

UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO

Flávia Almeida Pita

**A Jurisprudência como Fonte do Direito.
Qual é hoje o seu papel no
Sistema Jurídico Brasileiro?**

FEIRA DE SANTANA, BAHIA

2002

**A Jurisprudência como Fonte do Direito.
Qual é hoje o seu papel no
Sistema Jurídico Brasileiro?**

Flávia Almeida Pita

Universidade Federal De Pernambuco - UFPE

Pós-Graduação *Stricto Sensu* - Mestrado

Dissertação apresentada para obtenção do título de Mestre em
Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco.

Orientador: Prof. Dr. Nelson Saldanha

FEIRA DE SANTANA, BAHIA

2002

Para Clara, que nascerá daqui a pouquinho, mas que já preenche minha vida de uma felicidade sem fim.

Minha mais sincera gratidão a todos aqueles que participaram desta árdua “empreitada”, e sem cuja ajuda não seria possível chegar ao fim.

Devo mencionar, contudo, especialmente: a Universidade Estadual de Feira de Santana-UEFS, que nos proporcionou este Curso, a atenção e o carinho da orientação do Prof. Nelson Saldanha, as lições preciosas do Prof. Calmon de Passos, a paciência amorosa de meu pai, que revisou o texto nos seus aspectos lingüísticos, a gentileza das Sras. Graça e Izabel, que ajustaram o trabalho às normas da técnica bibliográfica, o apoio diuturno da minha família e, finalmente, o amor de Zedu, que me faz forte e feliz.

RESUMO

Partindo do significado que assume a expressão *fontes do Direito* na Ciência Jurídica, o presente estudo objetiva investigar o papel desempenhado pela Jurisprudência no sistema jurídico brasileiro. Preliminarmente, é objeto de especulação a natureza da decisão judicial, reconhecendo-se na sua essência, em razão da atividade hermenêutica que lhe antecede, um inegável caráter criativo. Ainda de forma preliminar, a pesquisa volta-se à investigação das diferenças assumidas pela Jurisprudência nos sistemas jurídicos de *Common Law* e de *Civil Law*, para, então, concentrar-se especialmente na função que ela desempenha naqueles últimos e, finalmente, no Direito brasileiro. O trabalho atinge seu objetivo central, então, quando se volta ao estudo do papel que o Direito Positivo brasileiro atribuiu historicamente e hoje concede à Jurisprudência, chegando-se até à análise dos projetos que visam à outorga de efeito vinculante à Jurisprudência, ora em trâmite perante o Congresso Nacional. A esta abordagem meramente dogmática alia-se a análise dos aspectos políticos, econômicos e sociológicos da organização do Estado brasileiro e, particularmente, do seu Poder Judiciário.

Palavras-chave: Jurisprudência. Fonte do Direito. Direito Brasileiro

ABSTRACT

Starting from the meaning given by Jurisprudence to the expression Sources of Law, the object of this study is to investigate the role that Case Law plays in Brazilian legal system. It is preliminarily studied the nature of judicial decision, whose substance shows an undeniable creative feature. Yet preliminarily this research investigates how differently Common Law and Civil Law legal systems deal with judicial precedents, to afterwards concentrate its efforts on how Case Law works in Civil Law legal systems and specifically in Brazilian Law. The study reaches its aim when it analyses the role that Brazilian Legislation has historically given and nowadays gives to judicial precedents, including the study of the bills – now under discussion by the Congress – that intend to make judicial precedents compulsory. It is added to this merely dogmatic approach a study of political, economical and sociological aspects of Brazilian State structure and its Judiciary.

Key words: Case Law. Judicial Precedent. Sources of Law. Brazilian Law

SUMÁRIO

Introdução	11
1. Fontes do <i>Direito</i> ? E o que é o <i>Direito</i> ?	17
1.1. O <i>Direito</i> como fenômeno normativo	17
1.2. A peculiaridade da norma <i>jurídica</i>	24
2. Fontes do <i>Direito</i>	28
2.1. A expressão e suas ambigüidades.....	28
2.2. A teoria das fontes do <i>Direito</i> e o cenário filosófico-jurídico que lhe serviu de pano de fundo	32
2.3. Quais são as fontes do <i>Direito</i> ?	43
3. A questão hermenêutica e a criatividade inerente ao desempenho da função jurisdicional.....	46
4. A Jurisprudência como fonte do <i>Direito</i>	65
4.1. <i>Common law versus civil law</i>	69
4.2. A Jurisprudência como fonte do <i>Direito</i> nos sistemas jurídicos romano-germânicos	81
4.3. A Jurisprudência como fonte do <i>Direito</i> no Brasil.....	92
4.3.1. Retrospectiva histórica do papel atribuído à Jurisprudência pelo sistema jurídico brasileiro	95

4.3.2. O papel da Jurisprudência no sistema jurídico brasileiro – uma análise dogmática.....	115
4.3.3. O papel da Jurisprudência no sistema jurídico brasileiro – uma análise <i>zetética</i>	129
Conclusões	138
Referências.....	143

O Direito, enquanto ninguém o perturba e o contraria, nos rodeia, invisível e impalpável como o ar que respiramos, inadvertido como a saúde, cujo valor só compreendemos quando percebemos tê-la perdido. Mas, quando é ameaçado e violado, então, descendo do mundo astral em que repousava em forma de hipótese até o mundo dos sentidos, o Direito encarna no juiz e se torna expressão concreta de vontade operativa através da sua palavra.

O juiz é o Direito feito homem. Só desse homem posso esperar, na vida prática, aquela tutela que em abstrato a lei promete. Só se esse homem for capaz de pronunciar a meu favor a palavra de justiça, poderei perceber que o Direito não é uma sombra vã. Por isso, indica-se na iustitia, e não simplesmente no ius, o verdadeiro fundamentum regnorum – pois, se o juiz não for vigilante, a voz do Direito permanecerá evanescente e distante, como as inalcançáveis vozes dos sonhos.

Piero Calamandrei, 1935.

INTRODUÇÃO

As dificuldades daqueles que lidam com o Direito começam na compreensão da essência e limites deste objeto de estudo. Mesmo que se possa afirmar ser este problema comum a todos os saberes culturais – a todos os ramos do conhecimento que se debruçam sobre algo que não foi encontrado pronto pelo homem, mas construído pelo seu agir, seu relacionar-se e seu pensar – o Direito encontra-se em posição singular. Isto porque ele não se destina apenas a conhecer e explicar um fenômeno humano (como o fazem, por exemplo, a Economia, a História ou a Sociologia), mas consiste essencialmente em um conjunto de normas que servem de parâmetro e limite para as condutas humanas, e de cuja formulação e aplicação participam ativamente aqueles que o têm como “instrumento”¹ de trabalho.

Não por acaso, portanto, a palavra *Direito* é de regra utilizada para designar tanto o ramo do conhecimento humano que teoriza a respeito das

¹ Ver interessante análise do uso do termo “instrumento” em direito, em, PASSOS, J. J. Calmon de. **Direito, poder, justiça e processo – julgando os que nos julgam**, Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 23/24.

normas jurídicas, interpretando seus comandos (que hoje se prefere denominar de Ciência do Direito²), quanto para denominar o seu próprio objeto. No Direito, enfim, construtor e construído confundem-se de uma forma muito mais evidente que em qualquer das outras ciências ditas culturais, constatação que é um complicador para um tema extremamente peculiar à ciência jurídica, tradicionalmente estudado sob o título de *fontes do Direito*.

Não se vêem tratados sobre as “fontes” da Economia ou da Sociologia. O tema parece não empolgar os estudiosos das demais ciências culturais, já que determinar “aquilo que [as] origina ou produz”³ é tarefa que se conclui sem maiores dificuldades, até mesmo intuitivamente. Identificar quais são as *fontes do Direito*, ao contrário, foi e é objeto de interesse e perplexidade de muito juristas através dos tempos, e constitui empreendimento que assume significados e implicações muito especiais.

² Em **Ciência do direito** (São Paulo: Atlas, 1980), Tercio Sampaio Ferraz Jr., após debruçar-se sobre a sempre discutida questão da cientificidade do direito, conclui: “A mera técnica jurídica que, é verdade, alguns costumam confundir com a Ciência do direito, e que corresponde à atividade jurisdicional no sentido amplo – o trabalho dos advogados, juizes, promotores, legisladores, pareceristas e outros –, é um dado importante, mas não é a própria ciência. Esta se constitui como uma arquitetônica de modelos, no sentido aristotélico do termo, ou seja, como uma atividade que se subordina entre si tendo em vista o problema da decidibilidade (e não de uma decisão correta). (...) Desta forma, concluindo, se aceitamos a concepção de Max Weber de que o direito moderno propicia a segurança da certeza na expectativa de determinadas ações, a racionalidade do saber dogmático sobre o direito não se localiza nem em soluções visadas (racionalidade dos fins), nem na discriminação fechada dos meios (racionalidade formal dos instrumentos), mas no tratamento correlacional de fins e meios, na correlação funcional de questões e solução de questões. É isto que lhe dá o caráter arquitetônico de combinatória de modelos [de ciência, portanto], aberta para os problemas de decidibilidade, mas delimitada pelo espírito do ‘docere’. [i.e., ‘ensinar’].” (p. 108/109)

³ Verbete fonte, acepção n. 6. (fig), do *Dicionário da Língua Portuguesa* de Aurélio Buarque de Holanda.

Luiz Afonso Heck, com apoio em Luiz Legaz y Lacambra, relaciona, por exemplo, nada menos que sete significados assumidos pela palavra *fonte*, no Direito:

a) fonte histórica para pesquisa sobre o que é ou tem sido o Direito (antigos documentos, coleções legislativas etc.);

b) força criadora do Direito como fato da vida social (vida humana, o sentido jurídico, a economia etc.);

c) força criadora do Direito histórico ou atualmente vigente (Estado, povo etc.);

d) ato concreto que cria o Direito (lei, costume, decisões judiciais etc.);

e) fundamento de validade de uma norma jurídica;

f) exteriorização formal da norma jurídica (lei, decreto, regulamento, costume) e

g) fato gerador de um direito subjetivo.⁴

Tomando-se a expressão *fontes do Direito* no seu sentido de “*distintas formas de creación de normas jurídicas*”⁵, faz-se, de uma forma geral, menção à *Lei*, ao *Costume*, à *Jurisprudência* e à própria *Doutrina*. A referência às quatro espécies – digamos, clássicas – de fontes do Direito é,

⁴ HECK, Luiz Afonso. **Fontes do Direito**. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 677, p. 59, 1992.

⁵ NINO, Carlos Santiago. **Introducción al análisis del derecho**. Buenos Aires: Astrea, 1998. p. 148.

todavia, de regra, seguida do esclarecimento de que, em ordenamentos jurídicos como o brasileiro (cujas características repetem as da maioria dos Estados modernos ocidentais contemporâneos), é a Lei a fonte primordial, da qual depende a validade das demais – às quais se relega, em geral, apenas o papel de colmatação das lacunas deixadas pela norma formalmente produzida pelo Estado, na forma escrita.

A questão, contudo, não é de nenhum modo simples e, além disso sua resposta adquire uma importância fundamental para o Direito: “o *problema das fontes diz respeito à validade das normas jurídicas*”, dele depende “o *estabelecimento da pertinência das normas*” com que se lida em determinado ordenamento jurídico.⁶

O presente trabalho tem por objetivo, dentro desse quadro, investigar o papel que a *Jurisprudência* desempenha no Direito e, mais precisamente, no Direito brasileiro, tentando averiguar se a ela realmente se pode atribuir a qualidade de *fonte do Direito*.

Deseja-se, assim, extrair a resposta para a seguinte pergunta: os preceitos contidos na *Jurisprudência* – tomando-se esta palavra no sentido de “*decisão constante e uniforme dos tribunais sobre determinado ponto de Direito*”⁷ – possuem, ou podem vir a possuir, no Direito brasileiro, *força cogente* tal qual norma jurídica *abstrata*, servindo, por isso, de fundamento,

⁶ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico – Lições de Filosofia do Direito**. São Paulo: Ícone, 1995. p. 161.

⁷ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 176.

por si só, para outras decisões judiciais?

A pesquisa, para atingir seus objetivos, deverá necessariamente passar pelo próprio conceito de Direito, pela discussão em torno do que seja e de quais sejam as suas *fontes* e, mais especificamente, indagar a respeito do papel desempenhado pela decisão judicial, de uma forma geral, peculiarmente nos sistemas de *civil law* e *common law* e, mais especificamente, no Direito brasileiro, com atenção especial sobre o que parece ser uma tendência ao fortalecimento, em um sistema de características romanísticas, de institutos inspirados no *common law*, como a tentativa de atribuição de efeitos vinculantes a súmulas, ou a autorização legal para julgamentos de mérito baseados em súmulas ou “jurisprudência dominante”⁸.

Tangencia-se, ainda preliminarmente, com o intuito de estabelecer as bases sobre as quais se estrutura o ponto de chegada do presente trabalho, questão que diz respeito à própria essência da decisão judicial: o juiz resume-se a declarar o Direito disposto pelas demais fontes do Direito (essencialmente, a Lei), ou, ao julgar, ele inova o ordenamento jurídico? Aborda-se, enfim, a discussão da Doutrina sobre se a função jurisdicional possui natureza meramente declaratória ou efetivamente criativa, no âmbito dos sistemas jurídicos.

O tema deste trabalho é desenvolvido através de quatro capítulos,

⁸ A exemplo da introduzida como modificações ao Código de Processo Civil pela Lei n. 9.756 de 17.12.98.

entre os quais se destaca o último – “A Jurisprudência como fonte do Direito” –, onde se apresenta a resposta encontrada para o questionamento proposto acima, e que constitui, afinal, o cerne da pesquisa.

Embora se trate de trabalho predominantemente conceitual, em que foi utilizada a pesquisa do tipo bibliográfica, a abordagem empírica não é negligenciada, restando representada pela pesquisa da evolução da legislação a respeito do assunto no Direito brasileiro e resultando da própria natureza do tema, que busca a compreensão do modo que a decisão judicial repercute no ordenamento jurídico.

O tema deste trabalho vem sendo, nos últimos anos, objeto de preocupação constante dos juristas brasileiros, o que demonstra a evidência que ele vem assumindo na atualidade. E esta evidência não é gratuita: a pesquisa da natureza da função do Poder Jurisdicional brasileiro, dos efeitos e limites de sua atividade e, especialmente, do tipo de relação estabelecida entre ela e a norma jurídica legislada representa fundamental ponto de partida epistemológico para estabelecer o papel do Judiciário na construção de um verdadeiro Estado de Direito Democrático no Brasil.

1 FONTES DO *DIREITO*? E O QUE É O *DIREITO*?

1.1 O Direito como fenômeno normativo

O estudo das *fontes do Direito* requer, antes de mais nada, que se esclareça qual a noção de *Direito* da qual se parte e que preside todo o raciocínio que será desenvolvido a seguir.

Como já apontado acima, a Ciência Jurídica singulariza-se diante das demais ciências culturais por uma importante característica: é, ao mesmo tempo, objeto e produto do seu cientista, que interfere, de forma muito mais intensa que nas demais, no resultado final do seu saber. Compreender o porquê desta constatação exige entender, previamente, o motivo pelo qual o Direito - tanto quanto, por exemplo, o fenômeno econômico ou a política – sempre esteve presente, onde quer que tenha havido sociedade humana.

Por que a formiga hoje constrói sua morada da mesma forma que o fazia a milhares de anos atrás, enquanto o ser humano saiu das cavernas e

hoje se aboleta em edifícios de apartamentos, sonhando com as futuras estações lunares de veraneio? Tentar responder esta pergunta faz pensar na singularidade da condição humana, na forma como os homens dividem entre si seu espaço neste mundo e, entre tantas outras coisas, também no Direito.

A formiga – tomada como exemplo extensível aos demais seres vivos irracionais – parece nascer com os caminhos de sua existência previamente estabelecidos: seus instintos a presenteiam com todas as ferramentas para ultrapassar a vida sem a preocupação das alternativas, inconsciente que é do passado, do futuro e da possibilidade de modificá-lo.

Com o homem, no entanto, as coisas se dão de forma diferente. Ao lado da porção instinto que carrega, e da natural sujeição aos limites do *habitat* (no que se aproxima da formiga), ele é dotado de algo único dentre seus companheiros neste planeta: as noções de tempo, de história e a possibilidade da escolha. O homem é o único a, cumulando suas experiências no passado, ter consciência do presente como algo que pode ser vivenciado a partir de projeções do futuro. Em lugar de apenas repetir o que instintivamente traz em si, o homem consegue aperceber-se das possibilidades, tem inteligência para manipulá-las e pode, assim, transformar seu mundo.

O Existencialismo, ora representado pelo pensamento de Sartre, debruçou-se sobre essa consciência das possibilidades – a *liberdade*, no seu sentido mais primário – imputando-lhe, ao mesmo tempo, a condição de

maior tragédia e glória da humanidade. Enquanto os demais seres vivos instintivamente repetem os passos dos seus antecedentes, o homem está condenado à angústia de, em cada minuto de sua vida, fazer escolhas e arcar com a responsabilidade delas decorrente. De outra mão, a consciência de que é livre para escolher o torna transformador, dono de horizontes ilimitados.

O homem, por outro lado, viveu e viverá sempre em grupo. Forma, em qualquer parte do globo terrestre, sociedades e nelas vivencia sua liberdade individual. O caráter social da espécie humana representa-lhe, então, o primeiro e mais poderoso limite àquela liberdade de que se falou acima: a aparente infinita possibilidade de escolhas individuais esbarra na circunstância de que as liberdades são exercidas concomitantemente pelos homens. Fazem-se necessários limites, sob pena da inconvivibilidade, da desintegração dos grupos sociais.

E aí entra o Direito, ele e todos os outros tipos de conjuntos de normas destinados a disciplinar as condutas humanas.

Um exemplo prosaico, mas esclarecedor: acordando, pela manhã, um estudante deve se aprontar para o novo dia. Teoricamente, o leque de opções que se desfigura a sua frente é quase indelimitável – desde sair sem qualquer peça de roupa, passando por vestir uma roupa de banho, uma fantasia de pirata, até trajar o uniforme adotado por sua escola. O que o faz optar pela última alternativa? As limitações naturais representam, sem dúvida, uma primeira redução das alternativas possíveis: as condições

climáticas já apontam para um determinado tipo de vestimenta. Mas os vários códigos de norma que disciplinam sua conduta atuam, na maioria das vezes inconscientemente, conduzindo-o a escolher dentre os demais caminhos ainda restantes: as *regras morais* do grupo em que vive dizem-lhe que, por mais quente que seja o dia, ele não deve optar pela roupa de banho; as *regras da escola* que frequenta exigem um determinado tipo de vestimenta; as *regras da moda*, apontam um determinado sentido; a *norma jurídica* diz-lhe que a opção por algumas vestimentas (ou a ausência delas), no ambiente da escola, coincidirá até mesmo com conduta considerada crime, sujeitando-o à repressão policial e à imposição de uma pena pelo Poder Judiciário.

Este exemplo simples serve de notícia de como o comportamento do homem é moldado, a todo momento e circunstância, de modo a favorecer a própria existência individual e a coexistência social. Não seria por demais angustiante a vida se a liberdade pudesse ser exercida sempre, sem qualquer freio? Sem que fossem fornecidas pistas de quais escolhas devem ser feitas e, principalmente, que tornem possível antever que escolhas serão feitas pelos demais seres humanos com quem se convive? As normas de conduta vêm, assim, em favor de um mínimo de previsibilidade para a vida humana – previsibilidade da própria conduta e, principalmente, da dos demais seres humanos com quem se tem que dividir o espaço.

Sem correr o risco de reduzir o Direito à norma, é incontestável, portanto, que estas figuras estão invariavelmente ligadas. O Direito – tanto

quanto a Moral, por exemplo – é um ramo do conhecimento humano que se preocupa em estabelecer e interpretar as regras de conduta destinadas a garantir a segurança necessária à convivibilidade dos grupos humanos.

É, por outro lado, intrínseco à idéia de norma, de dever-ser, o valor *segurança*. Ele lhe serve de justificativa. É necessário dizer como *deve ser* a conduta dos homens, assim como é necessária a obediência a estas normas, porque esta é a única forma que, até o momento, as sociedades humanas encontraram para proporcionar o mínimo de segurança imprescindível a sua própria manutenção.

Não se deve deixar de relevar, no entanto, que por este caminho não se assegura apenas a *manutenção* dos valores escolhidos pela sociedade. Observa-se, historicamente, que as opções de conduta escolhidas e legitimadas pelas normas – de qualquer tipo – são reflexos da complexa luta pelo poder nas sociedades. As diferenças existentes entre os homens – que afastam, por exemplo, fortes dos fracos, mulheres de homens, sábios de ignorantes, ingênuos de sagazes, proprietários de não-proprietários – acabaram redundando historicamente na existência de grupos que impõem a sua ideologia, seus valores, seu modo-de-ser através das normas, procurando manter o *status quo* que lhe é favorável, e de outros grupos que a estas normas se amoldam, tão-somente lhes devendo obediência.

A observação acima poderia levar à conclusão apressada, então, de que o papel do Direito se resumiria ao de instrumento para o exercício e manutenção do poder (econômico, político, ideológico) por aqueles que o

detêm hegemonicamente. Para que as normas e os mecanismos de coação jurídica permaneçam surtindo o efeito desejado – leia-se: sendo respeitados e obedecidos por, ao menos, a maioria das pessoas – ele lastreia-se em uma justificativa ideológica que, para ser efetiva, necessariamente deve ultrapassar a questão da segurança⁹.

Por isso, a *segurança* – como valor justificador do jurídico – faz-se sempre acompanhar da *justiça*. Eis o binômio fundamental: segurança e justiça. Idealmente, não se busca com o Direito apenas assegurar a previsibilidade das condutas, mas também, o tanto quanto possível, que as normas elejam sempre as condutas que importem na melhor distribuição possível de felicidade e bem estar entre os componentes da sociedade. O Direito mostra-se, então, como importante *limite* do poder.

Eis, portanto, o contraponto essencial a que se quer chegar e que, a nosso ver, parece tornar o Direito incólume ao tempo, ultrapassando,

⁹ Valiosa a transcrição, a este ponto, das palavras de PASSOS, J. J. Calmon de. **Direito, poder, justiça e processo – julgando os que nos julgam**. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 49:

“O fator decisivo e determinante de conflitos na convivência social é a procura pelos homens da satisfação de suas necessidades e desejos, que se defronta com a impossibilidade de alcançá-las sem que se institucionalize um modelo de divisão do trabalho social (necessário em face da impossibilidade de serem atendidos os desejos e necessidades de qualquer homem mediante sua exclusiva atividade, o que determina a interdependência) a par de um outro modelo relativo à apropriação do produto desse trabalho social (também indescartável, por força da escassez dos bens disponíveis para satisfação das necessidades e desejos experimentados por todos os homens). Esse inelutável estado de coisas impõe a institucionalização do poder político, com o monopólio do uso legítimo da força (...)

Porque é inviável a estabilidade social alicerçada apenas na pura dominação, e porque é do interesse de todos o sobreviver com o mínimo de segurança no presente e alguma previsibilidade do futuro, elabora a consciência coletiva determinado imaginário, que podemos denominar de ideologia, justificador do sistema de dominação institucionalizado”.

sempre presente, todas as fases da história das sociedades humanas: o Direito funciona, simultaneamente, como instrumento do poder e, por sua natureza, e de forma fundamental, como seu *limite*, submetendo-o, tanto quanto àqueles que não o detêm.

1.2 A peculiaridade da norma *jurídica*

O Direito inclui-se, portanto, entre os vários conjuntos de regras que normatizam as condutas humanas. Mas o que distinguiria a norma *jurídica* das demais?

Não foram poucas as tentativas de definir o Direito¹⁰, de identificar a nota distintiva que caracteriza a norma jurídica. Enfrenta-se, nesta tarefa, deste a multiplicidade semântica com que a palavra Direito é empregada¹¹, até a natural variabilidade do seu conteúdo no decorrer dos tempos e no seio de diferentes circunstâncias políticas, sociais e econômicas.

¹⁰ Como acentua SALDANHA, Nelson. **Filosofia do Direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 51:

“A primeira metade do século vinte foi pródiga em tentativas conceituadoras, talvez devido – em parte ao menos – à influência da fenomenologia, que propiciava a tarefa de ‘isolar’ objetos: o sagrado, o jurídico, o político, a distinção entre religião e magia, entre poder e autoridade.(...) Daquele afã conceituador, vigente na primeira metade do século, surgiu com especial relevo a visão do direito como norma, devida sobretudo a Hans Kelsen; surgiram versões da idéia (sempre válida) do direito como ordem. Entre estas a de Carl Schmitt, que falava no direito como ordem concreta. Surgiram as concepções trialistas e tridimensionais, entre elas a de Sauer e a de Jerme Hall, e também, com mais fortuna, as de Werner Goldschmidt, na Argentina, e de Miguel Reale no Brasil: a de Reale com o detalhe da ‘dialética de polaridade e implicação’, que situa e inter-relaciona as dimensões do direito. Ainda na Argentina surgiria a teoria egológica, de Carlos Cossio, entendendo o direito como conduta e norma como instrumento para conhecê-la.”

¹¹ *“A palavra direito, em português (e as correspondentes nas línguas românicas), guardou, porém, tanto o sentido do jus enquanto aquilo que é consagrado pela Justiça (em termos de virtude moral) quanto o de directum enquanto um exame da retidão da balança, por meio do ato da Justiça (em termos do aparelho judicial). Isto pode ser observado pelo fato de que hoje se utiliza o termo tanto para significar o ordenamento vigente – ‘o direito brasileiro, o direito civil brasileiro’ – como também a possibilidade concedida pelo ordenamento de agir e fazer valer uma situação – ‘direito de alguém’ – não podendo-se esquecer ainda o uso moral da expressão, quando se diz ‘eu tinha direito à defesa, mas a lei não o concedeu”* (FERRAZ Jr., Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito – Técnica, Decisão, Dominação**. São Paulo: Atlas, 1994. p. 33/34).

Necessário, no entanto, é eleger um determinado ponto de partida. No âmbito específico do presente trabalho, parte-se de uma acepção de Direito que acompanha as sociedades modernas ocidentais¹² e explica e antecede a sua forma de encarar e justificar este fenômeno. Nela, Direito e Estado mantêm uma relação bastante próxima. Isto porque a nota peculiar do fenômeno jurídico mostra-se, justamente, no momento em que a regra de conduta, posta hipoteticamente em um determinado ordenamento, é descumprida pelos seus destinatários – o Direito, então, mune-se de um aparelho repressor institucionalizado na figura do Estado. As normas jurídicas contam, portanto, para serem cumpridas, com a coação imposta legitimamente pelos mecanismos estatais.

É possível repartir o fenômeno jurídico em dois momentos: no *primeiro*, toma-se o Direito ainda antes que um obstáculo à convivência humana tenha surgido, funcionando apenas como um dos diversos conjuntos de normas que auxiliam os homens a escolher as condutas que adotam no seu dia-a-dia; no *segundo*, estabelecido um obstáculo (um conflito intersubjetivo, por exemplo) mostra-se o Direito na sua face de força, servindo-se dos meios estatais de coação para reprimir a conduta que se desvia daquela estabelecida hipoteticamente pela norma, seja cancelando a escolha feita de acordo com o dever-ser normativo, seja punindo ou expurgando a que lhe é contrária.

¹² Por conseguinte, o direito brasileiro.

Em ambos os momentos, imprescindível é ressaltar a absoluta interdependência entre o Direito e o homem que lhe é *razão* e também *construtor*. Por isso, o Direito não é, simplesmente, uma manifestação estatal, mas, sobretudo, produto cultural do homem em sociedade. É o Estado, no entanto, nas sociedades modernas, que lhe serve de “filtro” produtor, elegendo suas normas, impondo as conseqüências de seu descumprimento e executando coativamente o que não é cumprido de forma voluntária pelos sujeitos.

A estrutura dogmática da norma jurídica pode ser decomposta em dois elementos (sobre os quais, em geral, a Doutrina diverge apenas terminologicamente) com variações de cunho simplesmente terminológico): a *hipótese normativa* e o *efeito jurídico* que lhe é correspondente. Na *hipótese* encontra-se a descrição de um fato – seja um comportamento humano, um evento natural, uma situação, ou mesmo a incidência de outra norma – para a qual se atribui um efeito jurídico, expresso em um comando de conduta humana (um dever-ser traduzido em expressões como *é permitido, é proibido, é facultado*) e que, se desconsiderado ou descumprido, potencialmente gera uma reação coativa imposta pelo Estado (em geral, mas não necessariamente, uma sanção¹³), mais precisamente, pelo poder jurisdicional do Estado. É precisamente a última parte desta estrutura lógica que distingue a norma jurídica dos demais comandos prescritivos: em última instância, o dever-ser contido na norma jurídica encontra na função

¹³ Sobre a discussão quanto a se a sanção necessariamente faz parte da estrutura normativa, ver FERRAZ Jr., Tercio Sampaio. **Introdução do Estudo do Direito – Técnica, Decisão e Dominação**. São Paulo: Atlas, 1994. p. 120-2.

jurisdicional do Estado (que pode impor coativamente, servindo-se do seu aparelho repressivo, a adequação da conduta ao dever-ser descumprido) o argumento fundamental em prol de seu cumprimento.

2 FONTES DO DIREITO

2.1 A expressão e suas ambigüidades

Uma vez esclarecido o que se pretende significar, *lato sensu*, com a palavra Direito, parte-se para a pesquisa do que se tem tratado sob a expressão *fonte do Direito*.

Embora aquela expressão esteja presente nos escritos jurídicos desde Roma¹⁴, nunca se obteve um consenso quanto ao seu conteúdo semântico. Apesar de modernamente ter sido alvo de uma teorização sistemática por parte dos juspositivistas – que tornaram possível falar-se em uma *teoria das fontes* –, a expressão permanece sendo empregada para designar figuras muitas vezes bastante diferentes.

¹⁴ “A sugestiva expressão latina *fons et origo* aponta para a origem de algo: origem no sentido concreto de causação e ponto de partida. *Fonte*, na linguagem corrente, pode aludir a um local ou a um fato, ou à relação entre um fenômeno e outro, do qual o primeiro serve de causa.” (SALDANHA, Nelson. **Enciclopédia Saraiva de Direito**, v. 38, p. 47, verbete “*Fontes do Direito – I*”)

Tal fato se deve, certamente, e em primeiro lugar, à ambigüidade própria às duas palavras que compõem a expressão. Assim, enquanto “fonte”, metaforicamente, pode corresponder tanto a *local* de origem quanto a *causa, razão de ser*¹⁵, também a palavra Direito é empregada, como já visto, nas mais variadas acepções.

O emprego mais usual da palavra *Direito* – aquele em que ela é utilizada no senso comum – corresponde à noção clássica de *direito subjetivo*: posição de vantagem em que se põe um indivíduo quando conduta sua ou de terceira pessoa, ou a sua inserção em um *status* considerado em uma determinada circunstância de tempo e espaço, coincidem com o fato ou ato descrito pela norma jurídica deflagradora da referida vantagem.

Direito, nesta acepção, é algo que se *adquire* – sua fonte é, portanto, o fato gerador dessa aquisição. Quando é este o sentido em que se emprega a palavra *direito*, em geral se fala em *fonte dos direitos* (*direito* com minúscula e antecedido do artigo determinado plural)¹⁶, e quer-se fazer referência à teoria dos fatos jurídicos. São fontes dos direitos, por exemplo, no Direito positivo brasileiro vigente, os “*fatos voluntários e os*

¹⁵ O Professor Nelson Saldanha comenta que o professor argentino Martín Laclau, “*em profundo estudo sobre a ‘constituição da noção de fonte de direito’, registra que o conceito de fonte, ao consolidar-se na teologia e nas ciências humanas, manteve dupla acepção, significando ‘origem’ tanto quanto fundamento. Terá sido, no caso, um dualismo etimológico comparável ao ocorrido com o grego archè*” (**Filosofia do Direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 214)

¹⁶ Como em Vicente Ráo (**Ato Jurídico**. São Paulo: RT, 1997. p. 24): “*A partir da elaboração da teoria geral dos fatos jurídicos, a doutrina abandonou a velha classificação das fontes dos direitos correspondente à classificação romana das fontes das obrigações em contra, quase-contrato, delito e quase-delito, mais tarde reduzida ao binômio contrato e delito e transformada, por outros, no trinômio contrato, delito e lei.*”

*independentes da vontade que, por gerarem relações entre as pessoas, dentro da ordem social, interessam à ordem jurídica e, como tais, recebem da norma a eficácia produtora dos efeitos por ela previstos e tutelados*¹⁷.

Mas não foi com essa acepção da palavra Direito que a dogmática jurídica consagrou o uso da expressão *fonte do Direito*.

A acepção mais utilizada da expressão fonte do Direito é aquela que parte do conceito específico de *Direito Objetivo*: fontes do Direito são, no dizer de Norberto Bobbio, “*aqueles fatos ou aqueles atos aos quais um determinado ordenamento jurídico atribui a competência ou a capacidade de produzir normas jurídicas*”¹⁸. Ao próprio ordenamento (conjunto sistemático de normas jurídicas), portanto, é reservada, através de um processo de retroalimentação, a tarefa de determinar o que lhe fará parte¹⁹.

Mas mesmo esta última acepção de *fonte do Direito (Objetivo)*, no entanto, ainda comporta ambigüidade. O termo é usado indiscriminadamente para designar tanto os órgãos ou fenômenos formalizadores das normas (os

¹⁷ *Idem, Ibidem*, p. 25.

¹⁸ **O Positivismo Jurídico – Lições de Filosofia do Direito**. São Paulo: Ícone, 1995. p. 161.

¹⁹ “No direito, são as regras do processo legislativo, ou quaisquer outras regras-de-regras, que estabeleçam como constituir, reformar ou desconstituir normas válidas. A validade é, assim, validade no interior do sistema positivo. Normas de outra procedência, ou de outro conteúdo, para ingressarem no sistema, requerem regra-de-regra que as juridicize, que as com-valide. A correspondência com tais regras ‘processuais’ dá-lhes relação-de-pertinência face ao sistema positivo” (VILANOVA, Lourival. **As Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo**. São Paulo: Max Limonad, 1997. p. 25).

Órgãos legislativos, por exemplo)²⁰, quanto o produto de seu labor, os veículos introdutórios²¹ das regras ou comandos no ordenamento jurídico-positivo (a Lei, a regra consuetudinária, o precedente jurisprudencial etc.)²².

Ainda a eleição dos fatos que podem ser arrolados como fontes do Direito, seja em uma ou outra das acepções acima apontadas, constitui alvo de intrincada discussão: só a norma jurídica legislada? A Lei e o Costume? A eles acrescentar-se-iam a Doutrina, a Jurisprudência e os Princípios Gerais do Direito? Os contratos e as sentenças judiciais integrariam este rol? Como se demonstrará a seguir, relacionar as fontes do Direito é tarefa cujo resultado final dependerá dos pressupostos epistemológicos de seu empreendedor e, primordialmente, do panorama econômico, político e ideológico em que ele se insere.

²⁰ Como nos excertos a seguir: *“El estudio de las distintas formas de creación de normas jurídicas se hace generalmente bajo el rótulo ‘fuentes del derecho’”* (em Carlos Santiago Nino, *Introducción al análisis del derecho*. 1998. p. 148); *“(...)forças sociais que produzem legitimamente, dentre de um organização jurídica, os vários tipos de normas jurídicas, que constituem seu ordenamento jurídico”*. (LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996. v. 1, p. 82).

²¹ esta é a expressão adotada por Paulo de Barros Carvalho (**Curso de Direito Tributário**. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 39).

²² Como nas definições a seguir: *“(fontes do direito) estudo das formas mediante as quais o direito positivo se exterioriza e adquire força obrigatória”* (RÃO, Vicente. **O Direito e a Vida dos Direitos**. São Paulo: RT, 1997. v. 1, p. 244.); *“(...) diferentes maneiras de realização do direito objetivo (fonte criadora) , através das quais se estabelecem e materializam as regras jurídicas, às quais o indivíduo se reporta para afirmar o seu direito, ou o juiz alude para fundamentar a decisão do litígio suscitado entre as partes.”* (em PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1990. v. 1, p. 40).

2.2 A teoria das fontes do Direito e o cenário filosófico-jurídico que lhe serviu de pano de fundo

Identificar o que se tem por trás da expressão *fonte do Direito* implica, portanto, necessariamente, em previamente lembrar o encadeamento de condições que levam até a acepção hodierna de *Direito*.

Seguindo essa linha de raciocínio, forçoso admitir que a idéia que se faz do Direito contemporaneamente é fruto de um longo percurso do pensamento jurídico, conduzido através da história por forças econômicas, políticas e ideológicas determinantes do modo como o homem se organiza em sociedade. Pode-se afirmar, mais precisamente, que a forma de compreensão do fenômeno jurídico nos grupos sociais que adotam o modelo moderno de Estado tem sua gênese em circunstâncias históricas específicas que se seguiram ao declínio do modelo social vigente no mundo ocidental europeu durante a Idade Média²³.

Mas o Direito não nasce com o Estado moderno, muito ao contrário, ele parece ter-se mostrado presente onde quer que houvesse sociedade e, especialmente, sempre que se pudesse identificar um centro político nos grupos humanos. A acepção do jurídico com a qual hoje lidamos, todavia,

²³ Conclusão que impescinde da advertência de que o presente trabalho, tendo por objeto último a realidade do direito brasileiro, volta-se prioritariamente para o fenômeno jurídico como o conhecemos no mundo ocidental europeu, do qual aquele é herdeiro. Isto não implica, no entanto, no desconhecimento de que o quadro traçado nas linhas acima não se põe como verdade universalmente válida, mas historicamente condicionada por circunstâncias que, por exemplo, não estão presentes em determinadas sociedades orientais, ou em todas aquelas que se mantiveram incólumes ao modelo de Estado liberal europeu.

está intrinsecamente ligada à figura do Estado moderno, podendo-se afirmar, por outro lado, que o Estado moderno – o Estado de Direito – também tem na especial atenção com o Direito um dos seus elementos conformadores. A teoria das fontes também pode ser inserida neste contexto, nele desempenhando papel fundamental.

A formação do Estado moderno constituiu processo lento e complexo, fruto de uma conjunção de fatores econômicos, políticos, culturais, religiosos que modificaram profundamente a visão de mundo do homem medieval e formaram a base do cenário em que hoje vivemos.

O esfacelamento político característico da Idade Média mostrava-se inapto a atender os anseios da burguesia que nascia junto com o capitalismo. O pluralismo típico da sociedade medieval não combinava com a estabilidade (leia-se, segurança) requerida pela nova estrutura econômica que surgia. Lentamente, a organização político-jurídica da sociedade foi-se mostrando uma saída viável para que se criassem as condições exigidas por esta nova realidade:

“A sociedade medieval era uma sociedade pluralista, posto ser constituída por uma pluralidade de agrupamentos sociais cada um dos quais dispendo de um ordenamento jurídico próprio: o Direito aí se apresentava como um fenômeno social, produzido não pelo Estado, mas pela sociedade civil. Com a formação do Estado moderno, ao contrário, a sociedade assume uma estrutura monista, no sentido de que o Estado concentra em si todos os poderes, em primeiro lugar aquele de criar o Direito: não se contenta em concorrer para esta criação, mas quer ser o único a estabelecer o Direito, ou diretamente através da lei, ou indiretamente através do reconhecimento e controle das normas de formação consuetudinária. Assiste-se, assim àquilo que em

outro curso chamamos de processo de monopolização da produção jurídica por parte do Estado.”²⁴

O filósofo Danilo Marcondes escolheu três fatores como primordiais para a forma de pensar do homem moderno: o desenvolvimento do *humanismo renascentista* do século XV, a *Reforma Protestante* do século XVI e a *Revolução Científica* do século XVII²⁵. Eles significaram uma reviravolta nos pilares estruturais das sociedades ocidentais, firmados durante os vários séculos da Idade Média, e prepararam o homem para uma nova forma de organização política, econômica e cultural, muito bem representada pelo Iluminismo da segunda metade do século XVIII.

O *humanismo renascentista* rompe com a forma de pensar medieval, marcada por uma visão fortemente hierárquica do mundo, pela arte voltada para o elemento sagrado e baseada em uma filosofia a serviço da teologia e de temas religiosos, bem de acordo com o caráter hegemônico do papel social, político e econômico exercido então pela Igreja Católica. É um momento de resgate da filosofia e da arte da antigüidade clássica, cujo lema pode ser resumido através de Protágoras: “*o homem é a medida de todas as coisas*”.

Passa-se a ver no homem um microcosmo, que reproduz em si a harmonia do todo. O homem torna-se o tema principal da arte e da filosofia, desenvolvendo-se a idéia dos *studia humanitatis*. Florença é o berço deste

²⁴ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico – Lições de Filosofia do Direito**. São Paulo: Ícone, 1995. p. 27.

²⁵ **Iniciação à história da Filosofia – Dos Pré-socráticos a Wittgenstein**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar., 1998. p. 139.

novo modo de pensar. Petrarca e Dante Alighieri são nomes que o evocam.

Rejeita-se a tradição escolástica, a idéia de saber adquirido, da autoridade imposta pelos costumes e pela hierarquia, em favor de uma recuperação do que há de virtuoso e espontâneo na natureza humana individual. A *vontade* humana fica em evidência.

A Reforma Protestante também exerce importante papel na configuração do moderno modo-de-ver o mundo. Lutero (que em 1517 prega as suas 95 teses na Igreja de Todos os Santos, em Wittenberg, na Alemanha), Zwingli, Calvino desligam-se da Igreja Católica para pregar um cristianismo mais simples e espiritual, a partir da crítica ao envolvimento da igreja em questões políticas (que levavam à necessidade de manter exércitos e sustentar seus estados), ao perdularismo da igreja na construção de obras suntuosas, a práticas como a venda de indulgências e outros favores – enfim, ao caráter mundano da Igreja Católica, envolvida em corrupção e descontrole. Argumentos muito propícios, enfim, para a laicização do Estado.

Além de tudo, a ética protestante, ao considerar os protestantes como predestinados e valorizar a liberdade individual, a livre iniciativa e a austeridade, terá grande influência no desenvolvimento econômico de algumas regiões da Europa e, principalmente, das colônias norte-americanas, permitindo a acumulação de riquezas pela classe burguesa e o conseqüente apoderamento do poder político. As condições ideais, portanto, para o florescimento do *capitalismo*.

Por fim, no século XVII, a Revolução Científica – através das obras de Galileu, Leonardo da Vinci e, fundamentalmente, René Descartes – marca um outro momento de ruptura na forma que o homem via o seu mundo. Dele pode-se ressaltar – pensando especificamente no que nos interessa para o presente trabalho – a substituição do forte misticismo medieval e da atitude meramente contemplativa pela observação e pelo método experimental, pela preocupação com a questão da possibilidade do conhecimento, sua sistematização racional e, sobretudo, com a fundamentação da *ciência*.

O racionalismo passa a ser o prisma através do qual o homem vê o seu mundo: sua organização política, sua sociedade e o Direito. A segurança²⁶ é alçada agora à categoria de valor primordial do jurídico, justificando a supervalorização do Direito escrito, originado de uma só fonte de produção – o Estado –, passível de apreensão como um sistema fechado, completo, onipresente e racionalmente compreendido e aplicado. Tal ordem de coisas vai atingir seu apogeu no século XIX quando o positivismo científico impulsiona, no Direito, uma tendência generalizada à sistematização científica dos preceitos jurídicos, representada especialmente

²⁶ “Se investigarmos as raízes ideológicas que sustentam nosso paradigma, veremos que o direito moderno, a partir das filosofias do século XVII, passou a priorizar o valor ‘segurança’, como a exigência fundamental para a construção do moderno ‘Estado Industrial’. Como disse um notável escritor inglês [Jon Elster, Juicios salomónicos – Las limitaciones de la racionalidad como principio de decisión, tradução de 1985, Cambridge, Barcelona: Gedisa Editorial, 1989, p. 40 et seq.], a ciência jurídica moderna instituiu, como tarefa fundamental, ‘domesticar o azar’, conseguir no direito resultados tão seguros quanto poderá sê-lo a solução de um problema algébrico. Antes de Savigny ‘geometrizar’ o direito, criando um ‘mundo jurídico’, distante das ‘no imaginables diversidades’ do caso concreto e, portanto, da realidade social, Leibniz dissera que não apenas o direito, mas a própria moral, seriam ciências tão demonstráveis, quanto qualquer problema matemático [Ensaio acerca do entendimento humano, tradução brasileira, 1973, Capítulo III, n. 18]” (SILVA, Ovídio Batista da. **Racionalismo e Tutela Preventiva em Processo Civil**. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 801, p. 40, 2002.).

pelo estímulo à codificação, muito bem simbolizada pelo Código Civil Francês, de 1804.

Era, então, imprescindível que o Direito se adaptasse às características que faziam de um ramo do conhecimento uma *ciência*, de modo a ter reconhecido seu papel e, por conseguinte, o papel do próprio Estado. Partia-se do pressuposto de que a iluminada razão humana identificaria as regras justas, aptas a disciplinar a conduta dos homens de todos os tempos e lugares. A imutabilidade da norma criada pelo *legislador racional* estava representada pelos grandes códigos e pela atitude exigida do julgador, simples repetidor das regras extraídas do ordenamento positivado²⁷, em atitude sempre declarativa, nunca criativa – o contrário atentaria contra os ideais de segurança e da justiça cuidadosamente protegidas pelo próprio ordenamento.

Paulatinamente, fruto deste processo histórico que tem suas raízes no desenvolvimento do modo de produção capitalista, na criação do Estado liberal, no racionalismo filosófico que mudou a forma do homem enxergar o seu mundo, o Positivismo Jurídico foi traçando uma forma específica do Direito entender a si mesmo, e, em prol dos princípios liberais de segurança e certeza, desautorizou adjetivar de jurídico tudo o que não fosse estritamente formal e axiologicamente neutro.

²⁷ O dogma da neutralidade axiológica passa a ser um dos pilares da própria idéia de direito, capaz de garantir a segurança justificadora de sua própria existência.

Norberto Bobbio²⁸ arrola, em resumo primoroso, as linhas mestras do juspositivismo, cuja influência na forma como é visto hoje o fenômeno jurídico e como se desenhou a teoria das fontes do Direito é mais do que decisiva:

1) o Direito é encarado como um fato e não como um valor; nesta linha, a teoria da validade do Direito, dita *teoria do formalismo jurídico*, funda a sua validade em critérios unicamente relacionados à estrutura formal da norma, prescindindo de seu conteúdo;

2) o Direito é definido a partir do elemento da coação;

3) no que tange à *teoria das fontes*, o juspositivismo tem na norma legislada a fonte proeminente do Direito;

4) a norma é vista como um comando, resultando em uma *teoria imperativista do Direito*;

5) o juspositivismo aborda o ordenamento jurídico como um conjunto de normas relacionadas coerentemente, resultando no que chama o referido autor de *teoria da coerência* (rechaçando as antinomias) e da *completude* (negando a existência de lacunas) do ordenamento jurídico;

6) adota-se a *teoria da interpretação mecanicista*, em que o jurista faz prevalecer o elemento declarativo sobre o produtivo ou criativo do Direito; e, por fim,

²⁸ **O Positivismo Jurídico – Lições de Filosofia do direito.** São Paulo: Ícone, 1995. p. 131.

7) implica em um conjunto de posições que são encabeçadas pela *teoria da obediência absoluta da lei* enquanto tal, sintetizadas no aforismo “*Gesetz ist Gesetz*”.²⁹

Diante do quadro acima exposto, o estudo de tudo o que fosse valor, contingente, “vivo” (das *fontes materiais* do Direito, para alguns) foi expurgado do âmbito interno do jurídico, sendo reservado (como tudo, aliás, que implicasse em valoração e imprecisão) a outros ramos do saber.

Kelsen, em sua *Teoria Pura do Direito* – obra que pode ser tomada quase como *summa* do Positivismo Jurídico –, tratando do conceito da expressão fonte do Direito exemplifica fielmente aquela atitude: “(...) a expressão é também empregada num sentido não jurídico quando com ela designamos todas as representações que, de fato, influenciam a função criadora e a função aplicadora do Direito, tais como, especialmente, os princípios morais e políticos, as teorias jurídicas, pareceres de especialistas e outros. Estas fontes devem, no entanto, ser claramente distinguidas das fontes do Direito positivo.”³⁰

O expurgo dos valores e a teorização sistemática e fechada do universo jurídico têm na teoria das fontes um coadjuvante, como bem demonstra Tercio Sampaio Ferraz Jr.³¹:

“Afinal, a teoria das fontes tem a ver, primordialmente, com o problema da identificação do que seja Direito no contexto da sociedade moderna. A aplicação do Direito aos fatos,

²⁹ “Lei é lei”.

³⁰ **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 259.

³¹ **Introdução ao Estudo do direito – Técnica, Decisão e Dominação**. São Paulo: Atlas, 1994. p. 225.

reconhecido como um fenômeno em constante câmbio, exige critérios para a qualificação jurídica de manifestações prescritivas da conduta social como normal, numa sociedade marcada pela perda de padrões estáveis, como o Direito natural. A dogmática, desde o século XIX, desempenha esta função, pois a consciência da mutabilidade gerou insegurança e incerteza que não podiam ser contornadas por postulados subconscientes como 'forças sagradas, tradições inquestionáveis, postulados de razão' etc. A teoria das fontes, por isso, tem muito a ver com o que Max Weber chama de dominação legal, isto é, a crença na legitimidade do poder fundada na racionalidade e na eficiência da ordem".

Consonante os postulados inerentes à Teoria Geral do Direito juspositivista é a supervalorização da Lei, no sentido de veículo formal de manifestação da norma jurídica decorrente de órgãos do poder institucionalizado, dentre as diversas fontes de normas jurídicas.

A supremacia – para alguns, até mesmo exclusividade – da Lei frente às demais fontes produtoras de normas jurídicas constitui dogma sobre o qual se fundam os sistemas jurídicos de modelo euro-ocidental, destinado a adaptar o Direito aos ideais do cientificismo racionalista. Nesta linha de raciocínio, só a Lei é competente para tornar jurídicas as regras produzidas pelos meios não-legislados. Estes, por sua vez, assumem papel subsidiário àquela, com preponderante função de colmatação dos claros deixados pelo legislador, mas através de processo firmemente controlado pela própria lei, mediante a derivação de normas a partir de outras normas, hierarquicamente dispostas.

A formação da chamada *teoria das fontes do Direito*, portanto, teve como motivo primordial, em verdade, não o de identificar e sistematizar as diversas fontes possíveis de produção da norma jurídica, ou as maneiras

através das quais ela se exterioriza formalmente no ordenamento jurídico, mas, essencialmente, o de demonstrar, a partir dos postulados juspositivistas, que *é o Estado o único produtor legitimado do Direito, papel que ele exerce primordialmente através da criação de leis, do Direito escrito e, só excepcionalmente, admitindo (através da lei) o preenchimento do sistema através do costume, da jurisprudência, da doutrina.*

Pode-se dizer o mesmo de outra forma: só o Estado moderno, forjado dentro dos ideais positivistas, justificou a preocupação dos juristas com o tema das fontes do Direito – e sob seu pálio a respectiva teoria foi construída –, com o intuito deliberado de concluir que, em última instância, apenas o Direito *Positivo* – *positivado* na Lei, emanada do Estado – está legitimado para regradar coativa e abstratamente as condutas humanas em sociedade.

Não se pode deixar de fazer menção, no entanto, a Savigny, a quem se atribui importante papel na definição contemporânea do que se compreende por fonte do Direito e, inclusive, sua clássica enumeração como *“Lei, Costume, Jurisprudência e Doutrina”*. Embora concluindo em sentido diferente do juspositivismo (a quem, aliás, a sua escola Histórica tinha por objetivo fazer oposição, na medida que representou uma reação anti-racionalista àquele modo de pensar, uma versão jurídica do Romantismo da primeira metade do século XIX, caracterizando-se, tanto quanto nas artes em geral, pelo apego à tradição, ao passado, à irracionalidade histórica), o estudo das fontes por Savigny também teve por finalidade maior demonstrar

a supremacia de uma das fontes do Direito – no seu caso, no entanto, o costume.

Para Savigny, o Direito tinha como fonte o *Volksgeist* – o “Espírito do Povo” – cuja forma mais legítima de tradução, como norma que nasce do povo e exprime o seu sentimento, é o Costume. *A contrario sensu*, a codificação legislativa representava o artificialismo e racionalismo tão combatidos pelos historicistas.

A Escola Histórica teve tão grande repercussão no Direito Alemão – do que foi exemplo a célebre disputa entre Savigny e Thibaut quanto à codificação do Direito Alemão – que a sistematização da legislação Alemã em um Código só veio a acontecer com um atraso de um século em relação aos demais países.

2.3 Quais são as fontes do Direito?

Como já se disse, são inúmeras as acepções da expressão fontes do Direito e para cada uma das quais pode-se identificar diferentes espécies de *fonte*.

É clássica, por exemplo, a distinção entre *fontes substanciais* e *fontes formais* do Direito, distinção que somente passou a fazer sentido no momento em que, rechaçando as concepções jusnaturalistas do jurídico, a ciência do Direito vê seu objeto não como um dado, encontrado pronto na vontade de um Deus ou na razão, mas como uma realidade construída pelo homem.

Assim, denominavam-se *fontes substanciais* (ou fontes *materiais*, ou ainda *reais*) a matéria-prima (o *status* biológico, a natureza, elementos racionais, morais, históricos etc.) de que se serve o homem para construir as normas jurídicas e compreender o fenômeno jurídico como um todo, todas as representações que influenciam, enfim, a criação e aplicação do Direito.

As normas jurídicas exteriorizam-se, no entanto, através de determinado arcabouço formal que as torna passíveis de comunicação intersubjetiva (fazendo-se conhecidas por aqueles que devem obedecê-las e por aqueles que devem impor a sua obediência). Elas, assim, *positivam-se* no ordenamento sob certas formas, para cuja designação consagrou-se a expressão *fontes formais*. A teoria das fontes, na seara da dogmática

jurídica, tem por objeto, justamente, as chamadas *fontes formais*, e este é o âmbito em que também se desenvolverá este trabalho.

A Doutrina, de regra, aponta como fontes formais do Direito, a *lei*, o *costume*, a *jurisprudência* e a *doutrina*:

“Com o aparecimento da doutrina, que já no sistema romano representa um saliente papel, completa-se o quadro das fontes fundamentais do Direito – lei, costume, jurisprudência, doutrina. Os tratadistas costumam incluir outras instâncias no cômputo das fontes jurídicas, tais os princípios gerais do Direito, a equidade, os tratados internacionais, os atos e negócios jurídicos, mas não há negar que é através dessas quatro vias, que essas demais fontes encontram sua confirmação, ou então trata-se de norma individualizada que irá encontrar sua fundamentação em alguma norma mais geral seja legislativa, costumeira, jurisprudencial ou doutrinária.”³²

A dogmática jurídica, quando se ocupa do tema, considera o efeito resultante da lei, do costume, da jurisprudência e a da doutrina, em cada ordenamento, reconhecendo-lhes, ou não, a prerrogativa de fazer movimentar o aparelho estatal na hipótese de seu descumprimento. Partindo-se desta premissa, fontes do Direito seriam todas aquelas instâncias de produção normativa que podem contar com o “argumento” do Estado sancionador.

Trata-se de verificar, em última análise, quais daquelas instâncias poderão ser mencionadas pelo Estado-juiz, no momento de sua decisão, como argumento originário para imposição coativa de uma determinada conduta a alguém.

³² MACHADO Neto, A. L.. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 198-9.

Assim, arrolar, de forma genérica, quais são as fontes do Direito parece tarefa fadada ao insucesso. Ela somente se realiza validamente se tomado como referência um determinado ordenamento jurídico, em um específico momento histórico.

O presente estudo visa, então, a pesquisar especificamente, se, no Direito brasileiro de hoje, à própria norma produzida pelo Estado-juiz poder-se-ia atribuir esse efeito. Mais precisamente: decisões judiciais reiteradas em um determinado sentido – a chamada Jurisprudência ou, ainda, os “precedentes jurisprudenciais” – podem, no Direito brasileiro, servir de fundamento, por si sós, para uma outra decisão judicial?

Pode, enfim, o juiz brasileiro fundamentar sua decisão em comando contido exclusivamente em outras decisões judiciais?

3 A QUESTÃO HERMENÊUTICA E A CRIATIVIDADE INERENTE AO DESEMPENHO DA FUNÇÃO JURISDICIONAL

Ainda preliminarmente, outra questão mostra-se essencial à consecução dos fins a que se propõe o presente trabalho. Trata-se, agora, de esclarecer a natureza do papel desempenhado, no âmbito dos sistemas jurídicos, pela função jurisdicional. Dir-se-ia, em outras palavras, de modo a melhor particularizar o tema deste capítulo: o juiz resume-se a declarar o Direito disposto pelas demais fontes do Direito (essencialmente, a Lei), ou, ao julgar, ele inova o ordenamento jurídico? Há criatividade, enfim, no ato de julgar?

A forma como a pergunta acima posta foi tradicionalmente respondida no âmbito do Estado Moderno guarda relação direta, em primeiro lugar, com um paradigma de natureza eminentemente política: o ideal da separação dos poderes do Estado, presente especialmente no pensamento de

Montesquieu³³. A atividade exercida pelo Judiciário estaria circunscrita à da aplicação das normas produzidas pelo Legislativo. Nesta tarefa de aplicação, o juiz resumir-se-ia a um papel simplesmente intelectual, de pura *cognição* do comando legal –, sem qualquer intromissão, neste processo, da vontade ou subjetivismo do julgador, sob pena de, então, estar-se diante de incabível desrespeito ao princípio da separação dos poderes³⁴.

A função judicial, assim, cumpriria o seu papel apenas e tão-somente subsumindo mecanicamente (dir-se-á, mesmo, matematicamente) a norma legal ao caso concreto, em busca de um único resultado correto que corresponderia à vontade contida na lei.

Em segundo lugar, o tema deste capítulo guarda, também, estreita relação com prisma sob o qual a questão da *hermenêutica* foi tratada, no âmbito do Estado moderno, pela ciência jurídica:

³³ Registrem-se, por oportunas, as observações de Eugenio Raúl Zaffaroni (**Poder Judiciário: Crises, Acertos e Desacertos**. São Paulo: RT, p. 81, 1995.): “(...) *Por outra parte, a tese da separação de poderes tampouco foi de todo originária de Montesquieu, pois se lhe reconhece uma longa gestação e, ademais, se afirma que os Estados Unidos não a tomaram de Montesquieu, uma vez que este a havia capitado das instituições inglesas, enquanto que outros também opinam que Montesquieu se referia às instituições inglesas como um mito, ou seja, para não cair na utopia (do mesmo modo como Hobbes situava a guerra de todos contra todos na América, por exemplo).*”

³⁴ “*A liberdade política, num cidadão, é esta tranqüilidade de espírito que provém da opinião que cada um possui de sua segurança; e, para que se tenha esta liberdade, cumpre que o governo seja de tal modo que um cidadão não possa temer outro cidadão. Quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade pois pode-se temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado apenas estabeleçam leis tirânicas para executá-las tiranicamente.. Não haverá também liberdade se o poder de julgar não estiver 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. Tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo, exercesse esses três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas, e o de julgar os crimes ou as divergências dos indivíduos.*” (MONTESQUIEU. **Do Espírito das Leis**, São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1962. p. 181)

*“A conclusão que se deve extrair decorre necessariamente dessa premissa: como seria impensável supor que a lei tivesse ‘duas vontades’, toda norma jurídica deverá ter, conseqüentemente, sentido unívoco. Ao intérprete não seria dado hermeneuticamente ‘compreendê-la’, mas, ao contrário, com a neutralidade de um matemático, resolver o problema ‘algébrico’ da descoberta de sua ‘vontade’. Torna-se fácil compreender as razões que, no século XIX, fizeram com que os autores dos Códigos procurassem impedir que eles fossem interpretados. Reproduziu-se no século XIX a tentativa de Justiniano. A intenção que sustenta esse propósito é a mesma que, no início da Era Moderna, procurou eliminar a retórica, enquanto ciência argumentativa, do campo do Direito, basicamente do campo do processo. A idéia de perfeição do Direito criado, que se oculta sob essa conduta, foi relevada por uma eminente filósofa contemporânea, ao mostrar o pathos tirânico, conseqüentemente antidemocrático desse modo de compreender o Direito [Agnes Heller, *Más Allá de la justicia*, Barcelona: Editorial Crítica, 1990. p. 313]. O Direito ‘perfeito’ elimina qualquer espécie de questionamento. É o Direito tirano.”³⁵*

A perspectiva de ciência como saber necessariamente racionalista, metodológico e sistemático foi absorvida pelos juristas, que, a pretexto de angariar respeito em favor de seu objeto de estudo, cunharam uma Ciência do Direito nos estritos moldes positivistas, construída racional e abstratamente, com pretensões de rigidez cartesiana. Neste âmbito estritamente dogmático, portanto, não restava espaço para o estudo e desenvolvimento da hermenêutica jurídica.

Norberto Bobbio afirma que o ponto de divergência entre o juspositivismo e os seus adversários começa exatamente quando se trata de precisar a natureza cognoscitiva da jurisprudência. Para aquele, *“esta consiste numa atividade puramente declarativa ou reprodutiva de um Direito*

³⁵ SILVA, Ovídio Batista da. **Racionalismo e Tutela Preventiva em Processo Civil**. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 801, p. 32, 2002.

preexistente, isto é, no conhecimento puramente passivo e contemplativo de um objeto já dado”; já para os doutrinadores que lhe fazem oposição, “a natureza cognoscitiva consiste numa atividade que é também criativa ou produtiva de um novo Direito, ou seja, no conhecimento ativo de um objeto que o próprio sujeito cognoscente contribui para produzir”.³⁶

Foi Dilthey que, então, já no final do século XIX, demonstra a distinção existente entre as chamadas “ciências físico-naturais” e determinadas ciências que não podiam experimentar-se ou observar-se empiricamente e tinham como objeto a realidade histórico-social da vida humana. Dilthey denominou-as “ciências do espírito” – como a História, a Ética, a Lingüística e a Ciência Jurídica, entre outras – e atribuiu-lhes um modo próprio de conhecimento, baseado na *compreensão* – captação da realidade, em que o axiológico não pode ser destacado. Enquanto nas “ciências do espírito”, o cientista *compreende* o seu objeto de estudo, nas ciências físico-naturais ele simplesmente *explica* os dados prontos oferecidos pela natureza³⁷.

Também no final do século passado, acirrou-se o combate aos paradigmas do juspositivismo, com a contribuição de autores como Ehrlich, François Geny e outros, ora reunidos sob a denominação bastante genérica de *realistas*: em oposição ao dogmatismo e racionalidade do positivismo

³⁶ **O Positivismo Jurídico – Lições de Filosofia do Direito.** São Paulo: Ícone, 1995. p. 211.

³⁷ Conforme LOPES, Ana Maria D’Ávila. **A hermenêutica jurídica de Gadamer.** *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 145, p.101-112, 2000.

levantaram-se as bandeiras do irracionalismo³⁸, do voluntarismo e do sociologismo – as atenções se voltavam para os fatos da vida, para o “Direito Livre” e afastavam-se das estruturas lógicas da norma. Ehrlich chega ao ponto de afirmar que a sociologia jurídica seria a única ciência do Direito possível.³⁹

A resposta, em defesa do positivismo, é formulada por Hans Kelsen (o mais destacado dentre os denominados neopositivistas): sua obra tem por objetivo explícito *“desenvolver uma teoria jurídica pura, isto é, purificada de toda a ideologia política e de todos os elementos de ciência natural, uma teoria jurídica consciente da sua especificidade porque consciente da legalidade específica de seu objeto.”*⁴⁰

Kelsen, todavia, enfrenta o problema da natureza da função judicial de forma muito mais competente (dir-se-ia, até mesmo, *realista*) que os positivistas que o precederam. O autor da *Teoria Pura* não reproduz a idéia de que ao juiz só é dado declarar, extrair da lei o seu comando. Sua posição a respeito do assunto, ao contrário, é diametralmente oposta, como demonstra o trecho abaixo, retirado da sua obra mais conhecida:

“Uma decisão judicial não tem, como por vezes se supõe, um simples caráter declaratório. O juiz não tem simplesmente de descobrir e declarar um direito já de antemão firme e acabado, cuja produção já foi concluída. A função do tribunal não é simples ‘descoberta’ do direito ou juris-‘dição’ (‘declaração’ do direito) neste sentido declaratório. A descoberta do direito consiste apenas na

³⁸ Que na filosofia geral tem por representantes mais ilustres Schopenhauer, Nietzsche e Bergson.

³⁹ Conforme LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 84.

⁴⁰ Prefácio à primeira edição da **Teoria Pura do Direito**, São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. XI.

determinação da norma geral a aplicar ao caso concreto. E mesmo esta determinação não tem um caráter simplesmente declarativo, mas um caráter constitutivo.⁴¹

Kelsen compreende a ordem jurídica como um sistema de normas gerais e individuais que estão ligadas entre si pelo fato de a criação de toda e qualquer norma que pertence a este sistema ser determinada por uma outra norma do sistema e, em última linha, pela sua norma fundamental. A decisão judicial é *um* dos tipos de *norma jurídica* que compõem este sistema, produzida por um órgão estatal em vista de um caso concreto que lhe é posto a decidir (a decisão judicial, inclusive, não é, para ele, a norma mais concreta deste encadeado – ela ainda serve de fundamentação para o ato que resulta na execução concreta do comando nela contido, que seria, sim, a norma mais concreta do ordenamento, da qual não deriva nenhuma outra).

O juiz é órgão estatal produtor de Direito, e, como tal, o resultado de seu labor é sempre algo que acrescenta algo novo à ordem jurídica. A criatividade da função jurisdicional é, enfim, reconhecida explicitamente por Kelsen, seja porque o autor se apercebe da inevitável plurivocidade das palavras que descrevem a norma jurídica, seja porque *“todos os métodos de interpretação até o presente elaborados conduzem sempre a um resultado apenas possível, nunca a um resultado que seja o único correto”*.⁴² Observe-se o que ele diz:

“Se por ‘interpretação’ se entende a fixação por via cognoscitiva do sentido do objeto a interpretar, o resultado

⁴¹ **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 264.

⁴² *Idem, Ibidem*, p. 392.

de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro desta moldura existem. 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 apenas 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, especialmente. Dizer que uma sentença judicial é fundada na lei, não significa, na verdade, senão que ela se contém dentro da moldura ou quadro que a lei representa – não significa que ela é a norma individual, mas apenas que é uma das normas individuais que podem ser produzidas dentro da moldura da norma geral.”⁴³

Conseqüência desse modo de ver o problema da hermenêutica jurídica é a classificação que Kelsen faz das formas de interpretação: a *autêntica*, realizada pelo órgão jurídico que aplica a norma e *não-autêntica*, efetuada pelas pessoas privadas e, especialmente, pela Doutrina. Só aquela, para Kelsen, resulta em criação jurídica, só ela é “jurídico-científica”, e suas conclusões passam a integrar a ordem jurídica como *ato de vontade*, vinculando, sendo seu sentido aceito por todos não porque seja verdadeira, mas em razão da competência do órgão.

Kelsen não ignora que a razão da plurivocidade dos sentidos da norma está na interferência de *valores* (da história, da política, da ideologia etc.) na definição do sentido das palavras da norma jurídica. Mas, no seu ideal de pureza científica, ele prefere deles não tratar, ou deles cuidar como fatores “externos”, “meta-jurídicos”. No dizer de Tercio Sampaio Ferraz Jr., “*numa analogia a um texto final de uma obra de Wittgenstein, lógico com quem Kelsen privou em seus tempos de Viena, segundo o qual ‘o que não*

⁴³ *Idem, Ibidem*, p. 390/1.

se pode falar, deve-se calar', poderíamos dizer que para o nosso jurista, o que a ciência jurídica não pode descrever, deve omitir".⁴⁴

Eis, então, onde o pensamento de Kelsen parece fragilizar-se diante dos seus críticos. Ao extirpar do jurídico o *valor*, artificializou o seu estudo, afastou-o da *vida real* que, afinal, é seu objeto. Combatendo o *realismo* exacerbado de seus contemporâneos – o irracionalismo subjetivista que, de fato, não coloca o Direito em melhores mãos – Kelsen comete o erro diametralmente oposto: ignorar que o subjetivismo, se não pode ser o vetor central do fenômeno jurídico, lhe é parte considerável, na medida em que o Direito é produzido através da *linguagem* dos seres humanos⁴⁵. Em defesa de uma *pureza* científica, Kelsen acabou por extirpar, justamente, e de forma deliberada, o que há de mais peculiar na *ciência* jurídica.

O tema da hermenêutica jurídica exige, ainda, menção à decisiva contribuição do pensamento de filósofo Hans-Georg Gadamer (1900-2002). Seguindo a esteira de Dilthey e de Heidegger (de quem foi discípulo), ele publica em 1960 sua principal obra, "*Verdade e Método*" (*Wahrheit und Methode*), em que reflete sobre as condições históricas e filosóficas da compreensão e da interpretação. Embora não tenha sido Gadamer um

⁴⁴ **Introdução ao Estudo do direito – Técnica, Decisão, Dominação.** São Paulo: Atlas, 1994. p. 263.

⁴⁵ Como diz Karl Larenz (**Metodologia da Ciência do Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 107): "(...) vê-se nitidamente o que preocupa, em última instância, Kelsen: impedir que se abuse da ciência do Direito, utilizando-as como capa de opiniões puramente pessoais e de tendências ideológicas. Do ponto de vista do ethos científico, não se pode negar justificação a esta preocupação de Kelsen. É certo que, como poucas outras ciências, a ciência jurídica se encontra à mercê de tal abuso, necessitando, por isso, de uma contínua auto-reflexão crítica como aquela para que em tão grande medida contribuiu a 'teoria pura do Direito'. Porém, quando Kelsen, para se manter longe de tais juízos de valor, declara que a ciência do Direito é incapaz de atingir, através da 'interpretação' de uma norma, juízos 'corretos', 'deita a criança fora com a água do banho'".

jurista, a teoria da hermenêutica jurídica é por ele estudada como modelo de aplicação possível para qualquer ciência do espírito, encontrando-se naquela sua obra várias referências ao papel do juiz na aplicação do Direito.

A partir da idéia de “círculo hermenêutico”, Gadamer demonstra a circularidade do processo interpretativo, que se inicia na “pré-compreensão” que o intérprete tem do texto, resultando em uma compreensão já modificada. A cada leitura corresponderá, então, um novo produto, reconstruído através da experiência do intérprete e da tradição do próprio texto. Em Gadamer, enfim, *“a compreensão, a interpretação e a aplicação, que eram três momentos diferentes segundo a antiga hermenêutica, (...) adquiriram caráter indivisível”*.⁴⁶

Para Gadamer, não há uma compreensão originária e uma posterior aplicação, pois o “sentido originário” do texto só é alcançado no momento em que o intérprete adere sua própria situação histórica à compreensão histórica do texto. Assim, conclui-se que um texto não existe de maneira autônoma: ele só adquire vida através da interpretação.

Uma dos maiores virtudes da teoria hermenêutica de Gadamer, enfim, *“é ter demonstrado que toda interpretação é a compreensão atual do passado”*⁴⁷. A importância desta idéia no âmbito do papel desempenhado na aplicação do Direito pelo Poder Judiciário pode ser aferida através de outra

⁴⁶ LOPES, Ana Maria D'Ávila. **A hermenêutica Jurídica de Gadamer**. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 145, p. 105, 2000.

⁴⁷ *Idem, Ibidem*, p. 107.

constatação: “*costuma-se distinguir as funções atribuídas a cada um dos três poderes do Estado, nos regimes democráticos representativos, dizendo que os legisladores têm missão de prover para o futuro, aos administradores incumbe cuidar do presente, enquanto os juízes têm por missão ‘consertar’ o passado.*”⁴⁸

Cada juiz, ao resgatar de um momento anterior ao presente a norma jurídica em aplicação – o texto a ser interpretado – e, ainda, os fatos sobre os quais aquela norma incide, perpetuados através das palavras das partes e da prova produzida no processo (de regra também, por sua vez, expressada através de signos lingüísticos), irremediavelmente concederá ao ato de aplicação do Direito uma carga histórica que ele traz pessoalmente, fruto de sua vida, de suas experiências, de seus valores. No estágio alcançado pela hermenêutica jurídica hodierna, esta é uma constatação que não mais admite refutação.

Se já, portanto, a esta altura, se obteve um consenso em torno da inviabilidade de uma total objetividade no exercício da função judicial, o mesmo não se pode dizer sobre o *grau* da subjetividade que lhe é inerente, os *modos e limites* da criação do Direito pelo Poder Judiciário. O grande desafio da hermenêutica jurídica de hoje é, assim, identificar o *ponto* em que estaria a imprescindível conciliação entre o exacerbamento do subjetivismo

⁴⁸ SILVA, Ovídio Batista da. **Racionalismo e Tutela Preventiva em Processo Civil.** *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 801, p. 35, 2002.

realista e o exagero da objetividade buscada pela pureza e racionalidade positivistas.⁴⁹

Sendo um fenômeno social, que só faz sentido onde há diálogo, onde há intersubjetividade, o Direito – e a interpretação de seus preceitos – exige um lastro simbólico que permita a comunicação, isto é, possa ser capitado e utilizado de uma forma o quanto mais possível consensual. Sendo o Direito, por outro lado, um fenômeno de poder, sua coexistência com o Estado de Direito, por outro lado, só se dá se puder ser ele controlado, submetido a um processo onde possa ser verificada sua adequação com o contexto histórico, social, político e cultural da sociedade da qual emana.

Ambos os prismas, enfim, apontam para a necessidade da “domesticação” do subjetivismo inerente à tarefa hermenêutica (nunca sua abolição, porque isto seria impossível), tornando cabível falar-se em um *dever ser* da hermenêutica empreendida pelo julgador, aferível tanto do ponto de vista da legalidade (da submissão da decisão ao ordenamento jurídico positivado democraticamente), quanto do ponto de vista axiológico – partindo-se do pressuposto de que é possível uma certa intersubjetividade axiológica e a existência, portanto, de pautas de preferibilidade para as opções valorativas, que sirvam de parâmetro para o controle das decisões

⁴⁹ Traduzem bem este conflito as palavras de Alexandre Pasqualini: “Apesar de os nossos jogos de linguagem não se escorarem em fundamentações últimas, mas, acima de tudo, na simples e quotidiana confiança, não se pode deixar de reconhecer, em contrapartida, que a dúvida (a dúvida derivada da confiança) também faz parte da condição humana, o que nos desafia a viver em um território a meio caminho da total objetividade e da inteira subjetividade” (**Hermenêutica: uma crença intersubjetiva na busca da melhor leitura possível**. In: BOUCAUL, Carlos E. de Abreu; RODRIGUEZ, José Rodrigo (Org.). *Hermenêutica Plural*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 166).

judiciais. Lúcidas, a este respeito, são as palavras de Alexandre Pasqualini:

“As palavras, os livros e, também, as leis são um patrimônio semântico que pertence a todos e a cada um de nós. Apesar de as possibilidades de interpretação mostrarem-se teoricamente infinitas, essas possibilidades, em cada situação concreta, seja em um poema, seja em um dispositivo normativo, sofrem o controle das forças sociais que as modelaram. Queiram ou não, na esfera da linguagem e da hermenêutica, todos os discursos já vêm ao mundo socializados. Em cada ato interpretativo está presente, consciente ou inconscientemente, a tradição histórica, cultural e sociológica com base na qual o intérprete faz os significados significarem.(...)”

(...) Em síntese, (...) é necessário reconhecer que há, sim, limites para o trabalho hermenêutico. (...) A interpretação de um soneto de Shakespeare parece ser mais livre do que a de um artigo do Código de Trânsito, porém nenhuma das duas interpretações pode ser considerada absolutamente anárquica ou desenganadamente fortuita.”⁵⁰

É também sobre o *grau*, os *modos* e *limites* da criação do Direito pelo Poder Judiciário que se debruça Mauro Cappelletti, em obra onde este professor italiano tenta responder à questão inevitavelmente decorrente daquela acima posta: “*Juízes Legisladores*”?⁵¹

Cappelletti desenvolve sua pesquisa a partir da constatação de uma crescente tendência, identificada em quase todo o mundo, de intensificação da criatividade jurisprudencial, especialmente nos países de *civil law*, onde crescem em número os mecanismos de uniformização e vinculatividade jurisprudencial (que serão objeto de análise nos capítulos seguintes),

⁵⁰ **Hermenêutica: uma crença intersubjetiva na busca da melhor leitura possível.** In: BOUCAUL, Carlos E. de Abreu; RODRIGUEZ, José Rodrigo (Org.). *Hermenêutica Plural*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 173.

⁵¹ *Giudici Legislatori?*, no original, a obra foi traduzida no Brasil por Carlos Alberto Álvaro de Oliveira.

aproximando estes sistemas dos encontrados nos países de tradição jurídica anglo-saxônica.

Cappelletti relaciona em *Juízes Legisladores?* várias causas desta intensificação, todas resultantes da nova ordem mundial trazida pela revolução industrial, pela massificação das relações sociais⁵² e pelo conseqüente agigantamento sofrido pelo *Welfare State*⁵³, com vistas a enfrentar todas as demandas desta nova sociedade. Diante do crescimento do poder e limites de atuação do Executivo (do Estado Administrativo) e do Legislativo, também o Judiciário teve que “*eleva-se ao nível dos outros poderes, tornar-se enfim o terceiro gigante, capaz de controlar o legislador mastodonte e o leviatanesco administrador*”⁵⁴. Disso é exemplo a implementação do controle jurisdicional da constitucionalidade das leis, função reconhecida ao Judiciário da Europa continental apenas a partir de meados do século XX. Por outro lado, as questões enfrentadas pelo Estado

⁵² Cappelletti chama atenção para o problema das “externalities” – i.e., “modo de controlar os efeitos colaterais (*side effects*) e não desejados, das nossas decisões em matéria de produção e consumo” – demonstrando que “quanto mais a sociedade se torna próspera, urbana, tecnologicamente avançada, economicamente dinâmica e inovadora no campo da química, mais complexo e urgente se torna o problema das externalities, pelo que se acentua a necessidade de intervenção e controle governamental.” (*Juízes Legisladores?*. Porto Alegre: Fabris, 1993. p. 36.).

⁵³ “Os primeiros passos foram tomados na área da política social, mediante legislação pertinente ao direito do trabalho, da saúde e da segurança social; mas gradualmente as intervenções se estenderam à esfera da economia, mediante leis de caráter antimonopolístico, sobre a concorrência, transportes e agricultura; e, finalmente, chegamos à presente situação, com a extensão do setor público, o exercício de generalizado controle do estado sobre a economia, a assunção da responsabilidade do estado em questões de emprego, a elaboração de planos de assistência social e o financiamento de atividades sem fins lucrativos, como, por exemplo, no campo das artes, obras públicas e renovação dos centros urbanos em decadência.” (KOOPMANS, T.. *Legislature and Judiciary – Present Trends, in New Perspectives for a Common Law of Europe*, Leyden&Bruxelles, Sijthoff&Bruylant, 1978. p. 309, *apud* CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?*. Porto Alegre: Fabris, 1993. p. 35.)

⁵⁴ CAPPELLETTI, Mauro. *Idem, Ibidem*, p. 47.

nesta nova ordem mundial, pelo que têm de complexas e imprevisíveis, exigem normas jurídicas formuladas de maneira mais fluida, vaga, programática, favorecendo sobretudo a interferência integrativa do Judiciário, a quem cabe preencher-lhe as lacunas. As normas que relacionam os direitos fundamentais, as que tratam dos direito sociais, que regulam a atuação do Estado Administração, a legislação ambiental são disso exemplos.

Todo o quadro traçado acima foi razão para um *“fenômeno mais, geral, típico das últimas três ou quatro gerações, que o filósofo Morton G. White descreve como ‘a revolta contra o formalismo’*⁵⁵, correspondente, exatamente, àquilo de que se tratou no início deste capítulo: *“o reconhecimento do caráter fictício da concepção da interpretação, de tradição justiniana e montesquiniana, como atividade puramente cognoscitiva e mecânica e, assim, do juiz como mera e passiva ‘inanimada boca da lei’*⁵⁶

As constatações de Mauro Cappelletti levam, enfim, a uma conclusão: é inevitável, e cada vez mais acentuada, a assunção, pelo Judiciário, do papel de inovador da ordem jurídica, atuando criativamente na solução das questões que lhe são apresentadas.

⁵⁵ *Idem, Ibidem*, p. 31.

⁵⁶ *Idem, Ibidem*, p. 32.

Como Cappelletti responde à pergunta que é título de seu trabalho? Tenta fazê-lo explicitando as diferenças entre a atividade desempenhada por legisladores e juízes, demonstrando que *“a legislação é apenas um modo de criar o Direito, essencialmente diverso do judiciário”*⁵⁷ Para isso, afirma que os juízes, diferentemente do legislador, estariam limitados por sua necessária passividade no plano processual, i.e., a) à necessária vinculação de sua decisão às especificidades do caso concreto; b) à sua atitude de imparcialidade e independência, o tanto quanto possível, em relação às pressões externas, *“especialmente àquelas provenientes dos ‘poderes políticos’”*⁵⁸. Estas questões, no entanto, não são desenvolvidas pelo autor na medida do que seria esperado.

Em resenha à obra de Cappelletti, Liebman coloca-se da seguinte forma:

*“Acredito que Cappelletti não fornece as explicações corretas para este fenômeno. Ele acredita que a legislação não é senão um dos modos de se criar o Direito, e é essencialmente diferente da forma por meio de que se cria o Direito judiciário. A esta altura o autor deverá indicar em que consiste este ‘essencialmente diferente’ de criar o Direito. Mas não o faz. Muda o objeto do discurso e passa a descrever quais são as características distintivas e essenciais da figura do juiz; é aquele que opera super partes, no contraditório das partes, ou seja, segundo antigos aforismos *nemo iudex in causa propria, audiatur et altera pars, nemo iudex sine actore*”*⁵⁹

Liebman, então, apresenta a sua maneira de ver a questão: a diferença entre legislação e jurisdição residiria, *“na qualidade do objeto a*

⁵⁷ *Idem, Ibidem*, p. 74.

⁵⁸ *Idem, Ibidem*, p. 75.

⁵⁹ **A Força criativa da jurisprudência e os limites impostos pelo texto da lei.** *Revista de Processo*, São Paulo, n. 43, p. 58-59, 1986.

*respeito do qual o legislador e o juiz são chamados a pronunciar-se; problemas abstratos para o legislador, problemas concretos para o juiz, com a natural conseqüência de que o ato legislativo resolve e é eficaz para uma série de casos futuros, enquanto ao ato jurisdicional põe fim a uma controvérsia concreta e é eficaz só em relação a esta.*⁶⁰

Liebman parece incidir, neste primeiro momento, em uma tautologia: o juiz não é legislador por que a sentença não é lei, a decisão judicial não é lei porque o juiz não é legislador. Mas o autor continua seu raciocínio, retornando à primeira pergunta posta por Cappelletti: a interpretação judiciária é criativa?

Liebman posiciona-se, então, de uma forma que, à primeira vista, pode parecer um retorno descabido à *pureza* preconizada por Kelsen, mas, submetida a análise mais cuidadosa, consegue ultrapassar o positivismo simplório para alcançar a resposta que se procura:

“Do ponto-de-vista sociológico, filosófico e político, e na visão do homem leigo, a resposta seria: sim, no ato jurisdicional há sempre qualquer coisa, mais ou menos relevante, que não está na lei, a começar pelo caráter concreto da regra enunciada conteúdo da decisão, até as escolhas mais ou menos numerosas que a tomada de decisão reclamou. Mas do ponto-de-vista jurídico as coisas ocorrem de forma absolutamente diversa, porque o ângulo jurídico não pode prescindir do elemento formal e por isso o pronunciamento do juiz consiste exclusivamente em tornar explícito, manifesto e concreto aquilo que já estava contido na formulação do preceito legislativo. E o elemento formal não consiste em algo de indesejável que por vezes o autor pretende ignorar. As sentenças decidem sobre a liberdade, sobre direitos e interesses das pessoas e a força da lei é a única defesa, a única garantia e proteção que lhes é assegurada, na medida do possível, a ‘certeza do direito’, e que exclui, o quanto viável, o arbítrio do juiz no momento em

⁶⁰ *Idem, Ibidem*, p. 59.

*que julga o seu semelhante em assuntos que dizem respeito à sua personalidade e aos seus bens.*⁶¹

Liebman conclui, então:

“A revolta contra o formalismo? Sempre foi uma típica característica das ditaduras, que não têm freios nem limites ao arbítrio de suas autoridades.

*Certamente não é necessário que se recorde a Cappelletti a apaixonada defesa feita por Calamandrei do princípio da legalidade. E, no fundo, em que consiste o princípio da legalidade, senão em uma forma de se designar mais amavelmente o formalismo?*⁶²

Por oportuno, são exatamente as palavras de Calamandrei:

*“Não há norma, pode-se dizer, que não permita ao juiz uma certa folga para a liberdade criativa: o sistema da legalidade não é a abolição do direito livre, mas a redução, poder-se-ia dizer, a racionalização disso dentro da moldura da lei.(...) Há tempos de estagnação social em que o juiz pode se limitar a ser o fiel seguidor do legislador, o sequaz que o acompanha passo a passo; há tempos, porém, de rápida transformação, em que o juiz deve ter a coragem de ser o precursor, o antesignano, o incitador.”*⁶³

O sistema da legalidade parece continuar sendo, enfim, a forma mais eficiente, até hoje elaborada pelas mentes humanas, dentro das específicas condições sociais, políticas e econômicas enfrentadas na maior parte dos

⁶¹ *Idem, Ibidem*, p. 59.

⁶² *Idem, Ibidem*, p. 60.

⁶³ *“Non c'è norma, si può dire, che non consenta al giudice un certo respiro di libertà creativa: il sistema della legalità à non l'abolizione del diritto libero, mas la riduzione e, si potrebbe dire, il razionamento diesso entro le caselle delle leggi. E mais: Vi sono tempi di stasi sociale in cui il giudice può limitarsi ad essere il fedele secondo del legislatore, il seguace che l'accompagna passo per passo; ma vi sono tempi di rapida trasformazione in cui il giudice deve avere il coraggio de esserne il precursore, l'antesignano, l'incitatore.”* (tradução livre da autora). **Opere Giuridiche**, Nápoles, vol. I, 1985. p. 606-610, *apud* GARCIA, Dínio de Santis. **Efeito vinculante dos julgados da corte suprema e dos tribunais superiores**. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 734, p. 43, 1996.

Estados modernos ocidentais⁶⁴, de garantir que o Direito reflita, da forma mais equânime possível, os diferentes anseios que compõem as sociedades humanas. O Legislador é o veículo, autorizado democraticamente, para fazer as opções, pode-se dizer, em *primeiro plano*.

A criatividade do juiz deve encontrar, portanto, na lei, o seu limite. Um limite, é certo, flexível e, por ser posto através da *palavra*, naturalmente sensível aos valores apreendidos pelo julgador através da história, das circunstâncias políticas, econômicas e, até mesmo, psicológicas a que ele está submetido enquanto *homem*. Mas, sempre, um limite. Acreditar no contrário é transformar o juiz – deslegitimado democraticamente, até em razão da forma simplesmente técnica pela qual é arregimentado – em arbitrário *legislador*.

Este saudável – e necessário - equilíbrio entre o intérprete (o homem-juiz) e o texto (a lei - seu limite natural) conduzem à melhor compreensão do que representa a tarefa do julgador, assemelhada, na feliz metáfora de Alexandre Pasqualini, à relação entre o músico e o instrumento musical: *“sem a caixa de ressonância de um violino, suas cordas não têm nenhum valor, e essas e aquela, sem um violinista, nenhuma utilidade. Uma coisa afigura-se, talvez, indiscutível: caso os três não se unam, jamais haverá música.”*⁶⁵

⁶⁴ Das peculiaridades históricas que levaram ao desenvolvimento do *common law* tratar-se-á no próximo capítulo.

⁶⁵ **Hermenêutica: uma crença intersubjetiva na busca da melhor leitura possível.** In: BOUCAUL, Carlos E. de Abreu. RODRIGUEZ, José Rodrigo (Org.). **Hermenêutica Plural.** São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 171.

O ato de julgar comporta, sim, portanto, criatividade. A criatividade hermenêutica, entretanto, inafastável de todo processo comunicativo, deve estar submetida, no Direito, a mecanismos de controle internos e externos, jurídicos e políticos, de modo que não seja confundida com o arbítrio.

É justamente o que esclarece J. J. Calmon de Passos, de cujas palavras, por sua oportunidade, se faz uso para o arremate deste capítulo:

“O difícil equilíbrio que se deve buscar entre a segurança, que o ordenamento precisa proporcionar aos indivíduos em suas relações sociais, e a independência dos juízes, a serviço da também inegável dinâmica dos fatos sociais, com repercussões sobre o entendimento dos preceitos jurídicos e sua aplicação aos casos concretos, esse difícil equilíbrio, a meu ver, tem solução, se não perfeita, mas largamente satisfatória, com a exigência da fundamentação dos julgamentos e a previsão da responsabilidade política, administrativa, penal e civil do magistrado em caso de erro inescusável. E o que é o erro inescusável? Os que vimos sofrendo na pele os efeitos dos "arreganhos" dos mal formados temos perfeita e empírica percepção do que seja. É a decisão do magistrado que se mostra em manifesta discrepância da prova dos autos, em manifesta discrepância do entendimento predominante, ou não, de doutrinadores e julgadores, ou que, desse entendimento discrepando, carece de fundamentação séria de natureza dogmática. Fora dessas hipóteses, fica o vasto espaço oxigenado em que atuam os operadores do Direito, doutos, corajosos, responsáveis, sensíveis, que porfiam por encontrar, usando os instrumentos "lícitos" — e tão numerosos eles são — que a Ciência do Direito lhes proporciona (dogmática conceitual, dogmática hermenêutica e dogmática da decisão) conseguem, sem violentar o ordenamento e sem oferecer espetáculos de subjetivismo exibicionista e autoritarismo subdesenvolvido, retirar o máximo de satisfação para os interesses em conflito, naquela sua dimensão carregada de imprecisão e rica de provocação que apelidamos de Justiça.”⁶⁶

66

4 A JURISPRUDÊNCIA COMO FONTE DO DIREITO

As observações postas no capítulo anterior servem, agora, para estabelecer-se uma diferença fundamental aos fins específicos a que se pretende chegar no presente trabalho: aquela existente entre a *criatividade hermenêutica* e a *criatividade legislativa*.

Cada sociedade, a depender de sua peculiar organização política, elege uma determinada instância como competente para o estabelecimento das normas jurídicas de caráter geral, destinadas a disciplinar as condutas humanas que se travam no seu interior. No chamado modelo romano-germânico – como é o caso da quase totalidade dos países da Europa continental, de cuja tradição é herdeiro o Brasil – é o Poder Legislativo, justamente, o legitimado para formular as normas jurídicas que regerão ulteriormente, e em caráter abstrato, a forma que as condutas devem preferir. É o que, na linguagem Luhmanniana⁶⁷, se denomina de *primeira*

⁶⁷ AMADO, Juan Garcia Amado., **La société et le droit chez Luhmann**. In: Niklas Luhman, *observateur du droit*. Paris: LGDJ, 1993.

redução de complexidade. Representa, como se disse no primeiro capítulo deste trabalho ao se caracterizar o Direito como fenômeno normativo, aquele momento em que o jurídico desempenha o seu papel de disciplinador da liberdade, assegurando, através da previsibilidade das condutas humanas, a convivibilidade social.

O produto desta primeira *redução de complexidade* corresponde ao que se costuma denominar de *fontes do Direito*.

A Lei (no seu sentido lato), no entanto, disciplina atos humanos que lhe são temporalmente posteriores, enriquecidos das peculiaridades e ambiência histórica que só podem ser identificados diante da concretude. A superposição da Lei ao fato concreto, assim, corresponde, então, à segunda *redução de complexidade* que desempenha o Direito, desta vez através de um processo decisório, também criativo (dentro das limitações expostas no capítulo anterior), que se dá através do exercício hermenêutico desempenhado pelo julgador. Da criatividade hermenêutica tratou-se no capítulo anterior.

A pergunta central a que esta pesquisa visa a responder relaciona aquele primeiro processo redutor de complexidade e a chamada Jurisprudência: seria esta, no âmbito do Direito brasileiro, fonte do Direito? À Jurisprudência, no Direito brasileiro, é dotada de criatividade legislativa?

Antes de mais nada, entretanto, cumpre advertir que a palavra Jurisprudência é empregada em sentidos diversos. *Jurisprudencia*, no dizer de Ulpiano, “*est divinarum et humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti*

scientia”(o conhecimento das coisas divinas e humanas, ciência do justo e do injusto), coincidindo com a definição de Ciência do Direito, ou da aplicação do Direito pelos *jurisprudentes*, isto é, os que se ocupavam da ciência do Direito na antiga Roma⁶⁸. Na língua inglesa, o termo *Jurisprudence* é também comumente traduzido como ciência jurídica⁶⁹, da mesma forma que, no alemão, *Jurisprudenz*.

A palavra pode ainda significar o conjunto de sentenças dos Tribunais, no sentido mais amplo possível, abrangendo tanto a jurisprudência uniforme como a contraditória⁷⁰, mas ela é empregada, quando no âmbito da teoria das fontes, geralmente no sentido específico de *conjunto de decisões judiciais uniformemente dirigidas num determinado sentido que, por isso, exercem influência sobre as decisões judiciais posteriores que tenham por objeto fatos semelhantes (rerum perpetuo similiter judicatorum auctoritas)*.

Partindo-se dos aspectos históricos, filosóficos e políticos no bojo dos quais foi forjada a moderna teoria das fontes (capítulo 2, *infra*), é intuitivo que o papel reservado à Jurisprudência como fonte do Direito é, em ordenamentos de tradição romano-germânica, bastante limitado.

⁶⁸ TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **A Jurisprudência como fonte do direito e o Aprimoramento da Magistratura**. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 24, p. 100, 1981.

⁶⁹ *Law Dictionary*, de Maria Chaves de Mello. p. 360.

⁷⁰ MONTORO, André Franco. **Introdução à Ciência do Direito**, São Paulo: RT, 1995. p. 352.

Transcrevem-se a seguir, a título de exemplo do pensamento tradicional as palavras do filósofo francês Henri Lévy-Bruhl, em sua *Sociologia do Direito*:

“No sentido técnico, a jurisprudência designa as decisões emanadas dos órgãos judiciários, isto é, dos tribunais.(...) Mas uma questão surge prontamente: como esses órgãos judiciários podem ser fontes do Direito? Em que consiste, com efeito, a função do juiz senão na aplicação de um direito preexistente? Na maioria das vezes, o problema apresenta-se para ele sob o aspecto de um silogismo. Conhecendo o caso típico sobre o qual o legislador ofereceu sua solução, ele deverá verificar se a espécie que lhe é submetida está ou não em conformidade com esse caso típico e tirar daí as conclusões que se impõem. Porém, aqui se trata, como se vê, de uma questão de aplicação que pode, sem dúvida, ser delicada, mas que permanece encerrada no quadro da lei. A princípio, não se vê como esse trabalho do juiz pode modificar as normas jurídicas existentes, e muito menos acrescentar-lhes algo.”⁷¹

Forçoso é reconhecer, no entanto, que tal forma de pensar corresponde a uma visão do direito que quase já não encontra defensores contemporaneamente.

Já no que diz respeito aos países de *common law*, o papel da Jurisprudência como fonte do Direito assume posição diametralmente oposta, sendo à lei escrita atribuída função meramente subsidiária.

O tema exige, portanto, perscrutar inicialmente as razões das diferenças observáveis nos sistemas jurídicos ditos de *civil law* e *common law*, do que se pretende extrair razões históricas para o típico posicionamento da Jurisprudência, no quadro das fontes do Direito, em países de tradição jurídica como a do Brasil.

⁷¹ **Sociologia do Direito**, São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 65-6.

4.1 *Common Law*⁷² versus *Civil Law*

O Prof. René David, com sua obra sobre “*Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*”⁷³, foi responsável pela principal sistematização dos chamados sistemas ou famílias, dentro dos quais ele agrupou os subsistemas nacionais de acordo as características convergentes neles observadas. Seriam eles o sistema romano-germânico (ou de *civil law*, expressão especialmente usada pelos autores do *common law*), o sistema do *common law*, o sistema próprio aos países então socialistas (menção que hoje adquire valor praticamente apenas histórico) e outros sistemas singulares, cuja mais forte característica é a estreita ligação entre a ordem jurídica e a religião, como o Direito muçulmano, indiano, judaico, Direitos do extremo oriente etc.

É necessário advertir-se, antes de mais nada, que o *common law* não corresponde apenas ao Direito da Inglaterra. Suas características estão presentes em ordenamentos jurídicos que sofreram a influência da colonização inglesa, mas também não se pode dizer que está presente em todos os países de língua inglesa. René David adverte que “*não é o Direito*

⁷² “A” *common law* ou “o” *common law*? A palavra *Law* é um falso cognato: sua tradução não é exatamente “lei”, guardando melhor correspondência com a palavra “direito” (o termo *statute* corresponderia, na língua inglesa, à idéia de “lei”, de norma jurídica escrita, legislada). Optar-se-á, por esta razão, pelo masculino, sem deixar de frisar que muitos tradutores brasileiros preferem adotar o gênero feminino.

⁷³ São Paulo: Martins Fontes, 1993.

dos países de língua inglesa ou de Commonwealth nem o do Reino Unido ou da Grã-Bretanha. Os Direitos de Commonwealth às vezes são próximos do Direito inglês, mas em outros casos, podem ser bastante diferentes. O Direito da Irlanda do Norte e o da Ilha de Man são bastante próximos do Direito inglês, mas o da Escócia é muito diverso, como também o é o das ilhas anglo-normandas.⁷⁴ Guido Fernando Silva Soares chama atenção, ainda, para o fato de que nos Estados Unidos da América, devido à grande autonomia característica dos Estados que compõem a sua federação, o Direito aplicado no Estado da Louisiana pertence à família do civil law⁷⁵.

Outra informação de precedência obrigatória é a de que o termo *common law* pode ser empregado em vários sentidos diversos, embora o que interesse aos fins deste trabalho seja o que se antepõe à expressão *civil law*, denominando os sistemas jurídicos que adotaram as características do Direito da Inglaterra⁷⁶. Dentro dos países que adotam o *common law*, no entanto, podem ser identificados ainda outros sentidos para a expressão (*common law* em oposição a *equity law* ou *common law* tomado em relação a *statute law*), que serão esclarecidos a seguir.

Determinadas circunstâncias históricas determinaram, na Inglaterra, a não absorção dos cânones fundamentais do juspositivismo, nos moldes do

⁷⁴ **O Direito Inglês**, São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. VII.

⁷⁵ **Common Law – Introdução ao Direito dos EUA**. São Paulo: RT, 1999. p. 58.

⁷⁶ Estados Unidos da América (exceto o Estado de Louisiana), Austrália, Nova Zelândia, Canadá (Província de Quebec), Índia, Bangladesh, Paquistão, Quênia, Nigéria, Hong Kong, Guiana, Trinidad e Tobago e Barbados, entre outros.

que ocorreu na Europa ocidental (em especial, na França e, por conseqüência, nos países que dela receberam influência no campo da ciência jurídica), pelo que no ordenamento jurídico inglês não é possível identificar-se algumas daquelas notas relacionadas por Bobbio (capítulo 2, infra) como características do positivismo jurídico, especialmente a predominância da norma legislada dentre as fontes do Direito e a adoção da *teoria da interpretação mecanicista* do Direito, em que ao juiz cabe apenas declarar a norma previamente legislada, negando-se a sua atividade poder criativo.

As origens do distanciamento entre os dois sistemas está na Idade Média. A sociedade medieval era juridicamente pluralista: em virtude da desintegração política que caracterizou este período, aos vários agrupamentos sociais correspondiam também diversos ordenamentos jurídicos próprios, e o Direito tinha sua fonte de produção diretamente na sociedade civil, através do costume.

O monopólio do Direito pelo Estado é fenômeno posterior, simultâneo ao processo de formação do Estado moderno (como já se observou anteriormente) e tem como importante precedente a renovada atenção que se depositou no Direito Romano, especialmente no *Corpus Iuris Civiles* de Justiniano através da escola jurídica de Bologna, no século XI. A validade do Direito Romano era justificada pelos juristas de então através do argumento formal de que o Império Romano teria renascido através do Sacro Império Romano de Carlos Magno, mas, fundamentalmente, por ser ele tido como

verdadeira *ratio scripta*, isto é, um Direito extraído de uma razão jurídica universal e válida atemporalmente. Ao conjunto de regras extraídas do Direito romano, tomado como um Direito natural racional, denominava-se de *jus proprium*, em oposição ao *jus commune* costumeiro e local.

O processo gradativo de independência dos reinos da Europa ocidental fez com que o *jus proprium* paulatinamente prevalecesse sobre o *jus commune*, até sua completa absorção pelos Estados (que tem seu auge nas grandes codificações).

A Inglaterra, todavia, passou por processo histórico *sui generis*. Aquele país sofreu, desde o início, pouca influência do Direito Romano e do movimento de resgate de sua importância empreendido pelos juristas italianos. Por isso, embora nele se observe a coexistência do Direito comum (*common law*, Direito consuetudinário tipicamente anglo-saxônico, de elaboração eminentemente judiciária) e do *statute law* (Direito originado da produção legislativa), diferentemente da Europa continental, na Inglaterra o *common law* assumiu primazia em relação ao *statute law*.

As origens históricas do sistema jurídico do *common law* remontam à ocupação normanda da Inglaterra, quando Guilherme, o Conquistador (mais tarde Guilherme I da Inglaterra), “*proclamaria em 1066 a continuidade dos Direitos anglo-saxônicos que já existiam na ilha, desde antes mesmo da formação do Reino da Inglaterra, em meados do século X, semibárbaros e*

*costumeiros, conquanto impusesse o Direito normando.*⁷⁷ O poderio normando ainda se estendeu, respectivamente nos séculos XII e XIII, sobre a Irlanda e País de Gales, enquanto a Escócia nunca chegou realmente a ser dominada pela Inglaterra – o que parece explicar o fato do sistema jurídico neste último país pertencer à família do *civil law*.⁷⁸

A atividade jurisdicional desenvolveu-se na Inglaterra, sob a dominação normanda, em condições bastante diferentes das observadas no continente, especialmente na França. Enquanto nesta as jurisdições tradicionais e locais mantiveram suas competências diante do domínio real, que se limitou a submetê-las ao seu controle, na Inglaterra novos órgãos judiciais foram instalados (as chamadas *Cortes Reais de Westminster*), inicialmente com competência restrita para decidir questões que envolvessem interesse real. Os órgãos jurisdicionais locais mantiveram-se,

⁷⁷ SOARES, Guido Fernando Silva. **Common Law – Introdução ao direito dos EUA**. São Paulo: RT, 1999. p. 50.

⁷⁸ Parece-nos interessante a menção, de modo a enriquecer as informações quanto ao desenvolvimento político da Grã-Bretanha, às palavras de Guido Fernando Silva Soares: *“Em meados do século XII, os normandos conquistam a ilha da Irlanda, para lá carregando o feudalismo e o cristianismo; posteriormente, é a vez, em meados do Século XIII, da proclamação da overlordship inglesa sobre o País de Gales. Durante o reinado dos Tudors, consolida-se o poder inglês na Irlanda e, após a morte da Rainha Elizabeth I, sem herdeiros, sobe ao trono inglês o Rei Jaime VI da Escócia, que passaria a ser Jaime I da Inglaterra, realizando-se uma união pessoal entre ambos os países. Na verdade, a Escócia nunca chegou a ser dominada pela Inglaterra, o que, talvez, explique o fato deste país estar excluído do rol daqueles que compõem a família da common law; em 1707, proclama-se a união real da Inglaterra e Escócia, formando-se o que se denominou Grã-Bretanha. Quanto à ilha da Irlanda, foi dominada pelos ingleses na sua totalidade até o início do século XX, foi desmembrada em duas partes, em 1921, com a criação do Irish Free State, em 4/5 da ilha, continuando sua parte norte sob a dominação inglesa; posteriormente, o citado Irish Free State passou a denominar-se República da Irlanda, e, com a adoção de uma constituição naquela data, adotou o nome gaélico de Eire, continuando, contudo, com seu sistema jurídico que é a common law. Em consequência, adotou-se a denominação oficial daquele complexo, na atualidade, que é United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, ou seja, o Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte, ou Reino Unido, tout court, cuja sede é Londres e governado por uma Monarquia Parlamentar. O Eire, ou República da Irlanda, é um Estado independente, que adota a common law e onde se fala o irish e o inglês”*(*Idem, Ibidem*, p. 50-1).

portanto, com competência para questões locais, julgando com base em costumes também locais, enquanto as Cortes Reais aplicavam um Direito distinto, que valia para todo o reino – daí, *comune ley*, ou *common law*.

Como as Cortes Reais adotavam regras processuais mais modernas e contavam com maior garantia e eficiência na execução dos seus julgados, elas foram sendo procuradas por um número cada vez maior de pessoas. Visando à ampliação do seu poder, as Cortes Reais, por sua vez, acolhiam paulatinamente as demandas que lhes eram dirigidas, o que determinou, com o tempo, a extensão de sua competência a praticamente qualquer tipo de litígio. Este processo teve como pano de fundo a luta política entre o poder real e o dos senhores feudais e culminou com perda de importância das jurisdições locais e senhoriais, que praticamente deixaram de existir a partir do século XV, quando as Cortes Reais realmente se tornaram jurisdição de Direito comum, aplicável a todas as questões.

Formalmente, no entanto, elas sempre permaneceram uma justiça de exceção e, por isso, todo julgamento submetido às Cortes Reais necessariamente devia ser precedido da demonstração de que ela era competente para apreciação da causa. Daí vem, exatamente, a origem do princípio do Direito inglês – fundamental característica da *common law* – expresso no brocardo "*Remedies precede Rights*": a precedência das normas de Direito Processual sobre as regras de Direito Material, o aspecto eminentemente judicial do Direito anglo-saxão, em que, como esclarece Lenio Luiz Streck, "*os direitos subjetivos foram surgindo de maneira*

*empírica, à medida em que era criada cada ação judiciária (remedy), que garantia determinado interesse.*⁷⁹ O mesmo autor ainda explica que “no moderno Direito de tipo continental europeu, o direito subjetivo é um prius e a ação um posterius (ubi jus, ubi remedium). No Direito do tipo inglês, onde não há ação não há Direito (where there is no remedy, there is no right)”.⁸⁰

René David complementa, no mesmo sentido:

“O Direito romano podia seduzir jurisdições com uma competência geral; nas jurisdições de exceção, como eram as Cortes Reais, não se tinha a mesma liberdade de manobra: era-se obrigado a situar-se no âmbito das normas processuais formalistas existentes. Juízes e advogados só puderam elaborar a common law utilizando os conceitos ligados a estas normas processuais; só se pode ampliar o âmbito estreito dessas normas de precedente em precedente; não foi possível acolher as categorias racionais e os princípios do Direito Romano.

(...)

*É fácil conceber que, nessas condições, o Direito tenha sido considerado, na Inglaterra, sob o prisma processual, ou antes, das diferentes normas processuais que, segundo os casos, ele podia conter. O Direito inglês não continha verdadeiramente regras materiais, mas apenas uma série de técnicas processuais graças às quais resolviam-se os litígios. O Direito romano, em tais circunstâncias, não pode ser utilizado como modelo da mesma maneira que o era no continente.”*⁸¹

O excessivo formalismo do Direito inglês encontrou uma atenuação por volta do século XV, quando se tornou comum as partes dirigirem uma petição diretamente ao rei, clamando por justiça, sempre que seu pleito não era admitido pelas Cortes Reais ou que seu julgamento lhes parecia injusto.

⁷⁹ **Súmulas no direito brasileiro – Eficácia, poder e função.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995. p. 32.

⁸⁰ *Idem Ibidem*, p. 32.

⁸¹ **O Direito Inglês**, São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 6-7.

Estas petições, cada vez mais numerosas, passaram a ser julgadas por um alto funcionário da coroa, o *Chancellor*, espécie de conselheiro real, o “*Keeper of the King’s Conscience*”⁸², que o fazia com fundamento em regras morais e de equidade. Mas tarde foram estabelecidas “regras de equidade” (*rules of equity*), que lastreavam os julgamentos do *Chancellor*, razão pela qual a jurisprudência deles resultante passou a denominar-se *equity law*.

Embora entre 1873 e 1875 uma reforma no sistema judiciário inglês tenha unificado as Cortes de *common law* e a Corte de *equity*, a subdivisão até hoje perdura, marcada por diversidades procedimentais e de matéria. René David informa que “*certos casos, levados a certos juízes, são tratados de acordo com um rito herdado das antigas Cortes de common law, enquanto outros são examinados de acordo com um rito herdado da antiga Corte da Chancelaria. Os juristas familiarizados com um desses ritos não o são com o outro; assim, a distinção fundamental entre os juristas ingleses continua sendo uma distinção entre common lawyers e equity lawyers, fundada numa consideração processual*”.⁸³

A ausência de um parâmetro fixado previamente, em que pudessem se pautar os julgadores ingleses, certamente mostrava-se desfavorável à coerência do sistema. Tal fato ensejou, então, o desenvolvimento da *doutrina do precedente judicial (stare decisis et non quieta movere*⁸⁴), uma das principais características do *common law*. Inicialmente, apenas de efeito

⁸² “Mantenedor da consciência do Rei”.

⁸³ **O Direito Inglês**, São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 11.

⁸⁴ “Mantenha-se a decisão e não se distúrbe o que foi decidido”.

persuasivo (*persuasive precedent*), a partir do século XVII as decisões judiciais passaram a ser vinculativas para os julgamentos posteriores (*binding precedent*), tanto nos casos de *common law* quanto nos de *equity law*. Também contribuíram para isto, segundo Tercio Sampaio Ferraz Jr., “o aperfeiçoamento dos repertórios de casos (*reports*) e o aparecimento de uma hierarquia judiciária mais homogênea”⁸⁵.

Importante saber, no entanto, que na doutrina do *stare decisis* a força vinculativa exercida pelo precedente é limitada por diversas regras. Resumidamente, ainda segundo Tercio Sampaio Ferraz Jr., são elas:

“(...) primeiro, os tribunais inferiores estão obrigados a respeitar as decisões dos superiores, os quais se obrigam por suas próprias decisões; segundo, toda decisão relevante de qualquer tribunal é um argumento forte para que seja levada em consideração pelos juízes; terceiro, o que vincula no precedente é a sua *ratio decidendi*, isto é, o princípio geral de direito que se tem de colocar como premissa para fundar a decisão, podendo o juiz que a invoca interpretá-la conforme sua própria razão [tudo mais contido no julgado – os chamados *dicta*, isto é, meras opiniões ou observações não indispensáveis à decisão – não possui caráter vinculante]; quarto, um precedente (*sua ratio decidendi*) nunca perde sua vigência, ainda que os anos o tenham tornado inaplicável às circunstâncias modernas: ele permanece válido, podendo ser invocado desde que se demonstre a sua utilidade para o caso.”⁸⁶

Outro ponto de divergência entre os sistemas de *civil law* e *common law* é a diferença quanto ao papel reservado ao juiz em cada um deles. O juiz da *common law* goza historicamente de grande respeitabilidade social, tendo sido sempre considerado como algo mais do que um funcionário do

⁸⁵ **Introdução ao Estudo do direito – Técnica, Decisão e Dominação.** São Paulo: Atlas, 1995. p. 243.

⁸⁶ *Idem, Ibidem*, p. 243-4.

Estado. Nos diversos países da *common law* eles, em geral, não compõem uma carreira funcional, como nos países de *civil law*, mas exercem um mandato para o qual são investidos (de regra, temporariamente), seja por escolha dos parlamentos entre os melhores advogados, seja através de eleição direta. Em geral o cargo é ocupado por pessoas que já atingiram a idade madura, preenchendo uma posição que lhes confere grande prestígio.

Importante também a menção ao fato de que, na Inglaterra, nunca se chegou a ter um verdadeiro despotismo monárquico, para o que função soberana exercida pelo Parlamento inglês foi determinante. A exigência de submissão do poder executivo e legislativo ao Direito, traduzido na observância do que por lá se denomina “*rule of law*”, teve importante papel no fortalecimento do *common law*, e na força adquirida pelas decisões dos tribunais, cuja posição também se mostrava independente do rei e do parlamento⁸⁷.

A posição histórica ocupada pelo juiz no *civil law* também constitui razão para a caracterização deste sistema nos seus específicos moldes. É imprescindível a lembrança, para isto demonstrar, que à formação dos Estados modernos na Europa continental não correspondeu a criação de novos órgãos para o exercício da função jurisdicional. Foram mantidas, de uma maneira geral, as estruturas medievais, em que exerciam a função de julgar aqueles investidos em cargos nobiliárquicos, estabelecendo-se uma

⁸⁷ Conforme MACCORMICK, D. Neil, *Estado de derecho y rule of law*. In: THESING, Josef (Org.). Estado de Derecho y Democracia. Buenos Aires: CIEDLA, p. 101-117, 1997.

estreita ligação entre a nobreza e o judiciário e, por consequência, entre este e os valores e práticas próprias ao Antigo Regime.

Por consequência, os teóricos do Estado Moderno, do iluminismo racionalista e do juspositivismo sempre se mantiveram em posição de franca desconfiança para com os juízes (e para com tudo o que mantivesse uma relação com Antigo Regime e com a monarquia despótica), tolhendo-lhe os poderes tanto quanto possível, em prol dos cânones fundamentais da supremacia irrestrita da lei e da separação dos poderes do Estado. Disso é resultado a vedação a qualquer espaço para a criatividade na atividade jurisdicional.⁸⁸ Ao juiz reservava-se o papel, segundo Montesquieu, da *“boca que pronuncia as sentenças da lei, seres inanimados que não podem moderar nem sua força, nem seu rigor”*⁸⁹. A Constituição Francesa de 1791 chegava a dispor, no seu art. 3º, corroborando estas idéias, que *“os tribunais não podem imiscuir-se no exercício do Poder Legislativo ou suspender a execução de leis, nem intrometer-se nas funções administrativas ou citar perante eles os administradores por motivo das suas funções.”*

A título de arremate deste título, não se deve passar ao largo de um alerta importante: *“não é permitido, em Direito Comparado, estabelecerem-se juízos de valor quanto a este ou aquele sistema, uma vez que ambos são criaturas da cultura e da civilização e plenamente cumprem com as funções*

⁸⁸ Na França o rigor deste pensamento chegou ao ponto de justificar a insubmissão do Estado ao Poder Judiciário, cabendo ao Conselho de Estado, órgão pertencente à estrutura administrativa do Poder Executivo, a competência para o julgamento de questões em que seja parte o Estado.

⁸⁹ MONTESQUIEU. **Do Espírito das Leis**. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1962. v. 1, p. 187.

*para as quais o engenho humano os criou*⁹⁰. Assim, os diferentes papéis desempenhados pela Jurisprudência nos sistemas de *civil law* e *common law* não comportam um juízo de valor abstrato e comparativo. A importância e significado destes diferentes papéis somente podem ser objeto de análise inseridos nas circunstâncias históricas que lhes serviram de justificativa.

⁹⁰ SOARES, Guido Fernando Silva. **Common Law - Introdução ao direito dos EUA**. São Paulo: RT, 1999. p. 57.

4.2 A jurisprudência como fonte do Direito nos sistemas jurídicos romano-germânicos.

As decisões judiciais reiteradas em um determinado sentido – a chamada Jurisprudência ou, ainda, os “precedentes jurisprudenciais” – podem, nos países de tradição romanística, servir de fundamento, por si sós e vinculativamente, para uma outra decisão judicial? Pode a Jurisprudência determinar ao julgador a escolha de uma entre as várias opções que a hermenêutica lhe oferece, servindo de justificativa (autônoma) para sua decisão?

A Doutrina romanística mais tradicional nega, de uma forma geral, a função de fonte do Direito à Jurisprudência. A Jurisprudência é de regra por eles citada ao lado das demais fontes muito mais para que se possa apresentar o tema sob um enfoque universal – isto é, incluindo os sistemas organizados sob o *common law*, em que se reconhece efetivamente à Jurisprudência a categoria de fonte do Direito. Representativas desta forma de pensar são as palavras de Henry Lévy-Bruhl:

“Que dizer da jurisprudência em nossos dias, em nossas sociedades modernas, notadamente no Direito francês, que se pode considerar como o tipo mesmo do Direito regido pela lei? À primeira vista, como foi dito, não parece que o juiz tenha alguma possibilidade de criar a menor norma de Direito; sua missão consiste em aplicar a lei: um ponto, eis tudo. Nessa perspectiva, a jurisprudência não poderia ser uma fonte do Direito.”⁹¹

⁹¹ **Sociologia do direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 68.

Menos ortodoxa, outra parte da Doutrina afirma não ser a Jurisprudência uma fonte do Direito no sentido estrito. Partem, para isso, de duas premissas: a) da compreensão estrita de fonte do Direito, como aquela posta abstratamente, obrigando a todos e, especialmente, passível de ser mencionada pelo Estado-juiz, no momento de sua decisão, como argumento originário para imposição coativa de uma determinada conduta a alguém; b) os sistemas romano-germânicos não contemplam regra expressa que conceda às decisões dos tribunais efeito vinculante sobre as decisões posteriores.

Efetivamente, do raciocínio assim posto não poderia resultar outra conclusão. É o que pensa, por exemplo, Tercio Sampaio Ferraz Jr., que, imediatamente após afirmar não se poder reconhecer (no ordenamento jurídico brasileiro) precedentes no sentido do sistema anglo-saxônico, conclui que, *“em suma, a jurisprudência, no sistema romanístico, é, sem dúvida, ‘fonte’ interpretativa da lei, mas não chega a ser fonte do Direito”*⁹².

Partindo-se do fundamental papel atribuído à lei, nos países de *civil law*, justificado em todo um conjunto de razões históricas, políticas e filosóficas já demonstradas nos capítulos anteriores, é natural e rigorosamente lógica a conclusão acima.

Carece de atenção, no entanto, o fato de que, em ordenamentos jurídicos de tradição romanística, é possível identificar vários mecanismos

⁹² **Introdução ao Estudo do direito – Técnica, Decisão, Dominação.** São Paulo: Atlas, 1995. p. 246.

que infirmam aquela primeira premissa apontada acima: existem diversos institutos nos sistemas jurídicos de *civil law*, e eles vêm se fortalecendo em número e extensão nos últimos tempos, que atribuem à jurisprudência caráter de fonte do Direito no sentido estrito, isto é, concedem-lhe o efeito de vincular o Estado-juiz nas suas decisões posteriores sobre os mesmos fatos.

Através do Direito Comparado, Edilson Pereira Nobre Jr.⁹³ aponta exemplos do que se quer dizer, lançando novas luzes sobre a questão da função da jurisprudência nos sistemas de *civil law*. Para isso, cita trabalho de Roberta Calvano⁹⁴, ambientado na ordem jurídica italiana depois da Constituição de 1947, em que a autora salienta que “o *stare decisis*, outrora tido pelos comentaristas como uma peculiaridade intrínseca ao sistema inglês, é encontradiço, nos seus traços gerais, como prática difundida em todo o continente europeu, a partir do século XVI”.⁹⁵

Mauro Cappelletti também acentua que, nos últimos anos, ocorreu efetivamente forte movimento de recíproco avizinhamiento entre as duas famílias jurídicas, cujos efeitos manifestam-se tanto sobre o plano do ordenamento judiciário quanto do Direito jurisprudencial⁹⁶. Na mesma linha, ainda continua:

“(...) bastará lembrar aqui a criação, no último pós-guerra, de tribunais constitucionais na Áustria, Alemanha e Itália e ultimamente também na Espanha, assim como em vários

⁹³ **O Direito Processual Brasileiro e o Efeito Vinculante das Decisões dos Tribunais Superiores.** *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 785, p. 46-72, 2001.

⁹⁴ **Lo stare decisis nella più recente giurisprudenza della corte costituzionale.** *Giurisprudenza costituzionale*, Milano: CEDAM, ^a XLI, n.2, p. 1.280, marzo/aprile 1996.

⁹⁵ **O Direito Processual Brasileiro e o Efeito Vinculante das Decisões dos Tribunais Superiores.** *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 785, p. 53, 2001.

⁹⁶ **Juizes Legisladores?**, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993. p. 124.

outros países da área do 'civil law'. Nem mesmo a França, nada obstante o espectro multissecular do 'gouvernement des juges', permaneceu completamente imune a tais evoluções, em expansão como mancha de óleo sobre o continente europeu. (...) Criaram, assim, novos tribunais constitucionais, cujas características são profundamente diversas das tradicionais cortes superiores das nações de civil law. Cuida-se, efetivamente, de órgãos que, por sua mais compacta estrutura e organização, pela nomeação 'política' dos juízes, em sua maior parte não 'de carreira', e pelo âmbito mais concentrado da sua competência, assemelham-se muito mais que as tradicionais cortes supremas de civil law às cortes supremas dos países de common law, especialmente dos que conhecem um sistema de controle judiciário das leis"⁹⁷.

Não se pode afirmar, portanto, tão rigorosamente como antes, que a Jurisprudência, nos países de *civil law*, nunca assume papel vinculante para os futuros julgados, servindo de parâmetro abstrato a que devem se subordinar juízes, o Estado e os particulares.

Embora não se trate de regra geral, mas características atribuídas a determinados órgãos do poder judiciário, são vários os exemplos, no Direito europeu continental, de órgãos judiciais a cujas decisões é atribuído o caráter de verdadeira fonte do Direito, no sentido estrito.

Na Alemanha, a Lei Fundamental de Bonn atribui expressamente eficácia *erga omnes* aos julgados do Tribunal Constitucional, nos casos especificados em lei federal (art. 94, §2º). Da mesma forma, a lei orgânica da Corte Constitucional de 1951 atribui força de lei “*as decisões proferidas nos processos de controle abstrato e concreto, nos processos destinados a verificar se determinada regra de Direito Internacional Público é parte integrante do Direito federal, nos processos sobre a subsistência de Direito*

⁹⁷ *Idem, Ibidem*, p. 125-6.

*preconstitucional como Direito federal, bem como nos processos de recurso constitucional (Verfassungsbeschwerde), quando se declara a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma lei*⁹⁸, vinculando a União e os Estados, todos tribunais e os órgãos administrativos.

Na Itália, segundo Livio Paladin, a Constituição de 1947 atribuiu às *sentenze di accoglimento* (declaratórias do vício de ilegitimidade de dispositivos legais frente à Constituição) da Corte Constitucional eficácia *erga omnes*, “*produzindo, por isso, no ato de verificação de qualquer motivo de invalidade, um particular efeito constitutivo, de tal modo a impedir toda aplicação ulterior da respectiva norma, inclusive no âmbito das controvérsias que tenham tido origem na própria Corte*”⁹⁹. Desde 1924, ainda, a Corte de Cassação Italiana publica suas *massime consolidate*, espécie de súmula das teses adotadas reiterada e uniformemente, mas que são vinculantes apenas para a própria Corte. De qualquer forma, mesmo podendo os órgãos jurisdicionais ordinários julgar contrariamente à *massima*, “*tal dissidência tem remota ou mesmo nenhuma chance de sucesso, porque a Corte de Cassação, ao conhecer a espécie em via recursal, tenderá, naturalmente, a prestigiar a tese por ela mesma assentada.*”¹⁰⁰

Também as decisões do Tribunal Constitucional espanhol têm força de precedente vinculativo, tanto em relação aos seus próprios julgados,

⁹⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Súmulas no direito brasileiro – Eficácia, poder e função**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995. p. 182.

⁹⁹ ***Diritto costituzionale***. 3 ed. Padova: CEDAM, p. 769, 1998, *apud* NOBRE Jr., Edilson Pereira. **O Direito Processual Brasileiro e o Efeito Vinculante das Decisões dos Tribunais Superiores**, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 785, p. 53, 2001.

¹⁰⁰ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência Jurisprudencial e Súmula Vinculante**. São Paulo: RT, 1999. p. 197.

quanto sobre os demais órgãos do poder judiciário da Espanha; a *Ley de Enjuiciamiento Civil* de 1878, modificada pela Lei n. 34, de 06.08.1984, prevê um recurso de cassação, argüível perante o Tribunal Supremo, “*quando houver infração às normas do ordenamento jurídico, ou à jurisprudência*”¹⁰¹. O art. 164, I da Constituição espanhola dispõe, no mesmo sentido, que “*as sentenças que declarem a inconstitucionalidade de uma lei ou de uma norma com força de lei e todas as que não se limitem à apreciação subjetiva de um Direito revestem-se de plena eficácia geral.*”

Pode-se ainda citar a Constituição Austríaca de 1929, que afirma que a declaração de inconstitucionalidade pela Corte vincula todos os tribunais e autoridades administrativas, a Constituição Mexicana, que prevê no seu art. 107, XIII o *proceso de amparo*, espécie de uniformização da jurisprudência da Suprema Corte, vinculante para os outros tribunais, e, mais perto de nós, a Constituição Argentina de 1949, que, segundo Nelson de Souza Sampaio, “*abraçou também o princípio do stare decisis em um dos preceitos do seu art. 95: ‘A interpretação que a Corte Suprema de Justiça faça dos artigos da Constituição por Recurso Extraordinário, e dos códigos e leis por recurso de cassação, será aplicada obrigatoriamente pelos juízes e tribunais nacionais.*”¹⁰²

¹⁰¹ NOBRE Jr., Edilson Pereira. **O Direito Processual Brasileiro e o Efeito Vinculante das Decisões dos Tribunais Superiores**, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 785, p. 56, 2001.

¹⁰² **O Supremo Tribunal Federal e a nova fisionomia do Poder Judiciário**. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 75, p. 13, 1985.

Mesmo na França, onde razões históricas já dantes apontadas justificaram um espaço mais reduzido para o Poder Judiciário, pode-se atribuir às decisões de sua *Cour de Cassation* efeito que excede ao comumente identificado nas decisões judiciais nos países de *civil law*. Sobre ela são as palavras de Rodolfo de Camargo Mancuso:

“(...) a Cassação francesa experimentou mais de uma fase ou sistema, tanto em sua concepção enquanto Tribunal de cúpula na hierarquia judiciária como também na natureza de sua atuação, podendo-se dizer que a partir de uma lei de 01.04.1837 ficaram definidas suas funções primordiais: por um lado, guardar a inteireza positiva dos textos legais e, de outro, preservar o padrão hermenêutico acerca dos textos controvertidos, tudo em modo vinculativo para as instâncias judiciárias recorridas. Conforme aduz Alfredo Buzaid, reportando-se a Gabriel Marty, inclui-se também nas atribuições da Corte, ‘cassar o aresto do juízo inferior que viola a lei, ainda que não esteja em jogo a unidade da jurisprudência’”¹⁰³

Mas de todos os exemplos do Direito Comparado, por certo é o do Direito português aquele de maior interesse para o estudo do Direito brasileiro, que dele é herdeiro direto.

Por volta do século XV – após ter vivido, desde o ano 200 a.C., sob domínio romano, de povos nórdicos, do Império Visigótico e sob o julgo árabe – o Direito de Portugal era o resultado da interação entre o Código

¹⁰³ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência Jurisprudencial e Súmula Vinculante**. São Paulo: RT, 1999. p. 204. O mesmo autor ainda observa (*Idem, Ibidem*) a semelhança entre o dispositivo do direito francês a o instituto previsto no art. 98, §3º do Substitutivo à proposta de EC n. 96/92, oferecido pelo Dep. Jairo Carneiro, que dispunha: “Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula vinculante aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação para o Tribunal que a houver editado, o qual, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada e determinará que outra seja proferida com, ou sem, a aplicação da súmula, conforme o caso.”

Visigótico (o chamado *Fuero Juzgo*), o Direito foraleiro (das cartas de foro, ou cartas d'El Rey), do Direito canônico e dos costumes. Já neste período é possível identificar um instituto com finalidade de uniformização de jurisprudência, as chamadas *fazañas y albedrios* ou, simplesmente, *façanhas*. Também previsto no Direito espanhol, a *façanha* era, segundo Alfredo Buzaid, “*juízo ou assento que se tomava sobre algum feito notável e duvidoso que por autoridade de quem o fez e dos que o aprovaram, fica servindo como de aresto para se imitar, quando outra vez acontecesse*”.¹⁰⁴.

Em 1446 foram promulgadas as primeiras Ordenações (Afonsinas, pois sob o reinado de Afonso V), e em 1521 as Ordenações Manuelinas, em cujo livro V, título 58, §1º se lia:

“E assim havemos por bem que, quando os Desembargadores que forem no despacho de algum feito, todos ou alguns deles tiverem alguma dúvida em alguma Nossa Ordenação do entendimento dela vão com a dita dúvida ao Regedor, o qual na Mesa Grande com os Desembargadores que lhe bem parecer a determinará e segundo o que aí for determinado se porá a sentença. E se na dita Mesa forem isso mesmo em dúvida, que ao Regedor pareça que é bom de no-lo fazer saber, para a nos logo determinarmos, no-lo fará saber, para nos nisso provermos. E os que em outra maneira interpretarem nossa Ordenação ou derem sentença em algum feito, tendo algum deles dúvida no entendimento da dita Ordenação, sem irem ao Regedor, como dito é, serão suspensos até nossa mercê. E a determinação que sobre o entendimento da dita Ordenação se tomar, mandará o Regedor escrever no livrinho, para depois não vir em dúvida.”

¹⁰⁴ **Da Uniformização da Jurisprudência**, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, vol. LVIII, p. 134, e nota de rodapé 2, citando bibliografia, 198, *apud* MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência Jurisprudencial e Súmula Vinculante**. São Paulo: RT, 1999. p. 179.

O citado “livrinho” corresponderia, sob a vigência das Ordenações Filipinas (1603) ao chamado *Livro Verde*, *Livro dos Assentos* ou *Livro da Relação*, onde eram compilados os assentos da Casa da Suplicação. Os *Assentos da Casa da Suplicação* substituíram as antigas fações e representavam, mais do que um método de uniformização da jurisprudência, um legítimo antepassado das súmulas vinculantes que hoje se quer criar no Direito brasileiro.

A reiteração de julgados no mesmo sentido (“*sendo as sentenças da Relação muitas e conformes, induzem estilo*”) sugeria às Casas da Suplicação e às Casas do Porto (tribunais do Poder Judiciário português) a emissão de um assento. Através dos assentos aquelas casas não julgavam um caso concreto, mas estabeleciam o entendimento da lei, quando a seu respeito ocorriam divergências nas sentenças judiciais¹⁰⁵, com eficácia obrigatória extra-autos e *erga omnes*.

Em 1769, o §4º da Lei da Boa Razão manteve a função dos assentos no Direito português: “(...) os assentos já estabelecidos, que tenho [El Rey] determinado que sejam publicados e os que se estabelecerem daqui em diante sobre as interpretações das leis, constituam leis inalteráveis para sempre se observarem como tais, debaixo das penas estabelecidas”. A mesma lei ainda retirou das Relações do Porto, do Rio de Janeiro e da Bahia a competência para editar os assentos, que retornou à do Rio de Janeiro, em 1808, com a vinda da família real para o Brasil.

¹⁰⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Súmulas no direito brasileiro – Eficácia, poder e função**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995. p. 100.

O Direito português hoje vigente segue mantendo os assentos obrigatórios. Eles estavam previstos tanto no art. 768, n. 3 do Código de Processo Civil de 1939 (com a redação do Dec. n. 29.637, de 28.05.1939) quanto no art. 728, n. 3 do Código de Processo Civil editado pelo Dec.-lei n. 47.690, de 11.05.1967. O próprio Código Civil português expressamente arrola, no seu art. 2º, os assentos entre as demais fontes do Direito: *“Nos casos declarados na lei, podem os tribunais fixar, por meio de assentos, doutrina com força obrigatória geral”*.¹⁰⁶

Da leitura do art. 281¹⁰⁷ e 282 da Constituição Portuguesa também se pode concluir que as sentenças declarativas de inconstitucionalidade proferidas pelo Tribunal Constitucional, quando no exercício do controle abstrato da constitucionalidade das leis, têm caráter normativo *erga omnes*, vinculando inclusive o legislador, *“que não pode reeditar normas julgadas inconstitucionais, ou neutralizar a decisão, através da convalidação retroativa, por lei ou ato equivalente a esta, de comportamentos administrativos perpetrados com base nas invalidadas, salvo se lei constitucional (lei de revisão) venha a respaldar a disciplina jurídica anteriormente tida por inviável”*¹⁰⁸.

¹⁰⁶ O art. 119.º da vigente Constituição Portuguesa, que cuida da *“Publicidade dos actos”*, exige a publicação no jornal oficial (*Diário da República*), das *“decisões do Tribunal Constitucional, bem como as dos outros tribunais a que a lei confira força obrigatória geral”* (alínea g).

¹⁰⁷ *“Art. 271.º . 3. O Tribunal Constitucional aprecia e declara ainda, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade ou a ilegalidade de qualquer norma, desde que tenha sido por ele julgada inconstitucional ou ilegal em três casos concretos.”*

¹⁰⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1992. p. 1.079.

Demonstrar-se-á, a seguir, como o Direito brasileiro absorveu estas características do Direito luso.

4.3 A jurisprudência como fonte do Direito no Brasil

O sistema jurídico brasileiro, formado nos moldes herdados do Direito continental europeu, guarda-lhe as características forjadas, como já visto anteriormente, na ambiência histórica, política e sócio-econômica que resultaram no juspositivismo. Grandemente influenciado por França e, como não deveria deixar de ser, por Portugal, o Direito brasileiro figura entre os sistemas que René David relacionou dentro da *família* romano-germânica.

Entre as principais notas que distinguem os sistemas de *civil law* dos de *common law* está a idéia, naqueles, da supremacia irrestrita da lei. O princípio da supremacia da lei sempre esteve presente na história constitucional brasileira. A fórmula “*nenhum Cidadão pode ser obrigado a fazer, ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude da Lei*”, constante do art. 179, I da Constituição Imperial, foi repetida, sem grandes mudanças, nos art. 72, §1º da Constituição de 1981, no art. 113, alínea 2ª da Constituição de 1934, Art. 141, §2º da Constituição de 1946, art. 150, § 2º da Constituição de 1967, art. 153, § 2º da Emenda n. 1 de 1969 e, finalmente, no art. 5º, II da Constituição vigente. Apenas a Constituição outorgada de 1937 silenciou sobre o tema.

Nos sistemas romanísticos, à idéia de supremacia legal – tomando-se a expressão *lei* como produto da atividade legiferante dos Parlamentos –, soma-se o princípio da completude do ordenamento, do que resulta a

necessidade de previsão de mecanismos para a colmatação das lacunas deixadas pela lei, derivadas da impossibilidade fática do legislador prever e dispor sobre todos as possíveis condutas humanas e fatos da vida. Em razão disso, a lei, mesmo nestes sistemas, autoriza a aplicação de normas extralegis no caso de lacunas. Esta autorização contudo, sob a ótica positivista, deve estar prevista expressamente na lei e será sempre subsidiária a ela. No Direito brasileiro, a regra está presente no art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil (*“quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”*), que não faz menção à *Jurisprudência*.

Ainda outras normas legais do Direito brasileiro cuidam de critérios para integração do ordenamento, mas também nelas o legislador deixou de relacionar a *Jurisprudência*: arts. 126 e 335 do Código de Processo Civil, art. 291 do Código Comercial, e o art. 100 do Código Tributário Nacional, art. 2º da Lei n. 9.037/1996 (que dispõe sobre a arbitragem).

A única exceção é encontrada no art. 8º da CLT:

“As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do Direito do Trabalho, e ainda, de acordo com os usos e costumes, o Direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.”

À primeira vista (e, como se verá a seguir, *tão-só* à primeira vista), portanto, o papel ocupado pela *Jurisprudência*, no sistema jurídico brasileiro, parece ser bastante reduzido. As regras acima expostas fazem concluir que

seria impossível extrair regras de conduta impositivas dos comandos jurisprudenciais. É o que pensa, por exemplo, Tomás Pará Filho, com apoio em Vicente Ráo:

*“A doutrina geralmente aceita por mais lógica, é a seguinte: dentro da ordem jurídica contemporânea, a lei surge como fonte direta e imediata do Direito, seguindo-se-lhe, tão-somente, com caráter mediato e indireto, o costume, embora certas legislações também admitam como fontes os princípios gerais de direito. Além dessas, nenhuma outra fonte pode admitir-se, nem mesmo com caráter supletivo. A equidade se exclui, porque não é Direito, e, sim, um atributo do Direito. E também se exclui a jurisprudência, isto é, a *autoritas rerum similiter judicatarum*, porque, por maior que seja a influência dos precedentes judiciais, jamais eles adquirem o valor de uma norma obrigatória e universal, podendo, quando muito, propiciar reformas ou inovação legislativas, como também pode fazer a ciência jurídica”.*¹⁰⁹

Uma pesquisa mais cuidadosa na história legislativa do país, bem como do Direito vigente, no entanto, não parece levar exatamente à conclusão exposta no parágrafo anterior. É possível identificar, ao longo dos tempos, várias normas jurídicas que tratam da Jurisprudência, seja instituindo mecanismos para sua uniformização – de modo a facilitar o seu reconhecimento e aplicação pelos Tribunais –, seja, até mesmo, atribuindo-lhe força vinculante, tal qual a da lei. É o que se tentará demonstrar a seguir.

¹⁰⁹ **A chamada “uniformização da jurisprudência”.** *Revista de Processo*, São Paulo, n. 1, p. 72, 1976.

4.3.1 Retrospectiva histórica do papel atribuído à jurisprudência pelo sistema jurídico brasileiro

O Direito vigente no Brasil-colônia era o de Portugal. As regras jurídicas contidas nas Ordenações Alfonsinas (até 1521), Manuelinas (até 1603) e Filipinas aqui se aplicavam. Valiam, portanto, as disposições acerca dos *Assentos*, que puderam ser editados também pelas Relações da Bahia e Rio de Janeiro até 1769, quando a Lei da Boa Razão restringiu esta competência à Casa da Suplicação portuguesa, e, a partir de 1808, com a fuga da família real para o Brasil, novamente pela Relação do Rio de Janeiro.

Mesmo após a independência, em 1822, o Direito brasileiro continuou admitindo que assentos emitidos pelo Poder Judiciário tivessem força de lei, já que foram recepcionados por um Decreto de 20.10.1823 e, mesmo após a Constituição Imperial, pelo Decreto Legislativo n. 2.684, de 23.10.1874 – que manteve a força de lei para os assentos, conferiu ao Supremo Tribunal de Justiça (órgão de cúpula do poder judiciário imperial, previsto no art. 163 da Constituição de 1824) autorização para emití-los e aplicá-los, dispondo que eles seriam *“obrigatórios provisoriamente, até que derogados pelo Poder Legislativo”* (art. 2º). O Dec. n. 6.142, de 10.03.1876 ainda disciplinou *“o modo por que devem ser tomados os assentos do Supremo Tribunal de Justiça”*.

Também tratou dos assentos, bem mais tarde, a chamada Consolidação Ribas (Consolidação das Leis do Processo Civil, elaborada pelo Conselheiro Antônio Joaquim Ribas vigente a partir de 1876), em cujo art. 156 se atribuía ao Tribunal de Justiça a competência de: *“Tomar assentos para a inteligência das leis civis, comerciais e criminais, quando na execução delas ocorrerem dúvidas manifestadas por julgamentos divergentes havidos no mesmo Tribunal, Relações e Juízes de primeira instância nas causas que cabem na sua alçada; procedendo-se na forma dos Decs. 2.684, de 23.10.1875 e 6.142, de 10.03.1876”*.

A Constituição republicana de 1891 não recepciona o instituto dos assentos. No seu art. 59, §2º, entretanto, fazia menção expressa à Jurisprudência como auxiliar interpretativo: *“§2º Nos casos em que houver de aplicar leis dos Estados, a justiça federal consultará a jurisprudencia dos tribunaes locaes, e vice-versa, as justiças dos Estados consultarão a jurisprudencia dos Tribunaes Federaes, quando houverem de interpretar leis da União”*. Este critério foi mantido pela Reforma Constitucional de 1926, no art. 60, §2º, que ao lado dele criou o Recurso Extraordinário fundado em divergência jurisprudencial entre os tribunais estaduais (mantido, desde então, por todas as Constituições seguintes, inclusive pelo art. 105, III, c da Constituição de 1988, sob a denominação de Recurso Especial).

A Constituição de 1891 também atribuiu competência aos Estados para legislarem sobre processo. Com base nela, o Distrito Federal, através do Dec. n. 16.273, de 20.12.1923, instituiu a figura do *prejulgado*, método de

uniformização de jurisprudência copiado por alguns Estados, pela Lei Federal 319, de 25.11.1936 e, mais tarde, pelo próprio Código de Processo Civil de 1939, como se verá a seguir. A Lei distrital de 1923 também já previa o recurso de revista, outro instituto voltado à uniformização da Jurisprudência que viria a ser absorvido pelo CPC de 1939.

Não se deve deixar de mencionar, ainda, o Decreto n. 23.055, de 09.08.1933, que tratou dos efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal e criou *“um curioso incidente, de caráter híbrido, assim postado entre o reexame necessário e a advocatória”*¹¹⁰. Observe-se o texto do art. 1º do referido decreto, e a força vinculante que ele atribuía à Jurisprudência firmada pelo STF:

“Art. 1º As justiças dos Estados, do Distrito Federal e do Território do Acre devem interpretar as leis da União de acordo com a jurisprudência do STF.

§1º Sempre que os julgamentos das mesmas justiças se fundarem em disposições ou princípio constitucional, ou decidirem contrariamente a leis federais, ou a decretos ou atos do Governo da União, o presidente do Tribunal ou da Câmara respectiva, a quem couber, recorrerá ex officio para o STF, como efeito suspensivo, dentro do prazo de três dias contados da publicação do respectivo acórdão”.

O Código de Processo Civil de 1939 trouxe em seu texto três institutos que tinham por objeto a uniformização da Jurisprudência: o *prejulgado*, no seu art. 861 (*“A requerimento de qualquer de seus juízes, a Câmara ou turma julgadora poderá promover o pronunciamento prévio da Corte Plena sobre matéria de que dependa a decisão de algum feito, ou*

¹¹⁰ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência Jurisprudencial e Súmula Vinculante**. São Paulo: RT, 1999. p. 185.

envolvida nessa decisão, desde que reconheça que sobre ela ocorre, ou pode ocorrer, divergência de decisões, ou de jurisprudência, entre Câmaras ou turmas”), o recurso de revista, disciplinado nos seus artigos 853 a 860, e o recurso extraordinário fundamentado em divergência jurisprudencial, tratado pelos seus arts. 863 a 869 (que, em verdade, regulamentavam o art. 101, III, “d” da Constituição Federal de 1937).

O prejudgado correspondia ao pronunciamento prévio do tribunal sobre a interpretação de norma jurídica, admissível sempre que ocorresse, ou simplesmente se apresentasse a possibilidade de ocorrer, decisões conflitantes. Moacyr Amaral Santos esclarece as características que distinguem o prejudgado do recurso de revista:

“Tem o prejudgado acentuada analogia com a revista. Como esta, tem por finalidade um pronunciamento das Câmaras Cíveis reunidas sobre a interpretação do Direito em tese, em face da divergência jurisprudencial quanto à inteligência de uma norma jurídica. Ambos têm por finalidade precípua a uniformização da jurisprudência. Ambos os institutos conferem às Câmaras Cíveis reunidas competência para dar a interpretação da norma a se observar na espécie. Mas a revista é um recurso contra uma decisão, interposto pelo prejudicado. A decisão na revista é posterior à verificação da divergência jurisprudencial. Diversamente, pelo prejudgado não se impugna uma decisão, que ainda não foi proferida, mas está sendo proferida. Promovem-nos os próprios juízes da Câmara ou Turma julgador no curso do julgamento de um feito. A decisão no prejudgado é prévia à decisão a ser proferida pelos juízes que o promoveram”.¹¹¹

O Código de Processo Civil vigente não manteve as figuras do prejudgado e do recurso de revistas, mas este último continua fazendo parte

¹¹¹ **Primeiras linhas de direito processual civil.** São Paulo: Max Limonad, 1969. v. 3, p. 187-188.

dos recursos cabíveis no âmbito do processo trabalhista, na forma do disposto no art. 896 e seguintes da CLT.

Também o prejudgado foi absorvido pelo Direito Processual do Trabalho, mas nele assumiu conotação muito mais expressiva: o art. 902 da CLT estabelecia que os juízes e demais órgãos da Justiça do Trabalho ficavam *obrigatoriamente* vinculados à interpretação posta pelo TST. O prejudgado trabalhista tinha, portanto, efeito de norma geral, pelo que acabou sendo duramente criticado pela Doutrina, até ser reconhecido como inconstitucional pelo STF e revogado pela Lei n. 7.033, de 05.10.1982 (manteve-se em vigor por um longo período, no entanto, já que a CLT data de 1943).

O anteprojeto do Código de Processo Civil vigente, formulado pelo Prof. Alfredo Buzaid (e por ele apresentado em 08.01.1964), representou ainda uma tentativa de atribuir à Jurisprudência papel de maior relevância no rol das fontes do Direito brasileiro. Ele ressuscitava, nos arts. 518 a 520 da proposta original, os assentos obrigatórios do Direito português, estabelecendo que as decisões tomadas por maioria absoluta no STF e nos Tribunais de Justiça estaduais seriam obrigatórias nos respectivos âmbitos, enquanto não fossem alteradas através do mesmo expediente. Previa-se ali, ainda, que o assento teria força de lei após 45 dias de sua publicação no órgão oficial. A proposta de Buzaid foi rechaçada por boa parte da Doutrina, que a considerou inconstitucional, e acabou sendo substituída pelo Incidente

de Uniformização de Jurisprudência que hoje é tratado pelos arts. 476 a 479 do CPC vigente:

“Art. 476. Compete a qualquer juiz, ao dar o voto na turma, câmara, ou grupo de câmaras, solicitar o pronunciamento prévio do tribunal acerca da interpretação do Direito quando:

I – verificar que, a seu respeito, ocorre divergência;

II – no julgamento recorrido a interpretação for diversa da que lhe haja dado outra turma, câmara, grupo de câmaras ou câmaras cíveis reunidas.

Parágrafo único. A parte poderá ao arrazoar o recurso ou em petição avulsa, requerer, fundamentadamente, que o julgamento obedeça ao disposto neste artigo.

Art. 477. Reconhecida a divergência, será lavrado o acórdão, indo os autos ao presidente do tribunal para designar a sessão de julgamento. A secretaria distribuirá a todos os juízes cópia do acórdão.

Art. 478. O tribunal, reconhecendo a divergência, dará a interpretação a ser observada, cabendo a cada juiz emitir o seu voto em exposição fundamentada.

Parágrafo único. Em qualquer caso, será ouvido o chefe do Ministério Público que funciona perante o tribunal.

Art. 479. O julgamento, tomado pelo voto da maioria absoluta dos membros que integram o tribunal, será objeto de súmula e constituirá precedente na uniformização da jurisprudência.

Parágrafo único. Os regimentos internos disporão sobre a publicação no órgão oficial das súmulas de jurisprudência dominante.”

Os dispositivos acima transcritos inspiraram-se – especialmente o art. 479, que introduz as súmulas no âmbito geral do Direito Processual Civil brasileiro – no Regimento Interno do STF, mais precisamente na redação determinada, em 1963, por emenda regimental idealizada pelo Ministro Victor Nunes Leal.

A *Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal* é, em verdade, uma publicação editada por este Tribunal, reunindo sua jurisprudência preponderante (observe-se que não se exige o requisito da unanimidade). Por sinédoque, os enunciados nela contidos, disposto em ordem numerada, também tradicionalmente são chamados de *súmulas*.

As normas jurídicas acima indicadas não atribuíram, seja ao incidente de uniformização de jurisprudência, seja às súmulas dele resultantes, efeito vinculante para os órgãos do Poder Judiciário ou para os jurisdicionados, e, em adição, previram a possibilidade das súmulas serem revistas e canceladas pelos tribunais que as emitem. A “Explicação Preliminar” contida no preâmbulo da 1ª edição da Súmula editada pelo STF, esclarece que sua finalidade é, apenas, *“proporcionar maior estabilidade à jurisprudência” e “facilitar o trabalho dos advogados e do Tribunal, simplificando o julgamento das questões mais freqüentes”*.

Não foi nesta linha, entretanto, o efeito que o Código Eleitoral (Lei n. 4.717, de 15.07.1965) atribuiu ao prejulgado, figura que não guarda similitude com aquela constante do CPC de 1939, mas representa uma verdadeira tentativa de atribuição de efeito vinculante à Jurisprudência, como se pode concluir da leitura do art. 263 daquele diploma legal: *“No julgamento de um mesmo pleito eleitoral, as decisões anteriores sobre questões de direito constituem prejulgados para os demais casos, salvo se contra a tese voltarem dois terços dos membros do Tribunal.”*

O TSE, entretanto, em acórdão unânime proferido no RE Eleitoral 9.936-RJ, reconheceu, sob a vigência da Constituição de 1988, a inconstitucionalidade do prejulgado eleitoral. O Ministro Sepúlveda Pertence, na Relatoria, baseou sua decisão em 3 argumentos: *“a) violação à separação de poderes, haja vista a força de lei que portava o preceito; b) recente edição das súmulas da jurisprudência do próprio tribunal, as quais não se revestem de nota vinculativa; c) redação do art. 97 da Constituição, a exigir maioria absoluta dos membros do respectivo tribunal para a declaração da inconstitucionalidade, enquanto, inteiramente desproporcional, a norma fixava quorum de dois terços para a alteração de jurisprudência”*.¹¹²

O próprio Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal também promoveu o alargamento dos efeitos atribuídos à Jurisprudência, especialmente às suas súmulas. São os casos de arquivamento ou negativa de seguimento do pedido ou recurso, pelo Relator, quando contrário *“a jurisprudência predominante do Tribunal”* (art. 21, §1º) e a possibilidade de provimento do recurso extraordinário, também pelo Relator, *“em caso de manifesta divergência com a Súmula”* (art. 21, §2º, acrescentado pela Emenda Regimental n. 2, de 4.12.85). Ainda é possível citar o art. 101, ao dizer que *“a declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, pronunciada por maioria qualificada, aplica-se aos novos*

¹¹² NOBRE Jr., Edilson Pereira. **O Direito Processual Brasileiro e o Efeito Vinculante das Decisões dos Tribunais Superiores**, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 785, p. 59, 2001.

*feitos submetidos às Turmas ou ao Plenário, salvo o disposto no art. 103*¹¹³.

O RISTF anterior previa também, no seu art. 309, §3º, ao definir os casos de descabimento do recurso extraordinário, o não cabimento de embargos se o recurso contrariasse a Súmula. Este dispositivo, no entanto, não foi repetido no Regimento em vigor desde 1980.

Mesmo muito criticada e considerada inconstitucional pela Doutrina, a regra contida no §1º do art. 21 do RISTF – tida como *“uma forma indireta de atribuição de efeito vinculante à jurisprudência dos tribunais superiores”*¹¹⁴ – foi repetida pelo art. 90, §2º da Lei Complementar n. 35, de 14.03.1979 (Lei Orgânica da Magistratura Nacional), estendendo a força vinculante da Súmula ao extinto Tribunal Federal de Recursos¹¹⁵, e ampliada pelo art. 38 da Lei n. 3.038/90, que autorizou o Relator, tanto no STF quanto no STJ, a negar seguimento a pedido ou recurso *“que contrariar, nas questões predominantes de direito, Súmula do respectivo Tribunal”*. A norma foi, por fim, introduzida de forma genérica no próprio Código de Processo Civil, através da Lei n. 9.139, de 30.11.1995.

Também vale ser lembrada a inovação introduzida pela Emenda Constitucional 07/77 (promulgada quando vigente o Ato Institucional n. 5 de 1968), que alterou o art. 119, I, I) do texto da Emenda Constitucional de 1969. Ela estabeleceu para o STF a competência para processar e julgar

¹¹³ O art. 103 prevê o procedimento para a revisão da jurisprudência assentada em matéria constitucional e da compendiada na Súmula.

¹¹⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Súmulas no direito brasileiro – Eficácia, poder e função**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995. p. 160.

¹¹⁵ “§2º O relator [nos feitos de competência do Tribunal Federal de Recursos] (...) mandará arquivar ou negará seguimento a pedido ou recurso (...) que contrariar nas questões predominantemente de direito súmula do tribunal ou do Supremo Tribunal Federal”

“representação do Procurador-Geral da República, por inconstitucionalidade ou para interpretação de lei ou do ato normativo federal ou estadual. O RISTF tratava da matéria¹¹⁶ concedendo a esta interpretação “força vinculante, implicando sua não-observância negativa de vigência do texto interpretado”.

A mesma EC n. 07/77 ainda criou, através o acréscimo da alínea “o” ao texto do art. 119, I da Emenda Constitucional de 1969, a chamada *avocatória*: abria-se a possibilidade do STF avocar para si, a pedido do Procurador-Geral da República, o processo e o julgamento de causas de que decorresse *“imediato perigo de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou às finanças públicas”*, suspendendo os efeitos da decisão eventualmente proferida por outro juízo ou Tribunal. O dispositivo suspendia, nestes casos, o controle difuso de constitucionalidade, e a decisão proferida pelo STF surtia efeito sobre todos os juízos e sobre o Poder Executivo¹¹⁷.

Chega-se, enfim, à ordem constitucional hoje vigente. No caminho percorrido até aqui ficou demonstrado que por repetidas vezes – poder-se-ia dizer até que *insistentemente* –, tentou-se atribuir à Jurisprudência caráter de verdadeira fonte cogente de normas jurídicas no Direito brasileiro. Em muitos casos, de fato, como se viu, a própria norma constitucional e, no mais

¹¹⁶ As Constituições de 1934 (art. 67), de 1937 (art. 93), de 1946 (art. 97, II) e de 1967 (art. 110, II) previram, todas, a competência dos Tribunais para elaborar seus regimentos. A ordem constitucional advinda da Emenda Constitucional de 1969, no entanto, inovou nesta matéria, criando uma estranha delegação legislativa: o §3º do seu art. 119 concedia ao STF competência para, através do seu regimento, estabelecer *“o processo e o julgamento dos feitos de sua competência originária ou recursal e da arguição de relevância de questão federal.”*

¹¹⁷ O caráter autoritário dos institutos criados pela Emenda 07/77 muito bem refletia, como se vê, o autoritarismo do momento político em que foi promulgada.

das vezes, a legislação infraconstitucional autorizaram que o Judiciário lançasse mão da “Jurisprudência dominante” ou sumulada como fundamento de suas decisões, impondo os preceitos nela contidos aos jurisdicionados, ou que a decisão judicial produza seus efeitos de forma abstrata, *erga omnes*.

A análise da congruência destas hipóteses com o sistema jurídico brasileiro, principalmente com a Constituição Federal, é tema de que se cuidará no capítulo seguinte. Por enquanto, arrolar-se-ão, articuladamente, os casos, identificados no ordenamento vigente, em que a Jurisprudência parece assumir o papel que de regra se lhe nega nos sistemas de *civil law*:

a) O art. 114, §2º da CF atribui *efeito normativo* às decisões proferidas pela Justiça do Trabalho em sede de dissídios coletivos (efeito, aliás, reconhecido desde a Constituição de 1967 e objeto de regulamentação pelos arts. 856 a 875 da CLT).

b) O art. 102, §2º da Constituição Federal, acrescido pela Emenda Constitucional n. 3/1993, atribui expressamente “*eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo*”, às decisões definitivas de mérito proferidas na ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal. O instituto, idealizado por Ives Gandra Martins e Gilmar Ferreira Mendes, foi

alvo de acirrada crítica da Doutrina¹¹⁸. A Associação dos Magistrados do Brasil chegou a propor ação direta de inconstitucionalidade tendo por causa de pedir o novo instituto, mas mérito não foi apreciado pelo Supremo, em razão de ter sido reconhecida a ilegitimidade da associação autora. A despeito disso, o Ministro Moreira Alves determinou o seu apensamento à ação declaratória de constitucionalidade n. 1 (que tratava do COFINS), para ser julgado como questão prejudicial, oportunidade em que foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal a constitucionalidade da nova ação.

c) A Lei n. 9.868, de 10.11.99, dispondo sobre “o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal” repete, aliás, a menção ao efeito vinculante, estendendo-o também às ações diretas de inconstitucionalidade e, inclusive, às medidas cautelares em ações diretas de inconstitucionalidade (art. 11, §1º) e em ações declaratórias de constitucionalidade (art. 21).

Válida, aqui, a transcrição do seu art. 28:

“Art. 28. Dentro do prazo de dez dias após o trânsito em julgado da decisão, o Supremo Tribunal Federal fará

¹¹⁸ Djanira Maria Radamés de Sá, por exemplo, questiona: “se a ação direta de constitucionalidade ‘nada mais é que uma ação direta de inconstitucionalidade com o sinal trocado’, como afirma Gilmar Ferreira Mendes, não se justifica a circunstância de ser diminuto o elenco de legitimados ativos em comparação com aquele previsto para a ação direta de inconstitucionalidade. Ademais, restam legitimados, à exceção do Procurador-Geral da República, somente aqueles que detêm responsabilidade política no âmbito federal, o que faz pressupor sua oculta finalidade, por tantos juristas já denunciada.” (**Súmula Vinculante – Análise Crítica de sua Adoção**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 73). Marcelo Figueiredo, segundo Lenio Streck, faz uma das críticas mais contundentes ao instituto, ao assegurar que ele não passa de “uma advocatória travestida, diante dos efeitos produzidos” (**Súmulas no direito brasileiro – Eficácia, poder e função**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995. p. 153).

publicar em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União a parte dispositiva do acórdão.

Parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do poder Judiciário e à administração Pública federal, estadual e municipal.”

d) O §1º do Art. 102, também introduzido pela EC n. 3/93, criou ainda a *argüição de descumprimento de preceito fundamental*. Embora o texto constitucional sobre isto seja silente, a Lei n. 9.882, de 3.12.1999 – que regulamenta o instituto – previu-lhe, no parágrafo 3º do seu art. 10, “*eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público*”.¹¹⁹

e) Ainda em sede constitucional, há que se fazer referência ao recurso especial fundamentado em divergência jurisprudencial (art. 105, III, c, que substituiu o antigo recurso extraordinário com o mesmo fundamento, do art. 119, III, d, da Emenda Constitucional n. 1/69), que, por ser um

¹¹⁹ A inspiração da argüição parece ter origem no recurso constitucional alemão (Verfassungsbeschwerde) e no recurso de amparo do direito espanhol e argentino, mas destes modelos muito se afastou, principalmente porque o art. 2º, II, que previa a possibilidade de sua propositura por qualquer prejudicado, foi excluído por veto presidencial. A legitimação ativa para o novo instituto, então, ficou restrita às mesmas pessoas legitimadas para a ação direta de inconstitucionalidade. Com a configuração que lhe deu a Lei n. 9.882/99, a argüição parece ter por objetivo “*antecipar decisões do STF sobre controvérsias constitucionais relevantes, que antes só chegariam a seu conhecimento muito depois, após o percurso das tortuosas vias recursais*” (SARMENTO, Daniel. **Apontamentos sobre a Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental**. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (Org.). **Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Análises à Luz da Lei n. 9.882/99**. São Paulo: Atlas, 2001. p. 88) funcionando como um substitutivo do controle difuso e, por isso, aproximando o modelo brasileiro de controle de constitucionalidade, cada vez mais, do modelo adotado pelos tribunais constitucionais europeus. A Lei, com vários artigos de constitucionalidade duvidosa, vem sendo alvo de muitas críticas da Doutrina. Há em curso, inclusive, duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ns. 2231-8 e 2258-0), ambas propostas pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, mas ainda aguardando o posicionamento do Supremo.

método de uniformização da Jurisprudência, também traduz a preocupação com o papel por esta última desempenhado no sistema jurídico brasileiro.

f) Seguindo a mesma técnica de uniformização de jurisprudência, pode-se citar o recurso de revista trabalhista, previsto no art. 896, a e b, da CLT¹²⁰ (nos moldes do recurso de revista dantes presente no Código de Processo Civil de 1939), cabível das decisões dos TRTs, proferidas em grau de recurso ordinário que *“derem ao mesmo dispositivo de lei federal”* ou a *“dispositivo de lei estadual, Convenção Coletiva de Trabalho, Acordo Coletivo, sentença normativa ou regulamento empresarial de observância obrigatória em área territorial que exceda a jurisdição do Tribunal Regional prolator da decisão recorrida”, “interpretação diversa da que lhe houver dado outro Tribunal Regional, no seu Pleno ou Turma, ou a Seção de Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, ou à Súmula de Jurisprudência Uniforme dessa Corte”*.

O mesmo artigo, ao definir a “divergência” que torna cabível a revista (§4º), esclarece que não se considera como tal *“a ultrapassada por súmula, ou superada por iterativa e notória jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho”*.

g) Os embargos de divergência, cabíveis das decisões em recurso especial ou extraordinário que divergirem, respectivamente, do julgamento de outra turma, seção ou órgão especial do STJ ou de turma ou do plenário do STF (CPC art. 546), também são outro exemplo de técnica de

¹²⁰ com redação alterada pela Lei n. 9.756, de 17.12.1998.

uniformização de jurisprudência presente no sistema jurídico brasileiro vigente.

h) Os poderes dados ao Relator pelo Regimento Interno do STF e pela Lei n. 8.038/90, objeto de comentário anterior, hoje se consolidaram através de regras presentes no próprio Código de Processo Civil, francamente inspiradas nos artigos regimentais. Acrescentados pela Lei n. 9.756, de 17.12.1998, o art. 557, §1º¹²¹ (aplicável genericamente aos “processos no tribunal”), o art. 544, §§3º e 4º¹²² (que tratam do agravo de instrumento cabível contra a inadmissão do recurso extraordinário e especial) e o art. 527, I¹²³ (dispondo sobre o agravo de instrumento) tornam possível, inclusive, o julgamento do *mérito* de recursos pelo Relator, quando em contradição com “súmula” ou “jurisprudência dominante”.

i) Tratando da “declaração de inconstitucionalidade”, o parágrafo único do art. 481 do Código de Processo Civil, acrescentado pela Lei n.

¹²¹ “Art. 557. O relator negará 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”.

§1º –A Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso.”

¹²² “§3º . Poderá o relator, se o acórdão recorrido estiver em confronto com a súmula ou jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça, conhecer do agravo para dar provimento ao próprio recurso especial; poderá ainda, se o instrumento contiver os elementos necessários ao julgamento do mérito, determinar sua conversão, observando-se, daí em diante o procedimento relativo ao recurso especial.”

§4º O disposto no parágrafo anterior aplica-se também ao agravo de instrumento contra denegação de recurso extraordinário, salvo quando, na mesma causa, houver recurso especial admitido e que deva ser julgado em primeiro lugar.”

¹²³ Redação determinada pela Lei n. 10.352, de 26.12.2001, que entra em vigor em 27.03.2002:

“Art. 527. Recebido o agravo de instrumento no tribunal, e distribuído incontinenti, o relator: I – negar-lhe-á seguimento, liminarmente, nos casos do art. 557;”

9.756/98, determina que “os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a argüição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão”.

j) A Lei n. 10.532, de 26.12.2001 acrescentou o parágrafo 3º ao art. 475 do Código de Processo Civil, que trata do chamado *reexame necessário*. O novo dispositivo excetua da sujeição obrigatória ao duplo grau de jurisdição a sentença “que estiver fundada em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmula deste Tribunal ou do tribunal superior competente.”

l) Não se poderia deixar de indicar os artigos 476 a 479 do CPC, que disciplinam o incidente de uniformização de jurisprudência e que contêm a previsão genérica (inspirada, como já se expôs anteriormente, no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, com a redação da emenda que sofreu em 1963) da edição de Súmula da jurisprudência dominante pelos Tribunais.

m) Apesar do art. 96, I, “a” da Constituição de 1988 não mais conceder aos Tribunais competência para, através de seus regimentos, dispor sobre “o processo e o julgamento dos feitos de sua competência originária ou recursal” (redação do art. 119, § 3º, d, da Emenda Constitucional n. 01), é possível identificar nos regimentos de diversos tribunais brasileiros normas que inovam o Direito Processual, atribuindo força vinculante às suas súmulas ou jurisprudência ou, até mesmo, de outros

tribunais. São os casos do art. 101 do RISTF¹²⁴ e arts. 34, XVIII e 125¹²⁵ do RISTJ. No âmbito dos Tribunais estaduais, representativos são os exemplos dos art. 126 (*“Enquanto não modificadas, as Súmulas deverão ser observadas pelos órgãos julgadores”*) e 210 (*“A decisão declaratória ou denegatória da inconstitucionalidade, se proferida por maioria de dois terços, constituirá para o futuro, decisão de aplicação obrigatória em casos análogos, salvo se algum órgão fracionário, por motivo relevante, entender necessário provocar novo pronunciamento do órgão especial sobre a matéria”*) do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e o art. 146 (*“A declaração de inconstitucionalidade, ou não, de lei ou ato do poder público, resultante de voto da maioria qualificada do Tribunal ou constante de súmula do Supremo Tribunal Federal, aplicar-se-á aos novos feitos submetidos ao Tribunal Pleno ou às Câmaras. Parágrafo único - Os desembargadores poderão propor, em novos feitos a serem julgados pelo Tribunal Pleno, a revisão da jurisprudência referida neste artigo, salvo se ainda não compendiada em súmula do Supremo Tribunal Federal.”*) do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Este último, como se vê, atribui expressamente efeito vinculante às súmulas do Supremo Tribunal Federal.

¹²⁴ *“Art. 101 A declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, pronunciada por maioria qualificada, aplica-se ao novos feitos submetidos às Turmas ou ao Plenário, salvo o disposto no art. 103.”*

O art. 103 trata do procedimento para revisão da jurisprudência assentada em matéria constitucional e da compendiada na Súmula.

¹²⁵ *“Art. 125. Os enunciados da súmula prevalecem e serão revistos na forma estabelecida neste Regimento Interno.”*(Grifo nosso)

n) Pode-se observar a força do efeito das súmulas até mesmo em normas administrativas do Poder Executivo. Interessante exemplo é o da Orientação Normativa 1/98, da Prefeitura Municipal de São Paulo, que, fazendo referência expressa à Súmula 125 do STJ, determinava à Administração seguir-lhe o comando, no que dizia respeito à incidência do Imposto de Renda sobre as férias dos servidores públicos municipais.

O fecho desta relação não poderia deixar de ser a menção aos vários projetos de emenda constitucional e de lei ordinária, ora em andamento, no Congresso Nacional, que têm por finalidade atribuir efeitos vinculantes *erga omnes* à Jurisprudência. Confirmando o que o histórico acima traçado deixa claro, é grande a força política da corrente que, no Direito brasileiro, deseja atribuir força vinculante à Jurisprudência.

Já na Revisão Constitucional de 1993 tem-se notícia da tentativa de atribuição de efeito vinculante à Jurisprudência, quando emenda constitucional, de relatoria do Deputado Nelson Jobim (cujo parecer lhe foi favorável) previa:

“Art. Os tribunais superiores poderão, de ofício ou por provocação, mediante decisão de três quintos dos seus membros, após reiteradas decisões sobre a matéria, aprovar Súmula que terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário sujeitos à sua jurisdição e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder a sua revisão ou cancelamento.”

Propunha-se, ainda, nova redação para o art. 103 da Constituição:

“§3º Lei, cuja iniciativa é facultada ao Supremo Tribunal Federal, poderá outorgar a outras decisões de mérito do próprio Tribunal, eficácia contra todos, bem como dispor

sobre o efeito vinculante dessas decisões para os órgãos e agentes públicos.”

O insucesso da revisão constitucional de 1993 não desanimou o intuito de introduzir no ordenamento jurídico brasileiro regras do teor das acima transcritas. Além da Emenda Constitucional n. 03/93 (que trouxe as figuras da ação declaratória de constitucionalidade e a arguição de descumprimento de preceito fundamental, já comentadas anteriormente), são dezenas de projetos apresentados, no mesmo sentido, ainda em tramitação, entre os quais se destacam os integrantes do atualmente chamado “Projeto de Reforma do Poder Judiciário” (Projeto de Emenda Constitucional n. 96, de 1992).

É no bojo desta Proposta de Emenda Constitucional, de autoria do Deputado Hélio Bicudo, que a discussão sobre este tema tornou-se mais acirrada. Hoje a PEC n. 96/1992 está tramitando pelo Senado Federal (onde tomou o n. 29/2000), tendo obtido parecer favorável do seu Relator, Senador Bernardo Cabral, aprovado, em dezembro de 2001, pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado. No momento estão sendo votadas, pela CCJ, as emendas apresentadas ao projeto. A PEC n. 29/2000 prevê para o Supremo Tribunal Federal o poder de editar súmula de efeito vinculante *erga omnes*, relativa a qualquer matéria de sua competência¹²⁶, além de estender o efeito vinculante, já existente para as ações declaratórias de constitucionalidade, às ações diretas de inconstitucionalidade.

¹²⁶ É importante observar que a competência do STF, pela mesma emenda, é bastante elasticada, já que o art. 102, III da CF, que trata das hipóteses de cabimento do Recurso Extraordinário, ganha a alínea “d”: “*julgar válida lei local contestada em face de lei federal*”.

A seguir, a redação que a PEC n. 29/2000 imprime aos artigos da Constituição que tratam desta matéria:

“Art. 12. O art. 102 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 102.

(...)

III – julgar, mediante recurso extraordinário, as causas, decididas em única ou última instância, por tribunal, quando a decisão recorrida: (NR)

.....

d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

.....

§ 2º As decisões definitivas de mérito proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. (NR)

(...)”

“Art. 14. A Seção II do Capítulo III do Título IV da Constituição Federal passa a vigorar acrescida do seguinte art. 103A:

“Art. 103A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre a matéria, 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.

§ 1º A súmula terá 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.

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso."

Art. 48. As atuais súmulas do Supremo Tribunal Federal somente produzirão efeito vinculante após sua confirmação por dois terços de seus integrantes e publicação na imprensa oficial."

4.3.2 O papel da jurisprudência no sistema jurídico brasileiro – uma análise dogmática

É possível concluir, do que se demonstrou acima, que o ordenamento positivo brasileiro atribui à Jurisprudência funções diferentes daquela que fazem supor a leitura do art. 5º, II da Constituição Federal (“ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei”)¹²⁷ e a ausência de menção à *Jurisprudência* no art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil (“quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”). No passado, e no Direito hoje vigente, são muito numerosas as leis ou normas infralegais (especialmente os regimentos dos tribunais) que têm por finalidade criar métodos de uniformização da Jurisprudência, no mais das vezes com fins muito mais extensos que os de simplesmente auxiliar a interpretação das normas legais. É possível reconhecer vários exemplos, no passado e no presente, de situações em que o ordenamento atribui, claramente, efeito *vinculante* à Jurisprudência, tornando-a fonte do Direito no sentido estrito: i.e, norma posta abstratamente, obrigando a todos e, especialmente, passível de ser mencionada pelo Estado-juiz, no momento de sua decisão, como argumento originário para imposição coativa de uma determinada conduta a alguém.

¹²⁷ Cujo teor sempre esteve presente nas Constituições brasileiro, cf. *infra*.

A visão mais tradicional, de completo menosprezo ao papel que a Jurisprudência poderia ocupar no ordenamento, já foi superada entre os Doutrinadores, prevalecendo, hoje, a posição dos que, não obstante neguem o caráter coativo da norma jurisprudencial, atribuem-lhe funções de *“formação e aperfeiçoamento do Direito”*¹²⁸:

*“A Jurisprudência tem, na atualidade, três funções muito nítidas, que se desenvolveram lentamente: uma função um tanto automática de aplicar a lei; uma função de adaptação, consistente em por a lei em harmonia com as idéias contemporâneas e as necessidades modernas; e uma função criadora, destinada a preencher as lacunas da lei”*¹²⁹

*“[a Jurisprudência] preenche as lacunas, com o auxílio da analogia e dos princípios gerais. É um verdadeiro suplemento da legislação, enquanto serve para a integrar, nos limites estabelecidos; instrumento importantíssimo e autorizado de Hermenêutica, traduz o modo de entender e aplicar os textos em determinada época e lugar; constitui assim uma espécie de uso legislativo, base de Direito Consuetudinário, portanto. O sistema jurídico desenvolve-se externamente por meio da lei, e internamente pela secreção de novas regras, produto da exegese judicial das disposições em vigor”*¹³⁰

Vale ainda a transcrição do pensamento de Tercio Sampaio Ferraz

Jr.:

“O sistema romanístico, assim, em oposição ao anglo-saxônico, se caracteriza, em primeiro lugar, pela não vinculação dos juízes inferiores aos tribunais superiores em termos de decisão (...)

“Por estas razões a doutrina costuma negar à jurisprudência o caráter de fonte, ao contrário do que sucede com a teoria do precedente no mundo anglo-saxônico.

“Apesar disso é inegável o papel da jurisprudência romanística na constituição do Direito. Se é verdade que o

¹²⁸ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 178.

¹²⁹ NAST, Marcel. **La fonction de la Jurisprudence dans la Vie Juridique Française**, p. 4, *apud* MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 178/9.

¹³⁰ *Idem, Ibidem*, p. 179.

respeito à lei e a proibição da decisão contra legem constituem regras estruturais fortes do sistema, não se pode desconhecer, de uma lado, a formação de interpretações uniformes e constantes que, se não inovam a lei, dão-lhe um sentido geral de orientação; é a chamada jurisprudência pacífica dos tribunais que não obriga, mas de fato acaba por prevalecer. De outro lado, porém, indo mais além, é conhecida a elaboração de verdadeiras normas jurídicas gerais em casos de lacuna que constituem uma espécie de costume praeter legem. Este costume, em primeiro lugar, à diferença dos costumes em geral, resulta de um uso jurisprudencial, isto é, decisões judiciais, que se repetem e se mantêm para casos semelhantes; em segundo lugar, sua convicção da necessidade não se relaciona diretamente aos endereçados das normas, mas aos juízes que emanam as decisões.”¹³¹

Mesmo nos ordenamentos de *civil law*, a participação destes mesmos precedentes no resultado final do trabalho do Poder Judiciário (i.e., a decisão judicial que impõe a alguém uma determinada conduta) é muito grande, e cada vez maior.

A idéia do juiz como mera “*bouche de la loi*”, como queria Montesquieu, e da visão quase que matemática do ato de julgar – reduzido, pelo racionalismo da Escola da Exegese, a aplicação de um silogismo lógico, pura dedução a partir da lei¹³² - hoje não encontra mais guarida. Mesmo os mais misoneistas ajustaram sua compreensão da tarefa da hermenêutica à constatação de que o Direito lida com linguagem, e esta

¹³¹ FERRAZ Jr., Tercio Sampaio, **Introdução ao Estudo do Direito – Técnica, Decisão, Dominação**. São Paulo: Atlas, 1994. p. 245.

¹³² “Esta mentalidade, que sacrifica a Justiça ao culto da lei, introduziu no campo do direito, junto com o método dedutivo, uma atitude matematizante ou geométrica, totalmente conflitante com a matéria jurídica e com o método clássico. Assim, a partir de um estreitamento do vocábulo ‘direito’, reduzido à lei escrita, os artigos do Código, como afirmava Liard, seriam teoremas e o verdadeiro jurista seria um geômetra.” (KARAN, Munir. **A função judicial**. Revista de Processo, São Paulo, n. 42, p. 171, 1986.)

nunca é unívoca.¹³³

Desde a apreensão dos fatos, ao juiz apresentados através das provas, passando pela identificação da norma jurídica que melhor se adapta aos fatos, até a decisão, permeiam, inevitavelmente, valores, experiências, história pessoal, idiossincrasias do julgador, além do pensamento da Doutrina e, com força considerável, a sugestão contida nas decisões tomadas pelo Poder Judiciário sobre questões semelhantes.

Que consultor jurídico ousaria orientar seu cliente, quanto à forma como deve conduzir os contratos de trabalho com seus empregados, sem consultar a Jurisprudência consolidada nos tribunais da Justiça do Trabalho? Ou nas condutas a tomar diante de demandas extrajudiciais acerca de seu produto, como não consultar o que o Superior Tribunal de Justiça vem decidindo sobre Direito do Consumidor? A Jurisprudência é auxiliar hermenêutico fundamental e seus posicionamentos influem sobremodo nas decisões dos particulares, dos entes públicos¹³⁴ e do Poder Judiciário.

¹³³ *“Interpretar é escolher, dentre as muitas significações que a palavra possa oferecer, a justa e conveniente. Por isso mesmo, a lei admite mais de uma interpretação no decurso do tempo. Supor que há somente uma interpretação exata, desde que a lei é publicada até os seus últimos instantes, é desconhecer o fim da lei, que não é um objeto de conhecimento, mas um instrumento para se alcançarem os fins humanos, para fomentar a cultura, para conter os elementos anti-sociais e desenvolver as energias da nação”* (o trecho de Joseph Kohler [*Lehrbuch des Bürgerlichen Recht*], um dos pioneiros do método hermenêutico histórico-evolutivo ou progressivo, é citado por SILVA, Alípio. **A Reelaboração das Leis por obra dos Tribunais**, *Revista de Processo*, São Paulo, n. 13, p. 18/9, 1979.)

¹³⁴ Observe-se, a respeito, norma contida no Regulamento do Processo Administrativo Fiscal baiano (Decreto n. 7.629, de 09.07.99, com a alteração do Dec. n. 7.887, de 29.12.00), em que se lê: *“Art. 116-A Fica a Fazenda Estadual autorizada a não inscrever em Dívida Ativa, a não ajuizar a respectiva execução fiscal, a não interpor recurso ou a desistir do que tenha sido interposto, desde que inexistir outro fundamento relevante para seu prosseguimento, na hipótese de matérias que tenham sido objeto de reiteradas decisões contrárias à Fazenda Pública Estadual, em virtude de jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça”* (Grifo nosso)

A importância da Jurisprudência mostra-se ainda mais evidente nas situações em que é possível identificar *lacunas* na norma *legal*. Apesar da omissão do art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, a Jurisprudência tem servido de referência para a colmatação dos claros legais pelos juízes, resultando, inclusive, em estímulo determinante para o posterior regramento legislativo. Citem-se como exemplos a influência decisiva da Jurisprudência na aplicação judicial da correção monetária imprevista, no alargamento da responsabilidade civil (especialmente no que diz respeito à chamada responsabilidade civil objetiva) e no delineamento dos direitos dos concubinos.

Nesses casos, no entanto, não se costuma ver a Jurisprudência como uma fonte do Direito no seu sentido estrito – quando muito, uma “fonte mediata”, um auxiliar na “*elaboração científica do Direito*”¹³⁵. Faltam-lhe, no entanto, a generalidade e abstração que tornariam o comando nela contido obrigatório, vinculante, tal qual a *lei*.

Mas poder-se-ia realmente afirmar, diante da relação feita no capítulo anterior, que não existe previsão de efeito vinculante para a Jurisprudência, no Direito brasileiro? A retrospectiva histórica da legislação brasileira, e mesmo a observação mais cuidadosa do Direito escrito hoje vigente, demonstram, ao contrário, que são bastante numerosos os exemplos de normas que imprimem à Jurisprudência efeito vinculante com foros de universalidade, das quais são os melhores exemplos os parágrafos 1º e 2º

¹³⁵ LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996. v. 1, p. 119.

do art. 102 da Constituição Federal, combinados com a Lei n. 9.882/99 (efeito vinculante das decisões de ações declaratórias de constitucionalidade e na arguição de descumprimento de preceito fundamental) e os vários dispositivos regimentais que vinculam os tribunais às súmulas por eles emitidas¹³⁶. A par do que já é hoje realidade, não se deixe de recordar as muitas propostas de emenda constitucional em trâmite perante o Congresso Nacional (especialmente a PEC n. 29/2000, cuja aprovação já se tem praticamente como certa, com o apoio, inclusive, dos tribunais superiores¹³⁷), com que se pretende atribuir, em definitivo e como regra geral, o efeito vinculante às súmulas dos tribunais superiores.

A Doutrina está dividida quanto à instituição do *stare decisis* no Direito brasileiro, discutindo-se especialmente sobre a constitucionalidade de sua introdução em um sistema de características romanísticas, em que a Constituição prevê expressamente o princípio da supremacia da lei (art. 5º, II). Opinem pela sua constitucionalidade, com uma ou outra limitação, por

¹³⁶ É obrigatória a referência, ainda, às sentenças normativas proferidas pela Justiça do Trabalho em dissídios coletivos (CF, art. 114, §2º). As peculiaridades deste exemplo, entretanto, tornam sua análise desbordante dos fins do presente trabalho.

¹³⁷ Como demonstra notícia veiculada no site do Superior Tribunal de Justiça, de 22.10.01 (<http://www.stj.gov.br/stj/noticias/detalhes_noticias.asp?seq_noticia=4513>):

“O presidente do Superior Tribunal de Justiça, ministro Paulo Costa Leite, defende, hoje (22), a adoção da súmula vinculante para as decisões repetitivas dos órgãos da cúpula do Poder Judiciário como o melhor mecanismo para limitar o número exorbitante de recursos processuais propostos por entes públicos junto ao STJ e ao Supremo Tribunal Federal”

No mesmo sentido, o Ministro Carlos Mário da Silva, em **O Poder Judiciário: como torná-lo mais ágil e dinâmico: efeito vinculante e outros temas**. Disponível em <<http://www.imb.org.br/revista11/caderno/intex.htm>>. Acesso em 13 dez. 2001:

“Em artigo que publiquei, anotei que algumas vezes se levantaram contra essas medidas, argumentando que a eficácia erga omnes e o efeito vinculante limitam o acesso à Justiça. O argumento não é procedente. (...) O que ocorre é que a eficácia erga omnes e o efeito vinculante das decisões são considerados modos de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional, porque além de impedirem a eternização das demandas judiciais, desestimulam as aventuras judiciais.”

exemplo, Diogo de Figueiredo Moreira Neto¹³⁸, Carlos Mário da Silva Velloso¹³⁹, Sálvio de Figueiredo Teixeira¹⁴⁰, J. E. Carreira Alvim¹⁴¹, Miguel Reale¹⁴², Rodolfo de Camargo Mancuso¹⁴³. Contrariamente ao instituto podem ser alinhados, entre outros: Carmen Lúcia Antunes Rocha¹⁴⁴, Lenio Streck¹⁴⁵, Dalmo de Abreu Dallari¹⁴⁶, Evandro Lins e Silva¹⁴⁷, Pestana de Aguiar¹⁴⁸ e a Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB, que, em carta enviada a todos os Senadores por seu presidente, Antônio Carlos Viana Santos, afirma que a súmula vinculante, *“além de diminuir o próprio Poder Judiciário, ocasionando a perda da independência jurídica dos juízes, acaba atingindo em cheio também o Poder Legislativo, ameaçando o princípio constitucional da harmonia e da independência entre os Poderes da República.”*¹⁴⁹

¹³⁸ **O Poder Judiciário e seu papel na reforma do Estado. O controle jurisdicional dos atos administrativos e a súmula vinculante.** *Cadernos de direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, n. 27, p. 31, 1999.

¹³⁹ **O Poder Judiciário: como torná-lo mais ágil e dinâmico: efeito vinculante e outros temas.** Disponível em <<http://www.imb.org.br/revista11/caderno/intex.htm>>. Acesso em 13 dez. 2001.

¹⁴⁰ **A Jurisprudência como fonte do direito e o aprimoramento da magistratura.** *Revista de Processo*, São Paulo, n. 24, p. 99, 1981.

¹⁴¹ **Alternativas para uma maior eficácia da prestação jurisdicional.** *Revista de Processo*, São Paulo, n. 84, p. 185, 1996.

¹⁴² Conferência de 07.04.99, in Superior Tribunal de Justiça, 1989-1999, Eventos comemorativos. Brasília, p. 94, 1999.

¹⁴³ **Divergência Jurisprudencial e Súmula Vinculante.** São Paulo: RT, 1999.

¹⁴⁴ **Sobre a Súmula Vinculante.** *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 133, p. 64, 1997.

¹⁴⁵ **Súmulas no direito Brasileiro – Eficácia, poder e função.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

¹⁴⁶ **Judiciário independente e responsável,** *Enfoque Jurídico*, São Paulo, n. 8, p. 14, 1997.

¹⁴⁷ **Efeito vinculante das súmulas – os assentos da casa da suplicação.** *ADV – Advocacia Dinâmica: Boletim Informativo Semanal*, n. 35, p. 449, 1997.

¹⁴⁸ **A súmula vinculativa como um retrocesso perante a histórica evolução da jurisprudência.** *ADV – Advocacia Dinâmica: Seleções Jurídicas*, n. 4, p. 40, mar. 1997.

¹⁴⁹ Notícia disponível no site *Consultor Jurídico*, (<<http://www.conjur.com.br>>. Acesso em 15 jan. 2001).

Edilson Pereira Nobre Júnior resume os principais pontos atacados pelos opositores da criação do efeito vinculante para a Jurisprudência no Direito brasileiro: “a) afronta à separação de poderes; b) aniquilamento da independência judicial; c) petrificação do Direito; d) violação do juiz natural; e) incompatibilidade do instituto com os sistemas da família romano-germânica.”¹⁵⁰

Antes de comentar os argumentos acima relacionados, importante lembrar que, como se mostrou nos capítulos anteriores, é facilmente reconhecível no conjunto de países que adotam o sistema de *civil law* a tendência no sentido da vinculatividade da Jurisprudência *constitucional*. Os tribunais constitucionais da Europa continental contemporânea, e dos países que descendem de sua tradição, prevêm, todos, efeito vinculante para as decisões de controle de constitucionalidade.

Esclarece Cappelletti que, depois de seu desenvolvimento inicial no Direito americano, o nascimento e expansão da teoria do controle judicial da constitucionalidade das leis no Direito continental europeu é fenômeno deste século, mais precisamente do período posterior à segunda guerra mundial. Aquele autor identifica no agigantamento do Estado em direção ao *welfare state* e nos correlatos alargamento das zonas de alcance do Poder Legislativo e das normas administrativas do Executivo, o aumento da função e responsabilidades do Poder Judiciário:

“Pelo fato de que o ‘terceiro poder’ não pode simplesmente ignorar as profundas transformações do mundo real, impôs-

¹⁵⁰ **O Direito Processual Brasileiro e o Efeito Vinculante das Decisões dos Tribunais Superiores.** *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 785, p. 66, 2001.

se novo e grande desafio aos juízes. A justiça constitucional, especialmente na forma do controle judiciário da legitimidade constitucional das leis, constitui um aspecto dessa nova responsabilidade.

(...) Eles [os tribunais] devem de fato escolher uma das duas possibilidades seguintes: a) permanecer fiéis, com pertinácia, à concepção tradicional, tipicamente do século XIX, dos limites da função jurisdicional, ou b) elevar-se ao nível dos outros poderes, tornar-se enfim o terceiro gigante, capaz de controlar o legislador mastodonte e o leviatanesco administrador.”¹⁵¹

O controle judicial da constitucionalidade das leis, implementado sob o ideal de completude e congruência do sistema jurídico, demanda, por sua própria essência e para que se mostre efetivo, que os órgãos judiciários competentes para este controle possam vincular todos aqueles submetidos ao sistema. A jurisdição constitucional exige, mais do que qualquer outra – porque “guardiã” da norma ápice do ordenamento – uniformidade dos seus pronunciamentos, sob pena de instalar-se a balbúrdia e a insegurança.

A sempre presente preocupação dos sistemas jurídicos, mesmo daqueles da família do *civil law*, com o estabelecimento de métodos de uniformização da Jurisprudência, já é indicativo de que o princípio da supremacia da lei não se incompatibiliza com a busca de mecanismos para “domesticar” a plurivocidade natural do intérprete judicial, estabelecendo linhas mais contínuas na solução, pelo Poder Judiciário, das questões de direito. Se antes se acreditava que a desejável uniformidade advinha simplesmente do fato de que o trabalho do juiz se resumia a retirar do texto legal a (única) interpretação *verdadeira*, uma melhor compreensão dos

¹⁵¹ **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993. p. 46/7.

mecanismos hermenêuticos e o avanço nos estudos da semiótica, ao explicitar a inevitável equívocidade da linguagem, demonstrou o quanto de mito havia naquela primeira idéia.

Como seria possível conviverem a constatação da multiplicidade de sentidos da norma e a segurança jurídica? Como é possível obter-se previsibilidade – uma das mais importantes funções do Direito –, se é impossível prever a solução judicial, podendo ser consideradas igualmente legítimas soluções divergentes? Assim, a uniformização da Jurisprudência vem se mostrando cada vez mais importante na manutenção da coerência e funcionalidade dos sistemas jurídicos. E isto é particularmente verdadeiro no que diz respeito à Jurisprudência resultante das decisões dos órgãos judiciais a quem compete o controle da constitucionalidade das leis.

Por sua tradição, os órgãos judiciais de controle de constitucionalidade não se destinam a apreciar e decidir questões de fato – não lhes é dado rever a versão fática que os juízes das instâncias inferiores reconheceram através das provas presentes nos autos. Sua função não é tratar das peculiaridades concretas de cada caso, mas interpretar o sentido jurídico abstrato presente na norma e, através da sua decisão, imprimir a esta interpretação um sentido o mais unívoco quanto desejado para uma maior harmonia do sistema jurídico.

Teoricamente, portanto, a previsão de vinculatividade para as decisões reiteradas de tribunais que tenham este perfil – i.e., os tribunais constitucionais, como o nosso STF, ou mesmo o STF ou os Tribunais

Superiores, todos competentes para julgar recursos com nítida função de uniformização jurisprudencial – não parece agredir a coerência dos sistemas baseados no princípio da supremacia da lei, funcionando mesmo, ao contrário, como mecanismo de manutenção desta congruência.

Ao lado desta constatação, podem ainda ser alinhados outros argumentos que confirmam a constitucionalidade da atribuição de efeito vinculante à Jurisprudência:

a) Falar em ofensa à separação dos poderes é esquecer que, mesmo nos ordenamentos em que esta separação se mantém nos moldes mais tradicionais (sistemas romano-germânicos), a compreensão dos mecanismos da decisão judicial, da hermenêutica judicial, aponta para a inevitável criatividade da decisão judicial, para a desmistificação do modelo interpretativo que atribuía a sua tarefa mero efeito declaratório. O juiz nunca foi – e não poderia ser, por sua própria condição humana e pelo fato das normas serem formuladas através de linguagem – um mero repetidor do que já está posto anteriormente na lei, e isto não infirma o ideal da separação dos poderes. A uniformização da jurisprudência (do que a atribuição de efeito vinculante à Jurisprudência é um dos métodos) mostra-se, contrariamente, meio efetivo de coerência do sistema e, por conseguinte, proteção e garantia do Direito escrito, da própria função legislativa do Estado.

Edilson Pereira Nobre Júnior lembra, como prova do que se disse, que a Constituição americana explicita no seu texto o modelo tradicional de

separação dos poderes, enfatizando inclusive, segundo ele, “a reserva da função de legislar pelo Parlamento, ao ditar, no artigo I, seção I, da Constituição de 1789, que todos os poderes legislativos por esta conferidos são atribuídos ao Congresso, composto por Senado e pela Câmara dos Representes. Não obstante, este mesmo país submete seu sistema jurídico aos princípios do common law, atribuindo força vinculante às diretrizes jurisprudenciais firmadas por suas cortes”.¹⁵²

b) A previsão de mecanismos de cancelamento e revisão da Jurisprudência vinculante (mesmo nos sistemas *common law*¹⁵³) vai de encontro à idéia de que esta força vinculante levaria à “petrificação do Direito”. Miguel Reale, neste mesmo sentido, afirma que “se as súmulas, em suma, forem permanentemente revistas, à vista do progresso da doutrina e do trabalho dos operadores do Direito, não haverá com elas estancamento da experiência jurídica, mas sim a sua dinâmica e prudente concreção.”¹⁵⁴

c) A previsão de tribunais superiores competentes para a uniformização das decisões judiciais sobre questões constitucionais (através do controle difuso exercido pelo recurso extraordinário ao STF), e mesmo do Direito federal (através do recurso especial ao STJ), dispostos, em uma estrutura piramidal, na cúpula da organização judiciária brasileira, demonstra

¹⁵² **O Direito Processual Brasileiro e o Efeito Vinculante das Decisões dos Tribunais Superiores.** *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 785, p. 67, 2001.

¹⁵³ Alípio Silveira (**A Reelaboração das Leis pelos Tribunais.** *Revista de Processo*, São Paulo, n. 13, p. 22/3, 1979.) lembra que a Suprema Corte Americana, a despeito da teórica rigidez da Constituição daquele país, foi responsável pela adaptação do seu texto através dos tempos, operando avanços incompatíveis com a afirmação de que o *stare decisis* levaria à “petrificação do direito”.

¹⁵⁴ Conferência de 07.04.99, in Superior Tribunal de Justiça, 1989-1999, Eventos Comemorativos. Brasília, p. 96, 1999.

a preocupação da Constituição com a coerência entre os comandos produzidos pela Jurisprudência, e depõe a favor da constitucionalidade das iniciativas que introduziram (ou desejam alargar) no sistema jurídico brasileiro, em determinados casos, efeito vinculante para a Jurisprudência – pois é certo que *“o interesse público na uniformização do direito destaca uma característica pregnante da lógica da jurisprudência: o tribunal tem que decidir cada caso particular, mantendo a coerência da ordem jurídica em seu todo.”*¹⁵⁵

d) Em último lugar, mas nem por isso menos importante, a constatação de que a atribuição de efeito vinculante às súmulas dos tribunais superiores não teria, teoricamente, o condão de *“aniquilamento da independência judicial”*, em face das próprias características da hermenêutica que precede o ato de julgar. O juiz não é a *“mera boca da lei”*, tanto quanto não *pode* ser a *“mera boca da jurisprudência”*. A *súmula vinculante* será, tanto quanto a lei, submetida à interpretação e à adaptação de seu comando aos fatos e à questão concreta que os juízes têm diante de si. Desta operação, não importa o que diga o legislador, resultará uma norma jurídica nova, que tanto poderá repetir fielmente o conteúdo da *súmula*, quanto, desde que rigorosamente fundamentada, inovar-lhe o conteúdo, promovendo a natural e inevitável mutabilidade do Direito.

É o que também demonstra J. J. Calmon de Passos:

“Assim sendo, inaceitável se negue a liberdade reconhecida ao juiz para interpretar a norma de caráter geral que lhe

¹⁵⁵ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia – entre facticidade e validade**, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. I, p. 295.

cumpre aplicar ao caso concreto quando se cuide de interpretação de súmula vinculante. Donde ser admissível sua inaplicabilidade ao caso concreto desde que justificada a posição do magistrado, tal como ocorre quando se cuida da hermenêutica de um dispositivo legal. Tudo será problema de clareza e de pertinência da fundamentação oferecida. Essa paridade entre a lei (norma geral) e a súmula vinculante (norma interpretativa de caráter geral) é indispensável e se me afigura, como dito antes, uma decorrência do sistema.”¹⁵⁶

¹⁵⁶ **Súmula Vinculante.** *Revista Genesis*, n. 6, 1997, disponível em <<http://cm-net-cwb-c8b033403.brdterra.com.br/genesis/>>. Acesso em 11 jan. 2002.

4.3.3 O PAPEL DA JURISPRUDÊNCIA NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO – UMA ANÁLISE ZETÉTICA

Falar da congruência lógica das normas do ordenamento é, como se fez acima, no entanto, apenas parte do trabalho. E nessa primeira fase concluiu-se que, sim, à Jurisprudência pode ser atribuído efeito vinculante sem que disso resulte, em sistemas jurídicos como o brasileiro, vício de inconstitucionalidade.

O tema exige, no entanto, que se ultrapasse a análise simplesmente dogmática do problema. Faz-se necessária uma digressão *zetética*, nas palavras de Tercio Sampaio Ferraz Jr., em que o *“investigador preocupa-se em ampliar as dimensões do fenômeno, estudando-o em profundidade, sem limitar-se aos problemas relativos à decisão dos conflitos sociais, políticos econômicos, (...)”* encaminhando *“sua investigação para os fatores reais do poder que regem uma comunidade, para as bases econômicas e sua repercussão na vida sócio-política, para um levantamento dos valores que informam a ordem constitucional, para uma crítica ideológica, sem preocupar-se em criar condições para a decisão constitucional dos conflitos máximos da comunidade”*, tornando a investigação *“infinita, liberando-a para a especulação”*.¹⁵⁷

¹⁵⁷ **Introdução ao Estudo do Direito – Técnica, Decisão e Dominação**. São Paulo: Atlas, 1995. p. 44.

O recrudescimento das discussões em torno da força vinculante da Jurisprudência, no Brasil, foi deflagrado pela preocupação com o agravamento da crise por que passa o Poder Judiciário, com especial enfoque sobre a *lentidão* de sua resposta aos jurisdicionados. Praticamente todos os defensores da *súmula vinculante* apresentam como principal argumento a agilização dos mecanismos judiciais que, teoricamente, dela resultaria.

A *súmula vinculante* vem, enfim, sendo apresentada – na mesma linha das inúmeras mudanças impostas ultimamente às leis processuais, principalmente no que diz respeito a recursos – como solução para as graves deficiências do *acesso à justiça* pela população brasileira (especialmente, no caso, para o excessivo número de processos submetidos ao julgamento dos tribunais superiores, já que possibilita, sem maiores esforços argumentativos, e de uma só vez, o encerramento de grande quantidade de processo). O que há de verdade nisso? Desconfia-se que tanta verdade, por exemplo, quanto a que havia nos prognósticos que antecederam as inúmeras alterações sofridas pelo Código de Processo Civil em meados da década de 90 (especialmente no que diz respeito aos recursos). Naquela época, se falava em agilização e maior efetividade da prestação jurisdicional. Hoje, não só a Doutrina, mas a prática diuturna daqueles que trabalham com o Direito, demonstram que os objetivos não foram alcançados, e os *“erros levaram a que as reformas, em lugar de resolverem a crise da Justiça, agravassem-na e o fizessem progressivamente, até atingir o intolerável”*. Quem assim afirma é J. J.

Calmon de Passos, que ainda continua, tangenciando um ponto que muito aproxima suas palavras do que ora se deseja falar:

“Distorção não menos grave, outrossim, foi a de ter colocado como objetivo a alcançar com as reformas preconizadas apenas uma solução, fosse qual fosse, para o problema do sufoco em que vive o Poder Judiciário, dado o inadequado, antidemocrático e burocratizante modelo de sua institucionalização constitucional. A pergunta que cumpria fosse feita – quais as causas reais dessa crise – jamais foi formulada. Apenas se indagava – o que fazer para nos libertarmos da plethora de feitos e de recursos que nos sufoca? E a resposta foi dada pela palavra mágica ‘instrumentalidade’, a que se casaram outras palavras mágicas – ‘celeridade, ‘efetividade, ‘deformalização’ etc. E assim, de palavra mágica em palavra mágica, ingressamos num processo de produção do Direito que corre o risco de se tornar pura prestidigitação. Não nos esqueçamos, entretanto, que todo espetáculo de mágica tem um tempo de duração e a hora do desencantamento.”¹⁵⁸

Na mesma linha das ponderações do professor baiano, não se acredita que a adoção do *stare decisis* constitua solução para o “sufoco” do Poder Judiciário brasileiro. Ele tem raízes muito mais profundas, que ressurgirão com igual força, tenham ou não força vinculante as súmulas dos tribunais superiores. Propalar soluções “mágicas” a partir de sua instituição é atitude irresponsável e, sobretudo, desonesta, já que se mascara subrepticamente a irresponsabilidade, fazendo crer ao grande público – desinformado e facilmente manipulável – que algo de efetivo está a ser feito.

Desde a crise da educação no seu sentido mais amplo e, em particular, do ensino jurídico (que vem a reboque do completo descaso para com a Universidade pública), passando pela falta de técnica e transparência

¹⁵⁸ **Instrumentalidade do Processo e Devido Processo Legal.** *Revista de Processo*, São Paulo, n.102, p. 66/7, 2001.

na arregimentação e preparação dos juízes, nos critérios de progressão na carreira (em que o tráfico de influências, benesses políticas e barganhas com o Executivo determinam as graves distorções no preenchimento dos cargos de segunda instância e tribunais superiores), até chegar na ineficiente administração dos recursos humanos e estruturais dos órgãos do Poder Judiciário (pessoal de apoio administrativo despreparado, benfeitorias voluptuárias de um lado, falta de recursos para as necessárias de outro, péssimo aproveitamento dos recursos tecnológicos): embora as causas da crise sejam do conhecimento de todos, não é possível identificar iniciativas sérias e efetivas em prol das soluções. Em seu lugar, repetem-se propostas periféricas, de fácil implementação (que, como no caso das *súmulas vinculantes*, apenas dependem de uma penada do legislador), mas muito bem apresentadas como a “grande saída”.

No caso específico das *súmulas vinculantes*, seus defensores¹⁵⁹ tem-na, declaradamente, por solução para o congestionamento causado, nos tribunais, pelas centenas, por vezes milhares de ações semelhantes, na maior parte das vezes tendo por causa medidas tomadas pelo próprio Estado, com repercussão sobre um universo muito grande de pessoas. Em verdade, a massificação das relações no mundo contemporâneo, o agigantamento de determinados sujeitos (do Estado, das empresas transnacionais, dos grandes conglomerados de empresas nacionais que muitas vezes dominam todo um setor do mercado) e o desenvolvimento

¹⁵⁹ do que são exemplos os autores referenciados nas notas de número 143 a 147, *supra*.

tecnológico (que também agiganta os instrumentos de exploração da natureza pelo homem, na mesma medida dos efeitos provocados sobre bens naturais explorados) formam um cenário ideal para que atos singulares criem, simultaneamente, relações jurídicas com grandes grupos humanos, expondo-os a ameaças ou efetivos prejuízos, também em largas proporções. Este quadro de coisas exigiu adaptação do Direito, surgindo exemplos, no mundo todo, de meios processuais de defesa dos direitos ditos *transindividuais*. No Direito brasileiro, é o caso da ação popular, da ação civil pública e do mandado de segurança coletivo. A criação dos instrumentos processuais, no entanto, não poderia vir dissociada do fortalecimento da sociedade civil organizada, capaz de deles fazer uso eficientemente, *concentrando* as demandas perante o Poder Judiciário e equilibrando os efeitos que a nova realidade exerce sobre o fluxo de ações que lhes cabe apreciar. Não foi, entretanto, o que aconteceu: até o momento praticamente apenas o Ministério Público (órgão estatal, cumpre frisar) vem utilizando a ação civil pública, enquanto os institutos são subaproveitados pelos demais legitimados.

Programas sérios de educação da população, de forma a construir solidamente a noção de cidadania e consciência política são, certamente, complexos e trabalhosos. Eles ensejariam, entretanto, a concentração das demandas transindividuais, por meio do uso consciente e oportuno dos instrumentos processuais destinados à defesa de direitos transindividuais. A esta alternativa, porém, prefere-se (e não é difícil imaginar o porquê) a atribuição de força vinculante à Jurisprudência.

Por último, há que se fazer referência a um outro, não menos importante, lado do problema da introdução do *stare decisis* no Direito brasileiro: o perfil conservador e a falta de controle democrático previsto sobre o Poder Judiciário brasileiro, da forma que ele hoje está delineado na Constituição.

A forma nada transparente de preenchimento dos cargos dos tribunais (cuja conseqüência mais perniciosa é a concentração de poder na segunda instância, com o correlato enfraquecimento do juiz singular) associada à ausência de um mecanismo de controle político sobre o Judiciário, delineiam para seus órgãos um perfil nada recomendável para aqueles a quem a própria Constituição reserva o papel de seu protetor. A Constituição de 1988, diante deste quadro, falhou gravemente ao deixar sem resposta um importante questionamento: quem protegerá a sociedade do Judiciário?

E a História vem demonstrando que a Sociedade tem necessitado desta proteção. Exemplo dos mais eloqüentes é dado através de texto de Ingeborg Maus, professora titular de ciência política da Universidade *Johann Wolfgang Goethe*, de *Frankfurt am Main*, em que a autora trabalha o problema do crescimento do “Terceiro Poder”, na Alemanha e no mundo em geral, esclarecendo que *“não se trata simplesmente da ampliação objetiva das funções do Judiciário, com o aumento do poder da interpretação, a crescente disposição para litigar ou, em especial, a consolidação do controle jurisdicional sobre o legislador, principalmente no continente europeu após as duas guerras mundiais. Acompanha essa evolução uma representação*

*da Justiça por parte da população que ganha contornos de veneração religiosa*¹⁶⁰. Maus lembra a indiferença, mais do que isso, o alinhamento do Poder Judiciário alemão, perante as atrocidades nazistas, pontuando que a direção da Associação dos Juízes Alemães chegou a declarar, em 19 de março de 1933, *“total fidelidade” a Hitler*¹⁶¹.

O exemplo alemão encontra eco na história brasileira. Não se tem registro de um posicionamento institucional do Poder Judiciário brasileiro contra os golpes militares, nem de um pronunciamento em oposição ao aniquilamento sofrido pelas instituições democráticas (especialmente o Poder Legislativo) nestes períodos. Muito ao contrário, parece mesmo que os períodos de exceção da história política brasileira patrocinaram um alargamento do poder em mãos do Judiciário. Disso é exemplo a Emenda Constitucional 07/77 (promulgada quando vigente o Ato Institucional n. 5 de 1968), ao texto da Emenda Constitucional de 1969, que criou para Supremo Tribunal Federal a competência para processar e julgar *“representação do Procurador-Geral da República, por inconstitucionalidade ou para interpretação de lei ou do ato normativo federal ou estadual”*. Tratando do mesmo incidente, o Regimento Interno daquele tribunal concedia a esta

¹⁶⁰ **Judiciário com Superego da Sociedade.** *Novos Estudos*, São Paulo, n. 58, p. 185, 2000.

¹⁶¹ A autora chega a transcrever trechos da declaração: *“O juiz alemão foi desde sempre consciente, nacionalista e responsável (...) sempre decidiu segunda a lei [!] e sua consciência [!]. Oxalá possa a grande tarefa de construção do Estado oferecer em breve ao povo alemão o sentimento da imprescindível união.”*

interpretação “força vinculante, implicando sua não-observância negativa de vigência do texto interpretado”. A mesma EC n. 07/77 ainda introduzia no Direito brasileiro a malsinada “avocatória”: o STF passou a poder avocar para si, a pedido do Procurador-Geral da República, o processo e o julgamento de causas de que decorresse “*imediato perigo de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou às finanças públicas*”, suspendendo os efeitos da decisão eventualmente proferida por outro juízo ou Tribunal, o controle difuso de constitucionalidade, surtindo a decisão proferida pelo STF efeito vinculante sobre todos os juízos e, inclusive, sobre o Poder Executivo. Um outro exemplo, presente no próprio texto da Emenda Constitucional de 1969: a (esdrúxula) competência, criada pelo artigo 119, §3º, “d”, para os tribunais, através dos seus regimentos, “legislarem” sobre processo.

O conservadorismo do Poder Judiciário brasileiro – especialmente das suas instâncias superiores –, a sua histórica falta de comprometimento com a democracia e ausência de previsão de controle externo democrático sobre os seus órgãos, fazem-no despreparado para o alargamento de poder que representará a previsão genérica de efeito vinculante para a Jurisprudência. Pelas mesmas razões, às quais se alia a estreita relação de submissão e proselitismo entre as altas cúpulas do Judiciário e o Executivo¹⁶², tem-se por certo que os resultados esperados com esta medida não serão alcançados: a *súmula vinculante* não resolverá o problema da ineficiência do Judiciário

¹⁶² O Estado da Bahia é campo farto para pesquisar a veracidade desta afirmação. Interessante leitura a respeito é o relato de vários “casos” verídicos, feito por J. J. Calmon de Passos no Anexo II (p. 127 e ss.) do seu **Direito, poder, justiça e processo – julgando os que nos julgam**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

brasileiro, porque ela não resolve suas causas.

Resgata-se, a título de fecho, o questionamento feito no início: os comandos contidos na *Jurisprudência* possuem, ou podem vir a possuir, no Direito brasileiro, força cogente sobre as condutas humanas, servindo, por isso, de fundamento, por si só, para decisões judiciais? E a ela responde-se: sob um prisma meramente dogmático, a instituição de força cogente para a *Jurisprudência* não se mostra em desacordo com o sistema jurídico brasileiro, sendo possível identificar-se, já em vigor, várias normas jurídicas que a prevêm; sob um prisma que leva em consideração o contexto histórico, político, econômico e social do qual participará, a atribuição de efeito vinculante para a *Jurisprudência* – antes que outras estruturais e fundamentais sejam implementadas – é indesejável, não atinge os fins a que se propõe, favorecendo, ao contrário, o recrudescimento das mazelas que tornam o Poder Judiciário descumpridor de seus fins institucionais.

CONCLUSÕES

01 Porque arca com a responsabilidade de sua liberdade, e porque não vive sozinho, o homem, diferentemente dos demais seres vivos, depende de regras de conduta para dotar de um mínimo de previsibilidade sua existência, concedendo-lhe a segurança necessária para a permanência das sociedades humanas.

02 O Direito constitui-se em um desses conjuntos de regras de conduta, que se diferencia dos demais por contar, para fazer cumpridas suas normas, com a coação imposta por um aparelho social institucionalizado. Modernamente, no ocidente, este papel é desempenhado pelo Estado.

03 A ambigüidade própria às palavras que compõem a expressão *fonte do Direito* faz com que a esta sejam atribuídos vários significados. Naquele adotado mais expressivamente pela Teoria Geral do Direito, no entanto, a palavra *Direito* equivale à noção de *Direito Objetivo*, e há uma direta correspondência com o que a Doutrina costuma chamar de *fontes formais* do Direito – instâncias de produção normativa que podem contar,

para o seu cumprimento, com a coação estatal; em outras palavras, *fontes formais* (fontes do Direito *no sentido estrito*) são aquelas que podem ser mencionadas pelo Estado-juiz, no momento de sua decisão, como argumento *originário* para imposição coativa de uma determinada conduta a alguém.

04 O Estado moderno é fruto de uma conjunção de fatores filosóficos, sociais, políticos e econômicos que, mais ou menos a partir do século XV, alteram a forma de o homem compreender e lidar com o mundo, caracterizando-se, essencialmente, por um forte apego à racionalidade. Tais características redundam, no campo do Direito, no *positivismo jurídico*.

05 Por ter sido formulada sob o pálio do *positivismo*, a *teoria das fontes do Direito* segue seus princípios, entre os quais se destacam o da *supremacia da lei* e da *completude e coerência* do sistema jurídico.

06 A função judicial é criativa – i.e., o resultado do labor judicial sempre acrescenta algo novo à ordem jurídica.

07 Para a definição dos limites à criatividade judicial deve-se ter em conta o ponto de conciliação entre o excessivo subjetivismo do pensamento realista e o mito de *pureza científica* do racionalismo positivista.

08 O sistema da legalidade continua sendo a forma mais eficiente, até hoje elaborada pelas mentes humanas, dentro das específicas condições sociais, políticas e econômicas enfrentadas pelos Estados modernos ocidentais de tradição romanística, de garantir que o Direito reflita, da forma

mais equânime possível, os diferentes anseios das sociedades humanas. Por isso, o Legislador é o veículo mais autorizado democraticamente para fazer as opções, pode-se dizer, em *primeiro plano*.

09 A criatividade do juiz deve encontrar, portanto, na *lei*, o seu limite. Um limite, é certo, flexível e, por ser posto através da *palavra*, naturalmente sensível aos valores apreendidos pelo julgador através da história, das circunstâncias políticas, econômicas e, até mesmo, psicológicas a que ele está submetido enquanto *homem*. Acreditar no contrário é transformar o juiz – deslegitimado democraticamente, até em razão da forma simplesmente técnica pela qual é arregimentado – em arbitrário *legislador*.

10 O distinto papel que a Jurisprudência desempenha nos sistemas jurídicos de *common law* e *civil law* tem razão nas peculiaridades históricas e políticas que lhes serviram de cenário, ressaltando-se, *naqueles*, a relativa força mantida pelos parlamentos mesmo durante o *Antigo Regime*, a forma de dominação normanda sobre os países anglo-saxônicos, a criação de cortes judiciais desde épocas muito remotas e a posição socialmente prestigiada dos juízes. *Nestes*, a reduzida importância dada à Jurisprudência, como fonte do Direito, deriva da relação histórica estabelecida entre o Judiciário e as circunstâncias político, sociais e econômicas que antecederam o Estado moderno.

11 A Doutrina, nos sistemas romanísticos, nega à Jurisprudência o caráter de fonte do Direito no sentido estrito. Parte, para isso, de duas premissas: a) a compreensão estrita de fonte do Direito, como aquela posta

abstratamente, obrigando a todos e, especialmente, passível de ser mencionada pelo Estado-juiz, no momento de sua decisão, como argumento originário para imposição coativa de uma determinada conduta a alguém; b) os sistemas romano-germânicos não contemplam regra expressa que conceda às decisões dos tribunais efeito vinculante sobre as decisões posteriores. De regra, reconhecem-lhe o papel de fonte subsidiária, com funções interpretativas e integrativas.

12 É possível colher, entretanto, nos ordenamentos jurídicos da maioria dos países de *civil law* – inclusive no brasileiro –, exemplos, cada vez mais numerosos, de órgãos judiciais a cujas decisões é atribuído efeito obrigatório *erga omnes*.

13 É exatamente o que ocorre no Brasil, onde, a despeito do art. 5º, II da Constituição Federal e do art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, são identificados exemplos, no passado e no presente, de normas legais que atribuem à Jurisprudência papel de fonte do Direito *no sentido estrito*.

14. É possível afirmar-se, portanto, que a Jurisprudência pode ser considerada, no Brasil, *fonte do direito no sentido estrito*, já que, em diversas situações, a ela é atribuído caráter de norma abstrata e obrigatória *erga omnes*, passível de ser mencionada pelo Estado-juiz, no momento de sua decisão, como argumento originário para imposição coativa de uma determinada conduta a alguém.

15 Do ponto de vista dogmático, a atribuição de força vinculante à Jurisprudência não se mostra em desacordo com o sistema jurídico

brasileiro – ao contrário, a própria previsão de tribunais superiores competentes para a uniformização das decisões judiciais sobre questões constitucionais (através do controle difuso exercido pelo recurso extraordinário ao STF), e mesmo do Direito federal (através do recurso especial ao STJ), dispostos, em uma estrutura piramidal, na cúpula da organização judiciária brasileira, demonstra a preocupação da Constituição com a coerência entre os comandos produzidos pela Jurisprudência, e depõe a favor da constitucionalidade das iniciativas que introduziram (ou desejam alargar) no sistema jurídico brasileiro, em determinados casos, efeito vinculante para a Jurisprudência.

16 Já sob um prisma que leva em consideração o contexto histórico, político, econômico e social, aquela medida, no entanto, tomada em substituição às necessárias mudanças estruturais no Poder Judiciário brasileiro (especialmente quanto à ausência de previsão de um mecanismo de controle democrático de suas atividades), é indesejável, não atinge os fins a que se propõe, favorecendo, ao contrário, o recrudescimento das mazelas que tornam o Poder Judiciário descumpridor de seus fins institucionais.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Pestana de. **A súmula vinculativa como um retrocesso perante a histórica evolução da jurisprudência.** *ADV – Advocacia Dinâmica: Seleções Jurídicas*, n. 4, p. 40-47, mar., 1997.

AKEL, Hamilton Elliot. **O poder judicial e a criação da norma individual.** São Paulo: Saraiva, 1995.

ALVIM, J. E. Carreira. **Alternativas para uma maior eficácia da prestação jurisdicional.** *Revista de Processo*, São Paulo, n. 84, p. 175-198, 1996.

ARAÚJO, Justino Magno. **Aspectos da jurisdição nos sistemas de *common law* e *civil law*.** *Ajuris*, Porto Alegre, n. 40, p. 184-201, 1987.

BAUR, Fritz. **Da importância da dicção “*iuria novit curia*”.** *Revista de Processo*, São Paulo, n. 3, p. 169-177, 1976.

BAUR, Fritz. **O Papel Ativo do Juiz.** *Revista de Processo*, São Paulo, n. 27, p. 187-199, 1982.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico - Lições de Filosofia do Direito.** São Paulo: Ícone, 1995.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico.** Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.

BOTTALLO, Eduardo Domingos. **A natureza normativa das Súmulas do STF, segundo as concepções de Direito e de norma de Kelsen, Ross, Hart e Miguel Reale.** *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 29, p. 17-25, 1974.

BOUCAULT, Carlos E. de; RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Hermenêutica Plural.** São Paulo: Martins Fontes, 2002.

BUZAID, Alfredo. **Uniformização de jurisprudência**. *Ajuris*, Porto Alegre, n. 34, 1985.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do Direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1992.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Irresponsáveis?** Porto Alegre: Fabris, 1989.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: Fabris, 1993.

CÁRCOVA, Carlos María. **A Opacidade do Direito**. São Paulo: LTr, 1998.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. São Paulo: Saraiva, 1995.

COLE, Charles D.. **Precedente Judicial – a experiência americana**. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 92, p. 71-86, 1997.

COSTA, Luiz Antonio Severo da. **O poder normativo do Supremo Tribunal Federal**. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 447, p. 11-19, 1973.

CUNHA, Sérgio Sérvulo da. **O Efeito Vinculante e os Poderes do Juiz**. São Paulo: Saraiva, 1999.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Judiciário independente e responsável**. *Enfoque Jurídico*, São Paulo, n. 8, p. 14-16, 1997.

DAVID, René. **O Direito Inglês**. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos. **Constituição e Hermenêutica Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 1998.

FELICIANO, Eva da Cruz. **O instituto da uniformização da jurisprudência**. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 529, p. 271-273, 1979.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio Ferraz. **A Ciência do Direito**. São Paulo: Atlas, 1980.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio Ferraz. **Introdução ao Estudo do Direito – Técnica, Decisão e Dominação**. São Paulo: Atlas, 1994.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. Petrópolis, RJ: Vozes, 1997.

GALLO, Antonio Felipe. **A lei como fonte principal do Direito inglês nos dias de hoje**. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 673, p. 31-34, 1992.

GARCIA, Dínio de Santis. **Efeito Vinculante dos Julgados da Corte Suprema e dos Tribunais Superiores.** *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 734, p. 40-49, 1996.

GOMES, Luiz Flávio. **A Dimensão da Magistratura no Estado Constitucional e Democrático de Direito.** São Paulo: RT, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade.** 2v. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HECK, Luis Afonso. **As fontes do Direito.** *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 677, p. 59-81, 1992.

KARAN, Munir. **A Função Judicial.** *Revista de Processo*, São Paulo, n. 42, p. 169-186, 1986.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito.** Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LAZZARINI, Alexandre Alves. **A indução generalizadora na elaboração da jurisprudência.** *Revista de Processo*, São Paulo, n. 83, p. 246-253, 1996.

LÉVY-BRUHL, Henri. **Sociologia do Direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **A Força Criativa da Jurisprudência e os limites impostos pelo texto da lei.** *Revista de Processo*, São Paulo, n. 43, p. 57-60, 1986.

LIMA, Augusto César Moreira Lima. **Precedentes no Direito.** São Paulo: LTr, 2001.

LIMA, Cláudio Vianna de. **Uniformização de jurisprudência.** *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 254, 1977.

LOBO, Jorge. **O sistema jurídico americano: a crescente importância da legislação e o especial significado da decisão judicial.** *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 654, p. 38-51, 1991.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. **A hermenêutica jurídica de Gadamer.** *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 145, p. 101-112, 2000.

MACCORMICK, D. Neil, **Estado de derecho y rule of law.** In: THESING, Josef (org.). *Estado de Derecho y Democracia.* Buenos Aires: CIEDLA, 1997, p. 101-117.

MACHADO NETO, A. L. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito.** São Paulo: Saraiva, 1988.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência Jurisprudencial e Súmula Vinculante**. São Paulo: RT, 1999.

MARCONDES, Danilo. **Iniciação à História da Filosofia – Dos Pré-socráticos a Wittgenstein**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1998.

MAUS, Ingeborg. **Judiciário com Superego da Sociedade**. *Novos Estudos*, São Paulo, n. 58, p. 183-202, 2000.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

MELO Filho, Álvaro. **Súmulas vinculantes: os dois lados da questão**. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 87, p. 103-109, 1997.

MONTESQUIEU, **Do Espírito das Leis**. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1962.

MOREIRA Neto, Diogo de Figueiredo. **O Poder Judiciário e seu papel na reforma do Estado. O controle jurisdicional dos atos administrativos e a súmula vinculante**. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, n. 27, p. 29-32, 1999.

MOREIRA, José Carlos Barbosa Moreira. **Notas sobre alguns aspectos do processo (civil e penal) nos países anglo-saxônicos**. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 92, p. 87-104, 1998.

MOURA ROCHA, José de. **A importância da Súmula**. *Revista Forense*, São Paulo, n. 25, p. 91-98, 1977.

MOUSSALLEM, Tárek Moysés. **Fontes do Direito Tributário**. São Paulo: Max Limonad, 2001.

NINO, Carlos Santiago. **Introducción al análisis del derecho**. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1998.

NOBRE Jr., Edilson Pereira Nobre. **O Direito Processual Brasileiro e o Efeito Vinculante das Decisões dos Tribunais Superiores**. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 785, p.46-72, 2001.

PARÁ Filho, Tomás. **A chamada “uniformização da jurisprudência”**. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 1, p. 71-82, 1976.

PASSOS, J. J. Calmon de, **Instrumentalidade do Processo e Devido Processo Legal**. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 102, p. 55-67, 2001.

PASSOS, J. J. Calmon de. **Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

PASSOS, J. J. Calmon de. **Súmula Vinculante**. *Revista Genesis*, n. 6, 1997, disponível em <<http://cm-net-cwb-c8b033403.brdterra.com.br/genesis/>>. Acesso em 11 jan. 2002.

PEDROSO, Antônio Carlos de Campos. **Integração Normativa**. São Paulo: RT, 1985.

PINTO, Tereza Arruda Alvim. **A função das Súmulas do Supremo Tribunal Federal em face da Teoria Geral do Direito**. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 40, p. 224-233, 1985.

RÁO, Vicente. **O Direito e a vida dos direitos**. v. 1. São Paulo: RT, 1997.

RE, Edward D.. **Stare Decisis**. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 73, p. 47-66, 1994.

REALE, Miguel. **Conferência de 07.04.99**. *Superior Tribunal de Justiça, 1989-1999*, Eventos comemorativos. Brasília, 1999.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. São Paulo: Saraiva, 1996.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. São Paulo: Saraiva, 2000.

RESTIFFE NETO, Paulo. **A uniformização da jurisprudência**. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 476, p. 278-280, 1985.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **Sobre a súmula vinculante**. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 133, p. 51-64, 1997.

SÁ, Djanira Maria Radamés de. **Súmula Vinculante – Análise crítica de sua adoção**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

SALDANHA, Nelson. **Filosofia do Direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

SALDANHA, Nelson. **Formação da Teoria Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

SALDANHA, Nelson. **Ordem e Hermenêutica**. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

SAMPAIO, Nelson de Souza. **O Supremo Tribunal Federal e a nova fisionomia do Poder Judiciário**. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 75, p. 05-20, 1985.

SCARMAN, Lorde Leslie. **O Direito Inglês. A nova dimensão**. Porto Alegre: Fabris, 1978.

SÈROUSSI, Roland. **Introdução ao Direito Inglês e Norte-Americano**. São Paulo: Landy, 2001.

SILVA, Evandro Lins e. **Efeito vinculante das súmulas – Os assentos da casa da suplicação.** *ADV – Advocacia Dinâmica: Boletim Informativo Semanal*, São Paulo, n. 35, p. 448-449, 1997.

SILVA, Juary C. **Pela Instituição da Obrigatoriedade das Súmulas de Jurisprudência.** *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 17, p. 133-146, 1999.

SILVA, Ovídio Batista da. **Racionalismo e Tutela Preventiva em Processo Civil.** *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 801, p.30-43, 2002.

SILVEIRA, Alípio. **A reelaboração das leis pelos tribunais.** *Revista de Processo*, São Paulo, n. 13, p. 15-30, 1979.

SILVEIRA, Alípio. **O costume jurídico no Direito brasileiro.** *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v.163, p.74-88, 1956.

SOARES, Guido Fernando Silva. **Common Law – Introdução ao Direito nos EUA.** São Paulo: RT, 1999.

SOUZA, Carlos Aurélio Mota de Souza. **Direito judicial, jurisprudencial e sumular.** *Revista de Processo*, São Paulo, n. 80, p. 208-214, 1995.

STRECK, Lenio Luiz. **Súmulas no Direito brasileiro – Eficácia, poder e função.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (Org.). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Análises à Luz da Lei n. 9.882/99.** São Paulo: Atlas, 2001.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **A Jurisprudência como fonte do Direito e o aprimoramento da magistratura.** *Revista de Processo*, São Paulo, n. 24, p. 99-109, 1981.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **Considerações sobre o Direito norte-americano.** *Revista de Processo*, São Paulo, n. 16, p.113-133, 1979.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva, **O Poder Judiciário: como torná-lo mais ágil e dinâmico: efeito vinculante e outros temas.** Disponível em <<http://www.imb.org.br/revista11/caderno/intex.htm>>. Acesso em 13 dez. 2001.

VILANOVA, Lourival. **As estruturas lógicas e o sistema do Direito positivo.** São Paulo: Max Limondad, 1997.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Poder Judiciário: crises, acertos e desacertos.** São Paulo: RT, 1995.