

A FUNÇÃO CRIADORA DOS TRIBUNAIS: PRECEDENTES JUDICIAIS BRASILEIROS À LUZ DO PENSAMENTO DE HANS KELSEN

THE CREATIVE FUNCTION OF THE COURTS: BRAZILIAN JUDICIAL PRECEDENTS IN THE LIGHT OF HANS KELSEN'S THOUGHTS

Geórgia Fernandes Vuotto Nievas¹

RESUMO: O presente trabalho teve como objetivo estudar a formação de precedentes judiciais no sistema processual brasileiro a partir das contribuições teóricas e filosóficas de Hans Kelsen (1881-1973), expoente do Positivismo Jurídico no âmbito da Teoria Geral do Direito. A importância deste trabalho se dá na medida em que os precedentes judiciais se tornam cada vez mais relevantes em países que adotam o sistema de *civil law*, como é o caso do Brasil. Utilizou-se o conceito kelseniano de “interpretação” como chave hermenêutica para este estudo a partir da principal obra de Kelsen, “A Teoria Pura do Direito”, aplicando-a ao direito processual brasileiro. A partir desta chave, compreende-se que o precedente deve ser entendido como continuação de um processo permanente de criação de normas jurídicas.

Palavras-chave: Direito Processual Civil; Precedentes Judiciais; Jurisprudência; Positivismo Jurídico.

ABSTRACT: The present work aimed to study the formation of judicial precedents in the Brazilian procedural system from the theoretical and philosophical contributions of Hans Kelsen (1881-1973), exponent of Legal Positivism in the scope of General Theory of Law. The importance of this work is due to the fact that judicial precedents become increasingly relevant in countries that adopt the civil law system, as is the case in Brazil. The Kelsenian concept of “interpretation” was used as a hermeneutic key for this study based on Kelsen’s main work, “Pure Theory of Law”, applying it to Brazilian procedural law. From this key, it is perceived that the precedent must be understood as a continuation of a permanent process of creating legal norms.

Keywords: Procedural Law; Judicial Precedent; Jurisprudence; Legal Positivism.

1 Advogada, bacharela em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG) e especialista em Direito da Proteção e Uso de Dados pela mesma instituição. Atua no Núcleo de Proteção de Dados (NPD) do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais (TCE/MG) como colaboradora terceirizada, ocupando o cargo de analista administrativo júnior pela Inova Tecnologia LTDA. E-mail para contato: georgiavuotto@outlook.com.

1. INTRODUÇÃO

Em vista da relevância cada vez mais presente dos precedentes no sistema processual brasileiro, o presente trabalho teve como objetivo estudar a formação de precedentes judiciais a partir das contribuições teóricas e filosóficas de Hans Kelsen (1881-1973), expoente do Positivismo Jurídico no âmbito da Teoria Geral do Direito. Para tanto, foi utilizado o conceito kelseniano de “interpretação”, abordando-se a interpretação jurídica como fenômeno criador de normas. Em especial, tomou-se como principal referência a obra “Teoria Pura do Direito”, o principal trabalho de Hans Kelsen, reconhecido como uma obra incontornável no âmbito da Teoria Geral do Direito.

Para este estudo de caráter exploratório, adotou-se o método bibliográfico de pesquisa, orientando-se a partir de uma vertente jurídico-filosófica. Nesse ínterim, a investigação adotada possui caráter compreensivo, na medida em que se buscou entender o atual modelo de sistema de precedentes brasileiro a partir das contribuições teóricas de Hans Kelsen, e quais são suas possíveis implicações.

No primeiro tópico, operou-se uma breve contextualização da “Teoria Pura do Direito”, principal obra de Hans Kelsen, publicada originalmente em 1934. Buscou-se sublinhar os principais aspectos históricos, políticos e epistemológicos do período em que Kelsen viveu e redigiu seus principais trabalhos, considerando as influências filosóficas de movimentos como o neokantismo e o Círculo de Viena.

No segundo tópico, foi abordado o problema da literalidade das normas e a interpretação como ato criador de normas. Nesse ponto, introduziu-se a teoria kelseniana da interpretação, bem como as espécies de interpretação (autêntica e não-autêntica), teoria esta acrescida por Kelsen nas edições posteriores da Teoria Pura do Direito.

No terceiro e último tópico, procurou-se estudar a formação do sistema brasileiro de precedentes instituído pelo Código de Processo Civil de 2015 a partir da chave hermenêutica kelseniana. Para tanto, buscou-se compreender de maneira geral como os tribunais superiores têm criado precedentes judiciais e como estes têm sido aplicados na prática, com norte dado pelos regramentos dispostos nos arts. 926 e 927 do CPC e pelo art. 121-4, §1º do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

Por fim, a partir do estudo realizado, concluiu-se que os precedentes judiciais devem ser compreendidos como resultado de um processo complexo e permanente de criação de leis, para além da noção estanque e engessada de que somente ao Poder Legislativo incumbe a tarefa de criar normas. Em suma, os precedentes judiciais seriam produto de um processo interpretativo fluido e contínuo, empreendido pelos tribunais, tal como Kelsen havia proposto, num esforço de preencher as molduras normativas criadas pelo Poder Legislativo, sem que isso caracterize-se por uma suposta usurpação de poderes.

2. BREVE CONTEXTUALIZAÇÃO DA TEORIA PURA DO DIREITO: O *ZEITGEIST* EPISTEMOLÓGICO DA EUROPA DE KELSEN

O austríaco Hans Kelsen (1881-1973) é mundialmente conhecido como um dos juristas mais relevantes do século XX e um dos expoentes do Positivismo Jurídico. Como afirmou o

Prof. Marcelo Cattoni², “nenhum jurista teve, nos últimos cem anos, maior destaque do que ele. Há como discordar de Kelsen, mas não há como desconhecê-lo”.

Isto porque o jurista tornou-se célebre por sua obra intitulada “Teoria Pura do Direito” (no original alemão: *Reine Rechtslehre*), publicada originalmente em 1934, que segue sendo objeto de debates, críticas e enaltecimentos até os dias atuais. Nesta obra, Kelsen buscou estabelecer, de maneira precisa e rigorosa, os contornos metodológicos da Ciência do Direito, conferindo a esta um objeto de estudo bem delimitado e distinto dos objetos de estudo das demais ciências sociais, como sociologia, psicologia, etc.

A partir dessas considerações, é certo dizer que Hans Kelsen é herdeiro direto de movimentos filosóficos originários dos séculos XVIII e XIX, como o racionalismo, o empirismo e, posteriormente, o positivismo científico. No entanto, é fundamental pontuar que à época em que Kelsen viveu, alguns movimentos intelectuais como o neokantismo (tanto de Marburgo quanto de Baden) e o Círculo de Viena exerceram especial influência na construção da Teoria Pura do Direito, o que será explorado adiante.

2.1 INFLUÊNCIA DO NEOKANTISMO E DO CÍRCULO DE VIENA NO PENSAMENTO KELSENIANO

Faz-se mister saber que Kelsen elaborou sua teoria em um contexto histórico e filosófico permeado de particularidades que permitiram a plena concepção de sua obra. Embora tenha se tornado lugar-comum afirmar que o pensamento kelseniano foi influenciado diretamente pelo positivismo científico de Auguste Comte, nota-se que na Europa dos séculos 19 e 20, de acordo com Köhnke³, “não era necessário um Comte ou um Mill para conceber um conceito de filosofia positiva” se já havia lá um Beneke, psicólogo e filósofo neokantiano que pensou nas doutrinas positivas como única forma de se alcançar uma universalidade científica. Especula-se, inclusive, quem deu início exatamente às chamadas doutrinas positivistas: se Beneke, na Alemanha, ou Comte, na França⁴.

Importante frisar também a importância do Círculo de Viena e do movimento neokantiano na obra de Kelsen, sendo este último do qual o já referido Beneke também foi um grande expoente. Em apertada síntese, o chamado Círculo de Viena foi uma escola filosófica formada por pensadores de diversas origens e áreas do conhecimento, cuja principal contribuição foi a renovação das bases positivistas e empiristas do pensamento epistemológico europeu⁵.

A principal preocupação do Círculo de Viena era a de pensar modos de se fazer filosofia orientados exclusivamente pela ciência, isto é, pensar uma filosofia científica. Já o neokantismo, representado principalmente pelas escolas de Marburgo e de Baden, foi um movimento filosófico de “retorno a Kant”, ou seja, de um regresso ao pensamento kantiano, especialmente no que tange à separação entre as ciências puras e a metafísica, de acordo com Köhnke⁶. A influência

2 CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Teoria da Constituição**. Belo Horizonte: Initia Via, 2012, p. 123.

3 KÖHNKE, Klaus Christian. **Surgimiento y Auge del Neokantismo**: La filosofía universitaria alemana entre el idealismo y el positivismo. México: FCE, UAM, 2011, p. 72. Tradução nossa.

4 *Ibid*, p. 73.

5 KRAFT, Victor. **El Círculo de Viena**. Madrid: Taurus, 1966, p. 23-25.

6 *Op. cit*, p. 197.

do movimento neokantista torna-se mais clara quando se atenta para o uso da palavra “pureza” durante a leitura da Teoria Pura do Direito, o que será detalhado mais adiante.

Em suma, é nesse contexto epistemológico que Kelsen começa a pensar a possibilidade de um modo de se conhecer cientificamente o Direito, conferindo a este último autonomia científica em relação a outras ciências em ascensão na época, como a psicologia, a sociologia e a teoria política, por exemplo.

2.2 O OBJETO DA CIÊNCIA DO DIREITO

Logo nos primeiros capítulos da Teoria Pura do Direito, Kelsen procura estabelecer um método apropriado para o estudo do Direito, a fim de que este seja apreendido como objeto científico específico. Nos prefácios, tanto da primeira quanto da segunda edição, Kelsen expõe algumas de suas principais motivações para elaborar uma teoria própria do Direito, conferindo-lhe o estatuto de uma ciência (*Wissenschaft*):

Há mais de duas décadas que empreendi desenvolver uma teoria jurídica pura, isto é, purificada de toda ideologia política e de todos os elementos de ciência natural, uma teoria jurídica consciente da sua especificidade porque consciente da legalidade específica do seu objeto. Logo desde o começo foi meu intento elevar a Jurisprudência, que - aberta ou veladamente - se esgotava quase por completo em raciocínios de política jurídica, à altura de uma genuína ciência, de uma ciência do espírito.⁷

É tendo esse pensamento em vista que Kelsen começa a delinear a distinção entre as diferentes dimensões do Direito para construir sua metodologia, norteando-a a partir da noção de “pureza”, que, por sua vez, remonta à Crítica da Razão Pura (do alemão: *Kritik der reinen Vernunft*) de Immanuel Kant. Segundo Goyard-Fabre⁸, Kant estabeleceu uma espécie de imperativo metodológico a fim de guiar a razão para que esta não caia nem no dogmatismo nem no empirismo. Para isso, o filósofo de Königsberg começa sua Crítica⁹ distinguindo o conhecimento puro (relacionado ao conhecimento *a priori*) e o conhecimento empírico (relacionado à experiência, *a posteriori*). E o conhecimento puro torna-se possível, para além da experiência e por meio da razão, que contém princípios *a priori*.

Nesse norte de ideias, postula Kelsen:

Se analisarmos qualquer dos fatos que classificamos de jurídicos ou que têm qualquer conexão com o Direito [...], poderemos distinguir dois elementos: primeiro, um ato que se realiza no espaço e no tempo, sensorialmente perceptível, ou uma série de tais atos, uma manifestação externa de conduta humana; segundo, a sua significação jurídica, isto é, a significação que o ato tem do ponto de vista do Direito.¹⁰

A partir daqui, porém, Kelsen é incisivo: a significação jurídica do ato não é algo que se pode perceber por meio dos sentidos, como, por exemplo, a cor, o cheiro ou o peso das coisas. Em razão de sua particularidade, o Direito é um fenômeno humano que deve ser estudado a partir de um esquema de interpretação próprio, que apreenda a significação jurídica dos atos em

7 KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 11.

8 GOYARD-FARBRE, Simone. **Filosofia crítica e razão jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 73.

9 KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. São Paulo: Edipro, 2020.

10 *Op. cit.*, p. 2.

questão. Nesse sentido, o método oferecido por Kelsen para o estudo do Direito toma contornos de uma hermenêutica, cuja principal chave de interpretação é a noção de norma. Segundo o autor, a norma funciona como esquema de interpretação ao emprestar significado jurídico a um determinado ato¹¹.

3. O PROBLEMA DA LITERALIDADE DAS NORMAS JURÍDICAS: A INTERPRETAÇÃO COMO ATO DE CRIAÇÃO DO DIREITO

A teoria da interpretação kelseniana é fundamental para se alcançar o entendimento de que a norma não é aplicada em sua literalidade, tendo em vista que ela própria constitui um esquema de interpretação. No capítulo em que disserta sobre a dinâmica jurídica, Kelsen apresenta os processos de criação e aplicação das normas jurídicas e como esses processos muitas vezes se (con)fundem. Nesse sentido, explica o autor:

A teoria, nascida no terreno da *common law* anglo-americana, segundo a qual somente os tribunais criam Direito, é tão unilateral como a teoria, nascida no terreno do Direito legislado da Europa continental, segundo a qual os tribunais não criam de forma alguma Direito mas apenas aplicam Direito já criado. [...] A verdade está no meio. Os tribunais criam Direito, a saber — em regra — Direito individual; mas dentro de uma ordem jurídica que institui um órgão legislativo ou reconhece o costume como fato produtor de Direito, fazem-no aplicando o Direito geral já de antemão criado pela lei ou pelo costume. A decisão judicial é a continuação, não o começo, do processo de criação jurídica¹².

A partir desta lente, Kelsen destaca a norma não apenas como um conjunto de regras friamente delineadas, mas como um intrincado esquema de interpretação por si mesma. Sob a ótica kelseniana, os limites entre a elaboração normativa e sua efetiva aplicação não são claros e nítidos. Significa dizer, portanto, que existe uma teia intrincada na qual o ato de interpretar desempenha um papel preponderante na moldagem do fenômeno jurídico.

É nesse ponto que merece destaque o conceito de interpretação, à qual Kelsen posteriormente lhe dedicou um capítulo à parte em sua Teoria Pura do Direito a partir da edição francesa de 1953. Foi somente na edição de 1960 que a obra passou a apresentar um capítulo especial (VIII) dedicado à teoria da interpretação autêntica repleto de modificações, conforme observou Cattoni de Oliveira¹³.

3.1 A NOÇÃO DE INTERPRETAÇÃO EM KELSEN: INTERPRETAÇÃO AUTÊNTICA E NÃO-AUTÊNTICA

Antes, no entanto, é importante compreender a noção de interpretação em Kelsen no âmbito da significação jurídica. Segundo o jurista, “a interpretação é, portanto, uma operação mental que acompanha o processo da aplicação do Direito no seu progredir de um escalão superior para um escalão inferior”¹⁴. Mais adiante, Kelsen utiliza-se da metáfora de “moldura” para ilustrar sua teoria da interpretação jurídica, afirmando que:

11 *Ibid*, p. 4.

12 *Ibid*, p. 10.

13 CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Teoria da Constituição**. Belo Horizonte: Initia Via, 2012, p. 132.

14 *Ibid*, p. 245.

Se por “interpretação” se entende a fixação por via cognoscitiva do sentido do objeto a interpretar, o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro desta moldura existem. Sendo assim, a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que - na medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar - têm igual valor, se bem que apenas uma delas se torne Direito positivo no ato do órgão aplicador do Direito - no ato do tribunal, especialmente¹⁵.

Com base na chave hermenêutica que Kelsen buscou construir na Teoria Pura do Direito, o jurista de Viena classificou a interpretação em duas espécies: autêntica e não-autêntica. Em linhas gerais, a interpretação autêntica é aquela realizada pelos órgãos jurídicos, responsáveis pela aplicação das normas. Já a interpretação não-autêntica é aquela realizada pelas pessoas em geral, que devem obedecer às normas que lhes são impostas.

Antes de se prosseguir com essa chave, não se pode olvidar, no entanto, que a teoria da interpretação autêntica e não-autêntica apresenta alguns problemas que, embora importantes, fogem do escopo do presente trabalho. A título de breve contextualização, Cattoni problematiza a ideia de fixação de uma moldura que contemple todas as interpretações possíveis de uma norma a um determinado caso concreto. Segundo ele,

Simplemente, tal teoria da interpretação autêntica, presente em 1960, é incompatível com a teoria do ordenamento jurídico desenvolvida até então por Kelsen, a menos que se admitisse que ele tenha assumido uma posição tão realista no sentido de acabar, em última análise, por considerar o Direito como um sistema escalonado de autorizações em branco que nada garantiria quanto à coerência formal e material das decisões em face de si mesmo, o que seria, mais uma vez, uma ruptura com postulados juspositivistas e uma abertura fatal ao realismo jurídico, em que a questão sobre a validade das decisões estaria reduzida à questão acerca da eficácia do Direito, numa confusão entre “ser” e “dever-ser”¹⁶.

Entretanto, a observação que Kelsen faz a respeito da interpretação das normas jurídicas - e sua classificação em autêntica e não-autêntica - se faz útil para compreender que o processo de aplicação das normas gerais nas decisões judiciais - que, por sua vez, vincula-se à interpretação que o aplicador confere à norma - é, simultaneamente, um processo de produção de normas individuais, na medida em que o caso concreto dá novos contornos à norma geral originária, contornos esses que dificilmente repetir-se-ão, dado que nenhum caso será exatamente igual a outro. Como bem observa Lopes,

[...] a interpretação jurídica não prescinde do estabelecimento de pontos de contato com a realidade histórica e social para a qual o Direito está direcionado. O contexto do qual o Direito Positivo emerge e ao qual ele é aplicado exerce inegável influência na conformação do sentido atribuído aos termos e aos enunciados que compõem o discurso jurídico. Este, com efeito, possui uma permeabilidade aos fatos e transformações sociais que lhe confere uma dinamicidade própria. Se isso tudo é verdadeiro, então a interpretação normativa efetuada não apenas pelo aplicador, mas por todo operador do direito, nunca poderá ser inteiramente reduzida a um cálculo lógico. E isso porque não há um inventário

15 *Ibid*, p. 247.

16 *Op. cit.*, p. 145.

fixo de noções primárias às quais a totalidade do sistema jurídico seja redutível por operações lógicas, porquanto o sentido dos termos e expressões se deixa penetrar por novos conteúdos fáticos e axiológicos¹⁷.

Com isso, é importante destacar que o processo de aplicação de uma norma jurídica não é transparente, objetivo e neutro. Ao se analisar esse processo, vê-se que a aplicação da lei se encontra intrinsecamente ligada a elementos históricos, políticos e sociais que permeiam a própria gênese das normas jurídicas, seja pela via da interpretação, seja pelo meio legislativo. Em outras palavras, o contexto jurídico em que nasce uma norma – ou, ainda, em que se aplica uma norma, – encontra-se atravessado por questões sociais, econômicas, políticas, culturais e linguísticas. Nesse sentido, segundo Bustamante,

A ideia kelseniana de um sistema dinâmico pressupõe um construtivismo social segundo o qual todos os fatos sociais e todas as normas jurídicas são construções humanas, não algo redutível a fatos naturais ou a outras normas jurídicas promulgadas anteriormente. O que determina a validade de uma norma ou o caráter jurídico de um ato não é sua facticidade, sua existência na natureza, mas o sentido objetivo desse preceito ou deste ato, ou seja, o sentido que eles têm para o Direito. O sentido objetivo se diferencia do subjetivo que esses atos têm para seus autores e só pode ser determinado com referência às premissas que lhes atribuem um sentido jurídico específico¹⁸.

Tendo esse pensamento em mente, afasta-se a noção engessada de que a aplicação da norma seria reduzida apenas a uma mera operação de subsunção do fato à norma, e passa-se a compreender o Direito a partir de um processo de criação permanente de normas jurídicas, num fluxo contínuo e ininterrupto.

4. A FORMAÇÃO DE PRECEDENTES A PARTIR DA CHAVE HERMENÊUTICA KELSENIANA

Tendo como alicerce a teoria kelseniana da interpretação, retoma-se o nascimento das normas jurídicas. Sobre esse fenômeno, Hans Kelsen estuda as possibilidades de criação do Direito especialmente no capítulo V da “Teoria Pura do Direito”, em que trata da dinâmica jurídica. Dentre essas possibilidades, tem-se a criação de normas por meio de julgados, que levam à formação dos precedentes judiciais. De acordo com Kelsen,

Um tribunal, especialmente um tribunal de última instância, pode receber competência para criar, através da sua decisão, não só uma norma individual, apenas vinculante para o caso sub judice, mas também normas gerais. Isto é assim quando a decisão judicial cria o chamado precedente judicial, quer dizer: quando a decisão judicial do caso concreto é vinculante para a decisão de casos idênticos. Uma decisão judicial pode ter um tal caráter de precedente quando a norma individual por ela estabelecida não é predeterminada, quanto ao seu conteúdo, por uma norma geral criada por via legislativa ou consuetudinária, ou

17 LOPES, Guilherme Barcelos Machado. Dos aspectos lógicos e extralógicos na aplicação das normas jurídicas. **Revista Húmus**, v. 9, n. 26, 13 set. 2019, p. 418. Disponível em: <https://periodicoseletronicos.ufma.br/index.php/revistahumus/article/view/9610>. Acesso em: 15 mar. 2022.

18 BUSTAMANTE, Thomas. A criação do direito pela jurisprudência: notas sobre a aplicação do direito e a epistemologia na teoria pura do direito. **Contra o absoluto: Perspectivas críticas, políticas e filosóficas na obra de Hans Kelsen**. Curitiba: Juruá, p. 422-438, 2011.

quando essa determinação não é unívoca e, por isso, permite diferentes possibilidades de interpretação.¹⁹

Ainda nesse sentido, Kelsen dá ênfase no capítulo V à função criadora dos tribunais por meio de precedentes, isto é, quando é permitido a esses órgãos a criação de normas, que, a princípio, estaria restrita somente ao Poder Legislativo, como é nos casos dos países de *civil law*. No entanto, essa restrição se flexibiliza à medida em que se percebe que a aplicação da norma ao caso concreto não é como num jogo de quebra-cabeças, em que existe uma peça para cada encaixe e vice-versa. Esta flexibilização garante a criação de parâmetros de julgamentos para casos futuros que se assemelham, bem como torna claro o processo de criação de normas jurídicas como um fluxo contínuo e permanente, que ultrapassa a noção engessada de separação absoluta das funções outorgadas aos Três Poderes, dada a complexidade inerente aos processos de criação e aplicação de leis.

4.1 OS PRECEDENTES NO DIREITO PROCESSUAL BRASILEIRO

O precedente, a partir do conceito trazido por Taruffo²⁰, é, em breve síntese, “uma regra [...], que pode ser aplicada como um critério para a decisão no próximo caso concreto em função da identidade ou – como ocorre normalmente – da analogia entre os fatos do primeiro caso e os fatos do segundo caso”. Em outras palavras, o precedente é a decisão relativa a um determinado caso concreto, a partir da qual se deriva uma regra para julgamento de casos semelhantes àquele caso concreto originário.

Importante lembrar que os precedentes judiciais possuem maior destaque nos países que adotam o *common law*, a exemplo dos Estados Unidos da América e Inglaterra. Nesse sentido, como apontado por Moreto²¹, o *common law* pode ser entendido como um sistema de *case law*, ou seja, um sistema jurídico fundado nos casos concretos, que formam a experiência vivida nos tribunais.

Com o fenômeno da globalização estendendo-se para diversos âmbitos, inclusive para o Direito, é natural que a discussão acerca dos precedentes judiciais também chegasse de maneira mais acelerada e atual ao Brasil e em outros países que adotam o sistema *civil law*. Nesse contexto, os precedentes têm representado papel fundamental como fonte do Direito, embora formalmente ainda se tenha discussões acerca do seu reconhecimento como tal.

Isso ocorre, pois nos sistemas de *civil law*, a fonte do direito por excelência é a lei, criada pelo órgão legislativo competente, observando-se o princípio de separação dos Três Poderes. Portanto, a criação de leis pelo Poder que não detém tal competência pode ser vista como uma forma de usurpação de função. A esse fenômeno, muitos críticos dão o nome de “ativismo judicial”, numa tentativa de reduzi-lo a uma mera invasão de competências do Poder Judiciário ao Poder Legislativo, e que este deve ser freado a fim de se preservar a harmonia entre os Poderes,

19 *Op. cit.*, p. 278.

20 TARUFFO, Michele; DE TEFFÉ, Chiara Spadaccini. Precedente e jurisprudência. *civilistica.com*, v. 3, n. 2, p. 1-16, 2014. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/587>. Acesso em: 10 abr. 2022.

21 MORETO, Mariana Capela Lombardi. **O precedente judicial no sistema processual brasileiro**. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 72.

muito embora haja debates acerca da multiplicidade do termo “ativismo judicial”, discussões estas que não fazem parte do objetivo do presente artigo.

Como já explicado anteriormente, criação e aplicação de normas são processos que podem confundir-se, não sendo possível aferir com precisão quando termina a criação e quando começa a aplicação, justamente por esta última se tratar de uma operação complexa, com o envolvimento de diversos atores (o legislador, o julgador, as partes do processo, terceiros interessados, etc). Em suma, a criação e a aplicação de determinada lei não podem ser entendidas a partir de uma lógica simplista, em que é possível delimitar de maneira certa e absoluta os limites existentes entre tais operações.

A despeito dessa discussão, nota-se que a própria legislação brasileira tem trabalhado para conferir aos precedentes poder vinculante e não meramente persuasivo. Toma-se, como exemplo, o Livro III do Código de Processo Civil brasileiro que versa sobre o trâmite dos processos nos tribunais e meios de impugnação das decisões judiciais. Logo nas Disposições Gerais do Livro III, o caput do art. 926²² prescreve que “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”. Ainda no mesmo artigo, em seus parágrafos primeiro e segundo, tem-se as orientações que os tribunais devem seguir quando da edição de súmulas.

Nesse esteio, retomando-se as noções de interpretação autêntica e não-autêntica ao caso brasileiro, percebe-se no comando do art. 926, §2º do CPC²³ uma influência do pensamento hermenêutico kelseniano ao determinar os tribunais a se aterem “às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação” quando da edição dos enunciados das súmulas. Isso porque são justamente as circunstâncias fáticas do caso concreto que determinarão a aplicação ou não de determinada norma.

Adiante, no art. 927²⁴, tem-se as observações que juízes e tribunais devem fazer quando de suas decisões, como, por exemplo, enunciados de súmula vinculante e acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos. Acerca disso, Theodoro Júnior e Andrade anotam que

26) O CPC se alinhou a uma tendência geral nos sistemas de *civil law* de valorização do precedente e montou um sistema de precedentes visando assegurar a integridade e coerência da jurisprudência (art. 926), bem como de sua compreensão e aplicação, com a criação de determinados precedentes vinculantes (art. 927), indicando os meios de sua difusão e divulgação (art. 927, §5º)²⁵.

Com efeito, faz-se mister atentar nos arts. 926 e 927 para a preocupação dos juristas brasileiros com a sistematização da jurisprudência, tornando-a uniforme e transparente, preocupação esta que também fazia parte do pensamento de Kelsen. Para essa sistematização, faz-se necessária uma metodologia própria para a aplicação de precedentes a casos concretos, que conta com diversas técnicas para apreciação e julgamento de demandas judiciais, como o *over-*

22 BRASIL. Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Brasília: DF, Diário Oficial da União, 2015.

23 *Ibid.*

24 *Ibid.*

25 THEODORO JÚNIOR, Humberto; ANDRADE, Érico. **Precedentes no processo brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

ruling, que apresenta uma alteração de entendimento jurisprudencial a respeito de determinada questão, e o *distinguishing*, que é a não aplicação de um determinado entendimento em vista de alguma particularidade do caso concreto que o distingue daquele entendimento.

Esses métodos são fundamentais para o desenvolvimento de um sistema de precedentes coeso, harmônico e que vise a preservação da segurança jurídica no Direito brasileiro, ponto principal de crítica no que tange à observância de precedentes. Aliás, este ponto já foi explorado por Kelsen no mesmo tópico em que versa sobre a função criadora dos tribunais. Segundo ele,

Sob este aspecto, isto é, com respeito à relação entre o órgão legislativo e os tribunais, podem distinguir-se dois tipos de sistemas jurídicos tecnicamente diferentes. Segundo um destes tipos, a produção de normas jurídicas gerais está completamente centralizada, quer dizer, é reservada a um órgão legislativo central e os tribunais limitam-se a aplicar aos casos concretos, nas normas individuais a produzir por eles, as normas gerais produzidas por esse órgão legislativo. [...] Este sistema tem a desvantagem da falta de flexibilidade. Tem, em contrapartida, a vantagem da segurança jurídica, que consiste no fato de a decisão dos tribunais ser até certo ponto previsível e calculável, em os indivíduos submetidos ao Direito poderem se orientar na sua conduta pelas previsíveis decisões dos tribunais²⁶.

Ao tratar do segundo sistema jurídico, Kelsen enfatiza a característica flexível deste em comparação ao sistema anteriormente tratado. Ainda de acordo com o jurista,

Em completa oposição a este sistema encontra-se aquele segundo o qual não existe tampouco um órgão legislativo central, tendo os tribunais e os órgãos administrativos de decidir os casos concretos segundo a sua livre apreciação. [...] É o sistema da livre descoberta do Direito, sistema que já Platão propôs para o seu Estado ideal. Em consequência da radical descentralização da criação do Direito que lhe vai ligada, este sistema caracteriza-se pela sua grande flexibilidade, mas, em contrapartida, renuncia totalmente à segurança jurídica. Com efeito, sob uma tal ordem jurídica, os indivíduos não podem prever as decisões dos casos concretos em que participam como demandantes ou demandados, acusadores ou acusados²⁷.

No entanto, deve-se ter em mente que esta liberdade de criação outorgada aos tribunais não é irrestrita. Além do regramento expresso nos arts. 926 e 927 do CPC, as cortes superiores devem obedecer a algumas diretrizes que geralmente estão previstas nos seus regimentos internos. A exemplo do Superior Tribunal Justiça (STJ), Theodoro Júnior e Andrade pontuam que a corte deve estar atenta às circunstâncias fáticas do caso concreto, bem como à *ratio decidendi* para construção da tese central.

Em breve análise do Regimento Interno do STJ²⁸, em seu art. 121-A e parágrafo primeiro, observa-se a necessidade de obediência a certas regras para criação dos chamados precedentes qualificados:

Art. 121-A. Os acórdãos proferidos em julgamento de incidente de assunção de competência e de recursos especiais repetitivos bem como os enunciados de súmulas do Su-

26 *Op. cit.*, p. 279.

27 *Ibid.*, p. 279-280.

28 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Regimento Interno**, edição revista, ampliada e atualizada até a Emenda Regimental n. 44, de 13 de setembro de 2023. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/Regimento/issue/view/1/showToc>. Acesso em: 22 dez. 2023.

perior Tribunal de Justiça constituem, segundo o art. 927 do Código de Processo Civil, precedentes qualificados de estrita observância pelos Juízes e Tribunais.

§ 1º Os incidentes de assunção de competência e os processos afetados para julgamento sob o rito dos recursos especiais repetitivos serão organizados e divulgados por meio de enunciados de temas com numeração sequencial, contendo o registro da matéria a ser decidida e, após o julgamento, a tese firmada e seus fundamentos determinantes.

A partir desses regramentos, percebe-se que há uma preocupação por parte dos julgadores de se preservar a coerência e a uniformidade da jurisprudência, além de ser observado o princípio constitucional da segurança jurídica e da harmonia entre os Poderes. Portanto, diferentemente de uma suposta usurpação de poderes ou de mero ativismo judicial, vê-se que a criação de normas jurídicas por meio de decisões proferidas por tribunais está restrita a uma série de regras que visam resguardar o ordenamento jurídico. A partir do CPC de 2015, essas regras vêm sendo sistematizadas pelos tribunais por meio de regimentos e regulamentos.

Em suma, no caso brasileiro, a fim de garantir o princípio constitucional da segurança jurídica, adotou-se um modelo de sistematização dos precedentes judiciais não apenas para mantê-los como um repositório estático e sem valor, mas para organizá-los e uniformizá-los, de maneira a preservar a coerência e o equilíbrio da jurisprudência. Como bem observa Theodoro Júnior e Andrade²⁹, “[...] a incorporação de técnicas de *common law* se deu com as adaptações e adequações necessárias para fazer com que possam ser aqui utilizadas proveitosamente”. Dessa forma, o precedente judicial deve ser entendido não como fonte estática de Direito, nem como um antagonico da norma produzida pelo Poder Legislativo, mas como uma continuidade desta, considerando especialmente o seu caráter dinâmico.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir das considerações expostas, é possível concluir que o processo legislativo de criação de normas não está restrito unicamente ao procedimento clássico adotado pelo Poder Legislativo, nem deve ser compreendido apenas em suas dimensões teóricas. Ao contrário, trata-se de um fenômeno complexo, permeado por nuances diversas, e que deve ser observado de acordo com as peculiaridades que lhes são devidas.

Observou-se neste trabalho que os precedentes judiciais, ao contrário de meras referências persuasivas adotados pelo julgador quando da apreciação de um caso, são, em verdade, parte de um processo permanente e contínuo da criação de normas. A partir da noção de interpretação de Hans Kelsen, bem como dos conceitos de interpretação autêntica e não-autêntica, entende-se que a aplicação da lei a determinado caso não se trata de mera operação mental de subsunção. Ao contrário, trata-se de um trabalho complexo de interpretação e (re)criação da lei que será aplicada ao caso concreto pelo julgador.

As principais críticas a serem feitas aos precedentes vão no sentido de que haveria uma suposta usurpação de poderes, dado que, a partir disso, o Poder Judiciário estaria outorgando para si o dever de legislar, competência esta atribuída tão somente ao Poder Legislativo, de acor-

29 *Op. cit.*, p. 106.

do com o princípio da separação dos Três Poderes. Além disso, há também uma preocupação quanto à segurança jurídica dos precedentes criados pelas Cortes.

No entanto, tais argumentos não se sustentam, na medida em que tanto a aplicação da lei quanto a sua própria concepção são processos complexos, que podem confundir-se facilmente, uma vez que há o envolvimento de diversos atores nesses procedimentos, como o legislador, o julgador, as partes do processo, terceiros interessados etc. Ademais, o próprio contexto em que a norma é criada ou aplicada também deve ser levado em consideração, especialmente nos seus aspectos sociais, políticos, econômicos, culturais e linguísticos. Nesse sentido, este trabalho tentou demonstrar a partir dos precedentes judiciais, entendidos sob a luz do pensamento kelseniano, que tanto a criação quanto a aplicação da norma não podem ser entendidas a partir de uma lógica simplista e estanque, mas, sim, da complexidade que lhe é inerente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BRASIL. Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Brasília: DF, Diário Oficial da União, 2015.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Regimento Interno**, edição revista, ampliada e atualizada até a Emenda Regimental n. 44, de 13 de setembro de 2023. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitutional/index.php/Regimento/issue/view/1/showToc>. Acesso em: 22 dez. 2023.
- BUSTAMANTE, Thomas. A criação do direito pela jurisprudência: notas sobre a aplicação do direito e a epistemologia na teoria pura do direito. *In: Contra o absoluto: Perspectivas críticas, políticas e filosóficas na obra de Hans Kelsen*. Curitiba: Juruá, p. 422-438, 2011. 444 p.
- CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Teoria da Constituição**. Belo Horizonte: Initia Via, 2012. 268 p.
- GOYARD-FARBRE, Simone. **Filosofia crítica e razão jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. 278 p.
- KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. São Paulo: Edipro, 2020. 592 p.
- KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, 427 p.
- KÖHNKE, Klaus Christian. **Surgimiento y Auge del Neokantismo: La filosofía universitaria alemana entre el idealismo y el positivismo**. México: FCE, UAM, 2011. 532 p.
- KRAFT, Victor. **El Circulo de Viena**. Madrid: Taurus, 1966. 209 p.
- LOPES, Guilherme Barcelos Machado. Dos aspectos lógicos e extralógicos na aplicação das normas jurídicas. **Revista Húmus**, v. 9, n. 26, 13 set. 2019, p. 418. Disponível em: <https://periodicoseletronicos.ufma.br/index.php/revistahumus/article/view/9610>. Acesso em: 15 mar. 2022.
- MORETO, Mariana Capela Lombardi. **O precedente judicial no sistema processual brasileiro**. 2012. Tese (Doutorado em Direito Processual). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo São Paulo. 2012. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-15052013-162737/pt-br.php>. Acesso em: 26 nov. 2022.
- TARUFFO, Michele; DE TEFFÉ, Chiara Spadaccini. Precedente e jurisprudência. **civilistica.com**, v. 3, n. 2, p. 1-16, 2014. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/587>. Acesso em: 10 abr. 2022.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto; ANDRADE, Érico. **Precedentes no processo brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2021. 192 p.