

A jurisprudência *contra legem* e sua posição no quadro teórico das fontes de produção normativa segundo o modelo jurídico romano-germânico

Gilson Ferreira

Mestre em Direito Político e Econômico – Mackenzie;

Professor de Direito Civil – Uninove.

São Paulo – SP [Brasil]

gfdoc@uninove.br

Neste artigo, busca-se resumir as razões pelas quais se nega à jurisprudência seu lugar no panteão das fontes de produção normativa, além de compreender a efetiva importância de sua (re)inserção ao lado dos modos tradicionais de produção de norma, tendo em vista a imperiosa necessidade de revisão conceitual do fenômeno jurídico.

Palavras-chave: Direito. Fontes. Ideologia. Jurisprudência. Modelos.

1 A estrutura normativa nos estados moderno e contemporâneo

Discutir a questão das fontes e dos modelos significa compreender a possibilidade de novas formas de produção do direito, inseridas num pluralismo jurídico que se mostre capaz de levar ao estabelecimento de um novo perfil no relacionamento entre o Estado e a sociedade civil, sem, contudo, haurir o direito do modelo institucional positivado.

Nada obstante insistir na discussão a respeito das questões jurídicas a partir da estrutura mental calcada no liberalismo individualista da Revolução Francesa, cuja relevância, não se pode negar, residiu no mérito de reconhecer o significado da liberdade, é inegável, igualmente, que esse mesmo paradigma individualista e positivado abriu uma série de questões que permanecem sem resposta, o que aponta para o cansaço e a exaustão desses velhos modelos pressupostamente universais e até mesmo universalizantes.

É certo que o pensamento jurídico-político do século das luzes, se não afirmou novos valores, resgatou-os e até mesmo deu a eles uma nova roupagem como o fez com a auto-suficiência dos direitos naturais do homem – a autonomia da vontade como gênese da ordem social e política – e o livre consentimento tanto como base fundamental da convivência social quanto como instrumento de limitação do poder político. Por outro lado, esse pensamento jurídico-político levou a um desequilíbrio nas relações jurídicas, notadamente de direito privado, ao estabelecer uma ambiência jurídico-política permissiva que possibilitou ao homem, enquanto sujeito de direito, satisfazer seu próprio interesse, sem a participação do Estado, senão de forma mínima.

Dessa ambiência é possível concluir que a estrutura do pensamento jurídico-político desse período não contribuiu para a construção de uma estrutura ou de uma rede de relações jurídicas humanizadas, mas antes se mostrou, sobretudo, como uma barreira para impedir que as

relações jurídicas e seus conflitos fossem compreendidos como essencialmente humanos, isso porque, no jogo das forças econômicas, criou-se um Estado omissivo, no sentido de simples espectador da ordem econômica e social.

Se, como cediço, cabe ao Estado, nos países que adotaram o sistema de codificação, disciplinar as relações entre os sujeitos de direito e, se o Estado se apresenta como o detentor do poder sobre a organização político-jurídica, as ações humanas ficam prejudicadas em sua espontaneidade, o que leva ao esquecimento de que o direito se desenvolve na concretude da práxis, porque decorre de uma sucessão de fatos da vida real e faz com que ela – a vida – seja substituída pelo rígido esquema de enquadramento dos fatos em normas, previamente estabelecidas, num sistema que se conhece como subsunção dos fatos à norma.

Nesse sentido, afirma Miguel Reale (1994, p. 36) que a expressão modelo jurídico representa uma “[...] estrutura normativa de atos e fatos pertinentes unitariamente a dado campo da experiência social, prescrevendo a atualização racional e garantida dos valores que lhe são próprios.”

Em outras palavras, esse modelo é formado por regras jurídicas articuladas e arranjadas entre si, que formam um verdadeiro compêndio, que sumariza “[...] as notas identificadoras ou distintivas de dado segmento da realidade [...]” (REALE, 1994, p. 37).

Como se vê, regras e modelos são elementos integrantes de um sistema e, até por isso, não podem ser compreendidos separadamente ou de forma que haja o prevalectimento de um sobre o outro, em razão de as regras que formam o modelo jurídico terem, como origem, o que se denomina de fontes do direito, tanto substanciais, que, como afirma Jean-Louis Bergel (2001, p. 53) “[...] não são arbitrárias e sem causas e procedem de certos números de dados profundos [...] os múltiplos fatos sociais e as exigências do meio temporal [...]”, quanto formais, isto é, esses procedimentos se inserem na estrutura do direito positivo e adquirem, por isso, sua validade.

2 O problema das fontes do direito

O problema das fontes e, por conseguinte, dos modelos jurídicos está, pois, em perceber que o direito, antes de ser a expressão da vontade do Estado, como se costuma repetir ao sabor dos ventos, é, sobretudo, expressão da vontade coletiva de uma sociedade e que, para ser compreendida como fonte do direito, não passa, necessariamente, pelo intrincado mecanismo político pelo qual o Estado manifesta a vontade pretensamente coletiva.

O desgaste das estruturas jurídicas e o funcionamento do modelo jurídico deflagrado pela intrincada rede de normas podem ser explicados, na contemporaneidade, pelo distanciamento entre o real e o conceitual, pois, como afirma Julien Freund (1987, p. 12), os conceitos “[...] são eles incapazes de reproduzir o real integralmente [...]”, e essa separação ou, antes, esse abismo que se cria entre o real e o conceitual está intimamente vinculado à perspectiva pela qual o jurista encara o fenômeno do direito.

Sem evocar a longa trajetória percorrida pelo direito, no seu processo de formação e especialização, que pode ser bem compreendida com a leitura cuidadosa de *Economia e sociedade*, de Max Weber, pode-se dizer que as fontes substanciais do direito são de caráter real, dada a concretude dos fatos da vida de que emanam, e que essas fontes e suas emanações, ao serem filtradas pelos mecanismos de racionalização formal do direito, por meio de seus instrumentos políticos, constroem os conceitos. Nesse contexto, o fenômeno jurídico vai ser percebido, pelo jurista, como a busca de validação dessa norma de conduta apenas em sua relação lógico-formal, com todo o arcabouço jurídico-político em que essa norma se insere.

Nesse ponto, o jurista aniquila a vida e dela se divorcia quando desloca seu eixo de visão, deixando de buscar, nessas fontes, o sentido da ação social almejada pela sociedade, enquanto condição de validade para ingresso da norma na estrutura do ordenamento jurídico. Por essa razão, o sentido buscado pela sociedade nem sempre encontrará eco na *mens legis*, isto é, na

vontade da lei, o que afasta a pretensa natureza universal e universalizante do direito posto, porque, como diz Josué de Oliveira Rios (1995, p. 286), “[...] constituindo o direito, só uma das motivações da ação comunitária, não poderá impor-se a todas as demais. Estando, aí, mais uma vez, a sua limitação em relação à complexidade social.”

Se ao direito, compreendido apenas como uma categoria lógico-formal, pretensamente universal e redutível, no campo do direito privado, aplica-se a máxima de que tudo o que não está proibido está permitido, então se conclui que, não podendo abarcar a totalidade da realidade, senão apenas uma parte dela, a própria estrutura se abre para outras fontes de produção do direito. Nesse ponto da discussão, cumpre apontar as afinidades e as relações de complementaridade que podem ser estabelecidas entre a lei e a jurisprudência como fonte do direito, que vão além da heterogeneidade das fontes, que, tradicionalmente, são quatro: a lei, o costume, a jurisprudência e a doutrina.

3 A lei e jurisprudência como relação necessária

Ao estabelecer-se a relação de afinidade e complementaridade entre a lei, no seu sentido mais tradicional como fonte do direito, e a jurisprudência, na sua compreensão, igualmente calcada na tradição, como a revelação do direito pelas decisões sucessivas e harmônicas dos tribunais (REALE, 1981), pretende-se demonstrar o que já afirmara Eugeny Bronislanovich Pasukanis (1989, p. 54), que “[...] o direito enquanto conjunto de normas é apenas uma abstração sem vida [...]” e que “[...] o direito enquanto fenômeno social objetivo não pode esgotar-se na norma, seja ela escrita ou não escrita [...]” (PASUKANIS, 1989, p. 57).

Nesse compasso, o que se busca é perceber que a lei, em sua relação de estreita afinidade e complementaridade com a jurisprudência, nela se abeberará de vida e dela se nutrirá para o atingimento de sua pretensa uni-

versalidade e abrangência totalizante da vida, ainda que prevaleça, em certa medida, a lição de Tercio Sampaio Ferraz Junior (2001, p. 243) de que “[...] a jurisprudência, no sistema romanístico, é, sem dúvida, ‘fonte’ interpretativa, mas não chega a ser fonte do direito [...]”, a não ser que, como aponta o autor, predomine a hipótese de jurisprudência *contra legem* como fonte genuinamente jurisprudencial.

Se não existe dúvida de que, ao se adotar uma perspectiva estritamente jurídica, percebe-se a supremacia da lei no sistema jurídico, facilmente compreendido em razão do próprio fundamento do processo de codificação iniciado com a Revolução Francesa, então não importa que se reconheça o monopólio da produção normativa pelo Estado. Nesse diapasão, não há como negar, do ponto de vista sociológico, o fenômeno da jurisprudência como fonte criadora da lei.

Vale dizer, desde logo, que recusar à jurisprudência o caráter de fonte normativa somente se explica à luz de uma postura político-ideológica de dominação que não se justifica nem mesmo sob o argumento de a Constituição da República estabelecer a independência e a harmonia entre os Três Poderes da Federação, que, mesmo independentes e harmônicos entre si, atuam, conjuntamente, com o intuito de construir uma sociedade livre, justa e solidária, em que, de um lado, a pobreza e a marginalização sejam erradicadas e, de outro, reduzidas as desigualdades sociais e regionais, como se vê na redação emprestada ao artigo terceiro da Constituição da República (BRASIL, 1988), ao se estabelecer o Poder Constituinte Originário como um dos objetivos fundamentais da República Federativa.

Pense-se a respeito dessa questão, dados os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, no que diz Antonio Luís Machado Neto, apenas para que se possa compreender a extensão da obtusa recusa da atribuição de fonte de direito à jurisprudência *contra legem*:

Embora não se possa aceitar o exagero da escola de direito justo de Hermann Kantorowicz que propugnava, em nome da jus-

tiça e da espontânea elaboração social do direito, a prática da jurisprudência *contra legem*, também não há negar que, tal como se passa em relação ao costume ab-rogatório, a jurisprudência *contra legem*, sem que possa vir a ser a regra, se porém, ocorre e logra vigência, ou melhor, eficácia, não há razão para negar-lhe a condição de efetivo direito. Também aqui poderíamos inquirir como da outra feita: qual será o direito de um povo, a lei que ninguém acata ou a jurisprudência, embora *contra legem*, mas que os tribunais vêm seguindo e acatando? (MACHADO NETO, 1975, p. 213).

4 A razão justificadora da jurisprudência *contra legem* como fonte do direito

Não se pode perder de vista a onda renovadora que, sobretudo a partir de meados do século XX, vem insuflando novos ares no pensamento jurídico, e que se traduziu tanto numa relativa pulverização da antinomia tradicional entre positivismo e jusnaturalismo quanto na percepção da importância do papel do intérprete, o que resultou na recuperação da jurisprudência enquanto estatuto de saber prático comum entre os juristas medievais.

Essa entronização do papel do intérprete e, por conseguinte, da jurisprudência permite que o tribunal perceba sua atuação como agente mediador na realização do justo, de sorte que legislar e decidir passaram a ser concebidos, segundo o pensamento positivista, não como fenômenos contrapostos, mas como diversos de criação do direito, diferenças que se podem apreender pelo grau de autonomia que comportam.

Para que se possa compreender a jurisprudência *contra legem* como fonte de produção normativa, será preciso rever o fenômeno jurídico e entender o direito como liberdade militante que se afirma, em sua escalada

evolutiva, com base nos padrões universais de justiça, por meio da convivência social entre indivíduos, grupos, classes e povos.

Concebendo-se o direito como processo e modelo de liberdade, portanto como práxis transformadora do mundo, e não apenas como instrumento de manutenção da ordem social e econômica, postura ideológica essa que, antes de afirmá-lo, busca encarcerá-lo numa norma escrita que, mais e mais, o desvincula das ações sociais concretas, a jurisprudência *contra legem* há de mostrar, tanto pela pulverização dos modelos hermenêuticos tradicionais quanto pela introdução de princípios sobre direito, como se deverá ressocializar o que pode ser compreendido de forma lógico-racional.

Não se pense, contudo, ser impossível adotar a jurisprudência *contra legem* como fonte normativa, senão apenas como obstáculos ideológicos, porquanto, se não há afastamento desse tipo de jurisprudência do quadro teórico das fontes do direito, busca-se restringir seu campo de atuação, como se pode perceber por sua justificação racional lembrada por Manuel Atienza, com apoio em Neil MacCormick e sua teoria integradora da argumentação jurídica, ao afirmar que ela há de ser admitida

[...] quando o texto contém uma contradição lógica, de forma tal que não haja nenhuma possível leitura capaz de afastá-la, mas também quando um absurdo axiológico, isto é, quando a interpretação lingüística da lei faz com que o texto seja frustrante com relação a seus próprios objetivos, ou então irrealizável, ou seja, totalmente contra os princípios jurídicos ou da justiça em abstrato, ou do senso comum. (ATIENZA, 2000, p. 222).

A razão maior, portanto, para se compreender a jurisprudência *contra legem*, quando se pretende construir uma sociedade justa, fraterna e solidária, por meio da erradicação das desigualdades da marginalização e da redução da pobreza, está com Chaïn Perelman ao dizer que,

Se o direito natural forneceu uma técnica secular no Ocidente medieval para limitar o exercício do poder de forma que seja digno de um monarca cristão, se a idéia de um direito racional pôde cumprir a mesma função nos séculos XVII e XVIII, esse papel é cumprido, nas sociedades democráticas contemporâneas, por juízes que compreendem seu papel, que é o de conciliar o respeito pelo direito com respeito pela equidade e pela justiça, de eliminar-lhe as conseqüências desarrazoadas, portanto, inaceitáveis. (PERELMAN, 1996, p. 457).

No mesmo sentido, aliás, Clóvis Beviláqua se mostrara simpatizante da adoção da jurisprudência *contra legem* como fonte normativa. Para ele,

A lei escrita e ainda a codificação, que se restringem, não fazem desaparecer as outras fontes naturais do direito. Se este tem na lei a sua forma principal, continuará sempre a revelar-se, nas absolutas deficiências dela e do costume, pela jurisprudência e pela doutrina, às quais compete extrair da lei todas as suas conseqüências possíveis, e quando, apesar dos seus esforços, a lei se mostra incapaz de dirigir o movimento social, completá-la, descobrindo o direito, que está no equilíbrio dos fenômenos sociais, porém ainda não deles claramente desprendido. (BEVILÁQUA, 1980, p. 52).

5 A questão da súmula vinculante

Não se tratou neste artigo da questão da súmula vinculante, vinda a lume com a Emenda Constitucional de nº 45, que acrescentou o artigo 103-A ao texto constitucional, recentemente regulamentado pela Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006, porque demandaria, para

compreender a sua inserção no ordenamento jurídico, o pano de fundo em que ela se insere, qual seja, o fracasso do incidente processual de uniformização de jurisprudência.

A compreensão, pois, dessa questão vinculativa da súmula como orientação consolidada do Supremo Tribunal Federal depende da discussão e compreensão do problema da divergência de jurisprudência, que refoge ao âmbito restrito deste artigo.

De toda sorte, muito singelamente, diz-se que a súmula vinculante, tendo como primordial efeito atribuir força normativa à orientação do Supremo Tribunal Federal tal como se dá com as decisões da Suprema Corte Americana, termina por equiparar as decisões do Supremo Tribunal Federal ao texto normativo positivado e, nesse particular aspecto, é possível sustentar que a jurisprudência, doravante com a força vinculante que lhe atribui o Supremo Tribunal Federal de ofício ou mediante provocação das pessoas arroladas no artigo 3º da Lei nº 11.417/2006 (BRASIL, 2006), seja conduzida ao panteão das fontes formais de direito.

Quanto à especial circunstância de a jurisprudência ser *contra legem*, pouco provável que a orientação do Supremo Tribunal Federal, enquanto órgão máximo do Poder Judiciário nacional, cuja função é, de um lado, no exercício de sua competência originária, realizar o controle concentrado de constitucionalidade e, de outro, em grau recursal, reexaminar, em recurso extraordinário, decisões de tribunais estaduais ou federais que tenham sido proferidas em contrariedade ao dispositivo da Constituição da República e que vão no sentido contrário ao do texto positivo, sobretudo por se tratar de um tribunal político.

No entanto, é preciso maior reflexão sobre essa questão, na medida em que a força vinculante que se pode emprestar à súmula se acha restrita à validade, interpretação e eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja, entre os órgãos judiciários ou entre eles e a administração pública, controvérsia atual que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multi-

plicação de processos sobre idêntica questão, como estabelece o artigo 2º, § 1º, da Lei nº 11. 417/2006.

Não bastassem os estreitos limites objetivos de sua “vinculatividade”, é preciso observar também os limites subjetivos da súmula vinculante, pois, além de vincular-se às decisões de todos os órgãos do Poder Judiciário, relaciona-se com a administração pública direta e indireta, tão-somente nas esferas federal, estadual e municipal, deixando, portanto, de alcançar uma parcela significativa da comunidade jurídica.

Em síntese, a súmula vinculante é antes uma proposta de solução, seja para o fracasso de um instituto inserido no Código de Processo Civil, conhecido como incidente de uniformização de jurisprudência, seja para evitar a superlotação dos tribunais com questões levadas a juízo pela Administração Pública. A súmula vinculante, em outras palavras, é uma questão de política judiciária, e não um caminhar pelas sendas que levariam o sistema jurídico nacional a se afastar da família romano-germânica, para, em se aproximando dos sistemas filiados ao *common law*, com eles dialogar, atribuindo à jurisprudência o seu lugar como fonte formal do direito.

6 Considerações finais

É preciso, pois, superar a rigidez formal das estruturas normativas tal como continuam a ser concebidas. Nesse aspecto, é necessário que se reavalie o processo de codificação, que levou ao estabelecimento da racionalidade material do direito no século da luzes, para que as resistências tradicionais à concepção da jurisprudência *contra legem* sejam revistas e sublimadas e, de alguma forma, a idéia de que o direito deve ser sempre uma tentativa de direito justo permita encontrar a regra jurídica aplicável à enorme gama de repercussões sociais que a revolta dos fatos acarreta contra o direito.

Não se pretende com a (re)afirmação da jurisprudência *contra legem* infirmar o primado da lei, no seu sentido mais tradicional ao qual se filia o ordenamento jurídico nacional, que é o da família românico-germânica, portanto, codicista, pois isso significaria atirar aos cães séculos de cultura jurídica, mas antes, por meio da jurisprudência e especialmente *contra legem*, harmonizar, substancialmente, os modelos constitucionais de produção do direito.

De mais a mais, apenas para encerramento das idéias expostas, ao fazer uma leitura apressada do artigo 103-A e seus parágrafos (BRASIL, 1988), é importante lembrar que a Emenda Constitucional 45, ao que parece, elevou à categoria de fonte formal do direito as súmulas de jurisprudência, mas esse exame desborda os estreitos limites propostos neste artigo.

The *contra legem* jurisprudence and its position in the theoretic panorama of legal production sources according to the Roman law juridic model

In this article, it is intended to make a summary of the reasons why it is denied to jurisprudence its place amongst the sources of legal production, besides to understand the effective importance of its insertion on the traditional methods of legal production's side, considering the imperious necessity of a conceptual review of law phenomenon.

Key words: Ideology. Jurisprudence. Law. Models. Sources.

Referências

ATIENZA, M. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. Cupertino. São Paulo: Landy, 2000.

BERGEL, J.-L. *Teoria geral do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

BEVILÁQUA, C. *Teoria geral do direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Rio, 1980.

BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituição/Constituição.htm>. Acesso em: 16 nov. 2006.

BRASIL. Lei 11.417, de 19 de dezembro de 2006. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2004-2006/2006/Lei/L11417.htm>. Acesso em: 6 fev. 2006.

FERRAZ JUNIOR, T. S. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

FREUND, J. *Sociologia de Max Weber*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1987.

MACHADO NETO, A. L. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1975.

PASUKANIS, E. B. *A teoria geral do direito e o marxismo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1989.

PERELMAN, C. *Ética e direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

REALE, M. *Fontes e modelos do direito: para um novo paradigma hermenêutico*. São Paulo: Saraiva, 1994.

REALE, M. *Lições preliminares de direito*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1981.

RIOS, J. O. *O direito e mudança social em Max Weber*. In: DI GIORGI, B. C.; CAMPILONGO, C. F.; PIOVESAN, F. C. (Org.). *Direito, cidadania e justiça: ensaios sobre lógica, interpretação, teoria, sociologia e filosofia jurídicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

▼ recebido em 6 jun. 2006 / aprovado em 28 ago. 2006

Para referenciar este texto:

FERREIRA, G. A jurisprudência contra *legem* e sua posição no quadro teórico das fontes de produção normativa segundo o modelo jurídico romano-germânico. *Prisma Jurídico*, São Paulo, v. 5, p. 99-111, 2006.

