

TEXTURA ABERTA DAS NORMAS: ANÁLISE DA ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO À LUZ DA TEORIA DE HELBERT HART

*OPEN TEXTURE OF NORMS: ANALYSIS OF THE PERFORMANCE OF
JUDICIARY IN THE OPTIC OF HELBERT HART'S THEORY*

CABALLERO, Maria Clara Vizotto¹

CABALLERO, Gregório Vizotto²

MORANDO, Thais Helena³

RESUMO: O presente texto visa analisar a evolução do direito positivado considerado sob a ótica neoconstitucionalista. O estudo será pautado pelos conceitos desenvolvidos pelo pesquisador Helbert Hart em sua obra “O conceito de Direito”, demonstrando-se sua atemporalidade para definição do papel fundamental do Poder Judiciário na criação / indução ao cumprimento das regras de conduta.

PALAVRAS-CHAVE: Decisão; interpretação; precedentes; discricionariedade; sistema Judiciário.

ABSTRACT: *The present text aims to analyze the evolution of positive law considering the neoconstitutionalist perspective. The study will be guided by the concepts developed by the researcher Helbert Hart in his work “The concept of Law”, demonstrating its timeless application when it comes to the fundamental role of Judiciary in creating / inducing compliance with the rules of conduct.*

KEYWORDS: *Decision. Interpretation. Precedents. Leeway. Judiciary System.*

1 Mestranda em Direito Processual e Constitucional Tributário e Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Especialista em Direito Tributário pela Fundação Getúlio Vargas (FGV-SP). Advogada. E-mail: mclaravizotto@hotmail.com

2 Mestrando em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários. Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Advogado. E-mail: gregoriovizotto@hotmail.com

3 Doutora e Mestre em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Graduada em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Professora de Direito Tributário dos Cursos de Graduação e Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da PUC-SP. E-mail: thais@formajuridica.com.br

Textura aberta das normas: Análise da atuação do Poder Judiciário à luz da teoria de Helbert Hart

CABALLERO, Maria Clara Vizotto; CABALLERO, Gregório Vizotto;
MORANDO, Thais Helena

1. INTRODUÇÃO

Desde os primórdios do Direito, muito se fala acerca do papel das normas não positivadas no ordenamento jurídico e qual seria a relevância do Poder Judiciário para indução de seu cumprimento, assim como acerca de quais seriam os limites sobre os quais este poderia atuar.

A despeito da dicotomia conhecida entre Civil e *Common Law*, verifica-se que, ao passar dos anos, referidos conceitos se tornaram obsoletos diante do fato de que o direito adquiriu característica fluida, de modo que a aplicação das normas não seria mais somente dividida entre normas positivadas e aquelas reconhecidas como prática reiterada no mundo jurídico.

Como o surgimento das novas fontes do Direito, tais como os princípios, precedentes, costume, tomou espaço na doutrina corrente denominada de neoconstitucionalismo, a qual colocou em voga o papel ativista do Poder Judiciário no que tange a prolação de decisões, a necessária fundamentação para fins de garantir o processo legal e todos os princípios que daí decorrem, com o devido amparado na Constituição Federal.

A corrente doutrinária neoconstitucionalista surgiu como uma reação ao positivismo, superando a premissa de subsunção do fato a norma e induzindo uma ponderação das normas, positivadas ou não, para cada caso.

Por sua vez, considerando a abertura de espaço aos juristas para aplicação das normas diante das lacunas do ordenamento jurídico, ficou essencial a análise dos limites em que tal atuação poderia ser exercida, principalmente considerando a forma de divisão em que o Estado objeto de análise adotava.

O Brasil adota o Federalismo como forma de organização do Estado e tem como norma fundamental a Constituição Federal. A atuação dos poderes está dividida em três esferas, conforme expressa disposição constitucional em seu artigo 2º, que assim aduz: “São Poderes da União, independentes e

Textura aberta das normas: Análise da atuação do Poder Judiciário à luz da teoria de Helbert Hart

CABALLERO, Maria Clara Vizotto; CABALLERO, Gregório Vizotto;
MORANDO, Thais Helena

harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”

Tais poderes limitam-se pelo conhecido “*sistema de freios e contrapesos*”, de modo que as esferas, além de possuírem competências exclusivas delimitadas na Carta Magna, também se autorregulam para assegurar a harmonia e evitar eventuais abusos que aconteçam por qualquer um desses.

Para o doutrinador George Abbud, “*essas novas Constituições não se limitam mais a apenas estabelecer a separação de poderes e delimitar competências do Poder Público, na medida em que passam a positivar diversas garantias fundamentais, estabelecendo, assim, novos limites para a atuação do Poder Público.*”.

A atuação do Poder Judiciário na esfera política está disposta a partir do artigo 92 da Constituição Federal e, em síntese objetiva, teria a função primordial de garantir o cumprimento das leis elaboradas pelo Poder Legislativo e sancionadas pelo Poder Executivo.

143

Considerando o sistema de freios e contrapesos, diante das lacunas legislativas inerentes ao ordenamento jurídico, o Poder Judiciário passou a ter papel mais ativo diante da aplicação das leis e eventual “*criação*” de normas, a fim de que todo cidadão que buscasse amparo do Estado tivesse seu direito devidamente tutelado.

Ocorre que, para entendermos nosso contexto atual, é importante darmos um passo atrás e analisarmos sob qual contexto referida abertura se deu.

A despeito de todas as correntes pelas quais o Direito perpassou ao longo do tempo, o marco fundamental foi a superação do positivismo e a necessidade de buscar-se outras fontes que não somente o texto positivado, na medida em que este, por ser característica inerente ao próprio sistema, incorreria em lacunas.

Textura aberta das normas: Análise da atuação do Poder Judiciário à luz da teoria de Helbert Hart

CABALLERO, Maria Clara Vizotto; CABALLERO, Gregório Vizotto;
MORANDO, Thais Helena

O grande nome na história jurídica que abriu espaço ao que conhecemos como Positivismo Liberal foi o filósofo Helbert Hart, sendo peça fundamental a introdução do Poder Judiciário no que tange a “*criação de normas*” em razão do que o doutrinador conceituou como “*textura aberta das normas*”.

Apenas para contextualização, Helbert Hart foi um filósofo do direito e magistrado britânico, conhecido pela sua obra “*O Conceito de Direito*”, sendo esta obra de referência para filosofia do direito de tradição analítica.

Em conceitos simples, o estudioso aduziu que não seria possível que os legisladores esgotassem todas as combinações de circunstâncias que o futuro pode trazer no ordenamento jurídico positivado, atribuindo um papel ativo aos membros do judiciário para “*sanar*” tais lacunas.

Tendo em mente que nosso país adota o sistema federalista e, conseqüente, são impostos limites constitucionalmente garantidos à atuação dos três poderes, é importante analisar o limite de extensão do papel do Poder Judiciário diante aquilo que Hart entendeu como “*textura aberta das regras*”.

Pela majoritária doutrina, entende-se que o Brasil segue a lógica do Civil Law. Em termos engessados, a corrente pauta-se na ideia da argumentação fundada estritamente em textos normativos positivados.

Conforme previamente aduzido, com a evolução do Direito e o desenvolvimento de seu caráter fluído, tais conceitos engessados foram superados, conforme se denota da edição do Novo Código de Processo Civil (“CPC”).

Isso porque referido diploma legal atribuiu força normativa aos precedentes judiciais, positivando-os como normas primárias a partir de seu art. 926. Assim, verifica-se que o grande passo dado com relação ao seu antecessor está na valorização da missão do Judiciário em delimitar a melhor norma jurídica aplicável a um determinado caso.

Textura aberta das normas: Análise da atuação do Poder Judiciário à luz da teoria de Helbert Hart

CABALLERO, Maria Clara Vizotto; CABALLERO, Gregório Vizotto;
MORANDO, Thais Helena

Para tanto, pauta-se na premissa de que, se, de um lado, é inegável que do processo de aplicação da lei sobre os fatos seja possível extrair diversas normas jurídicas, de outro, cabe ao judiciário encontrar, de forma justificada e racional, a melhor delas.

Neste sentido, a utilização de precedentes como fonte primária do Direito é amplamente questionada pela doutrina, vide paralelo estabelecido pelo doutrinador Araken de Assis: *“A forma de harmonizar o latente subjetivismo da resolução judicial, tomada nessas condições, com a fidelidade à ordem constitucional, constitui questão ainda em aberto e para a qual inexistente solução satisfatória.”*⁴

Sendo assim, como o papel ativo do Judiciário vem ganhando proporções cada vez maiores sob a ótica jurídica, cabe a nós, estudiosos do Direito, refletir sobre qual seria o alcance e limitações de sua atuação para o preenchimento das lacunas legislativas, seja perante a ótica técnica / fática, como também política-filosófica sobre as quais tais premissas se pautaram.

145

2. TEXTURA ABERTA DAS REGRAS SOB A ÓPTICA DE HELBERT HART

Conforme previamente aduzido, o presente estudo será pautado nas premissas fixadas pelo filósofo Helbert Hart em sua obra *“O conceito do Direito”*, especificamente naquilo que diz respeito a textura aberta das normas.

Conforme se verifica de sua obra, o filósofo atribui caráter cético ao formalismo das normas, vez que não seria possível por parte dos legisladores esgotarem, por meio do ordenamento jurídico positivo, todas as possibilidades que poderiam decorrer das relações humanas no mundo fático, incorrendo em inequívocas lacunas.

Como solução ao problema das lacunas, o estudioso desenvolveu sua

4 ASSIS, Araken de Processo civil brasileiro, volume IV [livro eletrônico] : parte especial : procedimento comum (da demanda à coisa julgada) / Araken de Assis. -- 3. ed. -- São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2022.

Textura aberta das normas: Análise da atuação do Poder Judiciário à luz da teoria de Helbert Hart

CABALLERO, Maria Clara Vizotto; CABALLERO, Gregório Vizotto;
MORANDO, Thais Helena

teoria pautando-se na atribuição às normas daquilo que será conhecido mundialmente como “*textura aberta*”, nos seguintes termos:

Qualquer que seja a estratégia escolhida para a transmissão de padrões de comportamento, seja o precedente ou a legislação, esses padrões, por muito facilmente que funcionem na grande massa de casos comuns, se mostrarão imprecisos em algum ponto, quando sua aplicação for posta em dúvida; terão o que se tem chamado de *textura aberta*. ASSIS, 2022)

Em breve síntese, Hart entende que os termos e conceitos estritamente positivados não teriam somente um núcleo de sentido determinado e independente de contexto, mas também uma zona de penumbra. Por tal razão, ao atribuir a impossibilidade de tutela a todos somente utilizando-se das normas positivadas, o estudioso ficou conhecido como positivista liberal.

A teoria de Hart demonstra que, em muitos sistemas jurídicos, a formalidade das regras acarretou o sacrifício de inúmeros direitos, principalmente se considerados à luz dos objetivos sociais, utilizando-se, por exemplo, o contexto da era nazista.

146

O pensador inovou a lógica jurídica ao introduzir o pensamento de que a linguagem, ainda que considerada em todos os campos da existência humana, possui um limite inerente à sua própria natureza.

Isso porque, para o filósofo, existem duas formas de comunicação jurídica: a legislação e os precedentes, ambos limitadas pela linguagem, vez que há um amplo espaço de indeterminação nas regras jurídicas e a orientação dos precedentes incorreria em bastante razoável objetividade. Para tanto, utilizou-se do seguinte exemplo:

Podem-se ver os traços distintivos das duas estratégias nos seguintes casos simples e não jurídicos. Antes de ir à igreja, um pai diz ao filho: “Ao entrarem na igreja, todos os homens e meninos devem tirar o chapéu”. Outro pai, descobrindo a cabeça ao entrar na igreja, diz “Esta é a maneira certa de se

Textura aberta das normas: Análise da atuação do Poder Judiciário à luz da teoria de Helbert Hart

CABALLERO, Maria Clara Vizotto; CABALLERO, Gregório Vizotto;
MORANDO, Thais Helena

comportar em ocasiões como esta.”⁵

Em um primeiro momento, induz-se a ideia de que o acatamento da ordem traduzida pelo precedente acarretaria maior incerteza do que a ordem positivada. Contudo, para Hart, todas as normas, positivadas ou não, são constituídas por termos gerais e que não é possível que sejam previstas todas as situações jurídicas no plano legal.

Hart entende que o Direito é formado pela união de regras primárias e secundárias. As regras primárias seriam aquelas que impõem deveres positivos ou negativos aos indivíduos, sendo estas regras de comportamento. As regras secundárias são aquelas que conferem poderes ou regras que se referem a outras regras. Neste espectro, encontram-se três tipos de regras:

- a) Regras de alteração – regras que proporcionam aos indivíduos e legisladores mecanismos para introduzir novas regras primárias;
- b) Regras de julgamento – regras que atribuem poder de julgar se uma regra foi ou não violada;
- c) Regras de reconhecimento – regras que identificam o direito vigente em uma sociedade e fornecem solução para a incerteza na identificação do direito.

Por sua vez, a estrutura que resulta da combinação das regras primárias de obrigação com as secundárias de reconhecimento, alteração e julgamento, está no centro de um sistema jurídico, mas não seria o suficiente para compreendê-lo, pois existe outro problema envolvido na compreensão do direito.

Referido problema consiste na interpretação das regras e a sua aplicação ao caso concreto, sejam estes conhecidos como “*casos fáceis*” ou “*casos difíceis*”. Os primeiros seriam aqueles que geram certeza de que a regra

⁵ HART, H. L. A. O conceito de direito, pp. 334-335

Textura aberta das normas: Análise da atuação do Poder Judiciário à luz da teoria de Helbert Hart

CABALLERO, Maria Clara Vizotto; CABALLERO, Gregório Vizotto;
MORANDO, Thais Helena

a eles se aplica. Já os segundos pressupõem a ideia de incerteza sobre a aplicação da regra, acarretando possíveis soluções jurídicas divergentes a serem dadas pelos Tribunais.

Logo, para o pensador, o papel do interprete / aplicador do Direito se tornaria preponderante no ato da interpretação das normas para que seja dada uma solução jurídica certa para cada caso. Sendo a linguagem naturalmente vaga, há necessidade de se preencher essa textura aberta da norma, por meio do poder discricionário do juiz, situação que se tornaria inevitável diante dos casos considerados difíceis.

Em sua visão, o ordenamento jurídico por si só não seria completo e, em virtude disso, os juízes não poderiam limitar-se à tarefa puramente dedutiva que a teoria positivista exige no sentido de somente subsumir o fato à norma. Logo, Hart atribuiu ao aplicador do Direito função interpretativa da norma, abrindo espaço para eventual inovação na ordem jurídica.

Neste sentido, o filósofo em questão critica a aplicação indiscriminada dos precedentes. Para tanto, aduz que tratar os casos iguais de forma igual equivaleria a uma fórmula vazia, pois os casos poderiam possuir diferenciações na ordem prática que inviabilizariam a tutela do direito pretendido.

Assim, concluiu que o Direito era pautado por normas de textura aberta, de maneira que os limites naturais da linguagem não impediriam que o Direito se expressasse sempre através de enunciados unívocos. Logo, seria função do aplicador / intérprete buscar dentro deste mesmo sistema a complementação de significado dos termos obscuros.

Nos casos das lacunas, o juízo possuiria uma discricionariedade para criar o direito referente àquele caso a fim de que este se adeque a situação jurídica colocada à sua frente, ainda que limitado às normas do ordenamento jurídico vigente.

Textura aberta das normas: Análise da atuação do Poder Judiciário à luz da teoria de Helbert Hart

CABALLERO, Maria Clara Vizotto; CABALLERO, Gregório Vizotto;
MORANDO, Thais Helena

A obra do filósofo inglês foi tão importante para a formação do Direito que, ainda que escrita em 1961, foi possível prever-se um comportamento que seria adotado pelas demais sociedades ao longo dos anos, inclusive, pelo sistema jurídico brasileiro.

Para o que interessa o presente estudo, o pensador teve papel fundamental e inovador na ordem jurídica ao atribuir ao Poder Judiciário essa função ativa de interpretação das leis. De fato, ainda que o Direito tenha caráter fluido, este é fundado em bases sólidas que dependem da interpretação de seus estudiosos para que seja compreendido e aplicado em sua completude.

Somente desta forma é que poderemos superar correntes ultrapassadas pelas novas relações que surgem diariamente nas sociedades, acarretando evolução contínua do Direito para que atenda seus devidos fins.

3. ATUAÇÃO DOS MAGISTRADOS NO SISTEMA JUDICIÁRIO BRASILEIRO

3.1. Ativismo Judicial

Um das consequências do desenvolvimento da teoria de Hart foi a premissa de indeterminabilidade, menor ou maior, dos resultados extraíveis dos textos legais. Assim, os Tribunais / Poder Judiciário passaram a ter uma função ativa perante a criação do Direito, ainda que limitado material e formalmente pela ordem jurídica vigente.

Conforme visto, o Brasil adota o modelo constitucional perante suas relações jurídicas, de modo que a ordem maior estaria subsumida à Constituição Federal. Contudo, verifica-se que a Constituição vigente privilegia princípios, assim como induz a necessária de leis complementares e ordinárias para seu regramento.

Textura aberta das normas: Análise da atuação do Poder Judiciário à luz da teoria de Helbert Hart

CABALLERO, Maria Clara Vizotto; CABALLERO, Gregório Vizotto;
MORANDO, Thais Helena

Ainda assim, como bem pontuado por Hart, é inerente do ordenamento jurídico possuir lacunas que obstruem o regular acesso a justiça. Logo, o Direito, formalmente considerado, precisou passar por flexibilizações a fim de buscar contemplar os direitos constitucionalmente garantidos, assim como viabilizar a efetiva tutela jurisdicional.

Em razão desta fluidez que o sistema jurídico acabou incorporando ao longo dos anos, a doutrina se dividiu em correntes, mais conservadoras ou liberais, a fim de analisar os efeitos desta flexibilização diante da ordem federalista. Como exemplo de crítica, os doutrinadores classificaram a transposição de limites por parte do Judiciário como ativismo judicial.

Cumprе destacar que referido conceito tem diversas facetas a depender de qual doutrinador o está definindo, podendo assumir um caráter positivo ou inconstitucional.

Para parte da doutrina, a ideia do ativismo judicial se associa diretamente a uma interferência do Judiciário no espaço de atuação dos outros dois Poderes, refletindo na possibilidade de lesão à democracia.

150

Neste ponto, Nelson Nery Jr. e Geroges Abboud destacam:

A partir da figura do ativismo judicial pretende-se imbuir de legitimidade e justificarem-se decisões que são verdadeiramente inconstitucionais. Em um Estado Democrático de Direito não há lugar para o Judiciário fundamentar suas decisões em suas convicções pessoais, morais, religiosas etc..⁶.

De maneira geral, a doutrina brasileira entende que existe uma tensão entre a interpretação constitucional, com o objetivo de realizar os direitos ali previstos e a atuação volitiva do Poder Judiciário, que a pretexto de realizar um direito que estaria previsto na Constituição Federal, ainda que de forma

6 NERY JUNIOR, Nelson; ABOUD, Georges. Direito constitucional brasileiro [livro eletrônico]: Curso Completo -- 2. ed. -- São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2019.

Textura aberta das normas: Análise da atuação do Poder Judiciário à luz da teoria de Helbert Hart

CABALLERO, Maria Clara Vizotto; CABALLERO, Gregório Vizotto;
MORANDO, Thais Helena

implícita, age com base no subjetivismo e ideologia do julgador.

Em contrapartida, Luís Roberto Barroso, grande defensor dos princípios como fontes primárias do direito, atribuiu caráter positivo ao ativismo judicial da seguinte forma:

[...] o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. (BARROSO, 2010)

Neste contexto, para o Ministro, o ativismo judicial assumiria um caráter importante como ferramenta que permite ao Poder Judiciário não apenas estar atento às demandas da sociedade que não podem ser satisfeitas rapidamente pelo Poder Legislativo, como também endereçar essas questões de forma inovadora.

Verifica-se que, algumas atuações do Supremo Tribunal Federal e do Poder Judiciário como um todo, são atuações constitucionalmente previstas, como o controle de constitucionalidade de atos legislativos ou do próprio Judiciário; a atuação contra majoritária para proteção de direitos fundamentais em relação ao Estado; e, até mesmo, sua atuação em casos de omissão legislativa.⁷

Apesar de constituem inegavelmente uma interferência na atuação de outros poderes, referidas condutas são previstas democraticamente e se dirigem também a concretizar a autonomia do direito.⁸ Por sua vez, algumas outras atuações terminam por se transferir para o campo da moral e da ideologia, se constituindo em mera discricionariedade do julgador.

7 ABBOUD, Georges. MENDES, Gilmar. Ativismo judicial: notas introdutórias a uma polêmica contemporânea. In: Revista dos Tribunais. Vol. 1008/2019. Out. 2019., p. 3.

8 STRECK, Lenio Luiz. Questionando o ativismo judicial ou “de como necessitamos de uma teoria da decisão. In: Revista de DIREITO & PAZ. Ano XVI, n. 30, 2014, p. 27.

Textura aberta das normas: Análise da atuação do Poder Judiciário à luz da teoria de Helbert Hart

CABALLERO, Maria Clara Vizotto; CABALLERO, Gregório Vizotto;
MORANDO, Thais Helena

Neste contexto, ficou de grande importância a análise desta atuação do Poder Judiciário considerando-se as novas fontes do Direito, dentre elas, o sistema de precedentes aprimorado pelo Novo Código de Processo Civil.

Isso porque, conforme aduzido por Hart, a aplicação discriminada de precedentes acaba por incorrer em fórmula vazia, pois, em muitos casos, não oferece ao caso a devida solução jurídica que ali comportaria.

A despeito dos precedentes serem considerados de hierarquia inferior às normas positivadas, é possível verificar que parte da população acredita que estes incorrem em um subjetivismo maior por parte dos julgadores, assim como já havia previsto Hart.

Por sua vez, conforme se verifica da ordem jurídica brasileira, a Constituição Federal estabelece um sistema que visa garantir os direitos e princípios focados no desenvolvimento e proteção da sociedade, inclusive, limitando a atuação dos respectivos poderes a este fim, que seria o bem comum.

152

3.2. Precedentes Judiciais

Com a edição do Código de Processo Civil em 2015, houve destaque para uma tentativa de uniformização da jurisprudência, visando justamente atribuir unicidade ao sistema jurídico, assim como evitar que situações semelhantes sejam definidas de formas diversas.

Neste contexto, Georgia Abboud pontua que:

A jurisprudência passa a apreender valores na concretização e procedimentalização do direito, ou seja, sua atuação não é mais feita por mera subsunção de fatos a disposições normativas, e, sim, a concretização do direito, que, em cada

Textura aberta das normas: Análise da atuação do Poder Judiciário à luz da teoria de Helbert Hart

CABALLERO, Maria Clara Vizotto; CABALLERO, Gregório Vizotto;
MORANDO, Thais Helena

caso, é sempre particular e único.⁹

Para a professora Tereza Arruda Alvim, a edição do novo Código visou extrair todas as possíveis consequências positivas de se prestigiar a jurisprudências e os princípios constitucionais, nos seguintes termos:

O art. 926 é sinal evidente dessa tendência: trata-se de um artigo de natureza principiológica, em que se recomenda aos Tribunais, em geral, que uniformizem a sua jurisprudência, mantenham-na estável, íntegra e coerente. Essa situação com certeza tende a diminuir a carga de recursos que seriam destinados a esse tribunal, que passa a ser mais respeitado e a cumprir adequadamente com o dever de gerar segurança jurídica. (ALVIM, 2018).

Isso porque, observando-se a antiga redação do Código de Processo Civil de 1973, abria-se margem para um senso equivocado de que a atuação do magistrado poderia seguir-se pela interpretação subjetiva do caso, deixando-se de serem observados os princípios constitucionais e até mesmo a função do Poder Jurisdicional.

Com a edição do Novo Código, é possível notar um grande passo perante esta esfera jurídica pois a questão dos precedentes foi devidamente positivada para fins de regulamentação, existindo alicerces sob os quais o Poder Judiciário deve pautar-se quando da aplicação / interpretação da Lei.

Para tanto, Nelson Nery Junior e Georges Abboud lecionam no seguinte sentido¹⁰:

O juiz não pode se desapegar do arcabouço normativo-constitucional que vincula sua atividade para decidir com base em convicções e em seu senso de justiça. O juiz e todos os Tribunais, principalmente o STF, têm o dever de prestar contas à Sociedade demonstrando os fundamentos jurídicos da motivação de sua decisão.

Em termos vulgares, entende-se que a função jurisdicional,

9 ABOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. Ed. 2016, São Paulo: Thomson Reuters Brasil

10 NERY JUNIOR, Nelson; ABOUD, Georges. op. cit.

Textura aberta das normas: Análise da atuação do Poder Judiciário à luz da teoria de Helbert Hart

CABALLERO, Maria Clara Vizotto; CABALLERO, Gregório Vizotto;
MORANDO, Thais Helena

aperfeiçoando a premissa de Hart de que a aplicação do direito não deve ser feita indistintamente para todos os casos, poderia ser definida como a aplicação da legislação ao caso concreto, observadas as provas e argumentos dispendidos nos autos.

A individualização dos casos tanto foi privilegiada no Novo Código de 2015 que, diferentemente de seu antecessor, foi elaborado capítulo específico para produção de provas a partir de seu artigo 369, inclusive, podendo esta ser determinada de ofício pelo juízo, em conformidade com o princípio de devida prestação da tutela jurisdicional.

Ocorre que, em alguns casos, por vislumbrar-se *ratios decidendis* semelhantes em diversos casos e, diante da massificação das demandas judiciais, o legislador pátrio visou regulamentar a uniformização da jurisprudência para que fosse garantida a aplicação do Direito de forma igualitária entre os tutelados, respeitados os direitos constitucionais, e, na ordem prática, desatolar os Tribunais pátrios de uma carga de trabalho inviável.

154

Quando pensamos na atuação do judiciário, coloca-se em vista qual seria a função dos precedentes na ordem jurídica e se estes esgotariam a situação jurídica ali tutelada, principalmente se colocados sob a ótica do devido processo legal.

Conforme visto, o doutrinador Hart já havia previsto que os precedentes seriam limitados pela linguagem, de modo que não esgotariam as possibilidades jurídicas ali enquadradas, havendo a necessidade de uma regulamentação.

O dever de uniformização da jurisprudência quedou-se devidamente positivado no art. 926 do CPC/15, estabelecendo aos Tribunais o dever de *“uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.”*

Por sua vez, o Livro III do novo diploma legal regulamentou a aplicação

Textura aberta das normas: Análise da atuação do Poder Judiciário à luz da teoria de Helbert Hart

CABALLERO, Maria Clara Vizotto; CABALLERO, Gregório Vizotto;
MORANDO, Thais Helena

dos precedentes a fim de evitar uma atuação discricionária do Poder Judiciário, indicando hipóteses específicas nas quais estes poderiam ser utilizados como fundamentos das decisões judiciais.

Em um primeiro momento, é importante destacar que a doutrina diferencia o conceito de jurisprudência e o conceito de precedentes. Enquanto a jurisprudência corresponderia ao conjunto de decisões dadas anteriormente sobre o mesmo tema, o precedente seria uma decisão específica que pode ser utilizada como embasamento para outra decisão.

Pois bem. A ideia de um conjunto de decisões consonantes não impede a existência de jurisprudência contrária, o que significa dizer que também pode existir um outro conjunto de decisões, também harmônicas e não dispares entre si.

Por sua vez, o precedente pode ser definido como uma decisão judicial que possui potencial para servir de regra para outras decisões judiciais de casos futuros envolvendo fatos ou questões jurídicas idênticas ou similares.

155

Neste sentido, foi editado o artigo 927, que estabelece rol de hipóteses legais, cujas decisões e precedentes ali previstos são vinculantes aos órgãos jurisdicionais a eles submetidos.

Parte da doutrina entende que as hipóteses ali previstas não seriam meras recomendações, mas sim deveres. Ainda assim, referidos deveres não engessariam a atuação do Judiciário pois a atividade de subsunção dos casos a situação jurídica indicada no precedente impõe necessária atividade de interpretação pelos juízes:

É preciso estabelecer uma relação analógica entre o precedente ou o enunciado de súmula e o caso a ser julgado. Eles devem ser objeto de interpretação para confirmação de sua aplicação ao caso ou para que possa ser feita distinção ou superação de casos. (ALVIM, 2021)

Textura aberta das normas: Análise da atuação do Poder Judiciário à luz da teoria de Helbert Hart

CABALLERO, Maria Clara Vizotto; CABALLERO, Gregório Vizotto;
MORANDO, Thais Helena

Conforme aduz majoritária doutrina brasileira, os precedentes são fixados com base em uma *ratio decidendi*, correspondente às razões de decidir / fundamento jurídico utilizado pelo julgador. O precedente, por si, seria a adequação deste *ratio decidendi* à situação fática:

A *ratio decidendi* não se confunde com toda a fundamentação da decisão. O elemento vinculante da decisão que servirá como precedente é a regra jurídica, o fundamento relevante de direito necessário à solução da demanda e que tem o potencial de transcender o caso decidido para servir de diretriz para casos futuros. A *ratio decidendi* transcende o precedente ao qual está vinculada e não se restringe ao significado inicial que lhe foi dado, pois a norma do precedente será moldada e esclarecida nos casos subsequentes, que delimitarão melhor a sua abrangência e sua incidência por meio de distinções.¹¹

Justamente pensando na possibilidade de alteração das situações jurídicas ao passar dos anos, o legislador inseriu os parágrafos 3º e 4º ao artigo 927 como resposta ao desgaste da sua congruência social e de sua consistência sistêmica. Tal fenômeno é conhecido como *overruling*, conforme define o doutrinador Marinoni:

Não há dúvida que o Supremo Tribunal Federal pode revogar os seus precedentes. Pode revogar, note-se bem, as *rationes decidendi* das suas decisões. Para tanto, contudo, tem de se desincumbir de pesado ônus argumentativo, demonstrando que as razões que levaram à elaboração do precedente que se quer revogar não são mais sustentáveis em virtude de motivos novos, que devem ser mostrados presentes. (MARINONI, 2019)

Da mera leitura do §4 do art. 927 do CPC, é possível verificar a preocupação do legislador com a garantia dos princípios constitucionais, na medida em que atribuiu a superação dos precedentes um caráter excepcional.

Por consequência, os precedentes assim regulamentados assumiram função dupla, viabilizar em tempo razoável a prolação de uma decisão de mérito justa e efetiva, mas também promover a unidade do direito mediante

11 SANTOS, Welder Queiroz dos, ALVIM, Teresa Arruda, TALAMINI, Eduardo, ARRUDA ALVIM. Ação Rescisória por Violação a Precedente - Ed. 2021. Revista dos Tribunais

Textura aberta das normas: Análise da atuação do Poder Judiciário à luz da teoria de Helbert Hart

CABALLERO, Maria Clara Vizotto; CABALLERO, Gregório Vizotto;
MORANDO, Thais Helena

uma ordem jurídica segura, livre e igualitária.

Neste sentido, o doutrinador Luiz Guilherme Marinoni aduz que os precedentes são fundamentais para manter-se a coerência lógica e decisional da ordem jurídica, nos seguintes termos¹²::

Existe, assim, uma importante coerência decisional, que contribui para a coerência do direito, embora num sentido diferente daquele antes atribuído à coerência da ordem jurídica, em que importa a coerência na aplicação do direito. Nesse momento fala-se da coerência entre dois discursos ou dois precedentes, que, por estarem numa situação de complementaridade, devem ser coerentes para que o direito não deixe de ter coerência. Na outra hipótese, a coerência diz respeito à necessidade de não se decidir casos iguais de forma distinta, aplicando-se o direito de modo incoerente.

Deste modo, é possível concluir que a necessidade de observância dos precedentes constitui um valor à própria racionalidade do sistema, pois visa a coordenar e tornar coerente a interpretação e a aplicação do direito aos casos semelhantes e acaba por justificar a unicidade do direito à luz dos preceitos constitucionais.

157

4. CONCLUSÃO

O Direito está em constante evolução, de modo que não basta e nem se coaduna com os deveres constitucionais a mera tentativa de subsunção dos casos às normas positivadas. Trata-se de assertiva já superada.

É justamente neste contexto que surgiu a necessidade do estudo acerca da atuação do Poder Judiciário quando a ordem jurídica incorre em lacunas legislativas, seja pela possibilidade de violações constitucionais, seja diante da necessidade de prestação da tutela jurisdicional.

Com a devida evolução das teorias jurídicas, percebe-se que a ordem

12 MARINONI, Luiz Guilherme. A Ética dos Precedentes. 10. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

Textura aberta das normas: Análise da atuação do Poder Judiciário à luz da teoria de Helbert Hart

CABALLERO, Maria Clara Vizotto; CABALLERO, Gregório Vizotto;
MORANDO, Thais Helena

brasileira pautada no constitucionalismo se utilizou da inovação trazida em 1961 por Hart para colocar os precedentes em patamar similar à legislação, atribuindo-lhes caráter de norma primária e privilegiando o trabalho do Poder Judiciário perante a ordem jurídica.

Assim, em caso de inércia do legislativo, passou-se a admitir a função ativa do Poder Judiciário para criação de normas, inclusive, para que a ordem social seja mantida, respeitadas as devidas limitações constitucionais.

É neste contexto que o Novo Código de Processo Civil foi pensado e construído à luz de um modelo constitucional de processo, delimitando uma diretriz mínima e inafastável de atuação e interpretação a ser observada não somente pelo Poder Legislativo, mas também pelo Poder Judiciário no âmbito de qualquer processo desenvolvido sob a égide de um Estado Democrático de Direito.

As lacunas legais advindas da limitação da linguagem são inerentes à própria ordem jurídica. A criação de mecanismos internos para ampliação da tutela de direitos não deveria ser somente criticada pelos estudiosos, mas também debatida para aperfeiçoamento da ordem que será utilizada para reger toda uma coletividade.

A despeito de tal fato, a possibilidade de atuação ativa do Judiciário na interpretação das leis somente fortalece a unicidade do sistema. E, conforme visto, a regulamentação dos precedentes é um marco para o Direito, pois se coaduna com a finalidade precípua de concretização do bem comum disposta na Constituição Federal, como também justifica o próprio sistema de freios e contrapesos que a ordem jurídica brasileira impõe.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. **Ativismo judicial [livro eletrônico]: os perigos de se**

Textura aberta das normas: Análise da atuação do Poder Judiciário à luz da teoria de Helbert Hart

CABALLERO, Maria Clara Vizotto; CABALLERO, Gregório Vizotto;
MORANDO, Thais Helena

transformar o STF em inimigo ficcional -- 1. ed. -- São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

ABBOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro** - Ed. 2016-- São Paulo: Thomson Reuters Brasil.

ALVIM, Teresa Arruda. **CPC em foco temas essenciais e sua receptividade: dois anos de vigência do Novo CPC** -- 2. ed. -- São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil**-- 5. ed. -- São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

Assis, Araken de. **Processo civil brasileiro, volume IV [livro eletrônico] : parte especial : procedimento comum (da demanda à coisa julgada)**. -- 3. ed. -- São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2022.

BECHO, Renato Lopes. **Ativismo Jurídico em Processo Tributário**. 1ª ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2021.

159

BUENO, Cássio Scarpinella. **Manual de direito processual civil**. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

HART, Harbert L.A. **O Conceito de Direito**. 2. ed. Oxfor: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

JÚNIOR, Hermes Zaneti. **A constitucionalização do processo [livro eletrônico] : do problema ao precedente : da teoria do processo ao código de processo civil de 2015**. 1. ed. -- São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. **Código de processo civil comentado** -- 8. ed. -- São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel.
Revista Jurídica Direito, Sociedade e Justiça/RJDSJ, v. 9, n. 14, Jul./2022-Dez./2022
ISSN - 2318-7034 [On Line]

Textura aberta das normas: Análise da atuação do Poder Judiciário à luz da teoria de Helbert Hart

CABALLERO, Maria Clara Vizotto; CABALLERO, Gregório Vizotto;
MORANDO, Thais Helena

Curso de Processo Civil [livro eletrônico]: teoria do processo civil, Volume 1. -- 7. ed. -- São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A Ética dos Precedentes** -- 10. ed. -- São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo na Constituição Federal.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 9ª ed., 2009.

NERY JÚNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado.** -- 6. ed. -- São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021

NERY JÚNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição Federal comentada.** -- 4. ed. -- São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Temas Essenciais do Novo CPC** - Ed. 2016. Revista dos Tribunais

WELDER, Queiroz dos santos, Teresa Arruda Alvim, Eduardo Talamini, Arruda Alvim. **Ação Rescisória por Violação a Precedente** - Ed. 2021. Revista dos Tribunais

Submetido em: 08.12.2022

Aceito em: 20.12.2022