

O PRECEDENTE INTERPRETATIVO COMO RESPOSTA À TRANSFORMAÇÃO DO *CIVIL LAW*¹

LUIZ GUILHERME MARINONI

Titular da Universidade Federal do Paraná – Brasil. Pós-Doutor na Università degli Studi di Milano. Visiting Scholar na Columbia University.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Taruffo e a ideologia da Corte de Cassação; 3. O pressuposto teórico da Corte que tem a uniformidade como meio de controle da exata interpretação da lei; 4. O impacto do constitucionalismo, o uso crescente das cláusulas gerais e a evolução da teoria da interpretação; 5. A função de definição do sentido do direito e de garantia da sua unidade. A obrigatoriedade do precedente como consequência; 6. O argumento de que o sistema de precedentes obrigatórios obstaculiza a evolução do direito; 7. O argumento de que os precedentes obrigatórios são típicos de um sistema em que o juiz cria o direito; 8. A estabilidade do direito como fundamento de uma Corte de Precedentes; 9. O problema das peculiaridades do caso concreto; 10. A contradição inerente a uma “Corte Suprema de correção”; 11. A inevitabilidade da Corte de Precedentes no Estado contemporâneo: a coerência da ordem jurídica e a tutela da segurança jurídica e da igualdade

1. Introdução

Discute-se muito, atualmente, sobre o papel que deve ser desenvolvido pelas Cortes Supremas. Compara-se as Cortes Supremas de *civil law* com as Cortes de Precedentes, de que é exemplo notável a Suprema Corte estadunidense. Mediante essa comparação, chega-se a afirmar que ambas as Cortes almejam garantir a uniformidade da interpretação mediante modelos opostos. Admite-se até mesmo, diante do *civil law*, que o acesso de todo e qualquer litigante à Corte Suprema é essencial para que a uniformidade da interpretação seja tutelada. Ou seja, ainda se defende, no *civil law*, um modelo de Corte Suprema, apta a receber qualquer caso, destinada a corrigir as decisões dos tribunais de apelação.

Esse texto, tomando em consideração as ideias de Taruffo, magistralmente desenvolvidas em seus escritos sobre a Corte de Cassação e

¹ Conferência proferida na Universidade de Girona, Espanha, em janeiro de 2015.

a respeito do tema dos precedentes², objetiva demonstrar que é um equívoco supor que as cortes instituídas para a correção de decisões podem garantir a unidade do direito e viabilizar a tutela da igualdade e da segurança jurídica.

As Cortes de Cassação foram pensadas a partir de valores e pressupostos teóricos que foram superados com o passar do tempo. O principal deles é o de que a lei, em si, seria suficiente para garantir a igualdade, devendo a Corte de Cassação apenas proclamar o seu exato sentido e garantir a sua observância em todas as decisões. Pensar que a lei tem um sentido exato cria a ilusão de que a Corte Suprema tem a função de revelar a norma contida no texto legal, garantindo a sua aplicação em todo e qualquer caso concreto. Se a norma contida na lei preexiste à atividade interpretativa e sempre pode ser revelada pela Corte sem qualquer apelo a juízos de valor, há racionalidade num sistema de correção das decisões. Nesse caso não se pode sequer pensar em precedente ou *ratio decidendi*, ou melhor, num direito determinado a partir da interpretação do texto. Ora, quando não se cogita a respeito desse direito, não há como falar em Corte de Precedentes. O sistema de precedentes obrigatórios é uma consequência lógica da existência de regras determinadas a partir da atividade da Corte Suprema.

O presente escrito demonstrará que a mutação do *civil law* e a evolução da teoria da interpretação exigem a correspondente alteração do perfil da Corte Suprema e que os precedentes obrigatórios nada mais são do que uma consequência da natureza da sua nova função. Na verdade, uma

² Especialmente, Michele Taruffo, La corte di cassazione e la legge, *Il vertice ambiguo – Saggi sulla cassazione civile*, Bologna: Il Mulino, 1991; Michele Taruffo, Funzioni e problemi attuali della corte di cassazione, *Il vertice ambiguo – Saggi sulla cassazione civile*, Bologna: Il Mulino, 1991; Michele Taruffo, Cassazione e revisione: un problema nella storia delle istituzioni giudiziarie, *Il vertice ambiguo – Saggi sulla cassazione civile*, Bologna: Il Mulino, 1991; Michele Taruffo, Dimensioni del precedente giudiziario, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1994; Michele Taruffo, Institutional factors influencing precedents, *Interpreting precedents: a comparative study*, London: Dartmouth, 1997; Michele Taruffo, Precedente e giurisprudenza, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 2007; Michele Taruffo, Le funzioni delle Corti Supreme. Cenni generali, *Annuario di Diritto Comparato e di Studi Legislativi*, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2011.

Corte de Precedentes não é, como se costuma supor, uma simples opção técnico-jurídica para a implementação da garantia da unidade do direito. Bem vistas as coisas, o Estado contemporâneo não pode se privar de uma Corte de Precedentes se não quer abrir mão da coerência do direito e do seu dever de tutela da igualdade e da segurança jurídica.

2. Taruffo e a ideologia da Corte de Cassação

Taruffo, ao tratar da “questão” da Corte de Cassação, aborda o art. 65 da Lei sobre o ordenamento judiciário italiano³. De acordo com esse artigo, “la corte suprema di cassazione, quale organo supremo della giustizia, *assicura l’esatta osservanza e l’uniforme interpretazione della legge, l’unità del diritto oggettivo nazionale ...*”.

Taruffo analisa a expressão “*esatta osservanza ... della legge*”, advertindo que “exatidão” remete à ideia de que a norma é objeto de “cálculo” e que, de acordo com uma visão comprometida com essa ideia, o instrumento seguro para tanto seria o método sistemático/dedutivo, que teria a dupla vantagem de garantir soluções certas e objetivas e excluir as opções subjetivas do juiz⁴. Anota Taruffo que outra decorrência da ideia de “exatidão” é a de que, não obstante uma norma possa abrir oportunidade para diversas interpretações, sempre existe uma interpretação “exata”, cabendo ao procedimento interpretativo descartar as interpretações erradas para, ao final, descobrir o “verdadeiro” significado da norma: este significado existe e é objetivamente dado, de modo que interpretar a norma nada mais é do que descobri-lo e declará-lo. Nessa linha, Taruffo adverte que o art. 65 pressupõe que a Cassação poderia esclarecer a confusão interpretativa criada pela jurisprudência, ou seja, eliminar as interpretações erradas e indicar a interpretação “exata” da norma⁵.

³ Michele Taruffo, La Corte di Cassazione e la legge, *Il vertice ambiguo. Saggi sulla Cassazione civile*, cit., p. 67 e ss.

⁴ Michele Taruffo, La Corte di Cassazione e la legge, *Il vertice ambiguo. Saggi sulla Cassazione civile*, cit., p. 71.

⁵ Michele Taruffo, La Corte di Cassazione e la legge, *Il vertice ambiguo. Saggi sulla Cassazione civile*, cit., p. 71.

Ao lado da “exatidão”, o art. 65 faz referência a mais dois critérios destinados a orientar a atividade da Corte de Cassação: a “uniforme interpretazione della legge” e a “unità del diritto”. Ao se referir à “unidade do direito” a norma deseja aludir à unidade do direito *objetivo*, na suposição de que a Corte realizaria uma interpretação quase-autêntica e, assim, daria os critérios seguros para os tribunais inferiores decidirem. Taruffo lembra que o critério da “unidade do direito objetivo nacional” está vinculado à ideia de que a Cassação “é um órgão de interpretação quase-autêntica da lei, desde o qual ‘se irradia sobre a administração da justiça uma luz intensa e perene’, ou seja, uma interpretação unitária e ‘subtraída por uma requintada sensibilidade jurídica e política em conformidade com o espírito substancialmente inovador das leis fascistas’”⁶.

Porém, é da observação sobre a estreita conexão entre a *exata* interpretação e a *uniforme* interpretação da lei que se pode extrair dados mais promissores. Frisa Taruffo que a uniforme interpretação da lei está prevista em estrita conexão com sua exata observância, de onde deriva que o que deve ser uniforme é a interpretação *exata* da lei. “Em substância, uma vez que toda norma tem um significado verdadeiro e objetivamente dado, que cabe à Cassação descobrir, é esse significado que deve repetir-se de modo uniforme em todos os casos em que a norma encontre aplicação”⁷.

Quer dizer que a interpretação exata e a garantia da uniforme interpretação são dois aspectos da mesma função da Corte: a de descobrir e declarar, objetivamente, a norma ou o significado contido no texto legal. A pretensão à uniformidade da interpretação decorre da suposição de que há uma interpretação exata, ou melhor, de que existe uma norma preexistente à atividade interpretativa que é descoberta e declarada pela Corte.

⁶ Michele Taruffo, La Corte di Cassazione e la legge, *Il vertice ambiguo. Saggi sulla Cassazione civile*, cit., p. 72.

⁷ Michele Taruffo, La Corte di Cassazione e la legge, *Il vertice ambiguo. Saggi sulla Cassazione civile*, cit., p. 73.

3. O pressuposto teórico da Corte que tem a uniformidade como meio de controle da exata interpretação da lei

A função das Cortes de Cassação de *civil law* foram definidas, como não poderia deixar de ser, a partir de valores e pressupostos teóricos de um determinado momento histórico. A formação positivista e cognitivista de Calamandrei tem íntima ligação com a ideia de “uniformidade” como meio de controle da exata interpretação da lei⁸.

Ocorre que o pressuposto teórico que determinou a ideia de que a Corte Suprema se destina a controlar a exata interpretação da lei foi completamente desgastado com o passar do tempo. Tal pressuposto está assentado na teoria formalista ou cognitiva da interpretação, que, por sua vez, é informada pelos valores do Estado legislativo⁹.

Para essa teoria, a interpretação, enquanto atividade, tem natureza cognitiva; investiga-se para descrever. O juiz, ao interpretar, investiga o significado do texto legal e então o descreve.¹⁰ Entende-se que a “norma jurídica” ou o sentido ou o conteúdo da lei está implícito no texto legal. O juiz interpreta para afirmar o que está gravado implicitamente no texto. Esse tipo de interpretação tem ao seu lado as ideias de completude e coerência do direito. Portanto, o juiz não atua com qualquer subjetividade. Ao decidir, sempre está preso a uma norma preexistente. De modo que a interpretação, enquanto produto, é um mero enunciado descritivo, sujeito ao teste da verdade e falsidade; há apenas uma interpretação correta.¹¹

Tudo isso era muito bem-vindo pelo Estado liberal clássico. Como diz

⁸ Piero Calamandrei, La genesi logica della sentenza civile, *Opere Giuridiche*, Napoli: Morano, 1965, v. 1; Piero Calamandrei, La cassazione civile – disegno generale dell’istituto, *Opere Giuridiche*, Napoli: Morano, 1976, v. VII.

⁹ Michele Taruffo, Cassazione e revisione: un problema nella storia delle istituzioni giudiziarie, *Il vertice ambiguo – Saggi sulla cassazione civile*, cit., p. 46 e ss.

¹⁰ “Secondo la teoria che converremo di chiamare ‘cognitivistica’ – ma talora della ‘formalistica’ – la quale risale alle dottrine giuridiche dell’Illuminismo, l’interpretazione (ivi inclusa quella giudiziale) è atto di scoperta o conoscenza del significato” (Riccardo Guastini, *Interpretare e argomentare*, Milano: Giuffrè, 2011, p. 409).

¹¹ Riccardo Guastini, *Interpretare e argomentare*, cit.

Wróblewski, os valores jurídicos que orientam a decisão pautada no formalismo interpretativo são certeza, segurança jurídica, estabilidade etc., uma vez que se a decisão está inteira e estritamente determinada pela lei, as decisões são tão estáveis e seguras quanto ela, podendo-se dizer, até mesmo, que a lei é quem decide o caso concreto.¹²

Não obstante, a teoria formalista, embora ainda presente no pensamento jurídico comum e no estilo da fundamentação das Cortes, hoje é absolutamente rejeitada pela cultura jurídica, o que significa dizer que não pode mais ser levada à sério quando se pensa em individualizar a função das Cortes Supremas no Estado contemporâneo. Como se verá a seguir, tal teoria, assim como a ideia de que lei a bastaria para garantir a igualdade, foram naturalmente vencidas pelo impacto do constitucionalismo e pela evolução da teoria da interpretação.

4. O impacto do constitucionalismo, o uso crescente das cláusulas gerais e a evolução da teoria da interpretação

Não há dúvida que o *civil law* passou por um processo de transformação das concepções de direito e de jurisdição¹³. Como o direito passou a depender da conformação da lei à Constituição, a jurisdição passou a ter a incumbência de controlar a validade da lei a partir dos direitos fundamentais¹⁴ e, mais ainda, de buscar a interpretação conforme a Constituição, numa atividade de preservação da lei mediante o afastamento das interpretações inconstitucionais.¹⁵

¹² Jerzy Wróblewski, Functions of law and legal certainty, *Anuario de Filosofia del Derecho*, XVII, 1973-1974, p. 322 e ss.

¹³ Rolf Stürmer, Einwirkungen der Verfassung auf das Zivilrecht und den Zivilprozessrecht, *NJW*, München/Frankfurt am Main, Beck, 1979, p. 2.334-2.338; Peter Häberle, Leistungsrecht im sozialen Rechtsstaat, *Recht und Staat – Festschrift für K. Küchenhoff*, Berlin: Duncker & Humblot, 1972; Pietro Pierlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1991.

¹⁴ U. Scheuner, Die Funktion der Grundrechte im Sozialstaat. Die Grundrechte als Richtlinie und Rahmen der Staatstätigkeit, *Die öffentliche Verwaltung – DOV*, 1971, p. 505-513.

¹⁵ Tullio Ascarelli, Giurisprudenza costituzionale e teoria dell'interpretazione, *Rivista di diritto processuale*, 1957, p. 351 e ss; Vezio Crisafulli, Disposizione (e norma).

No Brasil, em que há controle difuso de constitucionalidade, o juiz do caso concreto passou a ter poder para conferir significado aos direitos fundamentais. Não é preciso dizer que esta tarefa interpretativa está muito longe do raciocínio judicial moldado pelos esquemas do positivismo clássico - interpretação cognitivista de uma norma pré-existente dada pelo legislador -, pois revela a necessidade de consideração de fatores que devem ser observados e compreendidos em outras perspectivas, como a moral e a econômica¹⁶.

Ao se subordinar a lei aos direitos fundamentais, impôs-se ao juiz, além do dever de raciocinar a partir de normas-princípios que projetam figuras não precisas, a necessidade de considerar questões de ordem moral, política e econômica que estão inseridas no tecido aberto das disposições constitucionais, o que amplificou a latitude do espaço judicial para expressar o direito e resolver o caso litigioso. Como é óbvio, isso fez ruir a crença de que o juiz poderia decidir mediante mero raciocínio lógico, subsumindo as situações concretas às hipóteses abstratas contidas no sistema jurídico. Eliminou-se, portanto, a pretensão de se obter certeza jurídica e previsibilidade mediante o esquema positivista próprio ao *civil law* do final do século XIX e início do século XX, marcado pela sistematicidade e pela plenitude¹⁷.

Enciclopedia del diritto, 1964; Giovanni Tarello, Il “problema” dell’interpretazione: una formulazione ambigua, *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1966, p. 349-357; Giovanni Tarello, *L’interpretazione della legge*, Milano: Giuffrè, 1980; Riccardo Guastini, *Interpretare e argomentare*, cit.; Riccardo Guastini, Disposizione vs. norma, *Giurisprudenza costituzionale*, 1989, p. 3-14; Pierluigi Chiassoni, *Tecnica dell’interpretazione giuridica*. Bologna: Il Mulino, 2007. p. 62; Pierluigi Chiassoni, Disposición y norma: una distinción revolucionaria. *Disposición. vs norma*. Lima: Palestra, 2011. p. 8.

¹⁶ Franz Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit* unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung. 2^a. ed. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1996, p. 431. Sobre o tema, ainda, Karl Larenz, *Metodologia da Ciência do Direito*, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012, p. 9 e ss; Pierluigi Chiassoni, *L’Indirizzo analítico nella filosofia del diritto. I. Da Bentham a Kelsen*. Torino: Giappichelli, 2009, p. 177 e ss.

¹⁷ Como diz Franz Wieacker, a função original do positivismo científico, em virtude das mudanças sociais e políticas dos últimos cem anos e da crítica ideológica que a acompanhou, está hoje descaracterizada ao ponto de se ter tornado irreconhecível. Uma aplicação do direito que excluía as ‘considerações políticas, sociais ou

Um sistema que dá ao juiz de primeiro grau de jurisdição o poder de controlar a constitucionalidade da lei e de interpretar a lei conforme a Constituição não pode deixar de operar mediante um sistema de precedentes obrigatórios¹⁸, na medida em que cabe à Corte Suprema ou a Corte Constitucional dar a última palavra a respeito do significado das normas constitucionais.

Por outro lado, é exato que a técnica das cláusulas abertas tenha dado ao juiz um espaço que ele não tinha, que, por conta disso, deve merecer atenção da teoria jurídica para se evitar a multiplicação de normas jurídicas para casos iguais, a traduzir perda de previsibilidade e violação da igualdade. Aliás, adverte John Henry Merryman, em estudo de direito comparado acerca da tradição do *civil law*, que não se exige muita imaginação para se perceber que cláusulas como a da boa-fé dão ao juiz grande porção de poder equitativo indefinido, deixando-o quase que sem responsabilidade diante da formulação legislativa e distante do modelo de juiz concebido pela tradição do *civil law*¹⁹.

Só o respeito aos precedentes da Corte Suprema pode deixar claro que a cláusula geral se destina a dar ao Judiciário poder de elaborar norma de aplicação geral, ainda que atenta a uma circunstância específica insuscetível de ser definida à época da edição do texto legal. Ou seja, a norma judicial derivada da técnica legislativa das cláusulas gerais, não obstante considere uma circunstância que surge no caso concreto, deve ter

econômicas' já não pode ser considerada correta numa época de lutas ideológicas e sociais" (Franz Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit* unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung, cit., p. 439).

¹⁸ Mauro Cappelletti, *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, Milano: Giuffrè, 1968, p. 62 e ss.

¹⁹ "It is true that the legislature has acted and that its action is expressed as a substantive rule of law, but the terms are so broad ('good faith', which is not defined in the code, has an almost unlimited area of potential application) that the judge is hardly constrained by the legislative formulation. What that stature means depends on what judges do with it in concrete cases. What they do with it in concrete cases becomes the law in fact, although not in theory". (John Henry Merryman, *The civil law tradition: an introduction to the legal systems of Europe and Latin America*, Stanford: Stanford University Press, 2007, p. 53).

caráter universalizante, na medida em que não terá racionalidade caso não puder ser aplicada a casos futuros marcados pela mesma circunstância²⁰.

Os doutrinadores do *common law* percebem, quando analisam o *civil law*, que nas decisões sobre matéria constitucional e naquelas em que se aplicam cláusulas gerais não há sequer como admitir a distinção entre precedentes interpretativos e precedentes de solução. Nesses casos, argumenta-se que a interpretação tem tamanho alcance e é guiada por argumentos tão frágeis e vagos da lei escrita que a decisão poderia ser explicada tanto pela teoria interpretativista quanto pela teoria positivista da criação judicial do direito²¹.

Isso quer dizer, em outras palavras, que as decisões dos juízes de *civil law*, no *mínimo* quando abordam matéria constitucional ou se valem de cláusula geral, relacionam-se com a previsibilidade em termos semelhantes às decisões de *common law*, o que significa que a nossa realidade, que convive com a correção da legislação a partir dos direitos fundamentais e com o emprego cada vez mais difundido de cláusulas abertas, não pode adiar a teorização de um sistema de precedentes obrigatórios, capaz de dar a devida autoridade às decisões das Cortes Supremas.

Por fim, ao contrário do que sustenta o formalismo teórico, inexistente significado unívoco intrínseco ao texto legal. A norma não está no texto legal; não há uma relação de sinonímia entre o texto e o resultado obtido com a atividade interpretativa.²² Bem por isso descabe pensar em averiguar para descrever a norma.

Se a lei ou o texto legal não tem significado em si, o juiz sempre

²⁰ Na verdade, em uma perspectiva lógico-argumentativa, toda e qualquer decisão deve ser universalizável, sob pena de não ser justificada do ponto de vista do sistema jurídico

²¹ Zenon Bankowski, Neil MacCormick, Lech Morawski, e Alfonso Ruiz Miguel, Rationales for precedent, in: *Interpreting precedents: a comparative study*, London: Dartmouth, 1997, p. 485.

²² Giovanni Tarello, *L'interpretazione della legge*, cit., p. 61, 63-64.

atribui-lhe determinado sentido. O sentido, portanto, não pode ser confundido com o texto.²³ O sentido, e não o texto, constitui a norma, compreendida essa como o significado que é tomado em conta pelo juiz ao decidir.²⁴

Não é correto entender que essa dissociação exista apenas na zona de penumbra ou diante de um caso difícil²⁵. Na zona de luz ou em face de um caso fácil a atribuição de sentido é mais fácil ou requer menos meditação e esforço. Porém, é óbvio que o juiz, ao se deparar com um enunciado das fontes, inevitavelmente lhe atribui significado ou sentido, independentemente da sua clareza. Na verdade, a atribuição de sentido é consequência imediata, natural e inevitável do contato de alguém com o enunciado. A clareza só facilita a transposição da linguagem das fontes para a linguagem do emissor. Assim, a distinção que deve ser feita não está na clareza ou dubiedade do texto, a revelar mera descrição e atribuição de sentido, mas na própria linguagem, ou melhor, na distinção entre linguagem das fontes e linguagem do emissor ou do intérprete. A linguagem da fonte, ainda que seja clara, nunca será a linguagem do intérprete²⁶.

Como explica Guastini, a disposição e a norma nada mais são do que enunciados; a disposição é um enunciado do discurso das fontes e a norma é

²³ Ver Mario Jori e Anna Pintore, *Manuale di teoria generale del diritto*, Torino: Giappichelli, 1995, p. 205 e ss; Enrico Dicitoli, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Torino: Giappichelli, 1999, p. 200 e ss; Rodolfo Sacco, *Interpretazione del diritto. Dato oggettivo e spirito dell'interprete. Diritto, giustizia e interpretazione*, Roma/Bari: Laterza, 1998, p. 111 e ss.

²⁴ “l’operazione intellettuale che conduce dall’enunciato al significato – o, se si preferisce, l’operazione di identificazione del significato – altro non è che l’interpretazione. La *disposizione* è dunque l’*oggetto* dell’interpretazione, la *norma* è il suo *risultato*. O, detto altrimenti, ‘la disposizione è fonte della norma attraverso l’interpretazione’. (Riccardo Guastini, *Interpretare e argomentare*, cit., p. 63-64).

²⁵ A ideia de zona de penumbra, ou melhor, de *open texture*, é ligada à teoria de Hart. Basicamente, entende-se que, em virtude da textura aberta dos textos legais, neles há sempre um núcleo iluminado ou uma zona de luz circundado por uma zona de penumbra. Ou melhor, em todo texto legal há enunciados que estão na zona de luz e enunciados que estão na zona de penumbra. Somente os enunciados que estão na zona de penumbra reclamariam valoração e decisão, ou melhor, uma atividade discricionária do intérprete. Aqueles que estão na zona de luz, ao contrário, seriam normas pré-definidas, que poderiam ser simplesmente descritas. (Herbert Hart, *The concept of Law*, Oxford: Clarendon Press, 1993).

²⁶ Riccardo Guastini, *Interpretare e argomentare*, cit., p. 63 e ss.

um enunciado do discurso do intérprete, de modo que a distinção entre disposição e norma não é uma distinção ontológica entre enunciado e outra coisa, mas uma mera distinção entre duas espécies de enunciados.²⁷ Guastini demonstra claramente que a crença difusa, no sentido da correspondência biunívoca entre disposição e formulação de norma, é uma crença falaz, uma vez que toda disposição é vaga e ambígua, de modo que tolera diversas e conflitantes atribuições de significado. “Neste sentido, a uma única disposição – a cada disposição – corresponde não apenas uma só norma, mas uma multiplicidade de normas dissociadas. Uma única disposição exprime mais normas dissociadamente: uma ou outra norma, de acordo com as diversas interpretações possíveis”.²⁸

Numa visão interpretativista que tem contato com a realidade, e não apenas com as formas, há clara separação entre texto legal ou lei e sentido ou norma jurídica. O direito é sempre reconstruído pelo juiz a partir do texto, de elementos extratextuais da ordem jurídica e por meio de diretivas interpretativas e valorações.²⁹ Por outro lado, quando se diz que o juiz, além do texto legal, toma em conta os princípios e fundamentos que estão por detrás dele, a decisão não deixa de ser construção e passa a ser mera declaração, pois a solução do caso não deriva objetivamente daqueles, mas é construída, de forma mais ou menos discricionária, com o auxílio deles.³⁰

Segundo Wróblewski, para se chegar ao sentido da lei é necessária

²⁷ “... la norma non è cosa ontologicamente diversa dalla disposizione: è semplicemente la disposizione *interpretata* e pertanto riformulata, o, da un altro punto di vista, un enunciato (interpretante) di cui l'interprete assume la sinonímia con l'enunciato interpretato (la disposizione)” (Riccardo Guastini, *Interpretare e argomentare*, cit., p. 65).

²⁸ “... molte disposizioni – quase tutte le disposizioni, in verità – hanno un contenuto di significato complesso: esprimono non già una sola norma, bensì una molteplicità di norme congiunte. Ad un'unica disposizione possono dunque corrispondere più norme *congiuntamente*” (Riccardo Guastini, *Interpretare e argomentare*, cit., p. 65-66).

²⁹ Jerzy Wróblewski, *Lenguaje jurídico e interpretación jurídica. Sentido y hecho en el derecho*, México: Fontamara, 2008, p. 136 e ss.

³⁰ Ver Cristina Queiroz, *Direitos fundamentais (teoria geral)*, Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 178.

uma atividade regida por diretivas, que, quando eleitas ou utilizadas, *dependem* de juízos de valor. Na justificação das decisões interpretativas os juízos de valor desempenham o papel mais importante, uma vez que a fórmula normal das decisões interpretativas justificadas emprega diretivas interpretativas e juízos de valor, mas esses determinam a escolha e o uso das diretivas.³¹ Wróblewski demonstra que, por haver valoração na eleição e aplicação das diretivas interpretativas, não há como falar em interpretação verdadeira ou mesmo como admitir a tese da interpretação correta. Diz que qualificar de verdadeira uma decisão interpretativa conduz a consequências desconcertantes, sendo por isso preferível falar de decisões interpretativas justificadas por argumentos concretos e perguntar sobre as razões para aceitá-los e apresentar a cadeia de raciocínios justificativos até onde seja pragmaticamente necessário e possível dentro de um marco do discurso jurídico concreto.³²

A partir de perspectiva semelhante, Taruffo adverte que o resultado- interpretação deve se fundar no emprego correto de critérios de eleição

³¹ Jerzy Wróblewski, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, cit., p. 62-65. Note-se que a elaboração de uma norma (interpretação-resultado) que exija a consideração do significado de disposições constitucionais requer, mais do que em outro lugar, que o intérprete opte entre uma ideologia da interpretação jurídica que pode ser definida como estática e outra ligada à adaptação do direito às necessidades presentes e futuras da sociedade. A adoção de uma ou outra postura tem relação de causa e efeito com a eleição das diretivas de primeiro grau – linguísticas, sistêmicas e funcionais – e com a utilização das diretivas de segundo grau – procedimentais e de preferência –, voltadas a definir o modo de aplicação e a prevalência das diretivas de primeiro grau. É claro que o intérprete que adere à ideologia estática da interpretação dá ênfase às diretivas linguísticas e sistêmicas em detrimento das funcionais e, quando aplica uma diretiva funcional, apega-se à vontade do “legislador histórico”. Por outro lado, se o intérprete é adepto da ideologia da interpretação que procura adaptar o texto à realidade social que lhe é contemporânea, prefere as diretivas funcionais em relação às linguísticas e sistêmicas, e, quando aplica as funcionais, elege a diretiva que frisa a vontade ou as valorações do intérprete. Há aí nítido e claro emprego de juízo de valor para a eleição das diretivas de interpretação, tanto de primeiro quanto de segundo grau. Ademais, quando o intérprete elege diretiva funcional que reclama a sua “vontade”, lhe é aberta a possibilidade de valorar os elementos da vida em sociedade em várias perspectivas – moral, política, econômica etc. –, tendo as suas escolhas, mais uma vez, natureza que confere à interpretação-resultado um caráter “criativo”, ou seja, um conteúdo que não é descoberto ou meramente extraído do direito. (Jerzy Wróblewski, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, cit., p. 72-78).

³² Jerzy Wróblewski, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, cit., p. 89.

aceitáveis, revelando um significado fundado nas “melhores razões”.³³ A interpretação fundada nas melhores razões tem a ver com a correção do procedimento de eleição e com a aceitabilidade dos critérios em que ela se funda, não se ligando à correção do resultado interpretativo. Há, então, “exatidão do método” de interpretação da lei; o método é correto quando a decisão é racionalmente justificada sob o perfil interno – de coerência entre as premissas e conclusões – e sob o perfil externo – de fundabilidade e aceitabilidade das premissas.³⁴

Quando se substitui a ideia de “interpretação exata” pela de “interpretação dotada de razões apropriadas”³⁵, a Corte Suprema naturalmente é investida do poder de definir a interpretação adequada ou de atribuir sentido ao direito, surgindo, como consequência, o seu correlato poder de garantir a unidade do direito que proclama.

5. A função de definição do sentido do direito e de garantia da sua unidade. A obrigatoriedade do precedente como consequência

Quando há consciência de que a norma não pode ser extraída da lei, resta claro que a interpretação dos textos legais pode variar. A lei, portanto, não é suficiente para garantir a igualdade perante o direito, nem muito menos para garantir a segurança e a igualdade. Assim, deixa de ser possível pensar que a Suprema Corte pode controlar as decisões com base no sentido exato da lei, mas torna-se viável admitir que lhe é autorizado atribuir sentido ao direito mediante a definição da interpretação adequada.

³³ Michele Taruffo, *La Corte di Cassazione e la legge. Il vertice ambiguo. Saggi sulla Cassazione civile*, cit., p. 103.

³⁴ Michele Taruffo, *La Corte di Cassazione e la legge. Il vertice ambiguo. Saggi sulla Cassazione civile*, cit., p. 105.

³⁵ De acordo com Taruffo, a função da Cassação não mais pode ser vista como a de assegurar a exatidão formal da interpretação, uma vez que isso equivaleria a fazer prevalecer a interpretação formalista, fundada apenas sobre critérios formais. Cabe à Cassação, isso sim, estabelecer qual é a interpretação justa – ou mais justa – da norma com base nas diretivas e eleições interpretativas mais corretas, ou seja, aceitáveis a partir das “melhores razões” (Michele Taruffo, *La Corte di Cassazione e la legge. Il vertice ambiguo. Saggi sulla Cassazione civile*, cit., p. 104).

A interpretação capaz de atribuir sentido ao direito não é uma operação meramente lógica. As diretivas interpretativas não constituem regras lógicas, mas critérios que são eleitos e preenchidos mediante juízos de valor e opções do juiz, que conduzem a um resultado- interpretação que expressa a sua vontade. A decisão da Suprema Corte, não só em virtude das regras legais que convidam o interprete à sua concretização segundo as circunstâncias do caso e da imprescindibilidade de a lei ser conformada aos ditados da Constituição, mas também pela circunstância de que resulta de uma atividade interpretativa que contém juízos de valor e decisões sobre conteúdos externos ao texto da lei, certamente agrega sentido ou substância à ordem legislativa. Essa, em outras palavras, não é suficiente para orientar a sociedade ou, bem vistas as coisas, para sozinha espelhar o direito que regula a vida social. O direito precisa de algo mais: necessita da colaboração do Judiciário e, nesse contexto, em especial da “última palavra” das Cortes Supremas.

A decisão da Suprema Corte, ao atribuir sentido ao direito a partir de valorações devidamente racionalizadas, revela uma “criação” não apenas por fazer surgir algo que não preexiste à interpretação ou que não decorre logicamente da lei, mas também por ser expressão de uma vontade do Judiciário.³⁶ Aliás, a discussão sobre se o juiz “cria direito” perde sentido

³⁶ “Sin adoptar posturas extremas, reconocemos con Carrió, que afirmar que los jueces crean derecho es una expresión ambigua; quizá sea esa ambigüedad la que posibilite el amplio consenso existente hoy en día al respecto. Pensamos, sin embargo, que se trata sólo de un consenso aparente, pues el significante ‘los jueces crean derecho’ encierra múltiples significados que dan lugar a las más diversas concepciones de la actividad judicial. Desde quienes pretenden asimilar la actividad de los jueces a la de los legisladores hasta aquellos que hablan de creatividad judicial en su sentido más débil como una dimensión necesaria en la tarea de decidir. Como ni uno ni otro extremo nos ofrecen un modelo de actividad judicial que resista su comparación con la realidad, creemos por el contrario *que cierto grado de creación del derecho es inevitable y que en instancias tales como el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo la creatividad judicial se asimila a la función del legislador en lo que se ha venido llamando legislación negativa*” (Ernesto J. Vidal Gil; Cristina García Pascual, *Creación Judicial del Derecho. Sentido y razón del derecho – enfoques socio-jurídicos para la sociedad democrática*. Madrid: Hacer Editorial, 1992, p. 145-146). Ver Genaro Carrió. *Notas sobre derecho y lenguaje*, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1979, p. 24-51; Giovanni Tarello, *Il “problema”*

quando se supõe que uma decisão é criativa se a sua formulação não está determinada pela lei, mas exige a participação da vontade do intérprete.³⁷

É possível dizer, seguindo a Wróblewski³⁸ e Shapiro,³⁹ que a criatividade própria à interpretação judicial que se ampara na lei muda o direito apenas “incrementadamente” (*incrementally*). Na verdade, a decisão que interpreta a lei agrega algo de novo à ordem jurídica legislada, mas não a invalida ou a integra. Isso porque dá conteúdo a uma ordem jurídica de maior amplitude, preenchida pela legislação e pelas decisões judiciais das Cortes Supremas.

A observação de que a decisão interpretativa passa a preencher uma ordem jurídica de maior amplitude supõe, como não poderia deixar de ser, que a decisão não se limita aos litigantes envolvidos no caso, mas se estende a toda a coletividade com o caráter de direito. Segundo a Constituição brasileira, cabe ao Superior Tribunal de Justiça definir a interpretação da lei federal e garantir a sua unidade, evitando decisões divergentes dos tribunais ordinários. Isso quer dizer que a decisão do Superior Tribunal de Justiça institui o sentido do direito que deve orientar a vida em sociedade e pautar as decisões judiciais.

Se as decisões da Suprema Corte não se limitam a revelar a lei, mas representam regras determinadas pela interpretação, evidentemente não há como pensar em correção das decisões a partir do significado exato da lei. Pelo mesmo motivo, o sistema de correção é certamente incapaz de garantir a uniformidade da interpretação. Como as regras resultam da interpretação,

dell'interpretazione: una formulazione ambigua. *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1966, p. 355.

³⁷ Jerzy Wróblewski, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, cit., p. 83.

³⁸ Jerzy Wróblewski, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, cit., p. 83.

³⁹ M. Shapiro, *Stability and change in judicial decision-making: incrementalism or stare decisis?* *Law and the behavioral sciences*. Indianápolis-Kansas-Nova Iorque: Ed. L. M. Friedman & S. Macaulay, 1977.

os precedentes da Suprema Corte obrigam os juízes e tribunais para que a segurança jurídica e a igualdade não sejam violadas. Note-se que a eficácia obrigatória do precedente, circunscrita à sua *ratio decidendi*, é mera consequência da função da Corte Suprema de atribuir sentido ao direito e garantir a sua unidade, ou, em outras palavras, de criar algo de novo na ordem jurídica vinculante.

Perceba-se que antes se falava em uma mítica unidade do direito objetivo, quando o também ilusório sistema de correção das decisões em nome da garantia da uniformidade da interpretação era apresentado como válido. Hoje cabe à Suprema Corte atribuir sentido ao direito mediante precedentes, os quais devem guiar a resolução dos casos similares em nome da tutela da igualdade. Melhor explicando: o sistema de precedentes é meio de tutela da igualdade, na medida em que a interpretação não mais é método para a revelação da norma contida na lei, porém meio para a elaboração do seu significado. Portanto, atualmente uma corte de vértice só pode ser vista como Corte de Precedentes, que, ao atribuir significado ao direito, por mera consequência deve garantir a igualdade e a segurança jurídica.

6. O argumento de que o sistema de precedentes obrigatórios obstaculiza a evolução do direito

Lembre-se que Calamandrei, ao tratar de mecanismos relacionados à garantia da uniformidade da interpretação, referiu-se ao sistema de precedentes obrigatórios. Porém, fez questão de argumentar que este sistema é incompatível com o *civil law*, alegando, basicamente, que ele obstaculiza a “diversidade sucessiva da interpretação judicial”, que nele o juiz é um “verdadeiro criador do direito positivo” e que em tal sistema a decisão judicial assume a natureza de lei⁴⁰.

Calamandrei obviamente não podia, ao olhar para a realidade da sua

⁴⁰ Piero Calamandrei, La cassazione civile – disegno generale dell’istituto, *Opere Giuridiche*, v. VII, cit., p. 92 e ss.

época, perceber que os precedentes, mesmo no *common law*, podem e devem ser revogados em nome do desenvolvimento judicial do direito. É preciso ter em consideração que, na época em que Calamandrei escreveu – primeiras décadas do século passado –, o sistema de *stare decisis* inglês ainda era absolutamente rígido. Aliás, o momento em que Calamandrei escreveu é mais próximo ao do julgamento do célebre caso *London Tramways v. London County Council*, realizado em 1898, do que do também célebre *practice statement* da *House of Lords* de 1966.

Por largo período de tempo, exatamente entre 1898 e 1966, a *House of Lords* entendeu estar irremediavelmente obrigada a respeitar as suas decisões passadas. Em 1898, quando do julgamento de *London Tramways v. London County Council*, a *House* decidiu que jamais poderia deixar de observar os seus precedentes, firmando-se aí precedente que passou a ser visto como espécie de imunidade contra o *overruling*. Esse caso constitui o ponto culminante de uma evolução em direção à vinculação da *House* às suas decisões, definindo-se que a Corte não poderia tomar em conta quaisquer fundamentos para reconsiderar os seus precedentes.⁴¹ Mais da metade do século passado foi necessário para a *House of Lords* poder afirmar o contrário. Em 1966, a *House* declarou que, diante de certas circunstâncias, poderia revogar (realizar o *overruling*) as suas próprias decisões. Mediante o *Statement* de 1966, a *House of Lords* assumiu poder para decidir de forma diferente das suas anteriores manifestações quando isto lhe parecesse correto (*depart from a previous decision when it appears right to do so*).⁴²

⁴¹ “When, in 1898, in *London Tramways Co. v. London County Council*, the issue was squarely put whether the House could hear argument asking it to reconsider a previous decision, it had no hesitation in ruling that it could not” (Jim Evans, *Precedent in the nineteenth century. Precedent in Law*. Oxford: Clarendon Press, 1987. p. 58).

⁴² Eis o que foi anotado na justificativa do *practice statement*: “os Lordships consideram o uso do precedente uma base indispensável para decidir o que é o direito e para aplicá-lo aos casos concretos. Fornece um grau mínimo de certeza perante o qual os indivíduos podem pautar suas condutas, bem como uma base para o desenvolvimento ordenado de regras jurídicas. Os *Lordships*, não obstante, reconhecem que uma aderência muito rígida aos precedentes pode levar à injustiça em um caso concreto e também restringir excessivamente o devido

Assim, a *House of Lords*⁴³ – na linha das cortes de vértice de várias outras jurisdições de *common law* – passou a ter poder para revogar os próprios precedentes. Poder similar sempre foi exercido nos Estados Unidos, seja pela Suprema Corte, seja pelas suas cortes inferiores. A Suprema Corte americana entende que a revogação de um precedente requer justificação especial, mas nunca se sentiu proibida de assim agir⁴⁴. Evita-se perpetuar precedentes que se mostrem distantes das novas tecnologias, da nova realidade social ou mesmo que, em razão de uma experiência posterior, revelem-se evidentemente equivocados.⁴⁵

Não se admite exceções injustificadas à aplicação de um precedente. Uma interpretação elaborada com caráter geral só pode ser revogada mediante a superação de um ônus argumentativo destinado a evidenciar a impossibilidade da sua manutenção em virtude do surgimento de novas condições gerais. Nessa situação, ainda que o caso concreto funcione como estímulo para o cancelamento da validade do significado atribuído à norma legal, a revogação do precedente ainda depende da demonstração da adequação da nova interpretação e da sua capacidade de universalização às mais variadas situações concretas⁴⁶.

7. O argumento de que os precedentes obrigatórios são típicos de um

desenvolvimento do direito. Eles propõem, portanto, modificar a presente prática e, embora tratando as antigas decisões como normalmente vinculantes, deixar de lado uma decisão anterior quando parecer correto fazê-lo”.

⁴³ Atualmente “Supreme Court of the United Kingdom”.

⁴⁴ Nos Estados Unidos, há muito são enfatizadas as possibilidades de mudança e desenvolvimento no direito que são oferecidas pela revogação de precedentes em situações apropriadas. (Margaret N. Kniffin, *Overruling Supreme Court Precedents: Anticipatory Action by United States Courts of Appeals*, *Fordham Law Review*, 1982, p. 55).

⁴⁵ Robert S. Summers, *Precedent in the United States (New York State)*. In: Neil MacCormick e Robert S. Summers, *Interpreting Precedents: A Comparative Study*. London: Dartmouth, 1997, p. 394 e ss.

⁴⁶ No *common law*, um precedente que não mais tem congruência social pode ser excepcionalmente preservado em nome de critérios que ditam razões para a estabilidade, basicamente a confiança justificada e a prevenção contra a surpresa injusta. Ver Melvin Eisenberg, *The nature of the common law*, Cambridge: Harvard University Press, 1998, p. 131.

sistema em que o juiz cria o direito

Também não há razão para dizer que os precedentes obrigatórios são decorrência de uma sistema em que o juiz cria o direito. Nunca houve unanimidade no *common law* acerca da natureza da jurisdição, se criadora de direitos ou não. Basta lembrar a velha disputa entre as teorias declaratória e constitutiva, capitaneadas por William Blackstone,⁴⁷ de um lado, e Jeremy Bentham⁴⁸ e John Austin,⁴⁹ de outro.

Recentemente, a questão de se os juízes criam direito foi um dos focos principais do debate travado entre Herbert Hart – que sustenta o papel criativo da jurisdição – e Ronald Dworkin – que o nega.⁵⁰ Enquanto Hart afirma que o juiz cria o direito na falta de regra a permitir solução ao caso,⁵¹ Dworkin, ao tratar dos “*hard cases*” na conhecida obra *Taking Rights Seriously*, argumenta que, “mesmo quando nenhuma regra regula o caso, uma das partes pode, ainda assim, ter o direito de ganhar a causa”, e “o juiz continua tendo o dever, mesmo nos casos difíceis, de *descobrir* quais são os direitos das partes, e não de inventar novos direitos retroativamente”.⁵² É interessante perceber que a doutrina de Dworkin de certo modo revive a

⁴⁷ William Blackstone, *Commentaries on the law of England* (fac-símile da 1.^a edição, de 1765). Chicago: The University of Chicago Press, 1979. v. 1, p. 69.

⁴⁸ Jeremy Bentham, *Truth versus Ashhurst; or Law as it is, contrasted with what it is said to be*. In: *The Works of Jeremy Bentham* (published under the superintendence of his executor, John Bowring). Edinburgh: William Tait, 1843. vol. V, p. 231-238.

⁴⁹ John Austin, *Lectures on Jurisprudence, or the philosophy of positive law*. 5th ed. rev. London: John Murray, 1911. vol. II, p. 634. Jeremy Bentham e John Austin condenaram de maneira ácida e impiedosa a teoria declaratória. Bentham chegou a qualificá-la de *dog-law*, ao passo que Austin acusou-a de ficção infantil. Para esse autor, os juízes teriam a noção ingênua de que o *common law* não seria produzido por eles, mas se constituiria em algo milagroso feito por ninguém, existente desde sempre e para a eternidade, meramente declarado de tempo em tempo. O *common law*, na concepção da teoria positivista, existia por ser estabelecido por juízes que possuíam *law-making authority*, sendo o direito, então, produto da vontade dos magistrados: não algo meramente descoberto, porém, criado. Cf. Luiz Guilherme Marinoni, *Precedentes obrigatórios*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2013. p. 25-26.

⁵⁰ Ver, a esse respeito, Herbert Hart, *The concept of Law*, cit. (esp. *Formalism and rule-scepticism* e *Postscript*); Ronald Dworkin, *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978 (esp. *The model of rules* e *hard cases*).

⁵¹ Herbert Hart, *The concept of law*, cit., p. 135.

⁵² Ronald Dworkin, *Taking rights seriously*, cit., p. 12 e ss.

teoria declaratória, sustentando que o juiz, na falta de regra específica a regular o caso, “descobre” o direito a partir de princípios e fundamentos.

A ideia de criação do direito, caso compreendida como elaboração de decisão judicial destituída de base na lei ou em precedente, mas amparada nos princípios contidos no direito, é plenamente compatível com o cotidiano do juiz brasileiro, que, inclusive, aplica os direitos fundamentais diretamente ao caso, independentemente de lei⁵³.

Na verdade, argumentar a partir da ideia de “criação do direito” não tem muito significado na atualidade, uma vez que também não há acordo sobre o que é “criação do direito”. Se o juiz, quando não tem lei ou precedente para resolver o litígio, cria o direito ao decidir com base na Constituição, os sistemas em que o juiz pode suprir a insuficiência de tutela normativa aos direitos fundamentais convivem há muito tempo com a criação judicial do direito. Do mesmo modo, se criar o direito tem relação com juízos de valor ou com a vontade do juiz, o juiz cria o direito desde o momento em que o sistema judicial se desfez do mito de que a lei poderia, sem qualquer colaboração do juiz, regular os casos conflitivos.

Um sistema de precedentes obrigatórios, ao invés de ser visto como corolário da criação judicial do direito, deve ser pensado como técnica imprescindível para garantir a unidade do direito proclamado pelas Cortes Supremas e, assim, para tutelar a igualdade e a segurança jurídica dos litigantes.

⁵³ Claus-Wilhelm Canaris, *Grundrechtswirkungen und Verhältnismässigkeitsprinzip in der richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatsrechts*, JuS, München, Beck, 1989, p. 161 e ss; Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 520-543; Ingo Wolfgang Sarlet, *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 157–172; Virgílio Afonso da Silva, *A Constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*, São Paulo: Malheiros, 2005; Jorge Reis Novais, *Direitos Fundamentais: trunfos contra a maioria*, Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 69- 116.

Note-se que o direito das Cortes Supremas deve adquirir autoridade capaz de obrigar os tribunais inferiores exatamente por ter autonomia em relação à lei. Se o texto da lei não garante a igualdade, o sistema de precedentes nada mais é do que corolário da função contemporânea das Supremas Cortes, de atribuir sentido ao direito.

Por fim, é fácil perceber que dar a uma decisão judicial caráter obrigatório nada tem a ver com função legislativa. A decisão está a interpretar a norma a partir de um caso concreto, realizando, portanto, função nitidamente judicial. O problema, realmente, é o de não se compreender que a *ratio decidendi* de uma decisão judicial que define o sentido do direito deve ser obrigatoriamente adotada pelos tribunais inferiores e pela Corte Suprema que a editou – até que essa Corte entenda ter chegado o momento para revogá-la. Trata-se, simplesmente, de uma consequência lógica da função judicial de dar unidade ao direito. Isso ocorre para permitir ao Judiciário, em sua tarefa de colaboração com o legislativo na construção do direito, preservar o respeito à segurança jurídica e à igualdade.

8. A estabilidade do direito como fundamento de uma Corte de Precedentes

A aproximação entre os sistemas de *common law* e de *civil law* permite ver que, no *common law*, existem incontáveis precedentes interpretativos, cuja importância é conferir estabilidade às decisões judiciais que afirmam o sentido do direito. Se no direito inglês primitivo havia baixa produção de leis, isso certamente não ocorre no *common law* contemporâneo.⁵⁴ A suposição de que a produção legislativa é baixa nos Estados Unidos, o que impõe a criação do direito pelos juízes, não só é falsa como gera enganos em termos de direito comparado.⁵⁵ É provável que um estado típico dos Estados Unidos tenha tanta legislação quanto um país

⁵⁴ Ver Abbe R. Gluck, The Federal Common Law of Statutory Interpretation: Erie for the Age of Statutes. *William & Mary Law Review*, v. 54, p. 753-811.

⁵⁵ Ver John Henry Merrymann e Rogelio Pérez-Perdomo, *The civil law tradition: an introduction to the legal systems of Europe and Latin America*, cit., p. 47

européu ou latino-americano, a qual obviamente deve ser interpretada e aplicada pelos juizes, e, bem por isso, contar com precedentes interpretativos de caráter obrigatório.⁵⁶

Isso demonstra que o sistema de precedentes é uma técnica destinada a promover a estabilidade do direito produzido pelos tribunais. Ora, nestas condições não há como supor que o direito brasileiro possa rejeitar tal técnica. Isso apenas seria possível se as decisões dos tribunais não guardassem autonomia em relação à lei ou se não houvesse qualquer preocupação com a segurança jurídica e com a igualdade.

Aliás, a sociologia demonstra que a formação cultural brasileira é marcada pela aversão à impessoalidade e à racionalidade legal⁵⁷. A ideia de que o homem, mediante as suas relações pessoais, poderia deixar de se submeter à lei, mantém-se presente quando se pensa nas estratégias voltadas à obtenção de decisões particulares para casos que deveriam ser tutelados mediante uma mesma regra ou interpretação. Significa dizer que ainda hoje existem posições sociais que não desejam uma ordem jurídica coerente e um sistema racional de distribuição de justiça⁵⁸.

9. O problema das peculiaridades do caso concreto

⁵⁶ Como adverte Antonio Gambaro, a experiência continental europeia concedeu, no século passado, grande espaço ao direito jurisprudencial, enquanto que, do outro lado, uma “orgia di legiferazione” deu forma e veste legislativa a grande parte das regras do *common law* clássico (Antonio Gambaro, *Civil law e common law: evoluzione e metodi di confronto*, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile* (numero speciale: Due iceberg a confronto: Le derive di *common law* e *civil law*), 2009, n. 4, p. 11. Ver Guido Calabresi, *A common law for the age of statutes*. Cambridge: Harvard University Press, 1982.

⁵⁷ Sérgio Buarque de Holanda, *Raízes do Brasil*, São Paulo: Companhia das Letras [1936], 1995,

⁵⁸ “Não é difícil estabelecer uma ligação bastante clara entre uma cultura que sustenta, sem qualquer constrangimento, a possibilidade de o homem resistir à lei que o prejudica mediante o uso das suas relações e um sistema que ressoa a falta de unidade na solução de casos iguais, vendo o tratamento diferenciado das pessoas como algo natural. De modo que a ausência de reação a um sistema judicial que nega a igualdade e a previsibilidade pode revelar um interesse de várias posições sociais, inclusive de grupos de juizes e de parcela dos advogados” (Luiz Guilherme Marinoni, *A Ética dos Precedentes*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2014, p. 14).

A eleição de uma Corte de Precedentes, voltada a produzir normas de caráter universalizante, poderia ser vista como uma opção que eliminaria a possibilidade de se considerar as particularidades dos casos concretos.

Como demonstrado, uma Corte de Interpretação, de que defluem precedentes, é imprescindível para a definição da interpretação adequada, de modo a se estabelecer o significado do direito e a sua aplicação uniforme, evitando-se decisões desiguais para casos iguais. Portanto, o problema relacionado à necessidade de uma Corte de Interpretação ou de Precedentes não desaparece com a admissão da importância da consideração das particularidades dos casos concretos. Ao contrário, a percepção de que tais particularidades merecem atenção não exclui a necessidade de as Cortes Supremas desempenharem função de Corte de Interpretação nem tem maior importância do que a realização dessa função. A coerência da ordem jurídica, ou melhor, decisões iguais para casos similares, é imprescindível a um Estado de Direito. Como adverte MacCormick, fidelidade ao Estado de Direito requer que se evite qualquer variação frívola no padrão decisório de um juiz ou corte para outro, de modo que num Estado moderno, com muitos juízes e muitas cortes e uma hierarquia estruturada de recursos, as mesmas regras e soluções devem orientar a decisão independentemente do juiz do caso⁵⁹.

Ademais, a necessidade de consideração das particularidades do caso concreto não é incompatível com um sistema que detém Corte de Precedentes. Basta perceber que a função de resolver os casos concretos é do juiz de primeiro grau de jurisdição e dos tribunais de apelação e não das Supremas Cortes. Essas analisam e solucionam os casos para poderem desempenhar a função de atribuição de sentido ao direito.

Ademais, isso não quer dizer que a própria Suprema Corte não possa tomar em conta determinadas particularidades frisadas perante o tribunal de apelação para afastar a aplicação do precedente ao caso sob julgamento.

⁵⁹ Neil MacCormick, *Rethoric and the rule of law – A theory of legal reasoning*, New York: Oxford University Press, 2005, p. 178.

Embora os precedentes devam ter caráter universalizante, um caso dotado de particularidades pode receber tratamento específico.

A técnica do *distinguishing*, empregada no *common law*, consiste na distinção do caso sob julgamento em face daquele que deu origem ao precedente⁶⁰. Essa técnica permite o desenvolvimento do direito por meio da elaboração de precedentes que abarcam particularidades distintas, ou mesmo mediante a simples extensão do precedente a outras situações. Uma decisão pode demonstrar que o primitivo precedente, não obstante o seu caráter generalizante, não pode ser aplicado à situação concreta sob julgamento, ou mesmo que a tese de direito fixada no primitivo precedente, muito embora a sua feição restritiva, também se aplica à situação em análise. A técnica do *distinguishing* confere à Corte Suprema a possibilidade de desenvolver o direito que começou a ser escrito com o precedente, esclarecendo que a tese de direito não se aplica a uma outra situação concreta ou que, não obstante elaborada sem se mostrar claramente adequada à situação sob julgamento, em verdade também a contempla.

Note-se que a adoção de um precedente não pode ser incongruente com as razões que justificaram a sua instituição. Em vista dessas razões, o precedente deve regular todos os casos com elas compatíveis. Essa potencialidade, inerente ao precedente, torna possível a sua adoção para a solução de casos particularizados por circunstâncias inicialmente não consideradas. Mas, se as razões do precedente não estão presentes diante de uma outra situação, não há como aplicá-lo. Assim, justifica-se a extensão ou a limitação do precedente conforme o novo caso seja singularizado por razões compatíveis ou incompatíveis com as que levaram à instituição do precedente.⁶¹

⁶⁰ “*Distinguishing* is what judges do when they make a distinction between one case and another”. (Neil Duxbury. *The nature and authority of precedent*. New York: Cambridge University Press, 2008, p. 113).

⁶¹ “... That judges have the power to distinguish does not mean they can flout precedent whenever it suits them”. (Neil Duxbury, *The nature and authority of precedent*, cit., p. 114).

A extensão de um precedente, a partir da consideração de outros casos, revigora a sua força e autoridade, tornando-o adequado à solução de novas realidades. O precedente tem o seu significado ampliado, adaptando-se, sem rupturas, às situações que vão surgindo à medida em que o tempo passa.⁶² Do mesmo modo, a elaboração de novo precedente não agride a estabilidade e desenvolve o direito. Perceba-se, portanto, que a técnica da distinção permite o desenvolvimento do direito sem que com isso seja pago o preço da estabilidade, pois o primitivo precedente, nesses casos, mantém-se intacto. Significa dizer que o *distinguishing* milita, a um só tempo, em favor da estabilidade e do desenvolvimento do direito.⁶³

10. A contradição inerente a uma “Corte Suprema de correção”

Uma Corte Suprema de correção tem razão de ser quando se acredita que há parâmetro externo para a realização do controle das decisões dos tribunais estaduais ou regionais. É por isso que, quando se supunha que a

⁶² Ver Frederick Schauer, *Thinking like a lawyer*, Cambridge: Harvard University Press, 2009. esp. itens 5, 8 e 9.

⁶³ A técnica da distinção é utilizada nas perspectivas das partes e do Poder Judiciário. A primeira perspectiva faz ver o próprio impulso prático para a distinção, uma vez que, partindo-se da premissa de que um precedente sempre beneficia dada posição ou pode beneficiá-la, a restrição da sua aplicabilidade é sempre favorável a uma parte e prejudicial à outra. O que significa dizer que, no processo, são desenvolvidos argumentos a favor e contra a adoção do precedente. Nesse sentido, há verdadeira tensão no interior do sistema, quase a constituir uma luta entre a contenção e a extensão do precedente. Na outra perspectiva, do Poder Judiciário, são contrapostos os valores do sistema – ou seja, unidade do direito, segurança, previsibilidade e igualdade – com as razões substanciais do precedente. A limitação e a extensão do precedente sempre configuram correção ou acomodação de sua *ratio decidendi*. Essa acomodação, não obstante, prioriza as razões do próprio precedente, já que tanto a sua extensão quanto a sua limitação apenas são possíveis quando com elas compatíveis. Quando, porém, são preservados os valores do sistema em face das razões do precedente? Certamente quando o precedente é contido, sem extensão ou limitação. Entretanto, não só nesses casos. No *common law*, admite-se que, para se evitar a revogação do precedente, proceda-se a uma distinção inconsistente (*the drawing of inconsistent distinctions*), ou seja, a uma distinção incompatível com as razões do precedente. Nessas situações, embora a razão imediata da distinção inconsistente seja a não revogação (total) do precedente, a sua justificativa está na segurança jurídica (Cf. Luiz Guilherme Marinoni, *Precedentes Obrigatórios*. 3. ed., cit., p. 333-334).

decisão declarava a norma contida no texto legal, aceitava-se a ideia de uma Corte Suprema voltada à correção das decisões.

Entretanto, quando se tem consciência que a norma é produzida mediante a interpretação da lei e que a Suprema Corte tem a função de atribuir sentido ao direito, deixa de haver parâmetro externo para a Suprema Corte controlar as decisões dos tribunais inferiores. Como o sentido do direito está nos precedentes da Corte Suprema, deixa de haver função de controle para a afirmação da norma contida na lei. O sentido do direito, consolidado nos precedentes, vincula as decisões dos juízes e tribunais inferiores.

Não se pense que, com a evolução da teoria da interpretação, basta substituir o critério da “norma contida na lei” pelo do “sentido do direito” para se continuar admitindo que a função da Corte Suprema é de correção. Há diferença entre corrigir para tutelar o legislativo e corrigir para tutelar o direito delineado pela Corte Suprema. Quando se corrige para tutelar o legislativo, o direito não está nas decisões da Corte Suprema. Contudo, quando se pensa em “corrigir” em razão de a decisão do tribunal inferior ter divergido de precedente da Corte Suprema, a situação é obviamente outra. Nesse caso, o tribunal estadual ou regional nega o direito que a Corte Suprema delineou.

Quando o direito está na Corte Suprema, os precedentes têm força obrigatória perante os demais tribunais. Note-se que, como os precedentes consolidam o direito que deve ser obrigatoriamente observado pelos tribunais, a atividade de “correção” das decisões que negam precedentes se destina a reafirmar a função de interpretação e de desenvolvimento do direito. Essa atividade de “correção”, que é meramente supletiva, subordina-se à função de atribuição de sentido ao direito e de garantia da sua unidade.

Assim, não se pode pensar que uma Corte Suprema, na atualidade, deva ter função (principal) de correção. Como é óbvio, é completamente

contraditório atribuir a uma Corte Suprema que delinea o direito a função de corrigir as decisões⁶⁴.

Olhando-se por outro ângulo, constata-se que se a Corte que atribui sentido ao direito não formula precedentes obrigatórios a sua existência se torna desnecessária. Realmente, não há motivo para se ter uma Corte Suprema, cuja função é definir a interpretação adequada, quando os tribunais inferiores podem dela livremente divergir. Nesse caso, na verdade, não apenas bastariam os tribunais de apelação, como a Suprema Corte não teria motivo algum para atribuir sentido ao direito e, portanto, para estar presente no sistema judicial.

Fechar os olhos para a verdadeira função que deve ser desempenhada por uma Corte de vértice é tê-la como um grande tribunal de apelação, como uma espécie de mágica tábua de salvação posta a disposição de qualquer litigante, com a grande desvantagem de se abrir às portas para a irracionalidade da distribuição da justiça e para a negação da segurança jurídica e da igualdade.

11. A inevitabilidade da Corte de Precedentes no Estado contemporâneo: a coerência da ordem jurídica e a tutela da segurança jurídica e da igualdade

Não há como finalizar esse texto sem a conclusão de que uma Corte Suprema de Precedentes é *imprescindível* no Estado contemporâneo. Não se trata de uma simples questão de opção dogmática, como se tanto uma Corte de Correção (de revisão ou de cassação) quanto uma Corte de Precedentes fossem compatíveis com os valores do Estado constitucional.

Não há Estado de direito sem ordem jurídica coerente. A uniformidade das decisões judiciais, aspecto fundamental da coerência do direito, concorre

⁶⁴ Michele Taruffo, Precedente e giurisprudenza, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 2007, p. 718; Michele Taruffo, Le funzioni delle Corti Supreme. Cenni generali, *Annuario di Diritto Comparato e di Studi Legislativi*, cit.

para que o Estado se apresente como garante da unidade do direito. Um Estado que produz decisões variadas para casos que exigem o mesmo tratamento falha diante do seu compromisso de garantir um sistema jurídico único⁶⁵.

O Estado constitucional tem dever de tutelar a segurança jurídica, garantindo a estabilidade do direito e a sua previsibilidade. Num Estado constitucional, além da estabilidade da ordem jurídica, espera-se univocidade da qualificação das situações jurídicas, sem a qual não há previsibilidade em relação às consequências jurídicas das condutas, algo que é indispensável para que o cidadão possa se desenvolver num Estado de Direito⁶⁶. O sistema jurídico e, portanto, inclusive a estruturação e o funcionamento dos órgãos judiciais deve ser capaz de outorgar previsibilidade⁶⁷.

Não há como assegurar igualdade perante o direito sem atribuir força obrigatória aos precedentes das Cortes Supremas⁶⁸. Um sistema que convive com decisões diferentes para casos que não têm qualquer motivo racional para serem tratados de forma distinta é um sistema que não só espelha a

⁶⁵“Legal coherence, together with uniformity of decision, is indeed an everywhere acknowledged value served by respect for the force of argument from precedent, and one which it is the particular function of courts in their interpretative role to achieve. The value of uniformity can be deemed a technical-legal desideratum, just as coherence may be considered an aspect of *elegantia juris*; but both also go to overall integrity of the state as guarantor of a single legal system” (Zenon Bankowski; Neil MacCormick; Lech Morawski; Alfonso Ruiz Miguel, Rationales for precedent. *Interpreting precedents: a comparative study*, London: Dartmouth, 1997, p. 487).

⁶⁶ De acordo com MacCormick, a previsibilidade das decisões constitui valor moral imprescindível para o homem, de forma livre e autônoma, poder se desenvolver e, portanto, estar em um Estado de Direito. (Neil MacCormick, *Rethoric and the rule of law – A theory of legal reasoning*, cit., p. 6). Ver Neil MacCormick, The ethics of legalism, *Ratio Juris*, 1989, 2, p. 184-193.

⁶⁷ Como diz Massimo Corsale, um ordenamento jurídico destituído de capacidade de permitir previsões e qualificações jurídicas unívocas, e de gerar, assim, um sentido de segurança nos cidadãos, não pode sobreviver enquanto tal. (Massimo Corsale, *Certeza del diritto e crisi di legittimità*, Milano: Giuffrè, 1979, p. 31 e ss).

⁶⁸ “This would be a sham if the law were subject to varying interpretation from case to case, for it would only be nominally the same law that applied to different cases with essentially similar features among themselves. Thus uniformity of law is an essential part of equality of treatment of essentially similar cases, that is, cases which qualify as similar under a given (and stable) interpretation of the law”) (Zenon Bankowski; Neil MacCormick; Lech Morawski; Alfonso Ruiz Miguel, Rationales for precedent. *Interpreting precedents: a comparative study*, cit., p. 488).

desigualdade, como ainda a estimula, fazendo o cidadão acreditar que sempre tem a possibilidade de “manipular o caso” para receber decisão que lhe beneficia.

Tudo isso quer dizer que, se o Estado constitucional tem o dever normativo e fático de tutelar os direitos fundamentais, ele não pode conviver com uma Corte Suprema incapaz - em virtude de ausência de normas ou de eficiência fático-administrativa - de garantir a coerência do direito, a segurança jurídica e a igualdade.