

O Precedente na Dimensão da Igualdade

Luiz Guilherme Marinoni

Professor Titular de Direito Processual Civil da UFPR. Pós-Doutorado na Università degli Studi di Milano. Visiting Scholar na Columbia University. Advogado em Curitiba e em Brasília.

SUMÁRIO: 1. Princípio da igualdade; 2. Igualdade perante a Jurisdição: igualdade no processo, igualdade ao processo e igualdade diante das decisões judiciais; 3. Igualdade perante a lei e igualdade perante a interpretação judicial da lei; 3.1. A plurissignificação do texto legal; 3.2. A técnica legislativa das cláusulas abertas; 3.3. A legalidade substancial; 3.4. O controle incidental da constitucionalidade das leis

Resumo: O texto demonstra a necessidade de os casos similares serem tratados mediante a mesma norma judicial

Palavras Chave: Precedente. Igualdade. *Stare Decisis*. Eficácia Vinculante.

1. Princípio da igualdade

Não é preciso lembrar que a igualdade é elemento indissociável do Estado Democrático de Direito e, bem por isso, está fortemente grifado na Constituição Federal, iluminando a compreensão, a aplicação e a construção do ordenamento jurídico.

Diz o artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal, que “*todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza ...*”. Como é sabido, o tratamento desigual é apenas permitido quando necessário para a realização da própria igualdade, isto é, quando existem fatores que justificam e impõem o tratamento desigual. Porém, são rechaçadas possíveis discriminações gratuitas, não fundadas em elementos ou critérios capazes de, lógica e substancialmente, imporem um tratamento desigual.

Como é óbvio, tanto o Estado quanto os particulares estão submetidos ao

princípio da igualdade. O Executivo, o Legislativo e o Judiciário sofrem a mesma incidência do princípio. Não obstante, se o administrador tem a sua atividade estritamente regulada pela igualdade e se o legislador certamente não pode editar leis que procedam desequilíbrios infundados, o Judiciário, no sistema brasileiro, submete-se à igualdade apenas no que diz respeito ao tratamento igualitário das partes no interior do processo.

É imprescindível sublinhar, nesta altura do desenvolvimento da presente tese, que o Judiciário de *civil law* não se submete ao princípio da igualdade no momento de decidir, vale dizer, no instante de cumprir o seu dever, prestando a tutela jurisdicional. Jaz inocultável que esse poder deixar de observar o princípio da igualdade no momento mais importante da sua atuação, exatamente quando tem que realizar o principal papel que lhe foi imposto. Raciocínio contrário, capaz de desculpar o Judiciário, apenas seria admitido como válido caso lhe coubesse decidir de forma desigual casos iguais.

2. Igualdade perante a Jurisdição: igualdade no processo, igualdade ao processo e igualdade diante das decisões judiciais

É interessante perceber que a doutrina brasileira, quando preocupada com a incidência do princípio da igualdade no processo civil, trata de aspectos internos ao processo, especialmente daqueles que dizem respeito à participação das partes. Analisa-se se a lei confere tratamento igualitário às partes, permitindo participação em “igualdade de armas”, assim como se o juiz proporciona o mesmo tratamento aos litigantes¹.

Tanto é verdade que a isonomia costuma ser vinculada ao contraditório, importando se as partes têm adequada possibilidade de agir e de reagir de modo a influir sobre a formação da convicção judicial. Como salienta Mario Chiavario, o

¹ Ver CAPPELLETTI, Mauro. Appunti in tema di contraddittorio. In: *Studi in memoria di Salvatore Satta*, v. 1. Padova: Cedam, 1982, p. 211; CHIAVARIO, Mario. *Processo e garanzie della persona*, v. 2. Milano: Giuffrè, 1982, p. 140; MARTINETTO, Giuseppe. Contraddittorio (principio del). In: *Novissimo digesto italiano*, v. 4, p. 459; TROCKER, Nicolò. *Processo civile e Costituzione*. Milano: Giuffrè, 1974, p. 467 e ss.

contraditório não implica uma identidade absoluta entre os poderes reconhecidos às partes de um mesmo processo e nem, necessariamente, uma simetria perfeita de direitos e de obrigações, pois o que conta é que as diferenças eventuais de tratamento sejam justificáveis racionalmente, à luz de critérios de reciprocidade, e de modo a evitar, seja como for, que haja um desequilíbrio global em prejuízo de um das partes².

Também há igualdade ao processo, ou melhor, igualdade de acesso à jurisdição e igualdade de procedimentos e de técnicas processuais. Trata-se, obviamente, de uma igualdade que pressupõe tratamento particularizado àqueles que possuem dificuldades econômicas de acesso à justiça³ e aos que são titulares de direitos que exigem procedimentos e técnicas processuais diferenciados.

Lembre-se que os procedimentos dos Juizados Especiais, destinados às pessoas menos privilegiadas financeiramente, são considerados indispensáveis em um ordenamento democrático. Do mesmo modo, a quebra do dogma do “procedimento único”, imposta pela pretensa neutralidade dos litígios, fez surgir a necessidade de estruturação de procedimentos especiais e de técnicas processuais capazes de serem utilizadas conforme as particularidades dos casos concretos. A técnica antecipatória, por exemplo, além de imprescindível para propiciar adequada proteção jurisdicional ao titular de direito material submetido a receio de dano (artigo 273, inciso I, Código de

² CHIAVARIO, Mario. Op. cit., p. 19.

³ A igualdade também exige a consideração de aspectos econômicos que podem obstaculizar a participação no processo. Se a legitimação do exercício da jurisdição depende da participação, e essa tem importante expressão no princípio do contraditório, não há como entender como legítimo ou democrático o processo que priva alguém de participar por razões de natureza econômica ou social. A legitimidade do processo se liga a uma possibilidade real, e não meramente formal, de participação. Nessa linha importam não apenas as garantias de assistência judiciária gratuita – isto é, o fornecimento, por parte do Estado, de advogados gratuitos, a dispensa do pagamento de custas processuais e a oferta de produção de provas sem o pagamento de despesas –, mas também as normas processuais que objetivam garantir a efetiva participação da parte segundo as necessidades do direito substancial. Na verdade, o legislador e o juiz estão obrigados a estabelecer as discriminações necessárias para garantir e preservar a participação igualitária das partes, seja considerando as dificuldades econômicas que obstaculizam a participação, seja atentando para as particularidades do direito material e do caso litigioso. Ora, não é legítimo o poder exercido em um processo em que as partes não podem efetivamente participar ou em que apenas uma delas possui condições reais de influir sobre o convencimento do juiz. Um processo desse tipo certamente não é um “processo justo” ou um processo democrático. Daí por que se diz que as partes não só têm o direito de participar do processo, como também o direito de participar em paridade de armas. (MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil*, v. 1 - Teoria Geral do Processo -, São Paulo, Ed. RT, 2010, 4ª. ed., p. 419-420).

Processo Civil), é igualmente necessária para permitir a distribuição isonômica do tempo do processo entre os litigantes (artigo 273, inciso II e § 6º, Código de Processo Civil)⁴.

Como está claro, não só há grande preocupação com a igualdade de tratamento dos litigantes no processo, mas também com a igualdade de acesso à justiça e com a igualdade aos procedimentos e às técnicas processuais. Nesta dimensão, se é possível falar, para facilitar a comunicação, em igualdade *no* processo e em igualdade *ao* processo, é mais apropriado pensar em igualdade diante da jurisdição, tendo-se como espécies a igualdade de tratamento no processo, a igualdade de acesso e a igualdade ao procedimento e à técnica processual.

⁴ “A distribuição do tempo do processo, fundamental para a preservação do princípio da isonomia, justifica a tutela antecipatória em caso de defesa de mérito indireta infundada que requer prova diferente da documental. Nesse caso, é natural transferir o ônus do tempo do processo, dando-se ao réu, obviamente, a oportunidade de continuar atuando no processo para ver a sua defesa acolhida e, conseqüentemente, a tutela antecipatória revogada. Ainda mais evidente é a necessidade da pronta tutela da parte da demanda que se tornou incontroversa no curso do processo (art. 273, § 6.º, do CPC). Seguindo-se o clássico e antigo princípio de que o julgamento do mérito deve ser feito em uma única oportunidade e, portanto, sem qualquer forma de cisão, é inevitável concluir que parcela do pedido poderá se tornar madura para julgamento no curso do processo. Esse problema se torna ainda mais visível quando se pensa na cumulação dos pedidos e, especialmente, na circunstância de que essa cumulação é estimulada pelo princípio da economia processual. Ora, a impossibilidade de cisão do julgamento do mérito, ou seja, do julgamento antecipado de apenas um dos pedidos cumulados, torna risível qualquer economia que se pretenda por meio da cumulação. A tutela jurisdicional é prestada de forma tempestiva quando a técnica processual e a administração da justiça não retiram do juiz a possibilidade de concedê-la logo após os fatos terem sido esclarecidos. Portanto, se a tempestividade exige que a tutela jurisdicional seja concedida quando os fatos constitutivos estão evidenciados e o réu ainda procura provar um fato provavelmente infundado (hipótese vista há pouco), não pode haver dúvida sobre a imprescindibilidade de a técnica processual viabilizar a pronta e imediata tutela da parcela da demanda sobre a qual não mais existe controvérsia fática. Evidenciando-se parcela da demanda no curso do processo que deve caminhar adiante para que provas possam esclarecer o restante da demanda, o direito à tutela jurisdicional tempestiva impõe a fragmentação da tutela jurisdicional do mérito. *Não há aqui lesão ao direito de defesa. Na verdade, o ordenamento jurídico que impede a imediata tutela da parcela incontroversa da demanda é que viola o direito de ação, constituindo um ordenamento despreocupado com a efetividade da tutela dos direitos.* Quando se diz que a duração do processo não deve prejudicar o autor que tem razão, objetiva-se preservar o princípio da isonomia. Nos casos em que parcela da demanda é incontrovertida e em que o direito do autor está evidenciado e a defesa de mérito indireta é infundada, a ausência de previsão de tutela antecipatória obrigaria o Estado a faltar com o seu compromisso de prestar a tutela jurisdicional de modo tempestivo. *Tratar um direito evidente e um direito não evidente de igual forma é tratar da mesma maneira situações desiguais*” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil*, v. 1 - Teoria Geral do Processo -, cit., p. 370-371).

Vê-se, a partir daí, uma grave lacuna. Em que local está a igualdade diante das decisões judiciais? Ora, o acesso à justiça e a participação adequada no processo só tem sentido quando correlacionados com a decisão. Afinal, esta é o objetivo daquele que busca o Poder Judiciário e, apenas por isso, tem necessidade de participar do processo. Em outros termos, a igualdade de acesso, a igualdade à técnica processual e a igualdade de tratamento no processo são valores imprescindíveis para a obtenção de uma decisão racional e justa.

Vendo-se a decisão como fruto do sistema judicial e não como mera prestação atribuída a um juiz – singularmente considerado –, torna-se inevitável constatar que a racionalidade da decisão está ancorada no sistema e não apenas no discurso do juiz que a proferiu. Assim, por exemplo, não há racionalidade na decisão ordinária que atribui à lei federal interpretação distinta da que lhe foi dada pelo órgão jurisdicional incumbido pela Constituição Federal de uniformizar tal interpretação, zelando pela unidade do direito federal. A irracionalidade é ainda mais indisfarçável na decisão que se distancia de decisão anterior, proferida pelo mesmo órgão jurisdicional em caso similar, ou melhor, em caso que exigiu a apreciação de questão jurídica que o órgão prolator da decisão já definira.

De qualquer forma, antes de se adentrar na análise do direito à igualdade diante da jurisdição, é preciso deixar frisado que não se deve confundir direito ao processo justo com direito à decisão racional e justa. O direito ao processo justo é satisfeito com a realização de direitos fundamentais de natureza processual, como o direito à efetividade da tutela jurisdicional e o direito ao contraditório. Mas a legitimação da jurisdição não depende apenas da observância destes direitos e nem pode ser alcançada somente pelo procedimento em contraditório e adequado ao direito material, sendo aí imprescindível pensar em uma legitimação pelo conteúdo da decisão.

Note-se que o procedimento pode ser legítimo à luz dos direitos fundamentais processuais e, ainda assim, produzir decisão descompromissada com a substância das normas constitucionais. O contraditório legitima o procedimento como meio, porém não se presta a garantir o ajuste da decisão ao conteúdo dos direitos fundamentais. Afirma-

se, diante disso, que a legitimação da jurisdição depende da legitimidade da decisão⁵.

Nesta dimensão surge a questão do contra-majoritarismo, ou melhor, da tensão entre a decisão judicial que afirma o direito fundamental em face da norma editada pelos representantes eleitos pela maioria. Diante do problema posto pela questão do contra-majoritarismo e buscando explicar a legitimidade da decisão surgem as teorias textualistas, procedimentalistas e substancialistas. As primeiras propõem uma interpretação textualista da Constituição, atrelando a legitimidade da jurisdição ao literalismo das normas constitucionais⁶. As teorias procedimentalistas buscam dar legitimidade à jurisdição destacando seu papel de reforço do processo democrático de elaboração da lei⁷, enquanto as substancialistas dão ênfase ao conteúdo material dos

⁵ A idéia de processo justo não é suficiente para legitimar a decisão. O respeito aos direitos fundamentais processuais é requisito para se ter decisão justa; porém, embora necessário, trata-se de requisito insuficiente. A tese que faz supor que a justiça da decisão decorre de um processo justo é redutiva, pois desconsidera o conteúdo da decisão, dando ênfase apenas ao procedimento. Nessa perspectiva, a decisão é o simples resultado do procedimento, um ato jurisdicional despido de conteúdo substancial. O que importa é somente a qualidade e a substância do procedimento. Como percebeu Taruffo, tal perspectiva “implica la renuncia a valutare se una decisione è o no giusta per il suo contenuto o per gli effetti che produce, e rimanda l’osservatore alla sola considerazione delle modalità con cui si è svolto il processo che la portato a quella decisione” (TARUFFO, Michele. *Idee per una teoria della decisione giusta*. In *Sui Confini (scritti sulla giustizia civile)*. Bologna: Il Mulino, 2002, p. 221). Sobre o tema ver MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil*, v. 1, op. cit.

⁶ O textualismo é incapaz de dar legitimidade à decisão jurisdicional, uma vez que as normas constitucionais, especialmente as que afirmam direitos fundamentais, têm natureza aberta e indeterminada. Para concretizar os direitos fundamentais – viabilizando a sua proteção e realização fática – e bem situar e controlar as normas infraconstitucionais, é necessário delinear os conteúdos dos direitos fundamentais, o que não pode ser feito através de uma interpretação textual da Constituição. Essa dificuldade leva os textualistas à recriação do próprio problema a ser enfrentado, pois, diante da necessidade do preenchimento do sentido vago das disposições constitucionais, são forçados a definir critérios capazes de selecionar qual é o correto sentido “literal” do texto constitucional. Alguns dizem que é o sentido atribuído pelos membros da assembléia constituinte que elaborou a Constituição; outros que é o sentido que pareceria razoável aos olhos da geração constituinte; e outros, ainda, que é o sentido que lhe dá a geração atual. Ou seja, os textualistas têm de apelar para fora do texto constitucional para solucionar dúvidas interpretativas. Porém, este é precisamente o defeito que eles apontam nas demais teorias constitucionais. Logo, essa é uma teoria que reproduz a sua própria crítica. Ver SCALIA, Antonin. *A matter of interpretation*. New Jersey: Princeton University Press, 1997. Para uma versão mais rica e proveitosa do argumento textualista: AMAR, Akhil Reed. *Intratextualism*. *Harvard Law Review*. 1999, v. 112, p. 747-827.

⁷ As teorias procedimentalistas criticam a busca de um conteúdo substancial na tutela dos direitos fundamentais com base no argumento de que inexistem valores fundamentais aceitos por todos os cidadãos de forma pacífica. Aqueles que se encontram nessas correntes afirmam que, diante da natureza aberta das normas constitucionais, não se deve dar ao juiz o poder de

preceitos constitucionais, advindo a legitimação da jurisdição do fato de os juízes aplicarem as cláusulas amplas da Constituição de acordo com uma concepção atraente dos valores morais que lhes servem de base⁸.

escolher os valores substanciais nelas contidos, pois isso poderia gerar a tirania dos tribunais. Portanto, a legitimidade da decisão, segundo essas teorias, jamais seria encontrada dando-se ao juiz o poder de determinar o conteúdo substancial dos direitos fundamentais para se opor à decisão da maioria da casa legislativa. Eis o que escreve John Hart Ely, um dos mais importantes representantes do procedimentalismo norte-americano: “Nossa sociedade não tomou a decisão constitucional a favor de um sufrágio quase-universal para mudar de atitude e aceitar, em decisões populares, a imposição, desde o alto, dos valores de juristas de primeira classe. Como Robert Dahls observou, ‘após quase vinte e cinco séculos, as únicas pessoas que parecem convencidas das vantagens de serem governadas por reis-filósofos são (...) uns poucos filósofos” (No original, “Our society did not make the constitutional decision to move to near-universal suffrage only to turn around and have superimposed on popular decisions the values of first-rate lawyers. As Robert Dahls has observed, ‘after nearly twenty-five centuries, almost the only people who seem to be convinced of the advantages of being ruled by philosopher-kings are (...) a few philosophers”) (ELY, John Hart. *Democracy and distrust: A theory of Judicial Review*. Cambridge: Harvard University Press, 1980, p. 59-60). Embora parte das teorias procedimentalistas faça preponderar a participação popular sobre os direitos fundamentais, a teoria de Habermas – ao contrário das outras teorias procedimentalistas – permite a infiltração da decisão por paradigmas ético-morais, mostrando-se preocupada com a formação de um consenso a respeito dos direitos fundamentais, em um espaço público no qual deva se desenvolver o debate popular. Segundo o filósofo alemão, a jurisdição constitucional deve buscar legitimidade assegurando que o processo de gênese da lei seja receptivo àquilo que os cidadãos estabelecem como consenso no espaço público. Para ele, os juízes constitucionais devem agir de modo a garantir as condições do processo democrático de legislação. A eles cabe “examinar os conteúdos de normas controvertidas, principalmente em conexão com os pressupostos comunicativos e condições procedimentais do processo legislativo democrático” (No original, “Die Inhalte strittiger Normen vor allem im Zusammenhang mit den Kommunikationsvoraussetzungen und Verfahrensbedingungen des demokratischen Gesetzgebungsprozess überprüfen” (HABERMAS, Jürgen. *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*. Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 1994, p. 320). V. ainda HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms*. Cambridge: Massachusetts Institute of Technology, 1988. Acerca da teoria da jurisdição constitucional de Habermas, ver, no Brasil, OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Devido processo legislativo*: Belo Horizonte, Mandamentos, 1998; CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2000, p. 203-217.

⁸ Ronald Dworkin sintetiza a proposta substancialista na seguinte passagem: “Nosso sistema constitucional repousa sobre uma teoria moral particular, isto é, que homens têm direitos morais [*moral rights*] contra o Estado. As cláusulas difíceis da Carta de Direitos (...) têm de ser entendidas como apelativas a conceitos morais (...); por essa razão uma corte que está incumbida do ônus de aplicar estas cláusulas plenamente como direito tem de ser uma corte ativista, no sentido de que precisa estar preparada para moldar e responder questões de moralidade política” (No original: “Our constitutional system rests on a particular moral theory, namely, that men have moral rights against the state. The difficulty clauses of the Bill of Rights (...) must be understood as appealing to moral concepts (...); therefore a court that undertakes the burden of applying these clauses fully as law must be an activist court, in the sense that it must be prepared to frame and answer questions of political morality”) (DWORKIN, Ronald.

No presente momento não importa analisar qual é a teoria mais adequada ou como é possível conferir legitimidade à decisão que afirma um direito fundamental em face da vontade da maioria. O objetivo é apenas demonstrar que a legitimação da jurisdição depende do conteúdo da decisão e, portanto – ao menos em face da teoria procedimentalista de Habermas e das teorias substancialistas – de um “consenso” acerca do significado do direito fundamental nela afirmado. Sendo assim, é evidente que a jurisdição não encontra legitimação ao oferecer decisões diversas para casos iguais ou ao gerar decisão distinta da que foi formada no tribunal competente para a definição do sentido e do significado das normas constitucionais e dos direitos fundamentais. Na verdade, é pouco mais do que absurdo pensar que o Poder Judiciário, caracterizado por um déficit de legitimidade democrática em relação ao Legislativo, possa ter várias concepções acerca de um mesmo direito fundamental, para num momento admitir e em outro negar a constitucionalidade do produto da Casa habitada pelos representantes eleitos pela maioria.

Se há uma definição judicial de direito fundamental, ou mesmo acerca do significado de uma lei federal, todos devem ser tratados igualmente perante elas. A menos, é claro, que se admita que a jurisdição possa e deva conviver com vários significados de um mesmo direito fundamental ou de uma mesma lei federal, o que eliminaria qualquer possibilidade de se ter uma elaboração teórica racionalmente capaz de explicar a legitimidade de uma decisão que afirma direito fundamental e deixaria sem qualquer razão de ser as normas constitucionais que consagram as funções jurisdicionais de uniformização da interpretação da lei federal e de atribuição de sentido à Constituição, além de, obviamente, violar a idéia imprescindível de igualdade perante a jurisdição.

3. Igualdade perante a lei e igualdade perante a interpretação judicial da lei

Taking rights seriously, Cambridge, Harvard Press, 1978, p. 147). V. também DWORKIN, Ronald. Integrity in law. In *Law's empire*, Cambridge, Harvard Press, 1986.; e, para a elaboração mais recente dessa tese, DWORKIN, Ronald. *Freedom's law: The Moral Reading of the American Constitution*. Oxford: Oxford University Press, 1996. Uma defesa qualificada da teoria substancialista também é encontrada em TRIBE, Laurence. *Constitutional choices*. Cambridge: Harvard University Press, 1985; TRIBE, Laurence; DORF, Michael. *On reading the Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1991.

3.1. A plurissignificação do texto legal

Não haveria motivo para falar em igualdade diante das decisões caso estas pudessem se resolver na mera aplicação da lei. Bastaria a noção de igualdade perante a lei. Portanto, quando se pensa em igualdade perante as decisões, remete-se ao problema da interpretação judicial⁹.

Deixe-se claro que se está considerando a decisão em relação à lei, embora obviamente não se ignore a importância dos fatos litigiosos para a construção da decisão judicial¹⁰. Descartados os fatos e resumindo-se a questão à aplicação da lei, é preciso lembrar que há tempo se aceita que a tarefa do intérprete não se resume à explicitação do texto da norma, devendo constituir uma continua reformulação e adequação do texto legal às novas situações concretas¹¹.

Com efeito, embora este item se proponha a demonstrar o impacto da técnica das cláusulas gerais e do neoconstitucionalismo sobre a idéia de mera aplicação da lei, não há como admitir – nem mesmo em nível teórico – a possibilidade de limitar a função judicial à simples aplicação da lei. Na verdade, é uma grande ingenuidade supor que o texto legal somente possa ter um significado ou uma interpretação. Essa

⁹ No livro *Interpreting Precedents*, advertem Bankowski, MacCormick, Morawski e Ruiz Miguel que o direito manteria uma uniformidade apenas formal caso pudesse variar de acordo com o caso. Anotam os juristas que a uniformidade do direito é um componente essencial para o tratamento igualitário de casos substancialmente similares, isto é, de casos que se qualificam como similares a partir de uma determinada e estável interpretação do direito. No original: “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” (BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, Neil; MORAWSKI, Lech; MIGUEL, Alfonso Ruiz, Rationales for precedent. *Interpreting Precedents: A Comparative Study*. London: Dartmouth, 1997, p. 481-482).
, p. 488).

¹⁰ Ver TARUFFO, Michele. Legalità e giustificazione della creazione giudiziaria del diritto. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Milano, 2001, p. 11 e ss. Também em TARUFFO, Michele. *Sui Confini...*, op. cit., p. 195 e ss.

¹¹ V. PICARDI, Nicola. La vocazione del nostro tempo per la giurisprudenza. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Milano, 2004, p. 54; CHIARLONI, Sergio. Ruolo della giurisprudenza e attività creative di nuovo diritto. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Milano, 2002/1, p. 1 e ss.

ingenuidade *pode* ser escusável apenas quando atrelada às angústias da tradição do *civil law*. Ora, por mais perfeita que a sua construção lingüística possa parecer, a norma – compreendida como texto legal – tem, em menor ou maior latitude, significado equívoco e indeterminado, e, assim, abre oportunidade a uma ampla variedade de interpretações – o que, por si só, já fundamenta um sistema de precedentes. Como diz Riccardo Guastini, o texto da lei admite uma pluralidade de interpretações, ou seja, exprime potencialmente não apenas uma norma (ditada pelo intérprete) de limites determinados, mas uma multiplicidade de normas alternativas, sempre de conteúdo indeterminado¹².

O problema da aplicação da lei não está propriamente no poder conferido ao juiz, mas na própria dicção da norma legal. Embora o objetivo da limitação da decisão à letra da lei seja o de conter o arbítrio do juiz, não há dúvida que a compreensão da lei, e, portanto, o subjetivismo, varia na medida em que a letra da norma abre maior ou menor espaço para o magistrado atuar na definição do significado normativo. Entende-se, em vista disso, que o subjetivismo do juiz é um dado; o que importa, diante da construção da decisão, é o texto legal. A lei é interpretada – e não meramente aplicada – não apenas porque o juiz inevitavelmente deve compreendê-la, mas especialmente porque o seu significado precisa ser apreendido e deduzido.

3.2. A técnica legislativa das cláusulas abertas

É lugar comum, na doutrina jurídica, a ideia de que, atualmente, vive-se a época da decodificação. Os Códigos, com sua pretensão de generalização e uniformidade, cederam lugar a leis especiais, destinadas a regular situações específicas, titularizadas

¹² “La prima tesi assume che i testi normativi siano dotati di un significato intrinseco oggettivo, e afferma che i giudici creano diritto quando disattendono tale significato, offrendo interpretazione ‘false’. Sorprendente ingenuità. Disgraziatamente non esiste affatto una cosa come il significato oggettivo dei testi normativi. Ogni testo normativo è almeno potenzialmente e almeno diacronicamente equivoco: sicché risulta semplicemente impossibile distinguere tra interpretazioni ‘vere’ e interpretazioni ‘false’. Quale mai dovrebbe essere il critério di verità delle tesi interpretative?” (GUASTINI, Riccardo. *Se i giudici creino diritto*. In: VIGNUDELLI, A (org.). *Istituzioni e dinamiche del diritto: I confini mobili della separazione dei poteri*. Milano: Giuffrè, 2009, p. 391).

por grupos e posições sociais determinados¹³.

No direito processual o fenômeno também é observado. Lembre-se que, no processo civil de conotação liberal clássica, deveria bastar um único procedimento para atender a todas as posições sociais e a todo e qualquer direito. A doutrina processual do início do século passado via os procedimentos especiais como espécie de desvio do procedimento padrão de tutela dos direitos. Contudo, já faz algumas décadas que os procedimentos especiais assumiram a conotação de instrumentos elaborados para atender às variadas situações jurídicas carentes de tutela¹⁴.

O problema é que, diante de uma variedade de procedimentos e de técnicas processuais, aumenta-se não só o poder do juiz, mas também a possibilidade de soluções variadas para as situações litigiosas. É claro que a situação substancial que pode ser tutelada mediante procedimento que viabiliza execução imediata da sentença, por exemplo, é tratada de forma diferenciada em relação a outra cujo procedimento de tutela submete a eficácia da sentença ao duplo grau de jurisdição¹⁵.

Ademais, diante da percepção do inevitável envelhecimento e esgotamento das disposições legislativas, tornou-se clara a necessidade de a lei conter espaços capazes de dar ao juiz o poder de adaptação da norma às novas realidades e valores. Surge, a partir daí, a noção de cláusulas gerais¹⁶, vista como técnica legislativa que se

¹³ V. IRTI, Natalino. *L'età della decodificazione*. Milano: Giuffrè, 1979; IRTI, Natalino, *Codice Civile e Società Politica*, 7. ed. Roma: Laterza, 2005.

¹⁴ Como isso é rompida a confusão entre instrumentalidade do processo e neutralidade do processo em relação ao direito material, afirmando-se a noção de instrumentalidade substancial.

¹⁵ “La pluralità di normative processuali e, quindi, di riti differenziati, già di per sé, favorisce la possibilità di soluzioni diversificate ed, in ultima istanza, aumenta il tasso di discrezionalità delle decisioni del giudice. Del resto, a suo tempo, già Giambattista Vico osservava: ‘hodie leges ita minutae, ut innumera privilegia videantur’. L’aumento dei poteri del giudice si coglie, poi, anche in riferimento alle scelte e agli adattamenti delle procedure e delle tecniche di risoluzione delle controversie. A titolo di esempio, basti ricordare come nella giustizia civile il ricorso ai provvedimenti d’urgenza sia divenuto ormai molto frequente e le misure cautelari o quelle anticipatorie tendano a definire la controversia. Si profila, in altri termini, una forma di ‘supplenza’ della tutela cautelare e di quella anticipatoria, o comunque della cognizione sommaria, rispetto all’altra cognizione piena ed esauriente” (PICARDI, Nicola. La vocazione del nostro tempo per la giurisdizione. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Milano, 2004, p. 44).

¹⁶ V. MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um “sistema em construção”. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, v. 15, 1998, p.129 e ss; GONDINHO, André Osorio. Codificação e cláusulas gerais. *Revista trimestral de direito civil*, Rio de Janeiro, n. 2,

contrapõe à técnica casuística. Há profunda modificação na maneira de o legislativo produzir direito. Ou melhor, ainda que o legislativo continue a se valer de Códigos, deixa-se de utilizar apenas a técnica casuística, admitindo-se, ao seu lado, as chamadas cláusulas gerais, destinadas a permitir ao juiz considerar circunstâncias não normatizadas para dar solução adequada aos casos concretos.

A técnica casuística é utilizada quando, para a estruturação da norma, estabelecem-se, na medida do possível, critérios para a qualificação dos fatos normados¹⁷. Norma de tal espécie não exige maior esforço do juiz, permitindo aplicação por meio de subsunção. Ao revés, as cláusulas gerais são caracterizadas por vagueza ou imprecisão de conceitos, tendo o objetivo de permitir o tratamento de particularidades concretas e de novas situações, inexistentes e imprevisíveis à época da elaboração da norma¹⁸.

Observa Judith Martins-Costa que as cláusulas gerais não pretendem “dar, previamente, respostas a todos os problemas da realidade, uma vez que essas respostas são progressivamente construídas pela jurisprudência”. Adverte que, “por nada regulamentarem de modo complexo e exaustivo, atuam tecnicamente como metanormas, cujo objetivo é enviar o juiz para critérios aplicativos determináveis ou em outros espaços do sistema ou através de variáveis tipologias sociais, dos usos e costumes objetivamente vigorantes em determinada ambiência social. Em razão destas características esta técnica permite capturar, em uma mesma hipótese, uma ampla variedade de casos cujas características específicas serão formadas por via jurisprudencial, e não legal”¹⁹.

Note-se, desde logo, que a técnica das cláusulas gerais, peculiar aos códigos da contemporaneidade, funda-se na premissa de que a lei pode ser apenas elemento que colabora para a construção judicial do direito. Portanto, tal técnica não só faz ruir a idéia de completude dos compêndios legislativos, definidos exclusivamente a partir da

abr./jun. 2000, p. 3 e ss; TEPEDINO, Maria Celina B. M. A caminho de um direito civil constitucional. *Revista de direito civil*, Rio de Janeiro, v. 65, 1993, p. 21 e ss.

¹⁷ MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um “sistema em construção”. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, v. 15, p. 134.

¹⁸ V. PICARDI, Nicola. La vocazione del nostro tempo per la giurisprudizione. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Milano, 2004, p. 46.

¹⁹ MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um “sistema em construção”. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, v. 15, p. 134.

técnica casuística, como demonstra a insuficiência da lei, aplicada à base de subsunção, para a solução dos variados casos litigiosos concretos. Com isso, inquestionavelmente confere maior subjetividade ao juiz, dando-lhe poder para construir a decisão a partir de elementos que não estão presentes no tecido normativo.

A passagem da técnica casuística, em que a aplicação da norma se dá por subsunção, para a técnica das cláusulas gerais, em face da qual se exige um raciocínio judicial muito mais complexo e sofisticado, faz ver a necessidade de insistir na igualdade perante as decisões judiciais. De fato, quando se tem consciência teórica de que a decisão nem sempre é resultado de critérios previamente normatizados, mas pode constituir regra, fundada em elementos que não estão presentes na legislação, destinada a regular um caso concreto, não há como deixar de perceber que as expectativas que recaíam na lei transferem-se para a decisão judicial. A segurança jurídica passa a estar estritamente vinculada à decisão; essa é responsável pela previsibilidade em relação ao direito, e, portanto, tem que contar com estabilidade.

Acontece que, diante deste deslocamento de eixo, torna-se também necessário repensar o significado externo de decisão. Não basta mais afirmar que esta não pode ser vista como mera aplicação da lei: trata-se de algo é óbvio e indiscutível. É imprescindível conferir à decisão do juiz contemporâneo um outro valor, que lhe assegure respeito e previsibilidade.

Ora, se o juiz se vale da cláusula geral para chegar na regra adequada à regulação do caso concreto, a cláusula geral é norma legislativa incompleta e a decisão é a verdadeira norma jurídica do caso concreto. Dessa forma, como é intuitivo, afigura-se previsível a possibilidade de os juízes criarem diversas normas jurídicas para a regulação de casos substancialmente idênticos. Acontece que, como é óbvio, a função das cláusulas gerais não é a de permitir uma inflação de normas jurídicas para um mesmo caso, mas o estabelecimento de normas jurídicas de caráter geral.

E isso é detectado pela melhor doutrina civilista dos nossos dias. Judith Martins-Costa escreve que o “o alcance para além do caso concreto ocorre porque, pela reiteração dos casos e pela reafirmação, no tempo, da *ratio decidendi* dos julgados, se especificará não só o sentido da cláusula geral mas a exata dimensão da sua normatividade. Nesta perspectiva o juiz é, efetivamente, a boca da lei – não porque

reproduza, como um ventríloquo, a fala do legislador, como gostaria a Escola da Exegese – mas porque atribuiu a sua voz à dicção legislativa tornando-a, enfim e então, audível em todo o seu múltiplo e variável alcance”²⁰.

Como se vê, a notável civilista chega até mesmo a utilizar termo próprio à teoria dos precedentes (*ratio decidendi*), comumente utilizado no *common law* para identificar o real significado de um precedente e o modo e a extensão em que ele vincula as decisões judiciais subseqüentes.

Tudo isso quer dizer que, embora o juiz possa criar a norma jurídica, é preciso impedir que haja uma multiplicidade de normas jurídicas para casos iguais, gerando insegurança e desigualdade. Aplica-se aí, literalmente, a máxima do *common law*, no sentido de que casos iguais devem ser tratados da mesma forma (*treat like cases alike*).

Não obstante, considerando-se que a técnica das cláusulas gerais difundiu-se a partir dos anos 40 do século XX, é no mínimo curioso constatar que os países do *civil law* – e, no que aqui realmente importa, o Brasil – não tenham efetivamente se dado conta do problema. Na verdade, o sistema que prevê cláusulas gerais e deixa de instituir mecanismo vocacionado à fixação de normas jurídicas com caráter geral, comporta-se de forma irresponsável e em desacordo com a Constituição, em especial com as normas que garantem a segurança e a igualdade. Ao assim proceder, o sistema apresenta o remédio, mas esquece dos perversos efeitos colaterais que ele proporciona.

A concepção de Judiciário apagado pelo Legislativo e a idéia de juiz mero executor da lei obviamente estão distantes. Isso não significa, no entanto, que a admissão da insuficiência da lei e a atribuição de poder ao juiz para ditar a norma capaz de regular o caso concreto tenham gerado um sistema em que o magistrado é livre para criar o direito. A ampliação da latitude do poder judicial com base nas cláusulas gerais não apenas exige um sistema de precedentes, como ainda reclama um aprofundamento de critérios capazes de garantir o controle das decisões judiciais.

Para encarar com profundidade a discussão, cabe a análise do que se vê no

²⁰ MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um “sistema em construção”. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, v. 15, p. 139.

direito processual contemporâneo. Também o direito processual civil foi repentinamente marcado por um paulatino e progressivo aumento dos poderes do juiz. Deixou-se de lado a rigidez das regras e a suposição de que a segurança e a igualdade apenas poderiam ser garantidas caso o juiz não tivesse espaço para fugir da letra da lei e da tipicidade das formas processuais. Foram instituídas no Código de Processo Civil normas com conceitos vagos e outras que expressamente atribuem ao juiz o poder-dever de adotar a técnica processual necessária a adequada tutela do direito material no caso concreto.

A alteração do direito processual civil e da função judicial no aspecto procedimental têm relação com a necessidade de se dar ao juiz poder e mobilidade que lhe permitam tutelar de forma efetiva as novas situações de direito substancial. Não foi por outra razão que foram abandonadas as vetustas garantias de segurança e de liberdade proporcionadas pelas “formas” do processo civil clássico. Neste sentido é interessante a lembrança de Vittori Denti acerca de célebre conferência de Chiovenda²¹, pronunciada no alvorecer do século XX, em que o cultor do direito processual italiano não apenas frisou a necessidade das formas para evitar a possibilidade de arbítrio do juiz, como ainda sublinhou “a estreita ligação entre a liberdade individual e rigor das formas processuais”²².

Vigorou no processo civil, particularmente à época do processo civil clássico, o chamado princípio da tipicidade das formas executivas, cujo significado era impedir a utilização de meios executivos não expressamente previstos na lei. O princípio objetivava garantir a liberdade dos litigantes diante da jurisdição. Medindo-se o poder de atuação do juiz pela lei, eram garantidas as formas mediante as quais a atividade jurisdicional poderia ser exercida. Dava-se ao litigante a garantia de que, no caso de sua eventual condenação, a jurisdição não poderia ultrapassar os limites dos meios executivos expressamente tipificados na lei.

Porém, com o passar do tempo, tornou-se necessário munir os litigantes e o juiz de uma maior latitude de poder, seja para permitir que os jurisdicionados pudessem

²¹ CHIOVENDA, Giuseppe. Le forme nella difesa giudiziale del diritto. *Saggi di diritto processuale civile*. Milano: Giuffrè, 1901 (reed. 1993).

²² DENTI, Vittorio. Il processo di cognizione nella storia delle riforme. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Milano, 1993, p. 808.

utilizar o processo de acordo com as novas situações de direito material e com as realidades concretas, seja para dar ao juiz a efetiva possibilidade de tutelá-las.

Esta necessidade levou o legislador não só a criar uma série de institutos dependentes do preenchimento de conceitos indeterminados – como a tutela antecipatória fundada em “abuso de direito de defesa” (artigo 273, inciso II, Código de Processo Civil) –, admitindo o seu uso na generalidade dos casos, mas também a fixar o que denomino de normas processuais abertas (artigo 461, Código de Processo Civil).

Tais regras decorrem da aceitação da ideia de que a lei não pode atrelar as técnicas processuais a cada uma das necessidades do direito material ou desenhar tantos procedimentos especiais quantos forem supostos como necessários à tutela jurisdicional dos direitos. A lei processual não pode antever as verdadeiras necessidades de direito material, uma vez que estas não apenas rapidamente se modificam, como assumem contornos variados conforme os casos concretos. Diante disso, chegou-se naturalmente à necessidade de uma norma processual destinada a dar aos jurisdicionados e ao juiz o poder de identificar, ainda que dentro da sua moldura, os instrumentos processuais adequados à tutela dos direitos.

Contudo, tais normas não somente conferem maior poder para a utilização dos instrumentos processuais, como também outorgam ao juiz o dever de demonstrar a idoneidade do seu uso, em vista da obviedade de que todo poder deve ser exercido de maneira legítima. Se antigamente o controle do poder jurisdicional era feito a partir do princípio da tipicidade, ou da definição dos instrumentos que podiam ser utilizados, hoje esse controle é mais complexo e sofisticado.

Assim, por exemplo, a legitimidade do uso dos instrumentos processuais do artigo 461 do Código de Processo Civil, que oferece às partes e ao juiz um leque de instrumentos processuais destinados a viabilizar a denominada “tutela específica”, depende da identificação da espécie de tutela específica (tutela inibitória etc.) objeto do caso concreto, da consideração do direito de defesa e da regra da necessidade – não esquecendo, obviamente, da racionalidade da argumentação expressa na fundamentação da decisão.

Tal artigo afirma que o juiz poderá impor multa diária ao réu para constrangê-lo ao cumprimento de ordem de fazer ou de não fazer, na concessão da tutela antecipatória

ou na sentença concessiva da tutela final (artigo 461, §§ 3.º e 4.º), ou ainda determinar, para dar efetividade a qualquer uma dessas decisões, as “medidas *necessárias*”, que são exemplificadas, pelo § 5.º, com a multa, a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras e o impedimento de atividade nociva. Ou seja, o legislador deu ao juiz o poder de impor o meio executivo adequado (artigo 461, §§ 4.º e 5.º), adotar a sentença idônea e conceder a tutela antecipatória (artigo 461, § 3.º), fazendo referência apenas às técnicas processuais que podem ser utilizadas, mas não precisando em que situações de direito material, e muito menos em que casos concretos, elas devem ser aplicadas.

Perceba-se que, para a adequada aplicação dessa norma, o juiz é obrigado a identificar e precisar as necessidades de direito material particularizadas no caso concreto. De modo que não há como o juiz ordenar um fazer ou um não-fazer sob pena de multa, determinar a busca e apreensão ou conceder a tutela antecipatória (sempre por exemplo) sem anteriormente compreender a razão pela qual está atuando, ou melhor, sem antes identificar a espécie de tutela específica solicitada (inibitória, de remoção de ilícito, ressarcitória etc.) e os seus pressupostos (ameaça de ilícito, prática de ato contrário ao direito, dano etc.)²³.

Contudo, quando se busca a técnica processual idônea a efetivamente tutelar o direito, e, assim, o adequado preenchimento judicial da norma processual aberta, evidentemente não é possível esquecer-se da esfera jurídica do réu. Se é possível escolher a técnica processual capaz de dar proteção ao direito, não há como admitir que tal escolha possa prejudicar o demandado. Isso quer dizer que a utilização da

²³ Os procedimentos e as técnicas processuais somente adquirem substância quando relacionados ao direito material e às situações concretas, e por isso podem correr o risco de serem vistos como neutros em relação ao direito substancial e à realidade social quando pensados como procedimentos ou técnicas voltados, e.g., à imposição de um fazer ou à busca e apreensão. Ora, não é preciso muito esforço para evidenciar que impor um fazer, ou determinar a busca e apreensão, não tem qualquer significado no plano do direito material ou concreto. É por isso que se insiste em falar em tutela inibitória, ressarcitória, do adimplemento na forma específica etc. Note-se que “tutela” significa o resultado jurídico-substancial do processo, representando o impacto do processo no plano do direito material. Quando se teoriza o tema das “tutelas”, tem-se em mira exatamente a imprescindibilidade da identificação das situações de direito material para a compreensão crítica da lei processual e para o delineamento das técnicas processuais capazes de outorgar efetividade à prestação jurisdicional e, assim, colocá-la em uma dimensão realmente apta a concretizar o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva.

técnica processual, diante da norma processual aberta, tem a sua legitimidade condicionada não apenas à identificação da tutela do direito material, mas também a um prévio controle que considera tanto o direito do autor quanto o direito do réu.

Esse controle é feito a partir de sub-regras da regra da proporcionalidade, isto é, das regras do meio idôneo e da menor restrição possível. A providência jurisdicional deve ser idônea à tutela do direito e, ao mesmo, a que traz a menor restrição possível à esfera jurídica do réu. É claro que, antes de tudo, a providência deve ser idônea à tutela do direito. O juiz somente deve se preocupar com a menor restrição possível após ter identificado o meio idôneo à tutela do direito.

Entretanto, a necessidade de raciocinar a partir da consideração da tutela no plano do direito material e da regra da necessidade não teria significado sem a devida justificativa, ou seja, sem a motivação capaz de expressar adequadamente o raciocínio judicial. A justificativa permite controle crítico sobre o poder do juiz²⁴, sendo que o equívoco da justificativa evidencia a ilegitimidade do uso da técnica processual.

A ampliação do poder de execução do juiz, ocorrida para dar maior efetividade à tutela dos direitos, possui, como contrapartida, a necessidade de que o controle da sua atividade seja feita a partir da compreensão do significado das tutelas no plano do direito material, das regras do meio idôneo e da menor restrição e mediante o seu indispensável complemento, a justificação judicial. Pelo fato de o juiz ter poder para a determinação da melhor maneira de efetivação da tutela, exige-se dele, por conseqüência, a adequada justificação das suas escolhas²⁵. Nesse sentido se pode dizer que a justificativa é a outra face do incremento do poder do juiz.

²⁴ V. TARUFFO, Michele. *La motivazione della sentenza civile*. Padova: Cedam, 1975, p. 194-195; Funzione della prova: la funzione dimostrativa. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, 1997, p. 553-554; La motivazione della sentenza. *Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba: Genesis, ano VIII, n. 30, out./dez. 2003, p. 674 e ss.; Il controllo di razionalità della decisione fra logica, retorica e dialettica. Disponível em <www.studiocelentano.it/lenuovevocieldiritto>. Último acesso em 15/11/2009. *Senso comum, experiência e ciência no raciocínio do juiz*, Conferência na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, 2002, p. 17.

²⁵ A regra da necessidade, embora faça parte do *raciocínio decisório*, pois viabiliza a decisão, obviamente não pode ser ignorada quando da justificativa. Até porque tal regra não serve apenas para facilitar a decisão, mas muito mais para que se possa justificá-la de modo racional, permitindo-se o seu controle pelas partes.

3.3. A legalidade substancial

De lado a questão das cláusulas gerais, outro aspecto, com profundas implicações sobre a tradição do *civil law*, deve ser considerado. Embora as cláusulas gerais também tenham a função de viabilizar a infiltração dos direitos fundamentais nos códigos e leis, o impacto do neoconstitucionalismo sobre a interpretação jurídica é mais extenso.

No Estado constitucional, as normas constitucionais e os direitos fundamentais dão unidade e harmonia ao sistema e, por isto, obrigam o intérprete a colocar o texto da lei na sua perspectiva. Em outras palavras, as normas constitucionais são vinculantes da interpretação das leis²⁶.

Embora a interpretação da lei sempre deva considerar o texto constitucional, nem sempre, como é óbvio, o intérprete está diante de um caso difícil, que lhe exige a individualização da interpretação que esteja de acordo com a Constituição. Porém, quando isso ocorre, a margem de discricionariedade – compreendida como latitude de poder – para o juiz definir a interpretação da norma é incontestavelmente mais ampla do que aquela que lhe é conferida por uma regra que deve ser aplicada mediante subsunção.

A necessidade de compreensão da lei a partir da Constituição aumenta o risco de subjetividade das decisões judiciais, o que acaba vinculando a legitimidade da prestação jurisdicional à sua precisa justificação. Dessa forma, se, como escreve Wróblewski, justificar uma decisão judicial consiste em dar-lhe as razões apropriadas²⁷, o problema da legitimidade da decisão judicial encontra-se na definição daquilo que

²⁶ “Segundo certas doutrinas, as Constituições não são mais que um ‘manifesto’ político cuja concretização constitui tarefa exclusiva do legislador: os tribunais não devem aplicar as normas constitucionais – carentes de qualquer efeito imediato –, mas apenas as normas que são afirmadas pelas leis. Pois bem, *um dos elementos do processo de constitucionalização é precisamente a difusão, no seio da cultura jurídica, da idéia oposta, ou seja, da idéia de que toda norma constitucional – independentemente de sua estrutura ou de seu conteúdo normativo – é uma norma jurídica genuína, vinculante e suscetível de produzir efeitos jurídicos*” (GUASTINI, Riccardo. La “constitucionalización” del ordenamiento jurídico: el caso italiano. In: FERRAJOLI, Luigi et al. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2001, p. 53).

²⁷ WRÓBLEWSKI, Jerzy. Legal syllogism and rationality of judicial decision. *Rechtstheorie*, Berlin, Duncker & Humblot, v. 5, 1974, p. 1, p. 39.

assegura a sua aceitabilidade racional²⁸.

É certo que a decisão deve se guiar pela lei, mas isso não é suficiente como argumento em favor da decisão. Decisão racional não é o mesmo que decisão baseada apenas em dados dotados de autoridade; geralmente, senão sempre, a decisão judicial exige que a argumentação recaia em pontos que não podem ser dedutivamente expostos²⁹. Melhor dizendo, a racionalidade do discurso judicial, sempre que ultrapassa a simples dedução lógica a partir da norma geral para o caso particular – é dizer, sempre que põe em questão a premissa da subsunção – envolve um discurso que vai além daquilo que *tradicionalmente* se concebe como jurídico – que extravasa o domínio restrito das “fontes do direito” –, o qual se pode chamar de discurso prático ou moral.

Esta situação é propícia para a diversidade de decisões. Nestas hipóteses, também não há como admitir a existência de uma pauta racional capaz de fazer com que todos os juízes cheguem a uma mesma decisão, ainda que estejam diante de casos substancialmente iguais. De modo que, também quando se dá aos juízes poder para definir casos que apenas podem ser resolvidos mediante delicada interpretação da norma à luz da Constituição, há imprescindível necessidade de se estabelecer uma norma jurídica ou um precedente com alcance geral.

3.4. O controle incidental da constitucionalidade das leis

²⁸ V. MICHELMAN, Frank. Justification (and justifiability) of law in a contradictory world. *Nomos XXVIII: Justification*, New York: New York University Press, v. 71, 1986, p. 71-99.

²⁹ A respeito da argumentação jurídica, além das abordagens precursoras de Chaïm Perelman (PERELMAN, Chaïm; OLBRECHT-TYTECA, Lucie. *Trattato dell'argomentazione*. Torino: Einaudi, 1996), Theodor Viehweg (VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. Brasília: UNB, 1979), Edward H. Levi (LEVI, Edward H. *An introduction to legal reasoning*. Chicago: University of Chicago Press, 1949) e Stephen Toulmin (TOULMIN, Stephen. *The uses of argument*. Cambridge: Cambridge University Press, 1958), são fundamentais as teorias de Neil MacCormick (MACCORMICK, Neil. *Legal reasoning and Legal Theory*. Oxford: Clarendon Press, 1978), Ronald Dworkin (DWORKIN, Ronald. *Law's empire*, op. cit.), Robert Alexy (ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. São Paulo: Landi, 2001), Aulis Aarnio (AARNIO, Aulis. *Lo racional como razonable*: Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991), Aleksander Peczenik (PECZENIK, Aleksander. *On law and reason*. Dordrecht: Kluwer, 1989), Klaus Günther (GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. São Paulo: Landy, 2004), Jürgen Habermas (HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*, op. cit.), Cass Sunstein (SUNSTEIN, Cass. *Legal reasoning and political conflict*. New York: Oxford University Press, 1996) e Manuel Atienza (ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica* (trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino). São Paulo: Landy, 2006).

Mas a força do neoconstitucionalismo, em especial no sistema brasileiro, é ainda maior. Ora, quando se dá ao Judiciário o poder de controlar a constitucionalidade da lei, é evidente que a função judicial ultrapassa em muito o limite que fora desejado pelo Estado legislativo. No Brasil, o juiz de primeiro grau de jurisdição e os tribunais ordinários têm poder para deixar de aplicar norma que considerem inconstitucional, assim como para adotar as técnicas de controle da constitucionalidade denominadas de ‘interpretação conforme à Constituição’ e de “declaração parcial de nulidade sem redução de texto”. O Judiciário, nesses casos, contrapõe-se à produção do Legislativo, exercendo atividade inquestionavelmente criadora.

O poder jurisdicional de afirmação da inconstitucionalidade da lei, necessária para a constitucionalização da ordem jurídica, coloca o juiz na posição de agente capaz de negar o produto elaborado pelos representantes da maioria. Como adverte Alexander Bickel ao delinear a formulação clássica do problema da jurisdição no constitucionalismo estadunidense, a dificuldade fundamental é que o controle judicial de constitucionalidade é uma força contra-majoritária no sistema. “Quando a Suprema Corte declara inconstitucional um ato legislativo, ou a ação de um representante do executivo eleito, ela frustra a vontade dos representantes do povo real do aqui e agora; ela exercita controle, não em nome da maioria prevalecente, mas contra ela. Isso, sem implicações místicas, é o que realmente acontece. (...) é a razão pela qual é possível a acusação de que o controle judicial de constitucionalidade não é democrático”³⁰.

Entretanto, embora o controle da constitucionalidade possa ser visto como força contra-majoritária, a sua legitimidade advém da circunstância de que os direitos fundamentais estão excluídos da disposição do Legislativo, tendo o Judiciário o dever de protegê-los, concretizá-los e afirmá-los para a própria constitucionalização do ordenamento jurídico.

³⁰ “The root difficulty is that judicial review is a counter-majoritarian force in our system. (...) When the Supreme Court declares unconstitutional a legislative act or the action of an elected executive, it thwarts the will of representatives of the actual people of the here and now; it exercises control, not in behalf of the prevailing majority, but against it. That, without mystic overtones, is what actually happens. (...) it is the reason the charge can be made that judicial review is undemocratic” (Alexander Bickel, *The least dangerous branch*, New Haven, Yale University Press, 1986, p. 16-17).

Na realidade, como os direitos fundamentais são afirmados por um Poder com déficit de legitimidade popular, eles devem expressar o consenso popular. Porém, o consenso popular é formado por diversas concepções, as quais são naturalmente conflitivas e antagônicas³¹. Alexy distingue uma concepção moral individual ou particular diante de uma concepção moral pública, afirmando que essa última envolve uma representação *comum* sobre as condições justas de cooperação social em um mundo caracterizado pelo *pluralismo*. Para tanto, fundando-se em Rawls³², conclui que o conteúdo dos direitos fundamentais está no que os cidadãos racionais com concepções pessoais *distintas* consideram como condições de cooperação *social* justas “tão importantes” (*consenso*) que não podem ser deixadas nas mãos do legislador³³.

Ao afirmar a inadequação da lei a um direito fundamental, o juiz deve argumentar que a lei interfere sobre o bem que foi excluído da sua esfera de disposição³⁴. Não se trata simplesmente de opor o direito fundamental à lei, mas sim de demonstrar, mediante adequada argumentação, que a lei se choca com o direito fundamental. Portanto, a afirmação do direito fundamental diante da lei deve significar oposição entre uma argumentação jurisdicional em prol da sociedade e a decisão tomada pelo Legislativo. Trata-se, como diz Alexy, de uma *representação argumentativa* a cargo da jurisdição em face de uma *representação política* concretizada na lei³⁵.

Mas a compreensão da existência destas duas formas de representação não resolve o problema. Se a jurisdição detém a representação argumentativa em benefício da sociedade e em defesa dos direitos fundamentais, mas a representação política está

³¹ ALEXY, Robert. Los derechos fundamentales en el Estado Constitucional Democrático. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2001, p. 39.

³² Segundo Rawls, as concepções individuais racionais, ainda que opostas, podem permitir um consenso. Para explicar a sua idéia, diz Rawls que deve haver um consenso sobreposto (*overlapping consensus*), o qual seria a única forma de alcançar uma concepção pública de justiça em uma sociedade pluralista (RAWLS, John. *A theory of justice*. Cambridge: Harvard University Press, 1971, p. 132 e ss.).

³³ ALEXY, Robert. Los derechos fundamentales..., op. cit., p. 40.

³⁴ Id.

³⁵ ALEXY, Robert. Los derechos fundamentales..., op. cit., p. 40; ERMAN, Walter. Lücken im materialrechtlichen und prozessualen Schutz von Rechten. *Juristenzeitung*, Tübingen: Mohr Siebeck, 1960, p. 297; CLASSEN, Claus Dieter. Gesetzesvorbehalt und Dritte Gewalt. *Juristenzeitung*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2003, p. 693.

consubstanciada na lei, é necessário que a representação argumentativa supere a representação política³⁶.

Nessa perspectiva a democracia não se resume apenas a um processo de decisão marcado pela existência de eleições periódicas e pela regra da maioria. Um conceito adequado de democracia deve envolver não somente decisão, mas também discussão³⁷. A inclusão da discussão no conceito de democracia torna a democracia deliberativa³⁸. Trata-se de uma tentativa de institucionalizar o discurso tanto quanto possível como um instrumento para a produção de decisões públicas³⁹. Essa dimensão discursiva da democracia é exercida pela representação argumentativa, e é nela que se situam as bases da convivência política legítima. O controle judicial de constitucionalidade da lei se justifica quando os juízes demonstram publicamente que seus julgamentos estão amparados em argumentos que são reconhecidos como bons argumentos, ou, ao menos, como argumentos plausíveis, por todas aquelas pessoas racionais que aceitam a Constituição.

De modo que o controle da constitucionalidade da lei dá ao juiz o poder-dever de argumentar e convencer a sociedade quando surge a divergência sobre se uma decisão do legislador se choca com um direito fundamental. Note-se, porém, que se o Judiciário tem o poder de afirmar o significado dos direitos fundamentais para controlar e corrigir as leis, a decisão judicial que os afirma, por ter uma importância que transcende a toda a legislação infraconstitucional e a necessidade de identificar um discurso racional, não pode deixar de ter alcance geral obrigatório.

Perceba-se que o problema da necessidade de se atribuir alcance geral obrigatório às decisões que realizam o controle de constitucionalidade apenas existe nos sistemas de controle difuso da constitucionalidade, como no Brasil. Não há como admitir que um juiz de primeiro grau de jurisdição, ou mesmo qualquer tribunal, possa decidir mediante uma concepção de direito fundamental destoante da que lhe tenha sido atribuída pelo Supremo Tribunal Federal, ainda que em sede de controle difuso da

³⁶ V. SPECTOR, Horacio. Judicial review, rights and democracy. *Law and Philosophy*, n. 22, 2003, p. 334.

³⁷ ALEXY, Robert. Balancing, constitutional review and representation. *International Journal Of Constitutional Law*, Oxford: Oxford Journals, v. 3, n. 4, 2005, p. 579.

³⁸ Id.

³⁹ Id.

constitucionalidade.

Não há necessidade de pensar em coisa julgada *erga omnes*, própria às ações em que o controle de constitucionalidade é concentrado, ou em súmula vinculante. As decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal, mesmo em controle difuso – v.g., recurso extraordinário –, não podem deixar de ter eficácia vinculante. O Judiciário não pode legitimamente conviver com concepções diversas e antagônicas acerca de um direito fundamental, máxime quando o seu significado já foi definido pelo Supremo. Imaginar que as decisões tomadas por este tribunal, apenas por serem produzidas em controle difuso, não obrigam os demais juízes, é desconsiderar a fragilidade do coeficiente de legitimidade democrática do Judiciário e esquecer-se da importância do discurso – visto como elemento componente do conceito de democracia – como via de legitimação do controle da constitucionalidade.

De qualquer forma, está claro que as concepções de direito e de jurisdição foram transformadas, sobretudo em virtude do impacto da técnica das cláusulas gerais e do neoconstitucionalismo. Isso é mais do que suficiente para impor urgente elaboração dogmática capaz de garantir a igualdade perante as decisões judiciais.