

**UNIVERSIDADE NOVE DE JULHO  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
PROGRAMA DE MESTRADO**

**CARLOS SÉRGIO DIAS ANDRADE JÚNIOR**

**UMA ANÁLISE DA EFICÁCIA JURISDICIONAL PARA ALCANÇAR  
JUSTIÇA POR MEIO DOS SISTEMAS JURÍDICOS**

**SÃO PAULO**

**2019**

**UNIVERSIDADE NOVE DE JULHO  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
PROGRAMA DE MESTRADO**

**UMA ANÁLISE DA EFICÁCIA JURISDICIONAL PARA ALCANÇAR  
JUSTIÇA POR MEIO DOS SISTEMAS JURÍDICOS**

**CARLOS SÉRGIO DIAS ANDRADE JÚNIOR**

**São Paulo**

**2019**

Andrade Júnior, Carlos Sérgio Dias.

Uma análise da eficácia jurisdicional para alcançar justiça por meio dos sistemas jurídicos. / Carlos Sérgio Dias Andrade Júnior. 2019.

124 f.

Dissertação (Mestrado) - Universidade Nove de Julho - UNINOVE, São Paulo, 2019.

Orientador (a): Dr<sup>a</sup>. Prof<sup>a</sup>. Luana Pedrosa de Figueiredo Cruz.

1. Realismo jurídico. 2. Eficácia jurisdicional. 3. Segurança jurídica. 4. Fundamentação da decisão. 5. Sistemas jurídicos.

## AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, elevo minha gratidão a **Deus**, fonte metafísica de todo o bem, que me confortou e me inspirou na elaboração deste trabalho;

À instituição **UNINOVE**, “casa” que sempre me acolheu e concedeu excelente suporte epistemológico à minha formação educacional e pessoal;

Estendo o agradecimento a **todos os professores**, os quais sempre se mostraram muito pacientes e serenos, e com seu brilhantismo, tornaram possível a conclusão desta importantíssima etapa em minha vida.

Em especial à minha orientadora, **Profª. Dra. Luana Pedrosa de Figueiredo Cruz**, meu mais sincero reconhecimento por sua profícua capacidade pedagógica, servindo-me de norte seguro para o alcance da qualidade desta dissertação.

De igual forma, agradeço também, aos exímios componentes da Banca de Defesa, doutores, **Roberto Correia da Silva Gomes Caldas e Arlete Inês Aurelli**, os quais, com suas inquietações, indubitavelmente, muito me acrescentaram;

Faço menção a todos os meus **colegas de classe**, pois me ensinaram o valor da amizade e a importância da vida em grupo, dos quais destaco os srs. Marcelo Gonçalves da Silva e Alexandre Augusto Fernandes Meira, por todo apoio que tive;

À minha querida família, especialmente **meus pais**, pois eles muito me ajudaram e sofreram comigo as superações de todos os obstáculos que a vida nos impõe.

Enfim, não poderia deixar de mencionar amiga, editora e revisora, **Fernanda Valezini Ferreira**, não apenas pela ajuda com os diversos artigos revisados, mas também pela amizade e suporte durante todos esses anos.

***Não adianta dizer: Estamos fazendo o melhor que podemos. Temos que conseguir o que quer que seja necessário.***

Winston Leonard Spencer-Churchill

## **RESUMO**

A fundamentação da decisão judicial é a essência do julgado. Ela define a validade da decisão. Entretanto, restam questões sobre como verificar a validade da fundamentação: se seria correto analisar através do seu enquadramento no sistema normativo positivado, ou se o melhor seria analisar através da ótica da efetividade da solução apresentada ao caso concreto, mesmo que sua fundamentação seja por fatores não normativos. O presente trabalho pretende responder tal questionamento pela análise, em um primeiro momento, dos diferentes sistemas jurídicos, das correntes jurídicas do positivismo e do realismo jurídico e, por fim, das influências dessas duas escolas na construção da teoria da fundamentação da decisão no judiciário brasileiro. A pesquisa das influências de tais escolas, de uma forma mais prática, pretende responder se existe no Brasil um sistema jurídico misto próprio da forma de concepção da decisão, e se esse sistema faz julgados que buscam a justiça ou a formalidade, fazendo tal análise sob a ótica da eficácia jurisdicional e da segurança jurídica.

Palavras chave: REALISMO JURÍDICO; EFICÁCIA JURISDICIONAL; SEGURANÇA JURÍDICA; FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO; SISTEMAS JURÍDICOS.

## **ABSTRACT**

The statement of reasons of the judicial decision is the essence of the judgment. It defines the validity of the decision. However, remain questions about how to check the validity of the statement of reasons: if it would be correct to analyze through its docking in the positive normative system, or rather analyze through the perspective of the effectiveness of the solution presented to the concrete case, even if its statement of reasons is by non-normative factors. The present work intends to answer these questions by the analysis, firstly, of the different legal systems, passing to the analysis of the positivism and the legal realism juridical schools and, ultimately, the influences of these two schools in the construction of the theory of the statement of reasons of the decision in the Brazilian judiciary. The research of the influences of these schools, in a more practical way, intends to answer if a particular mixed legal system to the form the statement of reasons of the decision exists in Brazil, and if this system seek justice or formality in the decision, making such analysis under the point of view of judicial effectiveness and legal reliability.

Keywords: LEGAL REALISM; JUDICIAL EFFECTIVENESS; LEGAL RELIABILITY; STATEMENT OF REASONS; LEGAL SYSTEMS.

## SUMÁRIO

### INTRODUÇÃO

#### 1. DOS SISTEMAS JURÍDICOS: *COMMON LAW* E *CIVIL LAW*

- 1.1. Considerações acerca do sistema *Civil Law*
  - 1.1.1. Construção histórica e fundamentos
  - 1.1.2. Características particulares
  - 1.1.3. O papel da jurisprudência e da doutrina na fundamentação da decisão
  - 1.1.4. A formulação da fundamentação da sua decisão
- 1.2. Considerações acerca do sistema *Common Law*
  - 1.2.1. Construção histórica, fundamentos e características particulares
  - 1.2.2. O papel da jurisprudência e do precedente e a formulação da fundamentação da sua decisão

#### 2. ESCOLAS DE FILOSOFIA JURÍDICA: POSITIVISMO E REALISMO

- 2.1. Positivismo jurídico
  - 2.1.1. Antecedentes e surgimento
  - 2.1.2. Características de pensamento e fundamentos
- 2.2. Realismo jurídico
  - 2.2.1. Antecedentes e surgimento
  - 2.2.2. Características de pensamento e fundamentos
  - 2.2.3. Realismo jurídico norte-americano
  - 2.2.4. Realismo jurídico escandinavo

#### 3. O SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

- 3.1. A escolha jurídica brasileira
  - 3.1.1. A evolução do sistema e reformas necessárias
  - 3.1.2. Implementações da Emenda Constitucional 45/2004 e do Código de Processo Civil de 2015
- 3.2. Interpretação do sistema normativo
  - 3.2.1. Realismo jurídico ou interpretação neoconstitucional
  - 3.2.2. Validação da decisão sob a ótica da real solução
  - 3.2.3. Tendência comportamentais dos Tribunais
  - 3.2.4. Existe um sistema jurídico misto no Brasil?

#### 4. CONCLUSÃO

### REFERÊNCIAS



## INTRODUÇÃO

Ao considerarmos o Brasil como um país de proporções continentais, com uma grande diversidade de culturas distintas uma das outras, somados a um legislativo centralizado, o sistema unificado de leis que se enquadram ao caso concreto não se apresenta como eficiente na solução dos conflitos jurídicos. Nessa ótica surgem as seguintes questões a serem expostas neste trabalho: pode-se considerar, no sistema jurídico brasileiro, em vista das peculiaridades culturais, sociais e políticas, a existência de um sistema jurídico misto entre *Common Law* e *Civil Law*, com aplicações de fundamentação do direito na junção das teorias do positivismo jurídico e do realismo jurídico? Tal sistema tem objetivo uma prestação eficiente para resolução de processos ou uma prestação eficaz para alcançar justiça?

Muito se fala sobre o sistema judiciário brasileiro como grande e ineficiente em razão da morosidade para resolução dos processos. As mudanças implementadas pela Emenda Constitucional 45/2004, e principalmente pelo Código de Processo Civil de 2015 visam uma resolução mais eficiente dos processos.

Tais mudanças pretendem alcançar uma prestação jurisdicional mais célere, garantindo a segurança jurídica. Entretanto, há a preocupação do legislador, e do próprio Poder Judiciário em fornecer uma prestação jurisdicional eficaz, sendo ela no sentido de real solução do problema?

Embora sejam termos semelhantes, há uma diferença muito grande entre eficiência e eficácia. Enquanto a primeira seja no sentido de realizar um trabalho de forma mais célere, a segunda não está relacionada à forma ou velocidade da realização do trabalho e não se limitando apenas no cumprimento de um trabalho, mas sim na resolução total de uma situação. É principalmente sobre essa base que analisaremos as transformações no sistema jurídico brasileiro.

A problemática será desenvolvida em três capítulos. No primeiro, expor-se-á, de forma sucinta, as características dos sistemas jurídicos *Common Law* e *Civil Law*, suas aplicações nos países que os adotaram, Estados Unidos e Brasil respectivamente, e as transformações que moldaram a forma como tais sistemas jurídicos se apresentam.

No segundo, proceder-se-á a análise das teorias jurídicas do positivismo e do realismo jurídico, o seu surgimento, características e pontos de contraponto, assim como os pontos elogiados e os criticados, a fim de melhor diferenciar os pensamentos e apontar os objetivos de cada escola jurídica.

No terceiro e último capítulo, passar-se-á à análise do sistema jurídico brasileiro após as alterações trazidas pelo Código de Processo Civil de 2015, onde será verificada a aplicação de cada uma de tais teorias no direito brasileiro, especialmente no método específico de interpretação e fundamentação dos tribunais, observando suas aplicações de respeito e limitação do direito positivado, ou disposição a criação de uma normatização não positivada do direito através dos julgados para formação de um direito em precedentes, mesmo sem uma lei versando sobre o assunto, dando uma interpretação diferente, ou mesmo julgando contra uma lei já existente, objetivando uma resolução justa e não apenas formal.

Ademais, apontar-se-á as considerações sobre a possível coexistência das teorias jurídicas do positivismo e do realismo jurídico, assim como junção da sistemática do *Common Law* e *Civil Law* para a criação de um sistema misto e único no Brasil através da análise da fundamentação da decisão judicial.

Por fim, será respondido se há um sistema jurídico misto no Brasil com junção de sistemas implementados em outros países, ou se é um sistema jurídico próprio, como também tal sistema jurídico tem por objetivo uma solução eficiente e segura, ou se permite a flexibilização de tal segurança em prol de uma solução eficaz.

O presente trabalho está inserido nos estudos do programa de pós-graduação da Universidade Nove de julho, na linha de pesquisa de justiça e o paradigma da eficiência.

Será utilizado neste trabalho a metodologia dedutiva que parte de argumentos gerais para argumentos particulares. A princípio apresentando argumentos refutados como verdadeiros que serão base para os demais argumentos apresentados.

O presente trabalho se enquadra no contexto brasileiro de adaptação do sistema jurídico, principalmente pelas mudanças trazidas pelo Código de Processo Civil de 2015 em relação aos precedentes. Isso porquê a complexidade que envolve os critérios a serem utilizados nas hipóteses de embate entre as diferentes teorias das

escolas jurídicas e dos diferentes sistemas normativos, como também se resultam em uma junção singular de um novo sistema jurídico no Brasil.

O momento da dissertação também se torna propício, tendo em vista a recente entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil, que buscou sistematizar a aplicação dos precedentes no Brasil, como também a importância dada às garantias constitucionais fundamentais na interpretação das leis na aplicação do caso concreto em busca de uma solução eficaz e justa.

## 1. DOS SISTEMAS JURÍDICOS: *COMMON LAW* E *CIVIL LAW*

O estudo das tradições jurídicas é bastante iniciante na doutrina brasileira, sendo recente a análise das origens, peculiaridades e escolhas que levaram a estas tradições. Mesmo os trabalhos que fazem análise do Direito Comparado se esquivam de introduzir o sistema jurídico antes de o analisar.

A definição de sistema jurídico é de um conjunto de normas legais interdependentes que são reunidas segundo um princípio unificador, com o objetivo de disciplinar a convivência social.

Entende-se apropriado conceituar o sistema jurídico como uma rede axiológica e hierarquizada topicamente de princípios fundamentais, de normas estritas (ou regras) e de valores jurídicos cuja função é a de, evitando ou superando as antinomias em sentido *latu*, dar cumprimento aos objetivos justificadores do Estado Democrático, assim como se encontram consubstanciados, expressa e implicitamente na constituição.<sup>1</sup>

No mundo moderno, pós colonialismo e com a emancipação e independência dos países considerados novos, existem diversos sistemas jurídicos distintos em vigor.

A classificação que, em nossa visão, enquadra tais sistemas é feita por René David<sup>2</sup>, que os divide da seguinte forma:

1. O sistema romano-germânico, que os autores do sistema da *Common Law* denominam *Civil Law*<sup>3</sup> no qual se encontra o Direito brasileiro;
2. O sistema da *Common Law* que, conforme será esclarecido mais além, não deve ser confundido com "sistema inglês" (porque se aplica a vários países, embora nascido na Inglaterra), nem com "britânico" (adjetivo relativo a Grã-Bretanha, entidade política que inclui a Escócia, que pertence ao sistema da família romano-germânica), nem com anglo-saxão (porque este adjetivo designa o sistema dos direitos que regiam as tribos, antes da conquista

---

<sup>1</sup> FREITAS, Joares. **A Interpretação Sistemática do Direito**. 5ª ed, rev. e comp. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. Pág. 56.

<sup>2</sup> DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Trad. Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

<sup>3</sup> Por razões de brevidade, adotaremos a expressão *civil law*, para expressar o direito Romano-Germânico, da mesma forma como fazem os autores ingleses e norte-americanos.

normanda da Inglaterra, portanto, anterior à criação da *Common Law* naquele país);

3. O sistema dos direitos socialistas, na atualidade, que compunham a denominada Europa do Leste, capitaneados pela URSS, até a queda do Muro de Berlim e o esfacelamento daquela;
4. Outras concepções da ordem social e do direito, tais como o direito muçulmano, indiano, do Extremo Oriente, judaico, da África e de Madagascar, que em determinados países é a principal fonte das normas jurídicas nacionais (Irã, Iraque), e em outros é relevante para determinados ramos do direito privado.

Os dois grandes sistemas, tanto em influência territorial quanto em abrangência jurídica, são o *civil law* e o *common law*, os quais interferem diretamente no sistema jurídico brasileiro e serão usados no presente artigo.

O *civil law* é um sistema de normas pré-definidas onde os juízes têm apenas de aplicar a lei e periodicamente fazer pequenas interpretações para melhor enquadramento do dispositivo legal no caso concreto a ser jurisdicionado. Esse sistema jurídico surge em Roma e se torna sistematizado a partir do século XVI pela codificação do Direito, tendo como marco a revolução francesa onde os revolucionários lutavam contra o absolutismo do rei.

Para a revolução francesa, a lei seria indispensável para a realização da liberdade e da igualdade. Por este motivo, entendeu-se que a certeza jurídica seria indispensável diante das decisões judiciais, uma vez que, caso os juízes pudessem produzir decisões destoantes da lei, os propósitos revolucionários estariam perdidos ou seriam inalcançáveis. A certeza do direito estaria na impossibilidade de o juiz interpretar a lei, ou, melhor dizendo, na própria Lei. Lembre-se que, com a Revolução Francesa, o poder foi transferido ao Parlamento, que não podia confiar no judiciário.<sup>4</sup>

Um dos grandes frutos dessa revolução foi teoria dos três poderes:

Foi nessa época que Montesquieu elaborou sua tese de que não poderia haver liberdade caso o Judiciário não estivesse separado dos poderes Legislativo e Executivo (teoria da separação dos poderes). Para ele, os juízes

---

<sup>4</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **A Transformação do Civil Law e a Oportunidade de um Sistema Precedentalista para o Brasil**. Revista da Faculdade de Direito da UFPR, Curitiba, nº 49, 2009. p. 46.

não poderiam ter poder de interpretar as leis nem de imperium porque, caso contrário, poderiam distorcê-las e assim frustrar os objetivos do novo regime.<sup>5</sup>

Montesquieu acreditava também que, para afastar governos absolutistas e evitar a produção de normas tirânicas, seria fundamental estabelecer a autonomia e os limites de cada poder. Criou-se, assim, o *sistema de freios e contrapesos*, o qual consiste na contenção do poder pelo poder, ou seja, cada poder deve ser autônomo e exercer determinada função, porém o exercício desta função deve ser controlado pelos outros poderes. Assim, pode-se dizer que os poderes são independentes, porém harmônicos entre si.

Posto isso, fica claro que a teoria de Montesquieu foi realizada para evitar o acúmulo de funções para o executivo, legislativo ou judiciário, mesmo que o judiciário não fosse definido como um poder único e independente, evitando assim o excesso de comando (ou seja, comando sem limitação ou fiscalização) para apenas um desses órgãos. Todos teriam suas funções preestabelecidas e deveriam limitar-se a agir estritamente nos limites de suas funções, não podendo, por exemplo, o judiciário legislar e criar uma norma jurídica.

(...) Eis, assim, a constituição fundamental do governo de que falamos. O corpo legislativo, sendo composto de duas partes, uma paralisará a outra por mútua faculdade de impedir. Todas as duas serão paralisadas pelo poder executivo, que o será, por sua vez, pelo poder legislativo. Esses três poderes deveriam formar uma pausa ou uma inação. Mas como, pelo movimento necessário das coisas, eles são obrigados a caminhar, serão forçados a caminhar de acordo.<sup>6</sup>

Por questão de justiça, cumpre ressaltar que, mesmo que tenha sido Montesquieu aquele a elaborar a tese de que apenas haveria liberdade para os poderes se houvesse separação dos demais, os fundamentos desse pensamento são anteriores, pertencendo a Aristóteles:

---

<sup>5</sup> ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. **Precedentes vinculantes e irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro**: os precedentes dos tribunais superiores e sua eficácia temporal. Curitiba: Juruá, 2012.

<sup>6</sup> MONTESQUIEU. Charles Louis de Secondat, baron de la Brède et de. **O espírito das leis**. Tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. Brasília: UnB, 1995. Pág. 122.

Toda Cidade tem três elementos, cabendo ao bom legislador examinar o que é mais conveniente para cada constituição. Quando essas partes forem bem ordenadas, a constituição será bem ordenada, e conforme diferem umas das outras, as constituições também diferem. A primeira dessas partes concerne à deliberação sobre os assuntos públicos; a segunda, às magistraturas: qual deve ser instituída, qual deve ter sua autoridade específica e como os magistrados devem ser escolhidos; por último, relaciona-se a como deve ser o poder judiciário.<sup>7</sup>

Em contrapartida, o *common law* tem origem na Inglaterra e não se originou das ideias de alguns pensadores, mas de forma gradativa a medida que ocorriam as mudanças sociais, e tendo como base os costumes da região e o respeito obrigatório aos precedentes, garantindo assim segurança jurídica para decisões futuras em casos análogos.

Entretanto, para nós, o ponto mais importante do *common law* é que não há uma regra de divisão total de poderes, especialmente entre o legislativo e o judiciário, onde esse último não apenas aplica a lei, mas também pode dizer a lei:

Nesse sistema, o legislativo não se opôs ao judiciário, chegando, em realidade, a com ele se confundir. No direito inglês, o juiz esteve ao lado do parlamento na luta contra o arbítrio do monarca, reivindicando a tutela dos direitos e das liberdades dos cidadãos. Ele não só interpretava a lei como extraía direitos e deveres a partir do *common law*.<sup>8</sup>

Da origem desses dois sistemas jurídicos já é possível observar grandes diferenças entre eles, diferenças essas que serão mostradas na forma prática de aplicação do direito no decorrer do presente trabalho.

## 1.1. CONSIDERAÇÕES ACERCA DO SISTEMA *CIVIL LAW*

O *civil law*, também chamado lei romano-germânica, é o sistema jurídico da Europa continental. Baseia-se em uma mistura de direito romano, germânico,

---

<sup>7</sup> ARISTÓTELES. **Política**. 5. edição, trad. Pedro Constantin Tolens. São Paulo: Martin Claret, 2001. Pág. 170.

<sup>8</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. 2ª ed. Revista e atualizada.

eclesiástico, feudal, comercial e consuetudinário. O *civil law* europeu foi adotado em grande parte da América Latina, bem como em partes da Ásia e da África, e deve ser distinguido do direito comum dos países anglo-americanos.

Ressalta-se o termo *civil law* tem outros significados que não serão empregados neste trabalho. O termo *jus civile*, que significa "lei civil", por exemplo, foi usado na Roma antiga para distinguir a lei encontrada exclusivamente na cidade de Roma do *jus gentium*, a lei de todas as nações, encontrada em todo o império. *Civil law*, quando traduzido como direito civil, também é usado para distinguir o direito privado, governando as relações entre indivíduos, do direito público e do direito penal. Finalmente, na filosofia do direito, o *civil law* às vezes se refere à lei positiva do Estado, distinta da lei natural.

Ao analisarmos um mapa do mundo onde os países são classificados com base no sistema jurídico que adotam, observamos que, além dos países de colonização ou domínio inglês, nenhum outro adotou um sistema jurídico de *common law*, preferindo adotar o sistema legalista romano-germânico – *civil law* - pois pensavam que um sistema legal codificado traria mais segurança jurídica e supriria de forma mais clara os anseios de sua sociedade.

Nesse sentido, Lawrence Friedman<sup>9</sup>, especialista em história legal americana, faz uma importante colocação:

Nobody outside the circle of English domination in fact has ever adopted the common law. In modern times, a number of non-Western countries have shopped around for a Western legal system, which (they thought) would do a better job of catapulting them into the contemporary world than their indigenous systems. Japan and Turkey are famous examples. In no case did such a country choose the American or English model. In every case, what was chosen was civil law, continental European law. Why? One answer is that these are *codified* systems. Their basic rules take the form of *codes* – rationally arranged mega-statutes, which set out the guts of the Law, the essential concepts and doctrines. In theory, the judges have no power to add or subtract from the law, which is entirely contained within the codes. Their only task is to interpret these rules. The core of the common law, on the other hand, was essentially created by judges, as they decided actual cases. The common law grew, shifted, evolved, changed prismatically, over the years, as it confronted real litigants, and real situations. But as result, it became hard to find and to identify "the law". The common law was, in a way, everywhere

---

<sup>9</sup> FRIEDMAN, Lawrence. **Law in America: a short story**. New York: A Modern Library, 2004. p. 8.



and nowhere – it was an abstraction, scattered among thousands of pages of case reports. It was not, in short, package for export <sup>10</sup>

Nessa ótica observa-se a distinção da forma em que foram concebidos esses dois maiores sistemas jurídicos - romano-germânico e *common law* - sendo o primeiro um direito codificado, fruto de leis que demonstram o anseio da sociedade para o presente e o futuro, servindo de base para formar uma diretriz para o comportamento da sociedade; E o segundo criado essencialmente pelos magistrados a medida que solucionavam um litígio se embasando para tal nos princípios e nos costumes da atual sociedade em que estavam.

De fato, essa distinção na forma em que foram concebidos esses dois grandes sistemas jurídicos acontece pelo momento histórico de suas criações. Durante muito tempo a lei era a expressão da vontade dos governantes que estavam no poder em determinado momento no tempo, não havendo um real direito e muito menos uma segurança jurídica para o povo. O primeiro passo para extinguir esse absolutismo do poder dos governantes foi o conceito de governar segundo a lei, ou seja, até os governantes estão submetidos à lei e devem governar nos limites dessa. Posteriormente houve a criação da ideia de Estado de Direito - onde todos estão abaixo da lei, ou seja, a vontade do povo deve ser aplicada a todos -, que mesmo não estando livre de problemas, assim como não está nenhuma sociedade ou sistema de governo, busca garantir e proteger os direitos fundamentais, políticos, sociais e econômicos de seus cidadãos.

Até esse momento os sistemas jurídicos se assemelham, e a divergência legal entre esses ocorre a partir do objetivo da criação da lei. É fato que no Estado de Direito

---

<sup>10</sup> FRIEDMAN, Lawrence. **Law in America: a short story**. Tradução livre: Ninguém fora do círculo da dominação inglesa de fato alguma vez adotou o sistema da *common law*. Em tempos modernos, países não-ocidentais procuraram importar modelos jurídicos ocidentais, os quais (segundo eles pensaram) funcionariam melhor para os impulsionar no mundo contemporâneo do que seus sistemas legais originais. Japão e Turquia são exemplos famosos. Em nenhum caso países como esses escolheram o modelo americano ou inglês. Por quê? Uma resposta é que se trata de sistemas codificados. Suas regras básicas assumam a forma de códigos - mega-leis racionalmente estruturadas, as quais estabelecem os fundamentos do direito, os conceitos essenciais e doutrinas. Em teoria, os juízes não têm poder para acrescentar ou subtraírem a lei, a qual é inteiramente contida nos códigos. A sua única missão é interpretar esses ordenamentos. O núcleo da *common law*, por outro lado, foi essencialmente criada pelos juízes, à medida que decidiam os casos. A *common law* cresceu, alterou-se, evoluiu e mudou de prisma, ao longo dos anos, à medida que confrontava litigantes de fato e situações reais. Porém, como resultado, tornou-se difícil se encontrar e identificar "a lei". A *common law* estava, de certo modo, em todos os lugares e em lugar nenhum - uma abstração, espalhada entre milhares de páginas de relatos sobre os casos. Não foi, em resumo, empacotada para exportação.

todos devem obedecer a lei, e tanto no sistema codificado quanto no *common law* a lei é criada para melhor atender os anseios da sociedade, entretanto no sistema codificado a lei é criada para ser acatada posteriormente, diferenciando-se do *common law*, em que, objetivando mais eficiência na aplicação da justiça, as leis são criadas pelas próprias pessoas que devem obedecê-las, fazendo, desse modo, que os seus cidadãos se tornem mais dispostos a obedecer às leis da sua sociedade, pois as mesmas são fruto de suas próprias regras e regulamentos, e não a criação de um legislador que em muitos casos criou um ordenamento jurídico em momento diferente do qual está sendo aplicado.

Tendo sido menor na Inglaterra do que no continente a influência das universidades e da doutrina, e nunca tendo sido efetuada pelo legislador através da técnica de codificação uma reforma geral, o direito inglês conservou, no que respeita às suas fontes tal como à sua estrutura, os seus traços originários. Ele é, de forma típica, um direito jurisprudencial (*case law*), [...]. A lei - chamada em inglês *statute* - apenas desempenha, na história do direito inglês, uma função secundária, limitando-se a acrescentar corretivos ou complementos à obra da jurisprudência. Contudo, a situação está nos nossos dias modificada em larga medida. Na Inglaterra de hoje, a lei e os regulamentos (*delegatede legislatio, subordinate legislation*) já não podem ser considerados como tendo uma função secundária. A sua função é, com efeito, igual àquela que essas fontes do direito desempenham no continente europeu. No entanto, por razões de ordem histórica, essa função exerce-se de um modo diferente; a estrutura do direito inglês opõe-se a que se veja na obra do legislador o equivalente aos códigos e leis do continente europeu. Comparadas à jurisprudência e à lei, as outras fontes desempenham no direito inglês de hoje uma função secundária.<sup>11</sup>

O lapso temporal entre a criação e aplicação da lei, como também a função dos magistrados de estrita adequação e aplicação do ordenamento jurídico no caso prático legal são as maiores deficiências deste ordenamento jurídico, o que faz com que o *civil law* não seja um real aplicador do direito e dos anseios da sociedade neste determinado contexto social para assegurar as garantias de seus jurisdicionados. Entretanto, conforme expõe o professor Lawrence Friedman, o foco dos países que adotam esse sistema jurídico é garantir uma segurança legal, com a lei escrita e codificada, e regras bem definidas não criando margem para diferentes direitos, pois seus magistrados apenas podem aplicar a lei, não tendo poder para acrescentar ou subtrair nada do ordenamento jurídico.<sup>12</sup>

---

<sup>11</sup> DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Trad. Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

<sup>12</sup> FRIEDMAN, Lawrence. **Law in America: a short story**. New York: A Modern Library, 2004. p. 17.

O Brasil adotou o sistema da *civil law* por conta do contexto político social do nosso país, essencialmente para garantir segurança jurídica. O legislativo aprovaria leis que deveriam ser seguidas e o judiciário solucionaria litígios com base em leis já anteriormente em vigor, dessa forma não poderia ser alegado desconhecimento da norma jurídica pelos demandantes e se evitaria que magistrados tivessem diferentes entendimentos a um mesmo ordenamento, tendo em vista que sua função é de apenas adequar à lei ao caso.

### 1.1.1. CONSTRUÇÃO HISTÓRICA E FUNDAMENTOS

O ponto no qual podemos considerar como iniciação do sistema romano-germânico foi a compilação e codificação do Direito Romano, que se estruturou em livros, normas costumeiras, normas escritas esparsas, decisões jurisprudenciais e doutrinárias, dando uma estrutura codificada às soluções casuísticas e assistemáticas dos jurisconsultos romanos. Na sua origem, vemos um direcionamento para a ordem racional de conceitos, aparecendo o direito como um sistema - conjunto de preceitos que deveriam estar agrupados.

Todo direito, a começar pelo mais indomado, o direito civil, foi aprisionado em milhares de artigos organicamente sistematizados e contidos em alguns livros chamados “códigos”. Foi obra grandiosa e por tantos lados admirável; foi, porém, também um supremo ato de presunção e, ao mesmo tempo, a colocação em funcionamento de um controle aperfeiçoadíssimo.<sup>13</sup>

Nos séculos V e VI, a Europa ocidental e central foi dominada pelos povos germânicos, especialmente aqueles que haviam invadido o Império Romano. Entre eles estavam os anglo-saxões da Inglaterra, os francos da Alemanha ocidental e norte da França, os borgonheses, os visigodos do sul da França e da Espanha, e os lombardos da Itália. Embora as tradições do direito romano tenham durado por algum tempo, os costumes germânicos prevaleceram na maioria das regiões.

Na Idade Média, esses costumes passaram por um vigoroso crescimento, em um esforço para satisfazer as complexas necessidades decorrentes do desenvolvimento do feudalismo e do cavaleirismo, o crescimento das cidades, a colonização oriental, o aumento do comércio e uma cultura cada vez mais refinada.

---

<sup>13</sup> GROSSI, Paolo. **Globalização, Direito, Ciência Jurídica**. Traduzido por Arno Dal Ri Júnior Espaço Jurídico, Joaçaba, v. 10, n. 1, jan./jun. 2009. p. 51.

O direito medieval expressa a globalidade, mas também a complexidade da sociedade, e a expressa – através dos usos – na imensidão dos seus particularismos, em um pluralismo que tende a valorizar as microentidades, do momento em que as germinações consuetudinárias, impregnadas de factualidade, nascem no particular, o afirmam e o garantem.<sup>14</sup>

Entre os muitos fios que entravam na tecelagem do complexo padrão da lei medieval, os costumes dos mercadores e a lei canônica da Igreja Católica Romana tinham um significado especial. Foi principalmente através da lei canônica que os conceitos e ideias da Roma antiga continuaram a fazer sentir a sua presença mesmo quando, como um todo, a própria lei romana foi esquecida.

Para que serve conhecer e precisar as regras do direito quando o sucesso dum parte depende de meios tais como o juízo de Deus, o juramento das partes ou dos “conjuradores” (compurgação) ou a prova dos “ordálios”? Para que serve obter um julgamento se nenhuma autoridade, dispendo de força, está obrigada ou preparada para pôr esta força à disposição do vencedor? Nas trevas da Alta Idade Média, a sociedade voltou a um estado mais primitivo. Pode existir ainda um direito: a existência de instituições criadas para afirmar o direito (as rachimburgs francas, as lachman escandinavas, as eðsagari islandesas, as brehons irlandesas, as withan anglo-saxônicas) e até mesmo o simples fato da redação de leis bárbaras tende a convencer-nos disso. Mas o reinado do direito cessou. Entre particulares como entre grupos sociais os litígios são resolvidos pela lei do mais forte ou pela autoridade arbitrária de um chefe. Mais importante que o direito é sem dúvida a arbitragem, que visa menos a conceder a cada um o que lhe pertence, segundo a justiça e como o direito exige, do que manter a solidariedade do grupo, assegurar a coexistência pacífica entre grupos rivais e fazer reinar a paz. O próprio ideal de uma sociedade fundada no direito é abandonado pela maior parte: uma sociedade cristã não deverá antes procurar fundar-se sobre as ideias de fraternidade e de caridade? São Paulo, na sua primeira epístola aos Coríntios, exalta a caridade em vez da justiça e recomenda aos fiéis que se submetam antes à arbitragem dos seus pastores ou dos seus irmãos em vez de recorrerem aos tribunais. Santo Agostinho defende a mesma tese. No século XVI, também um adágio, na Alemanha, diz Juristem, böse Christen (Juristas, maus cristãos); se se aplica de preferência aos romanistas, o adágio vale para todos os juristas; o próprio direito é coisa má.<sup>15</sup>

No final do século XI, a lei romana foi redescoberta e tornou-se objeto de estudos e ensinamentos eruditos por estudiosos do norte da Itália, especialmente na Bolonha. Com a crescente demanda por juízes e administradores formados, primeiro pelas cidades-repúblicas italianas e depois por príncipes de outras localidades, os estudantes se deslocavam de toda a Europa para Bolonha, até que o estudo e o ensino de direito foram gradualmente assumidos pelas universidades locais. Como

---

<sup>14</sup> GROSSI, Paolo. **O direito entre o poder e o ordenamento**. Traduzido por Arno Dal Ri Jr. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 29

<sup>15</sup> DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Trad. Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

resultado desse processo, a lei romana penetrou na administração da justiça ao norte dos Alpes<sup>16</sup>, especialmente na Alemanha e na Holanda, onde a influência da lei romana se tornou particularmente forte.

E, por isso, a expressão Civil Law, usada nos países de língua inglesa, refere-se ao sistema legal que tem origem ou raízes no Direito da Roma antiga e que, desde então, tem-se desenvolvido e se formado nas universidades e sistemas judiciários da Europa Continental, desde os tempos medievais; portanto, também denominado sistema Romano-Germânico.<sup>17</sup>

No Sacro Império Romano-Germânico, a recepção da lei romana foi facilitada porque seus imperadores acalentavam a ideia de serem os sucessores diretos dos Césares Romanos. A lei romana, coletada no Código de Justiniano (*Corpus Juris Civilis*<sup>18</sup>), podia ser considerada como sendo ainda em vigor simplesmente porque era a lei imperial.

Decisivo para a recepção, no entanto, foi a superioridade do treinamento especializado de juristas da lei romana sobre os métodos empiristas de juízes leigos e praticantes das leis locais. Igualmente decisiva foi a superioridade do procedimento romano-canônico, com suas regras racionais de evidência, sobre as formas locais de procedimento envolvendo prova por juízo dividido, batalha e outros métodos irracionais.

É o caráter transnacional do ensino jurídico que acrescenta à cristandade uma familiaridade a mais: o *ius commune*, o direito comum a todos, que é o direito romano interpretado pelos doutores. Até quando se formam os Estados Nacionais, o *ius commune* continua a ter um papel de harmonização, que desaparecerá finalmente só no século XVIII. A universidade medieval promoveu o surgimento dos juristas e eles se identificaram com ela. Desde então, exceto na Inglaterra, os juristas serão letrados. Ao mesmo tempo, foi o estudo universitário do direito que permitiu enfrentar as disputas entre o direito secular e o canônico, os direitos reais, os direitos feudais, comunais e corporativos. Os juristas medievais retomam, secularizando-a e formalizando-a, a discussão sobre liberdade, legalidade, equidade, misericórdia, justiça.<sup>19</sup>

---

<sup>16</sup>Um dos grandes sistemas de cordilheiras da Europa, estendendo-se da Áustria e Eslovênia, Hungria, a leste, através do norte da Itália, Suíça, Liechtenstein e sul da Alemanha, até ao sudeste da França e Mônaco. Os Alpes costumavam ser divididos em Alpes Ocidentais, Alpes Centrais e Alpes Orientais, uma classificação que se tornou obsoleta com a proposta SOIUSA. Os Alpes citados são os conhecidos como Alpes Orientais que pertencem à Áustria, Alemanha, Itália, Liechtenstein, Eslovênia e Suíça.

<sup>17</sup>VIEIRA, Andréia Costa. **Civil Law e Common Law: os dois grandes sistemas legais comparados**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2007. p. 270.

<sup>18</sup>Obra jurídica fundamental, publicada entre os anos 529dc e 534dc, por ordens do imperador bizantino Justiniano I, que, dentro de seu projeto de unificar e expandir o Império Bizantino, viu que era indispensável criar uma legislação congruente e que tivesse capacidade de atender às demandas e litígios vivenciados à época.

<sup>19</sup>LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história: lições introdutórias**. 4ª Ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 105.

Neste quesito, Paulo Sávio Peixoto Maia pondera a respeito dos fatores evolutivos para explicar os fenômenos de variação e seleção, abordando conceitos como de “sistema social”, o qual seria constituído pela comunicação. Toda vez que ocorre uma comunicação desviante nesse sistema – ou seja, uma variação – sendo ela apta a utilização contínua, esta seria selecionada. É claro que essa variação é escolhida – ou não – formando uma reestabilização do sistema que poderia formar novas variações assim que escolhesse novas estruturas.<sup>20</sup>

Em nenhum lugar, porém, a lei romana substituiu completamente as leis locais, e, no que diz respeito ao conteúdo da lei, várias amálgamas se desenvolveram. A lei romana influenciou fortemente a lei dos contratos e delitos; o direito canônico alcançou a supremacia no campo do casamento; e combinações de tradições germânicas, feudais e romanas desenvolvidas em matéria de propriedade e sucessão, ou herança.

As formulações conceituais em que as normas e princípios da lei foram expressos, bem como as formas processuais em que a justiça foi administrada, também eram fortemente romanas. O sistema que assim surgiu foi chamado *jus commune*. Na prática, variava de lugar para lugar, mas era, no entanto, nada menos que uma unidade conectada por uma tradição comum e uma fonte comum de aprendizado.

Os comentadores, a segunda escola, transformaram-se nos grandes conselheiros dos príncipes, das comunas e dos particulares, emitem opiniões e pareceres (consilia) e ajudam a dar mais um passo na unificação, ou pelo menos, na harmonização dos direitos locais espalhados pela Cristandade. Eles conciliam os direitos locais entre si, pela via do direito comum, o “Ius Commune”, ou seja, o direito romano erudito, acadêmico. Eles tornam possível também uma convivência da tradição feudal com as novas tendências da vida européia: o comércio e a monetarização da vida e das obrigações, uma certa flexibilização nas transferências de terras e sucessões.<sup>21</sup>

---

<sup>20</sup> MAIA, Paulo Sávio Peixoto. **Direito subjetivo como artefato histórico-evolutivo: elementos para uma compreensão de sua especificidade moderna.** Nomos. Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC. Vol. 27, jul/dez, 2007/2. p. 289.

<sup>21</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história: lições introdutórias.** 4ª Ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 29.

Embora a lei do *Corpus Juris Civilis* (especialmente sua parte principal, o *Digest* - os escritos dos juristas), como tal, não tivesse efeito algum, constituía a base de estudo, treinamento e discurso em todos os lugares. Apesar de toda variedade local, o mundo do *civil law* experimentou um senso de unidade que correspondia à unidade fortemente sentida da civilização europeia.

Essa unidade foi minada pelas divisões religiosas da Reforma e Contrarreforma, e pelo surgimento do nacionalismo que acompanhou a unificação e estabilização das nações europeias e sua luta pela hegemonia.

No campo do direito, a divisão encontrou força nas codificações nacionais, através das quais a lei foi unificada dentro de cada nação, mas foi simultaneamente separada de todas as outras. Na Dinamarca a codificação ocorreu em 1683, na Noruega em 1687, na Suécia-Finlândia em 1734 e na Prússia em 1794. Devido à personalidade de seu fundador e a nova técnica aplicada, grande fama e influência foram alcançadas pelas codificações napoleônicas do direito privado e penal da França, especialmente sua peça central, o código civil de 1804 que veio a ser conhecido como o Código Napoleônico.

A Codificação continuou após a era napoleônica. Em países como Bélgica e em Luxemburgo, que haviam sido incorporados à França sob o comando de Napoleão, seus códigos foram simplesmente deixados em vigor. Holanda, Itália, Espanha, Portugal e muitos países da América Latina seguiram o modelo francês, não apenas realizando a codificação nacional, mas também usando as mesmas técnicas e arranjos. É claro que seus tribunais e juristas estavam, pelo menos no início do século XIX, inclinados a prestar muita atenção à aprendizagem jurídica francesa.

Na Alemanha, a codificação nacional veio consideravelmente mais tarde do que na França. Apenas um código comercial havia sido uniformemente criado pelos Estados Alemães independentes logo após a revolução de 1848<sup>22</sup>. A unificação do direito penal ocorreu quase simultaneamente à unificação política do país, ocorrida em 1871. A codificação da organização dos tribunais e do processo civil e criminal

---

<sup>22</sup> Série de revoluções na Europa Central e Oriental que eclodiram em função de regimes governamentais autocráticos, de crises econômicas, do aumento da condição financeira e da falta de representação política das classes médias e do nacionalismo despertado nas minorias da Europa Central e Oriental, que abalaram as monarquias europeias, onde tinham fracassado as tentativas de reformas políticas e econômicas.

veio em 1879, mas o Código Civil Alemão (*Bürgerliches Gesetzbuch für das deutsche Reich*) só foi completado em 1896, e só entrou em vigor em 1º de janeiro de 1900.

Ao longo do século XIX, a vigorosa ciência alemã do direito exerceu grande influência na Áustria (que já em 1811 havia codificado sua lei em uma técnica diferente da França), na Suíça, nos países nórdicos e, mais tarde, na maioria dos países da Europa Oriental. Quando a lei suíça foi codificada em 1907-12, tornou-se o modelo para a codificação turca de 1926 e influenciou fortemente a codificação da China, que ainda está em vigor em Taiwan.

Devido às diferentes datas de codificação e aos diferentes estilos e atitudes da aprendizagem jurídica, a família de leis do direito civil é assim dividida no ramo francês (ou romanista) e no ramo alemão (ou germânico). Suas principais características são determinadas pelos seus protótipos.

Em razão da sua pequena difusão, desconsideraremos o ramo francês para esse trabalho, dando enfoque ao ramo germânico, sendo esse um dos pilares do *civil law* como conhecemos.

### 1.1.2. CARACTERÍSTICAS PARTICULARES

Ao citarmos as principais características do *civil law*, não há como deixarmos que falar sobre o papel do julgador, seja na aplicação das leis, ou na forma como conduz o processo para alcançar a decisão.

The judge is a kind of expert clerk. He is presented with a fact situation to which a ready legislative response will be readily found in all except the extraordinary case. His function is merely to find the right legislative provisions, couple it with the fact situation, and bless the solution that is more or less automatically produced from the union. The whole process of judicial decision is made to follow the formal syllogism of scholastic logic. The major premise is in the statute, the facts of the case furnish the minor premise, and the conclusion inevitably follows.<sup>23</sup>

---

<sup>23</sup> MERRYMAN, J. H. **The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin America**. 2ª Edição. Stanford: Stanford University Press, 1985. p. 36-37. Tradução livre: O juiz é um tipo de clérigo especializado. Ele é apresentado a uma situação factual para a qual uma pronta resposta legislativa será facilmente encontrada em todos, exceto no caso extraordinário. Sua função é meramente encontrar as provisões legais corretas, juntá-las à situação de fato e abençoar a solução que é mais ou menos automaticamente produzida pela união. Todo o processo de decisão judicial é feito para seguir o silogismo formal da lógica escolástica. A principal premissa está no estatuto, os fatos do caso fornecem a premissa menor, e a conclusão inevitavelmente se segue.



Deve-se notar que o aumento da liberdade interpretativa por parte dos magistrados está ligado a uma razão teórica, que Villa identifica com a diferenciação entre proposições jurídicas e normas jurídicas.

If this basic theoretical assumption is shared, then recognition of the fundamental importance of interpretation is blended with the attribution of an inalienable productive and creative role to interpretative activity directly carried out by jurisprudence (and indirectly by doctrine). The central idea here is that the judges are called on to cooperate with the legislator in preparing normative messages to send out to citizens, and precisely because such messages are not complete without the interpretative intervention of jurisprudence.<sup>24</sup>

A liberdade interpretativa sempre vem acompanhada de uma liberdade criativa, sendo que do contrário estaria apenas fazendo uma interpretação preestabelecida.

### 1.1.3. O PAPEL DA JURISPRUDÊNCIA E DA DOUTRINA NA FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO

Antes de adentrar à positivação, como aceitação formal e legal, da jurisprudência e do precedente dentro do sistema do *civil law*, é preciso lembrar que primeiro houve a introdução prática da jurisprudência na formação do direito.

Atualmente, o envelhecimento dos códigos brasileiros, a exemplo do Código Penal de 7 de dezembro de 1940 que, mesmo diante de diversas leis posteriores para os complementar e alterar, se tornou obsoleto diante da rápida evolução social e econômica da sociedade, considerando ainda a lentidão ou mesmo inércia do legislativo, atenuou essa influência do positivismo legislativo reinante no século XIX, uma vez que se reconhece, cada vez mais, a função primordial da doutrina e da jurisprudência na formação e evolução do Direito.<sup>25</sup>

Não se pretende desvincular o fato de que a principal fonte do direito no sistema *civil law* é a lei. Indubitavelmente que todos os países que abraçaram a *civil law*, há um predomínio claro do direito positivado e legislado em desvantagem das demais

---

<sup>24</sup> VILLA, V. **A Pragmatically Oriented Theory of Legal Interpretation**. In. Revijaza evropsko ustavnost (Revus), Vol. 12, 2010. p. 91-92. Tradução Livre: Se esta hipótese teórica básica é compartilhada, então o reconhecimento da importância fundamental da interpretação jurídica é mesclado com a atribuição de um papel produtivo e criativo inalienável à atividade interpretativa diretamente realizada pela jurisprudência (e, indiretamente, pela doutrina). A ideia central aqui é a de que os juízes são chamados a cooperar com o legislador na elaboração de mensagens normativas, as quais são enviadas aos cidadãos e, precisamente, porque tais mensagens não estão completas, sem a intervenção interpretativa da jurisprudência.

<sup>25</sup> DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Trad. Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

fontes do direito. Assim, segundo ótica desse sistema, analisam a doutrina, jurisprudência e o costume, como um status normativo ífero, ou seja, permiti a sua utilização quando a legislação pátria não oferece soluções para determinado conflito de interesses. Somente poderá ser utilizado como fonte supletiva.<sup>26</sup>

Em qualquer país da família romano-germânica, a norma jurídica se apresenta, caracteriza-se e analisa-se da mesma maneira. Nesta família, onde a doutrina encontra-se colocada em um lugar privilegiado, a norma jurídica não aparece apenas como uma norma chamada a solucionar um caso concreto. Devido à sistematização realizada pela doutrina, ela [a norma jurídica] foi levada a um plano superior, como uma regra de conduta dotada de certa generalidade, situada acima da aplicação quotidiana que os tribunais ou operadores podem fazer dela.<sup>27</sup>

Entretanto, em razão das características de generalidade e abstração da lei, nem mesmo considerando as lacunas, resta ao judiciário realizar a interpretação e explicação dos comandos legais previstos nessas normas.

O reconhecimento da primazia da lei no sistema de direito romano-germânico não exclui, portanto, a necessidade de sua interpretação, já que a lei deve ser interpretada, deixando o plano genérico e abstrato para incidir no mundo real. Aos operadores do direito é atribuída a árdua e relevante tarefa de descobrir o significado da lei, interpretando-a e adequando-a a cada situação concreta posta sob sua análise, sendo a legislação escrita uma aliada e não um obstáculo à atividade jurisprudencial.<sup>28</sup>

Em suma, o judiciário não pode deixar de dar uma solução ao problema apresentado em razão da ausência de previsão na lei. A lacuna deve ser preenchida com a interpretação adequada do significado da lei, aplicando naquela situação para resolução do problema apresentado.

#### **1.1.4. A FORMULAÇÃO DA FUNDAMENTAÇÃO DA SUA DECISÃO**

No que concerne ao direito positivado, havia definido em leis escritas não somente as regras de direito a serem aplicadas, mas também como essas regras deveriam ser aplicadas. Em um Código de Processo em sua iniciação, o texto das

---

<sup>26</sup> LIMA, Tiago Asfor Rocha. **Precedentes judiciais civis no Brasil**. São Paulo, Saraiva, 2013. p. 480.

<sup>27</sup> DAVI, R.; JAUFFRET-SPINOSI, C. **Los grandes sistemas jurídicos contemporâneos**. 11ª Ed. Tradução de Jorge Sanches Cordero. Cidade do México: Universidad Nacional Autónoma de México; Centro Mexicano de Derecho Uniforme; Facultad Libre de Derecho de Monterrey, 2010. p. 67.

<sup>28</sup> BRAZ, Antônio Cícero de Oliveira. **Súmula Vinculante**. p. 12.

Ordenações Filipinas, de 1603, demonstra de forma expressa o dever de motivação da sentença por parte do juiz.

#### Título LXVI

##### Das sentenças definitivas

Todo Julgador, quando o feito for concluso sobre a definitiva, verá e examinará com boa diligência todo o processo, assi o libello, como a contestação, artigos, depoimentos, a elles feitos, inquirições, e as razões allegadas de huma e outra parte; e assi dê a sentença definitiva, segundo o que achar allegado e provado de huma parte e da outra, ainda que lhe a consciência dicte outra cousa, e elle saiba a verdade ser em contrario do que no feito fôr provado; porque sómente porque somente ao Priucipe que não reconhece Superior, he outorgado per Direito, que julgue segundo sua consciência, não curando de allegações ou provas em contrario, feitas pelas partes, por quanto he sobre a lei, e o Direito não presume, que se haja de corromper por affeição.<sup>29</sup>

A fundamentação no sistema positivado, conforme se vê no ordenamento citado, parte da análise dos documentos constantes nos autos e do que for alegado e provado por uma parte ou outra, ainda que o julgador saiba a verdade ser em contrário do que foi demonstrado nos autos.

Isso ocorre em razão da necessidade de o julgador fundamentar logicamente a decisão, estando limitado a usar como fundamentação somente o constante no processo, ficando restrito a uma análise formal para o julgamento, não procurando a verdade real para a decisão do julgamento.

Esta forma de fundamentação limitada ao constante nos autos, demonstrando o caminho racional seguido pelo julgador para alcançar a decisão, deixa claro para as partes como o juiz entende a aplicação do direito naquele caso concreto, podendo assim apontar exatamente onde houve uma falha no entendimento.

A fundamentação da sentença é sem dúvida uma grande garantia de justiça, quando consegue reproduzir exatamente, como num levantamento topográfico, o itinerário lógico que o juiz percorreu para chegar à sua conclusão, pois, se esta é errada, pode facilmente encontrar-se, através dos fundamentos, em que altura do caminho o magistrado desorientou.<sup>30</sup>

---

<sup>29</sup> PORTUGAL. **Ordenações Filipinas, Livros II e III.**

<sup>30</sup> CALAMANDREI, Piero. **Eles, os juizes, vistos por nós, os advogados.** Tradução dos Santos. 4ª ed. Lisboa: Livraria Clássica Editora, 1971. p. 143.

## **1.2. CONSIDERAÇÕES ACERCA DO SISTEMA *COMMON LAW***

Mesmo dentro do sistema *Common law*, o papel de um juiz não é fazer leis, mas sim defender as leis que são feitas pelo legislador, pois este é o originário para tal atribuição e o ordenado pelo povo para a criação das leis.

Cada lei que é feita pelo legislador deve ser claramente definida e aplicada pelos juízes de acordo com os casos. Ao tomar decisões sobre o caso em julgamento, o juiz deve seguir o precedente estabelecido pelos tribunais superiores com relação à situação e condições aplicáveis, bem como àquele envolvido no caso, pois eles sabem que serão tratados da mesma forma e não aleatoriamente, mantendo assim a segurança jurídica que se almeja.

### **1.2.1. CONSTRUÇÃO HISTÓRICA, FUNDAMENTOS E CARACTERÍSTICAS PARTICULARES**

Antes de analisar o surgimento do sistema jurídico conhecido como *common law*, é necessário analisarmos a forma de resolução dos conflitos antes da instituição desse sistema jurídico.

Importante entender que junto com a evolução da sociedade houve a evolução do Direito. Costumes de determinado povo e em determinada localidade foram, com o passar do tempo, se tornando obrigatórios, surgindo com uma regra implícita para posteriormente tornarem-se a lei daquela localidade, formando assim o Direito.

Tais costumes surgiram de acordo com a necessidade específica de cada povo ou região, sendo aprimorado por gerações até se tornar uma regra clara da convivência naquela sociedade, regulando a relação dos habitantes com seus próximos, com as propriedades, comércio e o próprio governante da região.

A necessidade de criação dessas regras, que se tornam o direito daquele povo ou região, é justamente manter o equilíbrio das relações. Manter o equilíbrio significa impedir a desordem, manter a paz, regular o estado de governança do líder e a ordem econômica visando o bem de todos e buscando a justiça esperada por aquele determinado povo.

Não há como estudar o Direito atual, especialmente aquele do *common law*, sem antes estudar a sua origem histórica:

Trata-se de pensar a historicidade do direito, no que se refere à sua evolução histórica, suas ideias e suas instituições, a partir de uma reinterpretação das fontes do passado sob o viés da interdisciplinaridade (social, econômico e político) e de uma reordenação metodológica, em que o fenômeno jurídico seja descrito sob uma perspectiva desmistificadora.<sup>31</sup>

Nesse sentido, vemos que o Direito tem seu surgimento ligado, indubitavelmente, ao surgimento da própria estrutura social, sendo influenciado pelas mudanças de governo, variações econômicas, guerras, acordos de paz, e até mesmo pelas mudanças naturais.

Para Walter Vieira do Nascimento, “à História do Direito se reserva a importante função de estabelecer pontos de contato entre instituições jurídicas de diferentes fases da vida em sociedade”<sup>32</sup>

Assim, ao estabelecermos esses pontos de contato, podemos finalmente perceber o ponto de criação de um sistema jurídico, sua passagem pelo tempo e sua atual roupagem na sociedade moderna para a resolução de conflitos existentes desde os primórdios, como a luta pela propriedade privada, ou mesmo aqueles que surgem com as atuais mudanças sociais, como direito à manipulação genética.

Para melhor entendermos os atuais sistemas jurídicos, é indispensável compreendermos os sistemas jurídicos primitivos, seu contexto social e adaptações.

Conforme anteriormente dito, temos que o Direito tem seu surgimento ligado ao surgimento da própria estrutura social. Nesse sentido, temos que considerar que as sociedades primitivas tinham sua estrutura social baseada em laços de parentesco, seja consanguíneo ou marital.

A família deu as bases para o direito primitivo, que nasceu nos antigos princípios que nortearam a sua constituição, tendo sido derivado das crenças religiosas

---

<sup>31</sup> WOLKMER, Antônio Carlos. **Fundamentos de História do Direito**. 3. ed. Belo Horizonte, Del Rey, 2006. p. 15.

<sup>32</sup> NASCIMENTO, Walter Vieira do. **Lições de História do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 04.

universalmente admitidas na idade primitiva desses povos, exercendo seu domínio sobre as inteligências e vontades.<sup>33</sup>

Também devemos considerar a forte influência religiosa nas sociedades primitivas, tendo o chefe da tribo, ou o seu líder religioso quando existia a divisão das atribuições, como principal interprete das relações sociais e das ordens divinas, se tornando também os aplicadores das punições pelo não cumprimento da obrigação - lei -, em geral punições com base em determinada crença religiosa e que fosse de exemplo para os outros membros da sociedade.

Esse direito consuetudinário, como atualmente chamamos, era em regra não legislado, ou seja, era passado e aplicado em forma de preceitos verbais decretados pelo chefe da sociedade, onde era aplicado como uma junção de lei, costumes e normas religiosas.

Essa aplicação de preceitos verbais e carência de normas escritas, torna complexa a pesquisa do funcionamento de tais sistemas jurídicos, dificultando a análise de sua real evolução, tendo em vista a carência de uma explicação cientificamente correta com relação às origens dos sistemas jurídicos primitivos, uma vez que, sem o conhecimento da escrita, não se considera a existência de um direito entre os povos que possuíam modos de organização social primitiva.<sup>34</sup>

Assim, o direito primitivo era baseado na tradição influenciada pela religião, sem a existência de um real direito, autônomo, legislado e sem influência de dogmas religiosos.

Ao estudarmos os sistemas jurídicos primitivos, não podemos deixar de abordar aquelas das sociedades que mudaram o mundo, os gregos e romanos.

No que se refere ao direito grego, é o período que se inicia com o aparecimento da *polis*, meados do século VIII a.C., e vai até o seu desaparecimento e surgimento dos reinos helenísticos do século III a C., isto é, "esse período de cinco séculos corresponde aos convencionalmente denominados época arcaica (776 a 480 a.C.,

---

<sup>33</sup> WOLKMER, Antonio Carlos. **Fundamentos de História do Direito**. 3. ed. Belo Horizonte, Del Rey, 2006.

<sup>34</sup> Ibidem

datas dos primeiros Jogos Olímpicos e batalha de Salamina, respectivamente) e período clássico (quinto e quarto séculos a C.)<sup>35</sup>

As mudanças ocorridas nessa época, como a colonização de mais terras, expansão do comércio, uso de moedas, e principalmente a escrita, trouxeram maior estabilidade e segurança para o sistema jurídico grego, usando uma espécie de princípio primitivo da publicidade: as leis eram escritas nas paredes das cidades.

A escrita surge como nova tecnologia, permitindo a codificação de leis e sua divulgação através de inscrições nos muros das cidades. Dessa forma, junto com as inscrições democráticas que passaram a contar com a participação do povo, os aristocratas perdem também o monopólio da justiça.<sup>36</sup>

Entretanto, o sistema jurídico grego ainda era falho. Em primeiro lugar, a escrita das leis era algo inédito, e a própria escrita grega ainda não havia se definido. A figura do advogado era tida como opcional e desvalorizada e a maior parte dos gregos preferiam a oralidade à escrita, fazendo com que o sistema jurídico grego fosse baseado na retórica de seus oradores.

O sistema romano, por sua vez, retorna o poder jurídico aos aristocratas, que controlavam toda a sociedade romana, baseada na conquista militar e escravização dos derrotados.

O Império Romano e suas várias etapas históricas estariam fixadas cronologicamente no modo de produção escravagista, em que o motor do desenvolvimento econômico estava nas grandes propriedades apropriadas pela aristocracia patricia, que, controlando os meios de produção, as terras e as ferramentas necessárias ao trabalho agrícola, dominavam as classes pobres e livres dos plebeus, clientes e dos escravos.<sup>37</sup>

A mudanças políticas e sociais do Império Romano levaram à criação do texto jurídico que ficou conhecido como a Lei das XII Tábuas, a base de todo o ordenamento jurídico romano por reunir em si o direito praticado na época.

---

<sup>35</sup> SOUZA, Raquel de. **O direito grego antigo**. In: *Fundamentos de história do direito*. Wolkmer, Antonio Carlos (org.). 3. ed. Belo Horizonte, Del Rey, 2006. Pág 41.

<sup>36</sup> Ibidem. p. 45.

<sup>37</sup> VÉRAS NETO, Francisco Quintanilha. **Direito romano clássico: seus institutos jurídicos e seu legado**. In: *Fundamentos de história do direito*. Wolkmer, Antonio Carlos (org.). 3. ed. Belo Horizonte, Del Rey, 2006. p. 92.

Como ensina José Carlos Moreira Alves, a Lei das XII Tábuas contém a base da vida jurídica romana, definições de direito público, regulamentações sobre o direito privado, sejam eles para negócios, propriedade privada ou mesmo família.<sup>38</sup>

Já na República, o direito romano se adapta para ter como suas fontes os costumes, a lei e as ordens dos magistrados, uma forma bastante primitiva, mas originadora do Direito Comum, que foi instituído logo após a queda do império romano e a divisão da Europa pelos povos bárbaros que tomaram o império.<sup>39</sup>

Nesse momento histórico, início do feudalismo, é também onde se dá a origem do Direito Comum, especialmente no território da atual Inglaterra.

O common law não foi sempre como é hoje, mas a sua principal característica sempre esteve presente: casos concretos são considerados fonte do direito. O direito inglês, berço de todos os sistemas de common law, nasceu e se desenvolveu de um modo que pode ser qualificado como “natural”: os casos iam surgindo, iam sendo decididos. Quando surgiam casos iguais ou semelhantes, a decisão tomada antes era repetida para o novo caso. Mais ou menos como se dava no direito romano.<sup>40</sup>

Ainda que consideremos como *common law* aquele sistema jurídico originado na Inglaterra após a conquista normanda no ano de 1066, as suas origens vêm desde o sistema aplicado pelos romanos na época conhecida como República, antes da queda do Império Romano.

No ensinamento de René David, o sistema jurídico inglês pode ser dividido naquele da queda do império romano até a conquista normanda no ano de 1066, da conquista normanda até a dinastia dos Tudors, em 1485, de 1485 a 1832, com a criação do sistema de “regras de equidade”, e um quarto e último período, iniciado em 1832 e que perdura até os dias atuais.<sup>41</sup>

Nesse momento, nos limitaremos à análise histórica do surgimento do *Common Law*, mantendo o estudo somente nos períodos anterior à ocupação normanda e após a conquista pelos normandos até o ano de 1485.

---

<sup>38</sup> ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. 17. ed. Forense, 2016. Pág. 41.

<sup>39</sup> Senatus populusque Romanus (SPQR) (“O Senado e o Povo de Roma”) República Romana. 509 a.C. – 27 a.C.

<sup>40</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **A uniformidade e a estabilidade da jurisprudência e o estado de direito - Civil law e common law**. São Paulo: Ed. RT, 2012. Pág. 54.

<sup>41</sup> DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Trad. Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002.



É importante ressaltar que o *Common Law* aqui estudado é o conhecido como *Common Law Inglês* não sendo aplicado nos outros países da ilha britânica, com a ressalva do País de Gales.

Anteriormente à conquista normanda e posterior ao término do domínio romano no território hoje conhecido como Inglaterra, existia o que era denominado “direito anglo-saxônico”, entretanto, resumia-se a breves preceitos normativos, sendo que efetivamente cada tribo tinha seu ordenamento e regras próprias.

Não existia, assim, um direito comum para todos. As relações sociais eram reguladas com base nos costumes e regras particulares daquela localidade, onde a lei era aplicada pela assembleia dos homens livres daquele condado, conhecidas como *County Courts*<sup>42</sup>.

A conquista normanda, em 1066, não altera de forma drástica essa situação, mesmo sendo um dos marcos mais importantes para o atual sistema jurídico inglês, e para a história geral do povo, por significar o início do feudalismo na Inglaterra.

O normando, rei Guilherme, conhecido como o conquistador, mantém, em um primeiro momento, as regras jurídicas já estabelecidas, por entender que seu governo não seria pelo direito da conquista. Entretanto, com a intenção de manter um governo forte e centralizado, ocorre a criação dos chamados Tribunais Reais de Justiça, que ficam conhecidos pela localidade onde são instalados, Tribunais de Westminster<sup>43</sup>, que passam a substituir as *Hundred* e *County Courts* e são o marco inicial para a unificação do direito em todo o território, criando assim o direito comum a todos a partir das decisões destes tribunais.

O direito inglês, assim, no século XVI, quase reuniu-se à família dos direitos do continente europeu, pelo triunfo da jurisdição de equidade do Chanceler e pela decadência da common law. Existiu o risco de serem abandonados pelos pleiteantes os tribunais da common law e, conseqüentemente, caírem em desuso, como três séculos antes caíram as *Hundred* e as *County Courts*, quando os tribunais de Westminster, então com todo seu brilho, ofereciam aos seus pleiteantes uma justiça mais moderna, administrada segundo um processo superior aos processos tradicionais.<sup>44</sup>

---

<sup>42</sup> Corte do Condado – (in England and Wales) a judicial court for civil cases. [(Na Inglaterra e no País de Gales) uma corte judicial para casos cíveis], Oxford English Dictionary , in <https://en.oxforddictionaries.com/>, 23/06/2017.

<sup>43</sup> Westminster é um distrito do centro de Londres, localizado no bairro de Cidade de Westminster.

<sup>44</sup> DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Trad. Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 373.

Nos séculos que se seguiram, o aumento progressivo da atuação dos Tribunais Reais, além de propiciar uma maior concentração de poderes em favor da monarquia, resultou em significativa difusão do conhecimento jurídico ao povo inglês.<sup>45</sup>

Na época, a justiça era considerada como uma prerrogativa exclusiva do Rei, que impossibilitado de atender todas as necessidades e constantemente locomover-se pelo reino, incumbia seus servos de levarem sua justiça, os chamados *judges* (atuais juízes), que após ouvirem a queixa dos reclamantes, proferia um *writ* (atual sentença), que continha uma ordem dada pelo rei e que deveria ser respeitada.

Um *writ* é caracterizado mais como uma regra de direito processual, pois, além da sentença, definia a forma de atuação, os procedimentos e demais peculiaridades do caso. Cada *writ* corresponde, de fato, a um dado processo que determina a sequência dos atos a realizar, a maneira de regular certos incidentes, as possibilidades de representação das partes, as condições de admissão das provas, as modalidades da sua administração e os meios de fazer executar a decisão.<sup>46</sup>

Como tais regras eram definidas pelo próprio juiz, cada um tinha um procedimento diferente, com diferentes requisitos e impedimentos, que acarretavam em um excessivo formalismo, fazendo com que não fosse possível o acesso à justiça, ou quando possível, era concedido uma solução injusta por ser focada na regra processual. A *Common Law*, nas suas origens, foi constituída por um certo número de processos (*forms of action*) no termo dos quais podia ser proferida uma sentença; qual seria, quanto ao fundo, esta decisão, era algo incerto.<sup>47</sup>

A common law, de início, era formada, basicamente, por um conjunto de regras de processo, com múltiplas e rigorosas normas formais que identificavam ações específicas para cada tipo de demanda. O direito material era tido como de inferior importância, sendo natural aos juristas ingleses que sua construção fosse efetuada pela jurisprudência, o que dá sentido à consagrada fórmula “remedies precede rights”. A cada writ, ou remédio processual instituído, correspondia um rito, cada um determinando os atos a realizar, a maneira de solucionar certos incidentes, as possibilidades de representação das partes, as condições de admissão de provas, as modalidades de administração dos elementos probatórios e os meios para

---

<sup>45</sup> LIMA, Tiago Asfor Rocha. **Precedentes judiciais civis no Brasil**. São Paulo, Saraiva, 2013. p. 96.

<sup>46</sup> DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Trad. Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

<sup>47</sup> Ibidem.

execução da decisão. O rigorismo formal do processo nos Tribunais Reais, por vezes, conduzia a soluções nitidamente injustas.<sup>48</sup>

Com a atuação de diferentes juízes incumbidos pelo Rei, havia também o proferimento de sentenças diferentes para casos semelhantes, o que fazia com que o derrotado não aceitasse a decisão e tentasse uma nova decisão diretamente com o Rei. Como o objetivo era a unificação e manutenção de um direito comum, havia também a necessidade de se uniformizar a decisão desses juízes.

Os obstáculos existentes na administração da justiça pelos Tribunais de Westminster davam inevitavelmente origem a que, em numerosos casos, não fosse dada uma solução justa aos litígios. Nestes casos, aflorava naturalmente ao espírito da parte ludibriada que lhe restava ainda uma possibilidade de obter justiça: era o recurso direto ao rei, fonte de toda a justiça e generosidade. [...] Esse recurso supremo ao rei, nas concepções da Idade Média, surgia como uma coisa natural, e os Tribunais Reais de forma alguma se sentiam desprestigiados, por verem as partes, em caso disso, recorrerem de suas decisões. Os próprios Tribunais Reais ficaram definitivamente a dever o seu desenvolvimento ao funcionamento deste mesmo princípio, pelo qual se podia apelar para o rei, em casos excepcionais, para obter justiça.<sup>49</sup>

Assim, de forma paralela à atuação dos Tribunais Reais de Justiça, havia o Tribunal da Chancelaria, que deu origem a um sistema jurídico paralelo, mas independente e até mesmo rivalizando com o *Common Law*, que ficou conhecido como *Equity*.

Inicialmente criadas para atender as necessidades que não eram possíveis de serem abarcadas pelos *writs*, essas cortes acabaram tornando-se uma corte recursal, prejudicando assim a eficiência e a própria estrutura do direito comum.

Na Inglaterra, ao contrário do que aconteceu na França, o judiciário não só constituiu uma força progressista preocupada em proteger o indivíduo e botar freios no abuso do governo, como ainda desempenhou papel importante para a centralização do poder e para superação do feudalismo.<sup>50</sup>

Dessa forma, foi necessária a realização de uma dupla reforma para unificação dos sistemas jurídicos, permitindo ao *Common Law* uma melhor adaptação ao caso concreto na busca por justiça e definindo a *Equity* com regras mais sistemáticas, ante

---

<sup>48</sup> DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Trad. Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002. pp. 338-339.

<sup>49</sup> DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Trad. Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 345.

<sup>50</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. 2ª ed. Revista e atualizada. p. 30.

a aplicação de “doutrinas equitativas”, somente usando-a quando não houver remédio na *Common Law*.

Essa reforma trouxe uma nova roupagem ao sistema jurídico inglês, concretizando a essência do *Common Law*, sendo aplicado até os dias atuais com poucas mudanças, mas adaptando-se à sociedade e seus anseios sociais.

A junção das normas previstas no *Common Law* e no sistema da *Equity* é a estrutura da atual organização do direito comum Inglês. Por mais que tenham se equilibrado e se aperfeiçoado para se tornarem um único sistema, e tenham sido desenvolvidas com foco no direito processual, atualmente também se dedicam a uma estruturação e normatização do direito material.

Atualmente não há mais uma desvalorização da lei, nem mesmo uso dela como fonte secundária, mas existe ainda maior influência da jurisprudência nas decisões do que a lei escrita propriamente dita.

Mesmo com a as necessidades modernas da sociedade inglesa, e de indícios de um possível sistema jurídico misto, ainda que somente parcialmente aceito, o direito inglês mantém sua origem de criação do direito a partir da jurisprudência, não abrindo mão da tradição jurídica nem mesmo para uma alegada mais segurança jurídica.

Nesse sentido de tradição jurídica, é bastante claro que a divisão feita até hoje entre as áreas do direito abrangidas no *Common Law* como o Direito Penal e Responsabilidade Civil, e abrangidas pela *Equity* como Direito Imobiliário e Direito Societário, para definição da área de atuação jurídica de cada advogado, demonstra o apego Inglês pela manutenção de seus costumes.

Nesse sentido, podemos entender que a construção do sistema jurídico a partir da organização social já existente, como objetivo de centralização e unificação do direito e do poder do soberano, assim como o apego às tradições jurídicas, são as diferenças fundamentais que fazem o *Common Law* Inglês ser único, apresentando diferenças estruturais e práticas até mesmo de seus derivados, como o *Common Law* dos Estados Unidos da América.

Por fim, resta claro que sua aplicabilidade é dependente também da cultura tradicional inglesa, não sendo possível a aplicação do *Common Law* Inglês em outros

países, data a ausência a progressão histórica necessária para se chegar ao atual funcionamento desse sistema jurídico.

### **1.2.2. O PAPEL DA JURISPRUDÊNCIA E DO PRECEDENTE, E A FORMULAÇÃO DA FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO**

Antes de adentrarmos ao efetivo papel da jurisprudência e do precedente, cumpre definir e conceituar tais termos.

Em um sentido estrito, o precedente judicial são os elementos normativos de uma decisão judicial tomada em um caso concreto, que servirá de diretriz para o julgamento de casos análogos. É a própria *ratio decidendi*, a essência de uma tese jurídica que fundamentou uma decisão. O precedente está nos argumentos da fundamentação de uma sentença, e não no dispositivo que põe termo ao processo.<sup>51</sup>

A jurisprudência, por outro lado, não é apenas um caso, mas sim o conjunto das decisões dos tribunais semelhantes em casos que envolvem questões análogas, no exercício da aplicação da lei, representando a visão de um Tribunal, em um determinado momento, sobre as questões levadas à apreciação do judiciário.<sup>52</sup>

Os julgados do Império Romano, cujo sistemática jurídica levava o julgador a fundamentar suas decisões, explicando o caminho de pensamento percorrido e quais argumentos usou de base para sua sentença, foram os primórdios da sentença como hoje conhecemos, a qual requer fundamentação por parte do julgador, não sendo possível apenas dar a decisão.

Com a queda do Império Romano, sua divisão entre diversos povos com diferentes costumes, e a crescente influência religiosa na vida social e pública, houve um afastamento da base de fundamentação da decisão, passando a se julgar com a

---

<sup>51</sup> DIDIER JÚNIOR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela.** 10 ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015. v.2.

<sup>52</sup> DIMOULIS, Dimitri. **Manual de Introdução ao estudo do Direito: definição e conceitos básicos, norma jurídica...**/ 4 ed rev. Atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

intervenção divina para a descoberta do possuidor do direito (ordálios, juramentos, julgamentos de Deus etc.), onde fatores alheios ao controle do julgador, e mesmo não correlacionados diretamente com o caso analisado, tinham papel fundamental para o resultado do julgamento, mesmo sem que houvesse uma fundamentação racional para tal decisão.

No sistema do *Common Law*, entretanto, que tem a sua estruturação relativamente mais lenta e sem grandes bruscas mudanças, baseado na ideia do *judge-made-law*<sup>53</sup>, há a necessidade de fundamentar, de forma racional e clara, as decisões, explicando principalmente o porquê daquela decisão para aquele caso, pois o seu julgado cria um direito (uma lei não escrita), que será aplicada em casos futuros e semelhantes.

Desde 1290 havia compilações das decisões judiciais que podiam servir como precedentes, ainda não obrigatórios, exceção feita ao *trial by jury* (hipótese em que o júri julgava sem ouvir testemunhas ou admitir provas) que somente passou a admitir provas no século XVI.<sup>54</sup>

O direito, tanto para um jurista norte-americano quanto para um jurista inglês, é concebido, essencialmente, como um direito jurisprudencial, as normas jurídicas formuladas pelo legislador, por mais numerosas que possam ser, são percebidas como um estorvo pelo jurista, que não vê nelas a forma normal da norma; as normas se encontram verdadeiramente assimiladas ao sistema de direito americano, na medida em que tenham sido interpretadas e aplicadas por cortes na medida em que seja possível referir-se a elas, através de resoluções judiciais que as tenham aplicado.<sup>55</sup>

Essa ideia do direito jurisprudencial de respeitar os precedentes lógicos nem sempre possuiu o mesmo grau de certeza e de segurança. Isso porque, somente após a primeira metade do século XIX, a regra do precedente se estabeleceu rigorosamente, impondo aos juízes ingleses o recurso às regras criadas pelos seus predecessores.<sup>56</sup>

---

<sup>53</sup> O julgado faz a lei. É a base do precedente judicial, onde a decisão não é constituída por normas substantivas e gerais, ou seja, a análise do Direito é feita de forma casuística, partindo-se de vários casos particulares para outros casos particulares.

<sup>54</sup> GILISSEN, John. **Introdução histórica ao Direito**. 2ª Ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian. 1995. p. 26.

<sup>55</sup> DAVI, R.; JAUFFRET-SPINOSI, C. **Los grandes sistemas jurídicos contemporâneos**. 11ª Ed. Tradução de Jorge Sanches Cordero. Cidade do México: Universidad Nacional Autónoma de México; Centro Mexicano de Derecho Uniforme; Facultad Libre de Derecho de Monterrey, 2010. p. 291.

<sup>56</sup> DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Trad. Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

Para fins desse estudo, para não prolongar as posições da doutrina sobre o seu conceito de *ratio decidendi*, considera-se *ratio decidendi* a regra ou proposição sem a qual o caso seria decidido de forma diversa, enquanto obter *dictum* seria tudo o que não está contido na *ratio decidendi*.<sup>57</sup>

O direito declarado na *ratio decidendi*, sendo claramente vinculante para todas as cortes inferiores e todos os súditos do reino, se não fosse considerado igualmente vinculante para os Law Lords, a House of Lords se arrogaria o poder de alterar o direito e legiferar com autônoma autoridade.<sup>58</sup>

Entretanto, cumpre ressaltar que o *ratio decidendi* não tem correspondente no sistema jurídico brasileiro, como explica Luiz Guilherme Marinoni:

[...] A decisão, vista como precedente, interessa aos juízes – a quem incumbe dar coerência à aplicação do direito – e aos jurisdicionados – que necessitam de segurança jurídica e previsibilidade para desenvolverem suas vidas e atividades. O juiz e o jurisdicionado, nessa dimensão, têm necessidade de conhecer o significado dos precedentes.

[...]

É preciso sublinhar que a *ratio decidendi* não tem correspondente no processo civil adotado no Brasil, pois não se confunde com a fundamentação e com o dispositivo. A *ratio decidendi*, no common law, é extraída ou elaborada a partir dos elementos da decisão, isto é, da fundamentação, do dispositivo e do relatório. Assim, quando relacionada aos chamados requisitos imprescindíveis da sentença, ela certamente é “algo mais”. E isso simplesmente porque, na decisão do common law, não se tem em foco somente a segurança jurídica das partes – e, assim, não importa apenas a coisa julgada material -, mas também a segurança dos jurisdicionados em sua globalidade. Se o dispositivo é acobertado pela coisa julgada, que dá segurança à parte, é a *ratio decidendi* que, com o sistema do *stare decisis*, tem força obrigatória, vinculado a magistratura e conferindo segurança aos jurisdicionados. [...]”<sup>59</sup>

Não obstante parecer uma técnica simples a identificação da *ratio decidendi*, é na verdade bastante complexo o trabalho de identificação da parcela efetiva daquela decisão que vai ter o efeito transcendental e vinculado, o desassociando dos demais elementos da decisão, pois estes não terão efeito vinculante.

Assim, é essa determinada parte, a *ratio decidendi*, que cria o precedente, não os fatos ou os demais elementos apresentados no processo e na decisão.

---

<sup>57</sup> NOGUEIRA, Gustavo Santana. **Stare decisis et non quieta movere: a vinculação aos precedentes no direito comparado e brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 162.

<sup>58</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e. **Direito processual civil europeu contemporâneo**. São Paulo: Lex, 2010. p. 220.

<sup>59</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. 2 ed. Revista e atualizada. P. 219-220.

## 2. ESCOLAS DE FILOSOFIA JURÍDICA: POSITIVISMO E REALISMO

É recorrente, na doutrina processual civil, a assertiva de que o tema da fundamentação da decisão judicial é um assunto que concerne ao direito positivado, onde a fundamentação da decisão deve seguir o princípio da persuasão racional, nos limites daquilo que está devidamente positivado pelas autoridades que possuem o poder político de impor as normas jurídicas.

Nessa forma de análise da fundamentação da decisão, a demonstração do caminho percorrido para se chegar à decisão deve ser baseado em normas jurídicas preexistentes que independem de critérios externos ao direito positivado, como moral, ética ou política, mantendo estritamente o método científico – empírico – para sua fundamentação.

Essa teoria, conhecida como positivismo jurídico, enfoca o elemento normativo. Dessa forma, somente os elementos presentes no ordenamento jurídico, as normas do direito, podem ser elementos da fundamentação da decisão. O julgador deve então percorrer um caminho lógico intraprocessual para alcançar a decisão, não se deixando levar por elementos externos ou não positivados.

É o lado do decisionismo e do "oba-oba". Acontece que muitos juízes, deslumbrados diante dos princípios e da possibilidade de através deles, buscarem a justiça – ou que entendem por justiça -, passaram a negligenciar no seu dever de fundamentar racionalmente os seus julgamentos. Esta "euforia" com os princípios abriu um espaço muito maior para o decisionismo judicial. Um decisionismo travestido sob as vestes do politicamente correto, orgulhoso com seus jargões grandiloquentes e com a sua retórica inflamada, mas sempre um decisionismo. Os princípios constitucionais, neste quadro, converteram-se em verdadeiras "varinhas de condão": com eles, o julgador de plantão consegue fazer quase tudo o que quiser. Esta prática é profundamente danosa a valores extremamente caros ao Estado Democrático de Direito. Ela é prejudicial à democracia, porque permite que juízes não eleitos imponham a suas preferências e valores aos jurisdicionados, muitas vezes passando por cima de deliberações do legislador. Ela compromete a separação dos poderes, porque dilui a fronteira entre as funções judiciais e legislativas. E ela atenta contra a segurança



jurídica, porque torna o direito muito menos previsível, fazendo-o dependente das idiosincrasias do juiz de plantão, e prejudicando com isso a capacidade do cidadão de planejar a própria vida com antecedência, de acordo com o conhecimento prévio do ordenamento jurídico.<sup>60</sup>

Em resistência a essa teoria jurídica de positivação do Direito e aceitação de que direito é somente aquilo normatizado, o realismo jurídico se apresenta como principal teoria antagônica, sendo que nesta a fundamentação da decisão é a base onde é criado o direito, tendo na decisão o direito. Assim, o dever ser do direito e as fontes jurídicas normativas não são em si o direito, pois o direito é aquilo que os tribunais fazem com a sua decisão.

Ensina Arnaldo Vasconcelos que o Direito Positivo é o que se põe através da norma, é aquele posto na norma, é Direito-previsão, ou previsão de Direito: acontecendo o fato normativo, realiza-se a previsão, surgindo daí o Direito. O Direito Positivo vale, sobretudo, pelo valor “certeza” que incorpora, razão pela qual foi o Direito positivado, de início, escrito, com o eterno desiderato da concreção do valor “justiça”.<sup>61</sup>

O sistema do direito comum – *Common Law* – adota esta diretriz de que as decisões judiciais criam precedentes e esses precedentes são a normatização do direito, não as leis positivadas. Assim, as leis positivadas não encontram sua aplicação no caso concreto, mas o caso concreto chegará até o tribunal e o tribunal dará sua decisão baseando-se nas peculiaridades do caso e em critérios externos ao direito positivado, como moral, ética ou política a fim de obter a uma decisão que gere resultados práticos e solucione o problema, não apenas proferindo uma decisão que dê fim ao processo.

Para melhor entender o realismo jurídico, deve-se entender que essa teoria se baseia na forma como funciona o direito comum, onde a produção do direito provém de um tribunal, e este tribunal está vinculado a uma comunidade com valores, anseios e culturas específicas. Assim, a decisão de um tribunal irá variar de comunidade para comunidade, da mesma forma como irá variar o direito por ser produto da decisão,

---

<sup>60</sup> SARMENTO, Daniel. **Livres e Iguais. Estudos de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 144.

<sup>61</sup> VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria da Norma Jurídica**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 26 e 102.

criando assim um direito que atenda diretamente os subordinados ao julgador que irá proferir a decisão.

A vida do Direito não tem sido lógica: tem sido experiência. As necessidades do tempo, as teorias morais e políticas que prevalecem, as instituições das políticas públicas, claras ou inconscientes, e até mesmo os preconceitos com os quais os juízes julgam têm importância muito maior do que silogismos na determinação das regras pelas quais os homens devem ser governados. O Direito incorpora a história do desenvolvimento de uma nação através de muitos séculos, e não pode ser tratado como se compreendesse tão somente axiomas e corolários de livros matemáticos.<sup>62</sup>

A afirmação atribuída ao realismo jurídico de que nesta teoria o direito seria apenas um mero conjunto de fatos, que deixa de lado a produção normativa limitando a visão do direito à função ordinária dos tribunais, não se revela suficientemente substancial para definir o realismo jurídico.

Primeiramente há de se considerar que o foco do estudo no realismo é o comportamento do juiz, o qual extrai o direito exatamente da análise das condições sociais nas quais é aplicada a lei, evitando assim a criação de uma jurisprudência mecânica de repetição de julgados que padronize um entendimento, sem tampouco considerar as particularidades de cada caso.

A corrente positivista, por sua vez, defende que o direito é uma ordem normativa com validade baseada em uma norma fundamental pressuposta, sendo então inadmissível que o se considere direito aquilo que o juiz faz.

Requer então que o juiz elabore de forma científica suas ideias para então chegar à decisão, usando o caminho percorrido como fundamentação, e não que o juiz decida primeiro para então fundamentar a sua decisão. Na segunda hipótese, a decisão do juiz será influenciada também pela sua personalidade.

A teoria positivista diz que o juiz não tem autorização para agir dessa forma, afastando o método de convencimento rígido para posteriormente fundamentar sua decisão também com influência de fatores não normatizados. O juiz deve responder muito mais às leis do que aos fatos, afinal a fundamentação da decisão está inserida em um sistema normativo, teoricamente sem lacunas, onde todo caso deve ser

---

<sup>62</sup> HOLMES, Oliver Wendell, Jr. **The Common Law**. Boston: Little, Brown, and Company, 1881. Pág 01.

decidido – e ser possível prever a decisão – com base no direito positivo válido, com a utilização do método dedutivo que oferece soluções gerais e determinadas para casos jurídicos particulares. A respeito da insuficiência positivista:

A adaptação criada pelo próprio sistema para resolver esta questão foi colocar, ao lado do legislador racional, um juiz/intérprete racional. Desse modo, o primeiro criará, de forma absolutamente discricionária (...) o conteúdo da lei, ao passo que o juiz/intérprete racional terá uma delegação para, de forma limitada, preencher os vácuos deixados pela discricionarieidade absoluta (política) do legislador. Cria-se, assim, uma espécie de “discricionarieidade de segundo nível”.<sup>63</sup>

A política social válida não é então definida caso a caso, pois admitir que o juiz pode decidir com um princípio que ele tem como justo é tornar supérflua a validade das normas produzidas por via legislativa, onde, em um sistema no qual o congresso é eleito pelo povo, as normas são criadas e definidas por representação popular.

A segurança jurídica ficaria prejudicada, pois haveria dificuldade em prever a decisão judicial caso não fosse seguida estritamente a direção normativa na fundamentação da decisão, onde em termos simples o resultado do julgamento poderá ser definido por fatores ultraprocessuais como o temperamento do julgador no dia da decisão.

Os formalistas pretendem oferecer uma teoria do Direito que privilegia a segurança jurídica e afasta a necessidade do exercício do poder discricionário pelos aplicadores do Direito. Por isso enfatizam a plenitude hermética do Direito, a rigidez dos termos gerais encontrados no Direito e o papel do juiz de dizer o Direito e não de criá-lo. O preço que os formalistas pagam por adotarem tal teoria sobre o Direito é sustentar uma visão incompleta da realidade jurídica e que, além disso, sequer contribuiria para o funcionamento do Direito, caso fosse verdadeira. A teoria formalista desconsidera a textura aberta da linguagem. Por conta disso, oferece uma visão parcial da natureza do Direito, capaz de dar conta apenas dos casos claros.<sup>64</sup>

Tais pontos são resumidos no entendimento de que o direito é a ciência do “dever ser” e não do “ser”, importando o que o juiz deve fazer, e não o que efetivamente faz. Garante-se assim a previsibilidade das decisões e sua uniformidade, mantendo o direito inteiramente dentro do sistema normatizado.

---

<sup>63</sup> STRECK, FERRAJOLI e TRINDADE. **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 84.

<sup>64</sup> STRUCHINER, Noel. **Direito e linguagem: uma análise da textura aberta da linguagem e sua aplicação ao direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 133.

Por outro lado, o realismo jurídico irá considerar o direito como experiência. O direito será uma profecia de como o juiz julgará, sendo mais interessante saber como agira o juiz do que fazer deduções metafísicas, onde o método científico de aplicação da norma poderá ser afastado caso o resultado não corresponda à realidade, tendo enfoque então na utilidade prática da decisão.

O Brasil, assim como a maior parte dos países colonizados, com exceção daqueles de colonização britânica, adotou a estrutura jurídica do direito positivado na tentativa de uniformizar o direito e trazer segurança jurídica para o Estado ainda em desenvolvimento. Com as evoluções sociais e garantias fundamentais, principalmente trazidas pelas Constituição Brasileira de 1988, ficou claro que a teoria positivista de embasamento normativo do sistema jurídico sob a luz da Lei Superior foi o sistema escolhido pelo legislativo – e o povo – para estabelecer o direito brasileiro.

Ao adentrarmos na análise das escolas da filosofia jurídica, para exemplificar a discussão de se o direito é aquele que emana do legislativo e é aplicado pelo judiciário, ou se direito é o que o judiciário faz ao proferir a decisão, usaremos um exemplo da academia jurídica inglesa.

Conta a história de que em 1345, um advogado inglês argumentou ao tribunal: "Acho que você fará o que os outros fizeram no mesmo caso, ou então não sabemos o que é a lei". "É a vontade dos juízes", disse a juíza Hillary. O presidente do tribunal, juiz Stono, reafirma: "Não, a lei é aquilo que é certo".<sup>65</sup>

A controvérsia ainda é divergente entre os juízes. Atualmente, o problema surge da avaliação de como exatamente os juízes desempenham um papel no processo legislativo, ou seja, os juízes fazem ou declaram a lei?

Acredita-se que em casos complexos, onde não há ainda uma previsão feita pelo legislador, os juízes podem criar e criam leis. Ao falar sobre o papel do juiz, durante a criação da lei, é importante lembrar que esta poderá ser alterada pelo legislativo, que é o criador originário da lei e, portanto, o mais poderoso legislador.

A liberdade dos juízes para legislar é limitada pelas regras de precedente e pela supremacia do legislativo. Os tribunais não podem incorporar o manto de legislador para criar leis, mas na omissão do legislativo, podem e devem criar regras para a

---

<sup>65</sup> LAWTEACHER. **Areas Which Judges Make Law**. 2013. Disponível em: <<https://www.lawteacher.net/free-law-essays/administrative-law/areas-which-judges-make-law-administrative-law-essay.php?vref=1>> (acesso em 22 de novembro de 2018).

solução do litígio, regras essas que têm que ficar limitadas nos territórios de atuação destes tribunais e as diretrizes dadas por eles, que devem ser seguidas até que o legislativo entre em cena para criar leis.

É necessário haver alguns critérios sob os quais a lei é criada, como parâmetros limitadores de máximo e mínimo. O ativismo judicial para solucionar o litígio não deve se tornar "aventureirismo judicial" e levar um juiz a perseguir suas próprias noções de justiça, ignorando os limites da lei.

(...), *aplicar o Direito*, em um Estado de Direito Democrático, significa *aplicar* antes de tudo a *Constituição*. Diante desta, todos os poderes constituídos e demais leis devem se curvar. E para aplicá-la deverá o juiz interpretá-la, segundo os ensinamentos, princípios, da *hermenêutica constitucional*, entendida como especialidade da *hermenêutica jurídica*. Ao adotar como meta a aplicação dos princípios e regras constitucionais e dos princípios da *hermenêutica jurídica constitucional*, o magistrado muito se distancia daquela postura de falsa "neutralidade" tão ao gosto da escola de exegese, para se tornar um autêntico concretizador dos *valores* que são, ao mesmo tempo, *os fundamentos e objetivos do Estado de Direito Democrático*. Sob a égide dos *princípios* que orientam este, o Juiz torna-se um importante *sujeito ativo na aplicação e elaboração do Direito*, ou seja, um efetivo participante da *construção de uma sociedade autenticamente democrática*. É óbvio que tal atitude não é simpática aos *inimigos da democracia*. A estes, nada melhor que juizes autômatos, dóceis ou indiferentes aos caprichos e desmandos deles. Felizmente, a consciência democrática vem produzindo cada vez mais, dentro e fora da magistratura, uma mentalidade renovadora do papel do juiz na sociedade e dos relevantes escopos desempenhados no correto exercício do poder que este exerce. Isso vem ensejando o engrossar das fileiras dos magistrados que, prudente e inteligentemente, vão abrindo espaços à verdadeira justiça, (...).<sup>66</sup>

Como bem lembra Gustavo Gonçalves Gomes, no ativismo, o julgador supera o campo estritamente jurisdicional e adentra ao terreno da política, fazendo uso do Poder Judiciário, como instrumento de concretização de políticas públicas e para resolver, concretamente, o problema a ele (juiz) apresentado. "Os magistrados buscam solucionar problemas políticos com o apoio de critérios jurídicos." Várias são as razões que podem ser apontadas como justificadoras da existência do ativismo judicial, como a descrença nos Poderes, essencialmente políticos, a existência de leis que se tornam verdadeiras "letras mortas", a má utilização dos recursos públicos, dentre outras.<sup>67</sup>

---

<sup>66</sup> GOMES, Sérgio Alves. **Heremênutica jurídica e constituição no estado de direito democrático**. 2.<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. Pág. 59-60.

<sup>67</sup> GOMES, Gustavo Gonçalves. **Juiz ativista x juiz ativo: uma diferenciação necessária no âmbito do processo constitucional moderno**. In: DIDIER JUNIOR, Fredie et alii (Coord.). *Ativismo judicial e garantismo processual*. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 287-302

Os tribunais devem ser seguros em dar o efeito à política constitucional como igualdade, justiça socioeconômica, interpretação liberal e reconhecimento dos direitos dos indivíduos, dando efeito a uma vida mais significativa etc., não podendo deixar de dar solução ao litígio em razão de haver uma omissão do legislador, mas o fazendo dentro de parâmetros.

Ainda não adentrando a real forma de fundamentação em tais escolas filosóficas, mas com intuito de introduzir ao atual funcionamento do judiciário, temos o questionamento: os juízes podem legislar e fazer leis?

De acordo com a linha oficial de separação dos poderes e competências originárias, a resposta é de que os juízes não podem legislar. Entretanto, se considerarmos as competências extraordinárias, e omissões do legislativo, temos três situações em que os juízes, na prática, criam leis:

1. Interpretação:

O legislador não pode definir toda e qualquer possibilidade ou definir e explicar todos os termos de uma lei, por isso surge a necessidade de o juiz interpretar a lei de modo a poder ser aplicado ao caso, afinal “sem a interpretação, a lei, isolada em sua abstração e generalidade, seria letra morta. A interpretação dá vida à lei”<sup>68</sup>

Interpretar a lei não é apenas uma compreensão do que está escrito, pois a lei não está limitada à transcrição de seus textos, mas uma busca das próprias intenções do legislador, através da análise de como tal lei irá ser aplicada ao caso concreto sob judge. “A lei não esgota o Direito, como a partitura não exaure a música. Interpretar é recriar, pois as notas musicais, como os textos de lei, são processos técnicos de expressão, e não meios inextensíveis de exprimir.”<sup>69</sup>

2. Preenchendo as lacunas:

A lacuna na lei pode surgir quando não há lei expressa criada pelo legislador. A definição de lacuna legal é:

Em suma, a lacuna nada mais é do que uma espécie de antinomia entre norma geral exclusiva e norma geral inclusiva, havendo solução jurídica de completabilidade por meio do processo sistemático de hierarquização. Neste diapasão, entende-se, em profundidade, que interpretar o Direito na sua exuberância axiológica e pluralista consiste em hierarquizar,

---

<sup>68</sup> GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Interpretação da lei: espécies e resultados**. 16. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 1994. Pág. 243.

<sup>69</sup> PORTO, Mário Moacyr. **Estética do Direito**. Revista do Curso de Direito da UFRN. Natal : UFRN, v. 1, n. 1, jan./jun. 1996. Pág. 16.

preferencialmente executando a exegese racionalmente dialógica e consciente dos mais eminentes compromissos.<sup>70</sup>

No entanto, Aldemiro Dantas mostra a mesma questão vista de um outro ângulo, a partir da teoria de Savigny<sup>71</sup>:

O Direito, dada a sua força orgânica, sempre completaria a si mesmo, por já conter, explícita ou implicitamente, a solução de todas as relações sociais possíveis presentes ou futuras. A concepção de Savigny, contudo, logo revelou sua falha, pois se é verdade que o sistema jurídico sempre comporta um elastecimento para abranger hipóteses não expressamente previstas, por outro lado esse elastecimento não chega a ponto de abarcar todas as situações possíveis.<sup>72</sup>

Nesse sentido, a lacuna deve ser tida como uma ausência de norma para o caso concreto. Nas palavras de Norberto Bobbio,

O caso de lacuna, no entanto, é um caso em que há menos normas do que deveria haver, fato que registramos com as duas conjunções nem... nem, onde o dever do intérprete é, ao contrário, acrescentar aquilo que falta.<sup>73</sup>

Resta claro que havendo lacunas na lei, é dever daquele que está fazendo a interpretação, o julgador do caso, criar a parte que falta para dar solução e fundamentar sua decisão, informando o porquê e como supriu a lacuna, criando assim uma emenda à lei.

Os mecanismos de constatação das lacunas são, concomitantemente, de integração. São correlatos porque o preenchimento pressupõe a constatação. Os meios de preenchimento das lacunas são indicados pela própria lei (art. 4º, LINDB), destacando-se a figura dos princípios, que abandonaram seu caráter meramente complementar da norma, mas passaram a desempenhar um novo papel normativo, coercitivo, pela hermenêutica sistemática moderna.<sup>74</sup>

---

<sup>70</sup> FREITAS, Joares. **A Interpretação Sistemática do Direito**. 4ª ed, rev. e comp. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 54.

<sup>71</sup> Essa visão de Savigny remete-nos à Escola da Exegese, que surgiu na França, no início dos anos 1800, composta por juristas e juízes que tinham a tendência de ater-se integralmente aos códigos, com influências Napoleônicas. Ela se caracterizava principalmente pela devoção à lei codificada. Essa escola surgiu em um momento histórico no qual os pensadores de maior proeminência consideravam a sociedade estável. No entanto, assim que tal estabilidade começou a se romper, devido às grandes modificações sociais do final do século XIX, a escola exegética tornou-se ultrapassada, tendo surgido, então, a escola do Direito livre.

<sup>72</sup> DANTAS Aldemiro. **Lacunas no Ordenamento Jurídico**. São Paulo: Editora Manole, 2005. p. 45.

<sup>73</sup> BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Brasília: Universidade de Brasília, 2009. p. 117.

<sup>74</sup> CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo. MATOS, Leonardo Raphael Carvalho de. **Os direitos metaindividuais no direito civil: o individual que se transforma em público**. Percurso. vol.03, nº.26, Curitiba, 2018. P. 181.

O papel do preenchimento da lacuna, com o passar do tempo, se tornou uma forma de hermenêutica, pois o julgador é obrigado a fazer uma interpretação da lei para suprir sua lacuna.

### 3. Precedente do *Common Law*:

Existem várias áreas em que não há lei estatutária. Em tal condição, os julgamentos construídos pelos juízes em casos existentes são influenciados por casos anteriores de uma forma que poderia ser chamada de lei. Tal forma de criação da lei já foi explicada no item 2.2 do presente trabalho.

"Os juízes fazem todos os dias leis, embora seja quase heresia dizer"<sup>75</sup> Uma citação famosa de Lord Denning<sup>76</sup> mencionando sobre a realização da lei pelos juízes, mas geralmente não é mencionada toda vez que a lei foi criada, alterada ou reformada. Normalmente, em casos muito difíceis, os juízes mencionam que a lei foi criada ou alterada, mas a lei não pode ser reformulada de acordo com o desejo do tribunal. A lei deve ser definida e reformada sob certas normas necessárias de acordo com as etapas da legislação.<sup>77</sup>

Então, os juízes fazem leis, mas é quase um pecado dizer isso. Por isso, os juízes têm mantido, declarando e fazendo leis. Portanto,

embora os juízes tradicionalmente vejam a si mesmos como declarando ou achando em vez de criar leis, e frequentemente afirmem que fazer lei é uma prerrogativa do Parlamento, há várias áreas nas quais eles claramente fazem a lei<sup>78</sup>

Após essa breve explanação referente a possibilidade da criação de leis pelos juízes, passaremos a abordar as escolas de filosofia jurídica em seus princípios específicos.

## 2.1. POSITIVISMO JURÍDICO

---

<sup>75</sup> Original: "The judges do every day make law, though it is almost heresy to say so".

<sup>76</sup> LORD DENNING, **The Reform of Equity**. in C.J. Hamsori (ed). Londres: Law Reform and Law-Making. 1953. p. 234.

<sup>77</sup> Consideramos como etapas da legislação a propositura da lei, aprovação do Poder Legislativo e promulgação pelo Poder Executivo.

<sup>78</sup> LORD DENNING, **The Reform of Equity**. in C.J. Hamsori (ed). Londres: Law Reform and Law-Making. 1953. p. 239.



O positivismo é da raiz latina *positus*, que significa postular ou apor firmemente a existência de algo. O positivismo jurídico é uma escola de jurisprudência cujos defensores acreditam que as únicas fontes legítimas de direito são aquelas regras escritas, regulamentos e princípios que foram expressamente promulgados, adotados ou reconhecidos por uma entidade governamental ou instituição política, incluindo administrativo, executivo, legislativo e órgãos judiciais. As perguntas básicas a serem feitas quando se fala dessa teoria são: o que é lei? Ela está escrita? De onde ela vem? O positivismo jurídico é uma teoria que responde a essas questões.

O positivismo jurídico é a filosofia legal que argumenta que toda e qualquer lei é simplesmente a expressão da vontade de qualquer autoridade que a criou. Assim, nenhuma lei pode ser considerada como expressão de maior moralidade ou princípios mais elevados aos quais as pessoas podem apelar quando discordam das leis. É uma visão de que o direito é uma construção social. A criação de leis é simplesmente um exercício de força bruta e uma expressão de poder, não uma tentativa de realizar quaisquer objetivos morais ou sociais mais elevados. Portanto, do ponto de vista positivista, pode-se dizer que as leis são válidas não porquê estão enraizadas na lei moral ou natural, mas porquê são encenadas por autoridade legítima e aceitas pela sociedade como tal.

[...] o Positivismo Jurídico é uma concepção do direito que nasce quando “direito positivo” e “direito natural” não mais são considerados direito no mesmo sentido, mas o direito positivo passa a ser considerado como direito em si próprio. Por obra do Positivismo Jurídico ocorre a redução de todo direito a direito positivo, e o direito natural é excluído da categoria de direito: o direito positivo é direito, direito natural não é direito.<sup>79</sup>

O positivismo jurídico é uma das principais teorias filosóficas da natureza do direito e caracteriza-se por duas teses:

1. A existência e o conteúdo do direito dependem inteiramente de fatos sociais (por exemplo, fatos sobre o comportamento e intenções humanas);

Assim, o conteúdo jurídico, o direito na norma, estará no conjunto das regras utilizadas pela aquela determinada comunidade onde a norma foi criada e está em

---

<sup>79</sup> BOBBIO, Norberto, **O Positivismo Jurídico – Lições de Filosofia do Direito**. compilação de Nello Morra e tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. p. 26.

vigor para determinar e regradar o comportamento do indivíduo, dando um vislumbre dos limites e responsabilizações por violar tais limites.

[...] a) o direito de uma comunidade é um conjunto de regras especiais utilizado direta ou indiretamente pela comunidade com o propósito de determinar qual comportamento será punido ou coagido pelo poder público. Essas regras especiais podem ser identificadas e distinguidas com auxílio de critérios específicos, de testes que não têm a ver com seu conteúdo, mas com o seu pedigree ou maneira pela qual foram adotadas ou formuladas. Esses testes de pedigree podem ser usados para distinguir regras jurídicas válidas de regras jurídicas espúrias (regras que advogados e litigantes erroneamente argumentam ser regras de direito) e também de outros tipos de regras sociais (em geral agrupadas como “regras morais”) que a comunidade segue mas não faz cumprir através do poder público.

b) o conjunto dessas regras jurídicas é coextensivo com “o direito”, de modo que se o caso de alguma pessoa não estiver claramente coberto por uma regra dessas (porque não existe nenhuma que pareça apropriada ou porque as que parecem apropriadas são vagas ou por alguma outra razão), então esse caso não pode ser decidido mediante “a aplicação do direito”. Ele deve ser decidido por alguma autoridade pública, como um juiz, “exercendo seu discernimento pessoal”, o que significa ir além do direito na busca por algum outro tipo de padrão que o oriente na confecção de nova regra jurídica ou na complementação de uma regra já existente.

c) Dizer que alguém tem uma “obrigação jurídica” é dizer que seu caso se enquadra em uma regra jurídica válida que exige que ele faça ou se abstenha de fazer alguma coisa (Dizer que ele tem um direito jurídico, ou um poder jurídico de algum tipo, ou um privilégio ou imunidade jurídicos é asseverar de maneira taquigráfica que outras pessoas têm obrigações jurídicas reais ou hipotéticas de agir ou não agir de determinadas maneiras que o afetem). Na ausência de uma tal regra jurídica válida não existe obrigação jurídica; segue-se que quando o juiz decide uma matéria controversa exercendo sua discricção, ele não está fazendo valer um direito jurídico correspondente a esta matéria.<sup>80</sup>

2. Não há conexão necessária entre a lei e a moralidade - mais precisamente, a existência e o conteúdo de uma lei não dependem de seus méritos ou deméritos (por exemplo, se ela cumpre ou não os ideais de justiça, democracia ou moralidade).

O postulado do Positivismo Jurídico clássico é de fato o princípio de legalidade formal, ou, se se quiser, de mera legalidade, aquela metanorma de reconhecimento das normas vigentes. Com base nisso, uma norma jurídica, qualquer que seja o seu conteúdo, existe e é válida por força unicamente das formas da sua produção.<sup>81</sup>

---

<sup>80</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 27.

<sup>81</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. Tradução Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cademartori, Hermes Zanetti Júnior e Sérgio Cademartori. Apresentação José Luis Bolzan de Moraes e Alfredo Copetti Neto. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. Pág 43.

Assim, pouco importa se a lei é justa ou atende aos anseios morais da sociedade. Se a norma jurídica foi criada, seguindo as regras normativas, por si só ela é válida, independente de alcançar quaisquer ideais pretendidos a ela.

A teoria tem desfrutado de um grande número de adeptos desde que foi articulada pela primeira vez por Jeremy Bentham no século XVIII e passou por considerável modificação e desenvolvimento desde então. O positivismo jurídico é aceito hoje pela maioria dos filósofos de direito, embora as teorias da lei natural, seus oponentes naturais, continuem a desafiar as afirmações fundamentais do positivismo.

### 2.1.1. ANTECEDENTES E SURGIMENTO

O positivismo jurídico tem raízes antigas. Os cristãos acreditam que os Dez Mandamentos têm valor sagrado e preeminente em parte porque foram inscritos em pedra por Deus e entregues a Moisés no Monte Sinai. Quando os antigos gregos pretendiam que uma nova lei tivesse validade permanente, eles a inscreveram em pedra ou madeira e a exibiram em um lugar público para todos verem. Na Roma clássica, o imperador Justiniano (483-565 d.C.) desenvolveu um elaborado sistema de leis que estava contido em um detalhado e volumoso código escrito.

Vale ressaltar que positivismo jurídico não é positivismo filosófico, como poderiam pensar alguns. O positivismo jurídico nasceu na Alemanha e o positivismo filosófico na França. O positivismo jurídico deriva da expressão *direito positivo* em contraposição à expressão *direito natural*.

Toda a tradição do pensamento jurídico ocidental é dominada pela distinção entre “direito positivo” e “direito natural”, distinção que, quanto ao conteúdo conceitual, já se encontra no pensamento grego e latino; o uso da expressão “direito positivo” é, entretanto, relativamente recente, de vez que se encontra apenas nos textos latinos medievais.<sup>82</sup>

---

<sup>82</sup> BOBBIO, Norberto, **O Positivismo Jurídico – Lições de Filosofia do Direito**. compilação de Nello Morra e tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. p. 22.

A própria distinção conceitual entre direito natural e direito positivo já se encontra em Platão e Aristóteles. A passagem a seguir do livro “Ética a Nicômaco” reflete a lição de Aristóteles:

Da justiça civil uma parte é de origem natural, outra se funda em a lei. Natural é aquela justiça que mantém em toda a parte o mesmo efeito e não depende do fato de que pareça boa a alguém ou não; fundada na lei é aquela, ao contrário, de que não importa se suas origens são estas ou aquelas, mas sim como é, uma vez sancionada.<sup>83</sup>

O direito romano é apropriado pelo positivismo jurídico, como referencial indiscutível de racionalidade legislativa. Refere-se à influência duradoura do direito romano, na Europa medieval e moderna, por meio da incorporação nas legislações europeias do direito privado da tradição justinianéia.<sup>84</sup>

Com o utilitarismo de Jeremiah Bentham, incrementa-se o positivismo jurídico na tradição inglesa. Bentham imputava à codificação do direito uma forma de se obter maior felicidade para a maioria (*greatest happiness of the great number*). O filósofo inglês imaginava uma reforma radical do direito, mediante codificação completa, que deveria sistematizar toda a matéria jurídica em três partes: civil, penal e constitucional. Temeroso e crítico da incerteza da *common law* inglesa, Bentham preconiza códigos que deveriam ser redigidos em termos claros e precisos, facilitando a todas as pessoas o acesso fácil aos conteúdos normativos.<sup>85</sup>

A totalidade do código, como enunciada por Bentham, vai se tornar princípio axial do positivismo jurídico, que se vale do dogma da completude para enfrentar os problemas decorrentes das lacunas e das antinomias. O princípio da utilidade justificaria a adesão ao modelo normativo codificado, com base em suposta igualdade formal dos administrados, que usufruiriam da clareza e da certeza jurídicas que só um código poderia proporcionar. É que o legislador teria em mira a proliferação dos

---

<sup>83</sup> ARISTÓTELES. **Ética A Nicômacos**. 3ª Edição - Tradução: Mário da Gama Kury. Brasília: UNB. 1999. pp. 144-145.

<sup>84</sup> GILISSEN, John. **Introdução histórica ao Direito**. 2 ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian. 1995. p. 34.

<sup>85</sup> BOBBIO, Norberto, **O Positivismo Jurídico – Lições de Filosofia do Direito**. compilação de Nello Morra e tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. p. 39.

prazeres e obstrução das dores como supremo valor. A regra jurídica é comando, ato de vontade, produzido com o objetivo de se proporcionar o maior bem possível.<sup>86</sup>

(...) a obra de Bentham é permeada por uma grande preocupação em torno da elaboração da lei. Essa postura tem origem numa posição de crítica frente ao Direito da *Common Law*. A razão está na atenção extrema que Bentham dedicava à questão da certeza e do conhecimento do Direito. Ora, esses requisitos, na sua concepção, não existiam no Direito inglês, que se caracterizava por ser, em essência, um Direito de leis não escritas. Como as leis devem ser conhecidas- e este é um tema particularmente caro a Bentham-, essa circunstância tornaria impossível a ciência do Direito pelo cidadão. De fato, Bentham contesta a ideia de que o juiz apenas se limite a declarar regras já existentes. Para ele, o Direito inglês nasceria após o fato, razão pela qual seria essencialmente incerto e imprevisível. Em sendo assim, explica-se a razão de Bentham ser um tenaz defensor da codificação, que deveria abranger todos os ramos do Direito.<sup>87</sup>

Em meados do século XVI e XVIII, o direito torna-se cada vez mais escrito, constituindo-se em uma série de leis emanadas pelo poder constituído na época.<sup>88</sup>

Antes da Revolução Americana, os pensadores políticos ingleses John Austin e Thomas Hobbes articularam o comando da teoria do direito, que defendia a proposição de que as únicas autoridades legais que os tribunais devem reconhecer são os comandos do soberano, porque somente o soberano tem o poder para reforçar seus comandos com força militar e policial.<sup>89</sup>

Grant Gilmore, um historiador jurídico americano, descreveu como o formalismo apareceu depois da Guerra Civil Americana:

O produto jurídico pós-Guerra Civil parece partir do pressuposto de que a lei é um sistema fechado e lógico. Os juízes não fazem lei: eles simplesmente declaram a lei que, em algum sentido platônico, já existe. A função judicial não tem nada a ver com a adaptação das regras à mudança de circunstâncias; restringe-se à descoberta de quais são as verdadeiras regras da lei e, de fato, sempre foram.<sup>90</sup>

Eventualmente, Max Weber estabeleceu a definição mais conhecida de ciência jurídica. Segundo ele, cinco postulados representam a ciência jurídica:

Primeiro, que todo caso legal concreto seja a “aplicação” de uma proposição legal abstrata à “situação factual” concreta; segundo, que deve ser possível,

---

<sup>86</sup> BENTHAM, Jeremy. **The Principles of Morals and Legislation**. New York: Hafner Publishing Co., 1948. p. 153.

<sup>87</sup> SIEBENEICHLER DE ANDRADE, Fábio. **Da Codificação - Crônica de um Conceito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 66.

<sup>88</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

<sup>89</sup> HOBBS, Thomas. **Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil**. São Paulo: Martin Claret, 2002.

<sup>90</sup> GILMORE, G. **The Ages of American Law**. New Haven: Yale University Press, 1977. p. 148

em todos os casos concretos, derivar a decisão de proposições legais abstratas por meio de lógica legal; terceiro, que a lei deve, real ou virtualmente, constituir um sistema “sem lacunas” de proposições jurídicas, ou deve, pelo menos, ser tratada como se fosse um sistema sem lacunas; quarto, que tudo o que não pode ser “interpretado” racionalmente em termos legais também é legalmente irrelevante; e quinto, que toda ação social dos seres humanos deve ser sempre visualizada como uma “aplicação” ou “execução” de proposições legais, ou como uma “infração” do mesmo, uma vez que a “inutilidade” do sistema legal deve resultar em “Ordenamento jurídico” de toda conduta social.<sup>91</sup>

Weber também observou que a noção de lei como ciência legal descreve com precisão a Lei Continental<sup>92</sup> porque foi em grande parte um produto de sistematização. No entanto, ele observou que isso não se aplica ao *common law*. Weber apontou que o *common law*, por padrão, é desenvolvido de forma fragmentada. Tribunais de *common law* adotam precedentes em resposta a casos específicos, e eles raramente consideram como isso pode afetar a estrutura legal geral. Da mesma forma, a legislação nos países de *common law* é frequentemente criada em resposta a eventos específicos, não com uma visão do sistema legal: “os conceitos assim formados são construídos em relação a eventos concretos da vida cotidiana, são distinguidos por critérios externos”.<sup>93</sup>

Thomas Hobbes argumentou que é improvável que qualquer estatuto seja injusto. Segundo ele, antes que os nomes dos justos e injustos possam ocorrer, deve haver algum poder coercitivo para obrigar os homens igualmente ao desempenho de seus convênios, e tal poder não existe antes da criação da comunidade. Nisso, ele quis dizer que as leis são as regras do justo e do injusto, nada é considerado injusto que não seja contrário a alguma lei. Para Hobbes, o soberano não está sujeito a leis por ter o poder de fazer e revogar leis por ter o poder de fazer e revogar leis; ele pode, quando quiser, libertar-se de sua sujeição. O que ele enfatizou é que é pertence ao soberano o cuidado para elaboração de boas leis.<sup>94</sup>

---

<sup>91</sup> WEBER, M. **Economy and Society**. ROTH, G.; WITTICH, C. (eds.). Berkeley: University of California Press, 1978. p. 42.

<sup>92</sup> Indicação de Weber para as leis aplicadas na época aos países do continente europeu.

<sup>93</sup> WEBER, M. **Economy and Society**. ROTH, G.; WITTICH, C. (eds.). Berkeley: University of California Press, 1978, p. 53.

<sup>94</sup> HOBBS, Thomas. **Leviatã**. São Paulo: Ícone, 2000.

John Austin, por outro lado, adotou algumas ideias de Thomas Hobbes em sua filosofia jurídica sobre a natureza do direito. Além disso, ele era conhecido individualmente por seu “dogma” do positivismo jurídico, ao afirmar que:

A existência da lei é uma coisa; seu mérito ou demérito é outro. Seja ou não é uma pergunta; seja ou não compatível com um padrão assumido, é uma investigação diferente. Uma lei, que de fato existe, é uma lei, embora, por acaso, a gente não goste dela ou varie do texto, pelo qual regulamos nossa aprovação e desaprovação.<sup>95</sup>

Hans Kelsen, durante o século XX, reiterou a ideia de Austin de que “o conceito de direito não tem conotações morais”. Kelsen afirmou que as filosofias jurídicas tradicionais estavam irremediavelmente contaminadas com ideologia política e moralizadora.

Assim, Kelsen propôs a ideia de uma Teoria Pura do Direito, que é uma teoria do Direito Positivo. É uma teoria geral do direito, não uma interpretação de normas jurídicas nacionais ou internacionais específicas; mas oferece uma teoria da interpretação. É caracterizada como uma teoria do direito “pura” porque visa concentrar-se apenas na lei. Descreve apenas a lei e tenta eliminar ou anular tudo o que não é lei. Seu objetivo é libertar a ciência do direito de elementos alheios. Kelsen queria mostrar seu conceito puro de lei positiva, eliminando qualquer significado das normas da lei moral para o direito positivo. De acordo com Kelsen, “a lei simplesmente não é pura quando está cheia de normas axiológicas”.<sup>96</sup>

### 2.1.2. CARACTERÍSTICAS DE PENSAMENTO E FUNDAMENTOS

Essencialmente, o positivismo refere-se à visão de que julgar é uma atividade ligada à regra legal positivada. Regras não-legais têm pouca ou nenhuma influência sobre os resultados dos casos. Termos como formalismo, jurisprudência mecânica, legalismo e pensamento jurídico clássico são frequentemente usados de forma intercambiável. Alguns comentaristas também usam termos como ciência jurídica quando discutem positivismo. Entretanto, tais distinções semânticas são irrelevantes nesse contexto, sendo que adotamos somente o termo positivismo.

---

<sup>95</sup> AUSTIN, John. **The Province of Jurisprudence Determined and the Uses of the Study of Jurisprudence**. Cambridge: Hakett Publishing Company Inc., 1998, p. 79.

<sup>96</sup> KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 8 ed., Wmf Martins Fontes, 2009, p. 121.

O termo neopositivismo é ocasionalmente usado para representar a visão de que julgar é uma atividade ligada às regras, que não é necessariamente puramente dedutiva ou mesmo lógica, mas, no entanto, é uma regra limitada e previsível. Alguns juristas também distinguem entre positivismo de regras e positivismo conceitual. Os positivistas de regras enfatizam regras claras e interpretação rigorosa, enquanto os positivistas conceituais enfatizam a coerência sistêmica em toda a lei.<sup>97</sup>

Na definição de Orlando Luiz Zanon Júnior, são estas as cinco principais características do Positivismo Jurídico:<sup>98</sup>

1. separação entre Direito e Moral;
2. formação do Ordenamento Jurídico exclusivamente (ou preponderantemente) por Regras positivadas;
3. construção de um sistema jurídico escalonado só pelo critério de validade formal;
4. aplicação do Direito posto mediante subsunção;
5. discricionariedade judicial (*judicial discretion* ou *interstitial legislation*) para resolução dos chamados casos difíceis (*hard cases*).

É de grande importância a posição dos valores na concepção de Direito em Kelsen. Para ele, a norma superior sustenta a validade das normas inferiores, mas até onde? Esta cadeia de validade precisa encontrar o elemento de validade em uma última norma superior. Então, o fundamento de validade de todo o sistema se baseia na norma fundamental, que se mostra como o fato produtor de normas, cuja essência é dinâmica, pressuposta, na qual todo conteúdo pode ser inserido no direito; não se confunde com a Constituição, que é o conteúdo estático desta norma. A norma fundamental, pressuposta e dinâmica, insere-se no sentido lógico-jurídico de Constituição, enquanto a Constituição vigente insere-se em sentido jurídico-positivo.<sup>99</sup>

A lei tem três atributos essenciais, a saber: a formulação consciente, a generalidade e a autoritatividade.

Como um exercício consciente de autoridade, a regra ou norma é diferente ou separada da moral. Uma regra ou norma específica da conduta humana deve ser

---

<sup>97</sup> GREY, T. C. **Judicial Review and Legal Pragmatism**. Wake Forest Law Review. 2003.

<sup>98</sup> ZANON JÚNIOR, Orlando Luiz. **Teoria complexa do direito**. 2 ed. rev ampl. Curitiba: Ed. Prismas, 2015, pp. 229-230.

<sup>99</sup> KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 8 ed., Wmf Martins Fontes, 2009.



articulada antes que haja uma lei real de qualquer tipo. Formulação consciente distingue uma regra ou norma de lei positiva de uma regra ou norma de moralidade. No caso da moralidade, não há articulação consciente para estabelecê-la como tal. Não há nenhuma causa de ação para impor o desempenho dela. Fica para trás o positivismo acrítico do século XIX – que pregava sua vinculação mesmo quando existia distância entre a representação da realidade e a própria realidade –, que hoje só está presente como um resíduo, “na opinião que, pelo inconsciente geral, têm de si mesmos os juristas práticos (sobretudo os juízes)”<sup>100</sup>

O próximo atributo é conhecido como generalidade, porque se dirige a todas as pessoas indistintamente.<sup>101</sup> Uma regra ou norma não deveria estar na forma particular, pois isso determinaria apenas atos específicos, pessoas ou propriedades. Regras ou normas devem ser gerais ou, em outras palavras, devem prescrever regimentos de conduta para todos os membros de uma sociedade ou para todos os membros de uma classe.

O último atributo é a imposição autoritativa ou imperatividade da norma. Quando uma regra ou norma é apoiada pela autoridade do Estado, envolve ou implica um dever de obedecer. Essa é a característica crucial das regras legais ou normas legais. É por causa deste atributo que sanções ou incentivos são fornecidos, dando às pessoas em autoridade a competência coercitiva para fazer cumprir as regras ou normas dentro dos limites estabelecidos pela lei. Uma sanção é qualquer mal eventual anexado à regra ou norma e pode assumir a forma de alguma punição, reparação específica ou substituta ou prevenção forçada. Esse é o elemento que torna a lei imperativa e não apenas meritória ou consultiva.<sup>102</sup>

Os positivistas veem a lei como simplesmente a criação consciente do superior político supremo, um conjunto de regras criadas pelo homem e impostas pelo estado. Em sua perspectiva, a visão histórica de que a lei emana da vida e do espírito é ambígua.

---

<sup>100</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. Tradução de Marina Gascón. 7 ed. Madrid: Trotta, 2007.

<sup>101</sup> BARROS, F. M. de. **Direito Civil - Lei de introdução às normas do direito brasileiro**.

<sup>102</sup> AGUIAR, Roberto Armando Ramos de. **Sobre a imperatividade da norma jurídica**. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 1974.

Uma regra não pode ser feita antes da ocorrência dos fatos que ela pretende regular ou governar. Na visão positivista, o ato tem que acontecer antes que uma regra possa ser feita precisamente para governá-lo.

A lei é feita dessa forma para que não haja uma aplicação em graus variados, mas sim uma aplicação total da regra. Sobre as regras:

são normas que são sempre satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível.<sup>103</sup>

Se a lei é uma ciência racional, então, em um sistema jurídico completo e sem lacunas, os juízes não precisam recorrer a regras externas. Uma solução para qualquer caso pode ser encontrada dentro do próprio sistema, um juiz precisa usar apenas regras de lógica, principalmente a dedução. Em tal sistema, juízes não fazem lei, não há necessidade de fazer lei porque o sistema legal já está completo.<sup>104</sup>

O que os juízes têm a fazer é descobrir e declarar a lei que sempre esteve lá. É claro que não é de surpreender que essa visão tenha dado origem à ideia de juízes como oráculos de lei.<sup>105</sup>

Muitos não positivistas chamam essa visão de tomada de decisão judicial de julgamento mecânico. Posner escreve que:

Legalists decide cases by applying preexisting rules or, in some versions of legalism, by employing allegedly distinctive modes of legal reasoning, such as 'legal reasoning by analogy.' They do not legislate, do not exercise discretion other than in ministerial matters (such as scheduling), have no truck with policy, and do not look outside conventional legal texts - mainly statutes, constitutional provisions, and precedents (authoritative judicial decisions) - for guidance in deciding new cases. For legalists, the law is an autonomous domain of knowledge and technique.<sup>106</sup>

---

<sup>103</sup> ALEXY, Robert. **Los Derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático**. In: CARBONELL, Miguel (Org.). Neoconstitucionalismo(s). 4. ed. Madrid: Trotta, 2009, pp. 90-91.

<sup>104</sup> LEITER, B. **Positivism, Formalism, Realism**. Columbia Law Review. 1999.

<sup>105</sup> DIAS, R. W. M. **Jurisprudence**. 5 ed. London: Butterworth's, 1985.

<sup>106</sup> POSNER, R. A. **How Judges Think**. Cambridge: Harvard University Press, 2008, p 07. Tradução Livre: Os legalistas decidem casos aplicando regras preexistentes ou, em algumas versões do legalismo, empregando modos alegadamente distintos de raciocínio jurídico, como "raciocínio jurídico por analogia". Eles não legislam, não exercem discricção a não ser em assuntos ministeriais (como agendamento), não têm nenhuma ligação com política, e não olham para fora dos textos legais convencionais - principalmente estatutos, provisões constitucionais e precedentes (decisões judiciais autorizadas) - para orientação na decisão de novos casos. Para os legalistas, a lei é um domínio autônomo de conhecimento e técnica.

As críticas mais influentes ao positivismo jurídico decorrem da suspeita de que ele não atribui a moralidade. A lei tem funções importantes para criar harmonia e paz em nossas vidas, promover o bem comum, assegurar os direitos humanos ou governar com integridade e, no entanto, não tem relevância alguma em nossa moral.

Existe hoje uma vasta literatura (Dworkin, Alexy, Carlos Nino, Zagrebelsky, Atienza, Troper, etc.) que, a partir de uma crítica ao positivismo analítico e sua exclusão das justificações morais da argumentação jurídica, propõe, ao contrário, que os saberes dogmáticos e as técnicas jurídicas, por óbvio, não conseguem conviver com essa exclusão, sobretudo no terreno constitucional. Surge daí um ativismo judicial, principialista e argumentativo, de clara matriz anglo-saxônica, que não só parte para um ataque à argumentação positivista (que separa direito e moral e despe os argumentos de sua carga moral para lhes dar uma carga de mera eficiência técnica), mas se endereça também para uma concepção da dogmática jurídica que vem transformando sua função social.<sup>107</sup>

Ronald Dworkin nega que possa haver qualquer teoria geral da existência e do conteúdo da lei. Ele nega que as teorias locais de sistemas jurídicos particulares possam identificar a lei sem recorrer a seus méritos e rejeita todo o foco institucional do positivismo. Para ele, uma teoria do direito é uma teoria de como os casos devem ser decididos e começa não com uma explicação da organização política, mas com um ideal abstrato regulando as condições sob as quais os governos podem usar força coercitiva sobre seus súditos. Uma sociedade tem um sistema legal somente quando, e na medida em que, honra este ideal, e sua lei é o conjunto de todas as considerações, e os tribunais de tal sociedade seriam moralmente justificados na aplicação, sejam ou não essas considerações determinadas por qualquer fonte.<sup>108</sup>

## 2.2. REALISMO JURÍDICO

O realismo legal foi sem dúvida a teoria mais importante e controversa do julgamento na história. E, em geral, também, houve poucos desenvolvimentos intelectuais na lei que foram tão influentes, controversos e incompreendidos. Sua influência foi muito além como uma teoria de adjudicação. Como observa um teórico

---

<sup>107</sup> FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Função social da dogmática jurídica**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 204.

<sup>108</sup> DWORKIN, Ronald. **O Império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

legal, mesmo o positivismo jurídico contemporâneo deve muito de sua renovação ao realismo jurídico:

Legal positivism owes a large debt to American realism that is rarely acknowledged. American realism jolted legal positivism out of its complacency by questioning widely held assumptions about the nature of rules. It should be remembered that Holmes exposed the weaknesses of the command theory of law long before Hart. Realism prompted the rethink of legal positivism that was brilliantly undertaken by scholars like Hart and Raz. It forced positivists to distance themselves from formalism and to reconsider the nature of legal language and judicial discretion.<sup>109</sup>

O realismo é uma escola de pensamento jurídico diverso dos métodos usuais e qualquer tentativa de o homogeneizar distorcerá mais que simplificará. Quando se trata de tomada de decisões judiciais, os realistas tinham duas teses gerais. Primeiramente, os juízes têm um resultado predefinido de um caso antes mesmo de se voltarem para as regras legais; esse resultado preferido é geralmente baseado em alguns fundamentos não legais - concepções de justiça, atributos de partes litigantes (instrução, estado de pobreza, grupo racial etc.), ideologia, preferências de política pública, personalidade do juiz etc. Em segunda tese, juízes geralmente serão capazes de encontrar uma justificativa nas regras legais para o seu resultado preferido. Isso é possível porque o sistema legal é complexo e muitas vezes contraditório. É claro que, ocasionalmente, um juiz se deparará com um resultado preferencial que apenas “não caberá”, mas estes são raros. Normalmente os juízes encontrarão alguma lei, estatuto, caso ou princípio que justificará seu resultado preferido.<sup>110</sup>

### 2.2.1. ANTECEDENTES E SURGIMENTO

A maior parte dos registros de como o realismo jurídico passou a existir, começa com o nascimento do movimento nas décadas de 1920 e 1930. No entanto, como alguns estudiosos mostraram, havia muitos realistas nos EUA mesmo antes do nascimento do realismo: quando “os realistas legais chegaram ao local, o realismo

---

<sup>109</sup> RATNAPALA, S. **Jurisprudence**. Cambridge, Cambridge University Press, 2009, pp. 108-109. Tradução livre: O positivismo jurídico deve uma grande dívida ao realismo americano que raramente é reconhecido. O realismo americano tirou o positivismo legal de sua complacência ao questionar suposições amplamente aceitas sobre a natureza das regras. Deve ser lembrado que Holmes expôs as fraquezas da teoria do comando da lei muito antes de Hart. O realismo levou ao repensar do positivismo legal que foi brilhantemente empreendido por estudiosos como Hart e Raz. Isso forçou os positivistas a se distanciarem do formalismo e reconsiderarem a natureza da linguagem jurídica e da discricção judicial.

<sup>110</sup> SCHAUER, F. **Thinking Like a Lawyer: A New Introduction to Legal Reasoning**. Cambridge: Harvard University Press, 2009.

sobre o julgamento circulou dentro e fora dos círculos legais em voz alta e muitas vezes por pelo menos duas gerações.”<sup>111</sup>

O realismo jurídico, em geral, era uma escola original de pensamento. Houve, no entanto, várias tentativas de promover uma visão semelhante antes mesmo do movimento. No final do século XIX e até certo ponto no início do século XX, a Escola Alemã de Direito Livre (*Freirechschule*) expressou ideias semelhantes.<sup>112</sup> François Géný, estudioso francês, em sua “Ciência e Técnica em Direito Privado Positivo”, publicado de 1914 a 1924, também defendeu uma “pesquisa científica livre”.<sup>113</sup> Géný queria usar ciências como sociologia, economia, linguística e filosofia para descobrir origens de regras. No geral, parece que esse realismo jurídico europeu teve pouco impacto sobre os advogados europeus. “Continua a impressão de que o realismo jurídico europeu não teve um efeito profundo na maneira como os advogados dos países europeus realmente lidam com suas tarefas jurídicas.”<sup>114</sup>

Francis Lieber, advogado americano de meados do século XIX, observou que as decisões judiciais raramente são mecanicistas; em vez disso, a experiência e vários outros fatores influenciam significativamente o resultado.<sup>115</sup>

Da mesma forma, William Hammond, um jurista que é considerado formalista, expressou, já em 1881, uma atitude bastante realista sobre a lei como uma restrição ao julgamento:

It is useless for judges to quote a score of cases from the digest to sustain almost every sentence, when every one knows that another score might be collected to support the opposite ruling. The perverse habit of qualifying and distinguishing has been carried so far that all fixed lines are obliterated, and a little ingenuity in stating the facts of a case is enough to bring it under a rule that will warrant the desired conclusion...The most honest judge knows that the authorities with which his opinions are garnished often have had very little to do with the decision of the court - perhaps have only been looked up after that decision was reached upon the general equities of the case. He writes, it may, a beautiful essay upon the law of the case, but the real grounds of decision lie concealed under the statement of facts with which it is prefaced. It is the power of stating the facts as he himself views them which preserves

---

<sup>111</sup> TAMANAHA, B. Z. **Beyond the Formalist-Realist Divide**. Princeton: Princeton University Press, 2010.

<sup>112</sup> SCHAUER, F. **Thinking Like a Lawyer: A New Introduction to Legal Reasoning**. Cambridge: Harvard University Press, 2009.

<sup>113</sup> GENY, F. **Science et technique en droit privé positif**. Paris: Recueil Sirey, 1915.

<sup>114</sup> JOHNSTON, D. M. **The Historical Foundations of World Order: The Tower and the Arena**. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2008.

<sup>115</sup> LIEBER, F. **Legal and Political Hermeneutics, or Principles of Interpretation and Construction in Law and Politics**. Boston: Little Brown, 1839.

the superficial consistency and certainty of the law, and hides from carless eyes its utter lack of definiteness and precision.<sup>116</sup>

Vários outros juristas daquela época compartilhavam as mesmas preocupações sobre julgar, que os realistas iriam expor muitas décadas depois. Por exemplo, Austin Abbott argumentou em 1893 que os tribunais muitas vezes se baseiam em princípios políticos: “casos de direito comum são decididos segundo princípios de utilidade... Esta não é a jurisprudência de um sistema de comandos; é a jurisprudência do bem-estar comum forjada pelo raciocínio livre sobre os fatos reais da vida.”<sup>117</sup> Walter Coles observou que a ideologia política frequentemente influencia os juízes.<sup>118</sup> Em um discurso de 1908 perante o Congresso, até o presidente americano Theodore Roosevelt admitiu que “as decisões dos tribunais sobre questões econômicas e sociais dependem de sua filosofia econômica e social”.<sup>119</sup>

O historiador britânico Edward Hallett Carr caracterizou o desenvolvimento natural da ciência e, mais particularmente, como o avô do realismo político moderno na teoria das relações internacionais, o balanço necessário do pêndulo que deveria afetar o curso de investigações científicas em assuntos internacionais.

The impact of thinking upon wishing which, in the development of a science, follows the breakdown of its first visionary projects, and marks the end of its specifically utopian period, is commonly called realism. Representing the reaction against the wish-dreams of the initial stage, realism is liable to assume a critical and somewhat cynical aspect. In the field of thought, it places its emphasis on the acceptance of facts and on the analysis of their causes and consequences. It tends to depreciate the role of purpose and to maintain, explicitly or implicitly, that the function of thinking is to study a sequence of events which it is powerless to influence or alter.<sup>120</sup>

---

<sup>116</sup> HAMMOND, W. G. **American Law Schools, Past and Future**. Southern Law Review. 1881, pp. 412-413. Tradução livre: É inútil para os juízes citar uma série de casos para sustentar quase todas as frases, quando todos sabem que outra posição pode ser coletada para apoiar decisão diversa. O hábito perverso de qualificar e distinguir tem sido levado a tal ponto que todas as linhas fixas são obliteradas, e um pouco de ingenuidade em declarar os fatos de um caso são suficientes para colocá-lo sob uma regra que garantirá a conclusão desejada. O juiz mais honesto sabe que as autoridades com as quais suas opiniões são guarnecidas muitas vezes tiveram muito pouco a ver com a decisão da corte - talvez só tenham sido consultadas depois que a decisão foi tomada sobre as ações gerais do caso. Ele escreve um belo ensaio sobre a lei do caso, mas os verdadeiros fundamentos da decisão estão ocultos sob a declaração de fatos com os quais ela é precedida. É o poder de declarar os fatos, como ele mesmo os vê, o que preserva a consistência superficial e a certeza da lei, e oculta de olhos sem olhos sua total falta de precisão e precisão.

<sup>117</sup> ABBOTT, A. **Existing Questions on Legal Education**. Yale Law Journal. 1893.

<sup>118</sup> COLES, W. D. **Politics and the Supreme Court of the United States**. American Law Review. 1893.

<sup>119</sup> TAMANAHA, B. Z. **Beyond the Formalist-Realist Divide**. Princeton: Princeton University Press, 2010.

<sup>120</sup> CARR, E. H. **The Twenty Years' Crisis, 1919–1939: An Introduction to the Study of International Relations**. Edition. 1964, p. 10. Tradução livre: O impacto de pensar no desejo que, no desenvolvimento de uma ciência, segue o colapso de seus primeiros projetos visionários e marca o fim de seu período especificamente utópico, é comumente chamado de realismo. Representando a reação

Carr é geralmente creditado como pioneiro de um afastamento do pensamento utópico, a fim de fomentar o desenvolvimento de uma "ciência da política internacional", ainda na infância, e a primeira tentativa de teorizar sobre o significado de "realismo" nessa empreitada. Em seus escritos acadêmicos, o filósofo legal dinamarquês Alf Ross expressou uma preocupação semelhante na teoria jurídica e defendeu uma mudança de concepção, método e perspectiva na descrição dos fenômenos legais, com consequências inevitáveis para a disciplina do direito internacional. Sua primeira monografia traduzida para o inglês exibia um título de programa anunciando um empreendimento de várias décadas para reconsiderar radicalmente o estudo do direito sob a perspectiva de uma "jurisprudência realista",<sup>121</sup> com o objetivo de fornecer-lhe os meios de viver de acordo com a disciplina título de "ciência jurídica".

### 2.2.2. CARACTERÍSTICAS DE PENSAMENTO E FUNDAMENTOS

Os realistas são frequentemente retratados como céticos radicais. Parece que tudo o que fizeram foi duvidar dos modelos teóricos existentes de julgamento. Essa visão é falha, pois os realistas queriam principalmente aumentar a certeza e a previsibilidade da lei, esclarecendo a verdadeira natureza do julgamento.<sup>122</sup>

Os realistas atacaram principalmente a visão de que julgar é apenas a aplicação lógica de regras e princípios legais. Mas poucos realistas pensaram que as regras e princípios legais não desempenham nenhum papel, sendo que a maioria deles achava que as regras legais desempenham um papel importante, mas é compartilhado com regras não jurídicas e outros fatores. Como observou Kalman, os realistas "apontaram para o papel da idiosincrasia na lei, mas eles acreditavam em um império da lei - por

---

contra os sonhos de desejo do estágio inicial, o realismo está sujeito a assumir um aspecto crítico e um tanto cínico. No campo do pensamento, coloca sua ênfase na aceitação dos fatos e na análise de suas causas e consequências. Tende a depreciar o papel do propósito e a manter, explícita ou implicitamente, que a função do pensamento é estudar uma sequência de eventos que ele é impotente para influenciar ou alterar.

<sup>121</sup> ROSS, Alf. **Towards a realistic jurisprudence; a criticism of the dualism in law**. Tradução de Annie Fausbøll. E. Munksgaard, 1946.

<sup>122</sup> TAMANAHA, B. Z. **Beyond the Formalist-Realist Divide**. Princeton: Princeton University Press, 2010.

isso tentaram torná-lo mais eficiente e mais certo”<sup>123</sup>. Um de seus principais objetivos era também uma reforma da educação jurídica e uma de suas contribuições para isso foi uma introdução à educação jurídica analítica.

Os realistas também pediam reformas sociais e queriam que a lei servisse de instrumento para a ação social. Para conseguir isso, pensavam que a interrelação entre as regras legais e os objetivos da política tinha que se tornar mais íntima.

Mas os realistas pensavam que as reformas legais sociais seriam inúteis, a menos que se pudesse entender o que realmente impulsiona a tomada de decisão judicial. Assim, também garantiram o método empírico na lei, e embora agora a pesquisa empírica tenha se tornado a norma, naquela época não era.<sup>124</sup>

Nesse contexto, a maioria dos críticos não apenas entende mal os realistas, mas também entende mal o que é uma teoria científica. Os filósofos da ciência concordam que uma teoria científica pode ser julgada pelo quão bem ela desempenha duas funções: explicação e predição.<sup>125</sup> Assim, Hawking observa que:

uma teoria é uma boa teoria se satisfizer dois requisitos. Ele deve descrever com exatidão uma grande classe de observações com base em um modelo que contém apenas alguns elementos arbitrários, e deve fazer previsões definitivas sobre os resultados de observações futuras<sup>126</sup>.

Embora alguns filósofos da ciência argumentassem que a exigência de predição deveria ser menos rigorosa para as ciências sociais, a maioria ainda acha que ambos os critérios se aplicam igualmente a estas ciências.<sup>127</sup>

Assim, se uma teoria só pode explicar um fenômeno, mas não pode prevê-lo, ela será abandonada. Caso contrário, pode-se afirmar que “isso aconteceu porque isso estava de acordo com o poder maior” pode ser considerado uma teoria científica, porque pode explicar tudo, desde catástrofes naturais até decisões judiciais surpreendentes, mas somente depois de acontecer.

---

<sup>123</sup> KALMAN, L. **Legal Realism at Yale, 1927-1960**. Chapel Hill: Universidade North Carolina Press: 1986.

<sup>124</sup> SCHLEGEL, J. H. **American Legal Realism and Empirical Social Science: The Singular Case of Underhill Moore**. Buffalo Law Review. 1980.

<sup>125</sup> SCHICK, T. **Readings in the Philosophy of Science: From Positivism to Postmodernism**. California: Mayfield Publishing, 2000.

<sup>126</sup> HAWKING, S. **A Brief History of Time**. New York: Bantam Books, 1996, p. 98.

<sup>127</sup> MARTIN, M.; MCINTYRE, L. C. **Readings in the Philosophy of Social Science**. Boston: MIT Press, 1994.



Dessa forma, um realista armado com metodologia científica atual poderia reunir um grupo de elite de advogados e lhe dar fatos de uma grande amostra de casos e pedir que eles fizessem uma previsão do resultado, ou melhor ainda, a fundamentação da decisão. Os advogados não saberiam nada sobre personalidade do juiz, a jurisdição local, suas normas sociais e culturais vigentes, as partes do processo, apelos emocionais que os advogados fizeram durante a audiência, quão cansados os juízes estavam etc., apenas fatos e regras legais formais. Um grupo de advogados poderia receber apenas esses fatos do caso e pedir para fazer previsões sem ter acesso a regras formais, ou poderia até ser solicitado a prever aleatoriamente, usando uma moeda para lançar o cara ou coroa.

Mesmo que, pelas pesquisas realizadas, nunca tenham havido tal experimento, a resposta é clara: um advogado, conhecendo apenas fatos simples e as leis, não poderia prever algo melhor do que sorte aleatória. Assim, um realista diria que a teoria científica formalista do julgamento é incompleta ou completamente errada porque pode apenas explicar eventos passados, mas não pode fazer previsões futuras definidas.

Por outro lado, seria possível fazer previsões mais precisas se incorporarmos a uma teoria científica de julgar não apenas baseado nas regras legais, mas também na personalidade do juiz, princípios políticos vigentes naquele momento e naquele lugar, ideologia judicial, componentes emocionais do caso, características dos litigantes etc.? Para os realistas, a resposta a essa pergunta era um retumbante. E estudos empíricos contemporâneos confirmam isso. Por exemplo, Posner observou, com base em estudos empíricos, que

o resultado dos casos da Suprema Corte (dos EUA) pode ser previsto com mais precisão por meio de algumas variáveis, nenhuma das quais envolve doutrina jurídica, do que por uma equipe de especialistas em direito constitucional.<sup>128</sup>

Uma das contribuições mais importantes do realismo jurídico foi estabelecer uma clara divisão entre a tomada de decisão efetiva e as opiniões judiciais (ou seja, sentenças escritas).

Courts not only reach decisions; they expound them, and the exposition must state justifying reasons. The logic of exposition is different from that of search

---

<sup>128</sup> POSNER, R. A. **How Judges Think**. Cambridge: Harvard University Press, 2008, p. 114.

and inquiry. In the latter, the situation as it exists is more or less doubtful, indeterminate, and problematic with respect to what it signifies. It unfolds itself gradually and is susceptible of dramatic surprise; at all events it has, for the time being, two sides. Exposition implies that definitive solution is reached, that the situation is now determinate with respect to its legal implication. Its purpose is to set forth grounds for the decision reached so that it will not appear as an arbitrary dictum, and so that it will indicate a rule for dealing with similar cases in the future.<sup>129</sup>

Para os realistas, era perfeitamente natural que os juizes utilizassem regras formais para justificar suas decisões. Ninguém pode esperar que os juizes declarem que chegaram à decisão seguindo o palpite ou por causa de sua composiçao de personalidade e preferências pessoais. Neil MacCormick, um estudioso de raciocínio legal contemporâneo, ilustrou essa distinção:

Por que o juiz não torna explícito seu motivo concedendo-lhe à Sra. McTavish o divórcio só porque ela tem um nariz arrebitado? Porque essas não são aceitas como boas razões dentro do sistema para sustentar reivindicações ou conceder divórcios. Quer sinceramente avançado ou não, apenas os argumentos que mostram porquê X deve ser feito são razões para exigir que isso seja feito ou fazer isso.<sup>130</sup>

No caso do judiciário americano, alguns juizes também admitiram a distinção entre a tomada de decisão real e a justificação. Charles Evan Hughes, presidente da Suprema Corte dos EUA, admitiu uma vez que “[...] no nível constitucional em que trabalhamos, noventa por cento de qualquer decisão é emocional. A parte racional de nós fornece as razões para apoiar nossas predileções”.<sup>131</sup>

Jerome Frank foi ainda mais longe, argumentando que:

Aqueles juizes que são mais sem lei, ou mais influenciados pela influência perversa de suas naturezas emocionais ou mais desonestos, são frequentemente os mesmos juizes que usam mais meticulosamente a linguagem da lógica mecânica convincente.<sup>132</sup>

---

<sup>129</sup> DEWEY, J. **Logical Method and the Law**. Cornell Law Quarterly. 1924. Pág. 24. Tradução livre: Os tribunais não chegam nas decisões; eles as expõem, e a exposiçao deve indicar razões justificantes. A lógica da exposiçao é diferente daquela da pesquisa e da investigaçao. Neste último caso, a situaçao existente é mais ou menos duvidosa, indeterminada e problemática em relaçao ao que ela significa. Se desdobra gradualmente e é suscetível de surpresa dramática, e em todo o caso, tem, por enquanto, dois lados. Exposiçao implica que soluçao definitiva é alcançada, que a situaçao é agora determinada em relaçao à sua implicaçao legal. Sua finalidade é estabelecer bases para a decisao a ser tomada, de modo que ela não apareça como um dito arbitrário, e para que ela indique uma regra para lidar com casos semelhantes no futuro.

<sup>130</sup> MACCORMICK, N. **Legal Reasoning and Legal Theory**. Oxford: Clarendon Press, 1978. Pág. 217.

<sup>131</sup> DOUGLAS, W. O. Citado em, **The Court Years: 1939-1975 - The Autobiography of William O. Douglas**. 3rd. ed. New York: Random House, 1980.

<sup>132</sup> FRANK, J. **Law and the Modern Mind**. New York: Tudor, 1930. Pág. 221-222.

Naturalmente, isso não significa que a maneira como os juízes decidem um caso e como o justificam nunca coincide. É certamente possível que, por exemplo, às vezes os juízes mencionem explicitamente a filosofia judicial que conduziu sua decisão. Nesse caso, a tomada de decisões e o raciocínio judicial externo podem se sobrepor. No entanto, só porque eles podem se sobrepor, isso não significa que um é um bom indicador do outro.

No entanto, nem todos os juristas aceitaram essa distinção. Alguns, especialmente representantes de estudos jurídicos críticos, argumentaram que o estilo de opiniões judiciais reflete o raciocínio real dos juízes. Assim, opiniões judiciais expressas em estilo formal e legalista refletem esse tipo de pensamento.<sup>133</sup>

No geral, atualmente, nem mesmo os formalistas legais mais rígidos não negariam que as opiniões judiciais não refletem o raciocínio judicial real. Entretanto, isso não quer dizer que as opiniões judiciais não sejam importantes.

### 2.2.3. REALISMO JURÍDICO NORTE-AMERICANO

Em 1929, Joseph Hutcheson, um juiz federal americano, publicou um artigo no qual ele explicou seu próprio modelo de julgamento. Como outros realistas, ele detestou o modelo formalista em que um juiz determina os fatos relevantes e depois consulta os livros de leis para determinar o resultado. Ele argumentou que os juízes, primeiro tomam a decisão sobre o resultado, e só então recorrem aos livros jurídicos para procurar a justificação de sua decisão. Em essência, os juízes usam “intuições” ou tomadas de decisão intuitivas primeiro, e só então procuram justificativas nos estatutos ou na casta. Embora suas contribuições para o campo fossem reduzidas, a visão da tomada de decisão judicial como um processo intuitivo de intuição tornou-se uma assinatura da tomada de decisão judicial na tradição realista.<sup>134</sup>

Um ano depois de o artigo de Hutcheson ter sido publicado, Jerome Frank publicou o seu “Law and the Modern Mind”.<sup>135</sup> Se alguma vez houve uma versão radical do realismo jurídico, essa foi a de Jerome Frank. Como outros realistas, Frank

---

<sup>133</sup> KENNEDY, D. **Toward an Historical Understanding of Legal Consciousness: The Case of Classical Legal Thought in America, 1850-1940.** Research in Law and Society. 1980.

<sup>134</sup> HUTCHESON, J. C., Jr. **The Judgment Intuitive: The Function of the ‘Hunch’ in Judicial Decision.** Cornell Law Journal. 1929.

<sup>135</sup> FRANK, J. **Law and the Modern Mind.** New York: Tudor, 1930.

duvidou da capacidade dos juízes de tomar decisões com base em categorias gerais ou regras gerais. Como muitos outros eminentes realistas, o próprio Frank era um eminente juiz federal. Frank achava que o desenvolvimento psicológico problemático é responsável pelo formalismo legal. Defendia que o resultado preferido do juiz precede a investigação de normas jurídicas: “Julgamentos judiciais, como outros julgamentos, sem dúvida, na maioria dos casos, são calculados de forma retrospectiva a partir da conclusão provisoriamente”.<sup>136</sup> Frank também foi um dos poucos realistas que trabalharam não apenas com o “realismo das regras legais”, mas também com o “realismo factual” - um juiz geralmente aceita apenas a evidência que apoiará seu resultado preferido:

Um juiz, ansioso por tomar uma decisão que se enquadre com seu senso de o que é justo, mas não está disposto a romper com as regras tradicionais, muitas vezes verá a evidência de tal maneira que os fatos relatados por ele, combinados com as regras tradicionais, justificarão o resultado que ele anuncia.<sup>137</sup>

Frank também foi o único grande realista que pensou que a personalidade do juiz desempenha um papel mais importante do que as regras legais. As regras legais não eram em geral importantes. Além disso, ele considerou que o elemento racional na lei é uma ilusão. Argumentou que os resultados judiciais dependem de muitos fatores, que em sua maioria podem ser extrajudiciais: personalidade do juiz, preferências políticas, humor, visões raciais etc.

Por outro lado, também apontou que um juiz, depois de chegar à conclusão, pode consultar as regras e princípios gerais para ver se é aceitável. Então, em certo sentido, Frank não disse que as regras legais não importam; em vez disso, seu ponto era que elas não estavam levando à decisão, mas poderiam fornecer orientação a um juiz rigoroso como um *check-up*.<sup>138</sup>

Frank, e mais tarde os realistas, foram ridicularizados dizendo que como um juiz decide um caso depende do que “o juiz tinha no café da manhã”.<sup>139</sup> Frank e outros realistas nunca sustentaram que tudo se resume ao que o juiz tinha para o café da manhã. No entanto, ele não negaria que isso poderia influenciar a decisão. Embora

---

<sup>136</sup> Idem.

<sup>137</sup> FRANK, J. **Law and the Modern Mind**. New York: Tudor, 1930. Pág. 173.

<sup>138</sup> Idem.

<sup>139</sup> KOZINSKI, A. **What I Ate for Breakfast and Other Mysteries of Judicial Decision Making**. Loyola Los Angeles Law Review. 1993

mais tarde criticado por seu apego à escola psicanalítica (e ele também argumentou que a capacidade de julgar seria grandemente aumentada se os juízes fossem submetidos a extensivo tratamento psicológico), seus pontos de vista eram bem conhecidos e até certo ponto influentes.

Se Hutcheson e Frank apresentaram visões mais radicais na concepção do julgamento, Pound e Llewellyn poderia ser considerado centristas. Roscoe Pound, tal como Holmes, desprezava a estrita dependência da lógica, das leis e da lei científica que é caracterizada pela certeza e pela razão. Ele pensava que tais noções de lei são responsáveis por concepções fixas onde as premissas se tornam rígidas. Como Holmes, ele argumentou que os tribunais deveriam desenvolver leis confiando nas preferências de políticas públicas. Já em seu artigo de 1908, ele agrediu a noção de “jurisprudência mecânica” (e foi ele quem cunhou esse termo no mesmo artigo).<sup>140</sup> Em seu discurso à *American Bar Association*<sup>141</sup> em 1906, Pound desdenhou a aplicação mecânica de regras legais: “A causa mais importante e mais constante de insatisfação com toda a lei em todos os momentos é a operação necessariamente mecânica das regras legais.”<sup>142</sup> Assim, para Pound, além das regras legais, as razões políticas e técnicas para derivar doutrinas desempenham um papel igualmente importante.<sup>143</sup>

Karl Llewellyn pode ser considerado o realista americano mais influente. Ele também apresentou a versão do realismo jurídico que talvez pudesse reivindicar uma teoria estabelecida do direito e do julgamento. Como outros realistas, Llewellyn ridicularizou a ideia de que julgar é uma atividade baseada em regras, onde um juiz avança de regras legais para o resultado do caso: “Com uma decisão já tomada, o juiz peneirou esses ‘fatos’ novamente, e escolheu alguns que ele coloca como essenciais - e cuja influência legal ele então parte para expor”.<sup>144</sup>

Para Llewellyn, regras formais - “as regras do papel” ou “brinquedos bonitos” – têm pouco efeito sobre como os juízes realmente agem. Llewellyn, no entanto, argumentou que os juízes usam algumas regras em sua tomada de decisão, mas essas regras são em grande parte regras não formais, ou seja, são as regras que os juízes não encontrariam em um livro de leis. Tais regras gerais poderiam ser

---

<sup>140</sup> POUND, R. **Mechanical Jurisprudence**. Columbia Law Review. 1908.

<sup>141</sup> Uma associação voluntária de advogados e estudantes de direito, que não é específica de nenhuma jurisdição nos Estados Unidos.

<sup>142</sup> POUND, R. **Address to the American Bar Association**. American Law Review. 1906.

<sup>143</sup> POUND, R. **The Theory of Judicial Decision**. Harvard Law Review. 1923.

<sup>144</sup> LLEWELLYN, K. **The Bramble Bush: On Our Law and Its Study**. Vanderbilt Law Review. 1950

preferências políticas como “maximizar a eficiência”, “deixar a parte mais pobre vencer em um litígio” ou “defender qualquer resultado que fomente a livre concorrência no mercado”. Além das preferências políticas, outros fatores determinam o resultado: conhecimento legal, doutrinação legal, aprovação de outros juízes, natureza colaborativa, restrições institucionais.<sup>145</sup>

Ao contrário de Frank, Llewellyn não negou que há um elemento racional na lei, mas ele concordava que a personalidade do juiz desempenha um papel crucial no julgamento.<sup>146</sup>

Uma das contribuições mais famosas de Llewellyn para o realismo jurídico era demonstrar a ambivalência das regras legais. Ele usou uma metáfora de esgrima: *thrust* e *parry*<sup>147</sup> de duelo - para cada regra de interpretação que dizia uma coisa, havia uma regra “combatente” que dizia exatamente o contrário.<sup>148</sup> Por exemplo, a regra de *in pari materia* diz que as leis que tratam do mesmo assunto devem ser interpretados de modo a serem consistentes uns com os outros, mas outra regra estabelece que as leis posteriores substituem as anteriores. Uma regra prevê que as ajudas extrínsecas à interpretação, como a história legislativa, são irrelevantes quando a linguagem do estatuto é clara; outra regra, no entanto, diz que mesmo a linguagem simples de uma lei não deveria ser aplicada literalmente se tal aplicação produziria um resultado divergente do que a legislação pretendia.

Em seus últimos anos, Llewellyn parece ter adotado uma posição ainda mais moderada. Em *The Common Law Tradition*, ele observou que os juízes seguem técnicas doutrinárias aceitas, fornecem uma resposta jurídica correta e alcançam apenas resultados padrões. Eles também querem obter a aprovação de seu público legal. Além disso, ele observou que fatores institucionais, como a colegialidade, também minimizam as inconsistências individuais.<sup>149</sup>

O realismo jurídico americano, como um movimento auto identificado, desapareceu poucas décadas após sua ascensão, mas sua influência não desapareceu. Várias décadas após o realismo ter desaparecido, o novo campo

---

<sup>145</sup> LLEWELLYN, K. **Some Realism about Realism-Responding to Dean Pound.** Harvard Law Review 1931.

<sup>146</sup> LLEWELLYN, K. **The Common Law Tradition: Deciding Appeals.** Boston: Little Brown, 1960.

<sup>147</sup> *Thrust* é um impulso linear do braço que leva a ponta da sua lâmina em direção ao alvo. Um *parry* é executado exclusivamente para parar a lâmina adversária ou desviá-la com a sua.

<sup>148</sup> LLEWELLYN, K. **Remarks on the Theory of Appellate Decision and the Rules or Canons about How Statutes Are to Be Construed.** Vanderbilt Law Review. 1950.

<sup>149</sup> LLEWELLYN, K. **The Common Law Tradition: Deciding Appeals.** Boston: Little Brown, 1960.

emergente de Estudos Jurídicos Críticos foi construído sobre os fundamentos do realismo jurídico. Além disso, o realismo jurídico forneceu uma base para uma escola jurisprudencial que, há várias décadas, domina a análise jurídica nos EUA e está se espalhando rapidamente em outros países e nos estudos jurídicos internacionais: a análise econômica do direito.

Seria um exagero dizer que os realistas legais estavam certos sobre tudo. Estudos empíricos contemporâneos mostram que os realistas legais estavam certos sobre muitas coisas, mas errados sobre muitas outras. Por exemplo, realistas jurídicos generalizaram a tomada de decisões judiciais à lei em geral, embora saibamos agora dos estudos sobre o efeito de seleção na análise econômica da lei, que as regras legais aplicadas nos tribunais são mais ambíguas do que as regras legais em geral.<sup>150</sup>

The selection effect, one of the concepts developed in economic analysis of law, says that disputes settled in courts, and especially higher courts, are not typical disputes. First, many cases are settled even before any lawsuit is filed. In litigation, there are many incentives to settle the dispute before it reaches the court. An individual, a corporation, or a State would be foolish to litigate a dispute where the odds are clearly stacked against it. Thus, if a case goes to the court, it indicates that both parties feel that legal rules provide at least some chance for them to win; so parties in a sense preselect disputes that revolve around ambiguous rules or ambiguous facts. The selection effect opens up the higher one goes. Thus, it will operate even more strongly in appellate courts than it does in trial courts. The second aspect of the selection effect is that we should not infer anything definite about law in general from the law as it is litigated in the courts.<sup>151</sup>

#### 2.2.4. O REALISMO JURÍDICO ESCANDINAVO

O Realismo Jurídico (também conhecido como Realismo Jurídico Americano) deve ser distinguido de sua contraparte escandinava que tinha pouca preocupação

---

<sup>150</sup> PRIEST, G. L.; KLEIN, B. **The Selection of Disputes for Litigation**. Journal of Legal Studies. 1984.

<sup>151</sup> EISENBERG, T. **Testing the Selection Effect: A New Theoretical Framework with Empirical Tests**. Journal of Legal Studies. 1990, p. 337. Tradução livre: O efeito seleção, um dos conceitos desenvolvidos na análise econômica do direito, diz que os casos julgados em tribunais, e especialmente em tribunais superiores, não são casos típicos. Primeiro, muitos casos são resolvidos antes mesmo de qualquer ação judicial ser proposta. Nos litígios, existem muitos incentivos para resolver a disputa antes de chegar ao tribunal. Um indivíduo, uma corporação ou um Estado seria tolo em litigar uma disputa em que as probabilidades estão claramente contra ele. Assim, se um caso vai para o tribunal, isso indica que ambas as partes sentem que as regras legais fornecem pelo menos alguma chance de ganhar; assim, as partes, em certo sentido, pré-selecionam disputas que giram em torno de regras ambíguas ou fatos ambíguos. O efeito de seleção faz com que o maior seja analisado. Assim, funcionará ainda mais fortemente nos tribunais de apelação do que nos tribunais de julgamento. O segundo aspecto do efeito de seleção é que não devemos inferir qualquer coisa definida sobre a lei, em geral de como ela é litigada nos tribunais.

com estudos da tomada de decisões judiciais e raciocínio legal<sup>152</sup>. Os realistas escandinavos como Alf Ross, Axel Hagerstrom e Karl Olivecrona pensavam que a lei deveria ser analisada através do prisma das ciências empíricas sociais. Eles queriam explicar cientificamente como a lei modifica o comportamento humano. Os realistas norte-americanos, embora também dedicados à pesquisa empírica, estavam mais preocupados com os estudos de julgamento, raciocínio jurídico e leis feitas por juízes.

É consensual que o realismo escandinavo caiu em tempos difíceis desde o seu apogeu no início e meados do século XX - especialmente no mundo anglo-saxão, onde muitos juristas relegaram-no por muito tempo às páginas da história.<sup>153</sup> Um fator significativo a este respeito tem sido uma percepção crescente de que as premissas filosóficas fundamentais, nas quais os escandinavos dependiam, são insustentáveis.<sup>154</sup> Isso é particularmente verdadeiro em relação a Alf Ross, que, como único membro do movimento, baseou-se principalmente no positivismo lógico que a maioria dos filósofos modernos concorda. Hoje, porém, é largamente moribundo. No entanto, com base nas semelhanças menos superficiais entre o positivismo lógico e a menos conhecida escola de Uppsala, muitos filósofos jurídicos, talvez injustamente, estenderam o julgamento negativo também aos outros realistas escandinavos.

### 3. O SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

Para se falar sobre o sistema jurídico brasileiro, é necessário também comentar sobre o sistema jurídico português, em vista da introdução do sistema jurídico pela colonização.

O direito português, quando adentrou ao sistema de regras escritas, foi iniciado pelas chamadas “primeiras leis gerais”, tendo sido publicadas em 1210, tendo como objetivo primordial a centralização do poder real. Já que tais leis eram “gerais”, elas eram válidas em toda a região do reino de Portugal. Com o passar dos tempos, novas leis foram sendo criadas, as quais objetivavam o controle social. A economia de

---

<sup>152</sup> ALEXANDER, G. S. **Comparing the Two Legal Realisms - American and Scandinavian.** American Journal of Comparative Law. 2002.

<sup>153</sup> SCHAUER, Frederick. & Virginia J. WISE. **Legal Positivism as Legal Information.** Cornell Law Review. 1982.

<sup>154</sup> HART, H. L. A. **Scandinavian Realism.** The Cambridge Law Journal 17. 1959.



Portugal era vinculada ao comércio marítimo, de modo que a riqueza formada influenciou o aumento da população, fazendo com que a sociedade se tornasse complexa. A sociedade complexa tem a necessidade de um grande número de normas legais que abordassem inúmeros temas, em face da necessidade de regulamentação e de controle de todos os atos sociais.<sup>155</sup>

A necessidade de um controle, não apenas maior, sobre a ordem social, mas também mais específico, fez com que o rei Dom João I, no ano de 1385, iniciasse codificação das leis gerais, fazendo sua unificação em um só grande caderno legislativo, formado por cinco livros. Tal codificação somente foi terminada em 1446, época do reinado de Afonso V. A primeira grande codificação do direito de Portugal foi chamada de Ordenações Afonsinas, nome dado em homenagem e em referência ao rei Afonso V, já que os trabalhos foram concluídos em seu reinado. Portanto, o rei Dom João I ordenou a compilação de um código que somente foi promulgado em meados do ano de 1446, tendo como fonte a legislação feudal ou costumeira, o direito romano e o direito canônico.<sup>156</sup>

A codificação, dividida em cinco livros, dispunha sobre a proteção de bens da coroa, da garantia de liberdades individuais e da proibição de abusos por parte de funcionários do rei, dentre outros temas. Surgiam assim as ideias de códigos específicos, que foram trazidos ao Brasil.

O sistema legal brasileiro, seguindo a tradição portuguesa, é baseado na tradição do *civil law*. A Constituição Federal, em vigor desde 5 de outubro de 1988, é a regra suprema do país e caracteriza-se por sua forma escrita rígida. A Constituição organiza o país como República Federativa, formada pela união indissolúvel dos estados e municípios e do Distrito Federal.

O Judiciário está organizado em subdivisões federais e estaduais. Os municípios não possuem sistemas de justiça próprios e, portanto, devem recorrer a sistemas de justiça estaduais ou federais, dependendo da natureza do caso. O sistema judicial é composto por vários tribunais. No topo da pirâmide está o Supremo Tribunal Federal que é o guardião da Constituição.

---

<sup>155</sup> SÉRGIO, António. **Breve Interpretação da História de Portugal**. Lisboa, Sá da Costa, 1983.

<sup>156</sup> SARAIVA, José Hermano. **História Concisa de Portugal**. Portugal: Publicações Europa-América, LDA, 1995.

O processo legislativo ocorre, de forma simples, com um projeto de lei em uma das casas do Congresso - seja a Câmara dos Deputados ou o Senado Federal, assim chamada de Casa de Origem. Uma vez que o projeto de lei é votado, ele pode ser rejeitado ou encaminhado para a outra casa, que é então chamada de Casa de Revisão. Lá o projeto pode ser rejeitado, aprovado ou emendado para depois ser devolvido à Casa de Origem. Dependendo do objeto do projeto, ele é encaminhado para a sanção ou veto presidencial, como um todo ou em parte. Se o projeto de lei for vetado, os membros do Congresso Nacional poderão se sobrepor a tal veto.<sup>157</sup>

A Constituição Federal enumera as formas de disposições legais, que são:

- a) Emendas à Constituição, que consistem em mudanças no texto constitucional;<sup>158</sup>
- b) Leis Complementares, que complementam a Constituição, detalhando um assunto, sem interferir no texto constitucional, e são admissíveis apenas nos casos expressamente autorizados pela Constituição;
- c) Leis ordinárias, que tratam de todas as matérias, exceto aquelas reservadas a leis complementares;
- d) Medidas Provisórias, que são expedidas pelo Presidente da República em situações importantes e urgentes, de natureza temporária, com força de lei, e devem ser submetidas ao Congresso Nacional para tramitação do processo legislativo.<sup>159</sup>

Dentre esses países que receberam e incorporaram as normas do sistema *civil law*, podemos citar o caso brasileiro, tendo em vista a colonização portuguesa. Explica René David que “as colônias espanholas, portuguesas, francesas e holandesas da

---

<sup>157</sup> ORTIZ, Vitor. **O bicameralismo brasileiro: análises e perspectivas**. São Paulo: Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da USP, 2014.

<sup>158</sup> Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; II - do Presidente da República; III - de mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros. § 1º A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio. § 2º A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros. § 3º A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem. § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais. § 5º A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa.

<sup>159</sup> Art. 59. O processo legislativo compreende a elaboração de: I - emendas à Constituição; II - leis complementares; III - leis ordinárias; IV - leis delegadas; V - medidas provisórias;

América aceitaram de modo natural as concepções jurídicas típicas da família romano-germânica”.<sup>160</sup>

Verifica-se que os a primeira geração de juristas e legisladores brasileiros, em vista da grande interferência principalmente da família real, seguiram a ideia portuguesa de compilar as regras jurídicas em uma espécie de codificação para reformular o ensino do direito pátrio.<sup>161</sup>

Lenio Streck defende que no ordenamento jurídico brasileiro, filiado ao sistema romano-germânico, ocorreu um movimento similar ao ordenamento jurídico da França e da Alemanha, que pretendia construir o Direito baseado no *code*. Portanto, no direito brasileiro, a rigor, a fonte primordial é a lei.<sup>162</sup>

Ocorre então no Brasil, no princípio da formação de seu sistema jurídico, uma junção de diversas escolas e concentração do sistema romano-germânico, visando a codificação do direito, demonstrando a preocupação com a segurança jurídica desde o princípio do sistema.

### 3.1.1. A EVOLUÇÃO DO SISTEMA E REFORMAS NECESSÁRIAS

Conforme já foi exposto, a escolha dos países pelo sistema codificado foi feita visando maior segurança jurídica, sendo esperado que, estando todas as leis e normas legais escritas, coubesse ao judiciário a aplicação das leis, sem margem para decisões diversas e contraditórias.

Esse sempre foi o fundamento de justificação para afastamento do *common law* em nossos tribunais. Entretanto, se esquece que o próprio sistema brasileiro, adotado exatamente para evitar decisões contraditórias, se distancia do sistema da *civil law* (onde há obrigatoriedade de acatamento do precedente superior), pelo fato de admitir decisões contrastantes em um mesmo tribunal, e pelo fato de existir a possibilidade de as decisões dos tribunais inferiores serem diversas das já tomadas pelos tribunais superiores.

---

<sup>160</sup> DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**.

<sup>161</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história: lições introdutórias**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

<sup>162</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Súmulas no Direito Brasileiro: eficácia, poder e função: a ilegitimidade constitucional do efeito vinculante**. 2ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

Em ambos os casos há insegurança jurídica. Há insegurança quando o Poder Judiciário tem grande discricionariedade para decidir e dar significado ao conteúdo moral dos direitos fundamentais, assim como quando se imiscui em decisões políticas. Da mesma forma, decisões contrastantes de um mesmo Tribunal ou de Tribunais inferiores em relação aos Tribunais superiores também causam insegurança jurídica e instabilidade social.

Neste momento de decodificação do direito e supremacia dos direitos humanos, não se tem mais segurança jurídica no texto escrito; na verdade, talvez essa segurança nunca tenha existido e nunca venha a existir [...].<sup>163</sup>

Com a superação do jusnaturalismo e do positivismo hermético como propostas de sistemas fechados, a argumentação como limitação ao subjetivismo se impôs. Nesse contexto, ganharam força como alternativas viáveis a hermenêutica e as teorias da argumentação, ambas voltadas para um sistema aberto em que a mera subsunção é rechaçada.<sup>164</sup> Exige-se elo a vincular o compreender da hermenêutica e o explicar da filosofia analítica.<sup>165</sup>

Ocorre então uma evolução do direito, onde em decorrência das mudanças do entorno social, há a adaptação do sistema para acompanhar a influência dos movimentos sociais, visto que os Tribunais estão vinculados aos textos legislativos.<sup>166</sup>

O sistema do *civil law* prega que a interpretação do direito deve ser feita através do próprio direito, pois de outra forma haveria uma desvinculação do objeto jurídico. Ocorre então, como se observa em casos concretos, que a interpretação dada ao dispositivo de lei é feita de forma diversa por cada uma das partes litigantes. Ambas baseadas no mesmo enunciado legal, alcançam conclusões diferentes.

O problema também ocorre, na maioria das vezes, quando não há uma correspondência métrica entre o que foi previsto pelo legislador e o caso do mundo, a

---

<sup>163</sup> BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Stare decisis, integridade e segurança jurídica: reflexões críticas a partir da 2011 aproximação dos sistemas de common law e civil law**. Curitiba: Pontifícia Universidade Católica do Paraná, 2011, p. 16.

<sup>164</sup> KAUFMANN, Arthur. **A problemática da filosofia do direito ao longo da história**. 6 ed. Trad. de Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Gulbenkian, 2002.

<sup>165</sup> ZACCARIA, Giuseppe. **Razón jurídica e interpretación**. Madrid: Civitas, 2004.

<sup>166</sup> CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Interpretação do direito e movimentos sociais**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, pp. 34-35.

distância entre a generalidade do enunciado normativo e a singularidade do caso concreto, ou seja, “a antinomia entre o abstrato e o concreto”.<sup>167</sup>

A solução é dada, em parte, pelo próprio sistema. Quando se busca uma interpretação, essa deve ocorrer visando a vontade e a intenção da lei. Entretanto, poderá ocorrer, também, uma diferença de interpretações quanto ao que é a intenção da lei.

Ressalta-se que o problema de interpretação do texto legal não se limita apenas às leis ordinárias, sendo certo que o texto constitucional também contém palavras que podem ter diversos significados e que também geram questões de interpretação.

Assim, não importa qual seja o enunciado normativo, de norma constitucional ou de lei ordinária, “nenhuma situação concreta enseja uma aplicação única da lei”, sendo “errôneo, também, portanto, crer que um texto pode ser tão claro a ponto de ser impossível que suscite dúvidas quanto a sua interpretação”.<sup>168</sup>

No mesmo sentido, “las ‘teorías del derecho’ que surgen en la práctica jurídica o en la docência del derecho son, junto con los textos del derecho vigente, la forma en la que el derecho se presenta como resultado de las interpretaciones”.<sup>169</sup>

Se considerarmos um texto legal escrito há cem anos, ao ser interpretado no atual sistema, certamente terá sentido, alcance e extensão diversos daqueles preconizados à época da sua edição, exatamente por ter existido evolução da sociedade, sendo que a interpretação é dada de acordo com o contexto social da época da interpretação. Assim, se busca “o significado jurídico da lei, que só pode ser o seu significado atual, e não o significado histórico, aquele que lhe foi atribuído ao tempo da promulgação”<sup>170</sup> para que haja uma interpretação evolutiva e não estática do sistema.

---

<sup>167</sup> COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 47-51.

<sup>168</sup> ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. São Paulo: Edipro, 2000, pp. 164-165 e 330.

<sup>169</sup> LUHMANN, Niklas. **El Derecho de la Sociedad**. Trad. João Protásio Farias Domingues Vargas e Marjorie Corrêa Marona, mimeo. Pág. 4. Tradução livre: As 'teorias do direito' que surgem na prática jurídica ou na docência do Direito são, juntamente com os textos da lei vigente, o modo pelo qual a lei é apresentada como resultado das interpretações.

<sup>170</sup> COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 71.

Uma outra situação na qual há um afastamento, autorizado, da sistemática fechada do *civil law*, é quando, ao analisar um caso posto para julgamento, o magistrado se depara com uma lacuna na lei.

Uma lacuna é uma incompletude contrária ao plano normativo (aferível) no âmbito do direito positivo (isto é, da lei no âmbito do seu possível sentido literal e do direito consuetudinário), mensurada pelo critério aferidor de todo o ordenamento jurídico vigente. Ou: constatamos uma lacuna quando a lei, nos limites do seu possível sentido literal e do direito consuetudinário não contém uma regra, embora o ordenamento jurídico na sua totalidade a exija.<sup>171</sup>

A lacuna é a demonstração mais simples que, mesmo em um sistema jurídico pensado para ser completo, não há como prever todas as situações, sendo a lacuna “uma imperfeição insatisfatória dentro da totalidade jurídica, representa uma falha ou uma deficiência do sistema jurídico”.<sup>172</sup>

A produção legal dentro do sistema positivado, onde há a produção legal pelo órgão legislativo, tentando prever uma situação futura, inevitavelmente gera problemas como lacunas, sendo um total vazio da lei dentro do ordenamento jurídico. Tal problema é gerado pela separação dos poderes e tentativa de reduzir todas as normas jurídicas em leis.

O problema das lacunas nasceu com o princípio da separação dos poderes que impõe ao juiz a obrigação de aplicar um direito preexistente e que se supõe ser-lhe conhecido. Antes da Revolução Francesa, este problema não existia, pois o juiz devia encontrar a regra aplicável: na ausência de uma regra expressiva, podia procurar outras fontes do direito além da lei positiva e, se as fontes não fossem concordes, importava saber em que ordem deveriam ser classificadas essas fontes de direito supletivo. Como não era proibido aos juizes formularem regras por ocasião de litígios (“as sentenças de regulamentação”) e não tinham de motivar suas sentenças de forma expressa, compreende-se que o problema das lacunas não tenha surgido antes do século XIX.<sup>173</sup>

Entretanto, reconhecendo a sua própria deficiência para prever com exatidão todas as situações futuras as quais a lei possa enfrentar, o próprio sistema jurídico prevê mecanismos para solucionar tais situações.

No caso brasileiro, temos a previsão de que, em caso de lacuna na lei, o magistrado deverá recorrer à utilização da analogia, dos costumes e dos princípios

---

<sup>171</sup> ÁVILA, Humberto. **Sistema constitucional tributário**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 439.

<sup>172</sup> DINIZ, Maria Helena. **As lacunas no direito**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

<sup>173</sup> PERELMAN, Chaim. **Lógica jurídica- - Nova Retórica**. Paperback. 2004, p. 63.

gerais do direito, não se eximindo de decidir sobre o caso, mesmo diante de uma ausência legal para tanto.

Essa previsão se encontra expressa em nosso ordenamento, no artigo 4º<sup>174</sup> da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB). Outro ponto de destaque nessa referida lei, é o seu artigo 5º<sup>175</sup>, que prevê que, ao aplicar a lei, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum.

Vemos então que o sistema jurídico não deixa o magistrado sem diretrizes para julgar, pelo contrário, fornece o caminho e define a direção, visando ao mesmo tempo não deixar o jurisdicionado sem uma solução para o caso, pois “bem ameaçadas ficariam a tranquilidade pública e a ordem social, se ao juiz fosse lícito abster-se de julgar, ao invés de suprir as deficiências da lei (...)”<sup>176</sup>

Para Gusmão, as lacunas devem ser verificadas para que o intérprete não se entregue a um processo de livre interpretação do direito. Então, deverá se constatar se o que existe é uma lacuna formal ou uma lacuna material. “Se formal, o intérprete socorrer-se-á da analogia dos costumes e dos princípios gerais do direito. Mas, se material, terá que livremente criar o direito”.<sup>177</sup>

Entretanto, também não permitindo que o magistrado atue fora dos limites que a própria lei define, suprimindo a sua autonomia de decidir sobre e suprir a ausência da lei da melhor maneira que lhe convêm, mas sim para atender os fins sociais e às exigências do bem comum. O modo de pensar positivista, e acolhido pelo sistema, não admite a livre atuação do magistrado, pois aceitar a sua criação pelo juiz significaria infringir o princípio da legalidade, o que iria propiciar decisões arbitrárias.

Em nosso ordenamento jurídico, criado visando a segurança jurídica e com grande apelo à lei escrita, mesmo havendo previsão legal, o costume somente será usado quando todas as formas de decisão com base na lei estão exauridas.

---

<sup>174</sup> Art. 4º: Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

<sup>175</sup> Art. 5º: Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

<sup>176</sup> MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

<sup>177</sup> GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução à ciência do direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

O recurso ao costume só tem cabimento quando se esgotarem todas as potencialidades legais, o que revela a presença, em nosso ordenamento, de uma ideologia liberal, traduzindo o propósito de garantir a segurança jurídica e o culto à lei.<sup>178</sup>

Existe, por outro lado, a corrente que nega a existência de lacunas na lei. Seja ela pelas razões acima, sendo que o próprio sistema se completa, então não há lacunas, mesmo quando não há previsão legal, ou seja pela corrente sintetizada por Bobbio:

Não faz sentido falar de lacunas do direito, porque, dado um fato qualquer, ou existe uma norma que o regule e, neste caso, não há evidentemente lacuna alguma, ou não existe nenhuma norma que o regule, e nem também nesse caso se pode falar de lacuna, visto que o fato não regulado é juridicamente irrelevante, porque pertence ao “espaço jurídico vazio”, isto é, ao espaço que está além da esfera jurídica. Em outros termos, o fato não previsto por nenhuma norma é um fato situado fora dos limites do direito.<sup>179</sup>

Por forma de contraponto ao sistema positivado e por previsões anteriores ao caso, citamos a título de exemplo o caso de um feudo da idade média, onde, em razão do direito costumeiro e aplicação pelo senhor feudal, não haveriam lacunas, pois o senhor poderia decidir e criar a lei no momento necessário.

Era o senhor feudal quem aplicava as normas por ele editadas, nos limites do seu feudo. Contudo, a presença predominante do direito costumeiro não escrito torna difícil a percepção da ocorrência de lacunas. A questão, sob este prisma, é vista como simples desconhecimento ou ignorância de um costume existente por suposição.<sup>180</sup>

Entretanto, se analisarmos a existência de um caso sem solução prevista na lei, é importante reconhecer a necessidade de buscar outra solução fora da lei.

Não há lacunas, porque o direito se completa a si mesmo, mediante a atividade do juiz. Há lacunas porque se reconhecem casos em que é preciso sair da lei, abandonando os pretendidos procedimentos lógicos e buscando fora dela a solução. Desse modo, fica reduzida a questão a uma discussão terminológica: a de se é adequado ou não chamar lacuna jurídica a falta de lei aplicável. Na realidade, seria desejável prescindir da palavra lacunas, tão pouco exata, como das múltiplas classificações que delas se tem feito.<sup>181</sup>

Nessa corrente, de buscar do fundamento para a decisão, fora do sistema jurídico positivado e devidamente regulamentado, caso a lei é omissa, ou mesmo

---

<sup>178</sup> DINIZ, Maria Helena. **As lacunas no direito**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 185.

<sup>179</sup> BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. compilação de Nello Morra e tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995, p. 208.

<sup>180</sup> SOUZA, Luiz Sérgio Fernandes de. **O papel da ideologia no preenchimento das lacunas no direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 152.

<sup>181</sup> DINIZ, Maria Helena. **As lacunas no direito**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. Pág. 116.



quando não for omissa, mas se apresentar como ineficaz ou injusta para o caso, compete ao magistrado não apenas adequar a lei, mas também ter a capacidade de complementá-la, ou a contraditá-la, se preciso for.<sup>182</sup>

### 3.1.2. IMPLEMENTAÇÕES DA EMENDA CONSTITUCIONAL 45/2004 E DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

Independentemente de ser apenas a decisão de um único julgado como no *common law* ou de ser a junção genérica de diversos julgados, a aceitação da jurisprudência como fonte formal de direito é tema de diversas discussões, especialmente no *civil law*, sistema adotado pelo Brasil.

Os problemas jurídicos repetem-se nos mais diversos recantos do mundo. O ser humano é muito parecido, seja ele japonês, norte-americano, índio, judeu, ateu, brasileiro. A solução desses problemas variará, obviamente, conforme os modelos teóricos e os aspectos culturais de cada país. Assim, por exemplo, os problemas relacionados à boa-fé processual são resolvidos nos Estados Unidos pela cláusula do devido processo legal; na Alemanha, pela expansão do § 242 do BGB (Código Civil alemão) aos “domínios não-civis”, e assim sucessivamente.

Muitas vezes a discussão doutrinária é puramente terminológica. A questão da ilicitude do comportamento contraditório, por exemplo, foi, na Alemanha, resolvida pelo desenvolvimento da proibição do venire contra factum proprium; na Espanha e na Argentina, pela doutrina de lós actos próprios; e nos países do common law, pelo estoppel. (...) Trata-se da mesma solução, com nomes e pressupostos teóricos diversos.

A observação é muito importante.

O Direito brasileiro, como seu povo, é miscigenado. E isso não é necessariamente ruim. Não há preconceitos jurídicos no Brasil: busca-se inspiração nos mais variados modelos estrangeiros, indistintamente. (...)

Enfim, para bem compreender o Direito processual civil brasileiro contemporâneo não se pode ignorar essa circunstância: é preciso romper com o “dogma da ascendência genética”, não comprovado empiricamente, segundo o qual o Direito brasileiro se filia a essa ou àquela tradição jurídica.<sup>183</sup>

Para Sergio Pinto Martins, a verdadeira fonte de direito é a legislação e a jurisprudência apenas mostra como os tribunais aplicam as leis:

---

<sup>182</sup> ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. São Paulo: Edipro, 2000.

<sup>183</sup> DIDIER JÚNIOR., Fredie, **Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento**. 13 ed. Salvador: Juspodivm. 2011, v. 1, pp. 40-44.

A doutrina e a jurisprudência também exercem importante papel, ao analisar as disposições processuais trabalhistas, mas a verdadeira fonte é a legislação. A jurisprudência não pode ser considerada como fonte do direito. Ela não se configura como regra obrigatória, mas apenas o caminho predominante em que os tribunais entendem de aplicar a lei, suprimindo, inclusive, eventuais lacunas desta última.<sup>184</sup>

Tal posição apresentada por Sergio Pinto Martins demonstra, como exemplo, que súmula do Tribunal Superior do Trabalho não é fonte de direito, mas apenas demonstra como o tribunal aplica a lei, sendo assim, a súmula é o modo pelo qual o tribunal entende tal norma legal, ficando de base para as instâncias inferiores pois se torna direcionadora para o julgamento de casos análogos.

Para Alf Ross, assim como para os outros realistas, o direito é fato social. Eles entendem que a jurisprudência é, sim, fonte de direito assim como a lei, pois sendo o direito fato social e por conta das leis, seja devido ao seu caráter genérico ou ao lapso temporal de sua criação até sua aplicação, não conseguem garantir plenamente a aplicação do direito, cabe ao magistrado não apenas adequar a lei, mas também ter capacidade de complementá-la se preciso for.

Nesse sentido entende-se que quando a demanda versa sobre assunto anteriormente já jurisdicionado, é cabível a aplicação de jurisprudência, ou súmula, como fonte formal de direito para julgar o caso semelhante naquilo em que for compatível. E no presente trabalho adotamos a corrente realista do pensamento de Alf Ross, considerando súmula como fonte de direito, tendo em vista a necessidade da justiça trabalhista rapidamente se adequar as mudanças sociais nas relações de trabalho.

Com a Emenda Constitucional n. 45/2004, surge a súmula vinculante que, diferentemente das ações direta de inconstitucionalidade e declaratória de constitucionalidade, “não se estará diante do mesmo tipo de processo objetivo”, pois não se terá um processo subjetivo, entre partes e nem um processo objetivo nos moldes do controle concentrado.<sup>185</sup>

---

<sup>184</sup> MARTINS, Sergio Pinto. **Direito Processual do Trabalho**. 36ª ed. São Paulo: Atlas, 2016., p. 121.

<sup>185</sup> NUNES, Jorge Amaury Maia. **Segurança jurídica e súmula vinculante**. São Paulo: Saraiva, 2010.

Incorporada pela Emenda Constitucional 45 de 2004, a súmula vinculante, inscrita no artigo 103-A da Constituição Federal<sup>186</sup>, tem o condão de invalidar atos normativos que contrariem as disposições destas súmulas.

O procedimento para edição das súmulas vinculantes possui alguns requisitos:<sup>187</sup>

- a) a legitimidade para propor o debate sobre a súmula;
- b) necessidade de haver reiteradas decisões sobre matéria constitucional;
- c) controvérsia atual entre os órgãos do judiciário ou entre esses e a Administração Pública e;
- d) a edição das súmulas tem por objeto a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas.

Já expomos as características e diferenças entre o *civil law* e o *common law*, porém, para discutir a vinculação das súmulas trazidas na emenda constitucional, se faz necessário o destaque dos seguintes pontos.

O fato marcante no sistema romano-germânico é a compilação e a codificação em textos harmônicos, normas costumeiras, normas escritas esparsas, decisões jurisprudenciais e doutrinárias [...]. Em sua, há uma tentativa do direito de prever situações e definir normas escritas para sua solução.<sup>188</sup>

---

<sup>186</sup> “Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. § 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”

<sup>187</sup> NUNES, Jorge Amaury Maia. **Segurança jurídica e súmula vinculante**. São Paulo: Saraiva, 2010.

<sup>188</sup> SOARES, Guido Fernando Silva. **Common law, introdução ao direito dos EUA**. São Paulo: RT, 2000, p. 27.

Em contraponto direto, no sistema do *common law* as regras existem para resolver o processo e não para serem abstratas ou para o futuro, o que “permite aos Tribunais, na sua tarefa de distribuir justiça, definir regras abstratas do Direito”.<sup>189</sup>

Entretanto, quanto a comparação entre o sistema utilizado no Brasil e a doutrina norte-americana do *stare decisis*, há a necessidade de destacar que não há identidade entre tais doutrinas, sendo distintas em razão de nosso sistema ser baseado em jurisprudência e não em casos paradigmáticos, ressaltando a clara diferença já apontada entre os sistemas jurídicos.

Pelo fato de nosso sistema ser baseado em jurisprudência e não em casos paradigmáticos (ou precedentes da teoria do *stare decisis*) e da consequente falta de distinção nítida entre *ratio decidendi* e *obiter dictum*; pela ausência de técnicas de cancelamento e de revisão à disposição dos juízes de primeira e segunda instâncias, tais como o *overruling* e o *distinguishing*” não há identidade entre o sistema utilizado no Brasil e a doutrina norte-americana do *stare decisis*.<sup>190</sup>

Passando à análise do Código de Processo Civil de 2015, resta claro que este tem por diretriz a efetividade da tutela jurisdicional com segurança: eficiência e segurança jurídica.

Esse código de processo apresenta diversos dispositivos que reafirmam a tendência de vincular as decisões aos Tribunais, e até mesmo magistrados, com intuito de garantir a celeridade, segurança e isonomia.

Essa principal mudança demonstra que o legislador teve a clara intenção de determinar o respeito ao precedente jurisprudencial, da mesma forma como é no *common law*.

Nesse sentido, importante destacar, a título de exemplo, o teor do artigo 932<sup>191</sup>, especialmente no que tange seu inciso IV:

IV – negar provimento a recurso que for contrário a:

a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;

---

<sup>189</sup> Idem, pp. 14-15.

<sup>190</sup> COSTA, T. M. B. da. **Súmula Vinculante: elemento acirrador da tensão entre o controle de constitucionalidade brasileiro e a democracia**. Dissertação (Mestrado em Direito). Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012, p. 268.

<sup>191</sup> Art. 932. Incumbe ao relator:

b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

As regras trazidas pelo código preveem a obrigatoriedade de observância do precedente judicial no sistema normativo brasileiro, visando assim maior segurança jurídica e efetividade, a fim de evitar decisões de juízes monocráticos que violem as decisões de tribunais superiores.

A tese jurídica fixada por estes tribunais, resultado de incidente, será aplicada no território nacional a todos os processos individuais e coletivos que versarem sobre idêntica questão de direito. Nos processos sobrestados, mas que ainda não foi proferida sentença, o juiz deverá julgar aplicando a tese fixada. Já nos processos já sentenciados, com decisão impugnada, o tribunal julga o recurso como prejudicado, se a decisão impugnada estiver de acordo com a tese firmada, ou devolverá os autos ao juiz para adequar sua decisão ao entendimento fixado, nos casos em que a decisão encontra-se em desacordo.<sup>192</sup>

Todos esses exemplos, não apenas de permissão, mas de normatização da existência de sistema de vinculação a decisões já proferidas por outros órgãos ou no passado, tal como se verificou no direito inglês, por meio do sistema dos precedentes demonstra uma adaptação do sistema normativo brasileiro. Entretanto, observa-se que a adoção de tais mecanismos não possibilita a conclusão de que o direito brasileiro adota o sistema dos precedentes conforme os ditames do modelo da *common law*, porque, tradicionalmente, o Brasil adota o sistema *civil law* em que a importância da jurisprudência deve ser levada em conta em relação à lei.<sup>193</sup>

Uma das maiores críticas ao *civil law* é a suposição de que o juiz não está vinculado às decisões jurisprudenciais, nem dele mesmo, nem do tribunal em que atua, nem mesmo aos tribunais de competências superiores. Tal ideia errônea aplicada ao *civil law*, é o que o CPC de 2015 pretende extinguir ao declarar expressamente a obrigatoriedade da observância do precedente. Nesse sentido, expõe Marinoni:

Como é óbvio, o juiz ou o tribunal não decidem para si, mas para o jurisdicionado. Por isso, pouco deve importar, para o sistema, se o juiz tem posição pessoal, acerca de questão de direito, que difere da dos tribunais que lhe são superiores. O que realmente deve ter significado é a contradição de o juiz decidir questões iguais de forma diferente ou decidir de forma distinta

---

<sup>192</sup> WAMBIER et al. **Breves comentários ao novo Código de Processo Civil**. São Paulo: RT, 2015, p. 219.

<sup>193</sup> STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – O precedente judicial e as súmulas vinculantes?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

da do tribunal que lhe é superior. O juiz que contraria a sua própria decisão, sem a devida justificativa, está muito longe do exercício de qualquer liberdade, estando muito mais perto da prática de um ato de insanidade. Enquanto isto, o juiz que contraria a posição do tribunal, ciente de que a este cabe a última palavra, pratica ato que, ao atentar contra a lógica do sistema, significa desprezo ao Poder Judiciário e desconsideração para com os usuários do serviço jurisdicional.

É chegado o momento de se colocar ponto final no cansativo discurso de que o juiz tem a liberdade ferida quando obrigado a decidir de acordo com os tribunais superiores. O juiz, além de liberdade para julgar, tem dever para com o Poder de que faz parte e para com o cidadão. Possui o dever de manter a coerência e zelar pela respeitabilidade e pela credibilidade do Poder Judiciário. Além disso, não deve transformar a sua própria decisão, aos olhos do jurisdicionado, em um “nada”, ou, pior, em obstáculo que tem que ser contornado mediante a interposição de recurso ao tribunal superior, violando os direitos fundamentais à tutela efetiva e à duração razoável do processo. De outra parte, é certo que o juiz deixa de respeitar a si mesmo e ao jurisdicionado quando nega as suas próprias decisões. Trata-se de algo pouco mais do que contraditório, beirando, em termos unicamente lógicos, o inconcebível.<sup>194</sup>

O entendimento diverso sobre a questão dos precedentes é de longa data e bastante debatido, sendo que o Código de Processo Civil de 2015 vem como um paradigma para definir uma nova era de tese jurídica no Direito brasileiro.

Mesmo diante de argumentações contrárias, a utilização dos precedentes que já estava crescendo a cada dia, se torna obrigatória para todo o sistema, não podendo ser ignorada.

De toda forma, não há mais como negar que estas implementações tem uma clara finalidade de direcionar o sistema jurídico brasileiro sob o molde da eficiência e da segurança jurídica.

O enquadramento em decisões de tribunais superiores, como o uso de julgamento de demandas repetitivas e outros institutos, mostram uma tentativa de desafogar o judiciário sobrecarregado, e criar um processo mais célere.

A garantia constitucional é foco é a duração razoável do processo. Entretanto, assim como não é possível padronizar as decisões com base em um único caso, não é possível padronizar para todos os processos a mesma duração razoável.

Não se nega que uma prestação judicial morosa, por vezes se torna ineficiente. Um claro exemplo é de uma ação trabalhista em que o reclamante vencedor tem direito ao recebimento de uma indenização em razão de uma doença ocupacional. A empresa condenada apresenta diversos recursos, que em razão do volume de

---

<sup>194</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e common law e a necessidade de respeito as precedentes no Brasil**. Revista da Faculdade de Direito da UFPR, Curitiba, nº 49, 2009.

trabalho são demasiados demorados para serem processados e julgados, anos após ter seu direito reconhecido, recebe os valores, mas em razão da demora o reclamante já faleceu e a indenização vai para seus filhos. Não obstante ao direito dos autores, mas a indenização deixou de cumprir seu papel de reparar o dano causado ao reclamante.

Ainda assim, uma ação onde se usa decisões modelos e genéricas, pois não há tempo de analisar o processo com a diligência necessária, faz com que muitas vezes haja uma solução eficiente, mas ineficaz.

Mas urge que se passe a refletir se, em nome desse princípio, devemos deixar de lado os demais direitos e garantias processuais insertos na constituição federal. É mais vantajoso ter um processo rápido ou um processo em que se possa ter segurança jurídica de que um mínimo de garantias constitucionais será respeitado. A celeridade a qualquer preço não deve ser o objetivo a ser alcançado pelo Poder Judiciário. De fato, não se pode admitir que a tutela jurisdicional seja prestada de qualquer maneira, com desapego total à forma e deixando de lado a garantia de um processo justo apenas para obtê-la de forma célere.

Na verdade, buscar a razoável duração do processo é tarefa muito mais árdua e complexa do que simplesmente pretender obter um processo célere apenas com o enxugamento de incidentes e técnicas processuais garantidoras do acesso à justiça e do contraditório e ampla defesa. O Judiciário deve primar por garantir a eficácia dos direitos e garantias fundamentais, proferindo decisão rápida e justa e, assim, cumprindo o princípio da duração razoável do processo para, em consequência, buscar a harmonização social. É preciso entender que um processo moroso, prolongado indevidamente além do tempo necessário, é processo também injusto.<sup>195</sup>

Considerando um caso semelhante, temos a experiência italiana referente à duração razoável do processo. Em razão da excessiva morosidade do judiciário italiano, muitos cidadãos passaram a ingressar com ações de reparação na Corte Europeia, o que criou uma enorme pressão para a Itália. Foi então criada uma lei para que os cidadãos pudessem pedir indenização para o próprio judiciário italiano, criando uma pressão no próprio juiz para acelerar o processo.

Em nossa visão, não se pode entender que a duração razoável de um processo possa superar a necessidade de uma efetiva prestação jurisdicional. Apenas uma análise sob a ótica de eficiência, analisando o judiciário através dos números de processos que são julgados e arquivados não demonstra que foi dada uma solução.

---

<sup>195</sup> AURELLI, Arlete Inês. Normas fundamentais no Código de Processo Civil brasileiro. Revista dos Tribunais. Revista de Processo: RePro, São Paulo, v. 42, n. 271, p. 19-47, set. 2017.

De nada serve um processo rápido que não solucione o problema apresentado ao judiciário. Como também um processo em que seja dada uma solução em um tempo que não vai seja viável aquela solução não é justa com o jurisdicionado. A duração razoável do processo é aquela em que demore o tempo necessário para que a solução seja efetiva na solução do problema apresentado e em tempo hábil para que tal solução possa resolver o problema. Isso é prestação jurisdicional eficaz que traz justiça.

### **3.2. INTERPRETAÇÃO DO SISTEMA NORMATIVO**

Ao falarmos sobre como deve se dar a interpretação do sistema normativo, temos que primeiro conceituar o que este seria. A conceituação do sistema normativo, ou jurídico, parte do pressuposto de que sistema é uma unidade de elementos que se apresenta de maneira organizada, sendo assim sistema de regras e normas que regerá determinada comunidade.

Posteriormente, precisamos definir quais elementos serão usados para alcançar o resultado do julgamento, não podendo fazer uma seleção de somente alguns dos elementos.

Se o exame de algum fundamento possível seria idôneo, por si só, a influenciar o resultado do julgamento, não é lícito ao colegiado deixar de ponderá-lo. Esta é exigência direta do postulado da inteireza da motivação, corolário da garantia constitucional da fundamentação necessária das decisões (CF, art. 93, IX), como bem observa Cândido Rangel Dinamarco. Só se cumpre o mandamento constitucional quando o órgão judicante não se omite sobre questões cujo deslinde possa levá-lo a decidir de maneira diferente.<sup>196</sup>

Da mesma forma como o movimento realista, principalmente o realismo americano, criticou a forma de julgamento baseada naquilo que era normatizado, ou seja, aceito como jurídico, há no Brasil um movimento de incorporação de fundamentos não normatizados como jurídicos, como base para a formulação da decisão judicial.

---

<sup>196</sup> STF, Pleno, **ADPF 79-AgR**.



Um primeiro ponto que merece destaque é a vigência da resolução do Conselho Nacional de Justiça, Resolução CNJ n. 125/2010, que dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário. Entre outras medidas, estipula uma política pública de tratamento adequado dos conflitos de interesses, tendo seu artigo primeiro a seguinte previsão:

Art. 1º Fica instituída a Política Judiciária Nacional de tratamento dos conflitos de interesses, tendente a assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade.

O primeiro ponto a se destacar é o reconhecimento de que diferentes casos com naturezas e peculiaridades diversas não podem ser solucionados seguindo um mesmo padrão de decisão judicial.

(...) o órgão julgador deve sempre se ater à realidade social existente à sua volta e julgar de acordo com essa realidade. Deve levar em consideração os conflitos sociais existentes a respeito da demanda que lhe foi submetida e resolver a questão como se resolvesse o próprio conflito social, levando em consideração os mais consagrados direitos que preservam a dignidade da pessoa humana e a paz social, que todos buscam.<sup>197</sup>

A título de exemplo, podemos citar o uso de métodos como a Constelação Familiar, técnica pertencente à família do Direito Sistêmico.

A constelação sistêmica familiar é uma técnica alternativa (ainda sendo difundida no Brasil) de resolução de conflitos que permite identificar problemas pessoais que se encontram além da esfera jurídica.

Trata-se da utilização da técnica criada pelo psicólogo alemão Bert Hellinger no Judiciário, que busca esclarecer para as partes o que há por trás do conflito que gerou o processo judicial. Os conflitos levados para uma sessão de constelação, em geral, versam sobre questões de origem familiar, como violência doméstica, endividamento, guarda de filhos, divórcios litigiosos, inventário, adoção e abandono. Um terapeuta especializado comanda a sessão de constelação.<sup>198</sup>

---

<sup>197</sup> AURELLI, Arlete Inês. **A cooperação como alternativa ao antagonismo garantismo processual / ativismo judicial.** In Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro. Ano 23, nº 90, abril/junho2015, p. 81.

<sup>198</sup> HELLINGER, Bert. **Ordens do amor, um guia para o trabalho com constelações familiares.** São Paulo, Cultrix, 2003.

A constelação familiar baseada em sessão de constelação, embora classificada como pertencente ao direito sistêmico, é fruto originário da psicologia, uma área não prevista normativamente em nenhuma lei como fonte de direito, que, no entanto, em vista da resolução do CNJ, tem condão de ser aplicada de forma preferencial na resolução do conflito, retirando de cena a obrigação de uma decisão fundamentada em lei para solução de um problema judicial.

Ainda sobre aplicação de áreas externas ao sistema jurídico, como a psicologia, podemos citar um outro exemplo, não de um método alternativo, mas de fundamentação da sentença em fundamentos da psicologia.

Imaginemos o caso de um processo judicial para suspensão de visitas paternas a uma menor sob a guarda da mãe, onde há alegações de abusos psicológicos praticados contra a criança. O caso é levado a um Juiz, que recebe os fatos apresentados pelas partes na petição inicial e na contestação, e precisa dar uma decisão judicial para a solução do litígio. Entretanto, a mera aplicação de quaisquer ditames legais, seja pela procedência ou improcedência do pedido, com uma puramente jurídica, apenas daria uma solução formal ao caso, sem, provavelmente, identificar ou solucionar o caso, e garantir o melhor interesse do menor.

Esse fato é explicado por Alf Ross, sintetizando a importância de, para alcançar um julgamento justo para a realidade vivida pelas partes no litígio, devemos nos afastar da jurisprudência sistemática e da aplicação rígidas das leis, para passar a considerar o ponto de vista de outras disciplinas.

It must fall outside a work in jurisprudence to enter into a comprehensive discussion of fundamental philosophical problems. It must be allowed to simply declare a standpoint and refer to the fact that this standpoint is shared by a significant group of modern philosophers and philosophically interested practitioners of other disciplines.<sup>199</sup>

Assim, não resta alternativa ao juiz além de enviar a análise do mérito do abuso psicológico para um perito psicólogo ou para o setor de psicologia do tribunal, para somente depois, tendo o laudo psicológico do caso em mãos, poder fundamentar a

---

<sup>199</sup> ROSS, Alf. **Om ret og retfærdighed: En indførelse i den analytiske retsfilosofi**. Bindreiter's translations. 2013, p. 388. Tradução Livre: Devemos nos afastar de um trabalho apenas na jurisprudência para entrar em uma discussão detalhada de problemas filosóficos fundamentais. Deve ser permitido simplesmente declarar um ponto de vista e referir-se ao fato de que esse ponto de vista é compartilhado por um grupo significativo de filósofos modernos e praticantes filosoficamente interessados de outras disciplinas

decisão do caso de acordo com os fundamentos legais previstos no sistema normatizado.

Essa forma de uso de elementos “estranhos” à lei e às normas jurídicas tem se tornado não apenas essencial, mas obrigatória, como no caso de julgamentos em que envolvam insalubridade ou periculosidade na esfera do direito do trabalho, nos termos do artigo 195<sup>200</sup> da CLT.

Especificamente no Brasil, onde, em razão de suas proporções continentais, com grande miscigenação de povos e etnias, e conseqüentemente de culturas e costumes, somados à um legislativo lento, e muitas vezes inerte, é necessário que haja um sistema jurídico normativo bastante desatualizado, ou mesmo que não possa ser aplicado da mesma forma em todos os casos similares.

É passado ao judiciário, como órgão originário para solução de conflitos, e responsável por ‘dizer a lei’, a responsabilidade de suprir tais problemas jurídicos.

A relação entre cláusula geral e o precedente judicial é bastante íntima. Já se advertiu, a propósito, que a utilização da técnica das cláusulas gerais aproxima ou sistema do *civil law* do sistema do *common law*. Esta relação revela-se, sobretudo, em dois aspectos. Primeiramente, a cláusula geral reforça o papel da jurisprudência na criação de normas gerais: a reiteração da aplicação de um à mesma *ratio decidendi* (núcleo normativo do precedente judicial; sobre a *ratio decidendi*, ver o capítulo sobre precedente judicial nov. 2 deste Curso) dá especificidade a o conteúdo normativo de uma cláusula geral, sem, contudo, esvaziá-la; assim ocorre, por exemplo, quando se entende que tal conduta típica é ou não exigida pelo princípio da boa-fé. Além disso, a cláusula geral funciona como elemento de conexão, permitindo ao juiz fundamentar a sua decisão em casos precedentemente julgados.<sup>201</sup>

A formação de uma *ratio decidendi* que sirva de uniformização das decisões, com obrigatoriedade da sua observância, se torna o desafio do atual judiciário para alcançar a efetividade. Mas mais importante do que a efetividade é a real solução do caso, pois não há justiça na rápida resolução de um processo se não confere uma solução real e prática ao problema apresentado.

---

<sup>200</sup> Art. 195 - A caracterização e a classificação da insalubridade e da periculosidade, segundo as normas do Ministério do Trabalho, far-se-ão através de perícia a cargo de Médico do Trabalho ou Engenheiro do Trabalho, registrados no Ministério do Trabalho.

<sup>201</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **A uniformidade e a estabilidade da jurisprudência e o estado de direito - Civil law e common law**. São Paulo: Ed. RT, 2012, p. 161.

### 3.2.1. REALISMO JURÍDICO OU INTERPRETAÇÃO NEOCONSTITUCIONAL

A teoria do Direito, há muito, vem oscilando entre as teorias jusnaturalistas e juspositivistas, sendo comum entendê-las a partir de pressupostos inteiramente distintos. Dentro dessas teorias, temos o realismo jurídico e a neoconstitucionalismo.

Nesse capítulo, abordaremos essas duas teorias, verificando a possibilidade de sua coexistência dentro do sistema jurídico brasileiro, e suas contribuições para a forma como o judiciário fundamenta suas decisões.

Para definir neoconstitucionalismo, temos o conceito de Paolo Comanducci explicando que no direito constitucionalizado os princípios constitucionais e os direitos fundamentais constituiriam uma ponte entre direito e moral - uma tese de conexão necessária, identificada e justificada, entre esse direito e a moral, formalizando, assim, o neoconstitucionalismo.<sup>202</sup>

Importante ainda destacar que o neoconstitucionalismo ainda sofre influência do direito internacional, ao recepcionar normas de eficácia erga-omnes introduzidas por tratados e convenções internacionais, às quais o Brasil resta signatário.<sup>203</sup>

Por mais que o termo neoconstitucionalismo seja considerado relativamente novo, apenas surgindo no final da década de 1990, no *XVIII Congreso Mundial de Filosofía Jurídica y Social*, por Susanna Pozzolo, que nomeou a corrente do direito que visava conceber o direito através dos princípios constitucionais para alcançar justiça.

Embora seja certo que a tese sobre a especificidade da interpretação constitucional possa encontrar partidários em diversas dessas disciplinas, no âmbito da Filosofia do Direito ela vem defendida, de modo especial, por um grupo de jusfilósofos que compartilham um modo singular de conceber o Direito. Chamei tal corrente de pensamento de *neoconstitucionalismo*. Me refiro, particularmente, a autores como Ronald Dworkin, Robert Alexy, Gustav Zagrebelsky e, em parte, Carlos Santiago Nino.<sup>204</sup>

---

<sup>202</sup> COMANDUCCI, Paolo. **Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico**. In: CARBONELL, Miguel. Madrid : Trotta , 2003.

<sup>203</sup> CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo. MATOS, Leonardo Raphael Carvalho de. **Os direitos metaindividuais no direito civil: o individual que se transforma em público**. Percurso. vol.03, n°.26, Curitiba, 2018. p. 181.

<sup>204</sup> POZZOLO, Susanna; OTTO, Écio. **Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico**. 3ª Ed. São Paulo: INOVACAO DISTRIBUIDORA DE LIVROS LTDA. 2013., p. 339.

Importa destacar que tais sínteses teóricas são baseadas no afastamento do positivismo para uma leitura mais aberta das previsões constitucionais com margem para interpretações. O marco de uma teoria normativo-material dos direitos fundamentais e, com isso, um ponto de partida para responder à pergunta acerca da possibilidade e dos limites da racionalidade no âmbito dos direitos fundamentais.<sup>205</sup>

(...) em busca da cientificidade anunciada. O Direito reduzia-se ao conjunto de normas em vigor, considerava-se um sistema perfeito e, como todo dogma, não precisava de qualquer justificação além da própria existência. (...) A troca do ideal racionalista da justiça pela ambição positivista da certeza jurídica custou caro à humanidade. (...) O Positivismo pretendeu ser uma teoria do Direito, na qual o estudioso assumisse uma atitude cognoscitiva (de conhecimento), fundada em juízo de fato. Mas resultou sendo uma ideologia (...)<sup>206</sup>

A forma de leitura a fim de adequar a decisão, ou a norma infraconstitucional, aos princípios fundamentais, é requisito básico para sua validade dentro do sistema neoconstitucionalista, onde a simples validade formal não é suficiente para sua justa aplicação.

Para assegurar a legitimidade e a racionalidade de sua interpretação nessas situações, o intérprete deverá, em meio a outras considerações: (i) reconduzi-la sempre ao sistema jurídico, a uma norma constitucional ou legal que lhe sirva de fundamento – a legitimidade de uma decisão judicial decorre de sua vinculação a uma deliberação majoritária, seja do constituinte ou do legislador; (ii) utilizar-se de um fundamento jurídico que possa ser generalizado aos casos equiparáveis, que tenha pretensão de universalidade: decisões judiciais não devem ser casuísticas; (iii) levar em conta as consequências práticas que sua decisão produzirá no mundo dos fatos.<sup>207</sup>

Assim, o intérprete não terá outra alternativa, a menos que utilizar a técnica da ponderação. Porém, deverá decidir de forma clara e apresentar justificativas de maneira objetiva, evitando o subjetivismo. Não existem critérios pré-estabelecidos pela metodologia jurídica, mas eles podem ser: a análise das nuances do caso concreto, a boa argumentação e a percepção ética do juiz.<sup>208</sup>

A leitura de obras paradigmáticas do novo constitucionalismo sugere que, ao contrário do europeu, o neoconstitucionalismo brasileiro - em particular, sua

<sup>205</sup> ALEXY, Robert. **Constitucionais: razoabilidade, proporcionalidade e argumentação jurídica**. 1ª Ed. 3ª Tir. Curitiba: Juruá, 2008.

<sup>206</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Fundamentos Teóricos e Filosóficos Do Novo Direito Constitucional Brasileiro**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 7, n. 59, 1 out. 2002.

<sup>207</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito**. R. Dir. Adm., Abr./Jun. 2005, n. 240, p.11.

<sup>208</sup> MARMELESTEIN, George. **O ativismo dos juízes na perspectiva da filosofia moral**. In: ANJOS, Leonardo Fernandes dos; OLIVEIRA, Umberto Machado (coords.). **Ativismo Judicial**. Curitiba: Juruá, 2010.

teoria de base, a doutrina da efetividade -, construiu-se deliberadamente contra nossa história constitucional. (...) Deste o final dos anos noventa, o direito constitucional brasileiro foi objeto de extraordinária ascensão, tendo desbancado a hegemonia da processualística e do direito civil. Para tanto, concorreram o modelo da Constituição de 1988, disciplinando a quase totalidade da vida social; e a outorga, ao Poder Judiciário, do papel de velar pela constiuição.<sup>209</sup>

Para exemplificação, e considerando o Supremo Tribunal Federal brasileiro, vemos a aplicação da interpretação das normas constitucionais, a teoria do neoconstitucionalismo, através do pronunciamento do STF sobre assuntos em que o legislador, a época da confecção da norma, não previu o caso concreto, mas que também não representa uma alteração, contradição ou criação de norma.

Vejamos o julgamento da proibição do uso de banheiro feminino por transexual, onde foi reconhecida a existência de repercussão geral, em que foi entendido que tal impedimento viola a dignidade da pessoa humana. Ocorre então um novo enquadramento de um fato social por uma mesma norma constitucional, que apenas foi expandida para abranger a nova situação.

Voltando, pois, ao ponto. Não há como desvincilhar o positivismo da discricionariedade (e vice-versa). Veja-se: no início, a discricionariedade estava no nível da política, questão que atravessa os séculos XIX e XX. Havia um nítido enfraquecimento da autonomia do direito, que se apresentava como refém do processo político. Por isso, a aposta nas diversas formas de realismo jurídico que pudessem, paradoxalmente, resgatar um grau mínimo de autonomia para o jurídico. Note-se: a história do direito é uma história de superação do poder arbitrário, então podemos afirmar que o que se procura enfrentar é o locus onde a decisão privilegiada acontece, o lugar onde a escolha ocorre. Nessa medida, a história do direito também é uma história da superação ou do enfrentamento do problema da discricionariedade (que conduz à arbitrariedade).<sup>210</sup>

Assim, o neoconstitucionalismo se apresenta somente como uma forma de interpretação dos princípios constitucionais que, mesmo fazendo uma análise do caso em si através de elementos não jurídicos e invalidando normas jurídicas previstas em lei, na fundamentação da sua decisão, o faz baseando-se em princípios previstos em outra norma jurídica escrita, que é a Constituição.

---

<sup>209</sup> LYNCH, Christian Edward Cyril. e MENDONÇA, José Vicente Santos de. **Por uma História Constitucional Brasileira: uma crítica pontual à doutrina da efetividade**. Artigo no prelo da Revista Lua Nova. 2016.

<sup>210</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo**. In: FERRAJOLI, Luigi; \_\_\_\_; TRINDADE, André Karam (Orgs.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 83.

### **3.2.2. VALIDAÇÃO DA DECISÃO SOB A ÓTICA DA REAL SOLUÇÃO**

Dentro do ordenamento jurídico processual, seja ele cível, penal etc., existem diversas normas para averiguação da validade da decisão, normas essas formais e materiais.

Nesse capítulo abordaremos a validade da decisão judicial sob a ótica da real solução para caso. Mesmo considerada válida por cumprir os requisitos formais da lei, as decisões dão uma real solução ao caso de forma que se resolva o problema apresentado ao judiciário, ou é apenas fornecida às partes uma decisão que conclua o processo?

Destacamos que o foco dessa abordagem não são as sentenças que julgam a forma do processo e o extinguem sem resolução do mérito, pois essas apenas encerram o processo por um vício de forma.

Mas mesmo nesses casos, utilizando como exemplo eventual indeferimento da petição inicial por verificação de ausência de requisitos obrigatório, o juiz concederá prazo para que seja sanado tais vícios. Tal solução, trazida pelo Código de Processo Civil de 2015, demonstra a preocupação do legislador com a celeridade, visto que, se é possível sanar um vício no mesmo processo, tal procedimento será muito mais célere do que extinguir aquela ação e as partes terem de propor uma nova.

No cenário de atuação jurídica no Brasil, observamos diversos processos onde existe uma sentença com resolução de mérito, que põe fim ao litígio, mas que não resolve efetivamente o problema levado ao judiciário.

A título de exemplo, imaginemos uma ação de reintegração de posse onde é apresentada em contestação uma exceção de usucapião alegando que o réu está no imóvel há mais de dez anos. O magistrado não acolhe a exceção apresentada, mas julga improcedente o pedido do autor por constatar elementos de que o réu tem posse mansa e pacífica e que o autor foi incauto e não apresentou ação no tempo hábil.

A sentença é de mérito, julga improcedente o direito do autor, mas de nosso ponto de vista não dá uma real solução ao processo. O autor recebe a notícia de que não pode ter a posse de seu imóvel, pois existem elementos de que o réu faz jus ao instituto da usucapião. O réu recebe a notícia de que existem elementos ao seu favor,

mas o magistrado não reconhece a exceção de usucapião sob a alegação de requisitos formais de ação própria para tal instituto. Na prática, o autor mantém a propriedade, o réu a posse e nenhum deles podem exercer inteiramente o direito sobre o imóvel.

É necessária uma nova ação, de usucapião, para analisar de fato o direito do réu sobre o imóvel. Imaginemos que a ação de usucapião seja improcedente, a quem pertencerá o imóvel, se já foi declarado improcedente o direito do autor da reintegração de posse sobre o imóvel?

Processos como esse, mesmo seguindo o rito formal do Código de Processo Civil, não apresentam uma real solução ao caso, não tendo, ao nosso ver, uma decisão válida.

Se o Poder Judicial do Brasil precisa caminhar em direção à entrega de uma justiça legítima, este carece de primar por indispensável ferramenta de controle do exercício da função Jurisdicional, o Princípio da Fundamentação das Decisões Judiciais, já ostentado pela Constituição Federal Brasileira de 1988, em seu art. Artigo 93, inciso IX, segundo o qual “todas as decisões serão fundamentadas”.

Seguindo tal diretriz constitucional, o Código de Processo Civil de 2015 trouxe uma série de requisitos para avaliar a validade da decisão, sendo eles:

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

I - o relatório, que conterà os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.

A controvérsia reside no parágrafo 1º do referido artigo, que elenca os *elementos essenciais* que deverão estar abarcados na sentença, pois caso não respeitados pelo magistrado, a sentença não será considerada fundamentada. Passemos aos elementos:

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;



III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

Tais requisitos foram instituídos objetivando a extinção de sentenças genéricas, onde não havia uma clara manifestação das razões que levaram ao resultado do processo. Entretanto, ainda resta a falta de obrigatoriedade de uma solução real ao caso, visto o que prevê a própria Constituição.

Se determinada decisão apresenta fundamentação que serve para justificar qualquer decisão, é porque essa decisão não particulariza o caso concreto. A existência de respostas padronizadas que servem indistintamente para qualquer caso justamente pela ausência de referências às particularidades do caso demonstra a inexistência de consideração judicial pela demanda proposta pela parte. Com fundamentação padrão, desligada de qualquer aspecto da causa, a parte não é ouvida, porque o seu caso não é considerado.<sup>211</sup>

A Constituição Brasileira é clara ao prever que não deixará de apreciar quaisquer casos. Mas não basta apreciar, é necessário que haja solução prática.

**Art. 5º** Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

**XXXV** - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

Assim, retornando ao exemplo da ação de reintegração de posse com apresentação de contestação com exceção de usucapião, se o réu faz alegação de tal direito, e tal alegação é usada para julgar improcedente o direito do autor, é um movimento lógico de que deveria haver o reconhecimento do direito do réu à usucapião, ou de outra forma não poderia ser usada para afastar o direito do autor. No caso prático, houve um julgamento de dupla improcedência, tanto do pedido do

---

<sup>211</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. AREHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**. São Paulo: Editora RT, 2015, p. 444.

autor quanto do réu, ou seja, encerra-se o processo e o problema jurídico dos litigantes não é solucionado.

O inciso IV do §1º do artigo 489 do CPC de 2015 não se limita a apenas manifestar o julgador sobre os argumentos do processo, mas sim basear seu julgamento neles.

A questão é que esse entendimento jurisprudencial – que já virou um jargão no âmbito dos tribunais – vem sendo utilizado para justificar a desnecessidade de análise das alegações da parte mesmo nos casos em que a sua tese foi rejeitada. Esse mau costume constitui não apenas um erro técnico como também uma forma de aniquilar o direito de ação e as garantias do contraditório e da ampla defesa. Sim, porque embora a Constituição diga que a parte tem o direito de provocar a atividade jurisdicional (art. 5º, XXXV), e embora a Constituição garanta à parte amplas possibilidades de defesa e de influência (art. 5º, LV), o Judiciário diz que não tem a obrigação de emitir um juízo de valor sobre todos os seus argumentos.<sup>212</sup>

Outra situação onde a decisão não cumpre o seu caráter solucionador da lesão ou ameaça de direito previsto na Constituição Federal é em casos onde a sentença declara que “determinada matéria necessita de apreciação pelo legislativo”.

Se o magistrado vê alguma lesão ou ameaça de direito, mesmo que tal matéria ainda esteja a ser apreciada pelo Congresso, deve o magistrado dar uma sentença com uma solução para o caso, pois de outro modo não seria válida sua decisão.

### 3.2.3. TENDÊNCIAS COMPORTAMENTAIS DOS TRIBUNAIS

A busca por maior segurança nas decisões judiciais e a otimização destas, evitando-se o desnecessário exame de casos idênticos já anteriormente decididos e, conseqüentemente, por uma maior segurança jurídica em prol da sociedade, levou vários países a adotarem mecanismos com o objetivo de uniformizar a jurisprudência.<sup>213</sup>

Assim, o Direito brasileiro se apoia na doutrina de forma significativa e também dando atribuições essenciais às jurisprudências, ao ponto que as súmulas do STF (Supremo Tribunal Federal) servem em regra de exemplo para ser aplicada ao caso concreto. Ademais, o sistema brasileiro tem influxo do modelo jurídico da Europa

---

<sup>212</sup> DIDIER JÚNIOR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de; BRAGA, Paula Sarno. In **Comentários ao Novo Código de Processo Civil** (Coordenação Antonio do Passo Cabral e Ronaldo Cramer). Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 715.

<sup>213</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Súmulas no Direito Brasileiro: eficácia, poder e função: a ilegitimidade constitucional do efeito vinculante**. 2ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

Continental, indubitavelmente a vários cursos de Direito que são estruturados por uma ótica de análise aos casos concretos, utilizando do instituto do Direito Comparado, conforme a família *common law*.<sup>214</sup>

Para este propósito, observa-se que a tradicional e ainda atual distinção entre precedente vinculante, que seria típico dos ordenamentos de Common Law, e precedente persuasivo ou de fato, que seria típico de ordenamentos do Civil Law, é insustentável. Pelo contrário, parece apropriado falar de força do precedente para indicar o grau ou intensidade com a qual ele consegue influenciar as decisões futuras.<sup>215</sup>

Utilizaremos decisões do Supremo Tribunal Federal Brasileiro que diretamente julgaram de forma a alterar, ou dar uma interpretação constitucional diversa da interpretação literal do texto legal, ou mesmo contrariar dispositivo de lei.

Destacando as decisões sobre união estável para casais do mesmo sexo no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, utilização de células-tronco embrionárias para pesquisa da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 3510 e a questão do aborto, com foco no Habeas Corpus (HC) 124306, em 2016, em que a Primeira Turma afastou a prisão preventiva de acusados da prática de aborto.

**A)** Analisaremos primeiro a decisão referente à união estável para casais do mesmo sexo no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132.

No dia 5 de maio de 2011 o Supremo Tribunal Federal decidiu, por unanimidade, considerar como união estável as relações entre pessoas do mesmo sexo. Com isso, a união homoafetiva deixou de ser considerada uma mera sociedade de fato e passou a ser reconhecida como uma entidade familiar. A partir dessa decisão, os casais homossexuais passam a ter os mesmos direitos dos casais heterossexuais em regime de união estável, como pensão e herança em caso de morte de um dos parceiros, divisão de bens e pensão alimentícia em caso de separação etc.

O julgamento conjunto da ADPF 132 e da ADI 4277 representou uma genuína quebra de paradigmas e um avanço para o nosso Direito das Famílias. De igual

---

<sup>214</sup> DIDIER JÚNIOR, Freddie. **Curso de Direito Processo Civil. Curso de Direito Processo Civil**. 17<sup>o</sup> ed. Salvador: JusPODIVM, 2015.

<sup>215</sup> TARUFFO, M. **Precedente y jurisprudência**. in. Precedente: Anuario Jurídico, pp. 85-99, 2007. Pág. 91.

importância foi a forma de interpretação do Código Civil, de acordo com a Constituição Federal.

O objeto de ambas as ações terminou por ser a análise do art. 1.723 do Código Civil brasileiro e a sua interpretação conforme a Constituição.

Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

Em suma, quase todos os argumentos apresentados na ADI 4277, na ADPF 132 e na votação dos ministros basearam-se em princípios constitucionais. De acordo com o exposto na ADI 4277, a legitimidade do reconhecimento das uniões homoafetivas pode ser extraída dos seguintes princípios constitucionais:

- princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III<sup>216</sup>)
- princípio da igualdade (art. 5º, caput<sup>217</sup>);
- princípio da vedação de discriminações odiosas (art. 3º, inciso IV<sup>218</sup>);
- princípio da proteção à segurança jurídica.

O Ministro Relator evidenciou a sua postura pela procedência de ambas as ações:

E, desde logo, verbalizo que merecem guarida os pedidos formulados pelos requerentes de ambas as ações. Pedido de "interpretação conforme à Constituição" do dispositivo legal impugnado (art. 1.723 do Código Civil), porquanto nela mesma, Constituição, é que se encontram as decisivas respostas para o tratamento jurídico a ser conferido às uniões homoafetivas que se caracterizem por sua durabilidade, conhecimento do público (não-clandestinidade, portanto) e continuidade, além do propósito ou verdadeiro anseio de constituição de uma família.<sup>219</sup>

Argumentou também que não se pode interpretar a Constituição de maneira reducionista. A ministra Cármen Lúcia argumentou ainda que as escolhas pessoais

---

<sup>216</sup> Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III - a dignidade da pessoa humana;

<sup>217</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

<sup>218</sup> Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: (...) IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

<sup>219</sup> Texto completo do voto do Ministro Carlos Ayres Britto, no julgamento conjunto da ADPF 132 e ADI 4277 disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277revisado.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2018.

livres e legítimas devem ser respeitadas e entendidas como válidas, “o Direito existe para a vida, não a vida para o Direito”.<sup>220</sup>

A base da interpretação se deu pelo artigo 226 da Constituição Federal, onde o Ministro indicou que à família – base da sociedade - foi conferida especial proteção, não importando se foi constituída por meio do casamento ou informalmente, também não fazendo distinção se é integrada por indivíduos heterossexuais ou homossexuais, afirmando ser a família um fato espiritual e cultural, não necessariamente biológico. Também classificou a família como o "continente" ou "figura central" que deve servir de norte para a interpretação dos dispositivos em que o capítulo VII da Constituição Federal se desdobra.

Observamos assim que há uma nova interpretação constitucional, contrária à interpretação literal do artigo 1.723 do Código Civil. O texto da lei não previu tal situação, o legislativo não acompanhou tais mudanças sociais, dessa forma coube ao judiciário realizar tal “atualização”, dando uma nova interpretação ao texto da lei, uma interpretação que seja compatível com os anseios sociais, e que fornece uma solução real para o problema.

**B)** A Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 3510, segundo caso a ser analisado, exemplifica uma segunda situação, onde mesmo tendo sido julgada improcedente, a ADI deixa uma importante marca entre Direito e Ética e define parâmetros jurídicos para outras ações, como, por exemplo, a questão de quando se inicia a vida humana.

A questão no início da vida humana é o ponto que destacamos em tal julgamento.

Analisando o Direito brasileiro, se conclui que a vida humana é tutelada desde o momento da fecundação do óvulo pelo espermatozoide, seja tal fecundação natural ou artificial. Ademais, o artigo 2º do Código Civil prevê que “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”.

O fator determinante do momento da existência do ser humano para o direito brasileiro será a concepção, considerando que são assegurados desde logo os direitos do nascituro.

---

<sup>220</sup> Texto completo do voto da Ministra Cármen Lúcia, no julgamento conjunto da ADPF 132 e ADI 4277 disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277CL.pdf>. Acesso em: 18 dez. 2018.

A fetologia e as modernas técnicas de medicina comprovam que a vida inicia-se no ato da concepção, ou seja, de fecundação do óvulo pelo espermatozóide, dentro ou fora do útero. A partir daí tudo é transformação morfológico-temporal, que passará pelo nascimento a alcançará a morte sem que haja qualquer alteração do código genético, que é singular, tornando a vida humana irrepetível e, com isso, cada ser humano único.<sup>221</sup>

Nesse sentido, o direito brasileiro adora a Teoria Concepcionista, mas que antes do referido julgamento, não definia as condições de início da vida. Tal fato se dá principalmente em razão da Constituição não ter determinado quando começa a vida humana.

O ministro relator argumenta que:

(...) a potencialidade de algo para se tornar pessoa humana já é meritória o bastante para acobertá-lo, infraconstitucionalmente, contra tentativas esdrúxulas, levianas ou frívolas de obstar sua natural continuidade fisiológica. Mas as três realidade não se confundem: o embrião é o embrião, o feto é o feto e a pessoa humana é a pessoa humana. Esta não se antecipa à metamorfose dos outros dois organismos. É o produto final dessa metamorfose.<sup>222</sup>

Em suma, o julgador define que não há que se falar em pessoa humana anteriormente ao desenvolvimento do embrião, uma vez que esse é pressuposto de existência daquela, e não o contrário. O simples fato de o embrião permanecer confinado *in vitro* é algo que constitui impedimento de sua continuidade reprodutiva.

Assim, considerando que faltam ao embrião *in vitro* todas as possibilidades de ganhar as primeiras terminações nervosas, inexistente pessoa humana em tal estágio de desenvolvimento. Para o Ministro relator, o embrião “é algo que jamais será alguém”.

O julgado considera improcedente a ADI 3510, pois a partir do fato de que não haverá vida, a utilização das células-tronco embrionárias para fins de pesquisa é simples desperdício, que inclusive infringe o art. 3º da Constituição Federal, pois não visa o atendimento do objetivo de construção de uma sociedade solidária.

O presente caso apresentado não altera a letra da lei em razão de evolução dos anseios sociais, visto que a lei previu o procedimento. Entretanto, de igual importância, o julgado define marco inicial da vida, que é parâmetro não só para a solução daquele julgamento, mas como para muitos outros. Ou seja, o julgado

---

<sup>221</sup> DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 26.

<sup>222</sup> Texto completo do voto do Ministro Ayres Britto, no julgamento da ADI 3510 disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=611723&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20ADI%20/%203510>. Acesso em: 18 dez. 2018.

também fornece uma real solução ao problema apresentado, e a outros, não se limitando a julgar apenas a procedência ou improcedência da ADI.

**C)** O último caso para análise das atuais posições do STF, representante supremo do judiciário brasileiro, e demonstração de julgamentos com a real solução do caso, é o Habeas Corpus (HC) 124306, em 2016, em que a Primeira Turma afastou a prisão preventiva de acusados da prática de aborto.

Não considerando os méritos se haviam ou não os requisitos para a prisão dos réus ou se o referido HC foi substituto de recurso, iremos analisar o mérito da questão da criminalização do aborto ser incompatível com diversos direitos fundamentais, entre eles os direitos sexuais e reprodutivos e a autonomia da mulher, a integridade física e psíquica da gestante e o princípio da igualdade.

A denúncia apresentada contra os réus era a de tipificação penal do crime de aborto voluntário nos artigos 124 e 126 do Código Penal, que punem tanto o aborto provocado pela gestante quanto por terceiros com o consentimento da gestante, no qual se iniciou o exame da própria constitucionalidade do tipo penal imputado aos envolvidos.

Em seu voto-vista, o Ministro Barroso destaca que o bem jurídico protegido, que é a vida potencial do feto, é evidentemente relevante, mas que a criminalização do aborto antes de concluído o primeiro trimestre de gestação viola diversos direitos fundamentais da mulher, além de não observar suficientemente o princípio da proporcionalidade.

Faz ainda um apontamento de diversos bens jurídicos violados, entre eles a autonomia, os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, e o direito à integridade física e psíquica.

Advertiu, porém, que não se trata de fazer a defesa da disseminação do procedimento – “pelo contrário, o que se pretende é que ele seja raro e seguro”, afirmou. “O aborto é uma prática que se deve procurar evitar, pelas complexidades físicas, psíquicas e morais que envolve. Por isso mesmo, é papel do Estado e da sociedade atuar nesse sentido, mediante oferta de educação sexual, distribuição de meios contraceptivos e amparo à mulher que deseje ter o filho e se encontre em circunstâncias adversas”.<sup>223</sup>

---

<sup>223</sup> Texto completo do voto do Ministro Luis Roberto Barroso, no julgamento do Habeas Corpus (HC) 124306 disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>. Acesso em: 18 dez. 2018.

Assim como no julgamento conjunto da ADPF 132 e da ADI 4277, no presente caso foi feita uma interpretação conforme a Constituição aos artigos 124 a 126 do Código Penal – que tipificam o crime de aborto – para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre.

**Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento**

Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque:

Pena - detenção, de um a três anos.

**Aborto provocado por terceiro**

Art. 125 - Provocar aborto, sem o consentimento da gestante:

Pena - reclusão, de três a dez anos.

Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante:

Pena - reclusão, de um a quatro anos.

Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou debil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência

Como o Código Penal é de 1940 – anterior à Constituição, de 1988 – e a jurisprudência do STF não admite a declaração de inconstitucionalidade de lei anterior à Constituição, o ministro Barroso entende que a hipótese é de não recepção.

“Como consequência, em razão da não incidência do tipo penal imputado aos pacientes e corréus à interrupção voluntária da gestação realizada nos três primeiros meses, há dúvida fundada sobre a própria existência do crime, o que afasta a presença de pressuposto indispensável à decretação da prisão preventiva”<sup>224</sup>

Em todos os casos apresentados, e talvez em maior influência neste último, há uma visível posição do realismo jurídico no que tange à análise do julgador sobre o julgado. Há inegavelmente, na perspectiva das ações em que ocorre questão de direito x moral/costumes, forte influência do indivíduo e de sua moralidade.

Quando se trata de enfrentar o tema do aborto à luz do direito, é importante nos distanciarmos de concepções sedimentadas no senso comum. Mesmo que o senso comum esteja reproduzido no discurso de personalidades renomadas na cena jurídica nacional, como veremos adiante.<sup>225</sup>

Se torna impossível de fato analisar se a decisão do julgador foi baseada nos elementos probatórios do caso, ou se sua concepção própria formula um julgamento e

---

<sup>224</sup> Texto completo do voto do Ministro Luis Roberto Barroso, no julgamento do Habeas Corpus (HC) 124306 disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>. Acesso em: 18 dez. 2018.

<sup>225</sup> LOREA, Roberto Ariada. **Acesso ao aborto e liberdades laicas**. Horizontes Antropológicos, Porto Alegre, v. 12, n. 26, p. 190.



somente recorre aos elementos processuais para fundamentar a ideia que tem e que precede ao próprio caso em escopo. Nos resta somente analisar o resultado prático de tal decisão.

Observamos assim que há uma interpretação constitucional, contrária à interpretação literal dos artigos 124 a 126 do Código Penal. O texto da lei faz tipificação expressa. O afastamento se dá em razão de tal texto jurídico ir contra os princípios constitucionais, mas principalmente dando uma nova interpretação ao texto da lei, uma interpretação que seja compatível com os anseios sociais, e que fornece uma solução real para o problema.

#### **3.2.4. EXISTE UM SISTEMA JURÍDICO MISTO NO BRASIL?**

A questão primordial se volta à análise de se existe um sistema jurídico misto no Brasil. Há um híbrido de *civil law* e *common law*? Um híbrido de positivismo e realismo jurídico na interpretação e aplicação do direito?

Cabe demonstrar que o Direito Brasileiro é formado por ambas as inspirações de vasto modelo jurídico, ao passo que nos dias atuais o ordenamento jurídico tem se demonstrado muito mais útil e desenvolvido dentro no mundo forense. Ao lado disso, “a experiência jurídica brasileira parece ser única; é um paradigma que precisa ser observado e mais bem estudado”.<sup>226</sup>

Inegável que o sistema jurídico brasileiro é baseado no direito do *civil law*, conforme extensamente debatido nesse trabalho, como também as razões e efeitos dessa escolha. Com as mudanças sociais, mais velozes a cada ano, o direito escrito e produzido pelo legislativo, mesmo pretendendo prever as mais diversas situações, tem se demonstrado ineficaz em atender de forma célere e justa os anseios da sociedade.

De modo a atingir o tão sonhado ideal de uma tutela jurisdicional que seja marcada pela racionalidade, celeridade e previsibilidade, foram implementadas diversas alterações no sistema, entre elas os instrumentos advindos do núcleo do *common law*.

---

<sup>226</sup> DIDIER JÚNIOR, Freddie. **Curso de Direito Processo Civil**. 17º ed. Salvador: JusPODIVM, 2015.

Tais medidas foram implementadas para auxiliar no desafio diário enfrentado pelo poder judiciário de resolver as atuais e complexas demandas sociais. Esses desafios exigiram a tomada de decisões que transformaram todo nosso sistema.

Houve o desvencilhamento da estrutura original do nosso sistema, a implementação de instrumentos do sistema *common law*, o distanciamento do positivismo rígido e uma abertura para o realismo jurídico, sendo que alguns autores caracterizam o novo sistema como *Hybrid Law*.

No Brasil, diante de tantas mudanças, não é cientificamente correto dizer que adotamos o sistema da *Civil Law*, tampouco que seremos *Common Law*, pois nossa riqueza multicultural, as desigualdades sociais e problemas sociopolíticos que assolam o país não permitiriam uma transgressão tão drástica. No entanto, se vê a possibilidade de um sistema híbrido, que mescla as melhores experiências do *Civil Law* com a *Common Law*. Dar-se-á a esse novo sistema que nasce(rá) no Brasil, pelas suas peculiaridades, a nomenclatura de *Hybrid Law*. Antes de se falar sobre esse novo sistema, importante se faz demonstrar que o Estado brasileiro não mais possui características autênticas do romano-germânico.<sup>227</sup>

Não obstante a tal posição, e em parte concordando com seus fundamentos, nos parece mais correta a ideia de que não há no Brasil um sistema jurídico híbrido. Por definição, híbrido se refere a algo que resulta da mistura de dois ou mais elementos diferentes, ou seja, aquilo onde os elementos coexistem, e atuam de forma conjunta ou individual.

A tese mais próxima da realidade prática nos parece ser a de que o sistema jurídico brasileiro não é mais *civil law*, *common law* ou mesmo híbrido, mas sim um produto dessas correntes e de suas respectivas escolas jurídicas, positivismo e realismo jurídico, que melhor seria descrito como sistema jurídico brasileiro, próprio e único.

Costuma-se afirmar que o Brasil é país cujo Direito se estrutura de acordo com o paradigma do *civil law*, próprio da tradição jurídica romano-germânica, difundida na Europa Continental. Não parece correta essa afirmação. O sistema jurídico brasileiro tem uma característica muito peculiar, que não deixa de ser curiosa: temos um direito constitucional de inspiração estadunidense (daí a consagração de uma série de garantias processuais, inclusive, expressamente, do *devido processo legal*) e um direito infraconstitucional (principalmente o direito privado) inspirado na família romano-germânica (França, Alemanha e Itália, basicamente). Há controle de constitucionalidade *difuso* (inspirado no *judicial review* estadunidense) e *concentrado* (modelo austríaco). Há inúmeras

---

<sup>227</sup> MOREIRA, Juvimário. Teoria do Hybrid Law: nasce(rá) um novo sistema jurídico brasileiro?. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 19, n. 3998, 12 jun. 2014.

codificações legislativas (*civil law*) e, ao mesmo tempo, constrói-se um sistema de valorização dos precedentes judiciais extremamente complexo (súmula vinculante, súmula impeditiva, julgamento modelo para causas repetitivas etc.[...]), de óbvia inspiração no *common law*. Embora tenhamos um direito privado estruturado de acordo com o modelo do direito romano, de cunho individualista, temos um microssistema de tutela de direitos coletivos dos mais avançados e complexos no mundo; como se sabe, a tutela coletiva de direitos é uma marca da tradição jurídica do *common law*.<sup>228</sup>

A grande diversidade de influências jurídicas e ética no país, a complexidade da história na própria nação e as peculiaridades sociais fazem com que o poder judiciário tenha que se adaptar de uma forma única para manutenção da ordem jurídica e busca insaciável pela efetiva prestação da justiça.

---

<sup>228</sup> DIDIER JÚNIOR, Freddie. **Curso de Direito Processo Civil**. 17º ed. Salvador: JusPODIVM, 2015.

## CONCLUSÃO

Quando observamos o sistema jurídico brasileiro, encabeçado pelo STF, visualizamos claramente o distanciamento daquele sistema positivista padronizado, onde as regras são normatizadas através do sistema legislativo e transformadas em leis, aplicadas em um sistema de hierarquia de normas, são as únicas fontes de direito, cabendo ao julgador apenas aplicar a lei ao caso concreto.

A nova sistemática jurídica no Brasil mostra uma transformação para um judiciário mais preocupado com a eficiência. Se por um lado essa preocupação com a eficiência e segurança jurídica é eficaz, a exemplo do IRDR, onde a questão de direito definida pelo Tribunal é aplicada da mesma maneira a todos os processos sobrestados por esse incidente, como também já demonstra qual será o julgamento de novos processos sobre este mesmo tema.

Em contrapartida a tal eficiência, há a criação de um judiciário sistêmico que, sem analisar o caso concreto e buscar uma solução efetiva para aquele caso, tenta padronizar decisões, sem verificar que a mesma decisão jamais será efetiva para todos os casos.

A implementação das propostas do realismo jurídico demonstra a mudança de atitude de alguns julgadores em tentar solucionar de forma mais humanista, com visão social, tentando realmente entender o problema trazido a ele, e decidindo de forma que haja uma real resolução do caso, não apenas uma sentença formal visando dar baixa em mais um processo.

Existe uma complexa e forte resistência dentro do próprio sistema, uma parte por querer garantir as regras de separação de poderes, mantendo a criação de leis para o Legislativo, cabendo ao Judiciário apenas aplicar tais regras, sendo que caso não tragam mais soluções aos problemas, caberia apenas ao Legislativo alterá-las.

Especialmente no Brasil, existe uma grave crise política e de representatividade do Legislativo em relação à população, não obstante a lentidão do sistema para aprovar um projeto de lei, e os eventuais interesses dos legisladores em manter um padrão de “dever ser”, não regulamentando o que de fato é.

Porém, o judiciário, em especial o STF por ter a competência para julgar matérias constitucionais, tem se inclinado a dar decisões visando a solução mais justa para o problema, não apenas aquela resolve o processo baseado na lei.

Dessa forma, utilizando-se de fatores externos ao direito normatizado, com análise do caso concreto, o julgador dá uma interpretação diferente ao dispositivo legal, e por outras vezes até mesmo julgando contra as normas definidas em leis, a fim de dar uma solução que atinja o anseio real do processo.

Desse julgamento, há a criação de um novo direito. Um direito de acordo com os princípios realistas, em vista de não ter sido criado pelo legislativo, não estando em nenhuma lei, mas que pela decisão e ação dos julgadores se tornou direito válido, um precedente para eventuais julgamentos.

Em termos concretos, há uma mudança na forma de ver o direito, não sendo uma ciência empírica com regras sólidas, mas sim uma ciência social e filosófica que buscar solucionar os problemas da sociedade.

Entretanto, não há uma migração do sistema *civil law* para o *common law*, ou positivista para um realista, visto que ainda há a priorização do julgamento através das leis normatizadas pelo Legislativo, nem tampouco um sistema híbrido.

Temos, portanto, uma adoção conjunta das duas escolas jurídicas, mantendo a base jurídica nacional nas ideias positivistas de julgamento, seja por controle da segurança jurídica e uniformização das decisões, ou por eficiência nas decisões judiciais, mas também a formulação de decisões com parâmetros que ultrapassam os limites do processo e do direito normativo, quando a peculiaridade do caso requer algo além da ciência pura do direito.

O vislumbre de tal mudança no sistema judicial brasileiro, com um judiciário ativo na busca de soluções justas e reais para os casos que lhe são apresentados, demonstram uma modificação do sistema adotado inicialmente, com alteração implementadas de forma a tentar satisfazer as novas questões apresentadas ao judiciário, não meramente repetindo julgados e aplicando leis que apenas solucionam formalmente o processo.

Muito se fala no Brasil sobre a morosidade do judiciário, a demora para prover uma solução ao problema apresentado, visto que em alguns casos, mesmo após o

juízo do processo, há um lapso temporal de meses para expedição de uma guia judicial, por exemplo, em razão do grande volume de processos da serventia judiciária.

De fato, não há como aceitar como eficiente a prestação jurisdicional que prolate uma sentença em x tempo, mas que em razão do acúmulo de trabalho, a entrega efetiva dessa sentença, seja liberação de um valor por exemplo, demore 2x ou 3x tempos.

Da mesma forma como uma sentença que prolatada em um tempo razoável, mas sem atacar todos os pontos do processo ou não chegar a um efetivo resultado prático, não atinge sua função, pois a necessidade de interposição de recursos para alcançar o objetivo do processo torna ineficaz a rápida prolação da sentença, mesmo que o julgador seja considerado como eficiente pela forma de análise de julgados do CNJ.

O tempo de um processo, sua duração razoável, é o tempo que seja necessário para uma real solução, uma entrega eficaz da prestação jurisdicional. Mas para isso, é dever do sistema judiciário brasileiro fornecer os meios necessários para que o processo não tenha que aguardar meses para fazer uma perícia, pois a vara tem apenas um perito judicial, ou meses para a expedição de um alvará judicial, pois o serventuário responsável por tal serviço esteja sobrecarregado de funções.

Por mais que se façam adaptações e importações no sistema jurídico brasileiro, implementações do sistema *common law*, visando a eficiência do julgamento, e visando garantir a segurança jurídica, não se pode esquecer que há a necessidade de se avaliar cada caso de maneira individual.

Processos, por exemplo, de relação de consumo com empresas de telecomunicações, com desrespeito reiterado às regras consumeristas, onde para as empresas é lucrativo pagar pequenas indenizações do que investir em infraestrutura, devem ser julgados de forma a respeitar o precedente das Cortes superiores, para que aplicando tais precedentes, possa se julgar o caso em questão de semanas, conhecer e não prover o recurso das empresas, pois a matéria está pacificada e tais processos serem rapidamente solucionados.

Por outro lado, com a mesma técnica de aplicar um precedente judicial, ou mesmo a lei, não pode ser julgado um caso que envolva um aborto praticado por uma

adolescente no interior do nordeste brasileiro. Por mais que as leis penais tenham aplicação única em todo o território nacional, assim como as leis consumeristas, não há como se aplicar a mesma técnica de julgamento de um caso de aborto ocorrido no interior do nordeste brasileiro e um na capital do Estado de São Paulo. Tal diferença se dá por questões mais sociais do que jurídicas: acesso à informação, acesso ao sistema de saúde, acesso à métodos contraceptivos, situação econômica e familiar, falta de assistência social do Estado, etc.

Tais casos específicos, ao nosso ver, não devem ser julgados com a pura letra da lei, e na falta de exceções legais, cabe ao judiciário fazer essa interpretação do ordenamento jurídico como um todo, à luz dos princípios constitucionais, e sim considerar os elementos pessoais das partes e os particulares do caso.

Cabe ao julgador discernimento para visualizar qual é um caso onde pode ser julgado com simples aplicação da lei e precedentes, e quais casos, por suas particularidades, requer uma diferente abordagem.

No sistema jurídico brasileiro, o STF tem feito esse papel, e mesmo superlotado de processos em razão de competência legal, acaba tendo dificuldades de análise de casos relevantes à sociedade, em vista das transformações sociais. Casos que não são abrangidos pelo legislativo, mas que não podem ser ignorados pelo judiciário, como o julgamento da criminalização da homofobia no final de 2018, que em razão da peculiaridade do caso, foram necessárias diversas sessões para o debate, mas que 'atrasaram as pautas de julgamentos'.

Assim, verificamos que, mesmo sendo distintas, é necessário que haja eficiência dos órgãos judiciais, especialmente com a disponibilização de recursos financeiros, técnicos e humanos para que possa haver então uma entrega eficaz da prestação jurisdicional. Enquanto houver a realidade de o juiz não poder analisar com calma um determinado processo para não atrasar a fila dos demais processos, não haverá uma real entrega de justiça.

Não obstante, considerando o sistema jurídico brasileiro atual, norteado pelos princípios de segurança jurídica e entrega eficiente e efetiva da prestação jurisdicional, observamos características particulares que fazem com que o sistema jurídico brasileiro seja único, pois se tornou o produto de diversos sistemas e escola jurídicas,

tendo peculiaridades que divergem de todos os demais, e que tendem a se acentuar à medida que o sistema jurídico brasileiro se desenvolve e amadurece de forma independente.

Ainda assim, em nossa visão, o sistema brasileiro vai cada vez mais se tornar um sistema único, em razão do tamanho do próprio judiciário e da quantidade de jurisdicionados, e também das razões culturais e sociais do país.

Não obstante, se encaminhará para uma necessária reforma no judiciário para reformulação das competências dos tribunais, especialmente do Supremo Tribunal Federal, que deverá cada vez mais se aproximar de uma Corte constitucional pura.

Também haverá uma pacificação das mudanças de precedentes e julgamentos de recursos repetitivos, como já iniciada pelo Código de Processo Civil de 2015, que ajudará na distinção de casos de simples resolução e nos que vão requerer uma maior dilação probatória, permitindo uma melhor análise de cada caso específico pelo judiciário.

Tais reformas, ainda que lentas, visam acompanhar os anseios da atual sociedade brasileira, e dessa forma poderemos encaminhar para um judiciário não apenas eficiente, mas também eficaz na entrega da prestação jurisdicional, alcançando o tão almejado paradigma de justiça.



## REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. **Precedente judicial versus jurisprudência dotada de efeito vinculante – A ineficácia e os equívocos das reformas legislativas na busca de uma cultura de precedentes.** *In:* WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). Direito jurisprudencial. São Paulo: Ed. RT, 2012.

ABBOTT, A. **Existing Questions on Legal Education.** Yale Law Journal. 1893.

AGUIAR, Ana Lucia de. **História dos sistemas jurídicos contemporâneos.** São Paulo: Pillares, 2010.

AGUIAR, Roberto Armando Ramos de. **Sobre a imperatividade da norma jurídica.** Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 1974.

ALEXANDER, G. S. **Comparing the Two Legal Realisms - American and Scandinavian.** American Journal of Comparative Law. 2002.

ALEXY, Robert. **Constitucionais: razoabilidade, proporcionalidade e argumentação jurídica.** 1 ed. 3ª Tir. Curitiba: Juruá, 2008.

ALEXY, Robert. **Los Derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático.** *In:* CARBONELL, Miguel (Org.). Neoconstitucionalismo(s). 4 ed. Madrid: Trotta, 2009.

ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano.** 17. ed. Forense, 2016.

ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. **Da Codificação - Crônica de um Conceito.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

ARISTÓTELES. **Ética A Nicômacos** - 3ª Edição - Tradução: Mário da Gama Kury. Brasília: UNB. 1999.

ARISTÓTELES. **Política.** 5 ed, trad. Pedro Constantin Tolens. São Paulo: Martin Claret, 2001.

ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. **Precedentes vinculantes e irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro:** os precedentes dos tribunais superiores e sua eficácia temporal. Curitiba: Juruá, 2012.

AURELLI, Arlete Inês. **A cooperação como alternativa ao antagonismo garantismo processual / ativismo judicial.** In Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro. Ano 23, nº 90, abril/junho2015, p. 81.

AURELLI, Arlete Inês. **Normas fundamentais no Código de Processo Civil brasileiro. Revista dos Tribunais.** Revista de Processo: RePro, São Paulo, v. 42, n. 271, p. 19-47, set. 2017.

AUSTIN, John. **The Province of Jurisprudence Determined and the Uses of the Study of Jurisprudence.** Cambridge: Hakett Publishing Company Inc., 1998

ÁVILA, Humberto. **Sistema constitucional tributário.** 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Stare decisis, integridade e segurança jurídica: reflexões críticas a partir da 2011 aproximação dos sistemas de common law e civil law.** Curitiba: Pontifícia Universidade Católica do Paraná, 2011.

BARROS, F. M. de. **Direito Civil - Lei de introdução às normas do direito brasileiro.** Disponível em: <http://www.cursofmb.com.br/apostilas/LINDB.pdf>. Acesso em: 23 ago. 2018.

BARROSO, Luís Roberto. **Fundamentos Teóricos e Filosóficos Do Novo Direito Constitucional Brasileiro.** Disponível em: [www.bibliotecadigital.fgv.br/ojs](http://www.bibliotecadigital.fgv.br/ojs). Acesso em: 22 ago. 2018.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito.** Disponível em: [www.migalhas.com.br](http://www.migalhas.com.br). Acesso em: 22 ago. 2018.

BENTHAM, Jeremy. **The Principles of Morals and Legislation.** New York: Hafner Publishing Co., 1948.

BOBBIO, Norberto, **O Positivismo Jurídico – Lições de Filosofia do Direito,** compilação de Nello Morra e tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico.** Brasília: Universidade de Brasília, 2009.

BRAZ, Antônio Cícero de Oliveira. **Súmula Vinculante**. Disponível em: [http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/21112/S%C3%BAmula\\_Vinculante\\_Ant%C3%B4nio%20C%C3%ADcero.pdf?sequence=1](http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/21112/S%C3%BAmula_Vinculante_Ant%C3%B4nio%20C%C3%ADcero.pdf?sequence=1). Acesso em: 21 ago 2018.

CALAMANDREI, Piero. **Eles, os juízes, vistos por nós, os advogados**. Tradução dos Santos. 4 ed. Lisboa: Livraria Clássica Editora, 1971.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Interpretação do direito e movimentos sociais**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 4 ed. Trad. António Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

CARR, E. H. **The Twenty Years' Crisis, 1919–1939: An Introduction to the Study of International Relations**. Edition. 1964.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2011.

COLE, Charles. **Comparative constitutional law: Brazil and the United States**. Lake Mary: Vandelas Publishing, 2008.

COLES, W. D. **Politics and the Supreme Court of the United States**. American Law Review. 1893.

COMANDUCCI, Paolo. **Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico**. In: CARBONELL, Miguel. Madrid: Trotta, 2003.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law & economics**. 6 ed. Boston: Addison-Wesley, 2011.

COSTA, T. M. B. da. **Súmula Vinculante: elemento acirrador da tensão entre o controle de constitucionalidade brasileiro e a democracia**. Dissertação (Mestrado em Direito). Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012.

CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo. MATOS, Leonardo Raphael Carvalho de. **Os direitos metaindividuais no direito civil: o individual que se transforma em público**. Percurso. vol.03, n°.26, Curitiba, 2018.

DANTAS Aldemiro. **Lacunas no Ordenamento Jurídico**. São Paulo: Editora Manole, 2005.

DAVI, R. JAUFFRET-SPINOSI, C. **Los grandes sistemas jurídicos contemporâneos**. 11 ed. Tradução de Jorge Sanches Cordero. Cidade do México: Universidad Nacional Autónoma de México; Centro Mexicano de Derecho Uniforme; Facultad Libre de Derecho de Monterrey, 2010.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Trad. Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DEWEY, J. **Logical Method and the Law**. Cornell Law Quarterly. 1924.

DIAS, R. W. M. **Jurisprudence**. 5 ed. London: Butterworth's, 1985.

DIDIER JÚNIOR., Fredie, **Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento**. 13 ed. Salvador: Juspodivm. 2011, v. 1.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processo Civil**. 17 ed. Salvador: JusPODIVM, 2015.

DIDIER JÚNIOR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 10 ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015. v.2.

DIDIER JÚNIOR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de; BRAGA, Paula Sarno. In **Comentários ao Novo Código de Processo Civil** (Coordenação Antonio do Passo Cabral e Ronaldo Cramer). Rio de Janeiro: Forense, 2015.

DIMOULIS, Dimitri. **Manual de Introdução ao estudo do Direito: definição e conceitos básicos, norma jurídica...**/ 4 ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

DINIZ, Maria Helena. **As lacunas no direito**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DOUGLAS, W. O. **The Court Years: 1939-1975 - The Autobiography of William O. Douglas**. 3 ed. New York: Random House, 1980.

DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

DWORKIN, Ronald. **O Império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

EISENBERG, T. **Testing the Selection Effect: A New Theoretical Framework with Empirical Tests**. Journal of Legal Studies. 1990.

FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. Tradução Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cademartori, Hermes Zanetti Júnior e Sérgio Cademartori. Apresentação José Luis Bolzan de Moraes e Alfredo Copetti Neto. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2001.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Função social da dogmática jurídica**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FRANK, J. **Law and the Modern Mind**. New York: Tudor, 1930.

FREITAS, Joares. **A Interpretação Sistemática do Direito**. 5 ed. rev. e comp. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

FRIEDMAN, Lawrence. **Law in America: a short story**. New York: A Modern Library, 2004.

GENY, F. **Science et technique en droit privé positif**. Paris: Recueil Sirey, 1915. Disponível em: <https://archive.org/details/scienceettechniq01genyuoft>. Acesso em: 22 ago. 2018.

GIFFORD, Donald; SALTER, John. **Understanding the English Legal System**. Londres: Cavendish Publishing Limited, 1997.

GILISSEN, John. **Introdução histórica ao Direito**. 2 ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian. 1995.

GILMORE, G. **The Ages of American Law**. New Haven: Yale University Press, 1977.

GOMES, Gustavo Gonçalves. **Juiz ativista x juiz ativo: uma diferenciação necessária no âmbito do processo constitucional moderno.** In: DIDIER JUNIOR, Fredie et alii (Coord.). *Ativismo judicial e garantismo processual.* Salvador: Juspodivm, 2013.

GOMES, Sérgio Alves. **Hermenêutica jurídica e constituição no estado de direito democrático.** 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

GREY, T. C. **Judicial Review and Legal Pragmatism.** *Wake Forest Law Review.* 2003.

GROSSI, Paolo. **O direito entre o poder e o ordenamento.** Trad. Arno Dal Ri Jr. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

GROSSI, Paolo. **Globalização, Direito, Ciência Jurídica.** Traduzido por Arno Dal Ri Júnior *Espaço Jurídico, Joaçaba, v. 10, n. 1, jan./jun. 2009.* Disponível em: <http://editora.unoesc.edu.br/index.php/espacojuridico/index>. Acesso em: 31 jul. 2018.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução à ciência do direito.** 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Interpretação da lei: espécies e resultados.** In: *Introdução ao estudo do direito.* 16 ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

HAMMOND, W. G. **American Law Schools, Past and Future.** *Southern Law Review.* 1881.

HART, H. L. A. **Scandinavian Realism.** *The Cambridge Law Journal* 17. 1959

HAWKING, S. **A Brief History of Time.** New York: Bantam Books, 1996.

HELLINGER, Bert. **Ordens do amor, um guia para o trabalho com constelações familiares.** São Paulo, Cultrix, 2003.

HOBBS, Thomas. **Leviatã.** São Paulo: Ícone, 2000.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil.** São Paulo: Martin Claret, 2002.

HOLMES, Oliver Wendell, Jr. **The Common Law**. Boston: Little, Brown, and Company, 1881.

HUTCHESON, J. C., Jr. **The Judgment Intuitive: The Function of the 'Hunch' in Judicial Decision**. Cornell Law Journal. 1929.

JOHNSTON, D. M. **The Historical Foundations of World Order: The Tower and the Arena**. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2008.

KALMAN, L. **Legal Realism at Yale, 1927-1960**. Chapel Hill: Universidade North Carolina Press: 1986.

KAUFMANN, Arthur. **A problemática da filosofia do direito ao longo da história**. In: A. Kaufmann, W. Hassemer (org.). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. 6 ed. Trad. de Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Gulbenkian, 2002.

KENNEDY, D. **Toward an Historical Understanding of Legal Consciousness: The Case of Classical Legal Thought in America, 1850-1940**. Research in Law and Society. 1980.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 8 ed., Wmf Martins Fontes, 2009.

KOZINSKI, A. **What I Ate for Breakfast and Other Mysteries of Judicial Decision Making**. Loyola Los Angeles Law Review. 1993

LAMOND, Grant. **Do precedents creat rules?** Legal Theory, n. 11, Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

LEITER, B. **Positivism, Formalism, Realism**. Columbia Law Review. 1999.

LLEWELLYN, K. **The Bramble Bush: On Our Law and Its Study**. New York: Oceana, 1930.

LLEWELLYN, K. **Some Realism about Realism-Responding to Dean Pound**. Harvard Law Review 1931.

LLEWELLYN, K. **Remarks on the Theory of Appellate Decision and the Rules or Canons about How Statutes Are to Be Construed**. Vanderbilt Law Review. 1950

LLEWELLYN, K. **The Common Law Tradition: Deciding Appeals**. Boston: Little Brown, 1960.

LLEWELLYN, K. **The case Law system in America**. Chicago: The university of Chicago Press, 1989.

LIEBER, F. **Legal and Political Hermeneutics, or Principles of Interpretation and Construction in Law and Politics**. Boston: Little Brown, 1839.

LIMA, Tiago Asfor Rocha. **Precedentes judiciais civis no Brasil**. São Paulo, Saraiva, 2013.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história: lições introdutórias**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

LOREA, Roberto Ariada. **Acesso ao aborto e liberdades laicas**. Horizontes Antropológicos, Porto Alegre, v. 12, n. 26.

LORD DENNING, **The Reform of Equity** in C.J. Hamsori (ed). Londres: Law Reform and Law-Maing. 1953.

LUHMANN, Niklas. **El Derecho de la Sociedad**. Trad. João Protásio Farias Domingues Vargas e Marjorie Corrêa Marona, mimeo. 2002.

LYNCH, Christian Edward Cyril. e MENDONÇA, José Vicente Santos de. **Por uma História Constitucional Brasileira: uma crítica pontual à doutrina da efetividade**. Artigo no prelo da Revista Lua Nova. 2016.

MACCORMICK, N. **Legal Reasoning and Legal Theory**. Oxford: Clarendon Press, 1978.

MAIA, Paulo Sávio Peixoto. **Direito subjetivo como artefato histórico-evolutivo: elementos para uma compreensão de sua especificidade moderna**. Nomos. Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC. v. 27, jul/dez, 2007/2.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e common law e a necessidade de respeito as precedentes no Brasil**. Revista da Faculdade de Direito da UFPR, Curitiba, nº 49, 2009.



MARINONI, Luiz Guilherme. **A Transformação do Civil Law e a Oportunidade de um Sistema Precedentalista para o Brasil**. Revista Jurídica, Porto Alegre, ano 57, n. 380, junho 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. 2 ed. Revista e atualizada.

MARINONI, Luiz Guilherme. AREHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**. São Paulo: Editora RT, 2015.

MARMELSTEIN, George. **O ativismo dos juízes na perspectiva da filosofia moral**. In: ANJOS, Leonardo Fernandes dos; OLIVEIRA, Umberto Machado (coords.). **Ativismo Judicial**. Curitiba: Juruá, 2010.

MARTIN, M.; MCINTYRE, L. C. **Readings in the Philosophy of Social Science**. Boston: MIT Press, 1994.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito Processual do Trabalho**. 36 ed. São Paulo: Atlas, 2016.

MASSINI-CORREAS, Carlos Ignacio. **La prudência jurídica**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1983.

MATTEI, Hugo. **Stare decisis: il valore del precedente giudiziario negli Stati Uniti d'America**. Milano: Giuffrè, 1998.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MERRYMAN, J. H. **The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin America**. 2 ed. Stanford: Stanford University Press, 1985.

MEZZAROBA, O.; MONTEIRO, C. S. **Manual de Metodologia da Pesquisa no Direito**. São Paulo: Saraiva, 2003.

MONTESQUIEU. Charles Louis de Secondat, baron de la Brède et de. **O espírito das leis**. Tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. Brasília: UnB, 1995.

MOREIRA, Juvimário. Teoria do Hybrid Law: nasce(rá) um novo sistema jurídico brasileiro?. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 19, n. 3998, 12 jun. 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/28315>. Acesso em: 29 nov. 2018.

NASCIMENTO, Walter Vieira do. **Lições de História do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

NOGUEIRA, Gustavo Santana. **Stare decisis et non quieta movere: a vinculação aos precedentes no direito comparado e brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

NUNES, Jorge Amaury Maia. **Segurança jurídica e súmula vinculante**. São Paulo: Saraiva, 2010.

ORTIZ, Vitor. **O bicameralismo brasileiro: análises e perspectivas**. São Paulo: Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da USP, 2014.

PERELMAN, Chaim. **Lógica jurídica**, 2004.

PINTO, Oriana Piske Azevedo Magalhães. **Juizados Especiais nos países das famílias da Common Law e da Civil Law**. Disponível em: <http://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos/2006/juizados-especiais-nos-paises-das-familias-da-common-law-e-da-civil-law-parte-ii-juiza-orian-piske>. Acesso em: 18 dez. 2018.

POUND, R. **Address to the American Bar Association**. American Law Review. 1906.

POUND, R. **Mechanical Jurisprudence**. Columbia Law Review. 1908.

POUND, R. **The Theory of Judicial Decision**. Harvard Law Review. 1923.

PORTO, Mário Moacyr. **Estética do Direito**. Revista do Curso de Direito da UFRN. Natal: UFRN, v. 1, n. 1, jan./jun. 1996.

PORTUGAL. **Ordenações Filipinas, Livros II e III.** Lisboa: Calouste Gulbenkian. 1985

POSNER, R. A. **How Judges Think.** Cambridge: Harvard University Press, 2008.

POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación.** Tradução de Josep M. Vilajosana. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2005. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com>. Acesso em: 10 ago. 2018.

POZZOLO, Susanna; OTTO, Écio. **Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico.** 3 ed. São Paulo: INOVACAO DISTRIBUIDORA DE LIVROS LTDA. 2013.

PRIEST, G. L.; KLEIN, B. **The Selection of Disputes for Litigation.** Journal of Legal Studies. 1984.

RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro.** Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2010.

RATNAPALA, S. **Jurisprudence.** Cambridge, Cambridge University Press, 2009.

ROSS, Alf. **Direito e Justiça.** São Paulo: Edipro, 2000.

ROSS, Alf. **Towards a realistic jurisprudence; a criticism of the dualism in law.** Tradução de Annie Fusbøll. E. Munksgaard, 1946.

ROSS, Alf. **Om ret og retfærdighed: En indførelse i den analytiske retsfilosofi.** 2 ed. Ed. & New Introduction by J.v.H. Holtermann. København: Hans Reitzels Forlag. Tradução de U. Bindreiter's translations. 2013.

SARAIVA, José Hermano. **História Concisa de Portugal.** Portugal: Publicações Europa-América, LDA, 1995.

SARMENTO, Daniel. **Livres e Iguais. Estudos de Direito Constitucional.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SCHAUER, Frederick. & Virginia J. WISE. **Legal Positivism as Legal Information.** Cornell Law Review. 1982.

SCHAUER, Frederick. **Thinking Like a Lawyer: A New Introduction to Legal Reasoning.** Cambridge: Harvard University Press, 2009.

SCHICK, T. **Readings in the Philosophy of Science: From Positivism to Postmodernism**. California: Mayfield Publishing, 2000.

SCHLEGEL, J. H. **American Legal Realism and Empirical Social Science: The Singular Case of Underhill Moore**. Buffalo Law Review. 1980.

SÉRGIO, António. **Breve Interpretação da História de Portugal**. Lisboa, Sá da Costa, 1983.

ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. **Da Codificação - Crônica de um Conceito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

SOARES, Guido Fernando Silva. **Common law, introdução ao direito dos EUA**. São Paulo: RT, 2000.

SOUZA, Luiz Sérgio Fernandes de. **O papel da ideologia no preenchimento das lacunas no direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

SOUZA, Michel Roberto Oliveira de. **A relação entre precedente judicial e súmula vinculante**. Academia.edu. 2011. Disponível em: [http://usp-br.academia.edu/MichelRobertoSouza/Papers/361871/Relacao\\_entre\\_precedente\\_judicial\\_e\\_sumula\\_vinculante](http://usp-br.academia.edu/MichelRobertoSouza/Papers/361871/Relacao_entre_precedente_judicial_e_sumula_vinculante). Acesso em: 18 dez. 2018.

SUPERIOR TRIBUNAL FEDERAL, Pleno, **ADPF 79-AgR**, Rel. Min. Cezar Peluso, DJ de 17.8.2007.

STRECK, Lenio Luiz. **Súmulas no Direito Brasileiro: eficácia, poder e função: a ilegitimidade constitucional do efeito vinculante**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

STRECK, Lenio Luiz. **Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo**. In: FERRAJOLI, Luigi; \_\_\_\_; TRINDADE, André Karam (Orgs.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

STRECK, FERRAJOLI e TRINDADE. **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – O precedente judicial e as súmulas vinculantes?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

STRUCHINER, Noel. **Direito e linguagem: uma análise da textura aberta da linguagem e sua aplicação ao direito.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

TAMANAHA, B. Z. **Beyond the Formalist-Realist Divide.** Princeton: Princeton University Press, 2010.

TARUFFO, M. **Precedente y jurisprudência.** in. *Precedente: Anuario Jurídico*, pp. 85-99, 2007.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Direito processual civil europeu contemporâneo.** José Rogério Cruz e Tucci Coordenador. São Paulo: Lex, 2010.

VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria da Norma Jurídica.** 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

VÉRAS NETO, Francisco Quintanilha. **Direito romano clássico: seus institutos jurídicos e seu legado.** In: *Fundamentos de história do direito.* Wolkmer, Antonio Carlos (org.). 8. ed. Belo Horizonte, Del Rey, 2014.

VIEIRA, Andréia Costa. **Civil Law e Common Law: os dois grandes sistemas legais comparados.** Porto Alegre: S. A. Fabris, 2007.

VILLA, V. **A Pragmatically Oriented Theory of Legal Interpretation.** In. *Revijaza evropsko ustavnost (Revus)*, Vol. 12, 2010.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **A uniformidade e a estabilidade da jurisprudência e o estado de direito - Civil law e common law.** *Revista Jurídica*, Porto Alegre, v. 57, n. 384, out, 2009.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). **Direito jurisprudencial.** São Paulo: Ed. RT, 2012.

WAMBIER et al. **Breves comentários ao novo Código de Processo Civil.** São Paulo: RT, 2015.

WEBER, M. **Economy and Society.** ROTH, G.; WITTICH, C. (eds.). Berkeley: University of California Press, 1978.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Fundamentos de História do Direito**. 3. ed. Belo Horizonte, Del Rey, 2006.

ZACCARIA, Giuseppe. **Razón jurídica e interpretación**. Madrid: Civitas, 2004.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. Tradução de Marina Gascón. 7 ed. Madrid: Trotta, 2007.

ZANON JÚNIOR, Orlando Luiz. **Teoria complexa do direito**. 2 ed. rev ampl. Curitiba: Ed. Prismas, 2015.