



Excesso de “Liberdade” de Decisão: o “tiro que saiu pela culatra”

Teresa Arruda Alvim Wambier

Livre-docente, doutora e mestre em Direito pela PUC-SP.

Professora nos cursos de graduação, especialização, mestrado e doutorado da mesma instituição. Professora no curso de mestrado da UNIPAR. Membro do IBDP, da International Association of Procedural Law, do Instituto Ibero-americano de Direito Processual, da Academia de Letras Jurídicas do Paraná e São Paulo, do IAPR e do IASP, da AASP, do IBDFAM, do Instituto Panamericano de Derecho Procesal e da International Bar Association. Advogada.

Sumário: 1. Anotações introdutórias – 2. A história explica algumas diferenças entre o civil Law e o common Law – 3. A vinculatividade dos precedentes no sistema de common Law – 4. A vinculatividade da lei nos sistemas de civil Law – 5. Quando pode o juiz criar direito, nos sistemas de civil law? – 6. Necessidade de respeito à jurisprudência “firmada” – necessidade de que a jurisprudência seja “estável” – 7. Técnicas introduzidas recentemente no ordenamento processual civil brasileiro – 8. O problema gerado pela possibilidade de haver controle difuso da constitucionalidade das leis – a solução – 9. Anotações de caráter conclusivo



1. Anotações introdutórias

Essas nossas breves considerações partem da nossa firme convicção no sentido de que a função do direito é, em primeiro lugar a de gerar estabilidade, proporcionando tranquilidade no jurisdicionado, na medida em que esse possa moldar sua conduta contando com certa dose considerável de previsibilidade. O direito, todavia, tem, também, em nosso sentir, de ser adaptável, já que serve à sociedade e esta sofre alterações ao longo do tempo.

As situações corriqueiras da vida de cada um de nós às vezes nos fazem entender certos fenômenos do direito com mais intensidade e profundidade do que se ler um livro inteiro de alta filosofia jurídica. Permito-me, por isso, citar alguns exemplos da vida cotidiana, para mostrar como há situações que nos incomodam.

Os assuntos são três: limite de tamanho e peso da bagagem que pode ser levada dentro do avião conosco, necessidade de preenchimento do verso do cartão de embarque e de se mostrar documento de identidade no momento de embarcar.

Quantas e quantas vezes viajamos com uma mala, numa terça feira, que se permite seja levada conosco. E com a mesma mala, na quinta feira seguinte, que se diz dever ser despachada. Quantas e quantas vezes despachamos a mala, por exigência da moça que fez o *check in* e, já sentados no avião, nos surpreendemos com alguém que entra com um volume que é o triplo do tamanho do nosso e que mal se acomoda no compartimento acima das poltronas?

São frequentes as filas e o tumulto no saguão de embarque de pessoas procurando canetas nos bolsos ou mesmo saindo da fila para procurar uma “mesinha” (no aeroporto?) para preencher o verso do cartão de embarque. Quanto à exigência de se exibir a identidade no momento do embarque, esta se faz, via de regra, quando algum terrorista faz explodir uma bomba em Londres ou em Madri. E também as pessoas param para procurar os documentos que acabaram de guardar, ou nos bolsos, ou nas bolsas.

A ausência de regras claras não agrada ninguém. E se pode pensar: mas nós conhecemos as regras! São 5kgs, etc. Mas as regras SÃO AQUELAS QUE ORIENTAM DE FATO A CONDUTA DOS FUNCIONÁRIOS. As regras são as que estão sendo efetivamente



APLICADAS. Há, portanto, uma regra diferente a cada dia!

Esta situação compromete a tranquilidade, a previsibilidade, ofende a isonomia e inviabiliza a efetividade.

Tranquilidade, previsibilidade, isonomia, efetividade: tudo isto o direito deve atingir e deve preservar.

Quando o direito não atinge estes fins, o jurisdicionado fica atordoado, não consegue planejar sua vida e se sente tremendamente injustiçado.

A partir de uma visão comparada,¹ pretendemos demonstrar que tanto nos sistemas de *civil law*, quanto nos de *common law*, o direito nasceu e existe com o objetivo predominante de criar estabilidade e previsibilidade. O mais curioso é que os sistemas de *civil law* são uma criação pretensamente racional que teve como objetivo específico, e praticamente declarado, o de alcançar exatamente aquelas finalidades que, como se sabe, no Brasil, nem sempre são alcançadas.

2. A história explica algumas diferenças entre o *civil law* e o *common law*

Quando se pensa em como o sistema de *common law* nasceu, é-se inclinado a responder que eles sempre foram como são hoje. É o que J. H. Baker constata quando relata que “em 1470, um *sergeant-at-law* sustentou que o *common law* existe desde a criação do mundo” (...) “não é improvável que ele acreditasse literalmente no que dizia”. Aliás, “isso não consiste num total absurdo, pois o sistema inglês representa um ininterrupto desenvolvimento desde os tempos pré-históricos: não houve nenhum ato consciente de criação ou adaptação”.²

De fato, a natureza contínua do desenvolvimento do direito

1 A comparação é feita quase que exclusivamente com o sistema inglês, pois estivemos durante o ano de 2008 pesquisando na Squire Law Library, da Universidade de Cambridge, a convite de Neil Andrews, como Visiting Professor e lá foi feita parte da pesquisa. Todas as versões dos textos citados, que estão entre aspas e em português, foram feitas por nós e o original consta da nota de rodapé.

2 “In 1470, an English sergeant - at - law maintained that the common law had been in existence since the creation of the world” (...) “it was not improbable that he believed it literally”. Moreover: “It was not a wholly absurd notion, inasmuch as the English system represented an unbroken development from prehistoric times: there had been no conscious act of creation or moment of adaptation”. An Introduction to English Legal History, 4 ed., Butterworths, Lexis Nexis, p. 1, citando Wallyng v. Meger (1470) (47ss 38), per Catesby sjt.



inglês pode dar a impressão de que este sempre tenha sido como é hoje.

R. C. Van Caenegem afirma que a história do direito inglês é um *continuum*. Nunca houve o desprezo do que se entendia como correto antes, ou uma divisão do direito entre duas eras, uma pré e uma pós-revolucionária.³

Está claro que os sistemas de *common law* não foram sempre como são hoje, embora, a sua principal característica parece sempre ter estado presente: casos concretos são considerados fonte do direito. O direito inglês, berço de todos os sistemas de *common law* que hoje existem no mundo, nasceu e se desenvolveu de um modo que nos parece poder ser qualificado como “natural”: os casos iam surgindo, iam sendo decididos. Quando, depois, surgiam casos iguais ou semelhantes, aquela decisão tomada anteriormente era repetida para aquele novo caso. Mais ou menos como acontecia no direito romano.

Até hoje a ideia de que casos iguais devem ser decididos da mesma forma, é idéia fundamental em toda a sistemática dos países de *common law*, e assim pretende-se que seja preservada a igualdade. Sendo a jurisprudência uniforme, estável, consistente haverá ademais condições para que se crie previsibilidade, de molde a que o cidadão possa planejar sua via sem levar sustos. Garante-se, assim, a harmonia.

Claro que houve mudanças no direito inglês desde o seu início até hoje. Durante muito tempo, não houve diferença substancial entre os atos de julgar, de administrar e de legislar.⁴

O *common law* era composto de costumes “geralmente observados pelos ingleses”. Esta é a origem do nome *common*, ou seja, as decisões dos conflitos eram baseadas nos costumes, enquanto que hoje, as decisões são baseadas nelas mesmas (precedentes). Hoje, os costumes só têm valor jurídico, se encampados por um precedente.⁵

3 R. C. Van Caenegem, Judges, Legislators & Professors, Goodhart lectures, 1984 – 1985, Chapters in European Legal History, Cambridge University Press, 2006, p. 8.

4 J. H. Baker, An Introduction to English Legal History, 4 ed., Londres, Butterworths, 2002, p. 1.

5 “Generally observed among Englishmen”. Rupert Cross e J. W. Harris, Precedent in English Law, Clarendon Law Series, Clarendon Press, Oxford, 4 ed., 1991, p. 165.



A história dos sistemas de *civil law* é diferente. O que é interessante observar é que, ao que parece, tudo o que aconteceu no passado teve como objetivo a criação de um sistema apto a conter abusos e a preservar a igualdade. Quis-se criar um sistema harmônico e coerente, de uma forma racional.

Sucintamente, pode-se dizer que os costumes germânicos prevaleceram durante o 5.º e 6.º século, época em que os povos germânicos dominavam a Europa central e ocidental. Num certo momento, o direito romano praticamente desapareceu.

Muitos textos romanos foram, no entanto, redescobertos no fim do século XI, e se tornaram objeto de imensa atenção de estudiosos do norte da Itália, principalmente de Bologna. A *jurisprudência*, como ramo do conhecimento que estuda o direito, considera-se ter nascido exatamente nesse momento.

Sem que tivesse sido integralmente abandonado o pensamento jurídico romano, uma característica diferente foi acrescentada: o dogmatismo. Os textos eram estudados e analisados profundamente, por meio de diferentes métodos: gramatical, retórico e dialético. Eram harmonizados por meio de um complexo processo de exegese, pois os textos nem sempre eram coerentes. Usando a linguagem dos nossos dias, poderíamos dizer que os estudiosos impuseram ao material encontrado uma forma “sistemática”.

É relevantíssima a informação no sentido de que o *Corpus Juris Civilis*, volumosa coletânea de textos romanos escritos na época de Justiniano e que, sob o seu comando, foram publicados no século VI e exerciam a função de direito em relação a uma parte considerável do império romano, não era um código. Dentre os textos, alguns eram muito antigos, outros recentes; alguns eram atos legislativos e outros consistiam em doutrina.⁶ Não raramente, os estudiosos se defrontavam com textos contraditórios e tinham de se utilizar de complexos processos para compatibilizá-los. Daí nasceram regras como por exemplo, *o legislador disse mais do que queria*, ou *menos do que queria* ou *a regra especial prevalece sobre a geral* etc...

Assim, o direito passou a ser inteiramente absorvido pelas

6 R. C. Van Caenegem, cit., p. 41. Também na Alemanha o *Corpus Juris Civilis* foi “recebido” e a sua recepção gerou um corpo de normas estudado por profissionais (*Juristenrecht*). O direito romano foi a base teórica do desenvolvimento do direito que culminou no trabalho dos juristas do Século XIX.



universidades, onde estudiosos se ocupavam de analisar técnicas jurídicas que acabavam também por servir a propósitos políticos.

Entende-se, portanto, a importância que tem a *doutrina* para os sistemas de *civil law*.

Dando um salto histórico, vamos para um segundo momento relevante para fixar as características dos sistemas de *civil law*: a revolução francesa. É o momento em que se transfere centro do poder do monarca para a Nação, que gerou o ambiente no qual nasceu a base do *estilo* de raciocínio jurídico dos sistemas de *civil law*.

De fato, desde o século XVII, o raciocínio abstrato vinha caracterizando a maneira de os franceses verem o direito e a vida em geral. A teoria de Montesquieu, no sentido de que não deveria haver superconcentração de poderes na mão de um só indivíduo, foi combinada com a visão de Rousseau, no sentido de que a lei escrita deveria ser a expressão da vontade da Nação francesa.⁷

A ideia de que o poder central era justificado ou legitimado pela vontade do povo, foi uma das principais concepções que inspirou a Revolução Francesa. Consequentemente, os juízes tinham que *obedecer à lei*, tinham que decidir os casos precisamente de acordo com a lei, sendo suas decisões sempre fundamentadas, devendo ser feita expressa referência à lei. Juízes eram vistos como seres inanimados, agindo como se fossem “a boca da lei”. As teorias dedutivas eram capazes de explicar as decisões judiciais como se elas fossem o resultado de um raciocínio absolutamente lógico: Lei + fatos = decisão.

Essa concepção rígida era parcialmente decorrente de uma profunda desconfiança nutrida pela burguesia em relação aos juízes.

Havia uma crença profunda no sentido de que a vontade do povo estava efetivamente refletida na lei e, consequentemente, entendia-se que esta deveria ser respeitada literalmente. Se as decisões judiciais fossem baseadas na lei, garantir-se-ia que a vontade do povo estava sendo cumprida.

Percebe-se, portanto, que, através de um *ato racional*,

7 Zenon Bankowski, Neil MacCormick, Lech Morawski, Alfonso Ruiz Miguel, Rationales for Precedent, in Interpreting Precedents, A Comparative Study, organizado por Neil MacCormick e Robert S. Summers, Dartmouth Publishing Company Ltd, Ashgate Publishing limited, Gover House, Croft Road, Aldershot, Hants, GU113H3, Inglaterra, p. 482.



ocorrido num certo momento histórico, relevantíssimo para os rumos que acabou tomando o direito nos sistemas de *civil law*, pretendeu-se conter o abuso de poder, que gerava, obviamente, um excesso insuportável de *arbitrariedades*, suprimindo qualquer possibilidade de que houvesse *estabilidade e previsibilidade* na vida social.

O sistema anterior (*ancien régime*), que foi abolido pela Revolução Francesa, dava muitos privilégios para a nobreza e para o clero, que, por exemplo, não pagavam impostos. Por outro lado, os juízes eram perigosamente influenciáveis pelos poderosos. Por isso, absoluta rigidez da lei era preferível à liberdade de interpretação por parte dos juízes.

Durante o período revolucionário, muitos governos poderiam ter tido a iniciativa de criar códigos. Só sob Napoleão I, entretanto, foi editado, em 1804, o Código Civil.

A separação de poderes passou a ser vista como um pressuposto da concepção de Estado de Direito. No lugar de uma unidade, simbolizada pelo monarca, havia, agora, uma complexa estrutura formada por forças interligadas e equilibradas.⁸

Uma forte conexão foi estabelecida entre a **lei escrita** e a **igualdade**, pois passou a ser entendido que, quando a lei impera, a igualdade é garantida. Ao contrário, quando o que impera é a vontade do homem, a arbitrariedade é favorecida.⁹

De fato, a *igualdade* estava entre as principais ideias encampadas pela legislação concebida durante o período revolucionário francês: *liberté, égalité et fraternité*. Estas ideias estavam refletidas nas leis escritas e os tribunais deviam aplicar esta lei aos casos concretos, *jamaís formulando regras gerais*.

Com o passar do tempo, essas condições passaram a sofrer profundas alterações.

As mudanças da sociedade moderna impuseram uma visão diferente do direito. O mundo estável, com divisão nítida de classes sociais, em que praticamente não havia mobilidade e em que o acesso à justiça era razoavelmente restrito, passou, aos poucos, a dar lugar a uma sociedade em que as alterações ocorrem muito rapida-

8 Tércio Sampaio Ferraz, *Função Social da Dogmática Jurídica*, São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 67.

9 Norberto Bobbio, *Teoria Geral da Política*, Rio de Janeiro: Campus, 2000, p. 312-313.



mente; que abrange, possibilita e incentiva a mobilidade social, o que acaba, de certo modo, gerando correlata modificação na esfera dos valores sociais. Por outro lado, o acesso à justiça, tradicional sonho dos juristas de *civil law*, se tornou uma realidade.

Este quadro acabou gerando um aumento considerável da complexidade dos casos trazidos ao Judiciário. Este fenômeno fez com que muitos pensadores percebessem que o *texto da lei* tinha se tornado um instrumento insuficiente para resolver todos os problemas levados ao Judiciário, já que as multifacetadas feições das sociedades contemporâneas, somadas ao fato de o Judiciário ter-se tornado mais acessível, acabou por obrigar o juiz dos nossos tempos a decidir de acordo com as particularidades de cada caso. Esses fenômenos também acabaram por gerar um estilo diferente de redigir as disposições legais. Isto significa que, de algum modo, deve haver *flexibilidade*.

Nesse contexto, as decisões já não mais podem ser vistas como resultado da aplicação automática da lei e o pensamento jurídico tradicional, de natureza lógico-dedutiva, vêm se mostrando impotente para resolver parte expressiva dos conflitos.

Percebem-se, neste ambiente, dois problemas sérios a resolver, que em nosso entender, devem ser solucionados sem que sejam comprometidos os objetivos estabilidade e previsibilidade, que consideramos ser o núcleo da função do direito. Esses dois problemas são: (a) de que parâmetros podem valer-se o juiz, além da lei escrita para resolver os conflitos? (b) Como evitar que se comprometa indesejavelmente o princípio da isonomia, como decorrência da possível diversidade de decisões, que podem ser geradas pelo uso de parâmetros menos *seguros* do que a lei escrita?

3. A vinculatividade dos precedentes no sistema de *common law*

Entende-se, nestes sistemas, que o juiz não pode *desapontar* os cidadãos. Estes não podem ser surpreendidos por uma decisão que nunca poderia ter sido imaginada antes. A previsibilidade é inerente ao Estado de Direito, afirmação também repetida com frequência pelos juristas de *civil law*.

R. C. Van Caenegem menciona alguns critérios para que se esteja diante de um *bom* sistema jurídico (*good law*): as normas têm



que ser compreensíveis e cognoscíveis. Observa que, dificilmente, haveria alguém que discordasse serem estas duas características necessárias para que se considere *bom* um sistema jurídico. As pessoas não podem ser “como cachorros que só descobrem que algo é proibido quando um bastão atinge o seu nariz”.¹⁰

O objetivo da previsibilidade é atingido no sistema de *common law* pela prática de se obedecerem precedentes. O comportamento dos cidadãos deve conformar-se aos termos das decisões judiciais. Isto diz respeito às partes e ao resto da sociedade, que observa as decisões judiciais e ajusta o seu comportamento ao que estas dizem.¹¹

Estabilidade, uniformidade e solidez¹² são condições para a existência de *previsibilidade*. Neste panorama a *igualdade* acaba naturalmente sendo respeitada. E a igualdade é um dos principais fundamentos do sistema de precedentes vinculantes.

Esta ideia está muito presente na doutrina alemã, que usa a expressão princípio da proteção.¹³

A vinculatividade dos precedentes é justificada pela necessidade de *igualdade* e a *igualdade* é atingida através da seleção de aspectos do caso que deve ser julgado, que devem ser considerados relevantes, para que esse caso seja considerado *semelhante* a outro, e decidido da *mesma forma*.

Hoje, o direito inglês é composto de dois elementos principais: *common law* (incluindo a *equity*) e lei escrita. É importantíssimo salientar que o sistema de precedentes vinculantes se aplica, no *common law*, mesmo quando o juiz decide com base na lei.¹⁴ Nota-se, portanto, que o juiz fica adstrito a adotar a interpretação da lei pela qual terá optado o juiz que decidiu caso idêntico, anteriormente.¹⁵

10 Judges, Legislators & Professors, cit., p. 161.

11 Larry A. Alexander, Emily L. Sherwin, Judges as Rule Makers, in Douglas Edlin (ed.), Common Law Theory, Nova Iorque, Cambridge University Press, 2005, p. 2.

12 Os ingleses usam muito a palavra consistency cuja tradução em português seria firmeza, solidez e de certo modo, compatibilidade com outras regras existentes.

13 Robert Alexy e Ralf Dreier, Precedent in the Federal Republic of Germany, in Interpreting Precedents, A Comparative Study, coletânea organizada por Neil McCormick e Robert S. Summers, Dartmouth Publishing Company (etc) p. 17 a 64, especialmente p. 19.

14 Rupert Cross and J. W. Harris, Precedent in English Law... cit., p. 5.

15 A. L. Goodhart, Precedent in English Law and Continental Law, in The Law Quarterly Review, vol. L, Londres, Stevens & Sons, Limited, 119 & 120 Chancery Lane, 1934, p. 40-65, especialmente p. 41.



Usa-se a expressão *common law*, nos dias de hoje, para significar um marcante contraste que existe entre os sistemas de *civil law* e de *common law*. Este contraste significa que nos sistemas de *common law* o direito é *feito pelo juiz* (*judge-made law*) e, nos sistemas de *civil law*, quem cria o direito é o Poder Legislativo. No entanto, precedentes vinculam, tratando-se dos sistemas de *common law*, em ambos os casos, ou seja, nos sistemas de *common law*, os precedentes vinculam tanto no campo das decisões em que o juiz cria a regra, quanto naquelas em que o juiz aplica a lei.¹⁶

A Inglaterra não tem Constituição escrita, diferentemente dos Estados Unidos. Entende-se que a base da Constituição inglesa é o *common law*, derivado principalmente de precedentes e tendo incorporado princípios básicos de documentos como a Magna Carta (1215) e o *English Bill of Rights* (1689).¹⁷ Hoje, todavia, há leis escritas na Inglaterra, inclusive em forma de Código, como, por exemplo, o Código de Processo Civil de 1998.

O sistema de precedentes vinculantes faz com que as cortes ajam em duas dimensões: resolvem conflitos, e isto diz respeito ao *passado*; e têm o papel de *fazer direito*, criando regras para o *futuro*. A primeira função atinge uma audiência limitada: o réu e o autor. A segunda atinge uma audiência mais ampla, que inclui o público, os tribunais, a mídia, os acadêmicos e outros tribunais.¹⁸

Uma palavra sobre a *Equity*. O sistema da equidade foi inspirado por ideias de justiça natural e por isso conserva este nome, mas hoje se trata, pura e simplesmente, de um ramo do direito inglês, em que se encontra, por exemplo, a *law of trusts*, a tutela específica e as *injunctons*.¹⁹ Deve-se frisar que o sistema de precedentes vinculantes existe também neste campo.

Os autores ingleses comentam que o sistema de precedentes vinculantes é aplicado na Inglaterra na sua versão mais rígida.²⁰ Precedentes devem seguidos, se não houver nenhuma razão séria

16 R. C. Caenegem, cit., p. 44.

17 Robert W. Emerson, *Business Law*, Barron's, 4 ed., 2004, p.7.

18 David Dyzenhaus e Michael Taggart, *Reasoned Decisions and Legal Theory*, in *Common Law Theory*, coordenado por Douglas E. Edlin, p. 134-166 (especialmente p. 146).

19 Glanville Williams: *Learning the Law*, Londres, Sweet and Maxwell, 2006, p. 24.

20 A. L. Goodhard, op. cit., p. 41.



para que sejam abandonados. É comum que o juiz, mesmo não concordando intimamente com a regra constante do precedente, decida de acordo com ele, por apego à necessidade de preservar a igualdade.

Por fim, é oportuno ressaltar que, na Inglaterra, um determinado tribunal não precisa obedecer a precedente de um órgão inferior. Entretanto, é comum que as decisões das cortes inferiores sejam respeitadas, se não houver uma séria razão para serem desconsideradas.²¹

Até bem pouco tempo atrás, mais precisamente até 1966, o sistema de precedentes na Inglaterra era tão rígido, que a *House of Lords*, órgão supremo do Poder Judiciário no Reino Unido, não podia modificar os seus próprios precedentes. Era o *stare decisis*, na sua versão mais rígida: conservar as *rationes decidendi* de casos anteriores. Esta expressão vem do latim: *stare decisis et non quieta movere*.²²

Entende-se que, como os ingleses tradicionalmente não têm lei escrita nem códigos, há necessidade de uma espécie de “cimento” para gerar certeza e este “cimento” consiste justamente na doutrina do precedente vinculante. Por isso o *practice statement* da *House of Lords* de 1966 foi considerado uma revolução técnica²³ e os conservadores hesitaram em apoiar a medida.

Também é oportuno que se diga que seguir precedentes é também uma questão de *cultura*, porque, na Inglaterra, mesmo se uma *ratio* tiver pura e simplesmente valor persuasivo, esta será seguida, a não ser que o juiz tenha uma séria razão para não fazê-lo.

Por fim, é conveniente registrar que esse nível de rigidez não existe em todos os países de *common law*. Afastar um precedente e criar outro no seu lugar (*overruling*) é muito mais comum nos Estados Unidos do que na Inglaterra.²⁴

Parte da doutrina observa que, muitas vezes, o desejo de se tratarem os jurisdicionados de forma idêntica, acaba sendo rea-

21 A. L. Goodhard, op. cit., p. 41-42.

22 José Rogério Cruz e Tucci, Precedente Judicial como fonte do direito, São Paulo: RT, 2004, p. 160.

23 Rupert Cross e J. W. Harris, cit., p. 107.

24 Rupert Cross e J. W. Harris, op. cit., p. 20.



lizado por um preço muito alto, pois se o tribunal cometeu um erro julgando o caso A, considera-se que o mesmo erro deve ser repetido no caso B.²⁵

Todavia, em uma circunstância não se consegue evitar, no sistema inglês, a surpresa do cidadão. A mudança da regra, quando se abandona um precedente e se cria outro, tem efeito retroativo (*retrospective effect*). Isso significa que a parte é julgada de acordo com a *rule* que existe no momento do julgamento, sendo indiferente se o precedente, que existia à época do fato, era outro. Quando o juiz cria direito, estabelecendo um precedente novo, a parte sucumbente vai ser “punida” não porque deixou de cumprir um dever que tinha, mas porque deixou de cumprir um dever criado depois de ocorrida a sua conduta.²⁶ Cumpre aqui observar que, nos Estados Unidos, o juiz, quando cria um precedente novo, pode determinar se os seus efeitos devem ser retroativos ou devem produzir-se dali para frente,²⁷ à semelhança do que ocorre hoje com a ação declaratória de inconstitucionalidade no Brasil. (art. 27, Lei 9.868/1999)

4. A vinculatividade da lei nos sistemas de *civil law*

Como se mencionou antes, os sistemas de *civil law* são quase que inteiramente baseados na lei escrita, codificada ou não.

Precedentes não são normalmente vinculantes. Um dos princípios básicos deste sistema é o princípio da legalidade ou *Normgebundenheits Prinzip*.

Este princípio significa que os juizes têm que decidir os casos de acordo com a lei escrita. As decisões devem ser sempre fundamentadas, nelas deve haver referência à lei e elas são redigidas para persuadir a comunidade jurídica, membros do Judiciário e juristas, em geral.

A rigidez que poderia se esperar encontrar nos sistemas de *civil law*, como uma de suas principais características, tem um contrapeso, que pode gerar um imenso desequilíbrio (como ocorre no

25 A. L. Goodhart, op. ult. cit., p. 56.

26 Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Massachussets, Harvard University Press, 1978, p. 84.

27 Rupert Cross e J. W. Harris, cit., p. 229 e 230.



Brasil): juízes podem decidir de acordo com suas próprias opiniões a respeito do sentido da lei.

Além disso, esta rigidez é razoavelmente suavizada por algumas técnicas empregadas recentemente na redação das leis, que consistem na inclusão de conceitos tidos como vagos, indeterminados ou abertos e de cláusulas gerais.²⁸

Ademais, cada vez mais frequentemente, princípios jurídicos, que são verbalmente formulados com auxílio de expressões propositadamente vagas, integram os raciocínios jurídicos.

Vê-se, portanto, que os parâmetros nos quais se baseiam as decisões dos juízes atualmente nos sistemas de *civil law* são bem menos seguros e mais flexíveis do que aqueles que havia no período revolucionário. As leis não são mais as mesmas, os raciocínios jurídicos são permeados de princípios jurídicos e o juiz pode decidir de acordo com a sua convicção.

Esta foi a versão que se entendeu conveniente adotar nos sistemas de *civil law*, para que o direito pudesse absorver e neutralizar a complexidade, já referida, das sociedades contemporâneas.

Por isso, hoje se compreende o princípio da legalidade não mais como sendo um excessivo apego à letra da lei. Entende-se, atualmente, que a lei vincula, do modo como é vista através dos olhos da doutrina e da jurisprudência predominante. Isto quer dizer que a lei não precisa ser sempre compreendida e obedecida, em seu sentido literal.²⁹

5. Quando pode o juiz *criar* direito, nos sistemas de *civil law*?

Em nosso entender, isso pode ocorrer, sem que se comprometa o Estado de Direito. A atividade criativa do juiz aparece nitidamente quando este decide com base em conceitos vagos, já que este “descobre” um dos possíveis sentidos da expressão usada pela lei, “recheando” um conceito aberto. Um bom exemplo é o sentido da

28 A. L. Goodhart observou isso. Disse que “flexibility in civil law countries can be achieved if law is framed in general terms”, *Precedents...*, cit., p. 51.

29 Winfried Hassemer, O sistema do direito e a Codificação: a vinculação do juiz à lei, in *Revista da Faculdade de Direito da PUC/RS*, v. 9, ano VII, Porto Alegre, 1985, p. 28.



expressão *família*, para efeito de incidência da Lei 8.009/1990. Os tribunais entendem, e esse entendimento acabou sendo sumulado pelo STJ, que esta expressão abrange diversas situações, como a do neto que mora com os avós, do sobrinho que mora com os tios e mesmo aquele que mora sozinho.³⁰

Com base em princípios jurídicos, a jurisprudência engendrou, com inspiração no direito estrangeiro, a teoria da *desconsideração da pessoa jurídica*, afastando a regra da separação integral de personalidades jurídicas dos sócios e das sociedades por estes composta.

Parece tanto evidente quanto inevitável que haja um certo *efeito surpresa*, quando ocorrem estas inovações. (incluir aquela nota de rodapé que está antes, no texto) No entanto, este efeito surpresa é atenuado e efetivamente desaparece, quando se torna a regra os tribunais decidirem deste jeito, aqueles casos. *Do mesmo jeito*.

É oportuno citar decisão do STJ em que se considerou não devida a indenização decorrente de uma desapropriação de imóvel em que o proprietário plantava psicotrópicos. Entendeu-se que não estava sendo cumprida a função social da propriedade.³¹

São casos ditos difíceis, ou *hard cases*, que ensejam que o juiz exerça criatividade. Estes casos são aqueles cuja solução não está clara no sistema (porque não é evidente que a situação esteja abrangida pelos dizeres da lei) ou cuja solução não foi formulada no sistema e, portanto, precisa ser inteiramente criada, com base, por exemplo, em princípios jurídicos.

A constitucionalidade das quotas raciais, nas universidades brasileiras, são um bom exemplo. Respeitam a igualdade? Ou dão ênfase à desigualdade? Significam discriminação reversa?

Quando se pensa na previsibilidade, como objetivo a ser perseguido e alcançado pelo direito, não se quer com isso dizer que as partes tenham sempre condições de prever de forma precisa como será a decisão de um processo em que contendem. Mas a decisão não deve ser daquelas que jamais poderiam ser imaginadas.

30 REsp 182223/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Rel. p/ Acórdão Ministro Humberto Gomes de Barros, Corte Especial, j. em 06.02.2002, DJ 07.04.2003, p. 209. Súmula 364 do STJ.

31 REsp. 498.742 – PE (2003/0017278-8), rel. Min. José Delgado, j. 16/setembro/2003.



Em casos “fáceis” do dia a dia (como categoria diferente da dos *hard cases*) não deve o juiz exercer criatividade alguma. Se o fizer, estará comprometendo o Estado de Direito.

E os limites desta criatividade?

Estão, indubitavelmente, na necessidade de que o juiz seja neutro, pois decide em nome da sociedade. É nos valores predominantes na sociedade (no *ethos* dominante) que busca elementos para criar direito, nos casos em que isto é permitido.³²

6. Necessidade de respeito à jurisprudência “firmada” – necessidade de que a jurisprudência seja “estável”

Para que seja preservado o princípio da igualdade, é necessário que haja uma mesma pauta de conduta para todos os jurisdicionados.

Interessante que a obtenção da igualdade é objetivo dos sistemas de *civil law* e de *common law*. Nos sistemas de *civil law*, a pauta de conduta dos jurisdicionados, como se viu, não está exclusivamente na letra da lei. Está na lei, enquanto “compreendida” pela doutrina e pelos tribunais.

Aceitar, de forma ilimitada, que o juiz tem liberdade para decidir de acordo com sua própria convicção, *acaba por equivaler a que haja várias pautas de conduta diferentes (e incompatíveis) para os jurisdicionados*. Então tudo passa a depender de que juiz e de que tribunal tenha decidido o seu caso concreto? Ou de que Câmara? Ou de que Turma?

Temos convicção de que o sistemático desrespeito a precedentes compromete o Estado de Direito, na medida em que as coisas passam a ocorrer como se houvesse várias “leis”, regendo a mesma conduta: um clima de integral instabilidade e ausência absoluta de previsibilidade.

Nos sistemas de *civil law*, de regra, precedentes começam a gozar de respeito quando formam jurisprudência predominante. Ou quando se trata de um *leading case*.



O que se pretende aqui frisar, de maneira insistente e com muita veemência, é que se, por um lado, é indesejável a discordância entre os tribunais sobre como decidir uma mesma questão, assim como não é conveniente que os tribunais, pura e simplesmente, e surpreendentemente, mudem de posição, por outro lado, *a necessidade de uniformização é muito mais urgente quando se trata de decisões baseadas nesses parâmetros flexíveis, referidos no item anterior.*

Isto porque nestes casos a desuniformidade da jurisprudência é de certo modo inevitável e “esperada”, já que os parâmetros são mesmo mais inseguros.

Observamos que esses parâmetros, sendo mais flexíveis e, portanto, menos seguros, têm a potencialidade de gerar decisões extremamente diferentes umas das outras, para casos substancialmente idênticos. Esse fenômeno torna o sistema insuportavelmente flácido e sem coesão, gerando situação de absoluta falta de previsibilidade para os jurisdicionados e, portanto de total insegurança.

O mais importante que se compreenda, em todo este contexto, é que a liberdade dada, por estes expedientes técnicos, como por exemplo, o uso de um conceito vago, *não se destina ao juiz individualmente considerado, mas ao Judiciário como um todo.* Evidentemente, esta liberdade não pode ser entendida como sendo uma liberdade para que cada juiz adapte o direito ao caso concreto à *sua maneira pessoal*. Esta liberdade, isto sim, é engendrada pelo sistema para que o Judiciário, como um todo, adapte o direito às alterações da sociedade ou às alterações de casos concretos, respeitando o princípio da igualdade.

A dispersão da jurisprudência, fruto de diversas causas (v. item 9), é realmente um paradoxo, na exata medida em que os sistemas de civil law foram concebidos por um ato racional (v. item 2) especificamente destinado a conter abusos. Foram estruturados e moldados para gerar segurança, previsibilidade e respeitar a igualdade.

Ora, de que adianta ter-se uma só lei com diversas interpretações possíveis? Tantas pautas de conduta haverá, quantas forem estas interpretações. É como, repetimos, se houvesse VÁRIAS LEIS disciplinando a mesma situação.



7. Técnicas introduzidas recentemente no ordenamento processual civil brasileiro

Ao que parece, o legislador brasileiro já se apercebeu desta necessidade. Não é saudável que convivamos eternamente com tribunais decidindo concomitantemente, de forma diferente, a mesma questão. Assim como não é conveniente que nossos tribunais sejam tribunais de “grandes viradas”.

Ou seja, é necessário, sobretudo, que os Tribunais Superiores aprendam a respeitar sua própria jurisprudência.

“Acidentes” como a aposentadoria ou a morte de um Ministro não deve ser capaz ou suficiente para alterar o entendimento de um Tribunal.

Muitos dispositivos, como, por exemplo, os arts. 557, 544 § 3.º e § 4.º, 518 § 1.º, 285-A, 543-B e 543-C do CPC são sintomas de que a nossa lei processual está caminhando no sentido de proporcionar condições para que haja uniformidade da jurisprudência num grau socialmente desejável. O mesmo se pode dizer relativamente à repercussão geral e à súmula vinculante. E também, como se verá adiante, de uma nova tendência que começa a se manifestar no âmbito do STF. (item 8)

Estes artigos do CPC, a que se faz alusão a *jurisprudência dominante*, a *súmula* do STJ ou do STF, como parâmetros para a decisão, ou os que permitem que se decidam casos iguais (muitos de uma só vez) da mesma forma, quando há um número expressivo deles em tribunal de segundo grau e se faz a seleção de um ou de alguns representativos da controvérsia, para que sejam admitidos e julgados pelo STJ ou pelo STF, só podem, obviamente, gerar resultados saudáveis para o sistema se os Tribunais Superiores se absterem da prática de alterar suas decisões. Caso isto não ocorra, nos ousaríamos dizer que a quase totalidade destas inovações poderão ser consideradas um verdadeiro desastre.

8. O problema gerado pela possibilidade de haver controle difuso da constitucionalidade das leis - a solução

A dispersão da jurisprudência, como tendência indesejável



que está instalada em nossos tribunais, assume especial gravidade quando se pensa no sistema de controle das leis.

No Brasil, sabe-se, adota-se um sistema misto de controle de constitucionalidade das leis. O controle concentrado produz efeito *erga omnes* e o difuso, pelo que diz a doutrina tradicional, *inter partes*.

Pode ser feito por meio da técnica da declaração de inconstitucionalidade ou da interpretação conforme a Constituição, em ambos os casos.

O fato de os juizes poderem fazer este controle em cada processo submetido à sua apreciação, somado à liberdade (teórica) que teria cada juiz de decidir de acordo com sua convicção pessoal acerca da constitucionalidade ou da inconstitucionalidade do dispositivo legal aplicável ao caso, não poderia produzir, como de fato não produz, bons resultados.

De fato, a adoção do método difuso de constitucionalidade das leis, num país em que *não se exige a obediência aos precedentes* e em que *não há a cultura do respeito a eles*, está fadada a produzir um *quadro caótico*, em que a multiplicidade de “pautas de conduta” para o jurisdicionado gera um grau insuportável de insegurança.

Isto porque, como dissemos no item 4, a conduta do jurisdicionado – ou seja, dos integrantes da sociedade – não é mais a letra da lei. É, isto sim, a lei, tal como interpretada e compreendida pela doutrina, pela jurisprudência, com base nos princípios etc... Ou seja: é a “versão final” da lei.

Admitida indiscriminadamente esta discrepância, quantas “versões finais” haverá?

Ultimamente vem surgindo no STF tendência jurisprudencial atribuindo às decisões incidentais acerca da inconstitucionalidade da lei, tomadas pelo plenário do próprio STF, *efeito vinculante*.³³

Assim, de acordo com esta tendência, os demais órgãos do Poder Judiciário e a Administração Pública devem respeitar as decisões do STF tomadas nestas condições, como se estas fossem fruto de Ações Declaratórias de inconstitucionalidade, i. e., do controle concentrado.



Esta situação, embora não comporte comparação com algo que possa efetivamente ocorrer no sistema inglês, é expressiva como demonstração da necessidade da implantação da cultura do respeito aos precedentes e da imposição da obediência a eles, em certas situações.

Há muito tempo, aliás, já se esboçava na doutrina a tendência de se considerar carente de sentido a necessidade de o STF notificar o Legislativo para que suspendesse a eficácia da lei tida por inconstitucional, para que se obtivesse, assim, resultado absolutamente equivalente à eficácia *erga omnes*.

9. Anotações de caráter conclusivo

Indubitavelmente, a necessidade de certeza é a razão mais relevante que leva à necessidade de respeito aos precedentes.³⁴ A ausência deste respeito gera a possibilidade de degeneração do sistema numa “*wilderness of individual and unconnected instances*”.³⁵

Nos sistemas de leis codificadas, uma das mais evidentes razões para que sejam seguidos “precedentes de interpretação” é que não é suficiente que tenhamos o mesmo corpo de normas escritas para que seja respeitado o princípio da igualdade, mas estas devem estar em vigor na mesma interpretação em todas as regiões do país.³⁶

Há várias razões por trás da tendência à dispersão da jurisprudência. Vivemos num país de dimensões continentais, e o Poder Judiciário no Brasil não é centralizado. Michele Taruffo demonstra que a estrutura do Judiciário pode influenciar profundamente a situação da dispersão ou do respeito aos precedentes. Tudo pode ser mais simples em sistemas não federativos, em que os tribunais são organizados numa dimensão simples. As organizações podem ser compactas ou diversificadas. Taruffo dá a Noruega como exemplo do primeiro tipo e a França, do segundo.³⁷

34 A. L. Goodhart, *Precedent in English and Continental Law*, cit., p. 58, destaques nossos.

35 A. L. Goodhart, *Precedent in English and Continental Law*, cit., p. 53. Mantivemos a citação no idioma original, o inglês, por ser a expressão usada impactante: numa selvageria (= num caos) de decisões individuais desconexas.

36 Zenon Bankowski; Neil McCormick; Lech Morawski; Alfonso Ruiz Miguel – *Rationales for Precedents*, in *Interpreting Precedents*, cit., p. 486.

37 Michele Taruffo, *Institutional Factors Influencing Precedents*, in: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (eds.). *Interpreting Precedents: a Comparative Study*. Sudbury, MA: Dartmouth Publishing Company, 1997, p. 440.



Enfim, quanto mais complexa a estrutura do Judiciário, mais difícil garantir-se uniformidade e certeza.

Por outro lado, há diferenças entre os juízes, seres humanos que são, no que diz respeito a posições políticas: com certeza, há decisões diferentes, sobre casos iguais, e cada um dos juízes que as proferiu pensa ter optado pelo melhor caminho.

Nem sempre se percebe a necessidade de neutralidade e de compreensão do *ethos* dominante. Às vezes, por outro lado, isto é percebido, mas é difícil de ser realizado.

Eduardo Oteíza observa que a fragilidade das instituições na América Latina pode ser uma razão para a desuniformidade da jurisprudência, somada a existência de um indesejável nível de pobreza.³⁸

O modo como os juízes são recrutados no sistema de *common law* também é uma razão para o maior respeito que a sociedade lhes presta. São escolhidos dentre profissionais experientes, diferentemente do que acontece nos sistemas de *civil law*.

Pensamos também que o fato de a divisão entre passado e presente ser menos clara na Inglaterra, faz com que ao passado (= precedentes) se prestem, naturalmente, homenagens.

O *civil law* começou com uma ruptura (v. item 2) e no Brasil, especificamente, a insatisfação com o presente planta em todas as psiques a necessidade de reformá-lo. Este estado de espírito influi, em nossa opinião, no desrespeito às decisões anteriores.

Apesar de tudo o que dissemos, para explicar muitas das razões em virtude das quais não há, no Brasil, a cultura do respeito aos precedentes, esta atitude DEVE, pensamos, NECESSARIAMENTE, mudar.

Absolutamente inócuos ou sem rendimento prático expressivo serão, por exemplo, os arts. 557, 518 § 1.º, 285-A, 543-B e C se esta atitude do Poder Judiciário brasileiro não se alterar.

A mudança da jurisprudência, ao longo do tempo é, sim, necessária e saudável para a sociedade. Mas única e exclusivamente em casos disciplinados por regras ligadas a características da so-

38 El Problema de la Uniformidad de la Jurisprudencia em América Latina, in Revista Iberoamericana de Derecho Procesal, Buenos Aires, 2007, ano VI, n. 10, pp. 158 a 215.



cidade como, por exemplo, o entendimento que se tenha acerca do que seja uma *mulher honesta*. Este exemplo é acadêmico, mas expressivo. Assim como o passar das décadas autoriza uma nova interpretação da expressão *bom pai de família*.

Com relação a casos assim, todavia, deve haver uniformidade da interpretação dos tribunais *num mesmo momento* histórico, sob pena de haver multiplicidade de regras de conduta.

Em hipóteses diferentes, em que esteja em jogo, por exemplo, a incidência de um tributo sobre certo tipo de negócio jurídico, a jurisprudência, uma vez uniformizada, não se deve alterar. Se houver desejo dos poderes constituídos no sentido de que mude “a regra do jogo”, a lei é que deve ser alterada. Nunca o entendimento jurisprudencial a respeito dela, que há de ser o mesmo, num só momento histórico e não mais se modificar.

Admitirem-se decisões diferentes concomitantes ou, ainda, as tais grandes *viradas*, é negar o Estado de Direito, é estimular a propositura de ações e o ato de recorrer. A quem interessa esta situação?

É necessário que a população tenha condições de confiar nas decisões do STF, em suas súmulas, mesmo não sendo vinculantes. O mesmo se diga quanto ao que devem inspirar no jurisdicionado as decisões do STJ. Deve haver uma jurisprudência firme *DAS CORTES*, e não *peçoal*, de cada um dos seus Ministros.

É preciso deixar-se de lado a cínica concepção de que o juiz do *civil law* não cria direito. Cria sim, pois hoje isto é inevitável. Este o faz ao interpretar um conceito vago, ao reconhecer no mundo empírico situações que se encaixam numa cláusula geral ou ao decidir com base em princípios, na ausência de previsão legal expressa.

Mas esta liberdade é do Judiciário e não do juiz. Fixada a regra, não pode ser desrespeitada, devendo ser aplicada a todos os casos iguais sob pena de se afrontar de maneira intolerável o princípio da isonomia.

Já que começamos estas anotações por exemplos ligados a aviões e a aeroportos, vamos encerrá-las assim também. Há pilotos que dizem: tenham um bom voo. Dizem isto, como se não estivessem voando junto conosco. Outros, muito mais realisticamente, dizem: tenhamos todos um bom voo. É assim que todos devem



sentir-se: todos no mesmo avião, todos no mesmo barco. Nós somos a sociedade, nós somos o jurisdicionado, em função do qual todas as soluções devem ser pensadas.

