

Estado Democrático de Direito: Insegurança jurídica é intolerável



Tornou-se lugar comum, na doutrina, a afirmação de que temos no Brasil, hoje, um sistema de precedentes.

A jurisprudência estaria a mostrar toda sua força e importância. Muitos autores, nesse contexto, entendem que estaríamos nos aproximando do que ocorre em outros países, que adotam o modelo de *common law*. Estudar o tema, repentinamente, tornou-se algo quase que obrigatório. Autores expressivos que escrevem sobre a criação judicial do direito em tais sistemas passaram a ser estudados – ou, ao menos, seus nomes tornaram-se conhecidos – entre nós.

É inegável: a jurisprudência está no centro das atenções. Muitos falam sobre a jurisprudência como fonte de direito, e isso é algo forte. Não se pode falar em jurisprudência como fonte de direito sem algum cuidado. *Esse necessário cuidado* tem chamado a atenção de parte doutrina. Há escritos interessantes, produzidos por autores que se dedicam ao estudo da teoria do direito, do direito constitucional e direito processual civil.

A experiência colhida em países como Estados Unidos da América e Inglaterra, creio, pode nos ajudar nesse “processo de transformação” da importância da jurisprudência no direito brasileiro. Pensar que vivemos em um modelo de *common law*, no entanto, parece algo exagerado e descabido. O modelo de precedentes brasileiro deve encontrar suas bases no modelo constitucional brasileiro, ainda que a experiência colhida no direito comparado possa nos auxiliar, aqui e ali.

Há, também, a “onda de princípios”. Repentinamente, parece que tudo deve ser explicado em razão de um princípio. Mas não há consenso acerca do que deve ser considerado um princípio jurídico. Não raro, autores estrangeiros que têm visões diferentes a respeito do tema são citados para justificar a opção por um *sentido* de princípio, como se pensassem de um mesmo modo... Devemos nos preocupar com o significado de princípio, se se trata de algo diferente ou não das regras e dos valores, e há vários estudos na doutrina brasileira a respeito. Mas, quando se trata de dizer que “isto” é um princípio, parece que estamos distantes de um acordo. Mais ainda: depois de se afirmar que algo é um princípio, o passo seguinte – e mais perigoso – parece ainda mais incerto, entre nós. Afinal, o que pode um juiz fazer com o disposto no art. 1.º, III da Constituição, que estabelece a *dignidade da pessoa humana* como um dos

fundamentos da República brasileira? Se tomarmos por base a construção jurisprudencial recente do Supremo Tribunal Federal, arrisco-me a dizer: praticamente tudo. Mas é certo que seja assim?

Acompanhamos – alguns com entusiasmo, outros com temor – o avanço da jurisprudência sobre temas totalmente novos – alguns deles, inclusive, que sequer são jurídicos, para alguns. Um exemplo recente é o relativo ao abandono afetivo. Os fundamentos do acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça são muito interessantes. Trata-se do *cuidado como valor jurídico*, de como o ser humano precisa cuidar do outro “para realizar sua humanidade, para crescer no sentido ético do termo”. O cuidado como valor jurídico é, de acordo com o referido julgado, incorporado pelo artigo 227 da Constituição. Aí está: o texto constitucional, de algum modo, refere-se ao “dever de cuidado”. Fico apenas neste exemplo, que demonstra que valores antes pertencentes à “moral” foram incorporados ao Direito. Não se trata, pois, de discutir sobre a diferença entre direito e moral, mas de saber como decidir e aplicar *essa norma constitucional*.

Exige-se *algo mais* do intérprete/aplicador do direito. É muito fácil cair na tentação de decidir, em situações como a descrita, não com base na norma jurídica, mas no que o próprio juiz pensa, a respeito daquele valor alçado ao nível de norma jurídica. Não surpreende que, em casos assim, as decisões judiciais cite como fundamento trabalhos científicos de outras áreas (no exemplo citado, há transcrição de um livro de psicologia). Há uma sensação de que a norma jurídica trouxe para dentro de si valores para os quais o discurso jurídico ainda é insuficiente, e é necessário buscar algo “fora” do direito para resolver os problemas humanos.

Interpretar/aplicar a norma jurídica não é apenas método; é também arte.

Mas, se o direito é mesmo construído pela jurisprudência, que *precedente* pode ser extraído do julgado proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, sobre abandono afetivo? Quais as condições que deverão estar presentes, para que seja observado em casos futuros? A orientação firmada é *forte*, e influenciará decisões vindouras, ou tende a ser abandonada? Enfim, deve haver um labor com o intuito de se extrair a orientação (ou orientações) a ser(em) seguida(s) – o que, *grosso modo*, seria o precedente – pelo próprio tribunal ou pelos demais tribunais do país (ou *stare decisis* vertical e horizontal, para usar termos de *common law*). Interessa, por outro lado, conhecer os trechos dos julgados que efetivamente contribuíram para a formação do precedente (*ratio decidendi*, excluindo os *obiter dicta*), para, com isso, compreender o efetivo sentido do precedente, a fim de que o mesmo seja aplicado a casos idênticos, e não aos diferentes (*distinguishing*), bem como de que o entendimento firmado no precedente seja corrigido, ou superado (*overruling*).

Aqui começam outros problemas. Os tribunais superiores devem se preocupar com a *coerência* e a *estabilidade* da jurisprudência, não há dúvida. Há exemplo muito recente, em que o Superior Tribunal de Justiça admitiu a apresentação de documentos que demonstrem a ocorrência de feriado local, com o intuito de afastar preliminar de tempestividade (alinhando-se, quanto ao ponto, à orientação mais recente do Supremo Tribunal Federal), mas, logo em seguida, voltou atrás. Tem-se, assim, exemplo de *incoerência* que pode haver entre as orientações firmadas entre os dois tribunais superiores, e de *instabilidade interna* da jurisprudência de um tribunal.

É desnecessário invocar-se o modelo de precedentes de *common law* para censurar a incoerência e a instabilidade, enfim, a falta de integridade da jurisprudência. Fiquemos com nossa boa norma

constitucional: se vivemos em um Estado *Democrático e de Direito*, a insegurança jurídica é intolerável – o direito, afinal, se tornaria (ou tem se tornado?), ele próprio, fator de insegurança.

Date Created

12/05/2012