é a razão natural, que todos detém, que possibilita a decisão dos casos, mas uma “*artificial Reason and Judgement of Law, wich requires long Study and Experience before that a man can attain to the cognizance of it*” (*apud* HEALY, Thomas. *Stare Decisis as a Constitutional Requirement...*, p. 64). A essa razão artificial, proclamou Coke, o Rei não tinha acesso.

<sup>128</sup> A formação do jurista inglês não se realizava nas universidades, mas nos *Inns of Courts*. Os *Inns of Court* são clubes de advogados (*solicitors e barristers*), onde estes são treinados, disciplinados e supervisionados. Formam

A característica mais notável do *common law* consiste na consideração da experiência judicial como fonte imediata do Direito. Dentro desse regime, a jurisprudência não só é instrumento interpretativo do direito; ela é (a principal parte do) o direito. Enquanto para os romanistas, os oráculos do Direito, a autoridade normativa e os livros de consulta são, respectivamente, os doutrinadores, os códigos, e os comentários a respeito dos códigos, os livros a serem consultados, para os *common lawyers* os oráculos não são os professores, mas os juízes, a autoridade normativa não são os códigos, mas os casos julgados que integram os *reports*, e os livros de consulta são os tratados cujo assunto é o direito que se desenvolve pela comparação e análise da experiência judicial registrada.<sup>129</sup>

A propósito da importância desses livros, enquanto revelação do direito, conquanto, em tema de *common law*, o direito seja menos tributário dos professores que dos juízes, nem por isso a doutrina é irrelevante. Posto que o objeto de sua atenção recai sobre os julgamentos, pois são a fonte do direito por excelência no *common law*, as obras de doutrina, escritas por juízes, recebem a qualificação de *books of authority*, é dizer, repositórios autorizados do direito. Entre esses livros, há de se destacar, pela importância histórica, profundidade do conteúdo e influência perene:

- o tratado escrito em 1256 pelo juiz Henry de Bracton, pelo qual tentou esclarecer os princípios e procedimentos do Direito inglês, incluindo discussões dos casos decididos nos últimos 500 anos pela *Court of Common Pleas*;<sup>130</sup>
- os *Year Books*, escritos entre 1283 até a metade do século dezesseis, que constituíam compêndios de casos, sendo esses livros o marco histórico do começo da doutrina dos precedentes (*doctrine of precedents*);<sup>131</sup>
- os *Law Reports*, editados após o encerramento da publicação dos *Year Books*;<sup>132</sup>
- a obra de Sir Edward Coke, de trinta volumes, conhecida como “*The Reports*”, que teve por objetivo explicar os princípios do direito inglês por meio do exame dos casos documentados nos *reports*;<sup>133</sup> e

---

um grupo expressivamente homogêneo, com reuniões regulares, das quais participam também os juízes, que são recrutados dentro dos quadros dos *Inns*, que a eles continuam a pertencer. Ainda hoje o curso superior de Direito não figura como requisito para ingresso na *Bar*.

<sup>129</sup> POUND, Roscoe. *What is the Common Law...*, p. 186.

<sup>130</sup> HEALY, Thomas. *Stare Decisis as a Constitutional Requirement...*, p. 56.

<sup>131</sup> HEALY, Thomas. *Stare Decisis as a Constitutional Requirement...*, p. 58.

<sup>132</sup> HEALY, Thomas. *Stare Decisis as a Constitutional Requirement...*, p. 62.

<sup>133</sup> HEALY, Thomas. *Stare Decisis as a Constitutional Requirement...*, p. 62.

- os *Comentários sobre as Leis da Inglaterra*, de Willian Blackstone, publicado em 1765, que se bateram pela necessidade de os juízes aderirem aos precedentes não apenas como uma forma de promover a certeza e a estabilidade no direito, mas também para simplificar o trabalho dos juízes na busca da solução mais correta para o caso.<sup>134</sup>

## 6 Os juízes do *civil law* e os juízes do *common law*

Não se pode, contudo, ignorar um fator de ordem sociológica, bem lembrado por Mauro Cappelletti, contributivo determinante para o maior valor concedido, no plano normativo da tradição do *common law*, à jurisprudência: a formação e a forma de recrutamento de magistrados, totalmente diversas.

No âmbito do *civil law*, ordinariamente os magistrados são juízes de carreira. Sua escolha profissional remonta à idade juvenil. Sua nomeação e posse no cargo de juízes são antecedidas de exames ou concursos encetados para os fins de provimento desses cargos. A carreira dos juízes pode ser caracterizada como linear, iniciando em foros mais paroquiais e distantes e, em seu curso, os juízes são promovidos a ofícios de maior destaque, até galgar os graus superiores de jurisdição, em consideração a seu desempenho e antiguidade.<sup>135</sup> “Esse tipo de juiz 'não gosta de se colocar em evidência, criando regras de direito'. A sua educação profissional tende a melhor lhe desenvolver as posturas técnicas do que as valorativas e '*policy-oriented*', vale dizer, de política do direito”.<sup>136</sup> Daí por que esse juiz é mais refratário a inovações, e sua criatividade, caso exercida, a será de modo mais discreto, muito diversamente do que sói ocorrer nos tribunais *common lawyers*, onde os magistrados são escolhidos por critérios e procedimentos ditados por razões jurídico-políticas, premiando personalidades de destaque no meio jurídico. De fato, Carlos Maximiliano assegurava que a magistratura do Reino Unido era, a seu tempo – e provavelmente ainda é -, a melhor do mundo, na medida em que a investidura, como uma honraria, somente é confiada a um *barrister* de nomeada. Este não tem a preocupação de desagradar quem quer que seja com suas decisões, porque não se conhece promoções por merecimento na organização judiciária do Reino. As indicações são muito disputadas e somente nomes da *Bar* reconhecidamente notáveis e experientes é que logram êxito nessa competição - como uma láurea a coroar uma longa carreira de sucesso e de respeito.

<sup>134</sup> HEALY, Thomas. *Stare Decisis as a Constitutional Requirement...* p. 69.

<sup>135</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?...*, p. 120.

<sup>136</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?...*, p. 121.

Além disso, diversamente do que sucede em regra nos países de *civil law*, o fator remuneratório convida os profissionais excelentes a se interessar pelo ingresso na magistratura: além de remunerar regamente o magistrado, “depois do breve tirocínio, pode retirar-se o servidor togado, com uma esplêndida pensão”.<sup>137</sup> Segue-se que “Todas essas características conspiram para fazer com que a '*auctoritas*' da jurisprudência seja menor, menos visível e '*dramática*' nos países de '*Civil Law*' do que na área em que, pelo contrário, prevalece a tradição do '*Common Law*'”.<sup>138</sup>

---

<sup>137</sup> MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 54,

<sup>138</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores? ...*, p. 122.

### III - A DOCTRINA DOS PRECEDENTES

#### 1 Considerações preliminares

É fácil perceber o papel central exercido pela jurisprudência no *common law*. Tal é a sua relevância que René David chega a afirmar que a autoridade reconhecida aos precedentes “pode revelar-se como sendo a própria condição de existência de um direito inglês”.<sup>139</sup> Muito embora se afirme com certa frequência que o direito dos países ligados à tradição do *common law* seja um direito costumeiro,<sup>140</sup> esta não é uma proposição inteiramente correta. Deveras, o costume imemorial do *realm*, sobre o qual supõe-se estar fundado o *common law*, é uma ficção.<sup>141</sup> “Essa referência aos costumes e práticas da comunidade confere às decisões judiciais a necessária fonte de legitimidade para, de fato, construírem o Direito que regerá a nação”.<sup>142</sup> Mas o costume sobre o que se estruturou o *common law* não é um costume advindo do comportamento popular; antes, é um costume colhido da conduta dos juízes. Os costumes correspondem às decisões que uma vez aplicadas servirão de insumo para alimentar outra decisão a ser proferida em caso semelhante. Somente nesse sentido é que se pode atribuir ao *common law* o rótulo de um direito consuetudinário: o costume de aplicar decisões antigas em demandas subsequentes.

Sendo o *common law* um direito cujas regras e princípios são originados de decisões judiciais, estas, diversamente do que acontece nas nações romanistas, são fonte imediata do direito. E porque decisões judiciais constituem a mais expressiva parte do material jurídico? O outrora escasso provisionamento legislativo criava espaços jurídicos desocupados incentivando o uso da razão como fonte de decisão.<sup>143</sup> Não a razão comum, acessível a todo ser pensante. A razão de que falam os *common lawyers* é uma razão cujo acesso não é franqueado ao leigo.

---

<sup>139</sup> DAVID, René. *O direito inglês...*, p. 13.

<sup>140</sup> RÁO, Vicente. *O Direito e a Vida dos Direitos...*, p. 148.

<sup>141</sup> DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo...*, p. 437.

<sup>142</sup> VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. *Diálogo Institucional e Controle de Constitucionalidade - Debate entre o STF e o Congresso Nacional...*, p. 35.

<sup>143</sup> Hodiernamente isso já não ocorre, pois “o sistema do *common law* no mundo moderno, no entanto, precisa tomar em consideração a política legislativa expressa ou implícita numa multidão de dispositivos legais pertinentes”, visto que “Atualmente a legislação cobre tão extensamente quase todos os ramos do direito, tanto público como privado, que não se pode mais pressupor que o ponto de partida seja um precedente judicial” (RE, Edward D. Stare decisis. *Revista de Informação Legislativa*, trad. Ellen Gracie Northfleet. Brasília: Senado Federal, v. 19, n. 73, p. 285, jan./mar. 1994). Essa mudança não exonera os juízes de examinar os precedentes, na medida em que os tribunais interpretam e aplicam a legislação. Com isso, devem balancear e equacionar a política legislativa de um lado e o precedente jurisprudencial de outro.

Cuida-se de uma razão artificial posta em ação no julgamento do temas de direito, e que requer longos anos de estudo e prática para que possa servir apropriadamente a quem a conquistou (cf. n. II, item 6.3, *supra*).

## 2 Doutrina dos precedentes e *stare decisis*: conceitos

Está-se a falar aqui da doutrina dos precedentes no âmago da qual foi gerado o *stare decisis*. E em que consiste o *stare decisis*? Consiste na “obrigação de recorrer às regras que foram estabelecidas pelos juízes (*stare decisis*), de respeitar os precedentes judiciais, sendo assim correlato lógico de um sistema de direito jurisprudencial”.<sup>144</sup> Logo, “*With great frequency, judges made law than is necessary to decide the case at hand, and then, in subsequent cases, treat this judge made law as constraining*”.<sup>145</sup>

O *stare decisis* veicula a possibilidade de a decisão atual ser usada para resolver um caso futuro, encerrando com isso a dupla função da decisão: a função resolutiva ou decisória propriamente dita: “a decisão, antes de mais nada, define a controvérsia, ou seja, de acordo com a teoria da *res judicata* as partes não podem renovar o debate sobre as questões que foram decididas”; e a função normativa, pela qual “um princípio de direito deduzido através da decisão judicial será considerado e aplicado na solução de um caso semelhante no futuro”.<sup>146</sup>

Seria impensável que em um sistema jurídico construído por decisões judiciais pudessem essas decisões ser tomadas aleatoriamente, sem que houvesse uma referência. O *stare decisis* se presta a inibir a anarquia jurídica que a inexistência de limites ao juiz poderia provocar. Na atualidade, é da essência do *common law* o *stare decisis*. “Na falta de certa autoridade reconhecida a esses precedentes, não haveria, falando-se propriamente, um direito inglês, mas apenas soluções específicas, decididas, na verdade, pelo arbítrio do juiz”.<sup>147</sup> O instituto do *stare decisis*, ao mesmo tempo em que reduziu a discricionariedade judicial, ou o apelo à razão para solução de conflitos, reforçou a segurança jurídica do sistema, radicada na obrigação de seguir precedentes (*binding by precedents*), fortalecendo o sistema com rigidez e estabilidade. O *stare decisis* estabelece, pois, um *trade-off* entre a integridade jurisprudencial e a autonomia do

<sup>144</sup> DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo...*, p. 428.

<sup>145</sup> SCHAUER, Frederik. *Is the Common Law Law?*. *California Law Review*. Vol. 77, Tema 2, 1989, p. 457.

<sup>146</sup> RE, Edward D. *Stare decisis*. *Revista de Informação Legislativa*, trad. Ellen Gracie Northfleet. Brasília: Senado Federal, v. 19, n. 73, p. 282, jan./mar. 1994.

<sup>147</sup> DAVID, René. *O direito inglês*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 13.

julgador.

### 3 Evolução histórica do *stare decisis*

#### 3.1 *Stare decisis na Inglaterra – o legado de Sir Edward Coke*

Como em todo instituto de direito da família inglesa, o aspecto histórico do *stare decisis* não pode ser negligenciado. Assim como o *common law* lentamente se formou, de decisão em decisão, assim também a *doctrine of precedents*. Caminharam dentro do mesmo ambiente, o *common law* mais velozmente. Em todo caso, não foi uma evolução linear e paralela.

Em já mencionado tratado, escrito em 1256, o juiz Henry de Bracton tentou esclarecer os princípios e procedimentos do direito inglês. Para ilustrar, ele incluiu discussões dos casos decididos nos quinhentos anos anteriores (!) pela *Court of Common Pleas*. Apesar de considerar os precedentes como sendo importantes subvenções para dirimir conflitos, Bracton não via as decisões passadas como fonte de autoridade normativa.

Ainda naquele século, passaram a ser publicados os *Year Books*, compêndios de casos. Sua publicação teve início em 1283 e assim foi até a metade do século dezesseis. Muito tem sido escrito sobre os *Year Books*, às vezes considerados como o começo da doutrina dos precedentes, porque, em regra, os precedentes invocados na formação da nova decisão eram os publicados nos anuários.

A origem precisa dos *Year Books* é desconhecida. Alguns historiadores inicialmente apontaram que a produção era decorrente de relatórios patrocinados pelo rei. Alguns estudiosos contemporâneos, entretanto, acreditam que os *Year Books* foram iniciados por estudantes ou jovens advogados que tomavam notas dos procedimentos dos tribunais e depois os distribuía aos operadores do Direito. Mal comparando, seriam como os atuais informativos de jurisprudência, consumidos com sofreguidão por candidatos a carreiras jurídicas no setor público.

Diversamente dos modernos *law reports*, que incluem a orientação das cortes, os *Year Books* continham tudo, menos o posicionamento, digamos, substantivo do órgão

jugador.<sup>148</sup> A preocupação desse escribas era, em verdade, registrar a forma pela qual o processo foi conduzido e as exigências dos tribunais para que a causa fosse conhecida. Desses *reports* os juízes extraíam as informações e orientações necessárias ao julgamento do *case at hand*. Todavia, não se falava ainda em observância obrigatória desses julgamentos. Os juízes examinavam os casos passados porque respeitavam seus predecessores, e porque parecia prudente manter a consistência e a integridade do *common law*. O pragmatismo (característica notável do povo inglês) também influenciava sobremaneira: muitos juízes adotavam os precedentes simplesmente para se livrar de problemas. Isso não significava que os juízes estavam de qualquer forma restringidos pelos precedentes. Quando enfrentavam decisões anteriores com as quais não concordavam, a maior parte deles as ignorava. A força desses precedentes não era propriamente normativa, apenas persuasiva.

Mesmo nos últimos anos de publicação dos *Year Books*, os juízes desconsideravam abertamente os precedentes com os quais não concordavam. Um deles, em 1536, quando a ele dito que sua decisão contradizia uma anterior, simplesmente retorquiu: “não coloque este caso nos *Year Books*, pois ele certamente não é direito”.<sup>149</sup> As frases de efeito para recusar a aplicação dos precedentes seguiam-se àquele tempo. Berford, naquele contexto, proclamou: “Julgamentos não são fundados em exemplos, mas na razão”.

Em meados do século XVI, os *Year Books* foram abruptamente encerrados e substituídos por uma série de *law reports*. Estes repositórios documentaram a transformação operada no seio do *common law*, pela qual os precedentes não só deixaram de ser meros guias instrutivos que ajudavam a manter a consistência do Direito, mas autoridade legal que deveria ser observada na resolução da maioria dos casos. O primeiro passo nessa direção ocorreu na parte final do século XVI e no começo do século dezessete, quando os juízes começaram a seguir precedentes em assuntos procedimentais, mesmo quando discordavam deles.

Sir Edward Coke, *Chief Justice of Common Pleas*, desempenhou papel central nesse processo de transformação. Coke acreditava firmemente que o exemplo e a tradição deviam ser seguidos. Para ele, os *book cases* continham a verbalização do conteúdo e do formato do direito. Por meio de detalhado estudo dos *reports*, Coke produziu um trabalho descomunal, de trinta volumes, conhecido como “*The Reports*”. Seu primeiro objetivo era declarar os princípios do

---

<sup>148</sup> HEALY, Thomas. *Stare Decisis as a Constitutional Requirement...*, p. 58.

<sup>149</sup> HEALY, Thomas. *Stare Decisis as a Constitutional Requirement...*, p. 60.

direito inglês inferidos dos casos documentados. Seu objetivo secundário era incrementar a própria qualidade dos *reports*, cujos registros eram realizados de modo um tanto aleatório e arbitrário, assim como a escolha dos casos que deveriam integrá-los.<sup>150</sup> Coke percebeu que a inconfiabilidade dos *reports* minava o uso adequado dos precedentes.

Para tratar dessas patologias, Coke propôs um padrão de *reports*, de modo a uniformizar os registros feitos dos julgamentos dos tribunais, diminuindo a aleatoriedade e a desordem dessas anotações. Além disso, a relevância dos casos por ele compilados e comentados, aliada à sua forte personalidade, que influenciava agudamente o ambiente judiciário, tiveram como resultado a viragem do pensamento jurídico inglês: os *common lawyers* em geral, e os juízes, em especial, não se permitiram mais ignorar os precedentes. Daí por diante as citações de decisões passadas se multiplicaram.

Outro expediente a que recorreu Coke para fortalecimento dos precedentes foi opô-los à autoridade real, de que o *Dr. Bohnam's Case* é o mais expressivo exemplo.<sup>151</sup> No período em que exerceu a judicatura, Edward Coke repetidamente recorreu a antigos precedentes que perfaziam a *higher law* e compunham a assim reconhecida Constituição inglesa, para limitar a jurisdição das cortes eclesiásticas e da Corte de Chancelaria, ambas controladas pelo Rei, negando à Coroa e ao Parlamento o poder de suprimir e modificar o *common law*.

Em um ousado movimento, Coke recorreu à razão artificial, própria dos operadores do direito, para barrar as investidas do Rei e de suas jurisdições contra o *common law*. Deslocando os precedentes para a centralidade do *common law*, Coke reivindicou para a Judiciário a competência privativa para dirimir conflitos de interesse, porquanto apenas os juízes reuniam conhecimento acerca dos casos antecedentes (*prior cases*), sendo absolutamente indispensável ao exercício dessa função longo estudo e vasta experiência para compreender o direito ministrado e declarado pelo *case law*.

É desse tempo o antológico debate travado entre Coke e o Arcebispo da Cantuária,

---

<sup>150</sup> A respeito dos *reports*, o Chief Justice Holt declarou, em tom de galhofa, que “esses confusos *reports* mostrarão para a posteridade que somos um bando de cabeças duras” (HEALY, Thomas. *Stare Decisis as a Constitutional Requirement...*, p. 68).

<sup>151</sup> Sérgio Antônio Ferreira Victor (*Diálogo institucional e controle de constitucionalidade - Debate entre o STF e Congresso*. São Paulo: Saraiva, 2015) e Ronaldo Poletti (*Controle da Constitucionalidade das Leis*. Rio de Janeiro: Forense, 1985), proporcionam descrições minuciosas a respeito desse intrigante e memorável processo, em que a autoridade da Coroa inglesa foi atrevida e exitosamente desafiada pelo Judiciário.

que, em nome do Rei,<sup>152</sup> vindicou para si competência para o julgamento de causas. De acordo com o clérigo, se os juízes eram meros agentes do Rei, o que podia ser feito por uma estafeta poderia ser feito pelo principal. Ainda assim, Coke se opôs à pretensão do Rei. Este, pelo Arcebispo, respondeu que, se a razão era o atributo necessário para a compreensão das demandas e a para a distribuição da justiça, ela, a razão, não pertencia exclusivamente aos juízes, de modo que o Rei, dotado de igual predicado, poderia perfeitamente exercer a jurisdição. Coke veio à réplica a dizer que não era a razão natural disponível a qualquer um a de que estava falando, mas de uma “*artificial Reason and Judgment of Law, wich requires long Study and Experience before that a man can attain to the cognizance of it*”. Dessa razão artificial, atrevidamente proclamou Coke, o Rei era privado.<sup>153</sup>

Esses episódios abriram a estrada a ser percorrida pela doutrina dos precedentes na Inglaterra, não propriamente como fonte de restrição de poder ao Judiciário, mas de contenção do Poder da Coroa. A pavimentação dessa rodovia chegou com os aportes do juiz Willian Blackstone. Não obstante, depois da morte de Coke, a doutrina e a aplicação da doutrina dos precedentes sofreram certa flutuação. Blackstone, porém, prestou inteira adesão às ideias de Coke ao declarar que “Decisões judiciais são a principal e mais autorizada evidência da existência de certo costume como uma parte do *common law*”.<sup>154</sup> A verdade é que se tornou necessária uma teoria que justificasse a vinculação aos *precedents*. Dessa necessidade surge uma das proposições teóricas sobre a qual foi edificada a teoria do *stare decisis*: segundo ela: “*although decided cases were not actually the law, they were good evidence of the law because they result from a long tradition of common law judging*”,<sup>155</sup> sendo os *book cases* a melhor prova do que o que é o direito.

Blackstone, um juiz reconhecidamente conservador, publicou em 1765 seus “*Commentaries on the Laws of England*”. Nessa obra, postulou que a adesão aos precedentes não apenas promovia a certeza e a segurança jurídicas como também facilitava significativamente a tarefa dos juízes, pois seria muito mais simples encontrar o direito nos *prior cases* do que criá-lo. Embora franco entusiasta da doutrina dos precedentes, Blackstone propôs exceções à sua observância. Isso ocorreria quando os precedentes se mostrassem “*flatly*

---

<sup>152</sup> O chefe da igreja oficial do Reino Unido, a Igreja Anglicana, era e é o rei.

<sup>153</sup> HEALY, Thomas. *Stare Decisis as a Constitutional Requirement...*, pp. 63-64.

<sup>154</sup> HEALY, Thomas. *Stare Decisis as a Constitutional Requirement...*, p. 68.

<sup>155</sup> HEALY, Thomas. *Stare Decisis as a Constitutional Requirement...*, p. 67.

*absurd or unjust*” ou “*evidently contrary to reason*”.

As pretensões doutrinárias de Blackstone encontraram severa resistência de outro magistrado inglês, Lord Mainsfield, tremendamente adversário da doutrina dos precedentes, à qual culpava pela estagnação do direito. O caso *Perry v. Blake* consistiu no marco judicial da aceitação da teoria dos precedentes em geral e da regra do *stare decisis* em especial. Nesse processo sucedeu aceso debate entre Blackstone e Lord Mainsfield, prevalecendo a tese sustentada por Blackstone, segundo a qual a *legal rule* surgida em *Shelley's Case* deveria, necessariamente, ser observada pela Corte em *Perry v. Blake*.

Depois disso, o *stare decisis* arraigou-se na Inglaterra, de modo que as cortes assentiram com a obrigação de seguir os precedentes, não importando quão incorretos pudessem ser. Todavia, o *stare decisis* experimentou, em épocas menos distantes, certa retração, consoante noticiado por Cappelletti, que se refere ao discurso do Lord Chanceler, pronunciado em 1966, quando, falando pela unanimidade da *House of Lords*, sustentou o poder daquela Corte de modificar a própria jurisprudência.<sup>156</sup>

### 3.2 A doutrina dos precedentes na América colonial e na América pós-revolucionária

Lutando para sobreviver em um continente estranho, os colonos da América do Norte tinham afazeres mais relevantes do que se ocupar das rígidas regras formais de aplicação do direito estabelecidas pelo *common law* insular, que vieram de um ambiente estamental, do ponto de vista nobiliárquico, e formado por classes sociais economicamente distantes, que pouco ou nada refletiam as necessidades daqueles desbravadores.

É de Alexis de Tocqueville a incomparavelmente precisa descrição daquele povo, em especial dos indivíduos que aportaram nas praias da Nova Inglaterra, descrição que permite enfatizar a incompatibilidade do direito inglês com a realidade peculiar por eles vivida. Referindo-se aos puritanos, Tocqueville explica que tais imigrantes “pertenciam todos às classes independentes da metrópole. A sua reunião em solo americano apresentou, desde o início, o fenômeno singular de uma sociedade na qual não se encontravam nem grandes senhores, nem um povo, nem, por assim dizer, pobres ou ricos”.<sup>157</sup> Ao passo que outras colônias

<sup>156</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores? ...*, p. 122.

<sup>157</sup> TOCQUEVILLE, Alexis de. *A Democracia na América*. São Paulo: Folha de São Paulo, 2010, p. 57.

inglesas, francesas e espanholas eram povoadas por desterrados por má conduta das cortes de Justiça daquelas potências, por homens sem educação formal nem recursos, quando não por piratas, a Nova Inglaterra recebia os puritanos, membros de uma corrente teológica inglesa reconhecida por sua interpretação originalista das Escrituras Sagradas. Incompreendidos e perseguidos pelo governo em sua pátria, os puritanos lançaram-se a terras bárbaras, para que pudessem viver à sua maneira, implantando naquele lugar os princípios religiosos que professavam. Os puritanos, exprime Tocqueville,

Não tinham abandonado seu país forçados pela necessidade; deixavam para trás uma posição social cuja perda seria lamentável e meios de vida garantidos; tampouco passavam ao Novo Mundo a fim de melhorar a sua situação ou de fazer aumentar suas riquezas; arrancavam-se às doçuras da pátria para obedecer a uma necessidade puramente intelectual; expondo-se às misérias inevitáveis do exílio, desejavam fazer triunfar uma ideia.<sup>158</sup>

Axiomático que precisavam de um sistema jurídico que pudesse ser moldado segundo os desafios de uma sociedade nova, claramente diferente daquela de onde provinham. Em menor intensidade, esse fenômeno se reproduziu nas demais colônias inglesas da América do Norte. Como resultado, nos primórdios, os pioneiros demonstraram uma clara preferência pela adaptabilidade sobre a certeza, pela abertura em vez da restrição.

Thomas Healy, Professor de Seton Hall University, em seu seminal artigo *Stare Decisis as a Constitutional Requirement*, cita alguns exemplos interessantes de rebeldia dos juízes das colônias em relação ao direito metropolitano, como o do Juiz John Dudley que, ao se reportar a Edward Coke e a Willian Blackstone, afamados juízes ingleses proclamadores dos precedentes como fontes do direito, reputou-os “*books that I never read and never will*”<sup>159</sup>, ou de James Otis, um juiz do Massachusetts, que, em um caso de 1761, prescreveu que “[b]etter to observe the known Principles of Law than anyone Precedent”.<sup>160</sup>

Em suma, as cortes americanas do período colonial, muito embora claramente apegadas à tradição do *judge made law*, não se sentiam constrangidas pelos precedentes fixados pelos tribunais ingleses e eram propensas a buscar a solução das controvérsias mais nos princípios de direito então reconhecidos dos que nos casos passados.

---

<sup>158</sup> TOCQUEVILLE, Alexis de. *A Democracia na América...*, p. 57.

<sup>159</sup> HEALY, Thomas. *Stare Decisis as a Constitutional Requirement...*, p. 76.

<sup>160</sup> HEALY, Thomas. *Stare Decisis as a Constitutional Requirement...*, p. 76.

Nas décadas seguintes à Guerra da Independência, os tribunais ingressaram em um dos mais criativos períodos da história judicial americana, configurando o direito de acordo com as necessidades da nova nação e abandonando grande número de precedentes, tanto ingleses quanto domésticos. Eles consideravam as consequências econômicas e sociais das regras de direito então observadas, não hesitando alterar aquelas que viam como impraticáveis, ilógicas ou injustas à luz daquela realidade. Nessa conformidade, se certa matéria controversa ainda não havia sido definida na Inglaterra, os juízes americanos tinham virtualmente pleno poder legislativo para escolher a regra aplicável.

Naquele invulgar contexto histórico, James Kent, *Chief Justice* da Suprema Corte de Nova Iorque, refletindo as aspirações por mudanças e o sentimento inovador que predominava, proclamou que “o espírito da era presente, e a causa da verdade e da justiça, requerem mais simplicidade no sistema e os textos com autoridade legal devem ser reduzidos a limites manuseáveis”.<sup>161</sup> Kent averbou que os juízes não eram limitados por decisões prévias que se mostravam confusas, desconexas ou fora do contexto. E, para arrostar a possibilidade de os juízes norte-americanos serem obrigados a seguir precedentes equivocados, aduziu a seguinte proposta:

Não pretendo aplicar rigidamente a doutrina do *stare decisis* quando podemos observar que milhares de casos constantes dos livros ingleses e americanos são superados, duvidosos ou de aplicação limitada. É provável que os registros de muitos tribunais estejam repletos de decisões equivocadas e precipitadas, e tais casos devem ser examinados sem medo, e revistos sem relutância, em vez de ter o caráter de nosso direito debilitado e a beleza e a harmonia do sistema destruídas pela perpetuação do erro. Mesmo uma série de decisões não são sempre evidências conclusivas do que é o direito; e uma revisão de decisões muitas vezes faz parte da rotina, não obstante a importância da certeza das regras e da extensão do que seria afetado pelas mudanças.<sup>162</sup>

Outros influentes juízes expressaram visões parecidas. James Wilson, proeminente jurista da época e um dos mais influentes membros da Convenção Constitucional, escreveu que, conquanto os precedentes fossem fortes evidências do *common law* porque vinham de juízes sábios e de opiniões respeitadas, não seria função ínsita ao Poder Judiciário seguir decisões pretéritas. Explanou ele: “todo juiz prudente e cuidadoso considera os precedentes”, mas a autoridade do direito repousa no consenso, não em casos decididos, de modo que os juízes não

---

<sup>161</sup> KENT, James. *Commentaries on American Law – Lecture XXI*. Boston: 1896, Little, Brown and Company, p. 475 (tradução livre).

<sup>162</sup> KENT, James. *Commentaries on American Law – Lecture XXI...*, p. 477 (tradução livre).

deviam seguir automaticamente os precedentes. Em defesa da autonomia do direito estadunidense, arrematou Wilson: “[W]e must have in this country an American common law drawing its doctrines from American wants and needs”.<sup>163</sup>

Não muito tempo depois, tendo os juízes dos Estados Unidos consolidado relevantes regras de decisão, formando um sistema jurídico independente, calcado sobre normas próprias, estabeleceu-se ali a força obrigatória dos precedentes.

O comprometimento americano com o *stare decisis* se fortaleceu gradualmente no século XIX, para o que contribuiu fortemente a confiabilidade dos repositórios jurisprudenciais (*reports*) e a adoção de uma concepção positivista do direito. Tanto foi assim que em 1889 Joseph Story, Juiz da Suprema Corte, sustentou que a adesão aos precedentes era tema central da jurisprudência americana, e que seria fator de desestabilização do direito a opção, pelos juízes, por uma doutrina que lhes outorgasse completa liberdade para desconsiderar todas as regras e decisões, e decidir por si mesmos, sem referência ao ajustado curso dos princípios e regras reconhecidos anteriormente.<sup>164</sup>

Nem por isso os tribunais americanos impunham a observância incontestável aos precedentes. Estabeleceu-se a possibilidade de superação quando as decisões pretéritas fossem patentemente absurdas (*flatly absurd*) ou notadamente incorretas (*egregiously incorrect*). Pode-se, com isso, afirmar que a doutrina do *stare decisis* consolidou-se entre a primeira e a sexta décadas do século XIX, sendo certo que a mera discordância de um tribunal não era suficiente para justificar o afastamento do pensamento passado.

Assim, se no início a adesão aos precedentes se dava por conveniência, quer dizer, por motivos meramente instrumentais, com o tempo impôs-se aos juízes o dever de considerar decisões pretéritas como legítimas normas jurídicas, confirmando-se a profética declaração de Alexander Hamilton pronunciada ainda antes da Convenção: “Para evitar um julgamento arbitrário dos tribunais, é indispensável que eles estejam submetidos a regras e precedentes estritos, que servem para definir e indicar seu dever em cada caso particular que lhes é apresentado”.<sup>165</sup>

---

<sup>163</sup> *Apud* HEALY, Thomas. *Stare Decisis as a Constitutional Requirement...*, p. 83.

<sup>164</sup> HEALY, Thomas. *Stare Decisis as a Constitutional Requirement...*, p. 103.

<sup>165</sup> HAMILTON, Alexander, *et alli. Os Artigos Federalistas*. São Paulo: Nova Fronteira, 1993, p. 484.

#### 4 Fundamentos jurídicos da doutrina dos precedentes

Tradicionalmente argumenta-se que o *stare decisis* é feitura da *common law* e estaria, por isso, implícito na compreensão dos *founding fathers* a respeito do exercício do poder judiciário norte-americano. Vai-se além: diz-se que a própria Constituição dos Estados Unidos implicitamente limita o processo de formação da decisão pela observância dos precedentes.

Difícil, porém, sustentar que do vago texto do Art. III daquele documento se possa extrair tal conclusão (assim como a de que ao Poder Judiciário compete declarar a nulidade de ato normativo contrastante com a Constituição).<sup>166</sup> Do ponto de vista normativo, a obrigação de seguir precedentes se vincula muito mais a um dos costumes imemoriais do próprio direito consuetudinário, representando um dever que pertence ao curso natural do *common law*. Sendo a Constituição dos Estados Unidos claramente silente em relação a um intrínseco e natural desígnio do Poder Judiciário, resulta que o *stare decisis* não é instituto que se hospeda na *lex scripta*, mas integra a compreensão da tradição do *common law*. Não surgiu a talho de foice, por decreto, mas por resultado de uma construção histórica nada linear, marcada pela incessante reivindicação por calculabilidade, previsibilidade e estabilidade do direito. O *stare decisis* não decorre da aplicação do direito consuetudinário. Ele é o direito consuetudinário.

No âmbito dos Estados Unidos da América o instituto do *stare decisis* foi continuamente aperfeiçoado em decorrência do ambiente constitucionalista dentro do qual se formou o Poder Judiciário americano. Assumindo, em *Marbury vs Marshall*, a função de intérprete da Constituição, como preconizavam os Artigos Federalistas, o Poder Judiciário norte-americano permitiu o florescimento de decisões constitucionais que foram incorporadas à prática constitucional daquela nação e alçadas à dignidade de indutoras da longevidade da Constituição norte-americana,<sup>167</sup> cujos institutos vêm sendo, com correr do tempo, constantemente atualizados e reconfigurados pelo exercício da justiça constitucional difusa.

---

<sup>166</sup> Nos termos da Seção 2 do Artigo III, “*The judicial Power shall extend to all Cases, in Law and Equity, arising under this Constitution, the Laws of the United States, and Treaties made, or which shall be made, under their Authority;—to all Cases affecting Ambassadors, other public ministers and Consuls;—to all Cases of admiralty and maritime Jurisdiction;—to Controversies to which the United States shall be a Party;—to Controversies between two or more States;—between a State and Citizens of another State;—between Citizens of different States;—between Citizens of the same State claiming Lands under Grants of different States, and between a State, or the Citizens thereof, and foreign States, Citizens or Subjects*”.

<sup>167</sup> A dificuldade de emendar a Constituição dos Estados Unidos é outro fator que não pode ser desconsiderado.

#### 4.1 O *stare decisis* como fator de segurança jurídica

Se é possível dizer não ser demonstrável a superioridade qualitativa dos juízes sobre a legislatura (cf. *infra*), em benefício do direito jurisprudencial, em geral, e do *stare decisis*, em particular, militam a estabilidade e a certeza jurídicas, como reconheceu o Juiz da Suprema Corte Louis Brandeis, quando observou que é mais importante que as controvérsias sejam definidas de uma vez por todas do que decididas corretamente.<sup>168</sup> Nesse sentido, aliás, o diagnóstico de Schauer, segundo o qual “(O) *Stare decisis*, longe de ser um tolo apêndice ao processo de formação da decisão cujo objetivo principal é tomar a decisão correta agora, de fato reflete algo profundo e duradouro sobre o processo de formação da decisão que frequentemente serve a valores como estabilidade, consistência, definição, e respeito ao passado como outras ramificações do governo, ao passo que outros sistemas de formação de decisões permanecem flexíveis, instáveis, imprevisíveis, e mais preocupados com o futuro”.<sup>169</sup>

Jeremy Waldron, em obra de caráter mais descritivo do que prescritivo, com percuciência descreve as razões usualmente invocadas para justificar o *stare decisis*, a saber:

- a importância da estabilidade;
- o respeito às expectativas estabelecidas;
- a eficiência dos órgãos decisórios;
- o desenvolvimento ordenado do direito;
- a deferência à sabedoria ancestral;
- a justiça formal;
- a justeza e a integridade resultantes da solução igual aplicada a casos semelhantes;
- o disciplinamento dos juízes; e
- a contenção do ativismo judicial.<sup>170</sup>

#### 4.2 O *stare decisis* como fator de contenção do arbítrio judicial

---

<sup>168</sup> SCHAUER, Frederick. *Thinking Like a Lawyer*. Cambridge: Harvard University Press, 2009, p. 43 (tradução livre).

<sup>169</sup> SCHAUER, Frederick. *Thinking Like a Lawyer...*, p. 44 (tradução livre).

<sup>170</sup> WALDRON, Jeremy. *Stare Decisis and the Rule of Law: A Layered Approach*. New York: New York University, 2011, p. 3, disponível em [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1942557](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1942557) (tradução livre).

No âmbito dos países de tradição jurídica anglo-americana, quando um tribunal, qualquer que seja ele, se põe diante de uma controvérsia que deve dirimir, um dos primeiros pontos que considera é se já se examinou assuntos similares no passado. Se isso ocorrer, o órgão judiciário toma usualmente um dos dois caminhos:

- ou adere às decisões passadas (*prior decisions*) aplicando suas razões (*holding*) na disputa, conferindo solução igual ou parecida; ou
- distinguirá (*distinguishing*) o caso atual (*case at hand*) dos casos anteriores (*prior cases*) e adotará uma nova regra.

A segunda opção é de excepcional ocorrência: sob o regime do *common law*, em regra, os tribunais raramente afastam a decisão anterior e o fazem se, e apenas se, razões excepcionais justificarem a mudança. Esta prática de decidir casos pela referência e aderência ao passado é uma das características marcantes da jurisprudência anglo-americana e a distingue da *civil law*, na qual os juízes exercem a jurisdição, aprioristicamente, valendo-se de princípios e regras postas por órgãos dotados de competência legislativa, e não de precedentes.

Muito embora próprio de um sistema jurídico de natureza jurisprudencial, paradoxalmente, o instituto do *stare decisis* consiste em um empecilho à criatividade judicial, porquanto necessariamente demarca o processo de formação da decisão pela observância aos precedentes, limitando rigorosamente a discricionariedade do Judiciário, afastando-o de uma perigosa união com o Poder Legislativo. Dito de outro modo: em um sistema jurídico construído por juízes, estes apenas podem se afastar do que outros juízes já disseram a respeito de uma mesma temática se, e somente se, razões poderosas justificarem a medida. Assim os precedentes funcionam como um limitador da criatividade judicial e como indutores do fortalecimento de expectativas e do tratamento isonômico pelo Poder Judiciário de contendas de natureza igual ou semelhante.

## **5 Elementos da *doctrine of precedents***

### *5.1 O conceito de stare decisis – stare decisis horizontal e stare decisis vertical*

O precedente judicial consubstancia a decisão que, em julgamento de uma certa controvérsia, considera e decide sobre todas as questões suscitadas pelas partes. A obediência

ao precedente (*constraint by precedent*) é a característica cardeal do *stare decisis*: os juízes devem seguir os precedentes mesmo que não concordem com eles. Valoriza-se com isso a integridade da jurisprudência e a previsibilidade das decisões, com perda acentuada da autonomia do julgador, que não pode sustentar suas próprias convicções jurídicas se elas conflitam com o conteúdo do precedente aplicável à demanda julgada. Há, portanto, sob a perspectiva do *stare decisis*, freios ao casuísmo com retração da liberdade decisória do julgador.

O *stare decisis* exterioriza-se sob duas formas, na intelecção de Frederick Schauer. “A uma delas podemos chamar de *vertical precedent*. Dos tribunais inferiores se espera que obedeam precedentes advindos de Cortes Superiores, e o relacionamento da inferior para a superior em 'cadeia de comando' é usualmente compreendido como vertical”.<sup>171</sup>

Além das decisões dimanadas das Cortes Superiores, espera-se que juízes e tribunais sigam suas próprias decisões. Aqui o relacionamento é horizontal, porque o dever que recai sobre uma corte advém daquilo que essa mesma corte pronunciou no passado. O precedente horizontal é assim não um assunto de superioridade hierárquica entre instâncias judiciárias, mas, na verdade, uma hierarquia artificial ou imposta, do passado sobre o futuro. A decisão mais antiga é superior não porque vem de uma corte superior; na verdade, a decisão mais antiga é superior porque é mais antiga.<sup>172</sup>

Esse mote bem expressa a doutrina do *stare decisis*. “O conceito do sistema de precedentes se expressa pela obrigação de os juízes, em certas causas, seguirem decisões com as quais não concordam”.<sup>173</sup>

## 5.2 O precedente como ponto de partida do decision-making process

A expressão *stare decisis* provém do brocardo latino *stare decisis et non quieta movere*, cujo significado é “respeitar as coisas decididas e não revirar o que está estabelecido”. Por meio da regra do *stare decisis* um princípio ou regra deduzidos de uma decisão deve ser considerado e, detectada identidade entre dois ou mais casos, serão aplicados na solução de uma

---

<sup>171</sup> SCHAUER, Frederick. *Thinking Like a Lawyer*. Cambridge: Harvard University Press, 2009, p. 36 (tradução livre).

<sup>172</sup> SCHAUER, Frederick. *Thinking Like a Lawyer...*, p. 37 (tradução livre).

<sup>173</sup> SCHAUER, Frederick. *Thinking Like a Lawyer...* p. 40 (tradução livre).

demanda semelhante. Tal procedimento revela-se essencial no ambiente jurídico do *common law* onde as provisões legislativas são (eram) notoriamente escassas. Nessa conformidade, “o caso decidido, isto é, o precedente, é quase universalmente tratado apenas como um *ponto de partida*”, a partir do qual os fatos analisados no caso atual serão cotejados com os fatos do *prior case* e, havendo identidade, a regra de direito que definiu o primeiro caso será assimilada pelo segundo. O processo é bem descrito por Benjamin Cardozo, evocado por Edward D. Re. Segundo *Justice Cardozo*,

“num sistema tão altamente desenvolvido quanto o nosso, os precedentes já cobriram o campo de tal forma que eles fixam o ponto inicial a partir do qual o trabalho do juiz começa. Quase invariavelmente, seu primeiro passo é examiná-los e compará-los. Se eles forem adequados, talvez nada mais seja necessário. O *stare decisis* é pelo menos a ferramenta diária de nosso direito”.<sup>174</sup>

Nesse contexto, os julgamentos são registrados em arquivos e relatórios (*reports*), e “adquirem força obrigatória de *regras de precedentes (rules of precedents)*, para regerem casos futuros; ademais, juízes e juristas deles extraem princípios e regras, que, subsequentemente, ampliam os limites da *common law* e, assim generalizados, propiciam sua evolução”.<sup>175</sup>

### 5.3 A fórmula do *stare decisis*: a produção da decisão visando à sua aplicação prospectiva

Segundo fórmula geral do *stare decisis* proposta por Frederick Schauer, “O tratamento que se dá ao caso X da maneira Y, somente em razão de seu pedigree histórico, constitui motivo para tratar X da maneira Y sempre que X ocorrer novamente. Se o precedente realmente vale, uma decisão anterior, agora considerada equivocada, ainda afeta a decisão atual simplesmente porque o precedente veio antes”.<sup>176</sup> Com isso, os precedentes também podem ser conceituados (cf. item 4.2, *supra*) como as decisões anteriores que funcionam como modelos para decisões futuras: aplicam-se as lições do passado para resolver problemas do presente e do futuro, constituindo uma conduta fundamental da razão prática humana.

<sup>174</sup> RE, Edward D. *Stare decisis...*, p. 282.

<sup>175</sup> RÃO, Vicente. *O Direito e a Vida dos Direitos*. São Paulo: RT, 2013, p. 146.

<sup>176</sup> SCHAUER, Frederick. *Precedent*. *Stanford Law Review*, Vol. 39, Tema 3 (Fevereiro de 1987), p. 571 (tradução livre).

Nota-se claramente que a doutrina dos precedentes tem por escopo explicar, em um contexto no qual um único evento pode servir em muitas categorias diferentes, como e porque algumas assimilações são plausíveis e outras não são.<sup>177</sup> Isso ocorre, como Frederick Schauer acentua, porque que a aplicação dos precedentes não se limita à observação do passado como instrumento de resolução de contendas atuais. Ela se presta a esculpir o futuro, ou seja: os precedentes são aplicados visando a permitir a melhor resolução de litígios vindouros.

Assim, a criação de precedentes e sua aplicação se dá por meio dois processos bastantes distintos:

- Observando o precedente com olhos voltados para o passado (*the backward looking aspect of precedent*), é dizer, analisam-se as decisões passadas (*yesterday's precedents*) para a tomada de decisões presentes (*today's decisions*). Os termos constantes dos precedentes do passado constituem autoridade sobre decisões atuais (*enactment force of precedent*).
- Observando o precedente com olhos voltados para o futuro (*the forward looking aspect of precedent*): aqui o raciocínio a ser desenvolvido é bem mais sofisticado, pois os futuros juízes, quando forem julgar as causas, nutrem a esperança de já haver precedentes que influenciarão suas decisões. Assim, o juiz deve se conscientizar de que não decidirá somente o *case at hand* (caso atual). A decisão precisará servir aos casos futuros. Segue-se que a ótima decisão para o caso atual nem sempre será a melhor para os casos posteriores. Como expõe Schauer,

*If the best solution to today's case is identical to the best solution for tomorrow's different but assimilable facts, then there is no problem. But if what is best for today's situation might not be best for a different (but likely to be assimilated) situation, then the need to consider the future as well as the present will result in at least some immediately suboptimal decisions.*<sup>178</sup>

Daí por que a decisão imediata eventualmente pode desapontar, por não distribuir com máxima efetividade a justiça desejada para o caso, mas assim o fará em relação à multidão de casos parecidos subsequentes que serão solucionados segundo os critérios delineados pela decisão considerada insatisfatória naquele instante.

<sup>177</sup> SCHAUER, Frederick. . Precedent..., p. 579.

<sup>178</sup> SCHAUER, Frederick. . Precedent..., p. 589.

#### 5.4 Fundamentos determinantes (*ratio decidendi* ou *holding*)

A *ratio decidendi* ou *holding* compreende os motivos de fato e de direito que levaram o tribunal a tomar certa decisão e, diversamente do ocorre com o *obiter dictum*, se prestam a parametrizar os órgãos judiciais na tomada de decisões futuras. Transportando-se o *holding* para a nossa dogmática processual, pode ele ser comparado aos fundamentos não só jurídicos, mas fáticos da decisão. Ambos compreendem os fundamentos determinantes do precedente e se alastrarão para além dos limites subjetivos da lide, disciplinando a formação das decisões vindouras. Nesse particular, os fundamentos de fato assumem especial destaque na formação do precedente. São os fatos que determinam a produção da *legal rule*. São deles e das circunstâncias específicas da demanda que a regra de direito inferida da causa recolhe suas qualidades de justiça, solidez e perenidade. *Ex facto oritur jus*. “Daí que a autoridade do precedente depende e é limitada aos ‘fatos e condições particulares do caso’ que o processo anterior pretendeu adjudicar”.<sup>179</sup>

Baseando-se nessas premissas, o que então compõe a *ratio decidendi*? Toda proposição sem a qual não se fecharia o silogismo que integra a decisão pode ser considerada *ratio decidendi* ou *holding*. É do *holding* que mana a norma jurídica que disciplinará o julgamento de casos posteriores similares. É do *holding* que se depreendem os princípios de direito generalizáveis que solverão as demandas futuras. O *holding* é composto por todos os fundamentos de fato e de direito suscitados, sopesados e decididos pelo tribunal. *A contrario sensu*, tudo aquilo que poderia ou deveria ter influído no conteúdo da decisão, mas não foi, embora pudesse ter sido, não integra a *ratio decidendi*.<sup>180</sup>

#### 5.5 Distinguishing

A distinção entre casos (*distinguishing*) é o raciocínio a ser desenvolvido para que um precedente não seja aplicado a uma demanda que, em primeiro olhar, atrairia sua influência. Certo, dois eventos nunca serão exatamente iguais. Contudo, para que uma decisão seja precedente de outra decisão não se exige que os fatos dos casos anteriores e dos casos posteriores sejam idênticos.

---

<sup>179</sup> RE, Edward D. *Stare decisis...*, p. 283.

<sup>180</sup> RE, Edward D. *Stare decisis...*, p. 283.

Frederick Schauer descreve a operacionalização da técnica do *distinguishing*. Segundo ele, para descobrir o que é um precedente e para o quê ele servirá se há de identificar alguma determinação nas similaridades relevantes de dois eventos. Depois se deve especificar quais similaridades realmente são importantes e quais podem ser seguramente deixadas de lado.<sup>181</sup> Em outros termos, a aplicação de um precedente para a solução de novas demandas se dá por um mecanismo de associação ou de distinção entre antigas e novas ações. O que justifica a aplicação de um entendimento anterior a novas causas é o fato de estas serem efetivamente semelhantes àquela em que o precedente se formou. Se forem diferentes, o precedente não incide e o juiz deve indicar o motivo da distinção.

### 5.5.1 *Rules of relevance*

As regras de verificação de relevância (*rules of relevance*) são, nos dizeres de Schauer, organizações teóricas que permitem a realização das distinções do que é precedente em que relação ao que é irrelevante,<sup>182</sup> e podem ser assim categorizadas:

- os fatos relevantes de cada qual;
- os valores e normas que incidem sobre cada conjunto de fatos;
- a questão de direito que suscitam;
- os fundamentos que justificaram a decisão constante do precedente e sua adequação para orientar a decisão do novo caso.

Exemplo extralegal bastante interessante é ministrado por Schauer: a decisão dos pais de deixar a filha usar salto aos treze anos é um precedente inservível para permitir que o filho, aos treze anos, possa também usar sapatos de salto alto. Mas a decisão dos pais de deixar a filha de 13 anos permanecer acordada até as 22h00 justifica que se conceda o mesmo direito ao filho quando este atingir a mesma idade. Outro exemplo muito simples, que lança luz sobre o tema, também apresentado por Schauer:

*A judgment finding tort liability based on the ownership of a black dog is precedent for a judgment regarding the owner of a brown dog, but not for a judgment regarding the owner of a black car. This is so only because a*

---

<sup>181</sup> SCHAUER, Frederick. Precedent., p. 577.

<sup>182</sup> SCHAUER, Frederick. Precedent., p. 578.

*principle, or standard, makes dogness relevant in a way that blackness is not.*<sup>183</sup>

## 5.6 Obiter dictum

Outra categoria fundamental para compreensão do funcionamento do *stare decisis* consiste nos *obiter dicta*, a saber, expressões usadas nas decisões pelo tribunal sobre questões jurídicas sugeridas pelo caso, mas que não configuram razão de decidir. Dito de outro modo: “Todos os pronunciamentos que não são indispensáveis à decisão constituem *dicta*”.<sup>184</sup> Também são *dicta* argumentos não aprovados pela maioria do tribunal como justificativa para a solução dada a uma demanda. Ambos não constituem, em princípio, *stare decisis*. Tal se dá em virtude do princípio da demanda: o *judge made law* pressupõe a atuação jurisdicional e encontra limites nas mesmas regras e princípios que presidem essa atividade. O pedido formulado é o limite para a decisão. A transformação de *obiter dictum* em precedente significaria estender os efeitos do julgado a entes que não tiveram participação alguma na elaboração das teses discutidas e na formação do convencimento do tribunal, e a fatos não apresentados na causa de pedir. *Ne procedat iudex ex officio*.

Não é porque não vinculam que os *obiter dicta* são destituídos de relevância jurídica. Ora, entendimentos minoritários, votos vencidos e considerações desnecessárias à solução de um caso podem ser muito importantes para sinalizar as inclinações da corte quanto a julgamentos futuros (*signaling*), para indicar tendências deste ou daquele membro do colegiado e para inspirar novas teses e intervenções do legislador. Além disso, o *dictum* de hoje pode ser o *holding* de amanhã. Portanto, os *dicta* não raro têm grande relevância para o desenvolvimento judicial do direito. Há posições mais radicais que sustentam que todos os assuntos ventilados pelo Tribunal que de alguma forma têm relação com a controvérsia consistem em precedentes. *Nothing is obiter*, dizem. Segundo esse entendimento, *dicta*, embora em si mesmos não limitem, podem se tornar parte reconhecida do direito. Posto que têm o mérito de examinar acuradamente princípios legais, sendo frequentemente repetidos e aprovados em pontos equivalentes nas decisões produzidas, podem eventualmente assumir a roupagem de precedentes. Onde existe um *dictum* amplamente aceito, que por longo tempo formou, *verbi gratia*, a base de negócios jurídicos e sobre o qual repousa fé sobre os direitos nele afirmados, os tribunais declinam de

<sup>183</sup> SCHAUER, Frederick. Precedent... p. 577.

<sup>184</sup> RE, Edward. D. Stare Decisis... p. 284.

superá-los. Resulta daí que muitos dos mais sagrados cânons do *common law* têm sua origem em meros *dicta* de juízes sábios.

### 5.7 Ampliação (*widening*) e redução (*narrowing*)

Pela ampliação (*widening*) ou pela redução (*narrowing*) do alcance do precedente se torna possível aos juízes dar novos sentidos ao texto, até mesmo para ampliar ou reduzir o alcance do precedente, a depender das circunstâncias e dos padrões de identificação que forem estabelecidos entre os casos.<sup>185</sup>

Segue-se que o Tribunal pode alargar a aplicação de uma regra deduzida de um *prior case* atingindo um caso atual, mesmo que este não seja rigorosamente similar ao anterior. Semelhantemente, se constatar que a aplicação da regra imposta pelo precedente ao caso atual implicar a produção de um resultado indesejável, ao tribunal é possível estreitar ou restringir o alcance do princípio. Esses os motivos pelos quais Edward Re sustenta que o *stare decisis* não é uma doutrina que se ocupa apenas da estabilidade e da uniformidade. Para ele, suas restrições e limitações distensionam o enrijecimento peculiar ao *common law*, e permitem a inaplicabilidade de precedentes eventualmente obsoletos, providência necessária para a mudança e o progresso.<sup>186</sup>

### 5.8 Superação dos precedentes (*overruling*)

Axiomático, pois, que os precedentes podem ser superados. Com efeito, servindo o direito a ordenar a sociedade e determinar expectativas, ele não pode ser submetido a um processo de fossilização. Antes, precisa acompanhar a dinâmica social e econômica e não perder atualidade, para não perder a relevância. Por isso, assim como as normas legislativas podem ser modificadas ou revogadas, os precedentes não são intocáveis. Há técnicas de superação do precedente (*overruling*), que pode ser apenas alterado (*transformation*) ou mesmo reescrito, para capturar fenômenos que deveriam ser por ele regidos, ou para excluir fatos por ele não queridos. “A superação de um precedente (*overruling*) constitui a resposta judicial ao *desgaste de sua congruência social e coerência sistêmica*”.<sup>187</sup>

<sup>185</sup> THEODORO JR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

<sup>186</sup> RE, Edward D. *Stare Decisis...*, p. 285.

<sup>187</sup> MITIDIERO, Daniel. *Precedentes, Jurisprudência e Súmulas no Novo Código de Processo Civil*. Revista de

Rememore-se que a superação do precedente não é fenômeno recente. Como explanado em tópico anterior (n. 2, *supra*), o célebre juiz inglês William Blackstone, ainda no século XVII, reconhecia a necessidade de propor exceções à sua observância, nomeadamente quando precedente mostrava-se chapadamente injusto ou claramente absurdo. “A doutrina do *stare decisis* consequentemente não exige uma obediência cega a decisões passadas. Ela permite que os tribunais se beneficiem da sabedoria, mas rejeitem o que seja desarrazoado ou errôneo”.<sup>188</sup> Dessa forma, não estão os juízes compelidos a aplicar o precedente se demonstrado cabalmente que representa uma errônea compreensão do direito ou uma aplicação equivocada do direito a uma dada controvérsia.

Para ilustrar, tome-se o exemplo do caso *Rumsey v. New York & New England R. R. Co.*, julgado pela Corte de Apelação de Nova Iorque, pelo qual o tribunal, revisando entendimento anterior, considerou que ao requerente não se podia impor o ônus de demonstrar cabalmente os danos que sofreu pela obstrução provocada pela implementação de malha ferroviária em sua propriedade. Ponderou aquela Corte que, ainda que essa propriedade estivesse sem utilização regular por longo período, os danos seriam presumidos e a indenização, pela ocupação do solo, com base no preço atualizado, devida. Esse julgado contém memorável passagem que bem ilustra a disposição dos juízes norte-americanos de desvencilharem-se dos precedentes quando estiverem em conflito com a justiça e a razão:

*But the doctrine of stare decisis, like almost every other legal rule, is not without its exceptions. It does not apply to a case where it can be shown that the law has been misunderstood or misapplied, or where the former determination is evidently contrary to reason. The authorities are abundant to show that in such cases it is the duty of courts to re-examine the question.*<sup>189</sup>

## 6 Objeções à doutrina dos precedentes

### 6.1 Deficit de racionalidade interna ou inconsistência filosófica

Como se expôs no item antecedente, o instituto da vinculação aos precedentes obriga os juízes a dirimir litígios tal e qual foram resolvidos anteriormente, por órgãos de

---

Processo - Vol. 245/2015, p. 338.

<sup>188</sup>RE, Edward. D. *Stare decisis*..., p. 285.

<sup>189</sup> *Rumsey v. New York & New England R. R. Co.*, disponível em <https://casetext.com/case/rumsey-et-al-v-ny-nerr-co-3>, acesso em 28.10.2017.

jurisdição igual ou superior. Se isso claramente faz bem para a segurança jurídica, opõe um componente de rigidez hermenêutica com potencial de produção da temida fossilização na aplicação do direito, a impedir sua adaptabilidade à dinâmica social. Como bem adverte Ellen Gracie Northfleet, o *stare decisis* “pode, também, em contrapartida, introduzir um indesejável elemento de rigidez no ordenamento jurídico e propiciar o estabelecimento de cerebrinas e diáfanas distinções entre decisões semelhantes”.<sup>190</sup> Parafraseando Roscoe Pound, o direito, sob o regime do *stare decisis*, corre o perigo de se transtornar de um direito estável para um direito estático.

Outra crítica que se põe, com a proverbial percuciência de Frederick Schauer, relaciona-se com a própria racionalidade interna da doutrina dos precedentes. Ocorre que o processo de conhecimento no ambiente do *common law* se efetiva de modo completamente diferente dos demais ramos da ciência, isto é, nenhuma pesquisa ou atividade investigatória é encetada para atingir as mesmas conclusões de suas predecessoras. Em outros termos: muito embora seja fundamental a ideia de *stare decisis* no âmbito da *common law*, não teria ela nenhum sentido em ambientes extralegais.<sup>191</sup>

As críticas ao sistema jurídico calcado sobre decisões judiciais, em geral, e à doutrina do *stare decisis*, em particular, foram bem sumariadas por Jeremy Bentham, citado por Schauer. Para Bentham, a ideia de obediência ao precedente significa “agir sem razão, para declarar a exclusão da razão, e desse modo se opor à razão”.<sup>192</sup>

## 6.2 Falta de legitimidade do *stare decisis*: a peroração de Jeremy Waldron

Jeremy Waldron é possivelmente o mais influente crítico hodierno do *judge made law*. Em seu capital ensaio “A Dignidade da Legislação” manifesta dura oposição à alegada superioridade do direito judicial em relação ao direito legislado, sustentando que a ideia é fruto de mero preconceito epistemológico – ou, pior, de esnobismo acadêmico. Exprime Waldron que o conceito de *governo de leis, não de homens*, sobre o qual se baseia o Estado de Direito, é sedutor, na medida em que afasta dessa estrutura a figura humana do soberano ilimitado ou do

---

<sup>190</sup> RE, Edward D. *Stare decisis, Nota da Tradutora*. Revista de Informação Legislativa, trad. Ellen Gracie Northfleet. Brasília: Senado Federal, v. 19, n. 73, p. 282, jan./mar. 1994.

<sup>191</sup>SCHAUER, Frederick. *Thinking Like a Lawyer...*, p. 40 (tradução livre).

<sup>192</sup>SCHAUER, Frederick. *Thinking Like a Lawyer...*, p. 43 (tradução livre).

parlamento iletrado, pondo em seu lugar a fria letra da lei (= direito). O direito aparentaria maior correção se advindo não de quem confessada e agressivamente o produz, mas de corpos que negam estarem legislando, como é o caso do juízes, que muito raramente reconhecem que criam regras novas, mas apenas aplicam aquelas já existentes, ainda que em estado latente. “Um juiz, quando legisla no direito consuetudinário (se é isso que faz) tem, pelo menos, a gentileza de fingir que está *descobrimdo* o que era a lei o tempo todo: ele não se apresenta explicitamente como um legislador”.<sup>193</sup> Isso tem efeito sedativo sobre a doutrina. (A esse fenômeno damos o nome de ficção do *common law*, e a ele retornaremos oportunamente, cf. n. 6, *infra*.)

A legislação propriamente dita não se esconde por trás dessa cortina de fumaça. Ela é manifestamente humana, atrelada a decisões explícitas, datáveis, oriundas de pessoas identificáveis, como são os membros de uma assembleia. Isso, sustenta Waldron, provoca a aversão dos juristas, pois elimina o atraente anonimato do direito, sua decantada neutralidade e seu afastamento ou independência da política.<sup>194</sup> O direito legislado, elaborado por mentes indoutas, pertencentes ao populacho, não seria digno de resolver as graves e complexas controvérsias que versam sobre direitos humanos e outros temas relevantes.

O pensamento parece ser que os tribunais, com suas perucas e cerimônias, seus volumes encadernados em couro e seu relativo isolamento ante a política partidária, sejam um local mais adequado para solucionar questões desse caráter.<sup>195</sup>

Segundo seus detratores, a legislação, adotada de modo súbito e irrefletido, congestionaria as bases tradicionais e inerentes do desenvolvimento jurídico, conspurcando a pureza do *common law*. Aqui é interessante apontar que Waldron não é um entusiasta da decisão majoritária porque ela seria uma manifestação do princípio democrático, pois até mesmo “os conselhos de terroristas a usam para selecionar seus alvos quando discordam quanto a quem serão as próximas vítimas”.<sup>196</sup>

Não é por isso, contudo, que o princípio majoritário não é digno de gasto de energia filosófica. O princípio majoritário é inerente a qualquer processo decisório. Daí a sua relevância – e até obviedade. Alardeia-se que a decisão majoritária seria arbitrária e flutuante: resultado

---

<sup>193</sup> WALDRON, Jeremy. *A Dignidade da Legislação*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 12.

<sup>194</sup> WALDRON, Jeremy. *A Dignidade da Legislação...*, p. 29.

<sup>195</sup> WALDRON, Jeremy. *A Dignidade da Legislação...*, p. 5.

<sup>196</sup> WALDRON, Jeremy. *A Dignidade da Legislação...*, p. 152.

da mera contagem de votos, justamente o oposto do que a justiça exige, realçando-se, com isso, o valor das cartas de direitos e a legitimidade da jurisdição constitucional. Waldron, porém, lembra que os órgãos judiciários de instância superior são invariavelmente compostos por várias pessoas que quase sempre discordam entre si, mesmo depois de inúmeros e cansativos debates e exaustivas demonstrações de conhecimento e de eloquência. Ora, quando discordam, o que fazem para tomar suas decisões? Contam votos. A diferença, quando uma questão é deslocada da legislatura para o tribunal, é uma diferença de grupos de constituintes, não uma diferença de método de decisão.<sup>197</sup> Ontologicamente os dois processos são a mesma coisa.<sup>198</sup> Segue-se que, se o cômputo de votos implica necessariamente uma decisão arbitrária, o direito constitucional, construído também por decisões proclamadas pela jurisdição constitucional, seria totalmente arbitrário. Waldron propõe que o princípio majoritário é evidente em si mesmo. O princípio majoritário é natural, é da natureza das coisas. É o consentimento defluente da decisão majoritária que faz com que as decisões políticas se orientem ora para um lado, ora para o outro, assim como um corpo é deslocado no sentido do movimento que se lhe faz um agente.

### 6.2.1 O princípio majoritário e a física do consentimento

A comparação com a física não é gratuita. Waldron se inspira na explicação fisicalista de John Locke para compreender o processo decisório majoritário. Explica que o consentimento dos indivíduos é a força que promove o deslocamento dos corpos sociais em uma ou outra direção.<sup>199</sup> Esse consentimento, porém, não significa unanimidade. À semelhança de um corpo que é afetado por forças diversas, para direções diversas, o consentimento de cada indivíduo é uma das muitas forças impostas sobre o corpo social. O corpo se moverá na direção correspondente àquela para a qual se orienta o maior número de consentimentos individuais. Essa força obviamente não é física, é moral.

Cada uma das várias opiniões tenderá a empurrar a coletividade em uma direção em vez de outra – mas o “empurrar” agora é compreendido antes como a tendência lógica de uma proposição sobre o consentimento do que como uma força física do humano que a detém.<sup>200</sup>

Cabe aqui anotar que esse consentimento individual não anima apenas a escolha de

---

<sup>197</sup> WALDRON, Jeremy. *A Dignidade da Legislação...*, p. 156.

<sup>198</sup> Essa opinião é compartilhada por Mauro Cappelletti, cf. Capítulo V, n. 2, *infra*.

<sup>199</sup> WALDRON, Jeremy. *A Dignidade da Legislação...*, p. 158.

<sup>200</sup> WALDRON, Jeremy. *A Dignidade da Legislação...*, p. 167.

opções políticas eventualmente oferecidas. O consentimento é estrutural. Inclui o consentimento ou o comprometimento do indivíduo de respeitar a decisão majoritária, ainda que discorde dela. Afinal, “Não é consentimento – devemos observar – ser obrigado pela maioria”.<sup>201</sup> Todavia, a maioria não tem poder decisório absoluto. Ela não pode sujeitar a minoria a indignidades. A lógica do consentimento não exclui a lógica da escolha racional, sob pena de perda de legitimidade do processo decisório. Há direitos que são inalienáveis e se tais direitos são expurgados pelo princípio majoritário surge a evidência de que o governo ultrapassou limites que não poderia transpor. A renúncia a direitos inalienáveis é inválida, na medida em que a passagem do estado de natureza para o estado civil não pode implicar piora na situação de quem aderiu a essa mudança. Ninguém movido pela razão renuncia a direitos inalienáveis. Esses direitos impõe uma barreira ao consentimento e, mediatemente, bloqueiam decisões majoritárias que teriam por consequência suprimi-los.

Outros fatores, além do consentimento, podem mover o corpo social, como o desinteresse, a violência e a fraude. O consentimento válido é a única coisa que move adequadamente a coletividade, em direção do bem comum,<sup>202</sup> de maneira que o consentimento não é uma força motriz propriamente dita, mas o que autoriza e legitima as decisões políticas adotadas pela coletividade. A física lockeana é antes de tudo normativa.

Waldron considera que a legitimidade da decisão da maioria é autoexplicativa, algo tão evidente como a ação que a gravidade exerce sobre os corpos, ou como afirmação de que dez lutadores derrotariam apenas um, caso tivessem todos a mesma compleição física e a mesma destreza. Assim, ser a decisão majoritária considerada pelos teóricos como arbitrária só pode ser creditado à desconfiança e ao preconceito despidos de suporte fático. Isso, porém, não é suficiente para Waldron exonerar-se de demonstrar a procedência de sua tese, pois a tarefa dos filósofos políticos é “explicar o evidente, não deixar que a percepção da evidência faça o trabalho por nós”.<sup>203</sup> O princípio majoritário não é arbitrário; antes, determina a realização de um procedimento político respeitável, na medida em que permite a produção de uma decisão comum mesmo diante de opiniões díspares dos indivíduos que, pelo menos no plano hipotético, são reconhecidos e respeitados pela sua posição como iguais.

---

<sup>201</sup> WALDRON, Jeremy. *A Dignidade da Legislação*.... p. 169.i

<sup>202</sup> WALDRON, Jeremy. *A Dignidade da Legislação*.... p. 175.

<sup>203</sup> WALDRON, Jeremy. *A Dignidade da Legislação*.... p. 178.

E, por fim, Waldron, encontra no mundo fenomênico evidências do acerto de suas proposições.

Nos Estados Unidos, na Europa Ocidental e em todas as outras democracias, cada passo isolado das legislaturas para tornar a sociedade mais segura, mais civilizada e mais justa foi dado contra um pano de fundo de discordância, mas, não obstante, de uma maneira que conseguiu, de certo modo, conservar a lealdade e a aquiescência (ainda que, muitas vezes, lealdade e aquiescência relutantes) dos que, de boa-fé, se opunham às medidas em questão.<sup>204</sup>

Tais avanços não advieram da deliberação de alguns poucos juízes sábios e experimentados, mas de processos decisórios eficazes e respeitosos, no sentido de que respeitam os indivíduos segundo suas diferenças de opinião quanto à justiça e ao bem comum. A decisão majoritária faculta voz a todos os que querem se expressar e nenhuma opinião pode ser menosprezada ou calada por causa do consenso que se visa obter. Enfim,

Ao impor o nosso apoio e o nosso respeito como processo decisório, ela não exige que nenhum de nós finja haver um consenso quando não há meramente porque pensamos que deveria haver – quer porque qualquer consenso é melhor do que nenhum, quer porque a visão que impressiona *alguns* de nós como correta parece tão evidentemente correta por si que não conseguimos imaginar como alguém poderia sustentar o contrário.<sup>205</sup>

A lição que Waldron procura transmitir é a de que o barulho, o alarido, o conflito e a discórdia de uma assembleia nem sempre depõem contra o decoro da decisão política a que a assembleia está vocacionada a produzir. Não menos do que as salas dos tribunais de onde mal se ouvem os tons abafados das discussões jurisprudenciais sobre a natureza do raciocínio jurídico.<sup>206</sup>

## **7 O *stare decisis* como fator de segurança jurídica**

Se é possível dizer não ser demonstrável a superioridade qualitativa dos juízes sobre a legislatura, em benefício do direito jurisprudencial, em geral, e do *stare decisis*, em particular, militam a estabilidade e a certeza jurídicas, como reconheceu o Juiz da Suprema Corte Louis Brandeis, quando observou que é mais importante que as controvérsias sejam definidas de uma

---

<sup>204</sup> WALDRON, Jeremy..., p. 189.

<sup>205</sup> WALDRON, Jeremy. *A Dignidade da Legislação...*, p. 192.

<sup>206</sup> WALDRON, Jeremy. *A Dignidade da Legislação...*, p. 201

vez por todas do que decididas corretamente.<sup>207</sup> Nesse sentido, aliás, o diagnóstico de Schauer, segundo o qual “(O) *Stare decisis*, longe de ser um tolo apêndice ao processo de formação da decisão cujo objetivo principal é tomar a decisão correta agora, de fato reflete algo profundo e duradouro sobre o processo de formação da decisão que frequentemente serve a valores como estabilidade, consistência, definição, e respeito ao passado como outras ramificações do governo, ao passo que outros sistemas de formação de decisões permanecem flexíveis, instáveis, imprevisíveis, e mais preocupados com o futuro”.<sup>208</sup>

Jeremy Waldron, em outra obra, esta de caráter menos prescritivo, também descreve as razões usualmente invocadas para justificar o *stare decisis*, a saber:

a importância da estabilidade, o respeito às expectativas estabelecidas, a eficiência dos órgãos decisórios, o desenvolvimento ordenado do direito, a deferência, inspirada em Edmund Burke, à sabedoria ancestral, a justiça formal, a justeza e a integridade resultantes da solução igual aplicada a casos semelhantes, o disciplinamento dos juízes, e a contenção do ativismo judicial.<sup>209</sup>

## 8 O *stare decisis* como fator de contenção do arbítrio judicial

Como referido (n. 4.2), no âmbito dos países de tradição jurídica anglo-americana, quando um tribunal, qualquer que seja ele, se põe diante de uma controvérsia que deve dirimir, um dos primeiros pontos que considera é se já se examinou assuntos similares no passado. Se isso ocorrer, o órgão judiciário toma usualmente um dos dois caminhos:

- ou adere às decisões passadas (*prior decisions*) aplicando suas razões (*holding*) na disputa, conferindo solução igual ou parecida; ou
- distinguirá (*distinguishing*) o caso atual (*case at hand*) dos casos anteriores (*prior cases*) e adotará uma nova regra.

A segunda opção é de excepcional ocorrência: sob o regime do *common law*, em regra, os tribunais raramente afastam a decisão anterior e o fazem se, e apenas se, razões

---

<sup>207</sup> SCHAUER, Frederick. *Thinking Like a Lawyer*. Cambridge: Harvard University Press, 2009, p. 43 (tradução livre).

<sup>208</sup> SCHAUER, Frederick. *Thinking Like a Lawyer...*, p. 44 (tradução livre).

<sup>209</sup> WALDRON, Jeremy. *Stare Decisis and the Rule of Law: A Layered Approach*. New York: New York University, 2011, p. 3, disponível em [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1942557](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1942557) (tradução livre).

excepcionais justificarem a mudança. Esta prática de decidir casos pela referência e aderência ao passado é uma das características marcantes da jurisprudência anglo-americana e a distingue da *civil law*, na qual os juízes exercem a jurisdição valendo-se de princípios e regras postas por órgãos dotados de competência legislativa, e não de precedentes.

Muito embora próprio de um sistema jurídico de natureza jurisprudencial, paradoxalmente, o instituto do *stare decisis* consiste em um empecilho à criatividade judicial, porquanto necessariamente demarca o processo de formação da decisão pela observância aos precedentes, limitando rigorosamente a discricionariedade do Judiciário, afastando-o de uma perigosa união com o Poder Legislativo. Dito de outro modo: em um sistema jurídico construído por juízes, estes apenas podem se afastar do que outros juízes já disseram a respeito de uma mesma temática se, e somente se, razões poderosas justificarem a medida. Assim os precedentes funcionam como um limitador da criatividade judicial e como indutor do fortalecimento de expectativas e do tratamento isonômico pelo Poder Judiciário de contendas de natureza igual ou semelhante.

## 9 Os fundamentos jurídicos da doutrina dos precedentes

Tradicionalmente argumenta-se que o *stare decisis* é feitura da *common law* e estaria, por isso, implícito na compreensão dos *founding fathers* a respeito do exercício do poder judiciário norte-americano. Vai-se além: diz-se que a própria Constituição dos Estados Unidos implicitamente limita o processo de formação da decisão pela observância dos precedentes.

Difícil, porém, sustentar que do vago texto do Art. III daquele documento se possa extrair tal conclusão (assim como a de que ao Poder Judiciário compete declarar a nulidade de ato normativo contrastante com a Constituição).<sup>210</sup> Do ponto de vista normativo, a obrigação de seguir precedentes se vincula muito mais a um dos costumes imemoriais do próprio direito consuetudinário, representando um dever que pertence ao curso natural do *common law*. Sendo a Constituição dos Estados Unidos claramente silente em relação a um intrínseco e natural

---

<sup>210</sup> Nos termos da Seção 2 do Artigo III, “*The judicial Power shall extend to all Cases, in Law and Equity, arising under this Constitution, the Laws of the United States, and Treaties made, or which shall be made, under their Authority;—to all Cases affecting Ambassadors, other public ministers and Consuls;—to all Cases of admiralty and maritime Jurisdiction;—to Controversies to which the United States shall be a Party;—to Controversies between two or more States;—between a State and Citizens of another State;—between Citizens of different States;—between Citizens of the same State claiming Lands under Grants of different States, and between a State, or the Citizens thereof, and foreign States, Citizens or Subjects*”.

desígnio do Poder Judiciário, resulta que o *stare decisis* não é instituto que se hospeda na *lex scripta*, mas integra a compreensão da tradição do *common law*. Não surgiu a talho de foice, por decreto, mas por resultado de uma construção histórica nada linear, marcada pela incessante reivindicação por calculabilidade, previsibilidade e estabilidade do direito. O *stare decisis* não decorre da aplicação do direito consuetudinário. Ele é o direito consuetudinário.

No âmbito dos Estados Unidos da América o instituto do *stare decisis* foi continuamente aperfeiçoado em decorrência do ambiente constitucionalista dentro do qual se formou o Poder Judiciário americano. Assumindo, em *Marbury vs Marshall*, a função de intérprete da Constituição, como preconizavam os Artigos Federalistas, o Poder Judiciário norte-americano permitiu o florescimento de decisões constitucionais que foram incorporadas à prática constitucional daquela nação e alçadas à dignidade de indutoras da longevidade da Constituição norte-americana,<sup>211</sup> cujos institutos vêm sendo, com correr do tempo, constantemente atualizados e reconfigurados pelo exercício da justiça constitucional difusa.

## **10 A ficção do *common law***

Como é próprio do espírito pragmático que caracteriza os povos anglo-saxões, antes que fosse elaborado qualquer arcabouço teórico a respeito, o dever de obedecer precedentes surgiu da prática judicial de observar o passado para assegurar previsibilidade e estabilidade aos eventos futuros. Apesar desse fato incontestável, a doutrina dos precedentes se calca na tese fictícia segundo a qual as decisões anteriores não são o próprio direito, mas evidências do direito. Eis então o que se pode definir como ficção do *common law*, e sobre a qual se assenta a doutrina dos precedentes: os juízes apenas descobrem o *suposto* direito pressuposto, e declaram-no não só para o caso concreto como também para os casos vindouros, transformando-o, pela adjudicação legal, em direito posto. Não se admite, formalmente, o que de fato acontece: que são os juízes que, pouco a pouco, de precedente em precedente, constroem o direito; que são eles, por suas decisões transcendentais aos casos concretos nas quais foram originalmente aplicadas, os trabalhadores que erguem o edifício jurídico.

---

<sup>211</sup> A dificuldade de emendar a Constituição dos Estados Unidos é outro fator que não pode ser desconsiderado.

## IV - PRECEDENTES E SEPARAÇÃO DOS PODERES

### 1 Considerações preliminares

Nos termos do art. 16 da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, “ A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”. A positivação do princípio da separação dos poderes na Carta de Direitos mais influente de todas revela o *status* por ele alcançado enquanto garantia fundamental da liberdade: trata-se de valor universal dos estados democráticos e instrumento essencial de restrição do poder do estado sobre direitos e garantias do indivíduo. Sem ele, não se pode conceber uma constituição democrática, que assegure o pluralismo e a diversidade de orientações científicas, religiosas e políticas. É ele refúgio, fortaleza, baluarte, fundamento e instrumento da instituição, da instrumentação e da preservação das mais elementares liberdades públicas.

Pela separação dos poderes concebe-se três funções estatais típicas: a legislativa, a administrativa e a jurisdicional, Por ela não se concebe que essas funções sejam monopolizadas ou concentradas em um órgão ou em uma pessoa. Por ela, as funções estatais devem ser cuidadosamente, rigorosamente distribuídas. Por ela, órgãos estatais diversos se controlam e contêm-se mutuamente. Por ela, cada um dos poderes deve preservar a essência de suas funções típicas. Por ela, o Poder Executivo só julga e legisla em caráter excepcional; o Poder Legislativo só administra e dirime conflitos extraordinariamente; e o Poder Judiciário não pode interferir nas opções políticas e administrativas eleitas pelos Poderes Legislativo e Executivo, respectivamente. *Quid juris* um direito criado pelos juízes? A separação dos poderes é um bloqueio à atividade normativa do Poder Judiciário?

O estudo da separação dos poderes é útil para verificar se a distribuição da capacidade de produção normativa, aquinhoadas por órgãos e poderes distintos do Poder Legislativo, é legítima; se essa distribuição é um dos instrumentos de que se vale a técnica da separação dos poderes para refrear hipertrofias e conferir segurança aos agentes públicos e particulares; se, preservando-se o núcleo essencial de cada poder, pelo qual ao Poder Executivo compete dar consecução à Administração Pública, ao Poder Legislativo a criação de normas de caráter geral providas de coerção, e ao Poder Judiciário a aplicação dessas normas na solução de conflitos intersubjetivos, é lícito prever exceções normativas que se voltem ao objetivo de

impedir o surgimento de um “superpoder”, inspiradas no lema *le pouvoir arrête le pouvoir*, são formal e materialmente válidas. Enfim, se o direito criado por precedentes realmente se conforma à separação dos poderes. É este objetivo do presente tópico.

## 2 Fundamentos teóricos da separação dos poderes

### 2.1 A separação dos poderes em John Locke

Não é possível tecer comentários acerca das proposições teóricas a respeito da distribuição de funções estatais sem sumariar – se é que isso é possível – o tema de acordo com os pensadores que elaboraram as correspondentes teorias essenciais, cuja influência até hoje se faz sentir fortemente. Tal esforço é necessário para que o presente trabalho contenha mínimo sentido lógico.

John Locke é considerado o precursor e indutor do próprio Estado liberal, propiciando subsídios para a teoria formulada por Charles de Secondat, o Barão de Montesquieu. Nos dizeres de Norberto Bobbio, Locke foi responsável não só pela primeira como também pela mais completa formulação do Estado liberal, é dizer, o Estado que, em exercício de autocontenção, decide subordinar-se a direitos naturais inalienáveis nos termos prescritos não só por Cartas de Direitos, mas pela tradição cultural herdada do estado de natureza pelo estado civil e pela submissão do soberano ao consenso da nação expresso pelo Parlamento. Eis, a respeito, o parecer de Bobbio:

Através dos princípios de um direito natural preexistente ao Estado, de um Estado baseado no consenso, de subordinação do Poder Executivo ao poder legislativo, de um poder limitado, de direito de resistência, Locke expôs as diretrizes fundamentais do Estado liberal.<sup>212</sup>

Locke divisou a necessidade não apenas de separação de poderes, mas de sujeição de um poder ao outro, para que um deles, o Poder Executivo, que naturalmente experimenta o mal do crescimento desordenado – fator gerador dos regimes tirânicos atentatórios aos direitos individuais inalienáveis -, fosse contido pelo Poder Legislativo, que, longe de se legitimar pela transmissão hereditária, perfazia a voz da nação pelo consenso que ele verdadeiramente expressava.

---

<sup>212</sup>BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no Pensamento de Kant*. Brasília: UNB, 1994, p. 41.

Sua legitimidade advinha do povo diretamente, sendo *ipso facto* incontrastável pelo Poder Executivo, este sim exercido por um dos membros de certa família a que se atribui o direito de fazê-lo. Daí também a prevalência do Parlamento sobre os outros órgãos do Estado, sendo certo que o discurso de Locke reverbera com intensidade em todos os lugares onde o regime de governo é o parlamentarismo, ou seja: onde o Parlamento verdadeira e necessariamente exerce supremacia em relação aos demais poderes, nomeadamente o Poder Executivo. Para Locke, a separação dos poderes é dual: de um lado os Poderes Executivo e Federativo e, de outro, o Poder Legislativo.

Por meio das ideias veiculadas por Locke, admitiu-se que o Estado, antes irresistível conforme os termos propostos por Hobbes, pudesse reter a si próprio no exercício de poder.

## *2.2 A separação de poderes em Montesquieu*

### *2.2.1 Considerações preliminares*

A propósito de descrever a estrutura política da Inglaterra em seu breve período republicano, Charles Louis de Secondat, o Barão de Montesquieu, teorizou a técnica de distribuição de funções cometidas ao estado, antes reunidas na pessoa do soberano. Compreender essa sofisticada proposta se revela de importância capital para a compreensão da hodierna divisão de poderes, pois, se bem que sensivelmente evoluída em relação às suas primeiras formulações teóricas, ainda deita seus fundamentos sobre a magnífica engenharia institucional projetada por Montesquieu.

Muito embora o senso comum aponte como sendo própria de Montesquieu a divisão tripartite de poderes, a saber a legislativa, a executiva e a judiciária, a pesquisa direta sobre sua obra revela ideias bastante diversas e não tão simplistas. O princípio da separação dos poderes, ou, como outra terminologia propõe, a técnica da separação do poderes consubstancia muito mais a contenção de um poder pelo outro, mediante a dispersão de competências normativas, administrativas e jurisdicionais do que propriamente a separação compartimentada de funções, distanciando-se, assim, do difundido dogma segundo o qual ao Poder Executivo compete somente dar consecução à Administração Pública, ao Poder Legislativo somente a criação de normas de caráter geral providas de coerção, e ao Poder Judiciário a somente aplicação dessas normas na solução de conflitos intersubjetivos.

## 2.2.2 Elementos da separação de poderes em Montesquieu

Montesquieu identificou, na estrutura estatal, algumas funções inatas: “Há, em cada Estado, três espécies de poderes: o Poder Legislativo, o Poder Executivo das coisas que dependem do direito das gentes, e o Executivo das que dependem do direito civil. Pelo primeiro, o príncipe, ou o magistrado, elabora leis para certo tempo ou para sempre, e corrige ou revoga as existentes. Pelo segundo, faz a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, instaura a segurança, impede as invasões. Pelo terceiro, pune os crimes, ou julga as pendências entre os particulares”.<sup>213</sup> Este, que corresponde ao hodierno Poder Judiciário, Montesquieu considerava “invisível e nulo”, visto que “os juízes da nação, como já dissemos, não são mais que a boca que pronuncia as palavras da lei; seres inanimados que não podem moderar-lhe nem a força nem o vigor”.<sup>214</sup>

Denota-se da construção de Montesquieu não três, mas dois poderes: o Poder Legislativo, elaborador das normas jurídicas que disciplinam o relacionamento dos súditos entre si e com o Estado, o Poder Executivo, na faceta de representante da nação em relação a outros estados soberanos e de defensor do território e do povo, fazendo a paz e declarando a guerra, e esse mesmo Poder Executivo como “boca da lei”, envergando a toga, julgando conflitos de interesses, dando a cada um o que é seu.

## 2.2.3 Paradigma do governo moderado

Antes de advogar a separação dos poderes, Montesquieu defendia que as funções estatais fossem divididas entre membros do corpo da nação e a atuação desses membros, reciprocamente contida, pois “A liberdade política não se encontra senão nos governos moderados. Mas nem sempre está presente nos Estados moderados; só está quando não se abusa do poder; porém, é uma experiência eterna que todo homem que possui poder é levado a abusar dele; vai até encontrar limites”.<sup>215</sup>

O Estado ideal buscado por Montesquieu é o do governo moderado, é dizer, segundo José Levi Mello do Amaral Júnior, “aquele em que a monarquia (governo de um

---

<sup>213</sup> MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O Espírito das Leis*. Brasília: UNB, 1995, p. 118/119.

<sup>214</sup> MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O Espírito das Leis...*, p. 180.

<sup>215</sup> MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O Espírito das Leis...*, p. 173.

ordenado para o bem comum), aristocracia (governo dos melhores - ou dos nobres – ordenado para o bem comum) e democracia (governo do povo ordenado para bem comum) combinam-se para evitar a degeneração institucional”.<sup>216</sup> Montesquieu claramente buscou reunir as melhores características de cada governo em um só, para, a partir daí, designar qual a participação de cada categoria estamental no exercício do Poder.

### 2.2.3.1 Instrumentos de moderação do Poder

#### 2.2.3.1.1 Poder Executivo propriamente dito e Poder Legislativo

Ao soberano competia as atribuições de chefe de estado: os relacionamentos e os negócios com as nações estrangeiras eram problema dele, e somente dele. O Poder Executivo introduz o elemento monárquico no modelo apresentado. Na visão de Montesquieu “O poder executivo deve permanecer nas mãos de um monarca porque esta parte do governo, que quase sempre tem necessidade de uma ação momentânea, é melhor administrada por um do que por muitos; ao passo que o que depende do poder legislativo é, amiúde, mais bem ordenado por muitos do que por um só”.<sup>217</sup>

O Poder Legislativo teria natureza intermitente: seria convocado pelo Poder Executivo e suas reuniões durariam tanto quanto fosse necessário, segundo os critérios do Poder Executivo. Surge aí o primeiro freio (*check*) oposto por Montesquieu. O Legislativo deliberaria o que bem entendesse, mas apenas sobre o assunto proposto pelo Executivo, e pelo tempo por este determinado. Além disso, concluída a deliberação legislativa, estaria ela sujeita a escrutínio do Executivo, que poderia vetá-la. Eis, pois, a participação do Poder Executivo no processo legislativo (o direito de veto ou de sanção), bastante atual, e positivada no Brasil pelo art. 84, V, da Constituição da República.

#### 2.2.3.1.2 Democracia representativa e bicameralismo

Montesquieu propõe aqui o modelo, hoje universalmente aceito, de democracia representativa. Para tal pretensão parte do geral: “Já que, num Estado livre, todo homem que

---

<sup>216</sup> AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Sobre a organização de poderes em Montesquieu: Comentários ao Capítulo VI do Livro XI de “O espírito das leis”*. In: Revista dos Tribunais, vol. 868, 2008, p. 53-68.

<sup>217</sup> MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O Espírito das Leis...*, p. 122.

supõe ter uma alma livre deve governar a si próprio, é necessário que o povo, no seu conjunto, possua o poder legislativo”; para chegar ao específico: em consequência da incapacidade do povo de discutir negócios públicos, “fato que constitui um dos graves inconvenientes da democracia”,<sup>218</sup> “é preciso que o povo, por intermédio de seus representantes, faça tudo o que não pode fazer por si mesmo”.<sup>219</sup> Na visão de Montesquieu, “A grande vantagem dos representantes é que são capazes de discutir os negócios públicos”. Montesquieu apresenta, nesse ensejo, o ingrediente que toca à democracia (enquanto governo de muitos para o bem comum) para manipulação do antídoto por ele prescrito ao absolutismo.

Esse corpo legislativo, a que corresponde fazer leis e conferir se as que fez são bem executadas, contém dois ramos. Deve ser confiado tanto à nobreza como ao corpo escolhido para representar o povo, cada qual com suas assembleias e deliberações à parte e objetivos e interesses separados.<sup>220</sup> Quanto à Câmara Alta, Montesquieu justifica a sua existência na necessidade de moderar tanto o Poder Executivo quanto o Poder Legislativo. “A parte do corpo legislativo composta de nobres é”, expõe Montesquieu, “bastante capaz de produzir esse efeito”.<sup>221</sup> O corpo dos nobres, pela natureza das coisas, deve ser hereditário. Entra aqui o elemento aristocrático no esquema de governo de Montesquieu.

#### 2.2.3.1.3 Freios e contrapesos entre os Poderes Executivo e Legislativo

Com o bicameralismo, Montesquieu propõe uma amarração entre os estamentos sociais que integram os poderes, de modo que nenhum deles prevaleça sobre os demais. Ambas as Câmaras têm a faculdade de estatuir (“o direito de ordenar por si mesmo, ou de corrigir o que foi ordenado por outrem”)<sup>222</sup> e a faculdade de impedir (“o direito de anular uma resolução tomada por outro poder”)<sup>223</sup>. Ainda que concordem ambas as Câmaras, suas resoluções podem ser glosadas pelo Executivo, a que é conferido o direito de veto.

Logo, “O que importa verificar, na construção de Montesquieu é o fato de que não cogita de uma efetiva *separação* de poderes, mas sim de uma *distinção* entre eles, que, não

<sup>218</sup>MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O Espírito das Leis...*, p. 120.

<sup>219</sup>MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O Espírito das Leis...*, p. 120.

<sup>220</sup>MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O Espírito das Leis...*, p. 121.

<sup>221</sup>MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O Espírito das Leis...*, p. 121.

<sup>222</sup>MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O Espírito das Leis...*, p. 121.

<sup>223</sup>MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O Espírito das Leis...*, p. 121.

obstante, devem atuar em clima de equilíbrio”.<sup>224</sup> Em relação ao processo de produção de normas, como visto, tanto o Executivo quanto o Legislativo exercem importantes funções.

Isso fica bastante nítido na análise de outro trecho de sua obra: “Eis, assim, a constituição fundamental do governo de que falamos. O corpo legislativo sendo composto de duas partes, uma paralisará a outra por sua mútua faculdade de impedir. Todas as duas serão paralisadas pelo Poder Executivo, que o será, por sua vez, pelo Poder Legislativo. Estes três poderes deveriam formar uma pausa ou uma inação. Mas, como, pelo movimento necessário das coisas, eles são obrigados a caminhar, serão forçados a caminhar de acordo”.<sup>225</sup> Esse “caminhar de acordo” requer um consenso. Nenhum dos poderes toma medidas sem a aquiescência do outro, o que impede ou, pelo menos, evita o abuso. A semelhança aqui com a teoria fiscalista do consentimento de John Locke não é (não pode ser) mera coincidência (cf. n. III, item 6.2.1, *supra*).

Interessante notar que, segundo a técnica formulada por Montesquieu, não é a separação dos poderes que os neutraliza, mas a distribuição entre eles da faculdade de estatuir e de impedir.<sup>226</sup> Pode-se objetar que a outorga em igual medida de tais faculdades a três órgãos distintos (monarca, Câmara Alta e Câmara dos Comuns) levaria a impasses que paralisariam a ação governamental. O que haveria se os três não se entendessem? A resposta é simples, no dizer de José Levi Mello do Amaral Júnior: nada, em primeiro momento. Mas, depois, pelo movimento necessário das coisas, eles têm de se acertar, e caminhar adiante. Tudo isso para prevenir o absolutismo.<sup>227</sup>

#### 2.2.3.1.4 O Poder Executivo das coisas que dependem do direito civil – o paradoxal (nulo e terrível) Poder Judiciário

Em relação ao poder de julgar, que deveria compor o Poder Executivo, Montesquieu apresentava uma visão um tanto paradoxal: embora o reputasse “terrível entre os homens”,<sup>228</sup>

---

<sup>224</sup>GRAU, Eros Roberto. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 229.

<sup>225</sup>GRAU, Eros Roberto. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*..., pp. 226-227.

<sup>226</sup>AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Sobre a organização de poderes em Montesquieu: Comentários ao Capítulo VI do Livro XI de “O espírito das leis”*..., pp. 53-68.

<sup>227</sup>AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Sobre a organização de poderes em Montesquieu: Comentários ao Capítulo VI do Livro XI de “O espírito das leis”*..., pp. 53-68.

<sup>228</sup>AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Sobre a organização de poderes em Montesquieu: Comentários ao Capítulo VI do Livro XI de “O espírito das leis”*..., pp. 53-68.

tornava-se “invisível e nulo”, por não estar ligado naturalmente a um estamento social ou a uma profissão específica. Pioneiro involuntário da escola exegetica, Montesquieu pregava em célebre passagem que “os juizes de uma nação não são, como dissemos, mais que a boca que pronuncia as sentenças da lei, seres inanimados que não podem moderar nem sua força, nem seu rigor”.<sup>229</sup>

Se bem que não destacava maior relevância ao Poder Judiciário, Montesquieu, contraditoriamente, expunha que a liberdade restaria expurgada se o poder de julgar não estivesse separado do poder legislativo e do executivo. “Se estivesse ligado ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse ligado ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor”.<sup>230</sup>

À semelhança da Câmara Baixa, Montesquieu outorga o poder de julgar a integrantes do povo, integrantes estes que podem ser recusados pelo acusado. José Levi Mello do Amaral Júnior destaca a atualidade do pensamento, visto que se trata de um recurso até hoje proporcionado aos réus – e também à acusação – que se submetem a julgamento perante o Conselho de Sentença (Código de Processo Penal, art. 468, *caput*).<sup>231</sup>

Na lógica de Montesquieu, o poder de julgar é neutralizado por todos outros, visto que não admite a criação judicial do direito, devendo os juizes se adstringir ao termos prescritos na lei, que, como visto, resulta do consenso entre o monarca e os corpos legislativos. Como fosse adepto do formalismo legalista, para Montesquieu o direito coincide essencialmente com a lei. Só é direito aquilo que tem sua origem em uma fonte formal. Somente as decisões estritamente *sub lege* são decisões legítimas. Nessa perspectiva, o raciocínio jurídico dos juizes “bocas da lei” se opera exclusivamente mediante subsunção e a tarefa do juiz é de natureza essencialmente técnica e avalorativa: “*aplicar el Derecho consiste en resolver un problema teórico, no en decidir una cuestión práctica. Es lo más parecido a un problema de cálculo: al igual que ocurre con las sumas o las ecuaciones, los problemas jurídicos no se deciden, se resuelven*”.<sup>232</sup>

---

<sup>229</sup> MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O Espírito das Leis...*, p. 123.

<sup>230</sup> MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O Espírito das Leis...*, p. 119.

<sup>231</sup> AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Sobre a organização de poderes em Montesquieu: Comentários ao Capítulo VI do Livro XI de “O espírito das leis”...*, p. 53-68.

<sup>232</sup> AGUILÓ REGLA, Josep. *Aplicação do direito, independência e imparcialidade*. In: Revista NEJ - Eletrônica, Vol. 16, n. 3, p. 235, set-dez 2011.

### **3 A separação dos poderes como técnica de colaboração institucional - desenvolvimentos em “O Federalista”**

Para Montesquieu, mais importante que dividir em categorias herméticas as funções estatais era distribuí-las em ordem a que umas significassem mecanismos de contenção das outras, de sorte que, ao fim e ao cabo, nem mesmo o Poder Executivo, ordinariamente hipertrofiado, ficasse imune dos antídotos prescritos por seu tratamento.

A eficiência do remédio contido na fórmula da teoria da separação dos poderes é até hoje universalmente reconhecida, como se deflui do paradigma já enunciado no art. 16º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão: “A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”. A separação de poderes no contexto político e jurídico hodierno pressupõe a existência de um texto normativo que pretende ter natureza de Constituição. Se não houver a separação de poderes, tampouco haverá Constituição. O fato essencial do documento fundante de um estado é a separação dos poderes.

Contudo, insista-se, em rigor, Montesquieu não cogita de uma efetiva *separação* de poderes, mas sim de uma distinção entre eles que, não obstante, devem atuar em clima de equilíbrio, perfazendo o ideal do governo moderado. A teoria preconizada por Montesquieu tinha por modelo o governo e a sociedade ingleses, e em perspectiva o governo e a sociedade franceses. Ambos os países eram claramente divididos em estamentos, cada um tencionando prevalecer sobre o outro. Assim, a distribuição de funções entre os estamentos sociais (monarca, nobreza e classe burguesa) tinha por escopo forçá-los à colaboração, garantindo a convivência entre eles e, sobretudo, a liberdade individual.

Por motivos bastante claros, essa base empírica era inaplicável nos Estados Unidos. Como exprime Tocqueville, “reinava uma igualdade muito grande entre os emigrantes que foram se estabelecer nas praias da Nova Inglaterra. O próprio germe da aristocracia jamais foi levado àquela parte da União. Jamais foi plantado ali senão influências intelectuais”.<sup>233</sup> Isso porque “ao partirem de sua pátria, os emigrantes não tinham qualquer ideia de superioridade de uns sobre os outros. Não são os felizes e os poderosos que se exilam, e a pobreza assim como

---

<sup>233</sup>TOCQUEVILLE, Alexis de. *A Democracia na América...*, p. 66.

a infelicidade são as melhores garantias de igualdade que se conhecem entre os homens”.<sup>234</sup> Tais circunstâncias, pelo menos nas colônias setentrionais, bloquearam a influência do elemento aristocrático na formação e no exercício do governo.

Nesse contexto – de igualdade formal -, com o objetivo de contribuir e convencer as colônias a se reunir sob um governo central dotado de soberania e a instituir não uma confederação, mas uma união, foram publicados na imprensa de Nova York os “*Federalist Papers*”, por Alexander Hamilton, James Madison e John Jay, três destacados políticos que tiveram atuação crucial em eventos históricos dos primórdios dos Estados Unidos da América.

Assim como Montesquieu, “O Federalista” propunha a criação de estruturas governamentais pelas quais um governo pudesse encontrar nesse mesmo governo barreiras políticas e jurídicas que impedissem a hipertrofia de algumas dessas estruturas, e, indefectivelmente, o abuso e a restrição indevida de liberdades individuais. Os mecanismos propostos por “O Federalista” não poderiam, porém, servir-se à vontade dos subsídios teóricos de Montesquieu, pois, como anotava Tocqueville, aborrecia à sociedade americana qualquer modalidade de governo em que se pudesse notar influência, ainda que remota, dos princípios monárquico e aristocrático.<sup>235</sup>

Em “O Federalista” não se propôs o controle do poder pelo receio de que uma classe social ou econômica pudesse dele abusar. Não eram as diferenças sociais que afligiam aqueles pais fundadores. A natureza humana, notoriamente gananciosa e tendente ao arbítrio, era a verdadeira fonte de preocupações de “O Federalista”, razão pela qual se desenhou um sofisticado sistema de balanceamento em ordem a que o governo fosse exercido dentro de limites claramente demarcados. Para os articulistas, o poder desperta a ambição humana e precisa contar com estruturas de contenção para não degenerar. Com efeito, como exprime Madison em “O Federalista”, n. 48, “Ninguém negará que o poder é abusivo por natureza e que deve ser efetivamente impedido de transpor os limites a ele atribuídos”.<sup>236</sup>

---

<sup>234</sup>TOCQUEVILLE, Alexis de. *A Democracia na América...*, p. 55.

<sup>235</sup> À guisa de ilustração, confira-se o pensamento de James Madison: “O respeito pela verdade, contudo, nos obriga a assinalar que eles [os framers] parecem não ter desviado seus olhos por um só momento do perigo que representa, para a liberdade, a prerrogativa exagerada e todo-abrangente de um magistrado hereditário, amparado e fortalecido por um braço hereditário da autoridade legislativa” (MADISON, James, *et alli. Os Artigos Federalistas*. São Paulo: Nova Fronteira, 1993, p. 338-339).

<sup>236</sup>MADISON, James, *et alli. Os Artigos Federalistas...*, p. 338.

Logicamente, essa divisão material de funções e seu regular exercício não podem se dar ao livre talante de quem delas se julga titular. Para inibir abusos, há que se levar a efeito nos estritos termos do direito vigente, preocupação já veiculada pelos autores de “O Federalista”, para os quais “o que é o próprio governo, senão o maior de todos os reflexos da natureza humana? Se os homens fossem anjos, não seria necessário haver governos”.<sup>237</sup> Por isso, postula Madison, em “O Federalista”, n. 51, que “a grande segurança contra uma gradual concentração de vários poderes no mesmo ramo de governo consiste em dar aos que administram cada um deles os necessários meios constitucionais e motivações pessoais para que resistam às intromissões dos outros”.<sup>238</sup> “A ambição deve contra-atacar a ambição”, como estivesse a prescrever uma vacina para prevenir a enfermidade, pela qual o próprio agente biológico causador da moléstia (= ambição) fosse usado para impedi-la de causar danos. A Constituição prescrevia o medicamento e a dosagem a ser aplicada.<sup>239</sup> Esse, é sem dúvida, um diferencial visível entre Montesquieu e “O Federalista”, pois este reconhecia na Constituição o documento que poderia esboçar os limites dentro dos quais cada ramo do governo poderia desimpedidamente caminhar.

De outra parte, também nesse ponto há clara aproximação de “O Federalista” a Montesquieu: a limitação do Poder, dada sua natureza intrínseca, só pode ser obtida pela contraposição a outro poder, isto é, o poder freando o poder, para que nenhum deles se exceda. *Checks and balances*. Nas palavras de James Madison, “A grande garantia contra uma concentração gradual de vários poderes no mesmo braço, porém, consiste em dar aos que administram cada poder os meios constitucionais necessários e os motivos pessoais para resistir aos abusos uns dos outros”.<sup>240</sup> Madison reconhece que interesses inconfessáveis podem estar por trás de escolhas políticas feitas a pretexto de propósitos republicanos. Nesse quadro, o interesse pessoal de cada *officeholder* pode ser utilizado como sentinela involuntário dos interesses públicos, pois a nenhum deles apraz ver seu poder diminuído pelo do outro.

Mais um ponto de contato entre “O Federalista” e Montesquieu é a apresentação da proposta de um Poder Legislativo Bicameral. Madison, invocando preleção de Thomas Jefferson quando ainda Presidente da Virgínia, identifica no Poder Legislativo o foco de proliferação de excessos de natureza tirânica. É ele o poder a ser submetido a mais rigoroso

---

<sup>237</sup>WEFORTH, Francisco (Org.). *Os Clássicos da Política – Vol. I...*, p. 273.

<sup>238</sup>WEFORTH, Francisco (Org.). *Os Clássicos da Política – Vol. I...*, p. 273.

<sup>239</sup>MADISON, James, *et alli*. *Os Artigos Federalistas...*, p. 350.

<sup>240</sup>*Os Artigos Federalistas...*, p. 350.

controle. A excelência do pensamento não recomenda aqui a paráfrase:

Numa república representativa, porém, em que o magistrado executivo é cuidadosamente limitado, tanto na extensão quanto na duração de seu poder; e em que o poder legislativo é exercido por uma assembléia que, graças a uma suposta influência sobre o povo, está imbuída de uma intrépida confiança em sua própria força; e que é suficientemente numerosa para sentir todas as paixões que movem uma multidão, embora não tanto a ponto de ser incapaz de perseguir os alvos de suas paixões pelos meios que a razão prescreve; é contra a ambição atrevida deste poder que o povo deve cultivar todo seu zelo e exaurir todas as suas precauções.<sup>241</sup>

Daí a conveniência da divisão do poder legislativo em dois braços, tornando-os, “mediante diferentes modos de eleição e diferentes princípios de ação, tão pouco vinculados um com o outro quanto o permitam a natureza de suas funções comuns e sua dependência comum da sociedade”.<sup>242</sup> Em relação a Montesquieu, a diferença radica novamente no fato de que os corpos legislativos (Senado e *House of Representatives*) não se distinguiriam pelo grupo social a que pertenciam seus integrantes, mas por critérios diversos de escolha e por esquemas de atuação diferenciados.

Tocante ao Poder Judiciário em “O Federalista”, à semelhança de Montesquieu, foi ele identificado como o mais vulnerável dos poderes, “o menos perigoso para os direitos políticos da Constituição, por ser o menos capaz de transgredi-los ou violá-los”.<sup>243</sup> Tal se afirmação pode ser tributada à circunstância de que o Poder Judiciário não detinha meios de coerção próprios, tampouco influência na circulação de riquezas. Em suma, o Judiciário “não tem nenhuma influência nem sobre a espada nem sobre a bolsa; nenhum controle nem sobre a força nem sobre a riqueza da sociedade, e não pode tomar nenhuma resolução ativa. Pode-se dizer que não tem, estritamente, força nem vontade, mas tão somente julgamento, estando em última instância na dependência do auxílio do braço do executivo até para a eficácia de seus julgamentos”.<sup>244</sup> Montesquieu não via problemas nessa inocuidade do Poder Judiciário, visto que esse poder era, àquele tempo, subjugado pelo monarca, consistindo em um dos instrumentos mais utilizados pelo soberano para exercício pleno da *potestas regia*. Em “O Federalista” essa inofensividade do Poder Judiciário era vista com preocupante reserva. Por “jamais poder atacar

---

<sup>241</sup>MADISON, James, *et alli. Os Artigos Federalistas...*, p. 339.

<sup>242</sup>MADISON, James, *et alli. Os Artigos Federalistas...*, p. 350.

<sup>243</sup>HAMILTON, Alexander, *et alli. Os Artigos Federalistas...*, p. 479.

<sup>244</sup>HAMILTON, Alexander, *et alli. Os Artigos Federalistas...*, p. 479.

com sucesso”<sup>245</sup> os outros dois poderes, deveria ser capacitado a pelo menos se defender de eventuais ofensivas. Hamilton<sup>246</sup> pensou assim em microssistema de garantias que poderia proporcionar à jurisdição alguma autonomia e independência. A mais importante delas seria a vitaliciedade, pois, “como nada pode contribuir tanto para sua firmeza e independência como a vitaliciedade dos juízes em seus cargos, essa qualidade deve ser justamente considerada um ingrediente indispensável na sua constituição e, em grande medida, a cidadela da justiça e da segurança pública”.<sup>247</sup>

Muito mais do que mera vocalização da lei, os juízes imaginados por Hamilton teriam o poder de invalidá-la (o que seria escandaloso para Montesquieu), pois a todos os poderes, incluindo aí o Legislativo, cumpria obedecer estritamente à Constituição, que outorgava aos *officeholders* um mandato estrito, que não poderia ser exorbitado. Oportuno recapitular memorável passagem, até hoje plenamente válida sob o ponto de vista da lógica constitucional:

Não há posição em princípios mais claros que aquela de que todo ato de um poder delegado que contrarie o mandato sob o qual é exercido é nulo. Portanto, nenhum ato legislativo contrário à Constituição pode ser válido.<sup>248</sup>

O Poder Judiciário foi contemplado por Hamilton com a pioneira função de guardião das delegações constitucionais e com o poder de anular os atos que porventura violassem os termos dessas delegações. Foi um visionário da jurisdição constitucional. Por que o Judiciário foi aquinhoado com tão expressiva incumbência? Porque “a interpretação das leis é domínio próprio e particular dos tribunais”, e, ontologicamente falando, a Constituição é uma lei, de hierarquia superior, fundante, mas lei, e “como tal deve vista pelos juízes”. Logo, compete ao Poder Judiciário definir o significado dos textos legais e cotejá-los com a Constituição. Havendo divergência irreconciliável entre eles, o texto de superior hierarquia deve preponderar.

Implantado aí o embrião da jurisdição constitucional por meio do controle difuso de constitucionalidade, que veio à luz por obra do *Chief Justice* John Marshall no celebrado e ricamente comentado caso *Marbury vs Madison*.

---

<sup>245</sup>HAMILTON, Alexander, *et alli. Os Artigos Federalistas...*, p. 479.

<sup>246</sup>Alexander Hamilton foi o escritor de “O Federalista”, n. 78.

<sup>247</sup>HAMILTON, Alexander, *et alli. Os Artigos Federalistas...*, p. 480.

<sup>248</sup>HAMILTON, Alexander, *et alli. Os Artigos Federalistas...*, p. 480.

#### 4 Atualizações do princípio da separação dos poderes – excurso

Devidamente inserida no contexto hodierno, a separação dos poderes não se presta mais a distribuir o poder entre os estamentos. O pluralismo que marca as sociedades ditas democráticas não comporta uma divisão hermética do poder entre os grupos sociais, econômicos, religiosos etc., à semelhança de assentos separados para eventos, cada grupo ocupando as poltronas que lhes foram reservadas.

Como observa Nuno Piçarra, se este pudesse ser o conteúdo do princípio da separação dos poderes, ele seria o marco da desistência da unidade democrática, pois, a pretexto de servir a um “neopluralismo político-estamental”, os órgãos constitucionais seriam reduzidos a meras câmaras corporativas dos grupos de interesse, incapazes de atuar segundo o princípio da soberania democrática, veiculando e concretizando, pelo direito posto, apenas as normas simpáticas às pretensões das corporações, sejam elas profissionais, sejam elas econômicas.<sup>249</sup>

Na concepção atual, a separação dos poderes, ao menos no plano ideal, repousa sua estrutura sobre o princípio democrático, pelo qual é o povo que fornece os baldrames sobre os quais se edificam os órgãos constitucionais. Segue-se que “As estruturas institucionais e os respectivos actos não devem limitar-se a refletir passivamente as relações entre 'potências' autógenas. Por outras palavras, as instituições democráticas devem estar ao serviço da maioria do eleitorado e não ao serviço de um conglomerado de grupos de pressão”.<sup>250</sup>

Há quem, no entanto, sustente que no mundo fenomênico o funcionamento da separação dos poderes não se opera da forma purista – até ingênua - planejada por Madison em “O Federalista”, n. 51, e querida por Piçarra. Por meio de uma leitura sociológica do funcionamento da separação dos poderes no presidencialismo bipartidário norte-americano, Richard. H. Pildes e Daryl J. Levinson preconizam que o que existe na prática não é propriamente uma separação de poderes, mas uma separação de partidos, que determina, em última análise, um governo unitário, quando um só partido ocupa as casas legislativas e o Poder Executivo, e um governo dividido, quando o Poder Legislativo e o Poder Executivo são

---

<sup>249</sup> PIÇARRA, Nuno. *A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 232.

<sup>250</sup> PIÇARRA, Nuno. *A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional...*, p. 232.

exercidos por partidos distintos.<sup>251</sup>

Discorrem que, contrariamente aos fundamentos clássicos e amplamente aceitos do constitucionalismo, os Estados Unidos não possuem um só sistema de separação dos poderes, mas dois. Quando o governo está dividido, as linhas partidárias percorrem as linhas dos poderes, ou, como preferem os norte-americanos, dos ramos de governo (*branches*), onde a competição se manifesta na plenitude. O resultado não seria totalmente distinto do ideário de Madison, para o bem e para mal, mas as políticas de cada ramo governamental seriam ditadas pelos interesses partidários, e não pelos interesses dos integrantes dos poderes segundo a posição que ocupam. De outro lado, quando o governo resta unificado, ou seja, quando um só partido domina o Poder Executivo e as casas legislativas, e a competição entre partidos é removida da estrutura interna do governo, a disputa entre os ramos é dissipada.

O governo dividido entre partidos tende a incrementar o confronto, a indecisão e o impasse entre os poderes. Para dar a medida das coisas, compromissos inefetivos tendem a tomar lugar de iniciativas programáticas ideologicamente eficientes. Sob controle unificado de partido, o risco é o inverso: o governo tende a ser eficaz demais e ideologicamente agressivo. Esta é a razão para temer governos unificados, que podem fazer tudo muito rápido, e de modo extremo, com poucas deliberações e compromissos.<sup>252</sup> Nessa perspectiva, a eficiência governamental e sua capacidade de efetivar rápida e dramaticamente mudanças no *status quo* também aparece como a séria ameaça para a liberdade.

Piçarra não desconhece as vicissitudes acima expostas. Por isso faz distinção entre doutrina e princípio constitucional da separação dos poderes. À doutrina compete a análise e a prescrição de remédios para equilibrar e limitar a atuação dos grupos de interesse, de modo a tornar a separação dos poderes uma teoria do pluralismo.<sup>253</sup> Não obstante, enquanto princípio constitucional, a separação dos poderes diz respeito com a estrutura do poder político-estatal, sem considerar a influência que sobre ele exercem as potências sociais enquanto tais. A separação dos poderes assume nessa abordagem um caráter eminentemente normativo. Em outros termos: “O tema da separação dos poderes cinde-se, portanto, em duas áreas autónomas

---

<sup>251</sup> LEVINSON, Daryl J. & PILDES, Richard H. Separation of Parties, not Powers. In: Harvard Law Review, vol. 119, n. 8, June/2006, p. 2330.

<sup>252</sup> LEVINSON, Daryl J. & PILDES, Richard H. *Separation of Parties, not Powers...*, p. 2338-2339.

<sup>253</sup> PIÇARRA, Nuno. *A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional...* p. 231.

e obviamente não estanques: a área estadual, em que se trata do controlo, limitação ou equilíbrio mútuo entre órgãos constitucionais dotados de diferentes competências, e a área social, em que se trata do equilíbrio do poder entre os grupos. O princípio constitucional da separação dos poderes confina-se (deve confinar-se) na primeira”.<sup>254</sup>

## 5 A função normativa e a separação dos poderes – o caso brasileiro

Retomando o pensamento de Montesquieu, é digno de destaque que “O poder executivo deve estar nas mãos de um monarca, porque essa parte do governo, que quase sempre tem necessidade de uma ação instantânea, é mais bem administrada por um só do que por vários; enquanto o que depende do poder legislativo muitas vezes se ordena melhor por diversos do que por um só”.<sup>255</sup> Logo adiante preconiza Montesquieu que “o poder executivo é sempre exercido sobre coisas momentâneas”,<sup>256</sup> na medida em que, como enunciado, o Poder Legislativo deve se ocupar de regular situações que tendem a perdurar ou a se perpetuar. Nos termos dos aportes teóricos propostos por Montesquieu, o poder normativo não está confinado dentro dos muros do parlamento. A este compete, sim, legislar, mas apenas em relação a temas duradouros, que incidem sobre situações que se repetem no mundo da vida, e, por isso, reclamam um grau maior de estabilidade.

As coisas urgentes não devem, na visão de Montesquieu, ser tratadas pelo Parlamento, pois a penosa via da produção da lei em sentido formal não responde adequadamente às demandas de natureza surpreendente e que reclamam trato normativo rápido. Bem se vê que não é mais que um mito a tese pregada pelo senso comum, segundo a qual Montesquieu tributava ao Legislativo, e somente a ele, a competência de disciplinar relações jurídicas e estruturar organicamente o Estado. Ou seja: de legislar.<sup>257</sup>

<sup>254</sup> PIÇARRA, Nuno. *A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional...*, p. 234.

<sup>255</sup> WEFORT, Francisco (Org.). *Os Clássicos da Política – Vol. I*. São Paulo: Ática, 2002, p. 178.

<sup>256</sup> WEFORT, Francisco (Org.). *Os Clássicos da Política – Vol. I...*, p. 179,

<sup>257</sup> A tese é de Eros Grau, veiculada, entre outras oportunidades, no julgamento da ADI n. 3.367/DF. Confira-se, por oportuno, o seguinte excerto: “Detenho-me, inicialmente, sobre dois textos de Charles Eisenmann, nos quais encontra Althusser os fundamentos da assertiva de que a ‘separação dos poderes’ não passa de um mito. Montesquieu, como vimos, além de jamais ter cogitado de uma efetiva separação dos poderes, na verdade enuncia a moderação entre eles como divisão dos poderes entre as potências e a limitação ou moderação das pretensões de uma potência pelo poder das outras. Daí por que, como observa Althusser, a “separação dos poderes” não passa da divisão ponderada do poder entre potências determinadas: o rei, a nobreza e o “povo”. Canotilho, por sua vez, preceitua que a “teoria da separação dos poderes engendrou um mito. Consistiria esse mito na atribuição a Montesquieu de um modelo teórico reconduzível à teoria dos três poderes rigorosamente separados: o executivo (o rei e os ministros), o legislativo (1.ª câmara e 2.ª câmara, câmara baixa e câmara alta e o judicial (corpo de magistrados). Cada poder recobriria uma função própria sem qualquer interferência dos outros. Foi demonstrado

Confessadamente influenciado pela tese pregada por Montesquieu, segundo a qual ao Poder Executivo compete gerir e solver demandas urgentes e não permanentes, Eros Roberto Grau elaborou o conceito de capacidade normativa de conjuntura, atribuída por ele somente ao Poder Executivo. Segundo o jurista, cabendo ao Poder Executivo disciplinar situações factuais, pontuais e contingentes, que tendem por sua própria natureza a se modificar, a ele é conferida, por característica inata à divisão de poderes, a capacidade de, por meio de normas jurídicas, regular tais circunstâncias, sem que para isso seja preciso recorrer a todo momento ao Parlamento e à tortuosa criação do direito pela lei em sentido formal. Com efeito, averba Grau que

a instabilidade de determinadas situações e estados econômicos, sujeitos a permanentes flutuações - flutuações que definem o seu caráter conjuntural -, impõem sejam extremamente flexíveis e dinâmicos os instrumentos normativos de que deve lançar mão o Estado para dar correção a desvios ocorridos no desenrolar do processo econômico e no curso das políticas públicas que esteja a implementar. Aí, precisamente, o emergir da capacidade normativa de conjuntura, via da qual se pretende conferir resposta à exigência de produção imediata de textos normativos, que as flutuações da conjuntura econômica estão, a todo tempo, a impor.<sup>258</sup>

Em autenticação ao posicionamento de Eros Graus, a Constituição da República, para além de corresponder aos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, em regra, respectivamente, as funções administrativa, legislativa e jurisdicional, assegurando com isso o núcleo essencial da separação dos poderes, assegura que essas funções sejam dispersadas, segundo critérios mais ou menos claros de distribuição de competência, aos vários órgãos estatais integrantes do arcabouço constitucional.

A Constituição da República tem, para comprovar, um repertório extenso de exemplos dessa natureza, quer dizer, do exercício de funções estatais que não correspondem imediatamente às atribuições por excelência do órgão ao qual foram outorgadas. À guisa de ilustração, conquanto a Lei Fundamental concedera ao Poder Legislativo predominantemente a função de emanar estatutos primários (Constituição da República, art. 59), o que decorre da

---

com EISENMANN que esta teoria nunca existiu em Montesquieu: por um lado reconhecia-se ao executivo o direito de interferir-se no legislativo porque o rei gozava do *direito de veto*; em segundo lugar, porque o legislativo exerce vigilância sobre o executivo na medida em que controla as leis que votou, podendo exigir aos ministros conta da administração; finalmente o legislativo interfere sobre o judicial quando se trata de julgar os nobres pela Câmara dos Pares, na concessão de amnistias e nos processos políticos que deviam ser apreciados pela Câmara Alta sob a acusação da Câmara Baixa (*Direito Constitucional...*, p. 260).

<sup>258</sup> GRAU, Eros Roberto. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 228.

adoção de um sistema organizacional que flui da própria técnica da separação dos poderes (Constituição da República, art. 2º), não excluiu de outros órgãos a capacidade de produção normativa primária, entendidas as normas primárias como aquelas que arrancam seu fundamento de validade na Constituição da República, e que, ao criar, modificar ou extinguir direitos, inovam no ordenamento jurídico. Dito de outro modo, observada a forma constitucional prescrita é possível que as ordenanças constitucionais se materializem por meio de categorias normativas diversas das leis.

A Constituição pode, por exemplo, dispor que, em condições perfeitamente predeterminadas, poderão ser estabelecidas normas gerais, não mais por uma votação parlamentar, mas por um ato de governo: são os decretos de necessidade, que se acham no mesmo grau das leis, que têm a mesma força que elas, as substituem e as modificam, e são imediatamente subordinados à Constituição, ao contrário dos simples decretos complementares, que podem ser portanto, tal como as leis, imediatamente inconstitucionais e contra os quais, por conseguinte, do mesmo modo que contra as leis inconstitucionais, devem se dirigir as garantias da Constituição.<sup>259</sup>

*Ex vi* da verticalização hierárquica definida pela Constituição da República sobre o restante do tecido normativo, se ela confiou ao Poder Legislativo o escopo precípua de produzir normas jurídicas gerais, com aptidão para criar, modificar ou suprimir direitos, exceções a tal premissa podem validamente existir se, e somente se, igualmente encontrarem permissão hospedada na Constituição da República.

Em rigor, os art. 62, 84, IV, 96, I, 'a', 103-A, 103-B, § 4º, I, 114, § 2º, e 130-A, § 2º, I, da Constituição da República previram, observados os limites assentados pela Carta, a possibilidade jurídica de órgãos desvinculados do Poder Legislativo dimanarem normas jurídicas primárias, sem intermediação de lei em sentido formal. São as chamadas por Eros Grau de normas-não lei, visto que impostas por força própria (= força constitucional), e não por delegação legislativa.<sup>260</sup> Nem por isso deixam de ser derivadas, no sentido de que devem se fundar sobre uma atribuição de poder normativo contida explícita ou implicitamente na Constituição.

Esses dispositivos vertem, com inobjetável clareza, hipóteses de criação de normas jurídicas de caráter geral, disciplinadoras de incontáveis situações, que não provêm do corpo

<sup>259</sup> KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 133.

<sup>260</sup> GRAU, Eros Roberto. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto...*, p. 237.

legislativo; antes, de outros órgãos de estado pertencentes ao arcabouço constitucional, tais como a Presidência da República, os Conselhos Nacionais de Justiça e do Ministério Público e o Supremo Tribunal Federal.

Daí por que a separação dos poderes não atribuiu ao Poder Legislativo o monopólio da criação de normas jurídicas primárias. A separação dos poderes justifica-se como um mecanismo de profilaxia de excessos autoritários, nos quais os poderes se concentram na posse de um só ou de poucos órgãos estatais. Os diferentes ramos de poder precisam ser municiados de instrumentos para opor-se uns aos outros, assegurando que cada um se confine dentro dos limites fixados constitucionalmente. Dito de outro modo: se houver autorização constitucional, não só Poder Legislativo legisla; também podem fazê-lo o Poder Executivo e o Poder Judiciário. O princípio da separação dos poderes não inibe peremptoriamente tais atividades um tanto exóticas. Pode, sob certas circunstâncias, até fomentá-las.

O dinamismo das relações sociais e econômicas requisita do Estado agilidade no disciplinamento normativo dessas relações, de modo que a produção de tais normas não necessariamente perpassa pelo sinuoso e longo caminho da produção da lei em sentido formal, podendo, observados os ditames constitucionais, ser criadas por órgãos descolados do Poder Legislativo.

## **6 O desempenho de função normativa pelo Poder Judiciário**

Considerando as premissas acima declinadas, é lícito inferir que, em princípio, nada há de abusivo ou irritado no exercício pelo Judiciário de função normativa, pois o conteúdo do princípio da separação dos poderes não impede que um órgão vocacionado para certa função desempenhe outra. É certo que deve haver limitação para o exercício pelos poderes de funções atípicas. Esses limites são demarcados pela Constituição que, episodicamente, pode atribuir a um órgão atividades materiais que ordinariamente se comete a outro. As funções típicas de algum poder admitem, “em alguma medida e nos termos expressamente prescritos na Constituição, o compartilhamento interorgânico, mas sempre haverá um núcleo essencial da função que não é passível de ser exercido senão pelo Poder competente”.<sup>261</sup> Em suma, as funções fundamentais do Estado não podem ser exercidas em caráter de exclusividade, nem

---

<sup>261</sup>RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial...*, 2015.

podem se amontoar sobre apenas poucos órgãos, sob pena de ilegítima “deslocação’ de peso funcional conducente a um ‘cesarismo presidencial’, a um ‘absolutismo parlamentar’ ou a uma autocracia do governo”.<sup>262</sup>

O filtro primordial é a Constituição. Cabe a ela a distribuição equalizada das funções estatais. E todo exercício dessas funções deve ser triado pelo filtro constitucional. Lembra-se aqui o magistério de Eros Grau:

Não se interpreta o direito em tiras, aos pedaços. A interpretação de qualquer texto de direito impõe sempre ao intérprete, em qualquer circunstância, o caminhar pelo percurso que se projeta a partir dele – do texto – até a Constituição.<sup>263</sup>

Toda competência é uma atribuição de poder-dever. E o exercício das atividades decorrentes dessa atribuição somente se legitima se a fonte de autoridade provier da Lei Fundamental. Se no âmbito do poder constituinte originário a distribuição de competência só encontra limites em imperativos categóricos ou, como prefere Alexy, no argumento da injustiça,<sup>264</sup> pelo qual toda norma é válida, desde que sua injustiça não atinja um grau insustentável, em sede poder constituinte derivado, a situação é bem diferente.

O argumento de injustiça pode ser adicionado à teoria do núcleo essencial da separação dos poderes como critério para distribuição de competências estatais. Essa distribuição deve ser funcionalmente adequada em ordem a resultar em uma relativa especialização funcional, ou seja, cada aparato estatal deve exercer com predominância uma dessas atividades, exercendo outras se, e somente se, isso consultar aos imperativos do governo moderado e da contenção do poder pelo poder. A viga mestra sobre a qual se ergue cada poder não pode ser abalada pela distribuição sem critérios das funções típicas desse poder com potencial para drená-lo. É o que propugna Canotilho:

<sup>262</sup>CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional...*, p. 690.

<sup>263</sup> GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 84.

<sup>264</sup> O argumento da injustiça de Alexy como limitador do poder normativo, seja ele originário ou derivado, evoca célebre fórmula de Radbruch, que diz: “O conflito entre a justiça e a segurança jurídica pode ser resolvido da seguinte maneira: o direito positivo, assegurado por seu estatuto e por seu poder, tem prioridade mesmo quando, do ponto de vista do conteúdo, for injusto e não atender a uma finalidade, a não ser que a contradição entre a lei positiva e a justiça atinja um grau tão insustentável que a lei, como ‘direito incorreto’, deva ceder lugar à justiça” (ALEXY, Robert. *Conceito e Validade do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 34).

Embora se defenda a inexistência de uma separação absoluta de funções, dizendo-se simplesmente que a *uma função corresponde um titular principal*, sempre se coloca o problema de saber se haverá um *núcleo essencial* caracterizador do princípio da separação e absolutamente protegido pela Constituição. Em geral, afirma-se que a nenhum órgão podem ser atribuídas funções das quais resulte esvaziamento das funções materiais especialmente atribuídas a outros.<sup>265</sup>

Alterações que vierem a ser postas em tema de separação dos poderes devem subordinação à regra de que todo poder contém um núcleo essencial. Esse núcleo essencial pode ser desgastado a ponto de ruir se forem atribuídas a outro poder funções das quais resulte esgotamento de suas funções materiais. Quer dizer: o princípio da separação exige, aprioristicamente, a correspondência entre órgão e função e as exceções são aceitáveis se não implicarem sacrifício exagerado a essa correspondência. Havendo preservação do núcleo essencial e havendo pretensão à correção na instituição de normas que conferem funções atípicas a um poder, não se pode falar rompimento do princípio, antes em veiculação de suas técnicas de contenção.

Vistas essas coisas, como fica a questão de o Poder Judiciário pautar comportamentos das pessoas mediante decisões (= precedentes) que transcendam os limites subjetivos da ação, alcançando terceiros que não compuseram a lide? Não há problema do ponto de vista do princípio da separação dos poderes, pois a esse postulado não aborrece a dispersão de competências (desde que não ataquem o núcleo essencial de competências de cada poder) para retenção do abuso e para prevenir a degeneração do regime de governo. O problema é antes de tudo formal. Sua resolução depende de reconhecimento formal, pela Constituição, do direito de o Poder Judiciário ditar normas, avaliar ou reprovar comportamentos, mediante precedentes. Evoque-se aqui a advertência de Hamilton, que não nega a realidade da criação judicial do direito, mas deixa vincado que esta criação tem por ponto de partida a lei: “Sem tribunais que exponham e definam seu verdadeiro sentido e modo de ação, as leis são letra morta”. Diz mais Hamilton, um dos maiores expoentes do sistema de freios e contrapesos, em abono a um direito feito por juízes:

Já foi observado várias vezes que um código de leis muito extenso é um dos inconvenientes necessariamente associados às vantagens de um governo livre. Para evitar um julgamento arbitrário dos tribunais, é indispensável que eles

---

<sup>265</sup>CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional...*, p. 690-691.

estejam submetidos a regras e precedentes estritos, que servem para definir e indicar seu dever em cada caso particular que lhe é apresentado.<sup>266</sup>

Sendo assim, a separação dos poderes não é adversária da criação judicial do direito ou da implantação de um sistema de direito por precedentes. É certo, porém, que cada estado adota uma concepção própria da separação dos poderes. A Inglaterra, o berço das liberdades públicas, não desfruta da plenitude da separação dos poderes. Os membros da Câmara dos Lordes exercem normalmente a judicatura. O Poder Executivo é uma *longa manus* do *Parliament* ao mesmo tempo em que personifica a vontade da Coroa. Esse ambiente institucional concede, por características inatas, uma liberdade muito maior ao juiz, que só é restringida pelos precedentes que o próprio Poder Judiciário se impõe a si, em um regime de autorrespeito. O direito mediante precedentes – se é que é assim que se podem chamar as categorias normativas do art. 927 do Código de Processo Civil – não pode ser praticado no Brasil como as mesmas regras com que funciona no *common law*. Aqui a lei ainda é a fonte primordial do direito. E o direito por precedentes brasileiro não pode fugir a esse dado normativo e cultural. É a esse assunto que será dedicado o próximo tópico desta dissertação.

---

<sup>266</sup>MADISON, James, *et alli*. *Os Artigos Federalistas...* p. 484.

## V - PRECEDENTES E LEGALIDADE

### 1 Conformação e significado do princípio da legalidade

O princípio da legalidade (*rule of law*) tem o seguinte conteúdo: ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Essa, aliás, é a descrição normativa instituída pelo art. 5º, II, da Constituição da República. Mas é um enunciado universal. As constituições modernas asseguram essa garantia fundamental. Por meio deste texto normativo, o legislador constituinte implantou pedra angular sobre a qual se tornou possível edificar no plano normativo o Estado de Direito. A lei é o instrumento de disciplinamento social e a garantia da liberdade. Ninguém pode ser constrangido a dar dinheiro ao tesouro público em virtude da ocorrência de um fato econômico se a lei, e somente a lei, não impuser esse dever. Ninguém será preso se a lei não classificar certa conduta como capaz de impor a prisão ao seu autor. É a lei o *standart*, a cidadela da justiça, o refúgio seguro da cidadania. Mas o que é lei? Que lei é essa que restringe direitos, define obrigações, e propicia ganhos negociais? Os precedentes judiciais são lei, ou eles atitam com a lei? Do ponto de vista constitucional, são os precedentes instrumento jurídico adequado para veicular obrigações, criar direitos, extinguir deveres e modificar relações jurídicas? Os precedentes podem constranger alguém a fazer ou deixar de fazer alguma coisa? A resposta não é nada simples. Como sói ocorrer em dispositivos constitucionais, o art. 5º, II, da Constituição da República, contém em sua redação termos abertos, fluidos e polissêmicos, que devem receber, na operação de interpretação, integração e aplicação da norma, a correspondente determinação, para o escopo de estabelecer exatamente o sentido e o alcance do direito fundamental constitucional de que ora se cuida.<sup>267</sup> Lei é uma palavra plurissignificativa e requer uma atitude interpretativa.

Segue-se daí a relevância da compreensão correta do significado jurídico da palavra lei escrita no art. 5º, II, da Constituição da República, e suas implicações no que toca à possibilidade de instituição de fontes normativas que não coincidem necessariamente com enunciados partidos do Poder Legislativo, o criador por excelência das normas vertidas pelas leis.

---

<sup>267</sup> Sem bem que não se negue ser um tanto pretensioso o intento desta pesquisa, é oportuno aqui relembrar os dizeres de Darcy Ribeiro: “A não ser na universidade, onde encontrar a capacidade de repensar o mundo com sabedoria e liberdade, de questioná-lo com a necessária amplidão e generosidade, antevendo conceitualmente o futuro humano?” *apud* MACHADO, Antônio Alberto Machado. *Ensino Jurídico e Mudança Social*. São Paulo: Expressão Popular, 2009, p. 5.

*In casu*, o problema apresentado assume especial destaque, à vista das modificações no ordenamento jurídico promovidas pelos art. 926, 927 e 928 do Código de Processo Civil, pelos quais decisões judiciais deixam de ser normas jurídicas essencialmente individuais, passando a regular comportamentos e definir expectativas que transcendem os sujeitos da relação jurídico-processual, compondo, com isso, o arcabouço normativo brasileiro, ao lado das leis em sentido formal e das demais normas jurídicas gerais.

### 1.1 O princípio da legalidade: princípio ou regra?

Esta dissertação tem se pautado pela busca do rigor terminológico e científico. O uso dos termos deve ser bem depurado para que não haja confusões de ordem categórica. A bem da correta compreensão do assunto, não convém suplantar etapas analíticas. Antes de identificar a norma que mana do texto do art. 5º, II, da Constituição da República, cumpre ajustá-la a uma das duas categorias normativas que se conhece. Tal operação é útil, na medida em que, de acordo com a conclusão obtida, será possível diagnosticar com maior dose de precisão o verdadeiro fim perseguido pelo dispositivo, o grau de proteção por ele outorgado, e a eventual calibragem que se há de implantar para ajuste dos precedentes ao significado do princípio da legalidade. (Além disso, a distinção será de grande utilidade quando esta dissertação enfrentar as dicotomias discricionariedade judicial/integridade do direito e entre argumentos de política e de princípio no n. VI, item 3.2.2, *infra*.)

Certamente aqui não há espaço para imersões demoradas no conceito de princípios e regras, nas distinções existentes entre essas duas espécies, assim como nas consequências eventualmente advindas dessas explanações. Mas é preciso dedicar algum tempo (pouco) à exploração desses conceitos para fins eminentemente lógicos, pois parece inadequado examinar questões particulares sem antes conhecer, ainda que não inteiramente, os temas gerais que a discussão comporta.

A cautela é necessária, pois, como adverte Humberto Ávila,

A distinção entre princípios e regras virou moda. Os trabalhos de direito público tratam da distinção, com raras exceções, como se ela, de tão óbvia, dispensasse maiores aprofundamentos. A separação entre as espécies normativas como que ganha foros de unanimidade. E a unanimidade termina por semear não mais o conhecimento, mas a crença de que elas são dessa maneira, e pronto.<sup>268</sup>

<sup>268</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 46.

Topicamente, e à guisa de ilustração, recapitula-se o pensamento de J. J. Gomes Canotilho, que, valendo-se de propostas filosóficas de Ronald Dworkin, introduz uma distinção forte entre princípios e regras, que se presta a interessante ponto de partida para aprofundamento da pesquisa sobre a natureza da prescrição constante do art. 5º, II, da Constituição da República. Canotilho explana que princípios são normas impositivas de otimização de situações, que se concretizam de modo gradual, segundo as circunstâncias fáticas e jurídicas observadas, sendo esta precisamente a razão pela qual comportam balanceamento na hipótese de conflito; ao passo que regras prescrevem, de modo peremptório, certas condutas, ao tempo em que proíbem outras, motivo por que a convivência entre elas é antinômica, diferentemente dos princípios que, mesmo com significados diversos, podem coexistir.<sup>269</sup>

Esses critérios de distinção foram dissecados, e sua fragilidade, exposta por Humberto Ávila, de quem talvez tenha partido, no Brasil, a mais aguda crítica a respeito do tema. Ávila expende que as regras, tais e quais os princípios, são aplicadas mediante ponderação:

sofrem uma ponderação interna porque a reconstrução do conteúdo semântico da sua hipótese e da finalidade que lhe é subjacente depende de um confronto entre várias razões em favor de alternativas interpretativas (exemplo: definição do sentido de *livro* para efeito de determinação do aspecto material da regra da imunidade); submetem-se a uma ponderação externa nos casos em que duas regras, abstratamente harmoniosas, entram em conflito diante do caso concreto sem que a solução para o conflito envolva a decretação de invalidade de uma das regras (exemplo: uma regra que determina a concessão de tutela para evitar dano irreparável e outra que proíbe a antecipação de tutela se ela provocar despesas para a Fazenda Pública).<sup>270</sup>

Problemas semelhantes ocorrem quando se busca distinguir princípios e regras do ponto de vista da solução de antinomias. As regras, assim como os princípios, podem colidir no plano contingencial, fator que permite a solução de conflito de regras sem necessariamente declarar a invalidade de uma delas. Sendo assim, parece acertada a proposta enunciada por Ávila, segundo a qual as regras prescrevem condutas, quais sejam deveres, permissões e proibições, sendo *ipso facto* imediatamente descritivas. Em outros termos, a “característica dianteira das regras é a previsão do comportamento”.<sup>271</sup> Os princípios, por sua vez, definem um estado ideal de coisas, que deve ser buscado mediante a prática de comportamentos que sejam

---

<sup>269</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1995, p. 167/168.

<sup>270</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios...*, p. 113.

<sup>271</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios...*, p. 113.

consentâneos à prossecução dos objetivos que o princípio aponta.<sup>272</sup>

Nesse contexto, o enunciado normativo posto no art. 5º, II, da Constituição da República se ajusta melhor à noção de regras do que de princípios, porquanto ordena um comportamento aos destinatários da norma, a saber: não constroem quem quer que seja a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei. Logo, a legalidade exigida pelo dispositivo constitucional configura um dos comportamentos indefectíveis à perfectibilização de um estado ideal de coisas: o Estado de Direito, pelo qual, resumidamente, o Estado há de pautar seu agir pela impessoalidade, e pela busca da satisfação do interesse público sem, porém, sacrificar indevidamente direitos e garantias individuais. É uma regra que visa à instituição, no plano fático, de um princípio.

Bem vistas as coisas, declarar a norma do art. 5º, II, da Constituição da República como sendo um princípio se justifica mais pelo apego à tradição do que ao rigor científico. Todavia, por questões de ordem didática, e até mesmo para fugir ao pedantismo acadêmico, este estudo não abandonará a tradição e continuará a designar a regra em análise como um princípio. Porém, que não se perca de vista: o princípio da legalidade é, na verdade, uma regra,<sup>273</sup> e esta observação tem repercussões importantes se lembrado for que uma norma constitucional, seja ela princípio ou regra, será sempre parâmetro de controle de constitucionalidade do tecido normativo subordinado à lei fundamental.<sup>274</sup> Um princípio exerce efeitos bastantes distintos de uma regra do ponto de vista da validade da ordem jurídica que é produzida sob os mandamentos e critérios reclamados pela Constituição. Suficiente para isso

<sup>272</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios...*, p. 95.

<sup>273</sup> O nome que se dá a alguma coisa não muda a natureza dela, como lindamente expôs William Shakespeare: “Que há num simples nome? O que chamamos rosa, sob uma outra designação teria igual perfume. Assim Romeu, se não tivesse o nome de Romeu, conservara a tão preciosa perfeição que dele é sem esse título. Romeu, risca teu nome, e, em troca dele, que não é parte alguma de ti mesmo, fica comigo inteira”. *In* Romeu e Julieta, Ato II, Cena II.

<sup>274</sup> Como exprime Humberto Ávila, “A inconsistência semântica também traz implicações no plano sintático: alguns autores que definem os princípios como aquelas normas portadoras de propriedades específicas (aplicação por meio de ponderação e conflito solucionado por meio de relativização em face de outros princípios) insistem em qualificar de “princípios” normas que não têm aquelas propriedades. Ora, se princípio é definido como uma norma realizável em vários graus, dependendo dos princípios com os quais ela entra em conflito concreto, e que, por isso, exige uma aplicação que lhe atribua dimensão de peso, indaga-se: a norma da não cumulatividade, enquanto norma que permite deduzir, do imposto a pagar, o montante do imposto incidente na operação anterior do ciclo econômico pode ser qualificada como princípio e ser objeto de flexibilização em decorrência de outros princípios? A exigência da anterioridade, como mandamento que exige a publicação de lei que instituiu ou aumentou o imposto até o final do exercício anterior ao da cobrança, pode ser considerada um princípio e ser restringida diante do caso concreto? (...) Onde estão as referidas propriedades de ausência de estrutura hipotética, de possibilidade de realização em vários graus segundo as restrições advindas de outros princípios? Elas não estão presentes. Essas normas são regras também para essa corrente”. *In* *Teoria dos Princípios...*, p. 114-115.

recapitular que as inconstitucionalidades formais ocorrem, invariavelmente, pelas violações às regras de competência normativa ou às regras do processo legislativo, enquanto que boa parte das inconstitucionalidades materiais dão-se por ofensas às normas principiológicas.

## 1.2 A lei e o princípio da legalidade

### 1.2.1 Os termos indeterminados dos enunciados normativos

Não é despidendo destacar que enunciado normativo e norma não são conceitos intercambiáveis. Mediando-as há a interpretação jurídica, quer dizer: “a atribuição de sentido (ou significado) a um texto normativo”.<sup>275</sup> Ou, na linha da teoria geral da interpretação, interpretação é uma exposição a respeito do significado do objeto interpretado.<sup>276</sup>

O enunciado normativo, como aponta Ricardo Guastini, consubstancia um documento de índole prescritiva elaborado por uma autoridade competente para tanto.<sup>277</sup> A norma jurídica, enquanto resultado da interpretação, é o que se revela a partir do texto, a partir do enunciado normativo. Destaque-se: a norma não surge *ex nihilo*. Ela como que subsiste involucrada pelo enunciado, em estado de dormência. A norma jurídica é arrancada do texto pelo intérprete. O texto funciona como uma moldura, às vezes larga, às vezes estreita, que é preenchida pelo intérprete, adquirindo, com isso, significado, sentido.

A esta altura, cabe aqui invocar a bela analogia elaborada por Eros Roberto Grau, para quem o direito guarda semelhança com as artes alográficas, porque nestas, diversamente das artes autográficas, a obra se conclui mediante o consórcio de dois participantes, o autor e o intérprete. As pinturas e as obras literárias são artes autográficas, pois não precisam de dois executores. O autor é o único responsável pela obra. Aos outros cabe admirá-las ou repugná-las, apenas. Já a música é alográfica. As partituras, em si mesmas, não servem para muita coisa, senão para instigar a criatividade do intérprete. Elas só ganham vida com a execução. O direito, semelhantemente, é alográfico, porquanto o enunciado normativo, em si mesmo, nenhuma operação pode realizar no mundo naturalístico. Ele só faz sentido depois de interpretado, com

---

<sup>275</sup> GUASTINI, Ricardo. *Das Fontes às Normas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 23.

<sup>276</sup> MARMOR, Andrei. Prefácio. In: MARMOR, Andrei (Org.). *Direito e Interpretação*. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. X.

<sup>277</sup> GUASTINI, Ricardo. *Das Fontes às Normas...*, p. 23-24.

o uso de recursos linguísticos, filosóficos, heurísticos, pelo hermeneuta.<sup>278</sup>

A interpretação dos textos normativos pode assim ser comparada à execução de uma sinfonia ou de uma canção popular, pois nela se dá

algo análogo ao que se passa na interpretação musical. Não há uma interpretação correta (*exata*) da *Sexta Sinfonia* de Beethoven: a *Pastoral* regida por Toscanini, com a Sinfônica de Milão, é diferente da *Pastoral* regida por von Karajan, com a Filarmônica da Berlim. Não obstante uma seja mais romântica, mais derramada, a outra mais longilínea, as duas são *autênticas* – e corretas.<sup>279</sup>

Os textos são elocuições significativas; a interpretação é a apreensão do significado das elocuições. As elocuições contêm palavras que revestem conceitos, cujos significados invariavelmente são plúrimos ou polissêmicos. As pretensões da norma e as exigências do caso definem o significado do texto, em um procedimento circular de direção bipolar (= círculo interpretativo), que perfectibiliza a atividade interpretativa.<sup>280</sup>

Deveras a lei decorre de fatos ou situações, que dizem respeito ao mundo natural ou ao ambiente cultural. Segundo a hipótese que deseja regular, a lei recorre a conceitos que se relacionam com essas realidades. Os conceitos relacionados às ciências naturais são derivados de experiências e observações que podem ser qualificados como verdadeiros, segundo os resultados observados nas relações de causa e efeito. Esses conceitos são unívocos, porquanto não comportam mudanças segundo o ponto de vista do sujeito cognoscente. Já os conceitos decorrentes da experiência cultural e que concernem às ciências do espírito são

---

<sup>278</sup> Andrei Marmor ressalta que a interpretação não pertence exclusivamente ao domínio jurídico. No âmbito das artes e da crítica de arte ela igualmente desempenha nota essencial, “e isso sugere que existem analogias interessantes entre essas duas disciplinas”. In MARMOR, Andrei Prefácio. In: MARMOR, Andrei (Org.). *Direito e Interpretação*. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. X.

<sup>279</sup> GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juizes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*. São Paulo: 2013, Malheiros, p. 63. Para fazer Justiça, declare-se que a comparação não é nova. Carlos Maximiliano, *verbi gratia*, pontificou: “Existe entre o legislador e o juiz a mesma relação que entre o dramaturgo e o ator. Deve este atender às palavras da peça e inspirar-se no seu conteúdo; porém, se é verdadeiro artista, não se limita a uma reprodução pálida e servil: dá vida ao papel, encarna de modo particular a personagem, imprime um traço pessoal à representação, empresta às cenas um certo colorido, variações de matiz quase imperceptíveis; e de tudo faz ressaltarem aos olhos dos espectadores maravilhosas belezas inesperadas, imprevistas. Assim o magistrado: não procede como insensível e frio aplicador mecânico de dispositivos; porém como órgão de aperfeiçoamento destes, intermediário entre a letra morta dos Códigos e a vida real, apto a plasmar, com a matéria-prima da lei, uma obra de elegância moral e útil à sociedade. Não o consideram autômato; e, sim, árbitro da adaptação dos textos às espécies ocorrentes, mediador esclarecido entre o direito individual e o social” (Hermenêutica e Aplicação do Direito. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 49-50). Mauro Cappelletti faz comparação semelhante in *Juizes Legisladores?* ..., p. 23.

<sup>280</sup> ZAGREBELSKI, Gustavo. *El derecho dúctil*. Madri: Trotta, 2009, p. 134.

plurissignificativos, pois sofrem de algum grau de incerteza e indeterminabilidade.

A lei, como adverte Celso Antônio Bandeira de Mello, não pode escapar de manusear conceitos dessas duas naturezas, de sorte que ora exprime delimitações rigorosas, objetivamente apreensíveis, ora abriga em seu conteúdo a indeterminação, a fluidez dos conceitos práticos.<sup>281</sup> H. L. Hart observou o fenômeno e, em contraponto à crítica que se faz no ambiente jurídico anglo-saxão ao uso dos precedentes como fonte normativa, em razão da incerteza que lhes é inata, detectou, também, nos textos legislativos complexidades semânticas que somente se podem reduzir mediante a aplicação da norma no plano concreto. Assim,

Mesmo quando se utilizam normas gerais formuladas verbalmente, podem surgir, em casos concretos específicos, incertezas quanto ao tipo de comportamento por elas exigido. As situações de fato, particulares, não esperam por nós já diferenciadas entre si e rotuladas como exemplos da norma geral cuja aplicação está em pauta; nem a norma geral pode se adiantar para demarcar seus próprios exemplos.<sup>282</sup>

Hart explica que, seja por meio da legislação, seja por meio de precedentes judiciais, os textos normativos, por visarem a transmitir padrões de comportamento que devem dirimir a grande massa de casos comuns, se mostrarão em algum momento de sua aplicação imprecisos e a própria aplicação desses textos será posta em dúvida. Surgirá aquilo que Hart denomina como textura aberta. A textura aberta gera zonas de penumbra que constituem o preço a pagar pelo uso de termos gerais para disciplinar questões factuais e pontuais.<sup>283</sup>

O resultado interpretativo que se origina da determinação desses termos plurissignificativos há, portanto, de pagar tributo às exigências do caso e à intenção do texto. Apenas quando atende a esse binômio essa operação se pode considerar bem sucedida. Gustavo Zagrebelski vai além:

*Las exigencias de los casos cuentan más que la voluntad legislativa e pueden invalidarla. Debiendo elegir entre sacrificar las exigencias de el caso a las de la ley, son estas últimas las que sucumben em el juicio de constitucionalidade que la própria lei viene sometida.*<sup>284</sup>

<sup>281</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 930.

<sup>282</sup> HART, H. L. *O Conceito de Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 163-164.

<sup>283</sup> HART, H. L. *O Conceito de Direito*...p. 166.

<sup>284</sup> ZAGREBELSKI, Gustavo. *El derecho dúctil*. Madri: Trotta, 2009, p. 134.

Esses são os dois critérios que influenciam a atividade de interpretação jurídica, que se justifica pela plurissignificatividade dos termos que compõem os textos. Luís Roberto Barroso qualifica esse fenômeno (da polissemia legal) como recurso às cláusulas gerais, vale dizer, o emprego intencional, pelo legislador, de linguagem aberta e fluida, de modo a outorgar ao intérprete a função de deduzir o significado dessa linguagem, à vista dos elementos do caso concreto, na linha do que propugnado por Zagrebelski.<sup>285</sup> A polissemia dos termos legais conduziu a doutrina a compreendê-los como sendo conceitos jurídicos indeterminados:

expressões de sentido fluido, destinadas a lidar com situações nas quais o legislador não pôde ou não quis, no relato abstrato do enunciado normativo, especificar de forma detalhada suas hipóteses de incidência ou exaurir o comando dele extraído.<sup>286</sup>

Nessa compreensão estariam incluídas expressões como liberdade de expressão, interesse social, desenvolvimento nacional e tantas outras. Entretanto, a expressão “conceito jurídico indeterminado” recebeu áspera crítica de Eros Roberto Grau. Na denúncia do Professor das Arcadas, ela encerra uma *contradictio in terminis*, visto que um conceito, enquanto suma de ideias, pode não ser determinado, mas é determinável. Se é determinável não pode ser indeterminado. O que se pode reputar indeterminados são os termos que integram os conceitos, pois aqueles são os signos linguísticos destes e podem, como é usual na linguagem, colecionar sentidos diversos. É bem difícil de refutar a censura oposta à expressão “conceitos jurídicos indeterminados”, que se disseminou de forma um tanto acrítica e que hoje ganha contornos de quintessência da hermenêutica de Direito Público. É *fashion* falar no assunto.<sup>287</sup> Todavia, na medida em que presta reverência à lógica formal e ao rigor epistemológico, este trabalho utilizará a nomenclatura proposta por Grau para designar esses termos de significado variável como “termos indeterminados de conceitos”.<sup>288</sup> Lei é um termo indeterminado de um conceito.

### 1.2.2 O sentido de lei

<sup>285</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 312.

<sup>286</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo...*, p. 312.

<sup>287</sup> “A mim encantam a tranquilidade e a segurança dos gênios-para-si-mesmos, donos de respostas-para-tudo, que disparam em qualquer situação ou circunstância, sem perda de tempo na prática de exercícios e reflexão aos quais os antigos se dedicavam, a leitura e a reflexão”. In: GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*..., p. 161.

<sup>288</sup> Cf. GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*... p. 140-163.

### 1.2.2.1 Considerações preliminares

Independentemente de qualquer polêmica sintática ou filosófica, é inegável que em geral a linguagem jurídica se tipifica pela ambiguidade e imprecisão, e essa incerteza deve ser desfeita pela atividade interpretativa. Atividade essa que, à oportunidade, se devotará à extração do significado do termo “lei”, para o escopo de densificação do conteúdo do princípio da legalidade.

É certo: é um tanto pretensiosa a proposta a que se dispõe o presente estudo. O espaço físico de uma dissertação de mestrado tampouco colabora para elaborar e concluir tal engenho. De outra parte, a complexidade do tema não é, em si mesma, razão adequada para dar de ombros a ele e justificar conclusões simplórias ou destituídas de alguma reflexão crítica. Há que tentar ao menos. Se fracassada a empresa, o arrependimento será menor do que aquele que decorre da inércia.

Pois bem. O tema foi objeto de acurada meditação de pensadores de nomeada, cujo conteúdo pode, e deve, ser utilizado para subsidiar as ideias que serão expostas. Nesse particular, é de valor incalculável o estudo legado por Manoel Gonçalves Ferreira Filho, que o levou a conquistar a cátedra de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo: “Do Processo Legislativo”.

Ferreira Filho abona a concepção de lei dos revolucionários franceses, sumariada no art. 6º da Declaração de Direitos do Homem promulgada em 1789, marco *a quo* da era moderna da História:

A lei é a expressão da vontade geral. Todos os cidadãos têm o direito de concorrer, pessoalmente ou através de mandatários, para a sua formação. Ela deve ser a mesma para todos, seja para proteger, seja para punir. Todos os cidadãos são iguais a seus olhos e igualmente admissíveis a todas as dignidades, lugares e empregos públicos, segundo a sua capacidade e sem outra distinção que não seja a das suas virtudes e dos seus talentos.

Como de pronto se pode inferir, o poder constituinte francês realça a fundamentalidade da lei como pedra de toque das demais liberdades negativas que àquela ocasião se institucionalizaram, assim como a egrégia função da lei: viga fundamental sobre a qual soergue o estado, sua organização, seu escopo e a competência dos governantes. O traço

principal desse dispositivo é colhido da afirmação de que “A lei é a expressão da vontade popular”. Ela não decorre da razão universal, da vontade de um soberano, das ordens divinas. A lei é a manifestação da vontade do povo, da soberania popular, princípio que encaminha indefectivelmente os governos democráticos que, inspirados pelo espírito revolucionário, se espraíram por todo canto.

#### 1.2.2.2 A lei nos primórdios

Nem sempre obviamente foi assim. Aliás, do ponto de vista filosófico, ainda não é. Muito embora se tencione escrutinar o conceito de lei sob o filtro da Ciência do Direito enquanto ciência autônoma,<sup>289</sup> não é possível ignorar que o conceito jurídico de lei está imbricado nas reflexões filosóficas que desde os primórdios se desenvolvem sobre o tema.

A lei, muitos antes de se identificar com textos escritos ou com os costumes, ambos voluntariamente produzidos, não era algo feito pelo chefe ou pelos maiores das tribos, ou ainda pela repetição de padrões de comportamento ou pelo assentimento social. Ela era dada desde a eternidade passada, e estava vocacionada a vigor para todo sempre.<sup>290</sup> Clara e patente a sapiência dos antigos que, no alvorecer civilizatório, dissociaram textos ou comandos preceptivos da ideia de supremacia do direito (= justiça). Aristóteles igualmente visualizou o fenômeno. “Na *Política*, afirma este que a 'Lei é a razão desprendida das paixões', e sustenta que há uma 'Lei eterna à qual mais vale obedecer do que a quem quer que seja’”.<sup>291</sup>

De modo semelhante raciocinava o povo hebreu, para quem as leis dadas pelo seu Deus não se podia refutar, tampouco, posto divinamente postas, modificar. Eleito pelo Criador, o povo hebreu recebeu dEle, por intermédio de Moisés, o decálogo,<sup>292</sup> assim como outras prescrições que regularam a vida dos israelitas por longos séculos. Foram escritas, é certo, mas apenas para fins de autenticação e transmissão, e não porque sua autoridade derivaria da

<sup>289</sup> Aqui mostra-se conveniente recapitular a arguta postulação de Eros Roberto Grau: “O direito não é uma ciência. O direito é estudado e descrito; é, assim, tomado como objeto de uma ciência, a chamada *ciência do direito*”. In GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 37.

<sup>290</sup> FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *Do Processo Legislativo*. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 22.

<sup>291</sup> FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *Do Processo Legislativo...*, p. 24.

<sup>292</sup> Além dos dez mandamentos, que sintetizam o modo pelo qual o ser humano deveria se relacionar com a divindade e com os outros homens, muitas outras prescrições foram dadas a Moisés e constituíam instruções incrivelmente detalhadas, de ordem política, privada, cerimonial (ritos a serem adotadas pelos sacerdotes para adoração a Deus e para expiar os pecados do povo) e até mesmo de natureza sanitária. Cf. a propósito os seguintes livros do Pentateuco: Êxodo, Levítico, Números e Deuteronômio.

documentação de seu teor. Comentando a respeito escreveu ninguém menos que Hans Kelsen, que explicou a doutrina da transcendentalidade da lei (que nesse caso é igual à justiça) nos seguintes termos: “Um dos elementos mais importantes da religião cristã é a idéia de que a justiça é uma qualidade essencial de Deus. Como Deus é o absoluto, sua justiça deve ser justiça absoluta, isto é, eterna e imutável”.<sup>293</sup>

Imperioso registrar por isso o pensamento do provavelmente mais importante jurista romano, Marcus Tullius Cicero. Cicero pugnava pelo reconhecimento da lei não como algo que podia ser concebido do nada, mas como comandos provindos da razão, gravados em nosso pensamento, a determinar o que se deve fazer e o que se pode fazer e a proibir aquilo que não se deve fazer. “A única lei verdadeira, portanto, é a razão, igual em toda parte e eterna, nunca o fruto da razão humana”.<sup>294</sup>

Não é difícil identificar a importância demonstrada pela contínua influência das ideias pregadas por Aristóteles, Cícero e Moisés. Por eles foram fixadas as raízes do jusnaturalismo que até a atualidade exerce influência capital no pensamento filosófico e jurídico. A seminal doutrina do imperativo categórico de Kant, cada vez mais presente no círculo jurídico, como demonstra o alastramento do neoconstitucionalismo e sua declarada “virada kantiana”,<sup>295</sup> é claro sintoma de inspiração dos pensadores gregos, romanos e dos profetas israelitas.

### 1.2.2.3 A lei para Hobbes

Antes, contudo, de trafegar pelo pensamento do inigualável filósofo prussiano, convém acompanhar o ritmo histórico de desenvolvimento do conceito de lei. Ele sofreu radical modificação por meio das ideias de Hobbes. Um dos maiores intérpretes de Hobbes foi H. L. Hart. Para Hart, Hobbes teorizou a supremacia da lei não pelo conteúdo, mas pela fonte de onde manava: do soberano, que impunha o direito aos súditos, que mesmo em caso de discordância, deveriam obedecê-lo. Nessa concepção, e posta sob enfoque a interpretação de Hart sobre Hobbes, que não a adota, mas a descreve com soberba acuidade, em toda sociedade humana em que exista o direito, há de ocorrer uma relação de subordinação entre soberano – que, Hart ressalta, podia ser não só o monarca absoluto, mas também o parlamento, os tribunais etc. - e

---

<sup>293</sup> KELSEN, Hans. *O que é Justiça?*. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 27.

<sup>294</sup> FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *Do Processo Legislativo...*, p. 28.

<sup>295</sup> Não se está nem a criticar nem a enaltecer essa corrente do pensamento jurídico. É somente uma constatação.

súditos, que àquele prestam obediência habitual. A metáfora de Hart merece reprodução textual: “Essa estrutura vertical composta de soberano e súditos é, segundo a teoria, uma parte tão essencial de uma sociedade onde haja o direito quanto a espinha dorsal de um homem”.<sup>296</sup>

A validade do direito radica, assim, no fato de ele ser produzido pela autoridade que tem o direito de legislar.<sup>297</sup> Nada, contudo, limita o soberano. “Ele faz a lei para seus súditos, e a faz estando fora do alcance de qualquer lei. Não há, nem pode haver, limites jurídicos a seu poder de legislar”.<sup>298</sup> Com isso, o conceito de lei descola-se do de justiça. O conceito de justiça só pode ser preenchido pelo soberano, na medida em que a concessão a cada um do direito de avaliar a injustiça ou a justiça de todas as normas implicaria o retrocesso ao estado de natureza, de guerra de todos contra todos, o que justamente a escolha do soberano e a abdicação da autonomia legislativa individual buscavam a todo custo proscrever.<sup>299</sup> Hobbes preceituou que só o soberano pode se ocupar do problema da justiça, sacrificando-se assim a razão humana em benefício da ordem e da paz social.<sup>300</sup>

Em um mundo repleto de conflitos sangrentos e dos mais improváveis horrores, a atualidade do pensamento de Hobbes e sua preocupação com a usual matança promovida pelo homem contra seu semelhante levou J. C. A. Gaskin, em profícua introdução de “Os Elementos da Lei Natural e Política”, do filósofo bretão, a reconhecer: “Mas ontem (ou terá sido amanhã?), ouvi de um cidadão do Afeganistão (ou terá sido da Iugoslávia, ou de algum outro lugar?) dizendo: 'Antes a paz sob a tirania que a carnificina sob a democracia' - e isso é puro Hobbes”.<sup>301</sup>

<sup>296</sup> HART, H. L. *O Conceito de Direito...*, p. 67-68.

<sup>297</sup> As palavras de Hobbes a esse respeito são penetrantes: “E mais: considerando que não é menor, mas ao contrário, muito maior, a necessidade de se prevenir da violência e da rapina, do que a de puni-las quando são cometidas, e que toda violência procede de controvérsias entre os homens, que tratam do *meum* e do *tuum*, do certo e do errado, do bom e do mau, entre outros, coisas essas que os homens costumam avaliar de acordo com seu próprio juízo, segue-se que compete também ao juízo do poder soberano estabelecer e tornar conhecida a medida comum a partir da qual cada homem saiba o que é seu e o que é do outro, o que é bom e o que é mau, o que deve e o que não deve ser feito, bem como lhe compete ordenar a observância disso. E essas medidas das ações dos súditos são aquilo que os homens chamam de leis políticas ou civis. A elaboração dessas leis deve de direito competir àquele que detém o poder da espada, pelo qual os homens são compelidos a observá-las; pois, de outro modo, a elaboração delas seria vã”. In: HOBBS, Thomas. *Os Elementos da Lei Natural e Política*. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 110.

<sup>298</sup> HART, H. L. *O Conceito de Direito...*p. 87.

<sup>299</sup> Assim Hobbes descreve a inclinação maléfica da natureza humana e o estado de guerra dela decorrente: “Considerando-se que os homens têm, por natureza, tendência a ofender uns aos outros, e que, além disso, o direito de todo homem a todas as coisas permite que, quando um invade com direito, o outro resiste com direito, os homens vivem em perpétua desconfiança, estudando como surpreender uns aos outros; o estado dos homens nessa liberdade natural é o estado de guerra”. In HOBBS, Thomas. *Os Elementos da Lei Natural e Política...*, p. 70.

<sup>300</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do Processo Legislativo...*,p. 41.

<sup>301</sup> GASKIN, J. A. C. Introdução. In: HOBBS, Thomas. *Os Elementos da Lei Natural e Política*. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. XLIX.

#### 1.2.2.4 A lei para Locke

John Locke, conterrâneo e contemporâneo de Hobbes, preocupa-se em parecida intensidade com o estado de natureza. Porém, para ele esse estado não seria de caos e de violência. A violência seria apenas latente e poderia ser deflagrada pela ausência de três reguladores capazes de assegurar a paz:

- as leis, que determinariam o que seria a propriedade de cada um;
- um juiz imparcial, que solveria os litígios; e
- a força pública, que restabeleceria os direitos transgredidos e puniria os infratores.

Precursor do liberalismo, Locke teorizou que, sob tais circunstâncias, os homens celebrariam um acordo - que veio a ser designado por Rosseau de “contrato social” -, pelo qual cederiam ao Estado a parcela mínima indispensável de sua liberdade para a conservação da paz. Nesse contexto, o poder do soberano nasceria limitado justamente pelo conteúdo da liberdade individual voluntariamente cedida por cada um. As leis a serem produzidas por esse poder não poderiam invadir parte da liberdade que, pelo consentimento, não foi abdicada pelos homens.

Nesse ponto é que Ferreira Filho indaga a Locke: que é, contudo, a lei? “Para o filósofo, a lei se define pela forma e pelo conteúdo ao mesmo tempo. Pela forma, porque nada será lei, se não for aprovado pelo Legislativo, já que, 'sem isso, a lei não teria o que é necessário para estabelecer uma lei: o consentimento da sociedade’”.<sup>302</sup> Só por isso já seria visível o distanciamento do conceito de lei em Hobbes e em Locke. Mas Locke vai além: o soberano subordina-se ao direito natural e à razão, pois são eles que concedem aos homens, individualmente considerados, o direito de que sua vida, seus bens e sua liberdade não sejam privados por um poder arbitrário. Recupera-se, dessarte, a supremacia do direito sobre a lei. Lei só é lei se for justa. A supremacia do direito, no entanto, se funda na razão, ou na divindade. Ela tem por pressuposto e condição o consentimento do povo, a soberania popular. O abuso do direito de legislar, com ofensa aos direitos naturais, traduz a invalidade de lei e implica a faculdade de resistência, legitimando, inclusive, o emprego da força física.

#### 1.2.2.5 A lei para Montesquieu

---

<sup>302</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do Processo Legislativo...*, p. 43.

De Locke, já é lícito partir para Montesquieu, sem muita dificuldade e sem saltos indevidos. Afinal, Charles de Secondat, o Barão de Montesquieu, certamente desenvolveu suas ideias inspirado por Locke, máxime na necessidade de desconcentração do poder como receita para frear as tiranias (cf. n. 5, item 2.2). O conceito de lei de Montesquieu, em alguma medida, se assemelha com o de Locke. Há leis gerais, ditadas pela razão humana, que não dependem das leis positivas. Essas leis são *ipso facto* imutáveis, de modo parecido com o que ocorre com as leis da natureza. A diferença reside no fato de que as leis positivas podem ser violadas pela vontade humana. Como averba Montesquieu,

falta muito para que o mundo inteligente seja tão bem governado quanto o mundo físico. Pois, embora aquele também possua suas leis que, por sua natureza, são invariáveis, ele não obedece a elas com a mesma constância com a qual o mundo físico obedece às suas.<sup>303</sup>

Esse problema decorre da falibilidade e da estreiteza da inteligência humana. As leis imutáveis, que pertencem à razão humana e foram dadas por Deus – Montesquieu era um cristão convicto –, são incessantemente violadas pelos homens, levando-os assim a decretar as leis positivas. Isso porque, assim como Deus chamou o homem a Ele pelas leis divinas, assim como os filósofos constrangeram-no pelas leis morais, o legislador busca fazê-lo voltar aos seus deveres mediante a outorga de leis políticas e civis.<sup>304</sup>

A esse respeito a atualidade do pensamento de Montesquieu chega a assustar. Dele parte a classificação, ainda perfeitamente pertinente, que distingue o direito que se trava entre as nações – o Direito das gentes –, o direito que se põe na relação entre aqueles que governam e aqueles que são governados – o Direito Político –, e o direito que disciplina as relações que os particulares travam entre si - o Direito Civil.<sup>305</sup> Esse o mundo das leis positivas, que derivam da lei que provém da razão humana, governante de todos os povos da terra. “As leis políticas de cada nação devem ser apenas casos particulares onde se aplica esta razão humana”.<sup>306</sup>

Como é perceptível, Montesquieu acompanha Locke no tocante à coincidência que deve existir entre lei e direito, ou entre lei e justiça. Muito embora a legitimidade das leis

---

<sup>303</sup> MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O Espírito das Leis*. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 12.

<sup>304</sup> MONTESQUIEU. *O Espírito das Leis...*, p. 13.

<sup>305</sup> MONTESQUIEU. *O Espírito das Leis...*, p. 15.

<sup>306</sup> MONTESQUIEU. *O Espírito das Leis...*, p. 16.

positivas decorra de sua origem popular, como é o caso das assembleias de representantes, elas não podem conflitar com o direito natural. A vontade momentânea e caprichosa desses representantes não pode criar o direito. O máximo que eles podem fazer é exprimir o direito pressuposto. A lei, nessa circunstância, deve conformar-se à justiça. “Não é, portanto, o legislador verdadeiramente o criador da lei; mais correto seja considerá-lo, à luz do pensamento de Montesquieu, mero aplicador da lei”.<sup>307</sup> Todavia, os representantes do povo, tal e qual os demais homens, estão igualmente sujeitos ao erro, de que naturalmente derivam leis injustas. Nesse ponto, há aproximação do pensamento de Montesquieu ao de Hobbes. As leis injustas não são menos compulsórias que as leis justas, porque aquelas são incidentes de percurso, digamos assim. A regra, pois, se revela na formulação hobbesiana: *auctoritas, non veritas, facit legem*.

#### 1.2.2.6 A lei para Rosseau

Jean-Jacques Rosseau erigiu essa formulação ao mais alto patamar. Expressão da vontade geral, a lei não conteria injustiças sob hipótese alguma. O ponto de partida de suas propostas é o estado de natureza. Discrepa de Hobbes na medida em que, para ele, o estado de natureza não implica indefectivamente o estado de guerra de todos contra todos. Na condição de estado de natureza, o homem estava vocacionado a levar uma vida simples, boa e digna.<sup>308</sup> A ambição humana e o desejo de ter posses, porém, conspurcou essa condição, desigualando os homens, gerando os conflitos que o Patrono da Revolução almejou resolver. Nessas circunstâncias hipotéticas – Rosseau não se ocupa em provar por documentos históricos que tudo isso ocorreu –, o detentor de posses, ao fim de perpetuar sua riqueza, propõe o pacto, que não é o contrato social, nos seguintes termos:

Unamo-nos, - lhes disse, - para livrar da opressão os fracos, conter os

<sup>307</sup> FERREIRA FILHO. *Do Processo Legislativo...*, p. 46.

<sup>308</sup> “Enquanto os homens se contentaram com as suas cabanas rústicas, enquanto se limitaram a coser suas roupas de peles com espinhos ou arestas de pau, a se enfeitarem com plumas e conchas, a pintar o corpo de diversas cores, a aperfeiçoar ou embelezar os seus arcos e flechas, a talhar com pedras cortantes algumas canoas de pesca ou grosseiros instrumentos de música; em uma palavra, enquanto se aplicaram exclusivamente a obras que um só podia fazer, e a artes que não necessitavam o concurso de muitas mãos, viveram livres, sãos, bons e felizes, tanto quanto podiam ser pela sua natureza, e continuaram a gozar entre si das doçuras de uma convivência independente. Mas, desde o instante que um homem teve necessidade do socorro de outro; desde que perceberam que era útil a um só ter provisões para dois, a igualdade desapareceu, a propriedade se introduziu, o trabalho tornou-se necessário e as vastas florestas se transformaram em campos risonhos que foi preciso regar com o suor dos homens, e nos quais, em breve, se viram germinar a escravidão e a miséria, a crescer com as colheitas”. In: ROSSEAU, Jean-Jacques. *Discurso sobre a Origem da Desigualdade (on line)*. Disponível em <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cv000053.pdf>, acesso em 11.1.2017.

ambiciosos e assegurar a cada um a posse do que lhe pertence: instituíamos regulamentos de justiça e de paz, aos quais todos sejam obrigados a se conformar, que não façam acepção de pessoas e que de certo modo reparem os caprichos da fortuna, submetendo igualmente o poderoso e o fraco a deveres mútuos. Em uma palavra, em vez de voltar nossas forças contra nós mesmos, reunamo-las em um poder supremo que nos governe segundo leis sábias, que proteja e defenda todos os membros da associação, repila os inimigos comuns e nos mantenha em uma eterna concórdia.<sup>309</sup>

O contrato social tem por escopo livrar o homem da servidão, que o pacto acima enunciado, dissimuladamente, impôs aos despossuídos. Por meio do contrato social os homens legitimamente recuperam a liberdade civil, renunciando à liberdade natural. Que é a liberdade civil? Seria a faculdade de o povo soberanamente definir o que é de quem, o funcionamento da máquina política e as condutas que os homens devem adotar em seus relacionamentos. Seria, em outras palavras, a liberdade de os homens darem a si mesmos as suas leis.<sup>310</sup> Que é a lei? A expressão da vontade geral. Ela é o verdadeiro soberano. A vontade geral, diferentemente da vontade de todos, influenciada por partidos e grupos de pressão, atende somente aos ditames da razão. A vontade geral é o príncipe, e este não pode ser injusto consigo mesmo.

Retomando a exposição de Ferreira Filho, “para haver lei” - nos termos propostos por Rousseau – necessária a reunião de duas condições:

- “A condição de forma é a supressão de todas as influências que, pesando sobre os indivíduos, os desviam da cogitação do interesse comum e os impedem de ouvir a razão exclusivamente”.<sup>311</sup>
- A condição de fundo é a generalidade da lei, aspecto atualíssimo dela, aliás.

A lei deve considerar os súditos em conjunto, e as ações, como abstratas.<sup>312</sup> Estabelecidas essas premissas, o povo inclinar-se-á para o bem comum, e sob essas circunstâncias a lei produzida será sempre justa.

<sup>309</sup> ROSSEAU, Jean-Jacques. *Discurso sobre a Origem da Desigualdade (on line)*. Disponível em <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cv000053.pdf>, acesso em 11.1.2017.

<sup>310</sup> “Todas essas cláusulas, bem entendido, se reduzem a uma única, a saber, a alienação total de cada associado, com todos os seus direitos, em favor de toda a comunidade; porque, primeiramente, cada qual se entregando por completo e sendo a condição igual para todos, a ninguém interessa torná-la onerosa para os outros”. ROSSEAU, Jean-Jacques. *O Contrato Social (on line)*. Disponível em <http://www.dominiopublico.gov.br>, acesso em 11.1.2017.

<sup>311</sup> FERREIRA FILHO. *Do Processo Legislativo...*p. 49.

<sup>312</sup> FERREIRA FILHO. *Do Processo Legislativo...*p. 50.

### 1.2.2.7 A lei para Kant

O pensamento de Rosseau foi posteriormente desenvolvido por Immanuel Kant, que separou as normas morais das normas jurídicas. Resgatando o jusnaturalismo, Kant propõe que as normas morais consubstanciam os imperativos categóricos: normas autônomas ditadas pela própria razão.

Imperativos categóricos são aqueles que prescrevem uma ação boa em si mesma, ou seja, uma ação boa em sentido absoluto, que deve ser realizada sem condições, isto é, apenas com a finalidade de sua realização enquanto ação obrigatória. É um imperativo categórico o seguinte: “Você não deve mentir.”<sup>313</sup>

As normas jurídicas são os imperativos hipotéticos: devem ser observadas para que certas consequências favoráveis advenham (como a obediência da forma prescrita em lei na celebração de um contrato) ou para evitar que um mal seja infligido (como ocorre com a desobediência às normas penais). Se a norma jurídica é um imperativo hipotético, obedecer à norma jurídica é, porém, um imperativo categórico, pois não decorre da observação empírica da natureza humana: é um enunciado *a priori* da razão, atributo de cada um de nós mesmos, na condição de seres racionais. A maioria das pessoas não obedece à norma que proíbe o furto para não ser preso, e sim porque furtar é algo errado, e este é um dispositivo *a priori* da razão. Segue-se com isso uma norma que flui de um dos princípios universais preconizados por Kant: a liberdade é a liberdade de agir segundo as leis. Dito de outro modo: cada um deve se conduzir de acordo com o ordenamento jurídico. Ou, nas palavras do incomparável filósofo: “Age externamente de tal maneira que o livre uso de teu arbítrio possa coexistir com a liberdade de cada um segundo uma lei universal”.<sup>314</sup> Essa é a verdadeira liberdade, virtualmente idêntica à de Rosseau.

É preciso reconhecer o mérito do pensamento jusnaturalista aperfeiçoado por Kant, que efetivamente serviu de instrumento para barrar excessos e iniquidades de ordenamentos legais injustos, derivados de doutrinas patológicas, como é o caso de muitas injunções normativas produzidas por estados totalitários. A esse respeito, inadmissível olvidar a antológica e paradigmática decisão proferida pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha,

---

<sup>313</sup> BOBBIO, Norberto. *Teoria geral do direito...*, p. 84.

<sup>314</sup> KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Prática*. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 51.

que proclamou a nulidade *ab ovo* do 11º Decreto da Lei de Cidadania do *Reich*, que privava da nacionalidade alemã os judeus emigrados. Eis trecho seminal de sua fundamentação:

“O direito e a justiça não estão à disposição do legislador. A ideia de que um ‘legislador constitucional tudo pode ordenar a seu bel-prazer significaria um retrocesso à mentalidade de um positivismo legal desprovido de valoração, há muito superado na ciência e na prática jurídica. Foi justamente a época de regime nacional-socialista na Alemanha que ensinou que o legislador também pode estabelecer a injustiça [*Bundesverfassungsgericht*, Tribunal Constitucional Federal] 3, 225 (232). Por conseguinte, o Tribunal Constitucional Federal afirmou a possibilidade de negar aos dispositivos ‘jurídicos’ nacional-socialistas sua validade como direito, uma vez que eles contrariam os princípios fundamentais da justiça de maneira tão evidente que o juiz que pretendesse aplicá-los ou reconhecer seus efeitos jurídicos estaria pronunciando a injustiça, e não o direito (BverGE 3, 58 (119); 6, 132 (198))”.<sup>315</sup>

#### 1.2.2.8 A lei para Kelsen

Kelsen propôs a separação do direito das demais ciências do espírito, como ciência completamente autônoma, de que seu objeto são as normas. Assim, opôs-se ao jusnaturalismo, que reputava metafísico, pois “é impossível deduzir a partir da natureza normas que regulamentem a conduta humana”.<sup>316</sup> Nessa perspectiva, Kelsen é voluntarista, e por não identificar na natureza nenhuma expressão da vontade e não a considera produtora de leis.

Conceber a natureza como uma autoridade normativa, isto é, como um ser sobre-humano dotado de vontade criadora de normas, é uma superstição animista ou resultado de uma interpretação teológica da natureza como manifestação da vontade de Deus.<sup>317</sup>

O problema do jusnaturalismo, segundo Kelsen, não decorre somente de seu caráter anticientífico. Ele envolveria uma contradição lógica, na medida em que, se todo direito for justo, porque ditado por princípios da moral, dizer que o direito é válido porque é justo equivale a dizer que a validade da lei é ela mesma. Em outros termos: “a lei deve ser obedecida porque a lei deve ser obedecida”.<sup>318</sup> Uma tautologia, enfim.

A teologia cristã tampouco pacifica as inquietações de Kelsen. Primeiro porque,

<sup>315</sup> ALEXY, Robert. *Conceito e Validade do Direito...*, p. 7.

<sup>316</sup> KELSEN, Hans. *O que é Justiça?...*, p. 253.

<sup>317</sup> KELSEN, Hans. *O que é Justiça?...*, p.252.

<sup>318</sup> KELSEN, Hans. *O que é Justiça?...*, p. 254.

para Kelsen, as instruções de São Paulo para que seus seguidores obedecessem à autoridade secular<sup>319</sup> não encontram fundamento nos ensinamentos do Cristo.<sup>320</sup> Segundo Kelsen, a norma pela qual deve-se obedecer aos mandamentos de Deus pode ser pressuposta pela teologia, mas não pode ser experimentada fisicamente. Daí por que não tem validade do ponto de vista epistemológico.<sup>321</sup> O rigor científico de Kelsen fica claro nesta passagem: “A ciência não opera e não pode operar com base em pressuposições metafísicas – pressuposição de uma entidade ou de um fato além de qualquer experiência humana possível e, especialmente, além da razão humana”.<sup>322</sup>

De modo geral, tanto a teologia cristã quanto o jusnaturalismo creditam a validade do direito positivo a uma autoridade transcendental. Em si mesmo o direito positivo não possui nenhuma validade. É contra isso que Kelsen se rebela. A autoridade do direito positivo deriva de uma norma fundamental que precede às constituições históricas. Não é uma norma positiva que decorre de outra. Ela é pressuposta como hipótese validada pela ordem coercitiva que disciplina a conduta humana em um dado território. Ela não advém da razão, mas de fatos objetivamente determináveis: o estabelecimento de uma constituição e de atos normativos que demonstram a observância dessa constituição. “A validade para a qual a norma fundamental do positivismo jurídico fornece o motivo é a validade imanente do Direito positivo”, proclama Kelsen.<sup>323</sup> É porque é – o que não deixa de ser um truísmo.

Kelsen buscou a causa das leis, mas parece não ter logrado êxito. A excelência de seu pensamento, porém, vai bem além dessa eventual lacuna filosófica, e ela será retomada adiante. De qualquer modo, é preciso, para que se possa avançar, encerrar esse tópico, e isso é feito apresentando a visão de C. S. Lewis, um dos maiores filósofos do século passado e certamente o maior dos teólogos do período, que, talvez, apresente as duas explicações plausíveis para o fenômeno jurídico, em geral, e para a lei, em particular:

---

<sup>319</sup> Romanos 13: 1-4.

<sup>320</sup> Kelsen, a respeito da pregação de Paulo, literalmente sustenta, que ela “é contestável porque não é compatível com ensinamento original de Cristo” (*O que é Justiça...*p. 255). Aqui, ousadamente, divergimos de Kelsen: Cristo não foi obediente só ao Pai, mas a toda autoridade secular, padecendo voluntariamente dos sofrimentos da cruz, quando, podendo porque é Deus, poderia ter livrado-se deles. Além disso, ordenou aos judeus que recolhessem tributo a César, e jamais pregou a desobediência civil ou o direito à resistência. Cf: Mateus 22:21, 24:52-53; Lucas 20:22; Marcos 20:25; e João 18:36.

<sup>321</sup> KELSEN, Hans. *O que é Justiça?*...p. 255.

<sup>322</sup> KELSEN, Hans. *O que é Justiça?*...p. 255.

<sup>323</sup> KELSEN, Hans. *O que é Justiça?*...p. 257.

Primeiro, a de que os seres humanos, em todas as regiões da Terra possuem a singular noção de que devem comportar-se de certa maneira, e, por mais que tentem, não conseguem se livrar dessa noção. Segundo, que na prática não se comportam dessa maneira. Os homens conhecem a Lei Natural e transgridem-na. Esses dois fatos são o fundamento de todo pensamento claro a respeito de nós mesmos e do universo em que vivemos.<sup>324</sup>

### 1.2.3 O sentido constitucional de lei

Os conceitos filosóficos acima declinados são indispensáveis à apreensão do sentido jurídico de lei, para o qual doravante serão dedicadas as próximas linhas.

Tércio Sampaio de Ferraz Júnior identifica o conceito de lei do ponto de vista de formal. A lei é fonte do direito, o revestimento atribuído à norma jurídica que a institucionaliza. “A lei é a *forma* de que se reveste a norma ou um conjunto de normas dentro do ordenamento”.<sup>325</sup>

Vicente Ráo, por sua vez, atribui à lei um sentido duplo:

- amplo, que contempla as normas gerais que definem e disciplinam as relações de fato incidentes no direito e cuja observância o poder do Estado impõe coercitivamente; e
- restrito, e, por isso mesmo, mais preciso, que se refere à lei em sentido próprio e formal.

Nessa perspectiva, a lei é a norma geral de direito elaborada e promulgada pelo órgão constitucionalmente competente para fazê-lo, e feita valer mediante a coerção empreendida pelo Estado.<sup>326</sup>

À busca do significado técnico-jurídico do termo lei, Gomes Canotilho preleciona que deverá resultar da Constituição. Todavia, não recusa a dificuldade de tal empreendimento, à vista da polissemia do termo no quadro da Constituição de Portugal.<sup>327</sup> Para traduzir seu significado constitucional, Canotilho vale-se, à semelhança de Ráo, do duplo significado jurídico que o termo comporta. Enaltecendo os debates filosóficos desenvolvidos ao longo do tempo, o jurista lusitano reflete que estes estão sempre ligados à dimensão material do termo

<sup>324</sup> LEWIS, C. S. *Cristianismo Puro e Simples*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 12.

<sup>325</sup> FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito...*, p. 232.

<sup>326</sup> RÁO, Vicente. *O Direito e a Vida dos Direitos...*, p. 82.

<sup>327</sup> CANOTILHO, J. J. GOMES. *Direito Constitucional...*, p. 825.

lei. Aqui há manifesta coincidência entre sua doutrina e a de Ráo, na medida em que considera lei em sentido material toda prescrição que, independentemente da forma, contenha o caráter de norma jurídica. Em contrapartida, as leis em sentido formal são os atos normativos dimanados do Poder Legislativo, segundo o processo constitucionalmente exigido para a formação das leis.<sup>328</sup>

A esta altura, já se afigura pertinente indagar: que é lei para a Constituição da República? O que se está a clamar quando se ordena que ninguém fará ou deixará de fazer alguma coisa senão em virtude de lei? Lei em sentido material ou somente em sentido formal?

De modo geral, a resposta da doutrina é: lei em sentido formal. A fragilidade do Estado de Direito no Brasil e o momento histórico de inflexão dentro do qual foi promulgada a Constituição de 1988 permitem deduzir que, na visão do poder constituinte originário, a lei no princípio da legalidade deveria ser compreendida em sua acepção estrita. À guisa de ilustração, e por todos, Ferreira Filho pontifica que, nos termos do princípio da legalidade, só é lei o ato aprovado pelo Parlamento, o representante do povo, manifestante da democracia. Só ele, só o Parlamento pode ditar o comportamento individual e este só pode ser limitado pela manifestação da vontade geral, a lei.<sup>329</sup>

A intencionalidade legislativa, no entanto, sofre intensa crítica da doutrina contemporânea, como vetor interpretativo do significado de termos indeterminados constantes dos textos legais. Um desses mordazes críticos é o Professor da Universidade de Illinois, Michael S. Moore, segundo o qual as gerações atuais não são vassalãs dos autores do texto, visto que eles

Não tiveram inspiração divina nem foram notavelmente mais astutos na política que as elites instruídas de nossa geração. Não foram escolhidos por nós para estabelecer nossa lei fundamental e tampouco consentimos, em nenhum sentido interpretativo, explícita ou tacitamente, a sua autoridade.<sup>330</sup>

Logo, as atuais gerações estão comprometidas com os valores do texto e não com os valores dos autores do texto.

---

<sup>328</sup> CANOTILHO, J. J. GOMES. *Direito Constitucional...*, p. 827.

<sup>329</sup> FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 284.

<sup>330</sup> MOORE, Michael S. *Interpretando a Interpretação*. In: MARMOR, Andrei (Org.). *Direito e Interpretação*. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 22.

Também Ronald Dworkin se volta contra a intenção do legislador – que ele designa como “intenção do locutor” –, enquanto método de solução de controvérsias interpretativas. A intenção do locutor é, exprime Dworkin, apenas um dos dados que devem ser levados em conta por seu juiz Hércules na solução do caso. A intenção da lei não coincide com os propósitos dos legisladores particulares, mas como resultado da integridade, de uma interpretação em relação a uma série de eventos políticos, entre elas a aprovação da lei. A história interpretada por Hércules começa antes da aprovação da lei e continua até o momento em que ela será aplicada no caso concreto.<sup>331</sup>

Não bastassem esses argumentos, há que se sublinhar que a interpretação do direito necessariamente ordena a atualização do direito, pois a interpretação se dá no quadro de uma situação determinada, e por isso mesmo deve expor o enunciado semântico do texto no contexto histórico presente. Valendo-se dos ensinamentos de Gadamer, Eros Grau averba que todo texto deve ser compreendido em cada momento e em cada situação concreta de uma maneira nova e distinta. Em mais uma bela analogia, Grau expressa que o direito positivo evolui sem que ocorra, obrigatoriamente, mudança no texto, pois compreendê-lo e aplicá-lo “constituem o anverso e o reverso de uma mesma medalha. Interpretar consiste em *dar concreção à lei* em cada caso, isto é, em sua aplicação”.<sup>332</sup>

Daí por que cumpre atualizar o significado da palavra lei, e como esse termo deve ser aplicado no contexto jurídico atual. E esse contexto é marcado pela inflação legislativa. A pluralidade de fenômenos políticos, econômicos, sociais e jurídicos a está a exigir incessante intervenção do Estado para parametrizar comportamentos, solver dúvidas, fixar expectativas e dirimir controvérsias. A morosidade dos trâmites burocráticos, a complexidade dos debates e a diversidade ideológica, características inatas ao processo legislativo, impedem que o Parlamento responda apropriadamente às múltiplas demandas que lhes são endereçadas. Ainda assim, talvez porque aturdido e despreparado para enfrentar tal cenário, a todo tempo o Poder Legislativo dá à luz leis concebidas sem os devidos filtros, e por isso, não raro, destituídas de generalidade e abstração, antes concretas, temporárias e casuístas, refletindo duas crises, que serão adiante descritas.

---

<sup>331</sup> DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 379-380.

<sup>332</sup> GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juizes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*...p. 75.

### 1.2.3.1 A crise do princípio da legalidade

Esse comportamento legislativo é característica que se alastra pelo mundo, e foi diagnosticado por Gustavo Zagrebelski, que reputa as leis atuais numerosas, mutantes, fragmentárias, contraditórias e ocasionais, bastante diferentes do que desejava o espírito liberal encarnado por Locke, Montesquieu e Rousseau, que viam na lei a garantia de submissão do Estado aos direitos naturais dos indivíduos e de concretização do ideal revolucionário da igualdade, que só poderia ser alcançado por intermédio da generalidade, da abstração, da sistematicidade e da plenitude do direito positivo.<sup>333</sup>

A situação histórica que possibilitou o florescimento e a difusão do positivismo, que preconizava a concentração da produção jurídica em uma única instância constitucional, o Poder Legislativo, veio assim a sofrer reviravolta. A rigor, o Estado de Direito, enquanto instrumento de contenção de excessos, implicava o uso regulado do poder. O uso regulado do Poder Legislativo, no dizer de Zagrebelski, determina que as normas por ele criadas atenham-se à generalidade, ou, nos termos do jurista italiano, a uma “normatividade média” - feita para todos, fator que naturalmente agrega uma excelsa garantia contra o uso desmedido do poder de legislar.

O direito sabidamente é refratário a abusos e não poderia ser diferente em relação aos excessos cometidos pelo Poder Legislativo. Neste caso, produzindo normas casuístas e individuais, as leis usurpam os atos da Administração Pública e as sentenças dos juízes, reunindo para si todos os poderes do estado, malefício que o Estado democrático de Direito liberal quis a todo custo evitar. Essa circunstância dá bem a medida da gravidade da enfermidade que acomete o Poder Legislativo, a qual recebeu de Zagrebelski o nome de “crise de legalidade”.<sup>334</sup> A crise de legalidade deriva das características da sociedade contemporânea, marcada por uma ampla diversificação de grupos e extratos sociais, que participam de um mercado de leis composto, de um lado, por grupos sociais, aos quais interessa a produção legislativa implementadora do chamado “Estado Social”, de sorte que exista uma disciplina jurídica adequada para cada uma das realidades desses grupos; e, de outro, por interesses corporativos que, por meio de *lobbies* e outros meios, requestam a criação de leis que consultem seus interesses empresariais. Daí a explosão de legislações setoriais que determinam o

---

<sup>333</sup> ZAGREBELSKI, Gustavo. El derecho dúctil..., p. 32.

<sup>334</sup> ZAGREBELSKI, Gustavo. El derecho dúctil..., p. 37.

desaparecimento das características clássicas das leis.<sup>335</sup>

À crise de legalidade sucede como consequência inevitável a crise do princípio da abstração das leis, primorosamente descrita por Zagrebelski:

*La creciente vitalidad de tales grupos determina además situaciones sociales em cada vez más rápida transformación que requieren normas jurídicas ad hoc, adecuadas a las necesidades y destinadas a perder rápidamente su sentido y a ser sustituidas cuando surjan novas necesidades. De ahí, la crisis del principio de la abstracción.*<sup>336</sup>

O quadro desenhado pela sociedade contemporânea está claramente a ditar a insuficiência do Poder Legislativo, e mesmo a impertinência de ações legislativas para regular situações que não merecem ser tratadas pela lei em sentido formal. A crise assim desborda dos princípios da legalidade e da abstração da lei e atinge a própria lei, enquanto instrumento eficaz para permitir a convivência social em sociedades complexas.

As situações urgentes, que merecem trato estatal rápido, não podem ficar a depender da resposta quase nunca ágil do Poder Legislativo, que, de outra, parte não deve se devotar ao disciplinamento de temas setoriais, transitórios e concretos. O assunto foi objeto de arguta reflexão de André Rufino do Vale e de Gilmar Ferreira Mendes, os quais propuseram uma modificação do sentido constitucional de lei, que passaria da acepção formal para a material. A proposta, acatada neste trabalho, é formulada nos seguintes termos:

O conceito de legalidade não faz referência a um tipo de norma específica, do ponto de vista estrutural, mas ao ordenamento jurídico em sentido material. É possível falar-se então em *bloco de legalidade* ou de *constitucionalidade* que englobe tanto a lei como a Constituição. *Lei*, nessa conformação, significa norma jurídica, em sentido amplo, independentemente de sua forma.<sup>337</sup>

De modo parecido orienta-se o magistério de Eros Roberto Grau. O objeto de sua análise são as situações e estados econômicos sempre sujeitos a flutuações, os quais reclamam instrumentos normativos flexíveis e dinâmicos vocacionados a corrigir desvios detectados no curso dos ciclos econômicos e da implementação das políticas públicas pretendidas pelo Estado.

<sup>335</sup> ZAGREBELSKI, Gustavo. El derecho dúctil...p. 37.

<sup>336</sup> ZAGREBELSKI, Gustavo. El derecho dúctil...p. 37.

<sup>337</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; DO VALE, Andre Rufino. In: CANOTILHO, J. J. Gomes...(et al.), coord. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 244.

Ao exercício do poder-dever de atuar quando assim exigem as circunstâncias econômicas Eros Grau chamou de capacidade normativa de conjuntura, a ser promovida não pelo Poder Legislativo, mas pela Administração Pública.<sup>338</sup>

*Mutatis mutandis*, as observações de Grau são claramente aplicáveis à tese que se defende: os procedimentos legislativos, invariavelmente prolongados e repletos de formalidades, revelam-se manifestamente inadequados à regulação de relações setoriais, concretas e temporárias. Outros órgãos do Estado podem - e devem – fazê-lo.

Engana-se quem supõe que a proposição que ora se advoga implica aceitar um deficit de proteção à garantia individual veiculada por meio do princípio da legalidade. A compreensão do conceito material de lei como parte do princípio da legalidade impõe que apenas os órgãos constitucionalmente munidos de capacidade de produção normativa podem inovar no ordenamento jurídico, instituindo, modificando ou extinguindo direitos. A competência normativa exercida pelos entes estatais e pelos órgãos desses entes deve perpassar o filtro constitucional, sendo *ipso facto* de todo inválida, por sofrer de inconstitucionalidade formal, norma jurídica oriunda de órgão para o qual a Constituição da República não deferiu tal permissão.

Aqui, então, deve ficar bem destacada a ressalva: a depender do tema que será regulado, a espécie normativa pode ser outra que não a lei, desde que, é claro, exista expressa autorização constitucional nesse sentido.

## **2 O Poder Judiciário como criador de normas jurídicas não individuais ( $\cong$ leis)**

### *2.1 Criatividade judicial e inflação legislativa: grandezas diretamente proporcionais*

Este tópico tem por propósito examinar a possibilidade de a jurisprudência ajustar-se ao conceito de lei consoante o panorama constitucional que se vivencia. Com efeito, à tradição jurídica brasileira repugnava a adoção da jurisprudência como fonte do direito (cf. Capítulo II, n. 4, *supra*). Todavia, a viragem observada ao longo das últimas décadas no que tange o poder normativo atribuído à jurisprudência exige atualização da doutrina, para que esta

---

<sup>338</sup> GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto...*, pp. 228-229.

não se encaixele junto a seus preceitos e valores prediletos e se isole da dinâmica normativa sempre em frenética mudança. Como expõe Cândido Rangel Dinamarco, “cabe à doutrina o trabalho de, interpretando as normas vigentes e valendo-se de pressupostos metodológicos adequados, traçar o quadro das relações entre a jurisprudência e o direito, definindo a medida em que aquela pode ser aceita como fonte normativa de direitos”.<sup>339</sup>

O ostensivo flerte dos sistemas jurídicos romano-germânicos com o *common law*, e vice-versa, aliás, é um fenômeno generalizado. Ao passo que o *common law* é cada vez mais inflado pelos *acts*, *statutes* e *consolidations*, e já se põem ao lado do *case law* do ponto de vista hierárquico, a jurisprudência assume importância destacada nos territórios dominados pelo *civil law*, máxime em razão da jurisdição constitucional que no desempenho da interpretação constitucional tem transformado o próprio direito constitucional em um direito jurisprudencial, orientado pelas decisões da justiça constitucional.<sup>340</sup> Nesse contexto, o direito positivo construído também pelo Poder Judiciário é uma realidade. As decisões judiciais já não se limitam a resolver conflitos concretos entre sujeitos identificados ou identificáveis. Nesse contexto, as decisões judiciais funcionam como modelos para as decisões futuras. Sob o influxo da *doctrine of precedents*, os tribunais atuam de modo semelhante ao legislador, dispondo não só sobre fatos já acontecidos, como também para capturar situações que no futuro venham a se configurar.

De outra parte, tendo as decisões judiciais aptidão para disciplinarem situações que não pertencem à relação jurídico-processual original, vinculando os juízes, ainda que estes discordem de seu teor, axiomático que devem ser consideradas como normas jurídicas, com efeitos que extravasam os sujeitos processuais, alcançando todos os que se encontrarem sob circunstâncias equivalentes ou parecidas. Assim como acontece com as leis, as medidas provisórias, os decretos executivos, as resoluções de conselhos e de agências reguladoras e outros atos normativos que tenham algum grau de generalidade.<sup>341</sup>

Esses fatos incontestáveis não podem, contudo, deixar de ser cotejados com o fato

---

<sup>339</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Processo Civil – Volume I*. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 156.

<sup>340</sup> LOSANO, Mario G. Os grandes sistemas jurídicos..., p. 345.

<sup>341</sup> Sobre a vinculação aos juízes, própria do *stare decisis*, Frederick Schauer faz a seguinte afirmação: “*The most obvious consequence, of course, is that a decisionmaker constrained by precedent will sometimes feel compelled to make a decision contrary to the one she would have made had there been no precedent to be followed*”. In: SCHAUER, Frederick Schauer. *Precedent*. *Stanford Law Review*, Vol. 39, Tema 3 (fevereiro de 1987), p. 588.

também incontestado de que o Brasil ainda compreende um sistema jurídico baseado em prescrições legislativas que tem a pretensão da completude, um sistema fechado de normas, em que a existência de lacunas dificilmente é reconhecida. Por isso, é oportuno perquirir se há espaço para o *judge made law* próprio das nações regidas pelo sistema de *common law*, sem que isso corresponda vulneração ao princípio da legalidade (art. 5º, II, da Constituição da República).

Realmente, como bem observa René David, o aspecto casuístico que preside o direito anglo-americano permite, intencionalmente, a identificação de muitas lacunas. Segue-se que, à míngua de prescrição legal ou de precedentes judiciais, a razão é francamente reconhecida como fonte do direito chamada a colmatar essas lacunas,<sup>342</sup> que de certa forma até justifica que o juiz exerça o *law making*. Deveras, esses espaços vazios permitem ao juiz declarar que sua decisão seja um *original precedent*, que comporá o acervo normativo daquele sistema e será chamado, pelo critério de distinções, a resolver casos futuros, desde que, obviamente, os novos casos se ajustem aos fundamentos que geraram o precedente utilizado.

Tal cenário é, a toda evidência, bastante diferente do que se visualiza no Brasil e nos demais países de *civil law*, no qual o Poder Legislativo busca disciplinar a totalidade das relações e condutas do Estado e dos particulares. Sem sucesso, é verdade. Até mesmo Kelsen, o príncipe do positivismo jurídico, reconhecia a incapacidade de o Poder Legislativo atender por meio de fórmulas gerais e abstratas com eficiência ao dogma da completude, de que decorre o reconhecimento de que as normas devem ser preenchidas pelo intérprete, dentro das várias possibilidades de aplicação defluentes da indeterminação natural do direito. Nessas circunstâncias,

O Direito a aplicar forma, em todas estas hipóteses, uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao Direito todo ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível.<sup>343</sup>

Na visão de Kelsen, a sentença está limitada ao texto, mas nem por isso nega que as decisões judiciais também pertençam ao processo de construção do direito.<sup>344</sup> Em verdade,

---

<sup>342</sup> DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo...*, p. 439.

<sup>343</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito...* p. 390.

<sup>344</sup> A observação de René David reforça o entendimento ora advogado. Para ele, nos sistemas de *civil law* “a jurisprudência move-se dentro de quadros estabelecidos para o direito pelo legislador, enquanto a atividade do

a decisão judicial faz parte do processo de criação jurídica, na medida em que se cuida de uma norma geral individualizada.<sup>345</sup>

Dessa forma, o Brasil, se bem que imerso na tradição positivista romano-germânica, não está imune ao fenômeno da criação judicial do direito, magistralmente descrito em nível internacional por Mauro Cappelletti. A criação judicial do direito, em verdade, está intimamente ligada à interpretação de textos legais, que, não raro, estão repletos de termos indeterminados. Os termos indeterminados são devidamente definidos no processo de aplicação do direito ao caso concreto, que se dá na sentença, norma jurídica individual, cuja produção requer a fase interpretativa do texto normativo utilizado para dirimir o dissídio. A questão que se põe, e que Cappelletti procura responder, é: o juiz é mero intérprete aplicador do direito, ou participa da atividade legislativa, é dizer, da criação do direito?

Certo, vale o apontamento de Waldron – um admirador confesso da lei em sentido formal -, os juízes, sob o primado da legalidade, devem produzir suas decisões de uma norma geral devidamente identificada e compreendida.<sup>346</sup> Ainda assim, Jeremy Bentham há muito tempo já via com bastante ceticismo a dificuldade que os juízes têm de reconhecer que criam o direito quando julgam as causas. Suas palavras foram evocadas por Cappelletti: “*embora o juiz, como se diz, nominalmente não faça senão declarar o direito existente, pode-se afirmar ser em realidade criador do direito*”.<sup>347</sup>

De outra parte, a transformação do Estado, de Estado liberal para o *Welfare State*, e das Constituições, de promessas e exortações a normas jurídicas impositivas ao Estado e a particulares, determinou o que Grant Gilmore depreciativamente alcunhou de “orgia legislativa”, ou seja, a decisão política do Estado de interferir em esferas cada vez maiores de assuntos e de atividades.<sup>348</sup> O “legislador motorizado” empurrou para o mesmo ritmo a Administração Pública, pois que o Poder Legislativo se viu na periclitante situação de não conseguir responder às múltiplas demandas que ele mesmo criou, fator que o levou, paradoxalmente, a abdicar das competências por ele assumidas, transferindo-as ao Poder

---

legislador visa precisamente estabelecer estes quadros” In: *Os Grandes Sistemas...*

<sup>345</sup> Kelsen, Hans. *Teoria Pura do Direito...* p. 265.

<sup>346</sup> Eis como se posta Waldron: “*This, I believe, is a primary obligation that she has under the rule of law – to derive her particular decisions from an identified and articulate general norm*”. In: WALDRON, Jeremy. *Stare Decis and the Rule of Law: A Layered Approach*. New York: New York University, 2011.

<sup>347</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1993, p. 17-18.

<sup>348</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?*..., p. 39.

Executivo.<sup>349</sup> O *Welfare State* converte-se, assim, em estado administrativo, no qual dois gigantes assumem o protagonismo: o “legislador mastodonte” e o “leviatanesco administrador”.<sup>350</sup>

A inflação legislativa fomentada pelo estado intervencionista deveria ter por consequência a redução da produção de normas pelo Poder Judiciário, já que em um cenário assim deveria haver menos espaço para a criatividade judicial. Mas não foi o que se deu. Leis e criatividade judicial não são grandezas inversamente proporcionais. São diretamente proporcionais: quanto mais leis mais criação judicial do direito. Nas meditadas palavras de Cappelletti, “A verdade é que apenas um sistema equilibrado de controles recíprocos pode, sem perigo para a liberdade, fazer coexistir um legislativo *forte* com um executivo *forte* e um judiciário *forte*”.<sup>351</sup> O incremento da juridicização das relações determina a judicialização dos conflitos e até das dúvidas daí resultantes. Quanto mais leis houver, mais interpretação (= criação) judicial do direito haverá. Nesse particular, os conceitos de interpretação e de criação do direito, para Cappelletti, não são excludentes. Para fundamento de sua tese, recorre o jurista italiano, entre outros subsídios, à fala de Garfield Barwick, *Chief Justice* da *High Court* da Austrália, segundo o qual mesmo a melhor técnica legislativa não impede a superveniência de espaços desocupados, de ambiguidades e indefinições, resolvidas, em última análise, pela via judiciária.<sup>352</sup> Em outros termos: a interpretação judiciária do direito implica indefectivelmente certo grau de criatividade. Cappelletti, nesse particular, é radical nas suas observações. Afirmar que os juízes criam o direito é uma obviedade, uma trivialidade, um truísmo sem sentido. Rigorosamente, toda interpretação é criativa, e toda interpretação judiciária, “*law making*”.

## 2.2 Os limites à criatividade judicial e a soberana prerrogativa de escolha

Ontologicamente inexistente diferença qualitativa entre os processos de produção de normas legislativas e judiciais. A distinção que há é de “graus de criatividade e os *modos, limites e legitimidade* da criatividade judicial”.<sup>353</sup> Ao legislador é conferido maior grau de liberdade, que encontra limites apenas nas constituições escritas e nas decisões da justiça constitucional. Os limites substanciais dos juízes são mais estreitos, pois demarcados não só pelas constituições

<sup>349</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?*..., p. 43.

<sup>350</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?*..., p. 47.

<sup>351</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?*..., p. 54.

<sup>352</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?*..., pp. 20-21.

<sup>353</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?*...p. 25.

e pelas decisões das cortes constitucionais, mas também pelas leis ordinárias, pelos precedentes e por tudo mais que validadamente exista no ordenamento jurídico. Daí por que o juiz se depara com limites mais frequentes e menos imprecisos, o que logicamente restringe sua criatividade. Do ponto de vista quantitativo, mas não qualitativo. Ambos, o processo judicial e o processo legislativo, constituem processos de criação do direito.<sup>354</sup>

O juiz não está, pois, aprisionado pelo texto. Está apenas limitado por ele, pelas palavras que integram o texto, que comportam vários significados. Como expende o memorável *Justice* norte-americano Oliver Wendell Holmes, “*Where there is doubt the simple tool of logic does not suffice, and even if it is disguised and unconscious, the judges are called on to exercise the sovereign prerogative of choice*”.<sup>355</sup>

A soberana prerrogativa da escolha que ao juiz é dada decorre não só da polissemia que os termos dos textos contêm, mas também do contexto em que tais termos são interpretados e aplicados. Todos esses fatores somados militam para que a criatividade judicial seja um fenômeno natural do direito positivo, enunciado com maestria por Hans Kelsen. Primeiramente, ele reconhece a relativa indeterminação do ato de aplicação do direito, cujo exemplo mais expressivo e clássico é a sentença:

Esta determinação nunca é, porém, completa. A norma do escalão superior não pode vincular em todas as direções (sob todos os aspectos) o ato através do qual é praticada. Tem sempre de ficar uma margem, ora maior ora menor, de livre apreciação, de tal forma que a norma do escalão superior tem sempre, em relação ao ato de produção normativa ou de execução que a aplica, o caráter de um quadro ou moldura a preencher por este ato.<sup>356</sup>

Depois, Kelsen recusa a possibilidade de casos duvidosos admitirem somente uma solução correta.<sup>357</sup> Retomando a metáfora da moldura, o resultado de uma interpretação jurídica implica o reconhecimento de que a moldura representa o texto normativo, e conseqüentemente a existência de várias possibilidades que ela contempla. Segue-se que

a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que – na medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar – têm igual valor,

<sup>354</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?*...p. 27.

<sup>355</sup> HOLMES, Oliver Wendell. *Law in Science and Science in Law*. In: *Harvard Law Review*, Vol. XII, p. 461.

<sup>356</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*...p. 388.

<sup>357</sup> Não se desconhece a soberba oposição que Ronald Dworkin faz a essa tese. O assunto será desenvolvido adiante.

se bem que uma delas se torne Direito positivo no ato do órgão aplicador do Direito – no ato do Tribunal especificamente.<sup>358</sup>

No mesmo sentido orienta-se H. L. Hart, cuja exposição a respeito é um clássico da literatura jurídica do século XX. A norma geral, expende Hart, não pode se adiantar para demarcar seus próprios exemplos. Os cânones de interpretação em si mesmos não eliminam as incertezas, apenas as reduzem. Seja sob a forma de *case law*, seja sob o revestimento de *statute law*, por mais que funcionem a contento na solução da grande massa de casos comuns, ambos em algum momento terão sua aplicação posta em dúvida. A legislação, qualquer que seja sua procedência, pertence à linguagem humana. Logo, a incerteza nas zonas limítrofes é o tributo que se impõe recolher pelo emprego de termos gerais e abstratos para classificar questões factuais.<sup>359</sup> Como é impossível ao legislador *lato sensu* prever todas as combinações possíveis que o futuro pode abrigar, ele delega, expressa ou tacitamente, a um órgão decisório, o poder de dirimir controvérsias, por meio de uma escolha oficial e bem informada, segundo as necessidades específicas do caso concreto. O legislador então confia ao órgão decisório que defina, para o caso, o sentido de expressões plurissignificativas, como *força maior*, *boa-fé*, *justo motivo*, *interesse social* etc. Entre os extremos de certeza que integram a zona de definição semântica, como a cerca de uma propriedade, há um leito em que julgador pode licitamente trafegar, sem ingerir indebitamente nas competências do outro poder. E aqui Hart ingressa no ponto alto de sua majestosa exposição: o reconhecimento da discricionariedade judicial como parte do processo de criação judicial do direito:

Nesses casos, a autoridade encarregada de estabelecer as normas deve evidentemente exercer sua discricionariedade, e não há possibilidade de tratar a questão levantada pelos vários casos como se pudesse ser resolvida por uma única solução correta *a priori*, e não por uma solução que represente um equilíbrio razoável entre diversos interesses conflitantes.<sup>360</sup>

Arrematando, ainda que o direito se preste a fornecer expectativas e orientações a autoridades e a particulares, por meio de normas precisas, as dúvidas sempre surgiram e surgirão quanto à aplicabilidade de uma dada norma a um caso concreto, oportunidade em que os tribunais desempenham uma função normativa parecida com aquelas exercidas por órgãos administrativos, vale dizer, adstrita aos limites demarcados pela lei em sentido formal.

---

<sup>358</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*...p. 391.

<sup>359</sup> HART, H. L. *O Conceito de Direito*...p. 163-166.

<sup>360</sup> HART, H. L. *O Conceito de Direito*...p. 171.

## VI - O REGIME DOS PRECEDENTES NO DIREITO PROCESSUAL BRASILEIRO

### 1 Considerações preliminares

A Lei Federal n. 13.105/2015 instituiu o novo Código de Processo Civil, redefinindo o papel do Poder Judiciário na confecção do tecido normativo brasileiro. As normas que defluem dos enunciados inscritos no Código de Processo Civil permitem inferir que ao Poder Judiciário foi conferida atribuição normativa, capaz de não só solucionar as controvérsias de natureza concreta postas à sua apreciação, como também disciplinar as relações intersubjetivas no plano geral e abstrato.

A lei em sentido formal recebeu com isso ressignificação. Não se adstringe aos documentos com pretensão normativa provindos do Poder Legislativo e, eventualmente, do Poder Executivo. O Poder Judiciário passa, formalmente, a compor o elenco dos produtores de normas, aptas a conferir direitos subjetivos e ônus e deveres processuais.

A linguagem constante de alguns dispositivos do Código de Processo Civil, especialmente dos artigos 926 e 927, permite cogitar uma mais íntima aproximação do sistema jurídico positivo até então predominante no Brasil, vale afirmar, o sistema jurídico romano-germânico, com o sistema jurídico característico dos países pertencentes à tradição do *common law*, porque parte da produção do direito foi atribuída pelo Código de Processo Civil ao Poder Judiciário, semelhantemente ao que acontece nos países filiados ao *common law*.

Essa aproximação, todavia, não pode ser designada como uma espécie de submissão do sistema vigente ao *common law*, ou de reconhecimento de superioridade deste em relação ao direito escrito. O teor dos dispositivos do Código de Processo Civil que colimaram esse intercâmbio não representam a instituição do *common law* no Brasil. Não se institui por lei algo que delonga séculos para se consolidar, e que só se realiza mediante técnicas de aplicação do Direito que radicam sobre uma estrutura lógica completamente diferente dos países de direito romanista.

Há, em verdade, uma busca pelas características do *common law* que aperfeiçoam a aplicação do Direito sob o ponto de vista da calculabilidade, previsibilidade e racionalidade – e que representam fatores de incerteza e instabilidade do sistema romano-germânico. O *stare*

*decisis* é o instituto de maior apelo nessa busca. A confiança de que as controvérsias judiciais semelhantes recebam tratamento semelhante (*treat like cases alike*), independentemente do órgão jurisdicional que as julgam, significa um *standart* esperado pela coletividade e pelo ambiente jurídico e que, a pretexto da independência judicial (= independência funcional) e da livre convicção do juiz, não tem recebido no Brasil a necessária importância.

Em verdade, a independência judicial, princípio sufragado pela Constituição da República Federativa do Brasil, art. 2º, tem sido utilizada como desculpa para prolação de decisões as mais discrepantes, mesmo diante de casos semelhantes, fator que gera um ambiente de decisões desencontradas, arbitrárias e imprevisíveis, tornando altamente imponderável a resolução de controvérsias jurídicas, em detrimento da segurança e da confiança que deveriam permear os relacionamentos havidos entre os entes jurídicos e políticos e os relacionamentos e expectativas dos jurisdicionados perante seus julgadores.

Esse parece um dos objetivos do novo código: instituir uma lei para os juízes e impor uma disciplina judiciária que torne mais previsível e hierarquizada a aplicação do Direito, sem que isso represente necessariamente um amesquinamento ou engessamento da atividade intelectual do juiz. Em verdade, pela leitura dos dispositivos do Código que serão objeto do presente estudo, depreende-se que o Poder Judiciário teve suas forças incrementadas, malgrado esse incremento de poder concentre-se nas mais elevadas instâncias, com perda de discricionariedade judicial (se é que ela existe ou algum dia existiu) dos juízes de primeiro grau.

Como dito, é temerário (e epistemologicamente errado) declarar que os dispositivos focalizados promulgam a vigência no Brasil do *common law*. A base normativa do *common law* passa ao largo do direito escrito. O *common law* não se impõe a fórceps, por lei. E não é disso de que cuida o novo código. Não institui ele o regime da supremacia judicial no âmbito normativo, nem a utilização dos costumes enquanto principal fonte do direito. Não se fala em *higher law* quando proclamou o Código de Processo Civil a disciplina da vinculação aos pronunciamentos dos tribunais. Esses pronunciamentos são muito diferentes dos precedentes, seja no processo de formação, seja na elaboração de seus enunciados. Tampouco pairam sobre a lei, tal como sucede com o *common law*. O direito consuetudinário, importante no plano retórico para a legitimação do *common law*, não ganhou espaço e relevância debaixo do novo regime processual.

Em verdade, esses pronunciamentos arrolados pelo art. 927 do Código de Processo Civil não consistem em normas jurídicas inerentemente primárias, assim entendidas as normas que arrancam seu fundamento de validade de normas superiormente instituídas pelo poder constituinte. (Não confunda-se aqui o significado de norma primária com a noção de normas primárias preconizada por Hart, detalhada no n. I, item 2.3., *supra*.) Eles partem de pressupostos normativos escritos, e consubstanciam resultado da operação de interpretação jurídica de textos que demandam definição de seus conteúdos, em virtude da vagueza e da ambiguidade de seus termos. Assim, estão a postular e contribuir para a unidade e para a integridade do Direito, em ordem a que os julgamentos de casos semelhantes sejam uniformizados.

## 2 Desenvolvimento histórico

Como explanado (n. V, item 1.2.3, *supra*), na tradição cultural herdada do direito continental europeu a lei é a fonte por excelência do direito; decisões judiciais, não. Esse dogma, expressado pelo positivismo germânico enquanto ciência da legislação positiva, pressupunha uma situação histórica concreta: “*la concentración de la producción jurídica en una sola instancia constitucional, la instancia legislativa. Su significado supone una reducción de todo lo que pertenece al mundo del derecho - esto es, los derechos e la justicia - a lo dispuesto por la ley*”.<sup>361</sup> A concentração do direito na lei tinha por mote a busca pela segurança. As relações econômicas, sociais, familiares, do Estado com os particulares deveriam ser reguladas pela lei. As controvérsias eventualmente surgidas seriam dirimidas pela lei. Ao juiz não competia propriamente criar o direito, mas aplicar a vontade da lei ao caso concreto, dando a cada um o que é seu. Para alcançar a multiplicidade de relações e de situações apresentadas, as leis deviam ser redigidas em termos gerais e abstratos.

Logo se constatou que tal ideal foi conspurcado, posto utópico. Deterioraram-se as características de generalidade e de abstração das leis como normas jurídicas. A influência de grupos de pressão e de representantes dos mais variados extratos sociais acarretou a multiplicação de normas de natureza setorial, “*de reducida generalidad o de bajo grado de abstracción*”, pervertendo o ordenamento jurídico em um mercado de leis.<sup>362</sup>

A inserção no Código de Processo Civil das regras acima declinadas representa

---

<sup>361</sup> ZAGREBELSKI, Gustavo. El Derecho Dúctil... p. 33.

<sup>362</sup> ZAGREBELSKI, Gustavo. El Derecho Dúctil...p. 37.

clara superação do paradigma adrede enunciado. A lei vinda do Poder Legislativo terá de conviver com outras espécies normativas criadas pelo Poder Judiciário. Além disso, o novo Código declina máximas de interpretação e de aplicação do direito que tem potencial de reconfigurar a produção de decisões judiciais, porquanto positivam vetores interpretativos e filosóficos que, *ex vi legis*, não podem ser olvidados pelos juízes. Esses vetores se hospedam no art. 926 do Código de Processo Civil, e cominam aos juízes os deveres de integridade, coerência e uniformidade.

Todavia, a positivação da jurisprudência como fonte imediata do direito não é uma revolução. Trata-se de um fenômeno que remonta ao início da segunda metade do século passado e que vem a se consolidar com mais intensidade nas últimas três décadas. O marco histórico desse movimento ocorreu em 1963, quando o Supremo Tribunal Federal, por iniciativa do Ministro Victor Nunes Leal, instituiu as súmulas da jurisprudência dominante do Tribunal. Essas súmulas, redigidas em enunciados sucintos e genéricos, a toda evidência, em muito diferem dos precedentes utilizados nos sistemas jurídicos do *common law*. Nestes os precedentes compreendem a totalidade dos fundamentos determinantes, fáticos e jurídicos, da solução outorgada à lide, fundamentos esses que servem para dirimir conflitos semelhantes. Outrossim, os precedentes não vêm ao mundo normativo com essa roupagem. Inicialmente, são decisões judiciais como todas as outras: apenas visam à adjudicação legal do caso concreto. Eles são reconhecidos como precedentes posteriormente, pelo emprego de seus fundamentos determinantes em outras demandas. Já as súmulas, muito embora provenham de decisões proferidas em sede de litigiosidade repetida, eram proclamadas já com o intento de balizar decisões posteriores de tribunais inferiores e do próprio Supremo Tribunal Federal. Se bem que não assumidamente vinculantes, em si mesmas já serviam para resolver litígios, pois que o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, art. 15, IV, atribuiu ao relator a competência para determinar o arquivamento do recurso extraordinário ou do agravo de instrumento cuja pretensão recursal se opunha ao teor de súmula.

Essa inovação regimental veio a ser incorporada pela Lei Federal n. 8.038/90, que estendeu referido tratamento jurídico ao recurso especial, processado perante o Superior Tribunal de Justiça. Sucederam-se, após isso, várias reformas legais de caráter pontual, que aceleraram a evolução normativa brasileira em direção ao reconhecimento da jurisprudência como fonte de direito.

Essas reformas podem ser assim sumariadas:

- Lei Federal n. 9.756/98: atribuiu competência ao relator do conflito de competência para decidi-lo de plano na hipótese de haver jurisprudência dominante do tribunal sobre a questão suscitada.
- Lei Federal n. 9.758/98: atribuiu competência ao relator da apelação ou do agravo de instrumento para negar seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, ou dar provimento ao recurso se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.
- Lei Federal n. 10.352/2001: aboliu a revisão necessária de sentença proferida contra a fazenda pública quando estiver fundada em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmula deste Tribunal ou do tribunal superior competente.
- Lei Federal n. 11.276/2006: modificou o art. 518, § 1º, do Código de Processo Civil, pelo qual se determinou ao juiz que, em juízo de admissibilidade, rejeitasse a apelação quando a sentença estivesse em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal: verifica-se aqui a outorga de caráter normativo às súmulas meramente persuasivas, pois poderiam impedir o processamento de apelação quando a sentença impugnada aplicasse, na solução da causa, essas súmulas.
- Lei n. 11.417/2006: regulamentou o art. 103-A da Constituição da República disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal.
- Lei n. 11.418/2006: conferiu aplicação à Emenda Constitucional n. 45/2004, incluindo a repercussão geral como pressuposto de admissibilidade do recurso extraordinário e implantou o incidente de julgamento de recursos repetitivos, ambos mecanismos pelos quais a decisão proferida em um caso concreto espalhava seus fundamentos a outras demandas iguais ou semelhantes.
- Lei 11.672/2008: institui a disciplina de processamento de recursos especiais repetitivos.
- Lei n. 12.322/2010: atribuiu competência ao relator do agravo interposto perante o

Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça para conhecer do agravo e negar seguimento ao recurso manifestamente inadmissível, prejudicado ou em confronto com súmula ou jurisprudência dominante no tribunal, ou dar provimento ao recurso, se o acórdão recorrido estivesse em confronto com súmula ou jurisprudência dominante no tribunal.

### **3 A integridade do direito**

#### *3.1 A discricionariedade judicial e(é) o paradoxo do positivismo*

O art. 926 do Código de Processo Civil estatuiu que os Tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. Trata-se de um dos mais importantes dispositivos do novo Código pois dele decorrem um novo método de exercício da atividade judicial e uma nova forma de construir o direito, com os olhos fitos no passado, concomitantemente mirando o futuro, com pretensão de aperfeiçoar-lhe, retendo o que de melhor o passado pode transmitir, mas lançando fora aquilo que já não aproveita para a consecução dos objetivos do código e, em última análise, da Constituição da República.

A redação do dispositivo reflete o resultado de uma escolha doutrinária derivada de uma das grandes polêmicas da filosofia do direito do século XX, travada especialmente entre Herbert. L. Hart e Ronald Dworkin, que gravita na possibilidade de o juiz escolher ao seu alvedrio o significado de termos constantes de enunciados normativos para decidir casos difíceis. Hart diz que sim; para Dworkin, não há essa faculdade. O legislador brasileiro tomou partido nessa disputa, como se verá.

É bastante difundida a noção de que os termos constantes dos textos legais são polissêmicos, isto é, comportam vários sentidos. A apreensão dos significados das palavras empregadas pelo legislador incumbe ao aplicador do direito, que deve se nortear pelo binômio circunstâncias do caso concreto/fins queridos pela norma: “*A partir del caso, el intérprete procede a buscar las reglas y vuelve a él, en um procedimiento circular (ell llamado 'círculo interpretativo') de dirección bipolar que finaliza cuando se componem de modo satisfactorio las exigencias del caso y las pretensiones de las reglas jurídicas*”.<sup>363</sup> Esse procedimento, porém,

---

<sup>363</sup> ZAGREBELSKI, Gustavo. *El Derecho Dúctil...*, p. 134.

não tem lugar em qualquer ocasião. Apenas quando as palavras contidas no enunciado normativo padeçam de alguma deficiência semântica, quando sejam vagas ou ambíguas, é que se transfere ao aplicador do direito algum grau de criatividade que se confina no esclarecimento do significado de termos ambíguos usados pelo redator do texto legal.

O positivismo postula então o seguinte: o texto de uma dada norma possibilita que certos casos seguramente ingressem no terreno de sua aplicação. Esses são os casos simples ou fáceis, que se resolvem mediante um silogismo básico, composto de duas premissas e uma conclusão. Esses casos compreendem a zona de certeza ou “zona de luz” no âmbito da qual a interpretação e a aplicação da norma são incontroversas, seja para que a norma efetivamente discipline a questão litigiosa, seja para inferir que a norma certamente não a alcança. O problema maior radica na zona de indeterminação: há casos específicos em que não se pode afirmar categoricamente que a norma se aplica, pois em relação a eles se mostra vaga, imprecisa e dúbia. Esses casos se localizam na “zona de penumbra”. Isso ocorre porque os textos legais - e aqui se considera texto legal todo aquele que se supõe passível de aplicação ao caso, seja ele proveniente do Poder Legislativo ou não – são redigidos em linguagem natural e, por essa razão, são dotados de uma textura aberta.

Aqui exsurge um paradoxo. Um dos precursores do positivismo, o jurista e acadêmico inglês do século XIX John Austin, demonstrando sua ardorosa devoção à lei escrita e à soberania do parlamento, proclamava que “*So far as the judge's arbitrium extends, there is no law at all*”. A Austin repugnava o direito construído pelos juízes. Dizia ele que, mesmo que o direito escrito (*statute law*) fosse incapaz de provisionar solução para todas as situações conflitivas, ainda assim a regulação legislativa seria melhor do que relegar conflitos que poderiam ser facilmente disciplinados por lei ao mero arbítrio judicial: “*you do not obviate the incompleteness inherent in statute law by making no law*”, dizia ele.<sup>364</sup> No berço do *common law*, Austin ousadamente proclamava que uma decisão judicial, por buscar a composição de um caso particular, seria necessariamente menos abrangente do que um texto legislativo. O direito estatuído é vocacionado a reger vários gêneros de casos, em vez de abraçar apenas algumas espécies, como sói ocorrer com as decisões judiciais. A regra fluente da decisão judicial é invariavelmente mais estreita. Serve para bem menos situações posteriores e sua utilidade, enquanto norma, é bastante questionável. Com isso, Austin elabora sua pergunta retórica: “qual

---

<sup>364</sup> AUSTIN, John. *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law*. Londres: Robert Campbell, 1869, p. 688.

modalidade de sistema tende a ser mais desajeitado e inconsistente: um sistema de regras formado com solidez, cuja pesquisa tenciona enfrentar todo o campo do direito, ou um amontoado de decisões feitas uma de cada vez, e sob a pressa e as pressões do serviço judicial?”<sup>365</sup>

Não obstante a visão advogada por Austin, por mais extenso que seja o ordenamento jurídico, é humanamente impossível que todas as situações e conflitos sejam por ele direta e claramente reguladas. Os fatos não atingidos pelo direito devem ser dirimidos mediante recursos a argumentos que refogem da esfera jurídica. E aqui fica exposto o paradoxo: sem lograr solucionar todos os conflitos mediante a lei em sentido formal, como gostaria, o positivismo transfere ao juiz o papel de legislador *ad hoc*. “Quem identifica o direito com a lei escrita, ou seja, quem defende a tese do positivismo legal deve afirmar que, nos casos duvidosos, a decisão é determinada por fatores extrajurídicos”.<sup>366</sup> Com relutância, o positivismo concede ao juiz elevada discricionariedade para solver casos duvidosos, residentes na zona de penumbra. E mais: em manifesta contradição com suas proposições teóricas, confessa que a solução das controvérsias judiciais pode ser encontrada em outras áreas do conhecimento, como a moral, a política, a filosofia e a economia.

A discricionariedade judicial é o clímax do magistério de Hart. O Professor da Universidade de Oxford não nega que as situações complexas constroem uma ponte entre o direito e moral e permitem ao juiz eleger opções igualmente válidas. A decisão judicial, exprime Hart, nomeadamente em tema que evoca direitos de matiz constitucional, demanda escolhas entre valores morais de relevância equivalente, pois “é loucura acreditar que, onde o significado da lei é duvidoso, a moral tenha sempre uma resposta clara a oferecer”.<sup>367</sup> A escolha, embora delegada ao arbítrio judicial, não é arbitrária. Ela exige virtudes próprias do juiz que, inclusive, distanciam em certos aspectos a atividade judicial da atividade legislativa – sem bem que ambas constituam criação do direito. Quais são essas virtudes?

- A imparcialidade e a neutralidade na análise das opções disponíveis.
- A ponderação dos interesses de todos os que serão direta ou eventualmente atingidos pela decisão.

---

<sup>365</sup> AUSTIN, John. *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law...* p. 688 (tradução livre).

<sup>366</sup> ALEXY, Robert. *Conceito e Validade do Direito...*, p. 11-12.

<sup>367</sup> HART, H. L. *O Conceito de Direito...*, p. 265.

- A preocupação em fundamentar racionalmente a decisão sobre um aceitável princípio geral do direito.

Como a quantidade desses princípios é expressiva, segue-se que não há uma só resposta correta para cada caso difícil a ser julgado. Mas a resposta escolhida, observadas as premissas acima declinadas, é legítima, pois derivada de uma decisão imparcial, baseada nos fatos litigiosos e ponderada segundo os princípios eleitos pelo autor da decisão.<sup>368</sup>

Credo semelhante é professado por Hans Kelsen, para quem o direito e a lei são coincidentes. Kelsen, porém, é em um ponto mais radical que Hart. Para ele não há comunicação entre o direito e a moral. O direito não pode ser valorado. Aliás, pode, mas nunca pela ciência do direito, nem pelo aplicador do direito, sob pena de este se converter em político. Não que a ética, a política ou a sociologia não se conectem com o direito. Kelsen não desconhece esse estreito relacionamento, mas rejeita o sincretismo científico que ele pode gerar, porquanto causa conspurcação “da essência da ciência jurídica e dilui limites que lhe são impostos pela natureza do seu objeto”.<sup>369</sup> A ciência do direito é neutra em relação aos valores, tornando, em seu horizonte de projeção, irrealizável a busca pela justiça absoluta. Kelsen vai além: “a justiça absoluta não é cognoscível pela razão humana”.<sup>370</sup> A consideração da justiça de certa norma envolve um juízo de valor, operação a que Kelsen nega qualquer conteúdo científico, pois todo juízo de valor é irracional porque baseado na fé e não na razão. Não há base científica para escolher um valor ético, moral ou político em detrimento de outro. À teoria do direito cabe apenas expor os possíveis valores de justiça, sem indicar preferência em relação a eles. Nos dizeres de Kelsen,

De fato, muitas e muitas normas de justiça, muito diversas e em parte contraditórias entre si, são pressupostas como válidas. Um tratamento científico do problema da justiça deve partir destas normas de justiça e por conseguinte das representações ou conceitos que os homens, no presente e no passado, efetivamente se fazem e fizeram daquilo que eles chamam de “justo”, que eles designam como justiça. A sua tarefa é analisar objetivamente as diversas normas que os homens consideram válidas quando valoram algo como “justo”.<sup>371</sup>

<sup>368</sup> HART, H. L. *O Conceito de Direito...*, p. 264.

<sup>369</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito...*, p. 2.

<sup>370</sup> LOSANO, Mario G. *Introdução*. In: KELSEN, Hans. *O problema da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. XXVI.

<sup>371</sup> KELSEN, Hans. *O problema da justiça...*p. 16.

Nesse ponto, as teorias de Kelsen e de Hart se reconciliam. Kelsen admite a hipótese de o hermenauta dispor de vários princípios metajurídicos como indutores da norma decisória individual. Enquanto Hart sustenta que os textos legais têm textura aberta, de modo que sua aplicação pode ser calibrada, Kelsen prescreve que os dispositivos constituem a moldura dentro da qual o intérprete pode imprimir a imagem que reputar adequada à solução do caso. Kelsen novamente é radical, e aqui se detecta alguma incoerência em seu pensamento cartesiano: a rigor não existem zonas de determinação ou de certeza: “Tem sempre de ficar uma margem, ora maior ora menor, de livre apreciação, de tal forma que a norma do escalão superior tem sempre, em relação ao ato de produção normativa ou de execução que a aplica, o caráter de um quadro ou moldura a preencher por este ato”.<sup>372</sup> Sempre.

Kelsen, antes de Hart, já preconizava a outorga de discricionariedade judicial na aplicação do direito em situações nas quais o direito não fornecia uma solução clara - e pelas proposições de Kelsen supõe-se que isso sempre ocorre. Desde que não rompa a moldura incrustada pela norma geral, cabe ao intérprete preenchê-la como melhor lhe aprouver:

Sendo assim, a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que – na medida em que sejam aferidas pela lei a aplicar - têm igual valor, se bem que apenas uma delas se torne Direito positivo no ato do órgão aplicador do Direito – no ato do tribunal, especificamente.<sup>373</sup>

*Es gibt keine richtige Antwort*, possivelmente diria Kelsen a Ronald Dworkin em um hipotético debate.

### 3.2 Ainda a discricionariedade judicial: uma conversa de surdos?

Ronald Dworkin se posta radicalmente contra os postulados positivistas tradicionais. Os *hard cases*, que são as ações judiciais cuja solução não provém de uma regra jurídica clara, não podem pretextar a concessão de discricionariedade ao juiz. Dworkin aborrece a ideia de originalidade judicial, isto é, o direito de o juiz decidir um caso difícil de uma maneira ou de outra, formulando novos direitos jurídicos (*new legal rights*), aplicando-os retroativamente ao fato examinado. “O juiz continua tendo o dever de, mesmo nos casos difíceis, descobrir quais

---

<sup>372</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito...*, p. 388.

<sup>373</sup> *Idem, ibidem.*

são os direitos das partes, e não de inventar novos direitos retroativamente”.<sup>374</sup> Esses casos sempre têm uma resposta correta, que deve ser extraída dos princípios e regras legais e, eventualmente, de princípios de justiça componentes da moral objetivamente compartilhada pelos membros da comunidade.<sup>375</sup>

Antes, porém, de fazer carga contra as premissas positivistas, que facultam ao juiz o exercício de sua discricionariedade na resolução de casos difíceis, Dworkin lembra que as regras jurídicas válidas segundo testes de *pedigree* (validade formal) é que determinam qual comportamento será alvo de punição ou de coação pelo poder público. Essas regras, para os positivistas, devem ser os instrumentos de regulação dos casos concretos. Mas, se um desses casos não estiver claramente coberto pelas regras reconhecidas conforme testes de *pedigree* (ou porque não exista nenhuma apropriada ou porque são vagas), esse caso não pode ser decidido por meio da aplicação do direito posto. Ele será solucionado pelo juiz conforme estimar seu próprio discernimento, “o que significa ir além do direito na busca por algum outro tipo de padrão que o oriente na confecção de nova regra jurídica ou na complementação de uma regra já existente”.<sup>376</sup>

A esta altura, Dworkin identifica o ponto fraco da teoria positivista e da discricionariedade judicial que ela preconiza, e que acima nomeamos de paradoxo do positivismo. Ora, se em determinado caso concreto o juiz esgota as regras à sua disposição sem que nenhuma delas sirva para a adjudicação legal, autorizando o uso de seu poder discricionário, criando uma nova regra que será aplicada retroativamente, o direito nos moldes do positivismo ruiria.<sup>377</sup> O próprio positivismo abriria as portas à livre criação do direito, que é justamente aquilo que ele visa a todo custo evitar.<sup>378</sup>

Dworkin considera vexatórias as divergências semânticas que abririam espaço à discricionariedade judicial. Os diferentes sentidos que se pode atribuir a um termo ou são

---

<sup>374</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 127.

<sup>375</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério...*, p. 8.

<sup>376</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério...*, p. 28.

<sup>377</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério...*, p. 59.

<sup>378</sup> Conquanto Jeremy Waldron seja ferrenho adversário de Ronald Dworkin no que tange à legitimidade da jurisdição constitucional, quanto ao tema aqui focalizado, qual seja, os flancos abertos pelo positivismo, o pensamento de ambos converge. Confira-se, à guisa de ilustração, a seguinte passagem: “Pois o fato é que, embora o positivismo jurídico tenha tradicionalmente dado lugar de distinção à legislação como base do direito, os positivistas modernos estão muito menos interessados nisso do que no processo pelo qual o direito é desenvolvido nos tribunais” (*A Dignidade da Legislação...*, p. 17).

insignificantes a ponto de não serem capazes de alterar o resultado da interpretação, ou são distantes a ponto de não terem nada em comum e se referirem a coisas completamente diferentes, “como em uma discussão na qual uma pessoa tem em mente bancos de investimento e a outra, bancos de uma praça”.<sup>379</sup> A crítica nesse particular é cáustica:

O direito é uma profissão florescente e, apesar dos defeitos que possa ter, inclusive aqueles fundamentais, não se trata de uma piada grotesca. Significa alguma coisa afirmar que os juízes devem aplicar a lei, em vez de ignorá-la, que o cidadão deve obedecer à lei, a não ser em casos muito raros, e que os funcionários públicos são regidos por suas normas. Parece estúpido negar tudo isso simplesmente porque às vezes divergimos sobre o verdadeiro conteúdo do direito.<sup>380</sup>

A falsa divergência sobre o significado de termos constitui o aguilhão semântico que malferre o positivismo tradicional: ou as pessoas estão falando sobre coisas completamente diversas que contêm os mesmos sinais linguísticos ou são expressadas por fonemas que produzem o mesmo som, ou as divergências a respeito do significado dos termos são irrelevantes e incapazes de alterar o resultado da interpretação.

Dworkin afirma que cada caso, por mais difícil que seja, exige uma única solução que deve ser buscada e encontrada pelos juízes nos princípios jurídicos, éticos e políticos que pertencem à Constituição e às decisões judiciais passadas que aplicaram a linguagem abstrata da Constituição. A Constituição tem um significado unívoco e a corte constitucional deve descobrir esse significado.<sup>381</sup> Com isso, reafirmam-se os mesmos princípios antes reconhecidos e o direito ganha coerência. E mais: “os princípios que serviram de base para se justificar direitos para um grupo ou numa determinada situação são estendidos na medida do possível a todas as outras pessoas a quem poderiam igualmente ser aplicados”.<sup>382</sup> O ideal de *equal concern and respect* deve ser devidamente avaliado na elaboração da decisão.

### 3.2.1 Argumentos de política e argumentos de princípio: a tese dos direitos

Com efeito, o positivismo franquearia ao juiz o recurso aos argumentos de política para resolução de *hard cases*. O que são argumentos de política? São aqueles que o juiz utiliza

<sup>379</sup> DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 53.

<sup>380</sup> DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito...*, p. 54.

<sup>381</sup> PORRAS, Dorado Javier *apud* RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 32.

<sup>382</sup> DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 84.

quando, diante de uma norma imprecisa, atua como legislador delegado do Poder Legislativo produzindo normas que, em sua opinião, coincidiriam com aquelas que o Legislativo promulgaria caso se visse diante de idêntico problema.<sup>383</sup> Esses argumentos justificam uma decisão política que fomenta ou resguarda algum objetivo político escolhido pela comunidade. Assim, caso a comunidade deseje um incremento da atividade da indústria automobilística, um argumento de política subvencionaria uma decisão política consistente na redução de tributos incidentes sobre a produção de automóveis.<sup>384</sup>

Os argumentos de princípio também justificam uma decisão política. Todavia, a decisão política assegurada pelos argumentos de princípio não visa a implementar ou proteger a consecução de uma meta. Eles se propõem a garantir um direito individual ou coletivo.<sup>385</sup> Um argumento de princípio legitima uma decisão judicial que visa, por exemplo, a garantir o direito à livre associação, eventualmente embaraçado pelas autoridades de segurança pública.

Um argumento de política também pode sustentar um argumento de princípio que garanta um direito jurídico (= direito subjetivo). É que um argumento de política acolhido pela Legislatura e convertido em lei determina a produção de um argumento de princípio que fundamente uma decisão judicial que assegure um direito jurídico. Tomem-se os subsídios fiscais novamente como exemplo: uma vez concedida uma isenção tributária a uma espécie de indústria, todos os empreendedores que se amoldam às previsões legais devem ser beneficiados. Caso não sejam, o juiz pode colmatar a omissão recorrendo para tanto a um argumento de princípio, como o princípio da igualdade de tratamento perante a lei.

Os argumentos de política, reflete Dworkin, a não ser indiretamente, não estão ao alcance do juiz, vale dizer, eles não são e não deveriam ser legisladores delegados. A decisão judicial deve ser o menos original (= criativa) possível, pois o Poder Judiciário, pela forma de provimento de seus cargos, não tem responsabilidade perante a comunidade (*accountability*). Além disso, a criação judicial de um direito implica aplicá-lo retroativamente ao demandante que será punido não por ter violado um dever de que já tivesse ciência, mas por ter violado um novo dever criado *ex post facto*. “Todos nós concordamos que é errado sacrificar os direitos de

---

<sup>383</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério...*, p. 129.

<sup>384</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério...*, p. 129.

<sup>385</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério...*, p. 129.

um homem inocente em nome de algum novo dever, criado depois do fato”.<sup>386</sup>

Os argumentos de política conferem uma discricionariedade tal que não se ajusta à atividade judicial, pois ao Poder Judiciário não é lícito, no julgamento de casos concretos, escolher medidas que se vocacionem a prossecução de metas coletivas, na medida em que os objetivos políticos são estados de coisas que não requerem a concessão de oportunidades particulares, tampouco medidas, recursos ou liberdades para indivíduos determinados.<sup>387</sup>

O conteúdo dos princípios reconhecidos não se modifica segundo os valores pessoais de cada intérprete a ponto de permitir que os juízes se convertam em reis filósofos. Referindo-se à Constituição norte-americana, em pensamento que *mutatis mutandis* pode ser perfeitamente transportado para a nossa realidade, Dworkin averba que a Constituição é uma lei, “e, como toda lei, está ancorada na história, na prática e na integridade”.<sup>388</sup> Dworkin irrompe contra o ceticismo e resgata a vetusta profissão de fé dos *common lawyers*, segundo a qual os juízes não criam o direito, apenas o descobrem do âmago dos precedentes, leis, resoluções, princípios positivados ou pertencentes ao pensamento geral, como é caso daquele cujo o enunciado é “ninguém pode ser beneficiado pela própria torpeza”. Este é um princípio não expressamente positivado, mas pertence ao patrimônio moral da comunidade personificada. Logo, pode ser usado como argumento de princípio na adjudicação judicial. Não há discricionariedade judicial. Há, sim, uma dificuldade sobre-humana de encontrar, no desenrolar de um caso difícil, a solução correta, que atenda aos ditames promanados de princípios morais, políticos e jurídicos da comunidade, a norma que justamente solverá o dissídio, dando a cada um o que é seu. Somente um juiz (o sempre imitado e nunca igualado juiz Hércules) dotado de talentos extraordinários e de um tempo inesgotável pode ser capaz de enfrentar tamanha dificuldade.

Nesse arcabouço localiza-se a resposta para demanda a ser julgada – e ela é uma só. Como isso se dá na prática?

O direito como integridade nega que as manifestações do direito sejam relatos factuais do convencionalismo, voltados para o passado, ou programas instrumentais do pragmatismo jurídico, voltados para o futuro. Insiste que as afirmações jurídicas são opiniões interpretativas que, por esse motivo,

<sup>386</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério...*, pp. 132-133.

<sup>387</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério...*, p. 140.

<sup>388</sup> DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana...*, p. 17

combinam elementos que se voltam tanto para o passado quanto para o futuro; interpretam a prática jurídica contemporânea como uma política em processo de desenvolvimento.<sup>389</sup>

Considerada a prática jurídica contemporânea como uma política em processo de desenvolvimento, ela deve se estruturar sobre princípios vários que guardem coerência entre si, de modo que a justiça, a equidade e o devido processo legal adjetivo sejam aplicados às novas demandas surgidas nesse ambiente de constante evolução, de tal maneira que a pessoa a ser atingida pela decisão tenha sua situação moldada pela justiça e pela equidade, segundo as normas usualmente aplicadas. A integridade assume, nessas circunstâncias, a ambição de uma comunidade personificada de princípios. A história institucional assume, nesse contexto, papel primordial componente do juízo dos juízes, como um cenário que qualquer reflexão sobre direitos jurídicos leve em consideração. Os objetivos hoje visados pela legislação não podem manietar o legislador futuro que, em um contexto diferente, pode projetar outros programas que de algum modo guardem pertinência com os programas passados, preservando com isso o sentido do romance em cadeia escrito pela prática jurídica.<sup>390</sup>

Quando um juiz opta entre a regra estabelecida por um precedente e uma nova regra que se considera mais justa, ele não está fazendo uma escolha entre a história e a justiça. Em vez disso, faz um julgamento que requer uma certa conciliação entre considerações que em geral se combinam em qualquer cálculo de direitos políticos, mas que aqui competem uma com a outra.<sup>391</sup>

Uma decisão judicial baseada em argumentos de política desligados do tecido normativo insufla uma administração judicial intuicionista, que faculta a tomada de decisões que parecem corretas se isoladamente consideradas, mas que, do ponto de vista de uma teoria abrangente de princípios e políticas, afigura-se desconexa e incompatível. É um capítulo deslocado do contexto do romance em cadeia formado pelo direito.

### *3.3 O direito como integridade foi a opção do Código de Processo Civil*

A dicção do art. 926 do Código de Processo Civil não deixa dúvidas. O direito positivo brasileiro alinhou-se a Dworkin e instituiu a obrigação de os órgãos judiciários praticarem sua atividade em busca da integridade do direito. Na aplicação do direito devem

---

<sup>389</sup> DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito...*, p. 271.

<sup>390</sup> DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito...*, p. 291.

<sup>391</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério...*, p. 137.

perseguir o sentido exato dos textos utilizados em seus julgamentos. Dito de outro modo: os juízes devem se abster de expressar suas próprias convicções. Os princípios políticos, éticos e jurídicos abstratos não se prestam a exprimir um juízo moral particular, mas sim um juízo que seja coerente não só com a Constituição e com a legislação infraconstitucional como também com as interpretações jurídicas efetuadas pelos juízes do passado. O trabalho dos juízes é um trabalho de equipe. Cada um é responsável pela construção de um direito atual que não rompa levemente com o direito anterior, mas que com ele guarde harmonia. A analogia de Dworkin é bastante conhecida: são como escritores de um romance em cadeia (*chain romance*), em que cada um escreve uma parte do livro imbuído do dever manter o sentido global da história relatada. Ninguém pode escrever um capítulo desse livro como melhor entender; cada parte deve estar entrelaçada com a anterior.

O art. 926 do Código do Processo Civil comina aos juízes o dever de aplicar as regras e princípios que sejam reconhecidos pelo sistema jurídico, de modo encontrar a melhor concepção dos valores constitucionais que se ajustem ao conjunto da história. O passado tem um poder peculiar nessa forma de enxergar o direito e aplicá-lo: “os juízes devem conceber o corpo do direito que administram como um todo, e não como uma série de decisões distintas que eles são livres para tomar ou emendar uma por uma, com nada além de um interesse estratégico pelo restante”.<sup>392</sup>

O direito deve ser construído não com base em escolhas aleatórias de princípios morais, segundo as convicções e até mesmo o humor do intérprete. As escolhas devem se basear em princípios compartilhados pela comunidade personificada, os quais não raramente não representam a opinião da maioria ocasional. A atitude do juiz deve ser sumamente interpretativa em relação aos paradigmas normativos estabelecidos. Todos eles podem ser burilados por uma nova interpretação que guarde coerência moral com as interpretações anteriores e com o restante das normas que pertencem ao mesmo sistema jurídico.

A integridade, portanto, se divide em dois princípios práticos de natureza política:

- o princípio da integridade da legislação, que ordena aos produtores do direito que o mantenham em harmonia com a ordem já estabelecida, ou seja: que não criem normas

---

<sup>392</sup> DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito...*, p.203.

que estabeleçam antinomias insuperáveis e que representam distinções arbitrárias em relação a grupos, ainda que minoritários;

- o princípio da integridade no julgamento, que reivindica deferência ao passado e coerência com decisões tomadas e reputadas legítimas do ponto de vista formal e material. Em suma, requer coerência do Poder Judiciário, assim como o fez expressamente o art. 926 do Código de Processo Civil.

Não pode mais o Judiciário romper impunemente com as decisões já tomadas, como se não existissem, pretextando liberdade de convicção. O passado, hoje, obriga o Judiciário a pelo menos meditar sobre ele. Suas decisões devem ser consideradas. Um tribunal já não pode mais decidir um caso concreto como melhor intuir. Se algum caso semelhante já foi julgado, esse julgamento deve ser levado em conta, porque integra formalmente o direito, e a superação do entendimento fixado demandará esforço argumentativo relevante. Os tribunais têm, com a vigência do novo Código de Processo Civil, o dever de ser coerentes. A integridade assumida pelo art. 926 assim determina. A integridade exige coerência. Como postula Dworkin:

o direito como integridade supõe que as pessoas têm direitos - direitos que decorrem de decisões anteriores de instituições políticas e que, portanto, autorizam a coerção – que extrapolam as intenções explícitas das práticas políticas concebidas como convenção. O direito como completude supõe que as pessoas têm direito a uma extensão coerente, e fundada em princípios, das decisões políticas do passado, mesmo quando os juízes divergem profundamente sobre seu significado.<sup>393</sup>

Importante consignar que o passado não desempenha um papel solitário na atividade de adjudicação legal. É importante, mas não preponderante. Como ela se realiza mediante atitudes interpretativas, os paradigmas normativos estão sempre sujeitos a um processo de depuração. Assim, os elementos do passado e do futuro são combinados para interpretar a prática jurídica contemporânea, como uma política em processo de desenvolvimento.<sup>394</sup> O que foi cortesia ontem pode ser chauvinismo hoje. Nenhum paradigma do passado está livre da atitude interpretativa e da possibilidade de mudança.

### 3.3.1 O princípio da integridade no julgamento

<sup>393</sup> DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito...*, p. 164.

<sup>394</sup> DWORKIN, Ronaldo. *O Império do Direito...*, p. 271

A coerência como elemento da integridade do Direito ordena que os diversos padrões que presidem o uso da coerção estatal contra os indivíduos expressem uma visão única e abrangente de justiça. A integridade no direito estimula os órgãos judiciais a manifestarem uma visão coesa da Justiça a ser realizada. Integridade e unidade caminham juntas, pois.

Segundo a concepção do direito como integridade, a unidade da ordem jurídica não decorre somente da construção gradual do ordenamento jurídico a partir de uma norma fundamental que concede poder e validade a normas de escala inferior, até que se chegue à norma individual, realizada na sentença ou no contrato.

A unidade se perfaz em uma ordem jurídica que reúna uma miríade de proposições jurídicas capazes de conviver harmonicamente umas com as outras, sem cotoveladas, empurrões e encontrões. As proposições jurídicas não podem se contradizer. Se isso acontecer – e isso não é uma possibilidade, mas um evento corriqueiro –, a contradição deve ser desfeita mediante a interpretação. A interpretação do direito sob o filtro da integridade reclama a coerência e uniformidade dos padrões normativos de modo a concretizar uma visão, repita-se, única e abrangente da Justiça.

A unidade de um ordenamento advém da norma fundamental, que dá validade a todas as outras, mas é experienciada pela construção harmônica do ordenamento, porque todo ele se origina de apenas um autor: a comunidade personificada. A comunidade personificada retratada por Dworkin não é uma metáfora, mas um ente produtor e que o faz com observância da integridade. Somente uma comunidade personificada será capaz de atender as exigências da integridade. E somente uma comunidade que responde às seguintes exigências pode se considerar personificada:

- Os membros da comunidade devem considerar as obrigações do grupo como especiais, que não são devidas às pessoas que não pertencem a eles. Um cidadão brasileiro deve honrar a sua pátria e defendê-la quando assim chamado, mas não tem a mesma obrigação em relação à República da Itália.
- As obrigações dos membros são pessoais e não coletivas. A cada membro do grupo compete não atirar lixo no chão, independentemente do que fizerem outros membros do grupo.
- As responsabilidades individuais decorrem de uma responsabilidade geral consistente

no interesse de cada membro do grupo de cooperar para o bem-estar geral. Um membro do grupo não atira lixo ao chão porque quer colaborar para a melhoria do meio ambiente em que vive a comunidade.

- As práticas do grupo mostram “não apenas interesse, mas um igual interesse por todos os membros” e a vida de cada um de seus membros não é mais importante do que a vida dos outros.<sup>395</sup>

A comunidade que apresenta esses traços é capaz de praticar o direito como integridade, de que decorre a unidade de sua ordem jurídica, como se fosse um bloco de material flexível, que pode ser constantemente moldado, sem ter sua essência alterada. Tal comunidade não pode conviver com regimes jurídicos dissidentes consoante seja a natureza do direito disputado. Se uma controvérsia contratual pode ser sanada mediante um precedente judicial produzido com observância das formalidades legais, o mesmo raciocínio há de ser aplicado a uma lide penal, em que se discute a incidência ou não de uma atenuante na dosagem da pena de um acusado. Ou seja, um acusado não tem menos direito que um negociante de ver sua pretensão ser julgada de modo equânime, conforme uma visão única de justiça, que se perfaz na produção de precedentes ajustados à integridade, à estabilidade e à coerência.

#### **4 Instituição do *stare decisis* horizontal como implicação lógica do direito como integridade**

Depreende-se do conteúdo dos art. 926 e 927 do Código de Processo Civil a instituição do *stare decisis* em território brasileiro. O art. 926, ao impor aos Tribunais o dever de coerência, estabeleceu o *stare decisis* horizontal. Ora, considerando que os tribunais produzem normas jurídicas, devendo essas normas guardar coerência entre si, axiomático que decisões anteriores proferidas pelo tribunal em casos semelhantes devem ser consideradas nos processos posteriores, ainda que a membresia da corte não concorde com o teor e com o dispositivo dessas decisões. O princípio da liberdade de convicção do magistrado cedeu passo à verticalização judicial e, mais importante, à segurança jurídica. Talvez venha o dia em que a parte não terá mais o que temer no ato de distribuição de sua petição inicial, que atualmente bem pode parar nas mãos de um juiz com entendimento filiado à tese do requerente, mas também ser julgada por outro magistrado que recusará o direito pleiteado. Essa loteria

---

<sup>395</sup> DWORKIN, Ronald. *O Império do direito...*, pp. 242-243.

processual em nada contribui para a pacificação social, o escopo magno da jurisdição, assim como afeta a credibilidade do Poder Judiciário perante os jurisdicionados. Ilustre-se rapidamente como funciona esse processo em que a coerência exerce supremacia. Se certa lide anterior (CA) determinou o julgamento X, a semelhante controvérsia CA<sup>1</sup> deve ser detalhadamente examinada para, se for o caso, aplicar a ela a solução idêntica X, ou bastante parecida, como X<sup>1</sup>. Isso é coerência. É igualdade. É integridade.

Assim, não só as decisões taxativas arroladas pelo art. 927 do Código de Processo Civil vinculam os julgamentos posteriores. Estabelecido o dever de integridade e coerência, toda decisão que fornece regras que podem ser aplicadas para definir direitos das partes em outros casos, ou seja, quando suas razões podem transcender o caso concreto e ser utilizadas como regras decisórias (*legal rule*), deve ser levada em consideração, independentemente do instrumento processual manejado pelas partes que levou a causa ao conhecimento do tribunal. Importante declinar que norma constante do art. 926 do Código de Processo Civil é de natureza principiológica. Prescreve, assim, estado ideal de coisas, um objetivo a ser perseguido pelo magistrado no processo de formação da decisão. Logo, há de ser exigida *est modus in rebus*. Não lhe pode ser cobrado que se transforme no juiz Hércules de Dworkin, conhecedor da totalidade da história judicial, da cultura e do acervo normativo de seu ambiente jurídico. Mas pode lhe ser cobrada coerência e deferência pela jurisprudência dominante das cortes superiores e do tribunal a que estiver vinculado.

## **5. As normas judiciais que expressamente vinculam**

### *5.1 As súmulas*

#### 5.1.1 Considerações preliminares

A doutrina do direito como integridade, taxativamente adotada pelo Código de Processo Civil, preconiza que cada decisão judicial deve compor harmonicamente um quadro cujos traços e cores são formados pela história jurídica e pelos valores compartilhados por uma comunidade personificada: deve ser escrita tendo o autor em consideração que a sua sentença faz parte de um romance em cadeia e dele não pode destoar. Deve dar sequência a essa história, e pode até modificá-la radicalmente, desde tome como ponto de partida uma decisão de caso semelhante e expurgue racionalmente os argumentos que, na sua visão, contrariem a correta

aplicação do direito em vigor. Segue-se que cada decisão anteriormente proferida deve ser sopesada pelos juízes, para que a decisão atual não se torne algo que surja *ex nihilo*, mas que, ainda que rompa com a pintura que até ali havia sido realizada, guarde aquela como um ponto de partida que, por justo motivo, teve sua direção modificada.

Não obstante, o Código de Processo Civil expressamente declinou que algumas modalidades de decisões e de enunciados dimanados pelo Poder Judiciário têm força cogente de tal monta que devem ser observadas (= aplicadas) pelos juízes, como se lei em sentido formal fossem. Seguindo a tradição de elevada deferência do direito brasileiro à norma sumular, não surpreende que enunciou esta espécie normativa produzida pelos tribunais como uma das que devem ser compulsoriamente observadas pelos juízes na solução de dissídios.

É preciso salientar que as súmulas, assim como outras espécies normativas declinadas pelo art. 927 do Código de Processo não podem, do ponto de vista epistemológico, ser chamadas de precedentes, pois que, a rigor, algumas delas nem sequer se ajustam ao conceito de decisões judiciais, assim compreendidas como ato dimanado pela jurisdição por meio do qual se resolve um caso concreto, aplicando-se a vontade da lei, dando a cada um o que é seu. As súmulas não são normas jurídicas individuais, como costumam ser as decisões judiciais. São notadamente enunciados normativos criados pelo Poder Judiciário com as características próprias deles como a abstração e generalidade (cf. Capítulo V, n. 2, *supra*). Diversamente, precedentes clássicos não são simples enunciados normativos (cf. n. III, item 3, *supra*). Precedentes são razões generalizáveis constantes de decisões judiciais que podem servir à solução de outros casos concretos revestidos de características semelhantes. Precedentes não nascem com esse fim, qual seja, para servirem como subsídio normativo de julgamentos posteriores. Os precedentes são reconhecidos posteriormente como tal, no julgamento *a fortiori* de causas parecidas que reclamam trato judicial idêntico ou semelhante. A *ratio decidendi* ou *holding*, vale dizer, a parte da decisão que realmente vincula, não é formada por uma simples frase como são os enunciados normativos em geral. Ela, como todo raciocínio necessário à resolução de uma controvérsia, é formada pelos fatos apresentados pelos sujeitos processuais e por todos fundamentos de direito sem os quais não seria possível definir de quem é a coisa disputada em litígio. Todos esses elementos devem ser devidamente considerados pelo hermeneuta na aplicação posterior dessa decisão como razão de decidir um conflito de interesses semelhante.

Coisa bem diversa são as súmulas, enunciados normativos curtos elaborados pelo Poder Judiciário, e de longa tradição no direito brasileiro. Do ponto de vista didático, é de Lênio Streck a melhor distinção entre precedentes e súmulas: “precedentes são formados para resolver casos concretos e eventualmente influenciam decisões futuras”; as súmulas, de seu turno, “são enunciados ‘gerais e abstratos’ - características presentes na lei – que são editados visando à ‘solução de casos futuros’”.<sup>396</sup> Mas as diferenças vão bem além. Os precedentes são bem mais complexos pois reclamam que a decisão de onde serão garimpados seja meticulosamente analisada, para dela colher-se o *holding* que irradiará seus efeitos para as causas supervenientes, separando-o dos *dicta* que não influenciaram a escolha do resultado do processo. A súmula, a princípio, do ponto de vista material, não discrepa de um texto legal: disciplina a consequência jurídica decorrente de uma dada situação. Todavia, o próprio Código de Processo Civil igualou as súmulas e as demais categorias do art. 927 aos precedentes (§ 5º), de modo que, prestigiando o padrão normativo instituído, todas essas espécies normativas serão tratadas nesta dissertação como precedentes, ainda que isso implique algum estremeamento com o rigor científico desejável.

### 5.1.2 Súmulas vinculantes e persuasivas

Pois bem. A tradição de sujeição às súmulas foi preservada pelo Código de Processo Civil, o que não poderia ser diferente em relação às súmulas vinculantes emitidas pelo Supremo Tribunal Federal, em vista da dicção do art. 103-A da Constituição da República.<sup>397</sup>

A novidade é que não só as súmulas vinculantes vinculam. Passaram a vincular os juízes as súmulas “não vinculantes” editadas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça. É preciso, porém, declinar que súmulas, como o nome do instituto revela, são enunciados extraídos da jurisprudência dominante dos Tribunais, com clara e patente utilidade de instrumento de uniformização jurisprudencial. Prova dessa afirmação radica no fato de que sua origem é creditada à falta de memória do idealizador desse instrumento normativo

---

<sup>396</sup> STRECK, Lenio L. Comentário ao art. 103-A. In: CANOTILHO, J. J. GOMES; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W; \_\_\_\_\_ (Coords.) *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 1.427

<sup>397</sup> “Art. 103 – A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei”.

tipicamente brasileiro, o Ministro do Supremo Tribunal Federal Victor Nunes Leal. É dele mesmo que provém o impagável testemunho:

‘Por falta de técnicas mais sofisticadas, a Súmula nasceu – e colateralmente adquiriu efeitos de natureza processual – da dificuldade, para os Ministros, de identificar as matérias que já não convinha discutir de novo, salvo se sobreviesse algum motivo relevante. O hábito, então, era reportar-se cada qual a sua memória, testemunhando, para os colegas mais modernos, que era tal ou qual a jurisprudência assente na Corte. Juiz calouro, com o agravante da falta de memória, tive que tomar, nos primeiros anos, numerosas notas e bem assim sistematizá-las, para pronta consulta durante as sessões de julgamento. Daí surgiu a ideia da Súmula, que os colegas mais experientes – em especial os companheiros da Comissão de Jurisprudência, Ministros Gonçalves de Oliveira e Pedro Chaves – tanto estimularam. E se logrou, rápido, o assentamento da Presidência e dos demais Ministros.<sup>398</sup>

Se é certo que as súmulas representaram, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, importante contributo para a estabilização da sua jurisprudência e a para a realização no plano jurisdicional do princípio da igualdade, sua influência foi massiva perante os órgãos de jurisdição inferiores a tal ponto que provocaram um efeito colateral inesperado, duramente sentido no correr dos anos: as súmulas eram aplicadas, em regra, mediante simples operação de subsunção, modelo que, a toda evidência, não se ajusta à forma correta pela qual se aplicam os precedentes. O mais grave é que se seguiu a aplicação autômata das súmulas, sem maior reflexão acerca dos fatos e dos fundamentos jurídicos que impulsionaram sua produção.

A propósito, oportuna a reflexão Humberto Theodoro Júnior *et alli* a respeito dessa distorção:

Aqui não pretendemos negar que o uso de enunciados de súmula (e de ementas) se dê no Brasil, equivocadamente, como se lei fossem; seguindo o mesmo raciocínio de generalidade e de aplicação das normas editadas pelo Parlamento. É como se esses enunciados jurisprudenciais se desgarrassem dos fundamentos determinantes (*ratione decidendi* ou *holding*) que os formaram.<sup>399</sup>

O legislador diagnosticou a patologia impondo taxativamente, como amargo medicamento, ao juiz o dever que já lhe era cominado de modo menos impositivo pelo art. 93,

<sup>398</sup> ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Memória jurisprudencial: Ministro Victor Nunes*. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2006, p. 33.

<sup>399</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto *et alli*. *Novo CPC – Fundamentos e Sistematização*. Rio de Janeiro: Forense: 2016, p. 338.

IX, da Constituição da República. Em efeito, dispõe o art. 489, § 1º, V, do Código de Processo Civil que não se considerará fundamentada a sentença que se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos. Tenciona-se, dessa forma, por cobro à disseminada prática de aplicação cega de súmulas e outros enunciados semelhantes, sem reflexão séria a respeito. A aplicação não só da súmula como também do precedente, como prescrito pelo dispositivo normativo acima indicado, deve passar por testes de pedigree, competindo ao aplicador reconstruir a sequência de decisões que levaram a edição do enunciado, para sindicarem se há identidade entre elas e a causa então analisada. As súmulas, assim, perdem consideravelmente a abstração que antes as caracterizavam, pertencendo a elas, se quiser o intérprete aplicá-la corretamente, os fatos e fundamentos que determinam a elaboração do seu texto. Se assim não fizer, nula será a decisão judicial. O dispositivo é importante como indutor da desejada virada cultural, que depende muito mais da mudança de pensamento dos operadores do direito do que propriamente de modificações legislativas.

Realmente, rudimentos da doutrina dos precedentes prescrevem que sua aplicação se dá mediante identificação dos fundamentos determinantes do precedente e demonstração de que o caso sob julgamento se alinha com aqueles fundamentos (cf. n. III, n. 5, *supra*). Nessa conformidade, a súmula deve consistir apenas o ponto de partida de onde se desenvolverá o raciocínio decisório. Ao juiz compete conectar os fatos que fomentaram a redação da súmula com os fatos litigiosos que está a julgar. Isso feito e detectada a identidade, o juiz dirimirá a causa segundo os paradigmas propostos pelo precedente. Houvessem as súmulas sido aplicadas dessa maneira não seria desarrazoado declarar, embora com certo esforço, que tinham algo em comum com os precedentes do *common law*. É lícito prognosticar que doravante, enfim, terão.

Do ponto de vista legal ainda remanescem algumas diferenças entre as súmulas vinculantes e as súmulas não vinculantes ou meramente persuasivas. Em primeiro lugar, aquelas só podem ser proclamadas pelo Supremo Tribunal Federal (Constituição da República, art. 103-A), ao passo que as demais podem ser elaboradas pelos demais órgãos judiciais colegiados. A Constituição da República, cautelosamente, advertiu que as súmulas vinculantes não podem representar criação *ex nihilo* do direito positivo. Elas terão “por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica” (art. 103-A, § 1º). A

norma positivada por outra instância legislativa é a pedra angular sobre a qual serão edificados os enunciados de súmula vinculante. É de todo evidente que a regra constitucional deve ser respeitada na edição de súmulas ordinárias pelos demais órgãos judiciais incumbidos de produzi-las, sob pena de vulneração do princípio da legalidade (cf. n. V, item 2, *supra*).

Outra coisa que distingue as súmulas vinculantes das demais súmulas consiste na extensão de sua eficácia vinculativa. As súmulas vinculantes, *ex vi* do texto constitucional, obrigam não só órgãos judiciais como também “a administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal”. As súmulas não vinculantes editadas pelo Supremo Tribunal Federal e as súmulas do Superior Tribunal de Justiça constroem apenas os juízes e tribunais (Código de Processo Civil, art. 927, IV), tendo, em relação a particulares e demais órgãos públicos, do ponto de vista legal, efeito simplesmente exortativo.

Em remate, o instrumento jurídico de que se pode valer o prejudicado para ver respeitado o enunciado de súmula diverge conforme a natureza da súmula eventualmente olvidada. A inobservância de súmula vinculante desafia o manejo de reclamação (Código de Processo Civil, art. 988, III). As demais súmulas não ensejam a interposição de reclamação, mas apenas dos meios impugnativos ordinários, o que de algum modo enfraquece a sua carga impositiva.

Deveras, a reclamação consubstancia meio mais expedito de garantia de observância de enunciado de súmula vinculante, na medida em que viabiliza acesso sem intermediários ao órgão que teve sua autoridade questionada pela inobservância de uma dada prescrição por ele ordenada. A possibilidade de emprego da reclamação levou Luís Roberto Barroso e Patrícia Mello a proporem uma distinção entre precedentes com eficácia forte e com eficácia fraca. O desrespeito àqueles desafia reclamação; a estes, não.<sup>400</sup>

### 5.1.3 As súmulas dos Tribunais de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais

Como já assinalado, outros tribunais podem emitir enunciados de súmula. Todavia, tais enunciados não se ajustam aprioristicamente às espécies normativas arroladas pelo art. 927

---

1. <sup>400</sup> BARROSO, Luís R; MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Trabalhando com Uma Nova Lógica: a Ascensão dos Precedentes no Direito Brasileiro*, disponível em <http://www.conjur.com.br/2016-out-28/artigo-barroso-explica-precedentes-cpc-muda-direito>. Acesso em 9.10.2017.

do Código de Processo Civil, de modo que a essas súmulas os juízes não estariam vinculados. Todavia, na prática as súmulas dos tribunais estaduais e federais também serão de observância obrigatória, pois que invariavelmente elas são proclamadas pelos plenários e órgãos especiais desses tribunais, ajustando-se à noção do precedente definido pelo art. 927, IV, do Código de Processo Civil. A título de ilustração, o art. 378 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, preceitua que “A requerimento de qualquer de seus membros, poderão as Turmas, Câmaras ou Seções Cíveis promover o pronunciamento prévio do Órgão Especial sobre a interpretação de qualquer norma jurídica, se reconhecer que sobre ela ocorre ou poderá ocorrer divergência de interpretação entre Turmas ou Câmaras”. Nessa hipótese, nos termos do art. 381 do mesmo Regimento, “O julgamento deverá ser tomado por maioria de votos dos membros que integram o Órgão Especial, sendo objeto de súmula”. Essas súmulas se ajustam com alguma facilidade à noção de “orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados” juízes e tribunais. Certamente, assim, súmulas de Tribunais de Justiça estaduais e dos Tribunais Regionais Federais devem ser aplicadas pelos juízes a eles pertencentes. Não por inferência dos incisos II e IV do art. 927 do Código de Processo Civil, mas por força do texto do inciso V do mesmo artigo. Mas vinculam da mesma maneira.

## 5.2 *As decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade*

### 5.2.1 *Distinções entre efeito vinculante e eficácia erga omnes*

O artigo 927, I, do Código de Processo Civil afirmou a sujeição dos juízes e tribunais às decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade. Em rigor nem haveria necessidade dessa sonora ênfase. A eficácia subjetiva *erga omnes* e vinculante das sentenças pronunciadas em sede de controle abstrato de constitucionalidade provém dos textos constantes do art. 102, § 2º, da Constituição da República e do art. 28, parágrafo único, da Lei Federal n. 9.868/99. Diz-se *erga omnes* porque a declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade de ato normativo alcança a todos, mesmo aqueles que não tomaram assento no processo. Vinculante porque, uma vez reconhecida a inconstitucionalidade de um ato normativo, nenhum juiz pode reputá-lo válido. Eventualmente o Supremo, a bem da segurança jurídica ou por motivos de excepcional interesse social, modulará no tempo os efeitos da declaração, mas nem isso autoriza um magistrado a reconhecer consistência jurídica de uma norma julgada inconstitucional. Poderá, é certo, por algum tempo conservar os efeitos jurídicos da norma, nos termos e condições prescritos pelo

Supremo Tribunal, mas não classificá-la em desacordo com decisão tomada em controle abstrato de constitucionalidade.

Muito embora o evento vinculante decorra da eficácia *erga omnes* da decisão prolatada em processo objetivo, havendo relação de continente e conteúdo entre um instituto e outro, é necessário ponderar que não são conceitos intercambiáveis. Em primeiro lugar, a eficácia *erga omnes* em si mesma não autoriza o emprego da expedita via impugnativa da reclamação. Para ilustrar, tome-se o exemplo das sentenças de procedência vertidas em ação civil pública que, se ignoradas em outra causa, não ensejam o recurso a referida instrumentação processual. Já o efeito vinculante da declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade permite que o prejudicado reivindique diretamente perante o Supremo Tribunal Federal que este, no próprio processo de índole subjetiva, faça valer a autoridade de sua decisão.

Outro fator de distinção reside no momento em que a atuação de um ou de outro efeito se verifica. O Brasil, inspirado no modelo norte-americano, adotou a teoria da nulidade da norma inconstitucional, sendo esta a razão pela qual, do ponto de vista normativo, a declaração de inconstitucionalidade opera efeitos *ex tunc*: retroage ao início da vigência do enunciado. Dito de outro modo, “a eficácia contra todos ou *erga omnes* já significa que todos os juízes e tribunais, inclusive o STF, estão vinculados ao pronunciamento judicial”.<sup>401</sup>

Quando, porém, se trata dos efeitos vinculantes propriamente ditos, não é certo advogar que eles também recuam ao tempo da edição da norma impugnada. “É que tal efeito não decorre da *validade ou invalidade da norma* apreciada (= eficácia normativa da declaração), mas da sentença que a aprecia (= eficácia executiva)”.<sup>402</sup> Sente-se nesta temática a influência do magistério de Kelsen, segundo a qual a sentença proferida pelo Tribunal Constitucional é constitutiva e não declaratória, em ordem a operar efeitos prospectivos e não retroativos:

Dentro de um sistema de direito positivo, porém, não existe nulidade absoluta. Não é possível caracterizar como inválido *a priori* (nulo *ab initio*) um ato que se apresenta como legal. Somente a anulação de tal ato é possível; ele não é nulo, mas anulável, eis que não é possível afirmar que um ato é nulo sem que se responda a questão sobre quem tem competência para estabelecer tal nulidade. Uma vez que a ordem legal - a fim de evitar anarquia - dá a certas

---

<sup>401</sup> STF, Pleno, ADC n. 1, Rel. Min. Moreira Alves, RTJ n. 157/377

<sup>402</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional*. São Paulo: RT, 2014, p. 65.

autoridades o poder de definir se um ato é nulo, tal definição tem sempre um caráter constitutivo, e não declaratório.<sup>403</sup>

A eficácia *erga omnes* relaciona-se, assim, com a eficácia normativa da declaração de inconstitucionalidade, que, uma vez proferida, remove do mundo jurídico o dispositivo conflitante com a Constituição, tido por nulo desde que veio a lume. O efeito vinculante propriamente dito liga-se à eficácia executiva de declaração, vale dizer, com suas consequências no plano fenomênico. Ela não pode obrigar quem ainda não sabia que a norma viria a ser invalidada. O efeito, nesse sentido, é *ex nunc*: surge quando publicada a sentença pronunciada em controle concentrado, sendo certo que esses efeitos podem ser postergados ainda mais, com fundamento no art. 27 da Lei Federal n. 9.868/99. Novamente é forçoso admitir a influência da lógica de Kelsen, segundo a qual “a lei foi válida até a sua anulação. Ela não era nula desde o início. Não é, portanto, correto o que se afirma quando a decisão anulatória da lei é designada como ‘declaração de nulidade’, quando o órgão que anula a lei declara na sua decisão essa lei como ‘nula desde o início’ (*ex tunc*)”.<sup>404</sup>

Enfim, no plano prático um fator de relevante distinção entre as duas espécies de efeito da declaração de (in)constitucionalidade emitida pela Corte Constitucional reside nas partes da sentença que cada um dos efeitos transporta. A eficácia *erga omnes* da decisão tomada em controle concentrado refere-se ao dispositivo do julgado. O Supremo Tribunal Federal efetivamente assume o posto de legislador negativo ou de endosso, expurgando a norma do mundo jurídico ou confirmando sua validade, providência que atinge a todos, assim que pronunciada a declaração.<sup>405</sup> Os fundamentos e fatos que atingiram a norma dimanada pelo Supremo Tribunal não integram os efeitos *erga omnes* dela.

### 5.2.2 A eficácia transcendente dos motivos determinantes da declaração de inconstitucionalidade

Diversamente do que acontece com a eficácia *erga omnes*, o efeito vinculante da declaração de inconstitucionalidade não fica confinado ao dispositivo da decisão. Como detalhado por Gilmar Ferreira Mendes em sua aclamada monografia “Jurisdição Constitucional”, enquanto uns tencionam igualar, nesse particular, o efeito vinculante ao efeito

---

<sup>403</sup> KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*...p. 308.

<sup>404</sup> KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes,

<sup>405</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 471.

*erga omnes*, confinando-o à parte dispositiva da decisão, “realçando, assim, sua qualidade judicial”, a opção dogmática eleita pelo Tribunal Constitucional alemão, seguida pelo Supremo Tribunal Federal, preconiza que o efeito vinculante desborda da parcela dispositiva da decisão, invadindo também seus fundamentos determinantes.<sup>406</sup> Tem-se aqui um evidente flerte da doutrina germânica com preceitos típicos do direito anglófono, em que as razões generalizáveis das decisões judiciais podem ser aplicadas aos litígios futuros de natureza equivalente, pontuando Mendes que o próprio § 31 da Lei Orgânica do Tribunal conferiu às decisões da Corte eficácia transcendente, sendo certo que tal eficácia só seria sensível se abrangesse os fundamentos determinantes da sentença. O Brasil, por decisão do Supremo Tribunal Federal, filiou-se a esse entendimento, como exsurge nítido do conteúdo do acórdão proferido na Reclamação n. 1.987, relatado pelo Ministro Maurício Corrêa, assim ementado:

EMENTA: RECLAMAÇÃO. CABIMENTO. AFRONTA À DECISÃO PROFERIDA NA ADI 1662 - SP. SEQUESTRO DE VERBAS PÚBLICAS. PRECATÓRIO. VENCIMENTO DO PRAZO PARA PAGAMENTO. EMENDA CONSTITUCIONAL 30/00. PARÁGRAFO 2º DO ARTIGO 100 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. Preliminar. Cabimento. Admissibilidade da reclamação contra qualquer ato, administrativo ou judicial, que desafie a exegese constitucional consagrada pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado de constitucionalidade, ainda que a ofensa se dê de forma oblíqua. 2. Ordem de seqüestro deferida em razão do vencimento do prazo para pagamento de precatório alimentar, com base nas modificações introduzidas pela Emenda Constitucional 30/2000. Decisão tida por violada - ADI 1662-SP, Maurício Corrêa, DJ de 19/09/2003: Prejudicialidade da ação rejeitada, tendo em vista que a superveniência da EC 30/00 não provocou alteração substancial na regra prevista no § 2º do artigo 100 da Constituição Federal. 3. Entendimento de que a única situação suficiente para motivar o seqüestro de verbas públicas destinadas à satisfação de dívidas judiciais alimentares é a relacionada à ocorrência de preterição da ordem de precedência, a essa não se equiparando o vencimento do prazo de pagamento ou a não-inclusão orçamentária. 4. Ausente a existência de preterição, que autorize o seqüestro, revela-se evidente a violação ao conteúdo essencial do acórdão proferido na mencionada ação direta, que possui eficácia *erga omnes* e efeito vinculante. A decisão do Tribunal, em substância, teve sua autoridade desrespeitada de forma a legitimar o uso do instituto da reclamação. Hipótese a justificar a transcendência sobre a parte dispositiva dos motivos que embasaram a decisão e dos princípios por ela consagrados, uma vez que os fundamentos resultantes da interpretação da Constituição devem ser observados por todos os tribunais e autoridades, contexto que contribui para a preservação e desenvolvimento da ordem constitucional. 5. Mérito. Vencimento do prazo para pagamento de precatório. Circunstância insuficiente para legitimar a determinação de seqüestro. Contrariedade à autoridade da decisão proferida na ADI 1662. Reclamação admitida e julgada procedente.<sup>407</sup>

<sup>406</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional...*, pp. 482-483.

<sup>407</sup> STF, Pleno, Rcl. n. 1.987, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 1.10.2003, DJU 21.5.2004.

É possível inferir que a jurisprudência nacional, máxime a do Pretório Excelso, na linha evolutiva da Corte Constitucional tedesca, confere já há algum tempo a força de precedente às decisões emanadas do controle abstrato de constitucionalidade à semelhança do *stare decisis* anglo-americano, é dizer, com eficácia vinculante da *ratio decidendi* do julgado. Importante, porém, destacar que esse efeito vinculante, segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, não pode ser oposto ao legislador, de modo que não configura desafio à autoridade da Corte Constitucional editar o Poder Legislativo norma com conteúdo idêntico ao de texto anteriormente considerado inválido.<sup>408</sup> Nessa hipótese, a rigor, deve o legitimado instrumentar ação direta e não reclamação, o que, rigorosamente, limita sobremaneira a eficácia transcendente dos motivos determinantes, porquanto a reclamação têm lugar em todos os processos nos quais a orientação do Supremo Tribunal Federal foi ignorada, inexistindo nela as muitas restrições de ordem objetiva e subjetiva características dos processos típicos do controle abstrato de constitucionalidade.

Pondere-se, porém, que o Supremo Tribunal Federal já admite a possibilidade de se analisar em sede de reclamação a constitucionalidade de lei não impugnada por ação direta, desde que outra lei de idêntico teor tenha sido alvejada em outro processo de controle concentrado de constitucionalidade, com a ressalva, apresentada pelo Ministro Gilmar Mendes, de que

não se está a falar, nessa hipótese, de aplicação da teoria da ‘transcendência dos motivos determinantes’ da decisão tomada no controle abstrato de constitucionalidade. Trata-se, isso sim, de um poder ínsito à própria competência do Tribunal de fiscalizar incidentalmente a constitucionalidade das leis e dos atos normativos. E esse poder é realçado quando a Corte se depara com leis de teor idêntico àquelas já submetidas ao seu crivo no âmbito do controle abstrato de constitucionalidade. Assim, em relação à lei de teor idêntico àquela que já foi objeto do controle de constitucionalidade no STF, poder-se-á, por meio da reclamação, impugnar a sua aplicação ou rejeição por parte da Administração ou do Judiciário, requerendo-se a declaração incidental de sua inconstitucionalidade, ou de sua constitucionalidade, conforme o caso.<sup>409</sup>

### 5.3 Os acórdãos proferidos em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos

Não é recente o anseio doutrinário e jurisprudencial que reivindica a concessão de

---

<sup>408</sup> STF, Pleno, ADI n. 907 MC, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 08.10.1993, DJU 3.12.1993.

<sup>409</sup> STF, Rcl 4987 MC, Relator Min. Gilmar Mendes, j. 7.3.2007, DJU 13.3/2007.

efeitos vinculantes às decisões prolatadas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso de constitucionalidade, quer dizer, no caso concreto, em uma relação jurídico-processual normal, com partes identificadas. Isso ocorre porque a decisão que reconhece *incidenter tantum* a inconstitucionalidade de um ato normativo ganha natureza jurídica diferenciada, vocacionada a irradiar seus efeitos sobre todos os que estejam sendo atingidos pela norma jurídica reputada inválida à luz da Constituição da República. De fato, da mesma forma que um preceito normativo tem como características básicas a generalidade e abstração, a decisão que o declara nulo deve, pela lógica formal, conter idênticas características.

No entanto, consoante os literais termos das normas constitucionais aplicáveis ao tema, não é o que acontece. A declaração de inconstitucionalidade em controle difuso emanada pelo Supremo Tribunal Federal apenas atingirá terceiros não integrantes da relação jurídico-processual mediante resolução do Senado Federal que suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal (art. 52, X, da Constituição da República), instrumento pelo qual a Câmara Alta perfaz ato político que confere efeito geral ao que era particular, generalizando os efeitos da decisão.<sup>410</sup> Trata-se a norma, a toda evidência, de uma simbólica demonstração de resistência cultural ao reconhecimento da jurisprudência como fonte imediata do direito, que, todavia, enfrentava um processo de obsolência e, agora, com a promulgação do novo Código de Processo Civil, de visível corrosão de suas bases.

É antiga a polêmica que cerca este dispositivo. Com efeito, a obrigação de os juízes observarem as decisões dimanadas pelo Supremo Tribunal Federal em controle incidental de constitucionalidade perfectibiliza a objetivação dessa modalidade de controle e tornaram de todo inútil do ponto de vista pragmático a norma constitucional inscrita no art. 52, X. Doravante, a interpretação constitucional empreendida pelo Pretório Excelso em relação a uma norma, seja para declará-la constitucional, seja para expurgar alguma interpretação que conflite com a *Lex Mater*, ela sempre obrigará os juízes. A resolução a que alude o art. 52, X, da Constituição da República, doravante exerce função de publicização do entendimento fixado pelo Supremo Tribunal, que, desde sua publicação, já contém aptidão para afetar outros litigantes envolvidos pela mesma controvérsia constitucional.

---

<sup>410</sup> MENDES, Gilmar Ferreira, *et alli*. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1.128.en

Não obstante todas essas circunstâncias, a leitura compartimentada do art. 927, pode induzir a conclusão de que apenas os julgamentos de recursos extraordinários repetitivos vinculariam os juízes. Ora, a restrição denuncia falta de compromisso do legislador com os objetivos por ele mesmo estabelecidos no art. 926 (integridade, uniformidade e coerência da jurisprudência), bem como desinformação a respeito da hodierna prática jurisprudencial secundada pela Suprema Corte, que preconiza o extravasamento dos efeitos da decisão pronunciada em controle de constitucionalidade difuso para além das partes do litígio. De fato, a controvérsia há muito tempo restou pacificada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal por ocasião do julgamento da Reclamação n. 4335 relatada pelo Ministro Gilmar Mendes. Essa Reclamação alcançou notoriedade pois tinha por objeto a recusa de Juiz da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco no Acre de submeter-se ao entendimento fixado pelo Supremo Tribunal Federal, segundo o qual o art. 2º, § 1º, da Lei Federal n. 8.072/90 sofria de inconstitucionalidade material ao vedar o acesso de condenados por crimes hediondos à progressão de regime de cumprimento de pena. A inconstitucionalidade deste dispositivo havia sido proclamada incidentalmente no julgamento do *Habeas Corpus* n. 82.959, relatado pelo Ministro Marco Aurélio. A razão da recusa da autoridade reclamada em curvar-se ao entendimento da Corte Constitucional radicava justamente no paradigma da eficácia *inter partes* das decisões proferidas em controle difuso de constitucionalidade, e no fato de o Senado Federal não ter baixado resolução suspendendo a execução do art. 2º, §1º, da Lei Federal n. 8.072. *In casu*, o Supremo Tribunal Federal superou ambas as objeções. Nessa assentada, o Supremo Tribunal Federal reputou desatualizada a norma inscrita no art. 52, X, da Constituição da República, de sorte que as decisões proferidas pela Corte em controle concreto de constitucionalidade de normas avançam sobre todas as pessoas cujos direitos estejam a ser violados pela norma considerada inconstitucional. É preciso lembrar que a reclamação restou recebida por afronta à autoridade de decisão do Supremo não em recurso extraordinário. Na espécie, o Excelso Pretório arrostou dispositivo de lei federal em julgamento de *habeas corpus* e, pelo instrumento da reclamação, estendeu os efeitos do julgamento do remédio heroico a todos os casos semelhantes, franqueando aos condenados por crime hediondo a progressão de regime prisional. Sendo assim, não faz sentido o retrocesso manifestado pelo novo Código de Processo Civil, limitando a concessão de efeitos vinculantes apenas às decisões proferidas pelo Supremo em recursos extraordinários repetitivos. A lei, logicamente, não pode afetar decisões da justiça constitucional, pois essas nada mais são do que a vocalização de textos

constitucionais pelo intérprete competente.<sup>411</sup> A prática constitucional do Supremo é a própria Constituição da República em atuação. E nesse caso o Supremo reconheceu que as decisões proferidas em controle difuso de constitucionalidade têm vocação natural para assumir uma projeção expansiva, além das fronteiras subjetivas do caso concreto.<sup>412</sup> Entendimentos perfectibilizados pelo Supremo acerca da aplicação de norma constitucional não podem ser traspassados pelo legislador ordinário. Apenas uma emenda constitucional poderia restringir a eficácia expansiva que o Supremo já havia concedido às suas próprias decisões em controle difuso. Desse modo, sustenta-se que todas as decisões pronunciadas em recurso extraordinário – e mesmo em outros instrumentos processuais, como as ações originárias ou ações de impugnação, em que a validade de uma norma seja posta em dúvida - pelo Supremo Tribunal Federal que ponderam e decidem sobre todas as questões suscitadas pelas partes assumem a natureza de precedentes e vinculam os juízes.

Poderia ser suscitada a objeção de que os recursos extraordinários repetitivos são julgados em bloco e têm potencial de atingir maior número de demandantes. Do ponto de vista ontológico a distinção não faz sentido. Os direitos à integridade, à uniformidade e à coerência não podem ficar a depender da quantidade de litigantes envolvidos. Um indivíduo a quem possa vir a beneficiar uma decisão proferida em recurso extraordinário normal tem tanto direito à integridade e à coerência quanto aquele que será beneficiado pela decisão resultante de recurso repetitivo.

Quanto à questão da eficácia *ultra partes* dos recursos especiais, as observações feitas acima a ela não se aplicam. O efeito vinculante do julgamento de recursos especiais só se realiza por meio dos recursos repetitivos. A razão para isso é bastante simples. O Superior Tribunal de Justiça, *ex vi* do art. 105, III, da Constituição da República, é a corte superior incumbida de velar pela integridade e uniformização da legislação infraconstitucional. Logo, não há óbice formal a que lei crie causa de restrição da extensão de seus julgados. Dessa forma, embora não faça muito sentido no plano da lógica formal, é forçoso aquiescer à opção declinada pelo Código de Processo Civil, de conferir apenas aos julgamentos de recursos especiais

---

<sup>411</sup> A esse respeito a lúcida observação do Ministro Eros Grau: “A Constituição é a ordem jurídica fundamental de uma sociedade em um determinado momento histórico e, como ela é um dinamismo, é contemporânea à realidade. Daí porque tenho afirmado que não existe a Constituição de 1.988. O que hoje realmente há, aqui e agora, é a Constituição do Brasil, tal como hoje, aqui e agora, ela é interpretada/aplicada por esta Corte” (trecho de voto proferido na ADI n. 3.367/DF).

<sup>412</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucionais...*, p. 26.

repetitivos a eficácia vinculante, a “força de precedente”.

#### *5.4 Os acórdãos proferidos em incidente de assunção de competência*

O incidente de assunção de competência apresenta-se como um instrumento posto pelo Código de Processo Civil para o fim de realização do objetivo de coesão jurisprudencial. Por meio dele, o Tribunal pode deslocar o julgamento de uma dada controvérsia, do órgão fracionário para o pleno da Corte e, com isso, fixar entendimento vinculante aos órgãos fracionários e juízos monocráticos.

O incidente em questão tem lugar quando a demanda envolver relevante questão de direito, com grande repercussão social (art. 947, *caput*, do Código de Processo Civil). Não se trata de instrumento de resolução de litigiosidade repetida, mas de apaziguamento de controvérsia importante capaz de comover o meio social e de prevenção de divergência entre câmaras ou turmas do tribunal (art. 947, § 4º). É fácil perceber que a operacionalização do instrumento dependerá do contributo da jurisprudência, à vista da necessidade de conferir sentido a termos bastante abrangentes e plurissignificativos, como o são *relevante questão de direito* e *grande repercussão social*. Novamente o legislador comissiona o Poder Judiciário do dever de atribuir significado a termos indeterminados estimulando notoriamente a criação judicial do direito. Antes do advento do novo Código, era inequívoco que este incidente somente poderia ser apresentado nos Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais, pois era cabível no curso do processamento de apelação e de agravo (art. 555, § 1º, do Código de Processo Civil de 1973). Como o novo Código não indica o órgão judicial a que compete a instauração do incidente, bem como não restringe a espécie processual em que pode surgir, é lícito deduzir que pode ser suscitado em qualquer órgão judiciário, inclusive nas Cortes de superposição, máxime se levado em consideração que o objetivo do incidente é afetar ao plenário causas que seriam de competência primeira do órgão fracionário, em busca de uniformidade decisória e irradiação dos efeitos da decisão, e que o escopo magno dos tribunais superiores é velar pelo respeito ao ordenamento jurídico federal, pela efetividade das normas do ordenamento e pela correta e coerente interpretação dos enunciados normativos constantes da Constituição da República e das leis federais.

#### *5.5 Os acórdãos proferidos em incidente de resolução de demandas repetitivas*

### 5.5.1 Risco à segurança jurídica

O atual ordenamento processual civil concebeu o incidente de resolução de demandas repetitivas como fórmula de agilização e aperfeiçoamento da prestação jurisdicional, mediante a fixação de tratamento uniforme à mesma questão de direito, quando identificada controvérsia que possa gerar relevante multiplicação de processos, fundados em idêntica questão de direito, e causar grave insegurança jurídica, decorrente do risco de decisões conflitantes.

No que concerne aos requisitos de admissibilidade, dispõe o art. 976 do Código de Processo Civil, que é cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente, efetiva repetição dos processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito (inciso I), risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica (inciso II), processo pendente e quando um dos Tribunais Superiores, no âmbito de sua respectiva competência, ainda não tiver afetado recurso para definição de tese sobre questão de direito material ou processual repetitiva (§4º).

Na busca de um ordenamento processual que preza a igualdade e coerência, emprestar a casos similares decisões idênticas é fator que confere isonomia de tratamento aos jurisdicionados. Ao mesmo tempo se assegura consistência sistêmica e evitam-se contradições internas. Conseqüência lógica do dever de os tribunais uniformizarem sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente (cf. n. 3.3 e 3.3.1, *supra*).

Aliada à efetiva repetição de processos, para se admitir o incidente, necessária se faz demonstração da existência de decisões antagônicas proferidas nos diversos processos repetitivos já julgados, fatores capazes de abalar os princípios da isonomia e da segurança jurídica. Em tais hipóteses, o risco à isonomia que justifica o interesse na instauração do incidente se materializa com a possibilidade de proliferação de decisões antagônicas.

Todavia, em se tratando de incidente suscitado em causas de competência originária do tribunal, em que há a possibilidade de divergência sobre questão jurídica de natureza comum, o fato de tramitar o feito no órgão de cúpula do Poder Judiciário Estadual, por si só, já induz a potencial insegurança, incoerência ou tratamento não isonômico. Vale dizer, na competência originária do tribunal, está presente o potencial risco à isonomia e à segurança jurídica, sendo

conveniente prevenir a divergência na jurisprudência do tribunal. Nesse sentido, é a lição de Fredie Didier Júnior e Leonardo Carneiro da Cunha:

É preciso, como visto, que haja efetiva repetição de processos. Não cabe IRDR preventivo. Mas se exige que haja risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica. Esse requisito reforça a vocação do IRDR para formação de precedentes, aliando-se ao disposto no art. 926 do CPC. Exatamente por isso, somente cabe o incidente quando já houver algumas sentenças antagônicas a respeito do assunto. (...). Diferente é a hipótese de o tribunal deparar-se com processos originários repetitivos. Nesse caso, há risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica, podendo ser admitido o IRDR. Nos processos originários, os casos já estão no tribunal, já estando presente o potencial risco à isonomia e à segurança jurídica, sendo conveniente prevenir a divergência jurisprudencial, com o que se atende os deveres de uniformidade, estabilidade, integridade e coerência de que trata o art. 926 do CPC.<sup>413</sup>

O mesmo modo de pensar é perfilhado pela doutrina de Antônio do Passo Cabral:

O incidente pode ser instaurado também em causas de competência originária do tribunal, isto é, quando as questões comuns não passaram pela primeira instância. Então, verificando o desenho legislativo do IRDR, vemos que o incidente de resolução de demandas repetitivas, tal como disciplinado no novo CPC, é quase sempre “repressivo”: ao suscitá-lo, deve-se comprovar haver decisões finais conflitantes já proferidas sobre uma questão comum, e que essa divergência seja apta a gerar resultados diversos para situações idênticas, com ofensa à isonomia, à coerência e consistência do sistema, desrespeitando a segurança jurídica. Não obstante, quando o incidente for suscitado em causas de competência originária do tribunal (por exemplo, ações rescisórias e mandados de segurança contra autoridade com prerrogativa de foro), pode ser que assuma um caráter “preventivo”, se por esse adjetivo entender-se que a divergência sobre a questão jurídica comum seja potencialmente geradora de insegurança, incoerência ou tratamento anti-isonômico por ainda não ter sido objeto de cognição em decisão final de mérito no primeiro grau de jurisdição.<sup>414</sup>

### 5.5.2 Efetiva repetição de processos

O novo Código de Processo Civil não prevê requisito numérico de demandas homogêneas aptas a justificar a admissibilidade do incidente de resolução de demandas repetitivas. Neste ponto, a doutrina especializada tem afirmado que não é qualquer multiplicação de processos que dá ensejo a instauração do incidente, mas apenas nas hipóteses

---

<sup>413</sup> DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro. *Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal*. Salvador: 2016, JusPodivm, p.627.

<sup>414</sup> CABRAL, Antônio do Passo Cabral (Coord.). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 1522-1523.

em que há risco efetivo de coexistência de decisões conflitantes.

A decisão proferida em incidente de resolução de demandas repetitivas desafia recursos especial e extraordinário. Trata-se aqui de uma hipótese de recurso extraordinário não repetitivo (pois o que são repetitivas são as demandas que ocasionaram o incidente) à qual o Código de Processo Civil enfaticamente conferiu efeitos vinculantes. Prescreve o art. 987, § 2º, que, “Apreciado o mérito do recurso, a tese jurídica adotada pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça será aplicada no território nacional a todos os processos individuais e coletivos que versem sobre idêntica questão de direito”. Nesse caso, a repercussão geral é presumida (§ 1º). Essa presunção, à míngua de exceção normativa, é *jure et de jure*.

#### *5.6 As orientações do plenário ou do órgão especial aos quais os juízes e tribunais estiverem vinculados*

O inciso V do art. 927 do Código de Processo Civil é derivação imediata do dever de integridade. Ele comina aos juízes e tribunais o dever de seguirem as decisões (= orientações) do plenário ou do órgão especial do tribunal a que forem vinculados. Com isso, as decisões monocráticas ou de órgão fracionário do tribunal não podem discrepar daquelas proferidas pelo plenário ou órgão especial, a não ser que, pelo mecanismo da distinção, o autor da decisão demonstre que os fatos que levaram à decisão plenária destoam dos fatos examinados na decisão atual. Caso contrário, a decisão plenária é norma jurídica geral e deve ser aplicada, ainda que o juiz prolator não concorde com ela. Reduziram-se com isso os poderes do relator, seja ele do órgão fracionário ou do pleno, e prestigiou-se a decisão colegiada, com vistas a incrementar a segurança jurídica e a previsibilidade das decisões judiciais.

As decisões proferidas pelo plenário ou órgão especial dos tribunais são definidas pelo regimento interno, consoante competência normativa expressamente deferida pela Constituição da República, art. 96, I, ‘a’. No caso do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, passam a vincular seus juízes e desembargadores as razões generalizáveis constantes das decisões proferidas pelo Órgão Especial (art. 9º do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás):

- em ações diretas de inconstitucionalidade de leis e de atos normativos estaduais e municipais, em face da Constituição Estadual, e os pedidos cautelares nelas

formulados, desde que, nessa hipótese, a decisão monocrática seja referendada pelo órgão especial;

- em *habeas corpus*, quando o paciente for autoridade com foro especial por prerrogativa de função, ou quando a coação for atribuída ao Governador do Estado, à Mesa ou ao Presidente da Assembleia Legislativa, ao Conselho Superior da Magistratura ou ao Corregedor-Geral da Justiça;
- em mandados de segurança e *habeas data* contra atos do Governador do Estado, do Presidente ou da Mesa da Assembleia Legislativa, do próprio Tribunal de Justiça, de seu Presidente ou integrante;
- em ações rescisórias de seus próprios julgados e as revisões criminais em processos de sua competência;
- em mandados de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Governador do Estado, da Assembleia Legislativa ou de sua Mesa, do Tribunal de Contas do Estado, do Tribunal de Contas dos Municípios ou do próprio Tribunal de Justiça;
- em conflitos de competência entre as Seções Cíveis ou entre uma destas e a Seção Criminal; e
- em reclamações visando à preservação da competência e a garantia da autoridade das decisões do Tribunal de Justiça.

## 6 Superação dos precedentes

Como visto (cf. n. III, item 4.8, *supra*), os precedentes podem e devem ser superados, quando este for o caso. Tal como a lei, o precedente deve guardar consonância com a dinâmica social. Se o desacordo for de monta que exponha a absurdez do entendimento ou a incongruência com a realidade, ao Poder Judiciário compete arrostá-lo.<sup>415</sup> A providência, porém, não pode ser encetada aleatoriamente. Mudanças interpretativas por parte do Tribunal não justificam a mudança do precedente, a não ser quando acompanhadas dos fatores acima declinados, quais sejam, a teratologia e a injustiça do precedente.

---

<sup>415</sup> A tese aqui advogada é em alguma medida congruente com a prescrição contida no Enunciado n. 322 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis: “A modificação de precedente vinculante poderá fundar-se, entre outros motivos, na revogação ou modificação da lei em que se baseou, ou em alteração econômica, política, cultural ou social referente à matéria decidida”. Enfatize-se que essas mudanças muita raramente são súbitas a ponto de impedir modificações igualmente súbitas da jurisprudência.

A superação do precedente (*overruling*) pode ser tácita (*implied overruling*) ou expressa (*express overruling*). A superação implícita, como é intuitivo, ocorre quando um entendimento acerca de determinada controvérsia é afastado, mas o Tribunal não declina taxativamente que o fez. A superação expressa, em contrapartida, se verifica quando o Tribunal reconhece a inadequação do precedente, e a necessidade de mudança exegética.

A superação implícita é possível, mas não é aconselhável. Com efeito, há precedentes que não vinculam categoricamente. Em relação a eles, não é possível exigir que o juiz expressamente os decline um a um e explique a razão pela qual não seriam aplicáveis à demanda. Esses precedentes não vinculantes são muitos e de caráter residual. São todos aqueles que escapam à compreensão do art. 927 e incisos do Código de Processo Civil, como o acórdão de julgamento de apelação e de agravo de instrumento por Câmara ou Turma do Tribunal. Todavia, tendo o juiz manifestado conhecimento dessa espécie de precedente, especialmente quando suscitado pela parte, e querendo superá-lo, deve exercer esforço argumentativo para justificar o afastamento da norma. Essa obrigação é diretamente derivada do dever de integridade cominado pelo art. 926 do Código de Processo Civil.

Com relação aos precedentes vinculantes, a superação só se pode dar expressamente, nos termos ditados pelo art. 103-A, § 2º, da Constituição da República, e pelo art. 927, §§ 2º, 3º e 4º do Código de Processo Civil. Nos termos do § 2º a alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir. A faculdade de participação dos interessados está a testificar a preocupação de conferir legitimidade à decisão revocatória e também prepará-los a respeito da mudança acenada, outorgando oportunidade para revisão de expectativas e modificação de comportamentos.

A preocupação com as expectativas dos jurisdicionados é patenteada pelos termos do § 3º do art. 927. A alteração da jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos faculta a modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica. Em regra, o precedente, sendo em sua essência uma provisão judicial que dirime uma prévia controvérsia, tem eficácia temporal retroativa. Entretanto, estando o Poder Judiciário tão submetido ao princípio da confiança jurídica quanto os demais órgãos da Administração Pública, como peremptoriamente sacramentado pelos §§ 2º e 3º do art. 927 do Código de Processo Civil, e

com a transcendência dos fundamentos de algumas espécies decisórias, instituiu o Código um mecanismo de proteção do jurisdicionado contra as mudanças nos precedentes, de modo que, tal como o processo concentrado de controle de constitucionalidade, os efeitos dessa mudança podem ser modulados, em ordem prospectiva.

### **7 Lidando com um precedente: a *ratio decidendi*, o *distinguishing* e o *obiter dictum* na prática: aplicação de tese do Superior Tribunal de Justiça nos casos de indisponibilidade cautelar dos bens em ações de responsabilidade por improbidade administrativa**

É possível ilustrar a técnica do *distinguishing* e da identificação de *obiter dictum* com um exemplo de aplicação da jurisprudência brasileira. Tome-se a medida de tutela provisória de indisponibilidade de bens em ação de responsabilidade por improbidade administrativa. A tese, a respeito da matéria, firmada pelo Superior Tribunal de Justiça (Tema 701) em julgamento de recursos repetitivos (art. 927, III, do Código de Processo Civil) foi a seguinte: “É possível a decretação da ‘indisponibilidade de bens do promovido em Ação Civil Pública por Ato de Improbidade Administrativa, quando ausente (ou não demonstrada) a prática de atos (ou a sua tentativa) que induzam a conclusão de risco de alienação, oneração ou dilapidação patrimonial de bens do acionado, dificultando ou impossibilitando o eventual ressarcimento futuro’”. Aplicada a tese sem maior reflexão, ou seja, baseando-se exclusivamente no enunciado do tema, qualquer que fosse a imputação por ato de improbidade ensejaria a decretação de indisponibilidade cautelar dos bens do requerido. Em termos mais claros: a mera violação dolosa ao princípio da legalidade, ainda que não provocasse dano material, implicaria a restrição cautelar focalizada.

Ocorre que não é bem assim. Como declinado, bem diferente da subsunção, a aplicação de um precedente é operação que deve perscrutar os fatos e fundamentos jurídicos que determinaram a tese prevalecente no julgamento. Aliás, nos termos do art. 489, § 1º, V, do Código de Processo Civil, não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos.

É preciso então pesquisar os fatos e fundamentos comuns entre os casos que geraram o Tema 701 e que hoje se utilizam de seus parâmetros, para aplicá-lo somente nas

hipóteses contempladas pela linhagem de acórdãos que resultaram e se valeram da tese firmada. Dito de outro modo: é necessário identificar os fundamentos determinantes do enunciado do tema. A tese firmada, redigida como se texto legislativo fosse, sozinha não se presta à resolução de casos concretos posteriores, sob pena de atingir situações não desejadas, rompendo-se a linha de raciocínio judicial que levou à conclusão de que cabe, em ações de improbidade administrativa, a tutela provisória urgente de indisponibilidade dos bens do demandado.

Os recursos especiais repetitivos que propulsionaram o Superior Tribunal de Justiça à emissão da tese (e do precedente) e que hodiernamente se alicerçam nela defluíram de ações de responsabilidade não por quaisquer atos de improbidade administrativa, mas especificamente por atos de improbidade que importaram enriquecimento ilícito e/ou que causaram danos ao erário, tipificados nos art. 9º e 10 da Lei Federal n. 8.429/92. Os fatos que originaram as ações consistiam em comportamentos que provocaram prejuízos aos cofres públicos e/ou enriquecimento ilícito ensejando a necessidade de ressarcimento.

No caso do Recurso Especial n. 1.256.232 – MG, a causa de pedir remota consistiu no fato de o Prefeito do Município ter assumido irregularmente dívida de entidade da Administração Pública indireta, anuindo com acordo entabulado entre esta e terceiro, que obrigou o ente público a repassar parcela do ICMS para cumprimento do ajuste, gerando danos aos cofres municipais e, conseqüentemente, a obrigação de indenizar. Com isso, o ato de improbidade foi tipificado como aquele constante do art. 10 da Lei Federal n. 8.429/92, vale dizer, uma ação ou omissão, dolosa ou culposa, que ensejou perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades da Administração Pública direta e indireta. Nessa hipótese a tutela provisória de indisponibilidade de bens independe de gestos do demandado que levem à suspeita de dilapidação patrimonial. Bastam indícios fortes da prática do ato de improbidade denunciado, para que a medida cautelar tenha espaço (*fumus boni juris*), pois, segundo a compreensão do Superior Tribunal de Justiça, o *periculum in mora* é presumido.<sup>416</sup>

O julgamento do Recurso Especial n. 1.343.371 – AM consistiu em outro precedente aplicado que impeliu a produção da tese sufragada no Tema 701. Tratava-se, originariamente, de ação que visava ao reconhecimento de improbidade administrativa por

---

<sup>416</sup> STJ, 2ª Turma, REsp n. 1.256,232 – MG, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 19.9.2013.

irregularidade na prestação de contas referentes ao repasse de recursos financeiros de verbas destinadas a custear transporte escolar e merenda (PNAE E PNATE), com prejuízo de aproximadamente 500 mil reais. Tem-se aí, novamente, um ato de improbidade capitulado no art. 10 da Lei Federal n. 8.429/92, ou seja, um ato que ocasionou dano ao erário. No aresto preconizou o Tribunal estar “Assente na Segunda Turma do STJ o entendimento de que a decretação de indisponibilidade dos bens não está condicionada à comprovação de dilapidação efetiva ou iminente de patrimônio, porquanto visa, justamente, a evitar dilapidação patrimonial. Posição contrária tornaria difícil, e muitas vezes inócua, a efetivação da Medida Cautelar em foco. O *periculum in mora* é considerado implícito”.<sup>417</sup>

No caso do Recurso Especial n. 1.203.133 – MT, o recorrente requereu a indisponibilidade dos bens dos recorridos, sob a alegação de fundados indícios de dano ao erário, o que, por si só, seria suficiente para motivar o ato de constrição patrimonial, à vista do *periculum in mora* presumido no art. 7º da Lei Federal n. 8.429/92. O Superior Tribunal de Justiça deu provimento ao recurso, pois “É desnecessária a prova do *periculum in mora* concreto, ou seja, de que os réus estariam dilapidando seu patrimônio, ou na iminência de fazê-lo, exigindo-se apenas a demonstração de *fumus boni iuris*, consistente em fundados indícios da prática de atos de improbidade”.<sup>418</sup> Depreende-se aqui a importância de examinar não só a ementa do aresto, como se acostumou a fazer. Os fatos integram a *ratio decidendi* e esses fatos estão declinados no conteúdo do voto do relator, quais sejam: “a existência de fundados indícios de dano ao erário”.

Outrossim, o Superior Tribunal de Justiça reputa que o ato de improbidade que importa enriquecimento ilícito justifica, igualmente, o gravame provisório. Com efeito, “O Superior Tribunal de Justiça, ao proceder à exegese do art. 7º da Lei n. 8.429/92, firmou jurisprudência segundo a qual o juízo pode decretar, fundamentadamente, a indisponibilidade ou bloqueio de bens do indiciado ou demandado, quando presentes fortes indícios de responsabilidade pela prática de ato ímprobo que cause lesão ao patrimônio público ou importe enriquecimento ilícito, prescindindo da comprovação de dilapidação de patrimônio, ou sua iminência”.<sup>419</sup> No mesmo sentido: STJ, 1ª Turma, AgRg no REsp n. 1394564/DF, Rel. Min.

---

<sup>417</sup> STJ, 2ª Turma, REsp n. 1.343.371 - AM, Rel. Herman Benjamin, j. 18.4.2013.

<sup>418</sup> STJ, 2ª Turma, REsp n. 1.203.133/MT, Rel. Ministro Castro Meira, j. 21 de outubro de 2010.

<sup>419</sup> STJ, 1ª Turma, AgInt no REsp n 1516293/RS, Rel. Min. Regine Helena Costa, j. 10.4.2018, DJe 19.4.2018.

Regina Helena Costa, j. 17.11.2016, DJe 05.12.2016; e STJ, 2ª Turma, AgRg no AREsp n. 369.857/SP, Rel. Ministro Og Fernandes, j. 28.4.2015, DJe 6.5.2015.

Em suma, os fundamentos determinantes dos precedentes podem ser assim propostos: consoante a norma que flui do art. 7º da Lei Federal 8.429/1992, a indisponibilidade dos bens é cabível quando o julgador entender presentes fortes indícios de responsabilidade na prática de ato de improbidade que importe enriquecimento ilícito e/ou cause dano ao Erário, estando o *periculum in mora* implícito no referido dispositivo, atendendo determinação contida no art. 37, § 4º, da Constituição da República. Nessa conformidade, apresentado o pedido de indisponibilidade de bens ao julgador, deve ele identificar se:

- se cuida de uma imputação por ato de improbidade, ou de outra modalidade de ação condenatória;
- a prova que aparelhou a petição inicial é contundente, quer dizer, autoriza um juízo de probabilidade de procedência da pretensão;
- a imputação é de enriquecimento ilícito ou de causação de prejuízo ao erário.

Identificados esses elementos, aplicam-se os precedentes do Superior Tribunal de Justiça, tornando-se imperiosa a decretação da indisponibilidade dos bens do demandado, independentemente da prática de atos de dissipação patrimonial. De outra parte, se a pretensão ajuizada for de ressarcimento ao erário, mas não em razão de ato improbidade administrativa, como seria o caso se uma ação indenizatória por danos causados por acidente de trânsito, não se há de falar em *periculum in mora* presumido. Eis aqui um bom exemplo de *distinguishing*. E agora outro: se pretensão for veiculada por ato de improbidade que violou princípios que governam a Administração Pública, essa hipótese não encontra correspondência nos acórdãos pesquisados e, assim, eles não servem como precedentes. Nessa circunstância, a indisponibilidade de bens depende da prova de atos de ocultação ou dilapidação patrimonial, aplicada a regra geral das tutelas de urgência estabelecida no Código de Processo Civil, art. 300, segundo a qual “A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo”. Aqui o *periculum in mora* há de ser concreto, e o Tema 701 do Superior Tribunal de Justiça não pode ser invocado.

E se, no caso de ações de improbidade por enriquecimento ilícito ou dano ao erário, o demandado estiver a dilapidar o patrimônio, buscando fugir à responsabilidade? Tem-se aí um *obiter dictum*, um reforço argumentativo, uma razão a mais para a ordem de indisponibilidade que, se retirada, não altera o conteúdo da decisão.

## VII - O ERRO JUDICIÁRIO E A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS JUÍZES NO REGIME DOS PRECEDENTES

### 1 Considerações preliminares

De há muito se sedimentou posição segundo a qual o ato jurisdicional consubstancia prerrogativa imanente à soberania estatal, razão por que não se haveria de falar em responsabilização civil por danos causados pelo exercício da jurisdição. “A doutrina, até meados do século passado, bateu sempre na mesma tecla: o ato jurisdicional é emanção da soberania, reveste-se da força incontrastável da força da coisa julgada, não ofende direitos subjetivos e não gera responsabilidade civil do Estado”.<sup>420</sup>

A única exceção a essa regra construída pela doutrina e pela jurisprudência, à míngua de norma legislada, provinha justamente de um enunciado constante do direito posto, a saber, o art. 630 do Código de Processo Penal, pelo qual o Tribunal, julgando procedente revisão criminal, “se o interessado o requerer, poderá reconhecer o direito a uma justa indenização pelos prejuízos sofridos”.

A única hipótese em se aceitava a possibilidade de indenização por danos sofridos em virtude de ato jurisdicional radicava, pois, na reversão de sentença penal condenatória mediante ação de revisão criminal, oportunidade em que o Tribunal, a requerimento do autor, poderia fixar indenização pelos danos causados pela condenação indevida. Nesse caso, sem dúvida, deveria o Estado, e não o juiz, promover a reparação.

Repugnava, de fato, à doutrina da época pudesse o magistrado vir a ser responsabilizado pessoalmente pelos atos judiciais praticados. “Tornar o juiz civilmente responsável pelos julgamentos que profere é absurdo que a doutrina jamais pode tolerar”.<sup>421</sup> A ideia central veiculada por esse entendimento era a de preservar a independência e a serenidade

---

<sup>420</sup> AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Comentário ao art. 5º, LXXV. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 496.

<sup>421</sup> MARTINS, Pedro Batista *apud* AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Comentário ao art. 5º, LXXV. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil...*, p. 496.

de espírito do magistrado, necessárias ao escorreito exercício de seu mister. Nessa conformidade, eis o que assentava o Supremo Tribunal Federal:

Domina, pois, nesse âmbito, o princípio da irresponsabilidade, não só em atenção à autoridade da coisa julgada como também à liberdade e à independência dos magistrados, que se sentiriam tolhidos, a cada passo, na sua função de dizer o direito ou resolver as graves questões administrativas que lhe são afetas, pelo temor de engendrar responsabilidade, para si e para o Estado que representam.<sup>422</sup>

Todavia, não fugiu à consideração da doutrina e da jurisprudência que o desenvolvimento do Estado de Direito implica a assunção de responsabilidade pelos danos que o próprio Estado vem a causar, independentemente da origem do ato provocador do infortúnio. Ademais, os atos estatais praticados pelo juiz ou pelos serventuários do Poder Judiciário ontologicamente não se distinguem dos demais atos administrativos, sendo certo que exonerar-se o Estado de reparar os danos que causar no exercício dessa modalidade de atuação significa, em última análise, restaurar o hoje reputado odioso adágio que decorria da superioridade do rei sobre os súditos, qual seja, *“the king can do no wrong”*.

Instalou-se aí um grave dilema magistralmente descrito por Aguiar Dias:

O problema se reduz à procura de uma solução de equilíbrio entre a preocupação de equidade, que não tolera fique a vítima do erro judiciário sem compensação, e o interesse não menos imperioso de não perturbar o funcionamento da justiça, inspirando aos juízes o enervante receio de estar, possivelmente, com sua atuação, provocando futuras ações de indenização contra o Estado.<sup>423</sup>

Caminhou-se, com isso, para a possibilidade de reparação por danos causados pelo Estado-Juiz em situações outras que não apenas a reversão de condenações criminais, até se chegar, enfim, à dicção do art. 5, LXXV, da Constituição da República, pelo qual “o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença”. Esse dispositivo, de capital importância para a atual compreensão do assunto, excepcionou cabalmente o entendimento então predominante de que atos jurisdicionais só ensejavam responsabilização do Estado quando praticados pelo magistrado com dolo ou fraude.

---

<sup>422</sup> In: Revista Forense n. 194, p. 159.

<sup>423</sup> DIAS, José Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 855.

De acordo com o Ministro Sepúlveda Pertence, o erro judiciário causador de lesão, assim como a permanência de alguém na prisão por tempo superior ao previsto na sentença, propiciam a reparação do dano, independentemente de dolo ou culpa do magistrado. Nessas hipóteses, a simples ocorrência do fato gera obrigação de indenizar, consoante os precisos termos da regra constitucional que prescreve a responsabilidade objetiva do Estado, hospedada no art. 37, § 6º, da Constituição da Pública.<sup>424</sup> O dano nessas circunstâncias é *in re ipsa*. “Quando se cuida de erro judiciário ou de restrição ao direito à liberdade de locomoção, a gravidade do comportamento estatal patenteia-se pela natureza do direito ofendido e põe-se, de modo inquestionável e salientado constitucionalmente, a garantia da responsabilidade estatal”.<sup>425</sup> A configuração do erro judiciário prescinde da sindicância acerca do elemento subjetivo que levou o juiz a agir como agiu. O pagamento da indenização, porém, imputa-se ao Estado e não ao juiz. Aqui não se fala estritamente em aplicação equivocada do direito. A sentença modificada pela revisão pode ter sido proferida equivocadamente por fatores os mais diversos, não se excluindo nem sequer a possibilidade de o próprio réu ter contribuído para o erro. De outra parte, não se pode ignorar que, o erro judiciário é um conceito que se prende à Justiça criminal, na medida em que o texto constitucional assegura a indenização ao equivocadamente condenado.

Nem por isso danos causados no contexto da Justiça não-penal foram abandonados pela Constituição. A diferença repousa no fato de que o erro judiciário penal sempre gerará obrigação de indenizar. Mas isso nem sempre ocorrerá na Justiça civil. Isso porque, ao arripio da norma inscrita no art. 37, § 6º, da Constituição da República, firmou-se a orientação de que, nesses casos, a indenização a ser arcada pelo Estado depende da demonstração de dolo ou fraude do juiz.<sup>426</sup> Confundiu-se a responsabilidade do Estado por danos causados pelos seus agentes

---

<sup>424</sup> STF, 1ª Turma, RE n. 505.393-PE, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 26.6.2007, DJU 5.10.2007.

<sup>425</sup> ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Observações sobre a Responsabilidade Patrimonial do Estado*. Revista Forense n. 311, p. 22.

<sup>426</sup> Confira-se, por todos, este simbólico julgado do Tribunal de Justiça gaúcho: RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. ERRO JUDICIÁRIO. ÓBITO DO COMPANHEIRO E PAI DOS AUTORES ATRIBUÍDO À CONDUTA OMISSIVA DOS AGENTES DO ESTADO E A UMA DECISÃO JUDICIAL PROFERIDA EM AGRAVO DE INSTRUMENTO QUE CASSOU A LIMINAR QUE DETERMINAVA A REALIZAÇÃO DO TRANSPLANTE DE FÍGADO NO FALECIDO. (...) MÉRITO - pretensão indenizatória que se encontra fundamentada na presença de erro judicial - cassação da liminar deferida pelo Juízo da origem - e que teria ocasionado o falecimento do companheiro e pai dos autores, em decorrência da impossibilidade de submissão imediata à cirurgia para transplante de fígado. Alegação de que o deferimento do efeito suspensivo atribuído ao Agravo de Instrumento ocorreu sem a presença dos requisitos de admissibilidade do recurso e de que o Relator do recurso teria obrado em erro. Hipótese que trata de ato jurisdicional típico (ou ato jurisdicional em sentido estrito) em que a responsabilidade estatal por erro judiciário se subordina a um regime jurídico diferenciado (arts. 630 do CPP e 133, inciso I, do CPC), norteado pela teoria subjetiva. Caso em que não há como imputar responsabilidade ao Relator do Agravo de Instrumento por ter

com a responsabilidade pessoal do juiz pelos atos praticados com dolo ou fraude, ou seja, os pressupostos legais para a responsabilização pessoal do magistrado, e não do Estado.

## **2 A responsabilidade do juiz, o erro de interpretação e a recusa de aplicação dos precedentes – realidade e possibilidades *de lege ferenda***

### *2.1 O erro grave de hermenêutica como ponto de partida para a responsabilização pessoal do juiz*

O erro do juiz, na visão de Aguiar Dias, não abrange o erro de hermenêutica, mas apenas o erro sobre os fatos postos à sua apreciação. “Reconhece-se a inatacabilidade do Poder Judiciário na aplicação e na interpretação das leis; não seria possível, entretanto, aceitar a infalibilidade dos juízes no que concerne à matéria de fato, pois aí é que, de preferência a qualquer outra atividade humana, se manifesta a verdade do *errare humanum est*”.<sup>427</sup>

Resulta daí aderência, dessa orientação doutrinária, à imunidade do juiz por equívocos hermenêuticos, à semelhança do que sucede no regime do *common law*. Curiosamente, nas nações onde foi implantado um rígido sistema de precedentes, é dizer, um sistema jurídico formado por decisões judiciais, a imunidade judicial por erros na aplicação do direito é literalmente absoluta. Mauro Cappelletti ilustra a observação por meio de uma decisão inglesa do século XIX, segundo a qual “é um princípio do nosso sistema jurídico que nenhuma ação se possa exercer contra um juiz das nossas cortes superiores por ato judicial por ele realizado, ainda que se alegue ter ele agido com malícia ou corrupção”.<sup>428</sup>

Tal regime não se repete nos países de *civil law*. Nestes consagrou-se, ao menos por hipótese, a possibilidade de os juízes virem a ser pessoalmente responsabilizados por danos em caso de comprovação de dolo, fraude ou concussão, como é o caso da Itália. Ainda assim, essa disciplina é alvejada pela crítica de Cappelletti, pois que “se conhece bem como a prova da

---

recebido o recurso sem que presentes os requisitos para a sua admissibilidade. Para o deferimento do efeito suspensivo ao recurso não se mostra necessária uma análise exauriente em torno dos seus requisitos de admissibilidade, o que somente se torna impositivo por ocasião do julgamento do recurso. Decisão que cassou a tutela antecipada que não se evidenciou arbitrária ou desarrazoada à luz dos elementos de provas que instruíram o expediente recursal. Negaram provimento ao Agravo Retido e à Apelação. Decisão unânime (TJRS, 10ª Câmara Cível, Apelação Cível n. 70052738481, Rel. Jorge Alberto Schreiner Pestana, j. 28.11.2013).

<sup>427</sup> DIAS, José Aguiar. *Da Responsabilidade Civil...*, p. 855.

<sup>428</sup> CAPPELLETI, Mauro. *Juízes Irresponsáveis?*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1989, p. 67-68.

intencionalidade é muito difícil, a *probatio diabolica* por excelência”.<sup>429</sup> Além de tornar impossível, no plano prático, a responsabilidade pessoal do magistrado, essa regra exclui outros fatores que deveriam ensejar reparação, como a negligência e a culpa, mesmo sendo esta gravíssima. A exclusão da culpa grave como critério de isenção de responsabilidade impede que se chame a juízo o magistrado que, no curso de suas funções, cometa os mais graves e inescusáveis erros de direito, como a aplicação de norma claramente revogada ou declarada inconstitucional e, em geral, a interpretação jurídica manifestamente privada de fundamento.<sup>430</sup>

À luz da legislação em vigor, tal panorama se reproduz no Brasil. Nos termos do art. 49 da Lei Complementar n. 35/79 (Lei Orgânica da Magistratura), responderá por perdas e danos o magistrado, quando no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude, recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício, ou a requerimento das partes. Redação virtualmente idêntica consta do vigente Código de Processo Civil, art. 143. Por este diploma “O juiz responderá, civil e regressivamente, por perdas e danos quando: I – no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude; II – recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício ou a requerimento da parte”.

O segundo inciso não desperta maior interesse para o presente estudo, focalizado que está não em erros de condução processual, mas na indevida aplicação do direito no ato de entrega da prestação jurisdicional. E, neste caso, repete-se o (erro do) regime italiano de necessidade de produção da prova da intencionalidade, radicada na exigência de dolo ou fraude para a responsabilização. Considerando a ingente (quase invencível) dificuldade de produção da prova da volição do agente de frustrar deliberadamente a aplicação do direito, há que se permitir que certas circunstâncias façam presumir a atuação dolosa do juiz, impondo-se a ele a prova da não intencionalidade. Tal se daria quando incidir o magistrado em violação grosseira, macroscópica e inaceitável da norma, ensejando, em si só, a prova do dolo, competindo ao magistrado autor do erro o ônus de desfazê-la. *Quid juris* seria a violação grosseira da norma? Seria aquela em que a norma decisória resulta de interpretação feita ao arrepio de critérios lógicos, causando uma reconstrução aberrante da vontade do legislador ou na manipulação arbitrária do texto normativo.

---

<sup>429</sup> CAPPELLETI, Mauro. *Juízes Irresponsáveis?...*, p. 64.

<sup>430</sup> CAPPELLETI, Mauro. *Juízes Irresponsáveis?...*, p. 65.

## 2.2 A ofensa ao precedente como violação qualificada da norma jurídica e causa de obrigação de indenizar

Como sustentado, no ambiente jurídico brasileiro os precedentes formam-se a partir da interpretação de textos legislados, que funcionam como uma moldura que os juízes preenchem mediante a atividade interpretativa. Segue-se que os precedentes só podem ser reputados válidos à luz da Constituição da República se, e somente se, provierem de uma norma geral dimanada pelo poder competente, devidamente identificada e compreendida. Não surgem *ex nihilo*. No ambiente criado pelo art. 927 do Código de Processo Civil, o Poder Judiciário pode criar normas jurídicas que desbordam dos tradicionais limites subjetivos da sentença desde que não fuja ao direito preexistente, tecido pela Constituição, pelas leis em sentido formal e por tudo mais que validadamente exista no ordenamento jurídico.

Partindo de uma norma positivamente estabelecida, o precedente consubstancia uma definição judicial a respeito do sentido do enunciado normativo elaborado pelo Poder Legislativo. Dito de outro modo, é o *locus* de redução de significado de expressões polissêmicas empregadas pelo Legislador, reclamando *ipso facto*, um maior esforço de deferência por parte dos agentes que devam aplicá-lo. Axiomático que a violação ao precedente representa um erro de maior censurabilidade do magistrado, que transita entre a culpa grave e o dolo. Deveras, significa

um duplo e duro golpe no Direito - a um só tempo viola-se autoridade da legislação, consubstanciada na interpretação a ela conferida, e viola-se a autoridade do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça como Cortes Supremas, constitucionalmente encarregadas de dar a última palavra a respeito do significado da Constituição e da legislação infraconstitucional federal. Nesse contexto, afastar-se do precedente deve ser visto como uma falta grave em relação ao dever judicial de fidelidade ao Direito. Em duas palavras, deve ser visto como uma evidente arbitrariedade.<sup>431</sup>

Trata-se, pois, de uma dupla transgressão: transgride-se a norma primária elaborada pelo Poder Legislativo ou Executivo e transgride-se a norma secundária, resultado da exegese empreendida pelo Poder Judiciário em relação à norma primária. Ignorar ou recusar vigência ao precedente, a pretexto de com ele não concordar, é uma conduta equivalente à falta grave

---

<sup>431</sup> MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas. Do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 96/97.

em relação ao dever judicial de fidelidade ao Direito. Consubstanciando um notável abuso, torna mais evidente e reprovável o erro do juiz, afigurando, em si só, prova da intenção malsã, transferindo a ele o ônus de demonstrar que não se houve com dolo ou fraude; ou, no caso de não internalização pelos juízes do dever de seguir os precedentes e tampouco de modificação na prática judiciária de blindar os magistrados de responsabilidade pessoal, pode motivar o legislador a incluir a culpa grave como fator de imputação do dever de indenizar pessoalmente aquele que sofreu danos por erros grosseiros no exercício da atividade judicante ou determinar, *ope legis*, a inversão do ônus da prova nessas situações.

Arremate-se que não se pode exigir do julgador o conhecimento de todos os precedentes que seriam aplicáveis à espécie controvertida que está ele a deslindar. Não se pode cobrar do ser humano obrigações impossíveis. A infinidade de processos e a multidão de acórdãos que se publicam diariamente demonstram a infactibilidade de o juiz conciliar o descomunal serviço judiciário com a atualização rotineira do vasto repertório jurisprudencial cotidianamente produzido. Da omissão pelo juiz de um precedente obscuro, indevidamente catalogado, insuficientemente divulgado ou nem sequer suscitado pelas partes não deriva, obviamente, a obrigação de indenizar. Por isso, a tese que ora se advoga só pode ser efetivamente aplicada quando os órgãos judiciários responsáveis pela emissão dos precedentes previstos pelo art. 927 do Código de Processo Civil cumprirem o dever legal cominado no § 5º do dispositivo, qual seja, quando organizarem seus precedentes por questão jurídica decidida, divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.

Ao encontro desse anseio legislativo sobreveio a Resolução n. 235 do Conselho Nacional de Justiça, que “Dispõe sobre a padronização de procedimentos administrativos decorrentes de julgamentos de repercussão geral, de casos repetitivos e de incidente de assunção de competência previstos na Lei 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), no Superior Tribunal de Justiça, no Tribunal Superior Eleitoral, no Tribunal Superior do Trabalho, no Superior Tribunal Militar, nos Tribunais Regionais Federais, nos Tribunais Regionais do Trabalho e nos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, e dá outras providências”. Tal resolução ordena, entre outras providências, que (art. 4º, 5º e 6º):

- O STJ e o TST são os gestores dos recursos repetitivos, de acordo com a competência constitucionalmente definida, sendo responsáveis pela criação de temas e pela divulgação das informações nos termos definidos no CPC e nesta Resolução.

- Os Tribunais Regionais Federais, os Tribunais Regionais do Trabalho e os Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal são os gestores do incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) instaurados no âmbito de sua competência, observadas as determinações legais e o disposto nesta Resolução.
- O STJ, o TSE, o TST, o STM, os Tribunais Regionais Federais, os Tribunais Regionais do Trabalho e os Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal são responsáveis pela gestão dos incidentes de assunção de competência (IAC) instaurados no âmbito de sua competência.

## VIII - O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A (IN)DISCIPLINA DOS PRECEDENTES – ESTUDO DE CASO

### 1 Considerações preliminares

Nos dois capítulos antecedentes sustentou-se que os precedentes constituem interpretação de textos legislativos prévios. Por meio dos precedentes o Poder Judiciário define sentidos de termos plurissignificativos, reduzindo a vagueza e a indeterminação dos textos legais. Em virtude dessas características, considerou-se que a violação ao precedente é um ato ilícito qualificado pelo grau maior de infidelidade ao direito, sendo possível deduzir dessa conduta a intencionalidade deliberada do magistrado de omitir-se na aplicação correta do direito e de dar a solução adequada à lide por ele julgada, sujeitando-o, em última análise, à responsabilização pessoal. Pugnou-se também que a possibilidade de responsabilização do magistrado por ofensa aos precedentes estaria sob condição suspensiva, no aguardo de os tribunais catalogarem seus precedentes por temas e promoverem a adequada divulgação de seus enunciados.

Há também um componente ético que, por ora, obsta qualquer possibilidade de responsabilizar um juiz por descumprir precedente vinculante: a visível relutância dos ministros do Supremo Tribunal Federal em curvar-se às decisões dimanadas pelos órgãos colegiados da Corte, ainda que discordem delas. Frise-se, este é o enunciado básico da doutrina dos precedentes: o juiz deve seguir as decisões anteriores que enfrentaram assuntos similares ao que está sendo julgado ainda que não concorde com elas. O *stare decisis* nem sempre representa a aplicação do bom direito. Recapitule-se aqui o que averbou o Juiz da Suprema Corte norte-americana Louis Brandeis, para quem é mais importante que as controvérsias sejam decididas de uma vez por todas do que decididas corretamente (cf. n. III, item 6, *supra*).<sup>432</sup> A doutrina dos precedentes consubstancia sem dúvida um paradoxo: enquanto admite sem pejos que o Poder Judiciário crie o direito, concomitantemente limita a discricionariedade judicial ao determinar aos juízes que deixem suas convicções jurídicas de lado e adotem os entendimentos já sacramentados pelas Cortes superiores ou, se este for o caso, pelo Tribunal a que estão vinculados (cf. n. III, item 8, *supra*). Essa limitação não atinge os ministros do Supremo Tribunal Federal? Por certo que sim. Não há uma doutrina dos precedentes para magistrados de

---

<sup>432</sup> SCHAUER, Frederick. *Thinking Like a Lawyer*. Cambridge: Harvard University Press, 2009, p. 44 (tradução livre).

instâncias inferiores e cortes de apelação e outra para tribunais de superposição. Os juízes do Supremo Tribunal Federal estão tão vinculados às decisões do Supremo Tribunal Federal quanto os demais juízes.

Todavia, a restrição forçada pelo *stare decisis* não tem sido bem recebida pela membresia da Corte Constitucional. A rebeldia dos juízes do Supremo Tribunal Federal é um fato facilmente constatável e demonstra que a implantação de um regime de precedentes feita com base em imposições legais não é nada simples, mormente em um cenário em que a independência judicial é ordinariamente levada ao paroxismo e o reconhecimento da jurisprudência como fonte do direito ainda é uma extravagância, malgrado os ingentes esforços do próprio Legislativo. Ora, se os ministros da Suprema Corte relutam em aplicar os precedentes que o próprio Tribunal cria, seria de todo desarrazoado pretender que os juízes das demais instâncias sejam punidos por imitarem a conduta de seus “superiores”, os juízes dos tribunais de superposição.

Um curto estudo de um caso de injustificadas indas e vindas da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que transitam entre a incompreensão da doutrina dos precedentes e a possível resistência pessoal dos ministros a ela, servirá para mostrar que muito ainda há a se percorrer para que o princípio da confiança jurídica encontre no Poder Judiciário seu estuário e fortaleza. Por enquanto essa é uma visão idílica, muito distante da prática jurídica do Supremo Tribunal Federal.

## **2 Uma premissa necessária: o regime de precedentes aplica-se aos processos penais**

Como se expôs (cf. n. VI, item 3.3, *supra*), o art. 926 do Código de Processo Civil impôs aos tribunais o dever de integridade, uniformidade e coerência, de maneira que toda decisão que fornece regras que podem ser aplicadas para definir direitos das partes em outros casos, ou seja, quando suas razões podem transcender o caso concreto e ser utilizadas como regras decisórias (*legal rule*) de outros casos constitui um precedente, independentemente do instrumento processual manejado pelas partes que levou a causa ao conhecimento do tribunal.

Quanto ao art. 927 e seus incisos do Código de Processo Civil, que estabelecem os precedentes vinculantes, de pronto é lícito inferir que algumas das hipóteses ali inscritas são de imediata repercussão em sede processual penal. É o caso dos enunciados das súmulas do

Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional. O art. 927 conferiu expressamente normatividade a elas. Antes, tinham um caráter meramente exortativo e não era incomum um juiz descumprir uma súmula a pretexto de uma interpretação constitucional que ele julgasse adequada, ou por considerar que a súmula violava a livre convicção do julgador. Hoje é impensável que um juiz cível negue vigência a uma súmula a pretexto de com ela não concordar. Poderia um juiz penal se recusar a aplicar as súmulas do Superior Tribunal de Justiça sob a alegação de que elas vinculariam apenas os juízes cíveis? Estaria um juiz penal isento do dever de observar precedentes porque foi esse dever inscrito somente no Código de Processo Civil? É evidente que não. É regra rudimentar de hermenêutica que a interpretação jurídica não pode conduzir a absurdos ou distorções.<sup>433</sup> O Direito Penal e o Direito Processual Penal precisam de coerência, uniformidade e estabilidade tanto quanto os demais ramos do Direito. Talvez até mais, pela importância das liberdades individuais sempre sujeitas à restrição nessas categorias jurídicas.

Essas observações são necessárias porque uma das oscilações da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal mais sentida e visível tem ocorrido em processos penais e em temas de garantias individuais, como se depreenderá do caso adiante apresentado.

### **3 Estudo de caso: O princípio da presunção da inocência e a execução provisória da sentença penal condenatória**

As regras do *stare decisis* podem ser sintetizadas nos seguintes enunciados:

- Os juízes são obrigados a seguir os precedentes, ainda que não concordem com eles.
- Os precedentes só não podem ser aplicados quando chapadamente absurdos ou manifestamente contrários à razão.

Correta ou não do ponto de vista do participante, a decisão que definiu o conteúdo de um princípio jurídico vago e abstrato deve ser aplicada.

---

<sup>433</sup> Carlos Maximiliano, como sempre, em matéria de interpretação do direito tem algo de valioso a ensinar: “*Deve o direito ser interpretado inteligentemente: não de modo que a ordem legal envolva um absurdo, prescreva inconveniências, vá ter a conclusões inconsistentes ou impossíveis*” (MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito...*, p. 136)

Um desses princípios de conteúdo extremamente controverso é o princípio da presunção de inocência. Segundo o enunciado normativo constante da Constituição da República, art. 5º, LVII, “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. A perplexidade e o inconformismo que tomaram de assalto o ambiente jurídico em geral, e a doutrina em particular, com o advento deste dispositivo em 1988 derivavam da taxatividade do texto constitucional, que pregava, em interpretação gramatical, a impossibilidade jurídica de obrigar um acusado a executar sua pena antes de esgotadas todas as instâncias recursais previstas.

Em um primeiro momento o Supremo Tribunal Federal teve de efetuar o cotejo entre o texto constitucional e a dicção do então vigente art. 594 do Código de Processo Penal, pelo qual “o réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória, ou condenado por crime de que se livre solto”, não obstante a gritante incompatibilidade lógica entre o conteúdo do dispositivo legal e a prescrição constitucional, que lhe sobreveio e tacitamente o revogou. O Supremo Tribunal Federal hesitou em considerar o dispositivo infraconstitucional expurgado, averbando que a prisão do réu enquanto pressuposto de admissibilidade da apelação continuava a valer debaixo da nova ordem constitucional. Em julgamento de 28.6.1991, o Plenário da Corte, sob a relatoria do Ministro Néri da Silveira, decretou expressamente a sobrevivência do texto do art. 669, I, e, implicitamente, do art. 594 do Código de Processo Penal:

Habeas Corpus. Sentença condenatória mantida em segundo grau. Mandado de prisão do paciente. Invocação do art. 5º, LVII, da Constituição. Código de Processo Penal, art. 669. A ordem de prisão, em decorrência de decreto de custódia preventiva, de sentença de pronúncia ou de decisão de órgão julgador de segundo grau é de natureza processual e concerne aos interesses de garantia da aplicação da lei penal ou de execução da pena imposta, após o devido processo legal. Não conflita com o art. 5º, inciso LVII, da Constituição. De acordo com o § 2º do art. 27 da Lei n. 8.038/1990, os recursos extraordinário e especial são recebidos no efeito devolutivo. Mantida, por unanimidade, a sentença condenatória, contra a qual o réu apelara em liberdade, exauridas estão as instâncias ordinárias criminais, não sendo, assim, ilegal o mandado de prisão que o órgão julgador de segundo grau determina se expeça contra o réu. Habeas Corpus indeferido.<sup>434</sup>

A importância do julgamento reside na contemplação de tese jurídica pouco difundida que desvelava o esforço argumentativo realizado para imprimir validade aos

---

<sup>434</sup> STF, Pleno, HC n. 68.726, Relator Min. Néri da Silveira, j. 28.6.1991, DJU 20.11.1992.

dispositivos do Código de Processo Penal. Evocando a doutrina de Espínola Filho, o Supremo Tribunal Federal, pelo Ministro Néri da Silveira, distinguiu dois conceitos que sempre foram considerados intercambiáveis: o conceito de trânsito em julgado e o conceito de coisa julgada. “O que diferencia o caso julgado, ou seja, a sentença com trânsito em julgado, da coisa julgada, é ser mister, para ter-se esta, que, contra a decisão não caiba mais recurso de espécie alguma, ordinário ou extraordinário; ao passo que há caso julgado, passa em julgado a sentença, se bem que seja susceptível de impugnação por meio de recurso de caráter extraordinário, sem efeito suspensivo, por já se terem esgotado, ou não mais se poderem usar, os recursos ordinários admitidos”.

Anos depois, o Supremo Tribunal Federal, também em sede de *habeas corpus*, debruçou-se sobre a validade do art. 594 do Código de Processo Penal e, novamente sob a relatoria do Ministro Néri da Silveira, confirmou-a:

Habeas Corpus. 2. Condenado reincidente. Prisão resultante da sentença condenatória. Aplicabilidade do art. 594, do Código de Processo Penal. 3. Os maus antecedentes do réu, ora paciente, foram reconhecidos, na sentença condenatória, e, também, outros aspectos da sua personalidade violenta. 4. Código de Processo Penal, art. 594: norma recepcionada pelo regime constitucional de 1988. Ora, se este artigo é válido, o benefício que dele decorre, de poder apelar em liberdade, há de ficar condicionado à satisfação dos requisitos ali postos, isto é, o réu deve ter bons antecedentes e ser primário. 5. Habeas Corpus denegado e cassada a medida liminar.<sup>435</sup>

O Supremo Tribunal Federal terminou por acomodar o art. 594 do Código de Processo Penal na então juvenil realidade constitucional. Corretas ou não as premissas assinaladas, elas eram logicamente aceitáveis e vigorasse no Brasil da época a regra do *stare decisis* razão não havia para o paradigma vincado fosse superado.

Natural, porém, que a polêmica interpretação nela veiculada fosse criticada pela doutrina, entusiasmada com a quantidade e a qualidade das garantias individuais que desfilavam por todo o texto constitucional, capazes de apagar a velha ordem do pensamento jurídico, e que os interessados voltassem à carga perante o Supremo Tribunal Federal, visando à modificação do entendimento.<sup>436</sup> Demorou, mas os adversários da posição da Corte lograram êxito. Uma das

<sup>435</sup> STF, Pleno, HC n. 72. 366, Relator Min. Néri da Silveira, j. 13.9.1995, DJU 26. 11. 1999.

<sup>436</sup> A respeito das críticas doutrinárias em relação à recepção do art. 594 do Código de Processo Penal, confira-se: FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. São Paulo: RT, 2000, p. 302-304; e GRINOVER, Ada Pellegrinni; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *Recursos*

mais importantes vitórias da corrente que inadmitia a prisão antes do trânsito em julgado da sentença transitada em julgado aconteceu em 26.3.2009, em julgamento do *Habeas Corpus* n. 90.279-DF, também pelo Tribunal Plenário da Casa. A ementa do aresto, relatado pelo Ministro Marco Aurélio, é bastante simples:

RECURSO – SUBMISSÃO À CUSTÓDIA – INEXIGIBILIDADE. Descabe condicionar o recurso ao recolhimento do recorrente à prisão. O artigo 594 do Código de Processo Penal – hoje revogado pela Lei nº 11.719/08 – não foi agasalhado pela ordem jurídico-constitucional de 1988.<sup>437</sup>

Todavia, o acórdão que melhor expressou a viragem jurisprudencial ocorrida no Supremo Tribunal Federal foi prolatado no mês anterior do mesmo ano de 2009, no julgamento do *Habeas Corpus* n. 84.078, relatoria do Ministro Eros Grau. Por meio dessa decisão foram expurgadas todas as possibilidades de execução antecipada da pena antes do trânsito em julgado de todos os recursos admissíveis pelo ordenamento jurídico, incluídos neles, com efeito, os recursos extraordinários endereçados às Cortes Superiores. A controvérsia instalada no julgamento *writ* concentrava-se na possibilidade de o réu ser recolhido à prisão após a condenação proferida em duplo grau de jurisdição, mas na pendência de recursos extraordinário ou especial. As teses que se contrapunham basicamente eram:

- o recebimento dos recursos especial e extraordinário somente no efeito devolutivo permitia que a condenação proferida em segundo grau de jurisdição pudesse ser imediatamente executada, independentemente de razões de ordem cautelar que determinassem a segregação do réu;
- o art. 5º, LVII, da Constituição da República é enfático aos obstruir qualquer possibilidade de execução antecipada de pena, antes de esgotadas todas as instâncias recursais, e somente após esse exaurimento é que se poderia considerar transitada em julgado – e exequível – a sentença condenatória.

Por ocasião desse julgamento, o art. 594 do Código de Processo Penal já havia sido ab-rogado, de modo que *vexata quaestio* dizia respeito não mais à necessidade de recolhimento à prisão para apelar, mas no poder de o Estado ordenar a execução da pena antes do julgamento dos recursos excepcionais.

---

*no Processo Penal*. São Paulo, RT, 2008, p. 140.

<sup>437</sup> STF, Pleno, HC n. 90279, Relator Min. MARCO AURÉLIO, j. 26.3.2009, DJe 20.8.2009.

Pugnando pela possibilidade de prisão após decisão de segunda instância, penetrantes foram os argumentos declinados pela Ministra Ellen Gracie. Para ela, “se a presunção de inocência é conquista democrática das mais valiosas, não há de decorrer que, da aplicação desse princípio, resulte a total inanidade da persecução criminal, a desvalia das sentenças mantidas pelo tribunal, o absoluto desamparo da cidadania de bem ante a prática criminosa e a corrosiva sensação de impunidade de que nossa sociedade tanto se ressentir”.

Naquela sessão, adveio uma intervenção do Ministro César Peluso que se mostrou profética. Dizia o Ministro: “A coerência é uma qualidade, entre outras, que presta contas ao tempo”. Referia-se ele a uma decisão recente do Tribunal, que julgou inconstitucional lei estadual que privava servidores processados por crimes funcionais de perceber parte da remuneração, entendimento esse que, *mutatis mutandis*, deveria servir de parâmetro para o deslinde do *habeas*. Quisesse o Supremo Tribunal Federal guardar coerência e a liberdade deveria receber da Corte pelo menos a mesma proteção recebida pela propriedade. Idêntica mensagem foi enviada pelo relator remédio heroico, que, ao fim e ao cabo, prevaleceu, tendo o Supremo Tribunal Federal modificado radicalmente sua orientação, concedendo ao art. 5º, LVII, uma efetividade inédita, de modo a impedir, senão nas hipóteses de prisão em flagrante ou prisão cautelar, a possibilidade de alguém vir a ser preso antes do trânsito em julgado da condenação. Eis a detalhada ementa do acórdão:

EMENTA: HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA "EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA". ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL, DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. O art. 637 do CPP estabelece que "[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença". A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória". 2. Daí que os preceitos veiculados pela Lei n. 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP. 3. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar. 4. A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão. 5. Prisão temporária, restrição dos efeitos da interposição de recursos em matéria penal e punição exemplar, sem qualquer contemplação, nos "crimes hediondos" exprimem muito bem o sentimento que

EVANDRO LINS sintetizou na seguinte assertiva: "Na realidade, quem está desejando punir demais, no fundo, no fundo, está querendo fazer o mal, se equipara um pouco ao próprio delinqüente". 6. A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados --- não do processo penal. A prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os tribunais [leia-se STJ e STF] serão inundados por recursos especiais e extraordinários e subseqüentes agravos e embargos, além do que "ninguém mais será preso". Eis o que poderia ser apontado como incitação à "jurisprudência defensiva", que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento do STF não pode ser lograda a esse preço. 7. No RE 482.006, relator o Ministro Lewandowski, quando foi debatida a constitucionalidade de preceito de lei estadual mineira que impõe a redução de vencimentos de servidores públicos afastados de suas funções por responderem a processo penal em razão da suposta prática de crime funcional [art. 2º da Lei n. 2.364/61, que deu nova redação a Lei n. 869/52 ], o STF afirmou, por unanimidade, que o preceito implica flagrante violação do disposto no inciso LVII do art. 5º da Constituição do Brasil. Isso porque -- disse o relator - -- "a se admitir a redução da remuneração dos servidores em tais hipóteses, estar-se-ia validando verdadeira antecipação de pena, sem que esta tenha sido precedida do devido processo legal, e antes mesmo de qualquer condenação, nada importando que haja previsão de devolução das diferenças, em caso de absolvição". Daí porque a Corte decidiu, por unanimidade, sonoramente, no sentido do não recebimento do preceito da lei estadual pela Constituição de 1.988, afirmando de modo unânime a impossibilidade de antecipação de qualquer efeito afeto à propriedade anteriormente ao seu trânsito em julgado. A Corte que vigorosamente prestigia o disposto no preceito constitucional em nome da garantia da propriedade não a deve negar quando se trate da garantia da liberdade, mesmo porque a propriedade tem mais a ver com as elites; a ameaça às liberdades alcança de modo efetivo as classes subalternas. 8. Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1º, III, da Constituição do Brasil). É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual Ordem concedida.<sup>438</sup>

Com isso, o Supremo Tribunal superou sua tradicional jurisprudência, erigindo o princípio da presunção da inocência a um patamar inédito, que não se conhece em nenhuma outra nação democrática.<sup>439</sup> Correta ou não a postura da Corte, era de se esperar que a tese sufragada se estabilizasse, ainda mais em se tratando de um tema capital do ponto de vista dos direitos fundamentais. Não foi o que ocorreu. Alterações na composição do colegiado e a sensação de que o entendimento firmado depunha contra a autoridade das decisões do Poder

---

<sup>438</sup> STF, Pleno, HC 84078, Relator Min. EROS GRAU, j. 5.2.2009, Dje-035 26.2.2010.

<sup>439</sup> Nos dizeres da Ministra Ellen Gracie, "Em país nenhum do mundo, observado o segundo grau de jurisdição, a execução de uma condenação fica suspensa, aguardando o referendo da Corte Suprema" (STF, 2ª Turma, HC n. 85.886, Relatora Min. Ellen Gracie, j. 6.9.2005).

Judiciário foram provavelmente os motivos pelos quais a Corte houve por bem enfrentar mais uma vez as questões que se punham: o princípio da não culpabilidade implica o impedimento de execução de sentenças condenatórias dimanadas dos Tribunais de Justiça? O princípio da presunção da inocência deve ser amortecido para ceder espaço ao princípio da efetividade da jurisdição? Esses elementos justificariam nova reviravolta da jurisprudência do Pretório Excelso? Pois bem: a resposta viria a ser dada no julgamento de novo remédio heroico, o *Habeas Corpus* n. 126.292. O novo Código de Processo Civil já havia sido promulgado e *vacatio legis* estava em seus estertores. A ordem normativa dirigida aos Tribunais de manter a integridade, a uniformidade e a coerência de sua jurisprudência em pouco tempo já estaria a constranger os aplicadores do direito. A relatoria do *writ* coube ao saudoso Ministro Teori Zavascki, de passagem curta e marcante pela Suprema Corte, subitamente encerrada por trágico acidente aeronáutico. Cuidava-se de um *habeas corpus* em que o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ao arripio do entendimento consolidado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do *Habeas Corpus* n. 84.078, mandou ao ergástulo réu com sentença condenatória confirmada em segundo grau de jurisdição, sem, porém, apontar requisitos de natureza cautelar para a medida. Voltava à pauta do Supremo, novamente por *habeas corpus*, a execução antecipada de sentença penal condenatória. Como se comportaria a Corte? Três Ministros que endossariam o *decisum* do Tribunal paulista já não compunham o Tribunal: Joaquim Barbosa, Ellen Gracie e Menezes Direito. Da mesma forma, Eros Grau, Cezar Peluso e Carlos Brito, que perfilhavam a tese vencedora, também já haviam sido jubilados. E passados menos de sete anos, o Supremo Tribunal Federal, em apertada votação, conferiu novo e radicalmente diferente significado ao princípio constitucional da presunção da inocência, seguindo o voto do Ministro Zavascki:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE.

1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal.

2. Habeas corpus denegado.<sup>440</sup>

Retomando o pensamento de Espínola Filho, o Ministro Zavascki assertoou que a

<sup>440</sup> STF, Pleno, HC n. 126.292, Relator Min. Teori Zavascki, j. 17.2.2016,

presunção da inocência do acusado perdura enquanto não for determinada, do ponto de vista probatório, sua responsabilidade criminal. Dito de outro modo: somente as instâncias ordinárias do Poder Judiciário, encarregadas de analisar o acervo probatório amealhado nas causas criminais, é que definem a perduração no tempo do estado de inocência: a confirmação em segundo grau da sentença condenatória, ou a reforma em segunda instância da sentença absolutória constituem *turning points* da presunção da inocência, que é afastada com a condenação pelo segundo grau de jurisdição. Para o relator, este é conteúdo do princípio da presunção de inocência - que atrita com o enunciado normativo do art. 5º, LVII, da Constituição da República, e acolhe argumentos consequencialistas, como o do esvaziamento da efetividade jurisdicional, causado pela interpretação do princípio até então escolhida pelo Supremo Tribunal Federal. Eis as ponderações do Ministro Zavascki: “Nessas circunstâncias, tendo havido, em segundo grau, um juízo de incriminação do acusado, fundado em fatos e provas insuscetíveis de reexame pela instância extraordinária, parece inteiramente justificável a relativização e até mesmo a própria inversão, para o caso concreto, do princípio da presunção de inocência até então observado”. Zavascki acresceu que países juridicamente desenvolvidos não concedem a projeção deferida pelo Supremo Tribunal à presunção de não-culpabilidade e destacou que, na prática, na seara criminal, é bem reduzida a quantidade de recursos extraordinários providos. Disse também que a interpretação conferida pelo Pretório Excelso ao princípio estava a fomentar a instrumentação de recursos claramente procrastinatórios, que tinham por escopo apenas postergar o quanto possível o trânsito em julgado da condenação e, com isso, o início da execução penal. Denunciou, em abono a essa afirmação, que na ação penal subjacente ao *leading case* constante do *Habeas Corpus* n. 80.478, a pretensão punitiva foi fulminada pela prescrição, ocorrida de depois de o réu apresentar:

- apelação contra a sentença penal condenatória de primeiro grau de jurisdição;
- recurso especial contra acórdão do Tribunal de Justiça que desproveu a apelação;
- agravo de instrumento contra a decisão do Tribunal de Justiça que negou seguimento ao recurso especial;
- agravo regimental contra a decisão do Superior Tribunal de Justiça que negou provimento ao agravo de instrumento;
- embargos de declaração contra a decisão que rejeitou o agravo regimental;
- embargos de declaração contra a decisão que rejeitou embargos de declaração da decisão que rejeitou o agravo regimental; e, enfim,

- embargos de divergência contra a última decisão que havia rejeitado embargos de declaração.

Revelando clara consciência da vinculação futura que o julgamento exerceria não só sobre os juízes brasileiros como também sobre seus pares da Suprema Corte, propôs o Ministro Zavascki a seguinte tese (= *ratio decidendi*): “a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência”.

Na sequência, sobreveio voto do Ministro Edson Fachin, que contém relevante apontamento pelo qual se infere que Sua Excelência já percebia a competência do Supremo Tribunal Federal de realizar a magna função de, dentro em espaço de conformação correspondente à moldura textual dos dispositivos normativos da Constituição, estabelecer teses jurídicas que pacificassem as divergências interpretativas, promovendo o princípio da segurança jurídica: “Creio que a esta Corte, pela Constituição, foi atribuído o elevado e precípuo papel de guardião da Constituição, cujo exercício se dá por meio da formulação de teses jurídicas, orientando e conferindo segurança jurídica na aplicação das normas constitucionais pelas instâncias jurisdicionais que a precedem”. Ponderou também o Ministro Fachin que os tribunais de superposição não se voltam ao reexame da matéria fática. Essas cortes podem dar aos fatos diferente tipificação jurídica, mas não podem mudar a versão empírica acolhida pelas instâncias ordinárias. Não tendo os Tribunais Superiores a função de revisar as injustiças do caso concreto, reputou o Ministro Fachin que as condenações dimanadas depois de ultrapassado o duplo grau de jurisdição desmantelam a presunção de inocência que inicialmente beneficia os acusados. Daí por que endossou a tese secundada pelo Ministro Relator.

O voto do Ministro Roberto Barroso, por sua vez, também mostrou preocupação com a realidade normativa que seria brevemente descortinada pelo Código de Processo Civil, propiciando em seu voto fácil identificação dos fundamentos determinantes de sua decisão de acompanhar o relator e autorizar a execução de pena proveniente de decisão que superou o duplo grau de jurisdição. Considerou que os fatos determinam a produção da norma jurídica e a realidade derivada da decisão revisada, aquela enunciada no *Habeas Corpus* n. 80.478, era traumática a ponto de exigir a mudança de orientação sinalizada. O impacto fenomênico do *Habeas Corpus* n. 80.478 foi desdobrado em três consequências negativas detectadas pelo Ministro Barroso:

- “Em primeiro lugar funcionou como um poderoso incentivo à infundável interposição de recursos protelatórios”;
- “Em segundo lugar, reforçou a seletividade do sistema penal. A ampla (e quase irrestrita) possibilidade de recorrer em liberdade aproveita sobretudo aos réus abastados, com condições de contratar os melhores advogados para defendê-los em sucessivos recursos”;
- “Em terceiro lugar, o novo entendimento contribuiu significativamente para agravar o descrédito do sistema de justiça penal junto à sociedade. A necessidade de aguardar o trânsito em julgado do REsp e do RE para iniciar a execução da pena tem conduzido massivamente à prescrição da pretensão punitiva ou ao enorme distanciamento temporal entre a prática do delito e a punição definitiva”.

O Ministro Roberto Barroso ainda fez interessante distinção entre os conceitos “culpado” e “preso”. Há uma diferenciação constitucional entre os regimes da culpabilidade e o da prisão. Segundo ele, alguém preso não é necessariamente culpado, de modo que pode ser preso sem que seja considerado culpado.

O Ministro Luiz Fux, por sua vez, justificou a superação do precedente embutido no *Habeas Corpus* n. 80.478 sob o argumento de incongruência sistêmica ou social. Vale dizer: um precedente deve guardar ligação com o sentimento constitucional, sendo inaceitável aos olhos da sociedade que um princípio constitucional sirva de abrigo a manipulações processuais que impeçam a concretização do direito objetivo.

Depois do voto da Ministra Cármen Lúcia, seguindo o voto do Relator, o Ministro Gilmar Mendes, integrante da maioria que havia repellido a possibilidade de execução provisória da sanção penal, mudou de lado, refletindo que a prisão proveniente de decisão emanada de segunda instância não viola o núcleo essencial do princípio da presunção de não culpabilidade. Não consta do documento digital o voto do Ministro Dias Toffoli. Supõe-se que tenha aderido ao voto do Relator.

Enfim, formou-se a maioria: a execução provisória da pena recebeu a aprovação do Supremo Tribunal Federal, modificando-se radicalmente o entendimento firmado no *Habeas Corpus* n. 80.478. Formado estava o precedente, nos precisos termos do art. 927, V, do Código de Processo Civil. De fato, além do requisito legal, isto é, de ser uma orientação do Plenário da

mais alta corte judiciária do país, todos as exigências doutrinárias para que o acórdão irradiasse seus efeitos se faziam presentes:

- a decisão do Supremo era – e é - logicamente aceitável;
- ela pode ter se distanciado do enunciado normativo constitucional analisado, mas, a rigor, não há na decisão do Supremo injustiça extrema, como aquela a que alude Alexy (cf. n. IV, item 7, *supra*), que justifique sua varrição do mundo jurídico;
- o precedente superado revelava graves problemas de desconformidade social e jurídica que justificaram a adoção de tese diametralmente oposta;
- as questões jurídicas ventiladas foram exaustivamente discutidas e os argumentos do precedente superado foram devidamente enfrentados.

Era imperativo pois que o entendimento se estabilizasse e seus efeitos transcendessem o caso concreto para alcançar todas as situações similares à que passou pelo crivo do Supremo Tribunal Federal. Trata-se de uma controvérsia da mais alta relevância em tema de garantias fundamentais em um Estado formalmente democrático dirimida adequadamente por um precedente digno de ser obedecido, na medida em que preenche todos os requisitos de ordem legal e doutrinária para tanto. Todavia, depois de menos de dois de vigência a força normativa desse precedente vem sendo minada pelo próprio Supremo Tribunal Federal, por intermédio de decisões singulares dos ministros vencidos e por declarações públicas de desprezo, que mostram relutância em aceitar a vinculação ao precedente.

Aliás, as decisões monocráticas têm sido um estratagema frequente dos Ministros da Suprema Corte para violar a autoridade do Tribunal, quando este decide colegiadamente, como denunciado por Joaquim Falcão e Diogo Werneck Arguelhes:

Quando o plenário decide e o ministro-agente discorda, usa o poder de decisão monocrática para *ignorar* ou *contrariar* a manifestação do plenário. Mesmo vencido no colegiado, o ministro continua a promover sua posição, agora jogando sozinho. Uma desinstitucionalização do Supremo como instituição colegiada, e um perigoso exemplo para as instâncias inferiores.<sup>441</sup>

---

<sup>441</sup> FALCÃO, Joaquim; ARGUELHES, Diogo Werneck. *Onze Supremos: Todos contra o Plenário*. In: FALCÃO, Joaquim; ARGUELHES, Diogo Werneck; RECONDO, Felipe (Orgs.). *Onze Supremos – O Supremo em 2016*. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito: Supra: Jota: FGV Rio, 2017, p. 23-24.

É a hipótese do *Habeas Corpus* n. 138.063. No bojo desse processo o Ministro Marco Aurélio deferiu liminar para sustar ordem do Superior Tribunal de Justiça que dava início à execução penal decorrente de sentença criminal condenatória prolatada por Tribunal Regional Federal. Para desafiar decisão plenária do Supremo Tribunal Federal, o Ministro baseou-se no argumento de que parte da condenação se obteve apenas em segunda instância, não se tratando de um acórdão confirmatório de condenação em primeiro grau de jurisdição. Aproveitou o ensejo para declamar o seguinte discurso:

Ao tomar posse neste Tribunal, há 26 anos, jurei cumprir a Constituição Federal, observar as leis do País, e não a me curvar a pronunciamento que, diga-se, não tem efeito vinculante. De qualquer forma, está-se no Supremo, última trincheira da Cidadania, se é que continua sendo. O julgamento virtual, a discrepar do que ocorre em Colegiado, no verdadeiro Plenário, o foi por seis votos a quatro, e o seria, presumo, por seis votos a cinco, houvesse votado a ministra Rosa Weber, fato a revelar encontrar-se o Tribunal dividido. A minoria reafirmou a óptica anterior – eu próprio e os ministros Celso de Mello, Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli. Tempos estranhos os vivenciados nesta sofrida República! Que cada qual faça a sua parte, com desassombro, com pureza d'alma, segundo ciência e consciência possuídas, presente a busca da segurança jurídica. Esta pressupõe a supremacia não de maioria eventual – segundo a composição do Tribunal –, mas da Constituição Federal, que a todos, indistintamente, submete, inclusive o Supremo, seu guarda maior. Em época de crise, impõe-se observar princípios, impõe-se a resistência democrática, a resistência republicana.

Como se vê, Sua Excelência, pretextando cumprir a Constituição, ignorou solenemente a ordem dimanada do Plenário da Corte, assim como os art. 926 e art. 927, V, do Código de Processo Civil, sem declarar-lhes a inconstitucionalidade, não se dignando nem sequer a mencioná-los, recusando-se assim a curvar-se ao precedente estabelecido pelo Tribunal, fomentando a desordem jurisprudencial e a indisciplina judiciária.

Postura similar foi empenhada pelo Ministro Celso de Mello, outro vencido no julgamento do *Habeas Corpus* n. 126.292. Disse o Ministro em decisão monocrática proferida no *Habeas Corpus* n. 135.100:

Nem se invoque, finalmente, o julgamento plenário do HC 126.292/SP – em que se entendeu possível, contra o meu voto e os de outros 03 (três) eminentes Juízes deste E. Tribunal, “a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário” –, pois tal decisão, é necessário enfatizar, pelo fato de haver sido proferida em processo de perfil eminentemente subjetivo, não se reveste de eficácia vinculante, considerado o que prescrevem o art. 102, § 2º, e o art. 103-A, “caput”, da Constituição da República, a significar, portanto,

que aquele aresto, embora respeitabilíssimo, não se impõe à compulsória observância dos juízes e Tribunais em geral.

É possível depreender do trecho da decisão as dificuldades que se põem na implantação, por lei, de regras próprias de um sistema jurídico em que a lei não exerce protagonismo. Sintomático que as decisões que se rebelaram contra a orientação do Plenário provenham dos ministros mais antigos da Corte, tudo a indicar que os laços da tradição romano-germânica ainda submetem magistrados do mais alto Tribunal do país, a ponto de olvidarem as drásticas e visíveis transformações do perfil dessa corte, a que pertencem há tanto tempo.

Com efeito, quer se goste ou não, implantado o *stare decisis*, compete aos juízes da Corte Constitucional conscientizarem-se do fato indisputável de que todas as manifestações do Plenário vinculam não só os magistrados de instâncias inferiores como também ele próprios, membros do Supremo. Os art. 926 e 927 do Código de Processo Civil não prescrevem exceções. Valem para todos os juízes. O *stare decisis*, muito antes de ser uma franquia ilimitada, é um instrumento de restrição ao Poder Judiciário, que deve prestar reverência às suas próprias decisões e erradicar o casuísmo (cf. n. III, item 8, *supra*). Em uma palavra, como averbado por Bruno Torrano, o *stare decisis* exige dos juízes autorrespeito.<sup>442</sup> Concorde-se ou não com a decisão, ela é norma, e aos juízes cabe aplicá-la aos demais casos. Repita-se aqui: o *stare decisis* não exige a aplicação correta do direito, mas uma aplicação sustentável do direito, posto constitucionalmente apropriada. É o caso da decisão prolatada no *Habeas Corpus* n. 126.292. E mais: a superação dessa decisão não se dá ao sabor das evoluções interpretativas ou de meras mudanças de opinião dos Ministros. É preciso que a decisão que se busca superar seja claramente absurda, que dê de ombros à fé da sociedade no direito, que zombe do sentimento jurídico ou, nas palavras do Ministro Fux, que manifeste desenganada incongruência social e sistêmica. Nenhum desses sintomas é sentido na interpretação que o Supremo Tribunal Federal outorgou ao princípio da presunção de não-culpabilidade. Pode-se reclamar dela, mas não se pode se revoltar contra ela, pois o governo é das leis (= normas) e não dos homens. O governo é das leis e não dos ministros do Supremo Tribunal Federal. O *rule of law, not rule of men*, submete a todos, inclusive as mais proeminentes autoridades da estrutura republicana.

---

<sup>442</sup> TORRANO, Bruno. *Dói, mas o entendimento do HC 126.292/SP deve ser respeitado*. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2016-ago-24/doi-entendimento-hc-126292sp-respeitado>. Acesso em. 24.11.2017.

Por isso causa ainda mais espécie a obstinação dos ministros vencidos e de ministros que se arrependeram de, não passados nem dois anos, tornar a levar a controvérsia ao Plenário,<sup>443</sup> na expectativa de reverter o resultado do *Habeas Corpus* n. 126.292, sem apresentar nenhuma justificativa normativa ou social adequadas, mas apenas desconforto hermenêutico. Como adverte Dworkin, o direito não é uma piada grotesca, nem tampouco propriedade disponível da justiça constitucional: “respeitar um precedente não significa concordar com ele. Aliás, muito pelo contrário: na aplicação do Direito, uma postura de reverência a normas institucionalizadas ocorre, sobretudo, naquelas ocasiões em que se reconhece o valor jurídico-institucional de algo que se considera, pessoalmente, ser um equívoco político, interpretativo ou moral”.<sup>444</sup>

A integridade, a estabilidade e a coerência na formação da jurisprudência, positivamente instituídas pelo art. 926 do Código de Processo Civil, estão a exigir dos Ministros do Supremo Tribunal Federal disciplina, maturidade e humildade. A mesma disciplina que se quer impor aos magistrados das demais instâncias judiciárias, sob argumento da feição cada vez mais objetiva das decisões pronunciadas pelo Supremo Tribunal Federal. O bom exemplo deve vir de cima.

---

<sup>443</sup> Confira-se, por todas, a seguinte notícia: <http://noblat.oglobo.globo.com/meus-textos/noticia/2017/08/stf-esta-pronto-para-acabar-com-prisao-em-segunda-instancia.html>.

<sup>444</sup> TORRANO, Bruno. *Dói, mas o entendimento do HC 126.292/SP deve ser respeitado*. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2016-ago-24/doi-entendimento-hc-126292sp-respeitado>. Acesso em. 24.11.2017.

## BIBLIOGRAFIA

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Comentário ao art. 5º, LXXV. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

AGUILO REGLA, Josep. *Aplicação do direito, independência e imparcialidade*. In: Revista NEJ - Eletrônica, Vol. 16, n. 3, set-dez 2011.

ALEXY, Robert. *Conceito e Validade do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Memória jurisprudencial: Ministro Victor Nunes*. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2006.

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Sobre a organização de poderes em Montesquieu: Comentários ao Capítulo VI do Livro XI de "O espírito das leis"*. In: Revista dos Tribunais, vol. 868, 2008.

AUSTIN, John. *Province of Jurisprudence Determined*. Londres: John Murray, 1861.

\_\_\_\_\_. *The Province of Jurisprudence Determined and the Uses of the Study of Jurisprudence*. Nova Iorque: 1954.

\_\_\_\_\_. *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law*. Londres: Robert Campbell, 1869

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. São Paulo: Malheiros, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_, MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Trabalhando com Uma Nova Lógica: a Ascensão dos Precedentes no Direito Brasileiro*, disponível em <http://www.conjur.com.br/2016-out-28/artigo-barroso-explica-precedentes-cpc-muda-direito>. Acesso em 9.10.2017

BERMUDEZ, Edward J. Is the Civil Law Superior to the Common Law? *The Columbia Jurist*, Vol. 2, Issue 22 (1886).

BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

\_\_\_\_\_. *Direito e Estado no Pensamento de Kant*. Brasília: UNB, 1994.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2013

CABRAL, Antônio do Passo Cabral (Coord.). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1995.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor,

1993.

\_\_\_\_\_. *Juízes Irresponsáveis?*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1989

DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

\_\_\_\_\_. *O direito inglês*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

DIAS, José Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro. *Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal*. Salvador: 2016, JusPodivm.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Processo Civil – Volume I*. São Paulo: Malheiros, 2016.

DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

\_\_\_\_\_. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

\_\_\_\_\_. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FALCÃO, Joaquim; ARGUELHES, Diogo Werneck. *Onze Supremos: Todos contra o Plenário*. In: FALCÃO, Joaquim; ARGUELHES, Diogo Werneck; RECONDO, Felipe (Orgs.). *Onze Supremos – O Supremo em 2016*. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito: Supra: Jota: FGV Rio, 2017

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. São Paulo: RT, 2000.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*. São Paulo: Atlas, 1994.

FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *Do Processo Legislativo*. São Paulo: Saraiva, 1984.

FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.

GASKIN, J. A. C. Introdução. In: HOBBS, Thomas. *Os Elementos da Lei Natural e Política*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

GUASTINI, Ricardo. *Das Fontes às Normas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

GRAU, Eros Roberto. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 229.

GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*. São Paulo: Malheiros, 2013.

GRINOVER, Ada Pellegrinni; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *Recursos no Processo Penal*. São Paulo, RT, 2008.

HART, H. L. *O Conceito de Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

HEALY, Thomas. Stare Decisis as a Constitutional Requirement. *West Virginia Law Review*, Vol. 1, Issue I.

HOBBS, Thomas. *Os Elementos da Lei Natural e Política*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.  
HOLMES, Oliver Wendell. Law in Science and Science in Law. In: *Harvard Law Review*, Vol. XII.

KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Prática*. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

\_\_\_\_\_. *Teoria geral do direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes.

\_\_\_\_\_. *O que é Justiça?*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

\_\_\_\_\_. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

KENT, James. *Comentaries on American Law – Lecture XXI*. Boston: 1896, Little, Brown and Company.

LEVINSON, Daryl J. & PILDES, Richard H. Separation of Parties, not Powers. In: *Harvard Law Review*, vol. 119, n. 8, June/2006.

LEWIS, C. S. *Cristianismo Puro e Simples*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

LOSANO, Mario G. *Os grandes sistemas jurídicos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

LOSANO, Mario G. *Introdução*. In: KELSEN, Hans. *O problema da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

MACHADO, Antônio Alberto Machado. *Ensino Jurídico e Mudança Social*. São Paulo: Expressão Popular, 2009.

MADISON, James; HAMILTON, Alexander, JAY, John. *Os Artigos Federalistas*. São Paulo: Nova Fronteira, 1993.

MARMOR, Andrei. Prefácio. In: MARMOR, Andrei (Org.). *Direito e Interpretação*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira; DO VALE, Andre Rufino. In: CANOTILHO, J. J. Gomes...(et al.),

coord. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2014.

MITIDIERO, Daniel. *Precedentes, Jurisprudência e Súmulas no Novo Código de Processo Civil*. Revista de Processo - Vol. 245/2015.

\_\_\_\_\_. *Cortes Superiores e Cortes Supremas. Do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O Espírito das Leis*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

MOORE, Michael S. *Interpretando a Interpretação*. In: MARMOR, Andrei (Org.). *Direito e Interpretação*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

PALOMBELLA, Gianluigi. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PIÇARRA, Nuno. *A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1989.

POLLETTI, Ronaldo. *Controle da Constitucionalidade das Leis*. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

POUND, Roscoe. What is the Common Law. Chicago: University of Chicago Law Review. Vol. 4, Tema 2, 1937.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial*. São Paulo: Saraiva, 2015.

RÁO, Vicente. *O Direito e a Vida dos Direitos*. São Paulo: RT, 2013.

RAZ, Joseph. *O Conceito de Sistema Jurídico – Uma Introdução à Teoria dos Sistemas Jurídicos*. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

RE, Edward D. Stare decisis. Revista de Informação Legislativa, trad. Ellen Gracie Northfleet. Brasília: Senado Federal, v. 19, n. 73, jan./mar. 1994.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1998.

ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. *Introdução à teoria do sistema autopoietico do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 118.

SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil Brasileiro Interpretado - Vol. I*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1980.

SCHAUER, Frederik. Is the Common Law Law?. California Law Review. Vol. 77, Tema 2, 1989.

\_\_\_\_\_. *Thinking Like a Lawyer*. Cambridge: Harvard University Press, 2009.

\_\_\_\_\_. SCHAUER, Frederick. Precedent. *Stanford Law Review*, Vol. 39, Tema 3 (Fevereiro de 1987).

STRECK, Lenio L. Comentário ao art. 103-A. In: CANOTILHO, J. J. GOMES; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W; \_\_\_\_\_ (Coords.) *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

THEODORO JR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015

TOCQUEVILLE, Alexis de. *A Democracia na América*. São Paulo: Folha de São Paulo, 2010.

TORRANO, Bruno. *Dói, mas o entendimento do HC 126.292/SP deve ser respeitado*. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2016-ago-24/doi-entendimento-hc-126292sp-respeitado>. Acesso em. 24.11.2017.

TRUBEK, David. *Max Weber sobre Direito e Ascensão do Capitalismo*. São Paulo: Revista de Direito GV, Vol. 3, n. 1.

VIANA, Ulisses Schwarz. *Direito e Justiça em Niklas Luhmann – Complexidade e contingência no sistema jurídico*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2015.

VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. *Diálogo institucional e controle de constitucionalidade – Debate entre o STF e o Congresso Nacional*. São Paulo: Saraiva, 2015.

WALDRON, Jeremy. *A Dignidade da Legislação*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

\_\_\_\_\_. *Stare Decisis and the Rule of Law: A Layered Approach*. New York: New York University, 2011.

WEBER, Max. *O Direito na Economia e na Sociedade*. São Paulo: Ícone, 2011.

WEFORT, Francisco (Org.). *Os Clássicos da Política – Vol. I*. São Paulo: Ática, 2002.

ZAGREBELSKI, Gustavo. *El derecho dúctil*. Madri: Trotta, 2009.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional*. São Paulo: RT, 2014.