



Carlos Augusto Lessa Arivabene

Decisão *contra legem* em matéria processual

Justificação e superação das regras

Dissertação de Mestrado

Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Departamento de Direito da PUC-Rio como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Fábio Carvalho Leite

Rio de Janeiro
Março de 2014



Carlos Augusto Lessa Arivabene

Decisão *contra legem* em matéria processual

Justificação e superação das regras

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da PUC-Rio como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito. Aprovada pela Comissão Examinadora abaixo assinada:

Prof. Fábio Carvalho Leite

Orientador

Departamento de Direito – PUC-Rio

Prof. Noel Struchiner

Departamento de Direito – PUC-Rio

Prof^a. Raquel Barros Nigro

Departamento de Direito – PUC-Rio

Prof^a. Mônica Herz

Vice-Decana de Pós-Graduação do Centro de
Ciências Sociais – PUC-Rio

Rio de Janeiro, 25 de março de 2014

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial do trabalho sem autorização da universidade, do autor e do orientador.

Carlos Augusto Lessa Arivabene

Graduou-se em Direito pela Universidade de Vila Velha-ES em 2011. Possui curso de Economia incompleto da Universidade Federal do Espírito Santo. Pós-Graduado em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito de Vitória. Pesquisas na área de Direito Processual Constitucional. Advogado.

Ficha Catalográfica

Arivabene, Carlos Augusto Lessa

Decisão *contra legem* em matéria processual: justificação e superação das regras. Carlos Augusto Lessa Arivabene; orientador: Fábio Carvalho Leite. – Rio de Janeiro: PUC, Departamento de Direito, 2014.

154 f.; 30 cm

1. Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Departamento de Direito.

Inclui referências bibliográficas.

1. Direito – Teses. 2. Decisão *contra legem*. 3. Justificação. 4. Regras. 5. Princípios. 6. Devido processo legal. 7. Segurança jurídica. I. Leite, Fábio Carvalho Leite. II. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Departamento de Direito. III. Título.

CDD: 340

Aos meus pais.

Agradecimentos

A Deus por ter me dado a sabedoria de enfrentar com paciência e dedicação esse trabalho.

À minha mãe, pai e irmão por terem me dado não só a oportunidade, mas também a possibilidade de me deixar dedicar.

À Natalia, mais do que todo o incentivo, mas também por toda a ajuda concedida, sem qual essa luta teria sido muito mais difícil.

Ao meu professor Fábio C. Leite pelo tempo e conhecimento despendidos.

À PUC-Rio, pelos auxílios concedidos, sem os quais este trabalho não poderia ter sido realizado

Resumo

Arivabene, Carlos Augusto Lessa; Leite, Fábio Carvalho. **Decisão *contra legem* em matéria processual: justificação e superação das regras**. Rio de Janeiro, 2014. 154p. Dissertação de Mestrado - Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

Essa dissertação tem como objeto o estudo das decisões *contra legem*, especialmente as que afastam a regra processual. Entende-se por decisão *contra legem* o ato pelo qual o tomador de decisões, diante de uma situação peculiar, resolve não aplicar a regra jurídica – a lei –, normalmente por entender que essa aplicação é potencialmente violadora de princípios constitucionais. Por esse motivo, o estudo das normas, regras e princípios é fundamental para a compreensão do tema, pois as antinomias entre eles podem configurar situações de conflito normativo, o que, por meio da técnica de ponderação, pode levar à necessidade de decidir *contra legem*. Como são as regras que casuisticamente são afastadas, a análise de sua constituição deve ser profunda, incluindo-se temas específicos, como sua razão de ser (justificação), antecedente e consequente. O princípio do devido processo legal e da segurança jurídica são fundamentos das regras processuais, por esse motivo, quando uma lei de processo é afastada, os mesmos também o são, o que indica que eles devem ser considerados pelo juiz ao decidir de forma contrária à lei. Por fim, a exposição de casos concretos que possibilitam a aplicação de conceitos teóricos em situações reais, facilitando a compreensão do posicionamento dos tribunais sobre a problemática das decisões *contra legem*.

Palavras-chave

Decisão *contra legem*; justificação; regras; princípios; devido processo legal; segurança jurídica.

Abstract

Arivabene, Carlos Augusto Lessa; Leite, Fábio Carvalho (Advisor). ***Contra legem* decision in procedural matters: justification and overcoming of the rules**. Rio de Janeiro, 2014. 154p. MSc. Dissertation - Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

This dissertation object study is *contra legem* decisions, especially those that don't keep the procedural rule. It is understood by *contra legem* decision the act by which the decision maker faced with a peculiar situation decides not to apply the legal rule - the law - usually because has the understand that this application potentially violate constitutional principles. For this reason, studying norms, rules and principles is essential to understand the topic, mainly because they can set antinomies between normative conflict situations, which through the technique of weighting can lead to *contra legem* decision. Once the rules are casuistically apart, a deep review about constitution is required, including specific topics such as their rationale (justification), its antecedent and consequent. The principle of due process of law and legal certainty are grounds of procedural rules, and because of that when a law process is passed by, they are as well, indicating that they should be considered by the judge to decide contrary to the law. Finally, exposure of specific cases enables the application of theoretical concepts in real situations, which facilitates the understanding of the position of the courts on the issue of *contra legem* decisions.

Keywords

Contra legem decision; justification; rules; principles; due process of law; legal certainty.

Sumário

1. Introdução	11
2. A decisão <i>contra legem</i> e as antinomias entre regras e princípios	14
2.1. A decisão <i>contra legem</i>	14
2.2. Distinções entre normas, regras e princípios	32
2.3. Conflito/Colisão entre princípios e regras e a técnica de ponderação	36
2.3.1. A colisão e a técnica de ponderação em Robert Alexy	41
2.3.1.1. Crítica de Humberto Ávila à ponderação restritiva aos princípios	47
2.3.2. Conflito entre a norma processual amparada pelo princípio do devido processo legal e princípios constitucionais	50
2.3.3. A tensão das decisões <i>contra legem</i>	54
3. A regra processual e o devido processo legal nas decisões <i>contra legem</i>	58
3.1. A constituição da regra	58
3.1.1. A justificação, o predicado fático e os fenômenos da sobreinclusão e da subinclusão das regras	59
3.1.2. A regra, a sua razão de ser (justificação) e os modelos de tomada de decisão	63
3.1.3. A razão de ser da regra processual	68
3.2. O devido processo legal	76
3.3. Aspectos procedimentais e substantivos do princípio do devido processo legal	87
3.3.1. Princípio do devido processo legal procedimental	88
3.3.2. Princípio do devido processo legal substantivo	93
3.4. O devido processo legal como fonte do processo justo e a decisão <i>contra legem</i>	100
3.5. A segurança jurídica como objetivo do devido processo legal	110

4. A decisão <i>contra legem</i> no direito	117
4.1. Exposição de um caso modelo: uma regra processual de prazo	117
4.1.1. Excepcionalidade e características das decisões <i>contra legem</i>	119
4.1.2. A razão de ser da regra em apreço	122
4.1.3. A forma de resolução da tensão	123
4.1.4. Problema do caso concreto em decorrência da decisão <i>contra legem</i>	130
4.1.5. Formação de precedentes e outra decisão <i>contra legem</i> ainda mais grave	132
4.2. O caso da execução judicial de boletos bancários	135
4.3. Caso curioso. Declarado morto pessoa viva em aplicação irresponsável da regra: uma decisão <i>contra legem</i> recomendável	139
5. Conclusão	145
6. Referências bibliográficas	147

Ningún acto de justicia es completamente justo mientras que en cualquier rincón del mundo persiste una injusticia, puesto que es injusto hacer justicia si no hace justicia con todos.

Werner Goldschmidt, *La ciencia de la justicia (dikelogia)*

1 Introdução

O direito sistematizado tem como objetivo abranger e regular os casos da vida comum e da sociedade na maior medida possível. Mas qual o juiz que, pelo menos por uma vez em seu ofício, não se viu diante de uma circunstância difícil? Difícil no sentido de que esse mesmo juiz, sabendo que há uma regra específica para ser aplicada, matuta se realmente a aplicação dessa regra é a melhor solução, se é o que fará justo o processo, se é o que fará justiça.

Essas situações são rotineiras e demandam uma intensa reflexão. Para qualquer caso, o magistrado pode ou não aplicar a regra. Se aplicar, poderá ser injusto. Se não aplicar, agirá *contra legem*, o que, sob outros pontos de vista, também será injusto. “Ao integrar no direito positivo regras e valores diferentes daqueles reconhecidos pela lei, o juiz procura conciliar a lei com a justiça, ou seja, aplicar a lei de forma que suas decisões possam ser socialmente aceitáveis” (Perelman, 2000, p. 455)

Essa dissertação tem como escopo investigar essas situações complicadas que se passam diante do tomador de decisões, se eles devem ou não decidir *contra legem*. Normalmente isso acontece quando a utilização da regra no caso concreto ocasiona algo não previsto pelo legislador, acarretando uma situação de embate da regra com algum princípio de direito, especialmente os constitucionais. Por essa razão, o estudo específico dos princípios, das regras jurídicas e de suas antinomias é primordial para se entender esses conflitos normativos, pois não há como compreender a possibilidade da decisão *contra legem* sem entender como são constituídas essas duas espécies de normas, sobretudo porque o juiz, quando afasta a regra, aciona possivelmente um princípio constitucional. O tomador de decisões faz uso da técnica de ponderação para solucionar a tensão existente. Essa técnica será apresentada primeiro de acordo com a teoria de Robert Alexy e, em sequência, pela análise crítica de Humberto Ávila.

Todavia, essa abordagem sobre as decisões *contra legem* tem como enfoque o processo, é dizer, os casos em que a regra afastada se trata de uma regra processual. Por exemplo, quando o juiz aceita receber um recurso intempestivo, por verificar que a aplicação da hipótese de incidência da regra viola algum

princípio jurídico e conseqüentemente torna injusto o processo, é um exemplo de decisão *contra legem*.

Como são as regras que são superadas para se produzir uma decisão *contra legem*, a exposição sobre elas devem ser mais densas. Por esse motivo, será demonstrada a constituição das mesmas, envolvendo sua razão de ser – que é a causa de justificação –, o predicado fático e o conseqüente e, ainda, os fenômenos da sobreinclusão e da subinclusão. E como se tem preferência pela apreciação das regras processuais, a análise de suas razões de ser, mediatas e imediatas, são imprescindíveis para a apreensão de uma eventual possibilidade de afastamento das regras.

Essa superação, além de desrespeitar a vontade do legislador, viola os princípios constitucionais do devido processo legal e da segurança jurídica. Portanto, como esses dois princípios são fundamentos de qualquer lei processual, todo o sopesamento de razões e contrarrazões nos conflitos devem tê-los como alicerce, independente de qual o pronunciamento feito.

Uma boa forma de se estudar as decisões *contra legem* se dá pela análise de eventos concretos em que elas forem verificadas. Dessa forma, serão expostos no último capítulo alguns casos de decisões *contra legem* produzidas por um tomador de decisão diante de uma situação de tensão. Verificar-se-á, por uma opinião pessoal, se realmente o episódio é hipótese de se decidir contrário à lei, bem como, caso o seja, se a fundamentação utilizada fora suficiente e adequada para a superação da regra. Com isso, será possível se traçar o perfil do juiz e identificar em qual dos modelos de tomadas de decisões ele se encaixa. É nesse horizonte que são apropriadas as palavras de Benjamin N. Cardozo ao discorrer sobre as leis dos juízes:

A Constituição prevalece sobre uma lei escrita, mas uma lei escrita, se coerente com a Constituição, prevalece sobre a lei dos juízes. Nesse sentido, o Direito criado pelos juízes é secundário e subordinado ao Direito criado pelos legisladores (Cardozo, 2004, p.5).

Uma das conclusões que se adianta e que se defende nesse trabalho é que a decisão *contra legem* somente pode ser prolatada em virtude apenas da peculiaridade do caso concreto. Isso significa que somente em situações excepcionais o juiz deve operar dessa maneira. Decidir *contra legem* é algo que

deve ser evitado, principalmente por conta dos poucos estudos teóricos que existem e das não previsíveis consequências jurídicas e extrajurídicas que dela podem advir.

2 A decisão *contra legem* e as antinomias entre regras e princípios

A decisão *contra legem* pode ocorrer por diversos fatores, seja por casos difíceis, seja por casos trágicos, ou ainda por conta da concepção do *justo* ou do ativismo de cada juiz. Sempre vai ser uma escolha, dificilmente uma obrigação, restringindo-se normalmente naquilo que é aconselhável e não aconselhável dentro da razoabilidade da questão. Por essa razão, os tópicos abaixo foram dispostos de maneira a primeiro apresentar um conceito e uma definição da mesma por uma abordagem teórica e jurisprudencial, para, sequencialmente, se aprofundar em fatores que contribuem para sua ocorrência, como as antinomias entre regras e princípios e as conseqüentes tensões oriundas do caso concreto.

2.1 A decisão *contra legem*

Com a pretensão de se analisar, ao final dessa dissertação, casos concretos em que se possa verificar a existência de decisões judiciais em desacordo com a regra processual e seus respectivos pormenores, pertinente se faz apresentar antes exposições sobre o caráter teórico das normas jurídicas, diferenciando, assim, as regras dos princípios. Mas, antes ainda, deve-se desde já direcionar essa dissertação a expor analiticamente a decisão *contra legem*, bem como tentar desmistificar como a esta vem sendo tratada tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência, tentando-se descobrir qual o sentido que à mesma vem sendo aplicado.

Desta forma, pergunta-se: o que é uma decisão *contra legem*? O termo realmente significa, como se faz pensar, em algo “contra lei”, mas esse *contra legem* quer dizer contra a lei pura, em sentido estrito, ou contra o direito? Mas se for contra a lei, tem lugar para a mesma no ordenamento jurídico? Não seria uma contradição? Há poucos que se arriscam a tentar entender o porquê de se permitir algo contrário à norma, ou ao direito, ou ao sistema de direito, razão pela qual a presente tentativa se baseará em expor como a doutrina e a jurisprudência utilizam

e aplicam o termo para tentar alcançar qual o atual significado majoritariamente adotado.

Explica-se que a concepção seguida é a de que *contra legem* realmente significa contra lei, não contra o direito. Se uma decisão é considerada *contra legem*, é porque, embora não possua fundamentos em regras processuais, possui fundamentos em outras normas, principalmente as principiológicas. Portanto, a discussão paira dentro do ordenamento jurídico e não fora dele, e é distinta essa discussão por conta da preferência quase absoluta de aplicação das regras em face dos princípios¹. Mas, se em uma hipótese, a decisão for proferida sem fundamentação tanto nas regras quanto nos princípios, essa, diferentemente, será uma decisão extrajurídica, inexistente por faltar-lhe requisitos essenciais à sua existência.

Por exemplo: um cidadão falece deixando uma considerável quantidade de bens, sem, contudo, possuir herdeiros. Desrespeitando as normas tanto do Código Civil quanto do Código de Processo Civil, Promotor e Juiz resolvem por bem dividir igualmente a herança entre os mesmos, decretando essa divisão judicialmente. Percebe-se que essa prática não corporifica uma decisão *contra legem* porquanto não possui nenhum fundamento jurídico, ou seja, personifica, outrossim, uma decisão extrajurídica e, conseqüentemente, inexistente.

Todavia, não há maiores discussões nesse sentido, pois a maior parte daqueles que abordam o tema, ainda que superficialmente, fixa o embate no que tange à superação² das normas jurídicas e naquilo relativo à justificação da decisão *contra legem*. Em verdade, a decisão *contra legem* em si não é amplamente debatida, normalmente sendo mencionada dentro das teorias gerais da argumentação jurídica.³

As análises normalmente se baseiam no estudo dos casos fáceis e difíceis do direito e nos casos trágicos de Atienza. Os autores, na realidade, pesquisam

¹ No entanto, para Hans Kelsen não existe no direito decisão *contra legem*. Em verdade, quando Kelsen aborda o tema, ele o utiliza a expressão '*contrária ao direito (ilegal)*', o que credita não existir. Explica, que quando há uma decisão em desacordo com a norma, ou a norma é não válida, portanto a decisão não seria ilegal, ou a norma é válida, portanto é a norma individual criada pela decisão que é anulável e conseqüentemente atacável perante os Tribunais Superiores (Kelsen, 2009, p. 298).

² Alchourrón e Bulygin chamam essa superação como *acto de rechazo*, derrogação (Alchourrón & Bulygin, 1997, p. 53).

³ Autores como Alexy, Perelman, Toulmin e MacCormick abordam o tema, malgrado não cheguem a se aprofundar no mesmo.

situações em que a dúvida se encontra nitidamente dentro do ordenamento jurídico, como as situações de interpretação da norma, da qualificação, do conflito, de qual deve ser aplicada ao caso prático, etc. Quando essas hipóteses não ocorrem em nível concreto, temos os chamados casos fáceis, ou claros, em que uma regra de subsunção é suficiente para a decisão, ainda que se deva manter a argumentação. Quando as referidas hipóteses ocorrem, temos, a princípio, os chamados casos difíceis, onde se percebe que há aumento da necessidade de carga argumentativa, cuja resposta à disputa nem sempre se dará corretamente pelo método lógico-dedutivo⁴.

Para MacComirck⁵, por exemplo, os casos difíceis podem ser divididos em quatro, onde a justificação dedutiva certamente é insuficiente para resolver os mesmos, sendo os problemas normalmente de interpretação, de pertinência, de prova e de qualificação (Atienza, 2006a, p. 123). No entanto, percebe-se que os problemas mencionados se encontram no teor da qualidade das normas jurídicas, não configurando, todavia, decisão *contra legem*, pois a decisão *contra legem* não permeia tais tipos de dificuldades. A lei em exposição ao caso é clara, perfeita e totalmente válida. Não há dúvidas quanto à sua obrigatoriedade e aplicabilidade. Para ele, a decisão deve ser pautada na prevalência dos argumentos linguísticos no processo interpretativo e, em determinados casos, sendo insuficiente a interpretação, em argumentos consequencialistas (Atienza, 2006a, 123). Ao defender esta tese, MacCormick entende que a lei deve ser, via de regra, interpretada mediante processos linguísticos, havendo prevalência de sua aplicação. Mas, em certas hipóteses, pode acabar por ceder espaço a argumentos consequencialistas. Atienza expõe sobre MacCormick:

Na sua opinião há três níveis de interpretação: o nível semântico ou linguístico, o nível contextual e o nível valorativo consequencialista. Os argumentos linguísticos tem prioridade no processo interpretativo, mas precisam ser complementados com argumentos que estabeleçam o contexto da interpretação, seja na dimensão diacrônica (argumentos genéticos ou históricos) seja no aspecto sincrônico (argumentos sistemáticos em geral). A escolha final entre interpretações rivais ocorre de acordo com argumentos consequencialistas. O argumento linguístico que

⁴ Hart e Dworkin possuem proposições de soluções dos casos difíceis. Assim, enquanto aquele entende que a resposta deve se fundamentar na possibilidade de discricionariedade do juiz, este prevê que deve o juiz descobrir qual o direito aplicável ao caso, ainda que a fundamentação se opere em princípios (Hart, 1994; Dworkin, 2002).

⁵ Essa orientação do que Neil MacComirck entende por casos difíceis é feita por Atienza em *Razões do direito*, 2006.

fixa o significado possível dos textos é, em todo caso, essencial, mas pode ser ultrapassado e dar assim lugar a uma interpretação *contra legem*. Esse último tipo de interpretação pode ser admitido quando o texto contém uma contradição lógica, de forma tal que não haja nenhuma possível leitura capaz de afastá-la, mas também quando existe um absurdo axiológico, isto é, quando a interpretação linguística 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, 2006a, p. 151, sem grifos no original).

Dessa forma tem-se exposto em quais casos Neil MacCormick prevê a existência/possibilidade de uma decisão/interpretação *contra legem*, muito embora o termo utilizado – contradição lógica – aparentemente agregue uma carga de descrédito à legislação. O que insurge a necessidade de fixação de uma decisão *contra legem* obviamente advém de uma previsão consequencialista, mas nem por isso há uma contradição lógica da lei não aplicada. Em verdade, muito pelo contrário, haja vista que é a própria certeza e qualidade da regra que faz da mesma perfeita no ordenamento jurídico, ou seja, o seu afastamento se dá em virtude de uma consequência emergente da peculiaridade de um caso concreto, razão pela qual a regra não deve ser aplicada.

Robert Alexy em uma abordagem um pouco diferenciada prevê quatro hipóteses em que apenas a subsunção lógica não é suficiente para orientar uma decisão jurídica: (1) a imprecisão da linguagem do direito;⁶ (2) a possibilidade de conflitos entre normas; (3) a possibilidade de haver casos que requeiram uma regulamentação jurídica, uma vez que não cabem em nenhuma norma válida existente e; (4) a possibilidade, em casos especiais, de uma decisão que contrarie a literalidade da norma (Alexy, 2005, pp. 33-34).

Porém, para o tema em questão, mais precisas são as colocações de Atienza ao explicar em que consistem os casos fáceis, os difíceis e, ainda, o que ele entende por casos trágicos. Para o autor, partindo da teoria padrão da argumentação jurídica, os casos fáceis são aqueles em que o ordenamento jurídico fornece uma única resposta correta para um caso. Os difíceis, diferentemente, têm mais de uma resposta aparentemente correta dentro da conjectura do direito positivo. Por fim, sua inovação se dá no aspecto dos casos trágicos, os quais são

⁶ Linguagens imprecisas podem ocasionar interpretações dos juízes adversas do que as pretendidas pelo legislador. A interpretação tanto depende das palavras que são utilizadas como também de quem as está utilizando. Isto compõe os *jogos de linguagem* de Wittgenstein. “*Chamarei também ao todo formado pela linguagem com as actividades com as quais está entrelaçada ‘jogos de linguagem’*” (Wittgenstein, 2002, p. 177).

aqueles em que “*não se pode encontrar uma solução que não sacrifique algum elemento essencial de um valor considerado fundamental e/ou moral. A adoção de uma decisão em tais hipóteses não significa enfrentar uma simples alternativa, mas um dilema*” (Atienza, 2006a, p. 226).

Percebe-se que a hipótese de decisão *contra legem* se aproxima do que Atienza reputa ser um caso trágico, eis que, quando a solução se encontra dentro do direito positivo, independentemente da possibilidade de mais de uma resposta correta, temos um caso difícil. Contudo, há casos em que uma resposta em consonância com o referido direito implica abdicação ou limitação de um valor fundamental, seja sob o vértice jurídico ou moral. Daí a necessidade casuística de se fundamentar a decisão em algo que não seja positivado no ordenamento, em especial nos princípios. Expõem-se os motivos por ele formulados que explicam a ocorrência dos casos trágicos.

Hay una serie de características de los sistemas jurídicos de los Estados contemporáneos (especialmente, y aunque esto resulte paradójico, de los Estados de Derecho con mayor carga social y democrática) que permite explicar por qué se producen casos trágicos (Atienza, 2013, p. 27).

Podem-se dividir as justificações trazidas por Atienza em três: a) o primeiro motivo alocado por Atienza se refere à ampliação dos direitos, especialmente relativo ao surgimento dos direitos de substratos sociais e econômicos que culminam em uma maior força expansiva de regras e diretrizes e, com isso, numa maior probabilidade de se ocorrer contradições entre as mesmas do que somente com a existência das normas de ‘*condição*’; b) uma segunda razão para a existência dos casos trágicos no direito se dá em virtude de que os órgãos judiciais vêm decidindo os casos não somente alicerçando a decisão nos interesses em jogo, mas também em valores morais que ordinariamente não são negociáveis. Aliás, como adverte Atienza, a necessidade dessa fundamentação é um dos fatores que impedem que as contradições se mantenham ocultas; c) por fim, Atienza apresenta talvez aquela que seja a mais forte das razões relativas à existência e à produção dos casos trágicos, pois, para ele, grande parte desses se dão em virtude do fato de que as constituições contemporâneas, ao passo que objetivam ser constituições “*para todos*”, tentam retratar todo um espectro de valores direcionados à sociedade, incorporando valores últimos de signos e

invariavelmente contrapostos. Atienza usa o exemplo da Constituição Espanhola – que pode ser bem aplicado à Constituição Brasileira – a qual busca preservar tanto valores da espécie liberal quanto valores igualitários de vertente social em um sentido amplo, o que acaba culminando em contradições dentro do próprio direito (Atienza, 2013, p. 27).

Atienza atentou perfeitamente para as mudanças ocorridas nas constituições, o que factualmente gerou a produção daquilo que denomina casos trágicos do direito. Tal conclusão também pode ser estendida à fabricação das decisões *contra legem*, pois uma das hipóteses advém da consequência jurídica da existência dos casos trágicos.

Nesse contingente, analisar-se-á cada uma das razões trazidas por Atienza à luz das decisões *contra legem* com intuito de se tentar explicar por que as referidas fundamentações dos casos trágicos também acarretam nas decisões *contra legem*.

Em sua primeira exposição Atienza fala da expansão da proteção dos direitos por parte das constituições democráticas que se dá pela normatização de regras e diretrizes⁷ o que, conseqüentemente, gera contradições.⁸ Para o tema, vê-se que são recorrentes as hipóteses em que vários direitos protegidos, às vezes por regras, outras vezes por princípios, se colocam em rota de colisão com algum outro direito também protegido. Dessa forma, a decisão *contra legem* tem lugar quando há uma regra plenamente aplicável a um caso, mas com a sua aplicação, tem-se um desrespeito a algum princípio de direito. Portanto, a dúvida surge ao magistrado consoante aquilo que deve aplicar, se o princípio ou se a regra. Assim, caso o mesmo opte pela aplicação do princípio, esse será o caso de uma decisão *contra legem*. O que se quer dizer é que essa constante proteção a direitos gera vez ou outra contradições, e que possivelmente podem criar os casos difíceis, os casos trágicos e as decisões *contra legem*.

⁷ No contexto, diretrizes é utilizado como sinônimo de princípios.

⁸ Essa expansão dos direitos é o que se chama de neoconstitucionalismo, cuja teoria, de acordo com Luis Prieto Sanchís, pode ser resumida em: “*más principios que reglas; más ponderación que subsunción; omnipresencia de la Constitución en todas las áreas jurídicas y en todos los conflictos mínimamente relevantes, en lugar de espacios exentos en favor de la opción legislativa o reglamentaria; omnipotencia judicial en lugar de autonomía del legislador ordinario; y, por último, coexistencia de una constelación plural de valores, as veces tendencialmente contradictorios, en lugar de homogeneidad ideológica en torno a un puñado de principios coherentes entre sí y en torno, sobre todo, a las sucesivas opciones legislativas*” (Sanchís, 2003, p. 117).

A segunda afirmação de Atienza se concentra na perspectiva de que o juiz não julga uma lide somente pensando nos interesses intraprocessuais, mas em valores morais que podem ultrapassar a mera relação processual. Pode-se ilustrar com um caso, embora fictício, possível, de um juiz que, ao julgar uma ação de indenização material em face de um pai de família, minora o valor da condenação pensando no sustento dos filhos do réu. O que ocorre é que o magistrado não observa somente o processo e as partes envolvidas, mas o coloca dentro de um contexto moral de tentar encontrar uma solução ao conflito com base em um sopesamento de interesses, inclusive de terceiros estranhos à lide processual, minutando talvez sem perceber uma decisão *contra legem*. Realmente pode-se observar que em grande parte dos casos as decisões *contra legem* são produzidas pelo fato do juiz extrapolar o julgamento para considerações morais extraprocessuais, talvez consequencialistas e desrespeitando com isso o direito positivo.

O último fundamento que Atienza utiliza para explicar a ocorrência dos casos trágicos é relativo ao fato de que constituições democráticas dispõem grandes números de garantias fundamentais, sejam individuais, sejam sociais. Tentam proteger e resguardar valores últimos que em várias vezes acabam gerando no caso concreto verdadeiras contradições, principalmente pela existência de princípios que, ora ou outra, vêm a colidir, em especial quando pelo menos um deles também encontra-se positivado por uma regra jurídica. Exemplifica-se a fundamentação de Atienza com um caso prático ocorrido: o ex-presidente Fernando Collor de Melo foi casado com Rosane Collor sob o regime de separação total de bens. O juiz de primeiro grau decidiu no processo de divórcio (sentenciado em 2005), além de conceder pensão alimentícia à Rosane no valor de 30 salários-mínimos, destinar dois carros e dois imóveis à mesma, sob o fundamento de que ela não teria condições de trabalhar enquanto era primeira dama, decisão essa que foi posteriormente confirmada pelo Superior Tribunal de Justiça.⁹ O regime de casamento da separação bens, de acordo com o Código Civil

⁹ Por se tratar de direito de família o processo é sigiloso, contudo, a matéria pode ser conferida em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2013/11/stj-fixa-pensao-de-r-20-mil-para-ex-mulher-de-collor-por-mais-3-anos.html>>. Acesso em: 10 de setembro de 2013.

de 1916,¹⁰ prevê: “Art. 276. Quando os contraentes casarem, estipulando separação de bens, permanecerão os de cada cônjuge sob a administração exclusiva dele, que os poderá livremente alienar, se forem móveis (arts. 235, n° I, 242, n° II, e 310)” (Brasil, 2013a). Com o divórcio, em uma acepção legal, os bens deveriam se preservar na propriedade de Fernando Collor, que era detentor de todos os bens do casal. No entanto, o Superior Tribunal de Justiça decidiu em desacordo com a lei, por entender que no caso concreto a aplicação da regra – que abstratamente não é inconstitucional – acarretaria em violações de direitos fundamentais da divorcianda. A decisão acima trazida é *contra legem* no sentido de não observar a aplicação do Código Civil, pois a aplicação da lei levaria, como exposto pelo Tribunal, a um choque com direitos fundamentais. Como explica Aienza, todos esses valores imbuídos na constituição podem, vez ou outra, se encontrar em situação conflitante, ainda que somente no caso concreto.

Relevante explicar que essa dissertação, quando mais direcionada ao direito brasileiro, acaba levando a abordagem para o tema das fontes do direito. Como o disposto não faz parte do tema especificamente, tem-se que a discussão deve ser alocada no sentido de se considerar ou não a jurisprudência como uma das fontes do direito. Pois bem, um dos pontos é: se consideramos a possibilidade de existência da decisão *contra legem*, aceitamos a jurisprudência como fonte do direito, independente de outras discussões atinentes às outras funções da mesma,¹¹ pois se acredita que é fonte tudo aquilo que cria direito. De qualquer forma, sempre que houver uma decisão *contra legem*, haverá a criação de um novo direito e este, conseqüentemente, será fonte. Fato é que as decisões *contra legem* e a jurisprudência *contra legem*¹² existem, ou, como salienta Bustamante, “as mesmas são inevitáveis, sob pena de flagrante incoerência e irracionalidade no

¹⁰ O matrimônio fora contraído na constância do antigo Código Civil, Lei 3.071 de 1º de janeiro de 1916, que é o correto a ser aplicado, nos termos do artigo 2.039 do Código Civil de 2002.

¹¹ “Por ‘fonte do direito’ designamos os processos ou meios em virtude dos quais as regras jurídicas se positivam com legítima força obrigatória, isto é, com vigência e eficácia no contexto de uma estrutura normativa. O direito resulta de um complexo de fatores que a Filosofia e a Sociologia estudam, mas se manifesta, como ordenação vigente e eficaz, através de certas formas, diríamos mesmo de certas fôrmas, ou estruturas normativas, que são o processo legislativo, os usos e costumes jurídicos, a atividade jurisdicional e o ato negocial” (Reale, 2002, p. 130).

¹² Adianta-se que defendo a existência da decisão *contra legem* em virtude tão somente da peculiaridade do caso concreto. Portanto, entendo que essa decisão *contra legem* não deve ser de maneira abstratamente universalizada. Logo, não deve inferir em jurisprudência *contra legem* no sentido de formação de precedente judicial, salvo para casos idênticos, inclusive com as mesmas peculiaridades.

sistema jurídico como um todo” (Bustamante, 2005, p. 3). Portanto, ocorrendo decisão *contra legem*, esta é considerada fonte do direito. Deve ser esclarecida essa conclusão porque a jurisprudência, enquanto extensão da interpretação da norma, pode ou não configurar fonte do direito (pois nem toda regra necessita de interpretação judicial), a depender da teoria a ser seguida, mas, quando cria cláusulas de exceção de aplicação da regra, formando ou não precedentes, conseqüentemente cria uma norma, ou seja, faz jus à disposição de ser instituída como uma fonte do direito. Preceitua Gilson Ferreira:

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 universalidade e abrangência, ainda que prevaleça, em certa medida, a lição de Tercio Sampaio Ferraz Junior 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 (Ferreira, 2006, pp. 103-104).

Percebe-se que em princípio a jurisprudência não pode ser entendida como fonte direta do direito, porquanto sua principal função se permeia justamente na interpretação das próprias fontes do direito. Contudo, sem perpassar pela discussão acerca da possibilidade de existência ou validade da decisão *contra legem*, mas aceitando que a mesma, no mundo prático, existe, não há como negar que, como salienta Ferreira, a decisão *contra legem* tem aspecto de fonte do direito, ainda que genuinamente jurisprudencial.

Saindo do contexto da decisão *contra legem* como fonte do direito, a análise será, ao momento, mais revertida às conceituações que a doutrina traz da mesma, destacando na maior medida possível o que de mais importante cada autor brasileiro apresenta.

Para Bustamante, as decisões *contra legem* são necessárias devido à pretensão de correção das regras jurídicas, abarcando tanto a sua validade por critérios jurídicos quanto também ao que tange a pretensões de correção prático-rationais, ocasionando assim o fenômeno da superação das regras (Bustamante, 2010, p. 174). Segundo o autor, a possibilidade da decisão *contra legem* se manifesta quando a aplicação de uma regra jurídica ocasionar transgressões de princípios considerados importantes dentro do ordenamento jurídico, implicando ao caso concreto verdadeiras injustiças corrigíveis a partir da criação da exceção

de aplicação da regra na casuística específica. Dessa forma, essa pretensão de correção se dará a partir dos postulados da proporcionalidade, coerência e da razoabilidade, o que permite a justificação da decisão *contra legem* (Bustamante, 2005, p. 240). Pelo que complementa:

Uma decisão *contra legem* só se torna necessária quando é impossível se interpretar o dispositivo legal que prevê a norma afastada de sorte a extrair uma norma diferente que torne possível decidir de forma correta o caso particular sem extrapolar os limites semânticos definidos pelo texto que constitui o objeto da interpretação (Bustamante, 2010, p. 175).

Dito isso, Bustamante faz um complexo trabalho acerca das decisões *contra legem*. Contudo, válida é a ressalva de que a maior preocupação do autor se dá em formular parâmetros normativos no sentido de orientar o intérprete no momento da análise dos casos para que não ocorra um respeito incondicional às normas ditadas pelo legislador. Em verdade, o trabalho de Bustamante é direcionado a explicar a possibilidade da argumentação jurídica *contra legem*,¹³ mediante uma extensão da teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy aplicada à justificação das decisões *contra legem* (Bustamante, 2005, pp. 1-3).

Marlom Tomazette também retrata as decisões judiciais *contra legem*:

Trata-se da chamada superabilidade prática das normas, por meio da qual se admitem decisões que vão contra o que está expressamente estabelecido, desde que sejam justificadas por princípios e/ou pelas consequências da decisão. ‘Na concepção atual do direito já não se trata de limitar o papel do juiz ao de uma boca pela qual fala a lei. A lei já não constitui todo o direito; é apenas o principal instrumento que guia o juiz no cumprimento de sua tarefa, na solução dos casos específicos’. Assim as consequências e os princípios podem ser utilizados como critérios suficientes para aferir a correção de decisões judiciais que aparentemente contrariam o texto da lei, mas que na verdade apenas fogem do sentido mais óbvio das palavras (Tomazette, 2013, pp. 168-169, sem grifos no original).

Interessante destacar que Tomazette descreve que é possível a admissão de uma decisão *contra legem* não só pelo desrespeito a princípios, mas também pelas consequências da decisão caso seja proferida de acordo com a regra. No entanto, entendo de maneira diferente, visto que somente consequências oriundas da

¹³ “[...] O que chamamos de argumentação ‘*contra legem*’ é, na realidade, a forma de argumentar contrária aos significados mínimos que possui um ou mais texto jurídico cuja validade se mantém fora de dúvida. Em suma, trata-se daquelas espécies de argumentação que buscam comprovar a impossibilidade jurídica de uma decisão judicial fiel aos significados preliminares do enunciado que dá suporte à norma em questão” (Bustamante, 2005, p. 182).

decisão ou ainda somente a transgressão a princípios não são causas suficientes que ensejam a necessidade de uma decisão *contra legem*. Só é possível a sua produção na hipótese última e excepcional de que ambos os fatores estejam necessariamente abarcados no caso concreto. Uma decisão que desprezita um princípio não necessariamente traz consequências, como também é válido o contrário. Somente a afronta ao princípio não me parece justificativa suficiente para permitir decidir *contra legem*, qualquer decisão jurídica pode gerar consequências que muitas vezes são interpretadas como injustas, mas não é somente por esse fato que devem ser evitadas.

O autor explica ser possível justificar a utilização de uma decisão *contra legem* exclusivamente pelas consequências jurídicas advindas da própria decisão. No entanto, uma decisão judicial não deve apenas ser justificada – aqui entendida como sinônimo de argumentada –, mas sim fundamentada, o que não é possível de se fazer tão somente pelas consequências oriundas da decisão. Uma justificação apenas consequencialista não fundamenta, não pode ser entendida como tipicamente jurídica. Caso o posicionamento de Tomazette fosse assimilado pelos magistrados, a quantidade de decisões *contra legem* poderia ser absurda, uma vez que em boa parte dos casos a decisão judicial leva a consequências judiciais um pouco desassociadas do conceito moral de justiça. Isso permitiria ao juiz decidir *contra legem*, indo de encontro ao caráter *prima facie* de aplicação da regra, ainda mais quando não necessária a fundamentação em parâmetros principiológicos. Não se refuta aqui a colocação de Tomazette, entretanto, não se pode concordar com a maneira expansiva e não criteriosa com a qual trata as decisões *contra legem*.

João Baptista Villela bem pondera o excerto:

Quid juris se, [...] o juiz não considera boa a lei aplicável? Ou não a tem como a de melhor conveniência para a situação? Ou mesmo, ainda, se por motivos de sua visão de mundo, de sua formação intelectual ou de suas preferências pessoais, supõe-se capaz de conceber a norma em termos diversos? Transmuda-se em legislador? Investe-se nos poderes de ser, ele próprio, o artífice *ex novo* da solução? Não é o que diz, mais uma vez, o Código de Processo Civil, que, sequer em caso de lacuna, lhe dá poderes de fazer a lei. Deve recorrer "à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito" (art. 126 [...]). A mesma equidade, tão sedutora aos juristas pelo seu apelo a valores escondidos nos arcanos de nossa consciência, está vedada, a não ser "nos casos previstos em lei" (Código de Processo Civil, art. 127) (Villela, 2013, sem grifos no original).

De fato a preocupação é válida, eis que não pode o Poder Judiciário deixar de aplicar a lei simplesmente porque não a considera conveniente a um caso concreto, ou, como dispõe Tomazette, porque dela surgirá consequências. As mesmas devem ser na máxima medida possível evitadas com o fim último de se resguardar a segurança jurídica, razão maior para a existência das regras, principalmente as de cunho processual.¹⁴

Dessa mesma forma se posiciona Lívia Paula de Almeida Lamas, ao dispor que “*não se pode permitir que o juiz julgue contra legem pelo simples fato deste aferir que determinada norma é injusta, uma vez que tal postura acarretaria insegurança jurídica*” (Lamas, 2013). Pelo que se visualiza, portanto, o postulado da segurança jurídica, que será melhor apreciado no decorrer desta dissertação (tópico 3.5), é dos princípios basilares protetores do ordenamento jurídico e, por isso, deve ser na máxima medida protegido.

Uma vez demonstrada qual a percepção doutrinária acerca das decisões *contra legem*, passa-se agora a explorar o que a jurisprudência tem estabelecido sobre o assunto. Antes, válido é esclarecer que as decisões colacionadas não são decisões *contra legem* propriamente ditas, mas apenas traduzem aquilo que a jurisprudência aparentemente entende sobre as mesmas, deixando a análise dos casos práticos para o final da presente pesquisa.

As decisões trazidas são do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal. Os julgados obtidos obedecem ao parâmetro de pesquisa jurisprudencial que se limita à utilização do termo ‘*contra legem*’, com

¹⁴ Para Struchiner, “*além dos argumentos tradicionalmente associados a um modelo de regras, como a busca e preservação da previsibilidade, da certeza e da segurança jurídica, assim como o argumento em prol da eficiência, a escolha por um modelo formalista forte pode se dar em função de argumentos relacionados à alocação de poder.*” Ele divide essa argumentação sobre a relevância da existência das regras em duas partes: a primeira é pelo fato de que, se há mais chances de se ter decisões incorretas pelo fato dos tomadores de decisões deterem o poder institucional de decidirem se irão aplicar a regra ou aquilo que acreditam como sendo suas razões subjacentes, existem bons motivos para que essa opção não seja dada aos mesmos. “*Levando em consideração o fenômeno da assimetria da autoridade, o responsável pelo desenho institucional deve colocar mecanismos capazes de aumentar as razões prudenciais dos juízes para que eles levem as regras a sério. Por outro lado, cabe aos juízes evitarem a aplicação de resultados que têm certeza de serem errados.*” Pelo que prossegue em relação a segunda parte: “*a outra linha de raciocínio pertinente ao tema da alocação de poder não aposta, pelo menos não exclusivamente, que o poder jurisdicional deve ser atribuído a certas pessoas e não a outras para minimizar os erros e abusos na avaliação das razões que devem efetivamente informar as decisões. De acordo com essa linha de raciocínio, as regras são importantes porque alocam poder para aqueles que estão realmente legitimados a decidir, mesmo que as suas decisões não sejam sempre corretas*” (Struchiner, 2005, pp. 165-167).

respectivas análises dispostas sequencialmente, não apreciadas questões atinentes à área penal.

A seguir decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça retratando o termo ‘*costume*’ *contra legem*:

[...] CHEQUE PÓS-DATADO. PACTUAÇÃO EXTRACARTULAR. COSTUME CONTRA LEGEM. BENEFICIÁRIO DO CHEQUE QUE O FAZ CIRCULAR, ANTES DA DATA AVENÇADA PARA APRESENTAÇÃO. TERCEIRO DE BOA-FÉ, ESTRANHO AO PACTUADO. ILEGITIMIDADE PASSIVA. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA RELATIVIDADE DOS EFEITOS CONTRATUAIS.

1. O cheque é ordem de pagamento à vista e submete-se aos princípios, caros ao direito cambiário, da literalidade, abstração, autonomia das obrigações cambiais e inoponibilidade das exceções pessoais a terceiros de boa-fé.

2. Com a decisão contida no REsp. 1.068.513-DF, relatado pela Ministra Nancy Andrighi, ficou pacificado na jurisprudência desta Corte a ineficácia, no que tange ao direito cambiário, da pactuação extracartular da pós-datação do cheque, pois descaracteriza referido título de crédito como ordem de pagamento à vista e viola os princípios cambiários da abstração e da literalidade.

[...] (sem grifos no original).^{15 16}

O Superior Tribunal de Justiça pouco menciona o termo em seus julgados e, quando o fez, um dos termos utilizado é o de ‘*costume*’ *contra legem*, e não ‘*decisão*’ *contra legem*, conforme demonstrado no julgado acima. No entanto, o que passa despercebido pelos ministros é que a adoção judicial de um costume *contra legem* conseqüentemente ocasiona também uma decisão *contra legem*, cuja não pode ser fundamentada simplesmente com base na adoção ou recepção de costumes.^{17 18} Não obstante haja doutrinadores, como Carlos Santiago Nino, que entendem que,

¹⁵ <REsp 884.346/SC, Ministro Relator Luis Felipe Salomão. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=%22contra+legem%22&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=4#>>. Acesso em: 11 de setembro de 2013.

¹⁶ Ver também R. Esp. 875161 / SC; R. Esp. 1200125 / RS; R. Esp. 877074 / RJ.

¹⁷ Veja a ementa do Recurso Extraordinário 58414 / GO do STF, de 1965, que corrobora com a exposição supra: JUROS. A PROIBIÇÃO DE SUA COBRANÇA, ACIMA DA TAXA LEGAL, E NORMA DE DIREITO PÚBLICO, QUE DEVE SER CUMPRIDA. O COSTUME CONTRA LEGEM NÃO PODE SER FUNDAMENTADO DE DECISÃO JUDICIAL, PORQUE A LEI SÓ SE REVOGA POR OUTRA LEI. REPRESSAO DA USURA DECORRENTE DO PRÓPRIO TEXTO DA CONSTITUIÇÃO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO (sem grifos no original). Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%22contra+legem%22%29&pagina=2&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/k32x5zo>>. Acesso em: 11 de setembro de 2013.

¹⁸ Vale explicar que não se admite, a princípio, a fundamentação de uma decisão judicial em costumes *contra legem* porque a Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro, em seu artigo 4º, só admite a utilização de costumes em decisões quando a lei for omissa. Se há um costume

En cambio, la aceptación de una proposición no normativa, o sea, que no predica de una acción la propiedad de ser debida, prohibida o permitida es pragmáticamente compatible con la realización de cualquier acción o con la toma de cualquier decisión (Nino, 1994, p. 117).

Nas outras vezes em que menciona o termo, pode-se separar a apreciação em duas: uma em que o STJ se limita a verificar se determinado ato se reputa ou não *contra legem* e outra em que o STJ utiliza o termo exatamente para evitar a produção de uma decisão *contra legem*. Desde já é possível concluir que o órgão judiciário só utiliza o termo para negar uma interpretação *contra legem*, o que significa que quando profere uma decisão nitidamente *contra legem*, ou o órgão não percebe essa característica ou realmente evita utilizar a referida nomenclatura.

Além da decisão acima exposta, abaixo estão dispostos todos os outros casos em que a nomenclatura ‘*contra legem*’ aparece em julgados, podendo ser divididas as jurisprudências em dois grupos: 1) o primeiro relativo à análise se um ato extrajudicial é ou não *contra legem* e; 2) o segundo, em que se encontram decisões que utilizam o termo exatamente como forma de se evitar decisões *contra legem*:

1) Verificação de ato extrajudicial *contra legem*: AgRg no AgRg no REsp 1261824 / SP; AgRg no Ag 1307948 / SP; EDcl nos EREsp 505179 / SC; EREsp 505179 / SC; AgRg na SLS 114 / RS; AgRg nos EDcl no AgRg no REsp 740652 / DF; AgRg nos EDcl no AgRg no REsp 727106 / RJ; EDcl no REsp 709418 / RJ; AgRg no AgRg no REsp 707005 / DF; AgRg no Ag 593647 / RJ; REsp 632474 / RJ; REsp 718221 / RJ; REsp 692241 / RJ; REsp 547657 / MG; REsp 510150 / MA; AgRg no Ag 224394 / SC; REsp 151675 / MG; MS 2867 / DF; RMS 1060 / RJ; MS 1415 / DF; REsp 4824 / RJ.

2) Decisões impeditivas da ocorrência *contra legem*: REsp 1085218 / RS; RMS 22692 / RJ; RMS 23014 / MT; AgRg no R Esp 903901 / RS; EDcl nos EDcl no AgRg no REsp 793236 / RS; AgRg nos EREsp 759114 / RS; EDcl no AgRg no REsp 796682 / RS; AgRg no REsp 850235 / RS; AgRg no REsp 796682 / RS; AgRg nos EREsp 782179 / RS; AgRg nos EREsp 789305 / RS; AgRg no

contra legem é porque existe uma lei que regula a matéria, logo tanto a lei não é omissa quanto o juiz não pode basear uma decisão no costume, sob pena de proferir uma decisão também *contra legem*. “Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito” (Brasil, 2013c).

REsp 793236 / RS; AgRg nos EREsp 771433 / RS; AgRg na SS 1467 / DF; REsp 614186 / SC; REsp 173213 / SP; REsp 603451 / PE; RMS 7333 / CE.¹⁹

Passa-se agora a perquirir as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, desde já salientando que a metodologia de abordagem é a mesma, ou seja, a pesquisa se baseia na análise de toda a jurisprudência do órgão que contenha o termo “*contra legem*”, excetuando-se as atinentes à área penal, objetivando, com isso, verificar qual é o trato dado pelo STF em relação ao parâmetro fornecido. Ressalta-se ainda que a intenção dessa pesquisa não é a de apreciar decisões “*contra legem*” propriamente ditas, como será feito ao final da dissertação, mas tão somente verificar as hipóteses de utilização do termo dentro da conjectura jurisprudencial. A seguir acórdão do STF:

[...] CONSEQÜENTE IMPOSIÇÃO, AO ESTADO-MEMBRO, EM VIRTUDE DE ALEGADO DESCUMPRIMENTO DAS RESPECTIVAS OBRIGAÇÕES, DE LIMITAÇÕES DE ORDEM JURÍDICA - NECESSÁRIA OBSERVÂNCIA DA GARANTIA CONSTITUCIONAL DO DEVIDO PROCESSO LEGAL COMO REQUISITO LEGITIMADOR DA INCLUSÃO [...] O PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO TRIBUNAL DA FEDERAÇÃO - POSSIBILIDADE DE CONFLITO FEDERATIVO [...] A imposição estatal de restrições de ordem jurídica, quer se concretize na esfera judicial, quer se realize no âmbito estritamente administrativo (como sucede com a inclusão de supostos devedores em cadastros públicos de inadimplentes), supõe, para legitimar-se constitucionalmente, o efetivo respeito, pelo Poder Público, da garantia indisponível do "due process of law", assegurada, pela Constituição da República (art. 5º, LIV), à generalidade das pessoas, inclusive às próprias pessoas jurídicas de direito público, eis que o Estado, em tema de limitação ou supressão de direitos, não pode exercer a sua autoridade de maneira abusiva e arbitrária. Doutrina. Precedentes. A RESERVA DE LEI EM SENTIDO FORMAL QUALIFICA-SE COMO INSTRUMENTO CONSTITUCIONAL DE PRESERVAÇÃO DA INTEGRIDADE DE DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS. - O princípio da reserva de lei atua como expressiva limitação constitucional ao poder do Estado, cuja competência regulamentar, por tal razão, não se reveste de suficiente idoneidade jurídica que lhe permita restringir direitos ou criar obrigações. Nenhum ato regulamentar pode criar obrigações ou restringir direitos, sob pena de incidir em domínio constitucionalmente reservado ao âmbito de atuação material da lei em sentido formal. - O abuso de poder regulamentar, especialmente nos casos em que o Estado atua "contra legem" ou "praeter legem", não só expõe o ato transgressor ao controle jurisdicional, mas viabiliza, até mesmo, tal a gravidade desse comportamento governamental, o exercício, pelo Congresso Nacional, da competência extraordinária que lhe confere o art. 49, inciso V, da Constituição da República e que lhe permite "sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar (...)". Doutrina. Precedentes (RE 318.873-AgR/SC, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.). Plausibilidade jurídica da

¹⁹ Os acórdãos sublinhados são referentes à mesma matéria jurídica.

pretensão cautelar deduzida pelo Estado do Rio Grande do Sul. Reconhecimento de situação configuradora do "periculum in mora" [...].²⁰

A decisão, com relatório proferido pelo Min. Celso de Melo, demonstra a aversão que o órgão máximo do Poder Judiciário possui em relação não só à decisão *contra legem*, mas a qualquer ato que vá de encontro à lei. Vê-se que o acórdão se preocupa com temas atinentes à legalidade e ao devido processo legal. Portanto, a impressão que se tem é que, para o Supremo Tribunal Federal, não é possível a existência de nada que seja *contra legem*, cabendo revisão quando esta ocorrer com vistas à proteção da segurança jurídica e da supremacia da Constituição. Contudo, como se verá ao final da dissertação, até mesmo o STF, vez ou outra, profere uma decisão *contra legem*, malgrado o repúdio demonstrado no caso citado.

Ato contínuo, da mesma forma como foram divididas as ocorrências no Superior Tribunal de Justiça, pode-se fazê-lo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

1) Atos *contra legem*: RE 230267 / MG; RE 73923 ED-EDv / SP; RMS 13204 / SP; RE 24593 / SP; RMS 2433 / DF. Nesse grupo encontram-se decisões proferidas pelo Supremo em que é averiguado se determinado ato foi ou não praticado de maneira contrária à lei.

2) Decisões não *contra legem*: AR 848 / DF; RE 74062 / RS; RE 58414 / GO; RE 23994 / DF; AI 15059 / DF; RE 16784 / DF. Diferentemente, esses julgados tratam de apreciações de recursos de decisões que ou foram proferidas *contra legem* em instâncias inferiores ou reforçam a impossibilidade dessa ocorrência.

No entanto, existe ainda no Supremo certo número de decisões em que os ministros se preocupam não só em abordar o termo *contra legem*, mas também os termos *citra legem* e *ultra legem*:

[...] se a interpretação administrativa da lei, que vier a consubstanciar-se em decreto executivo, divergir do sentido e do conteúdo da norma legal que o ato secundário pretendeu regulamentar, quer porque tenha este se projetado ultra legem, quer porque tenha permanecido citra legem, quer, ainda, porque tenha investido contra legem, a questão caracterizara, sempre, típica crise de legalidade, e não de inconstitucionalidade, a inviabilizar, em consequência, a utilização do

²⁰ Para mesma matéria jurídica veja AC 1033 AgR-QO / DF.

mecanismo processual da fiscalização normativa abstrata. - O eventual extravasamento, pelo ato regulamentar, dos limites a que materialmente deve estar adstrito podera configurar insubordinação executiva aos comandos da lei. Mesmo que, a partir desse vício jurídico, se possa vislumbrar, num desdobramento ulterior, uma potencial violação da Carta Magna, ainda assim estar-se-a em face de uma situação de inconstitucionalidade reflexa ou oblíqua, cuja apreciação não se revela possível em sede jurisdicional concentrada (sem grifos no original).^{21 22}

Desta maneira, é relevante explicar, ainda que não profundamente, o significado dessas duas outras expressões. No esteio, tem-se que o termo *citra* significa aquém, abaixo, menos. O ato, podendo ser inclusive uma decisão, está aquém daquilo que foi determinado pela lei. Por exemplo, imagina-se uma Lei Estadual que exige do cidadão o pagamento de uma taxa para a emissão de determinada certidão. O órgão público, no entanto, fornece a certidão sem fazer a exigência do pagamento da referida taxa. Fica claro o caráter *citra legem* do ato administrativo. Diferentemente, o ato *ultra legem* é aquele que está além, acima do comando legal. Ocorre quando uma regra impõe uma ordem e o ato ultrapassa a exigência especificada. Veja a jurisprudência a seguir do Tribunal de Justiça do Maranhão:

E M E N T A ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO. DECRETO MUNICIPAL N.º 25.300/2003. LICENÇA PARA INSTALAÇÃO DE "OUTDOORS". CERTIDÃO NEGATIVA DE IPTU. ILEGALIDADE DA EXIGÊNCIA. IMPROVIMENTO. I - O Decreto Municipal n.º 25.300/2003, que condiciona liberação de licença para instalação de "outdoors" à exibição de certidão negativa de IPTU, extrapolou os limites fixados no Código de Postura do Município de São Luís (Lei n.º 1.790/1968), pois, projetando-se ultra legem, criou nova condição para expedição da referida licença, sendo, por isso mesmo, ilegal; II - por força dos arts. 5º, II, 84, IV, e 37 da Constituição, só por lei se regula liberdade e propriedade; só por lei se impõem obrigações de fazer ou não fazer. Vale dizer: restrição alguma à liberdade ou à propriedade pode ser imposta se não estiver previamente delineada, configurada e estabelecida em alguma lei; e só para cumprir dispositivos legais é que o Executivo pode expedir decretos e regulamentos; III - o Ente Público não pode valer-se de meios indiretos de coerção, convertendo-os em instrumentos de acerto da relação tributária, para, em função deles - e mediante interdição ou grave restrição ao exercício da atividade empresarial, econômica ou profissional - constranger o contribuinte ou terceiros a adimplir obrigações fiscais eventualmente em atraso; IV - apelação improvida (sem grifos no original).²³

²¹ ADI 996 MC, Ministro Relator Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%22contra+legem%22%2C+e+citra%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/od7xton>>. Acesso em: 12 de setembro de 2013.

²² No mesmo sentido AI 135632 AgR / RS; ADI 561 MC / DF, do Supremo Tribunal Federal.

²³ Processo n. 0016011-08.2010.8.10.0000. Disponível em: <http://jurisconsult.tjma.jus.br/eNotyk0OwiAQQOG79AIw_Lcuu_AC7s3MXDDahNCmgPH4duHy5XttAe2XyVwwalwiNBkkA4SkOBrSpJNXNnhQGImkM94Fy-z5GmdNFkwOivJsZUuvUeN->

Percebe-se que o acórdão trata o caso em questão como um ato *ultra legem* do poder executivo, intitulando-o, desta forma, como ilegal. A questão aqui ficaria em apreciar se realmente esses atos *citra* e *ultra legem* seriam de fato diferentes dos chamados atos *contra legem*, eis que a decretação de sua ilegalidade é nada mais do que a própria falta de legalidade. Se considerarmos que os atos/decisões *citra* e *ultra legem* estão consubstanciados em ilegalidade, ou seja, em desacordo com a lei, a conclusão única a que se chega é que essas especificidades são subespécies do gênero *contra legem*. Caso contrário, teríamos até a possibilidade de atos, judiciais ou administrativos, *citra* ou *ultra legem*, mas que, distinta e imperiosamente, não poderiam ser declarados ilegais por essa mera liberalidade.

Todavia, tem-se que não é o foco dessa dissertação discernir se há ou não subespécies das, agora especificamente, decisões *contra legem*, mesmo por que tal diferenciação pouco acrescenta de relevante, bastando apenas à identificação casuística se o ato efetivamente trata-se ou não de hipótese de ocorrência de decisão *contra legem*. Essa diferenciação seria relevante caso as consequências advindas de sua análise ou averiguação modificassem o resultado final de uma lide. Seria como se dividisse o fato *contra legem* em graus ou níveis, o que resultaria em uma decisão *mais* ou *menos contra legem*, a depender de critérios a serem definidos de acordo com sua origem *citra* ou *ultra*. Tal raciocínio, em verdade, bem caberia para decisões judiciais fundamentadas em princípios, estes sim, podendo ser divididos em graus ou níveis; mas, como a proposta aqui não é a de verificar decisões conflitantes somente com princípios, mas as que se encontram em desacordo com a regra posta, conclui-se que a referida diferenciação, ao menos em princípio, não possui maior relevância.

A partir de todo o exposto, tem-se que fora explanado a parte introdutória e relevante das abrangências das decisões *contra legem*, perpassando por uma análise inicial especialmente teórica, abordando temas como o dos casos fáceis e difíceis do direito e, notadamente, os casos trágicos de Manuel Atienza, para, após, traçar a investigação para o que a doutrina brasileira e a jurisprudência nacional têm discutido sobre o tema.

Quanto à parte da jurisprudência, mais especificamente, vale a observação de que, em princípio, qualquer hipótese de decisão *contra legem* é completamente rechaçada, especialmente quando se trata do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, uma vez que as abordagens desses órgãos em relação ao termo sempre se dão no sentido de que a eles não é permitido proferir qualquer espécie de decisão que vá de encontro à lei. Contudo, como se verá no último capítulo dessa dissertação, vários são os casos em que é possível se verificar decisões *contra legem* proferidas por esses órgãos. Parece que esses órgãos judiciais ou não deixam transparecer que determinada decisão judicial é de fato *contra legem* por terem certo receio do uso do termo a favor da decisão e com isso evitar a formação de precedentes judiciais nesse sentido, ou, simplesmente não assemelham ou não possuem qualquer consciência de que o afastamento de uma regra válida é, de fato, uma decisão *contra legem*.

Portanto, a partir desse ponto, será traçada uma linha que reverterá a pesquisa a temas que, apesar de “*propedêuticos*”, são completamente necessários para a execução do raciocínio almejado, de caráter inicialmente teórico até a conclusão feita pela análise dos casos práticos.

2.2 **Distinções entre normas, regras e princípios**

Para uma compreensão completa do tema, há que se destacar que alguns substratos devem ser apontados e discutidos de modo a complementar o entendimento bem como que a explanação. Ainda que de forma sintética, explica-se que um dos pontos necessários de abordagem deve se fundar em uma demonstração da divisão clássica entre princípios e regras, uma vez que grande parte dos casos, conforme se pretende demonstrar, perfazem-se justamente em se afastar a norma processual com base em princípios. É de bom condão posicionar os princípios e as regras em um contexto jurídico, com o fim de se entender o porquê que afastar um regramento deve se compor em uma tarefa que deverá ter caráter de exceção, é dizer, o porquê que a lei possui esse poder normativo que a torna superável apenas em casos extremados adjunto a uma argumentação jurídica fortemente construída.

Diferenciar princípios, regras e normas se faz pertinente ao esteio uma vez que parte desta pesquisa tem como objetivo justamente confrontar tais institutos. Portanto, não há como fazer um aprofundamento no tema sem que antes tenha-se definido cada um destes conceitos bem como as suas principais diferenças. Conforme preceitua Barcellos, distinguir regras de princípios é importante, pois “[...] *terá repercussões importantes em toda a vida da disposição normativa: em sua interpretação individual, em seu papel no sistema a que pertence e no ordenamento como um todo e em sua eficácia jurídica*”. Segundo a autora, a distinção estrutural entre esses institutos ecoa justamente na eficácia jurídica dos mesmos, sendo esta por vezes inclusive utilizada como critério da própria distinção (Barcellos, 2008, p. 49).

Contudo, extremamente relevante, antes de se iniciar a diferenciação entre os institutos, é apresentar o posicionamento crítico de Humberto Ávila sobre o que se vê na doutrina no que tange à conceituação, distinção e aplicação das regras e dos princípios:

Viraram lugar-comum afirmações, feitas em tom categórico, a respeito da distinção entre regras e princípios. Normas ou são princípios ou são regras. As regras não precisam nem podem ser objeto de ponderação; os princípios precisam e devem ser ponderados. As regras instituem deveres definitivos, independente das possibilidades fáticas e normativas; os princípios instituem deveres preliminares, dependentes das possibilidades fáticas e normativas. Quando duas regras colidem, uma das duas é inválida, ou deve ser aberta uma exceção a uma delas para superar o conflito. Quando dois princípios colidem, os dois ultrapassam o conflito mantendo sua validade, devendo o aplicador decidir qual deles possui o maior peso (Ávila, 2012, p. 30).

Essas considerações do professor Humberto Ávila possuem uma significação sem igual para o direito pelo motivo de que o mesmo praticamente lança o desafio da quebra das diretrizes naquilo que concerne às normas jurídicas. Ávila não só formaliza a possibilidade de rompimento desses paradigmas como ao mesmo tempo propõe uma bem fundamentada teoria completamente divergente das que são ditas como “*uníssonas*” no ordenamento jurídico. Entretanto, como o foco principal do estudo não é a análise de regras e princípios, mas o estudo das decisões *contra legem*, será apresentada a perspectiva majoritária das conceituações e distinções dessas espécies de normas.

Deve-se começar tais proposições a partir da ideia de norma, para depois passar o aprofundamento necessário com viés dirigido à noção de regra e

princípio. Não obstante, se faz imprescindível trazer, em uma análise inicial, a distinção entre norma e dispositivo. Esses não são sinônimos como bem tampouco são obrigatoriamente correspondentes. Humberto Ávila traça simples mas significativa distinção:

Normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos. Daí se afirmar que os dispositivos se constituem no objeto da interpretação; e as normas no seu resultado. O importante é que não existe correspondência entre norma e dispositivo, no sentido de que sempre que houver um dispositivo haverá uma norma, ou sempre que houver uma norma deverá haver um dispositivo que lhe sirva de suporte (Ávila, 2012, p. 33, grifo do autor).

Percebe-se que não existe qualquer correlação de nível obrigatório entre dispositivo e norma, malgrado em grande parte dos casos essa aparência de fato se reflita em correspondência. Tem-se que, embora as transcrições acima sobre norma e dispositivo sejam sucintas, é o tanto quanto basta para o entendimento do delinear do trabalho.

A próxima parte, de qualquer sorte, pretende descrever uma diferenciação entre regras e princípios.²⁴ Vale asseverar que, como mencionado, já é praticamente uníssono o entendimento de que regras e princípios correspondem a espécies de normas, portanto, a diferenciação a seguir parte deste pressuposto.²⁵

José Afonso da Silva é bastante categórico ao diferenciar normas, regras e princípios, uma vez que tem o seu entendimento corresponde a aceitação geral de que norma é gênero e princípios e regras são espécies. O autor entende por normas os preceitos que resguardam e regulam situações subjetivas de pessoas ou entidades em determinados vínculos ou vantagens. Afirma que as normas servem para assegurar interesses e a ação ou abstenção de atos por outrem, como também a obrigação dos tutelados aos deveres de prestação, ação ou abstenção em prol de

²⁴ *Tanto regras quanto princípios são normas, porque ambos dizem o que deve ser* (Alexy, 2008, p. 87).

²⁵ Humberto Ávila inova ao dispor ainda de outra espécie de norma, a qual ele chama de postulados normativos, que seriam normas de segundo grau, que não interagem diretamente com as de primeiro grau (regras e princípios), funcionando como uma norma de orientação à aplicação das outras, direcionadas exclusivamente aos intérpretes e aplicadores do direito, sob a forma de metanormas. “*Os postulados normativos aplicativos são normas imediatamente metódicas que instituem os critérios de aplicação de outras normas situadas no plano do objeto da aplicação*”. Esses postulados são divididos em postulados inespecíficos (ponderação, concordância prática e proibição de excesso) e postulados específicos (igualdade, razoabilidade e proporcionalidade) (Ávila, 2012, p. 142 e ss.).

terceiro. No que tange aos princípios, o constitucionalista explica estes como sendo “*núcleos de condensação*”, consubstanciados em valores e bens. Prossegue relatando que os princípios são a base das normas jurídicas, ressaltando que esses podem, algumas vezes, estar positivados no ordenamento como ‘*normas-princípios*’, se transformando, assim, em preceitos basilares de toda uma organização constitucional. Menciona ainda, no entanto, que os doutrinadores idealizam regras e princípios como espécies de normas, podendo-se entender como regra a definição de norma já explicitada. Conclui observando que diferenciar regras de princípios seria apenas diferenciar duas espécies de normas, motivo pelo qual não sustenta maior aprofundamento no tema (Silva, 1999, pp. 95-96).

Luís Afonso Hecke afirma que os princípios e as regras podem ser entendidos como normas, sendo a distinção feita em graus de generalidade. As regras são normas com grau de generalidade menor, enquanto os princípios possuem grau de generalidade maior (Hecke, 2008). Noel Struchiner dita que “*as regras são precisas e os princípios (ou standards) são vagos, ou, em termos menos nítidos, porém mais realistas, as regras são acentuadamente mais precisas do que os princípios.*” O autor continua ao afirmar que tanto as regras quanto os princípios são normas consideravelmente gerais, mas que a diferença é que os princípios possuem uma aplicação ainda mais imprecisa do que a das regras (Struchiner, 2005, p. 140).

Regras jurídicas são em uma concepção Alexyana ‘*deveres definitivos*’, ou seja, a única espécie normativa que se orienta de acordo com a máxima do processo lógico-dedutivo de subsunção (Martins, 2008, p. 330). Alexy entende que as regras são sempre satisfeitas ou não satisfeitas, possuindo determinações que devem ser fáticas e juridicamente possíveis (Alexy, 2008, p. 91). Já Ronald Dworkin enxerga as regras jurídicas em um caráter do “*tudo-ou-nada.*” Ou são completamente aplicáveis, ou são inválidas (Dworkin, 2002, p. 43). Nesses termos, segundo Luís Afonso Heck, “*ou uma regra é válida, e então as consequências jurídicas devem ser aceitas, ou ela é não-válida, e então ela não contribui nada para a decisão.*” No entanto, complementa explicando que o fato de ser criada uma cláusula de exceção, nos termos da teoria de Alexy, em nada prejudica essa forma do tudo-ou-nada, sendo essa, portanto, uma definição mais completa e eficiente (Heck, 2008, p. 93).

Em relação aos princípios, Robert Alexy explica que estes são “*mandamentos de otimização*”,²⁶ que podem ser aplicados em graus variáveis, sendo que a medida do seu cumprimento depende não só das possibilidades fáticas, mas inclusive das possibilidades jurídicas. Esclarece que a diferença para com as regras não se dá em uma distinção de grau, mas de critérios qualitativos (Alexy, 2008, pp. 90-91). Os princípios, portanto, representam um caráter norteador a todos os campos de aplicação e interpretação do direito, como ordenamentos gerais a serem perseguidos dentro do ordenamento jurídico na maior medida possível (Guerra, 2007, p. 7).

Para Karl Larenz, princípios jurídicos são pautas gerais de valoração ou precedências de valores com relação à ideia de direito, muito embora não cheguem a se formalizar em regras jurídicas imediatamente aplicáveis, ainda que possam formular ‘*fundamentos justificativos*’ das mesmas. Explana que os princípios carecem de uma definição conceitual, ditando que os mesmos são melhor explicados através de exemplos, uma vez que também estão sedimentados em conteúdos relativos de direito positivo. Estão declarados na Lei Fundamental, possuem, por essa conclusão, dignidade constitucional (Larenz, 1997, p. 316).

A verificação das distinções acima entre princípios e regras é suficiente para a preparação da sequencial análise de seus conflitos bem como da técnica de ponderação, isso porque, como se verá, os conflitos existentes são o que proporcionam boa parte das decisões *contra legem*.²⁷ Nesse ínterim, é através do uso da técnica de ponderação (ainda que dissociada da formulação feita por Alexy e mais próxima das considerações de Ávila) que será possível a resolução de tais conflitos.

2.3

Conflito/Colisão entre princípios e regras e a técnica de ponderação

A tratativa principal dessa dissertação perpassa pela análise de hipóteses de ocorrências de decisões *contra legem*, especialmente as de cunho procedimental,

²⁶ Alexy ressalva que o conceito de mandamento deve ser interpretado de maneira ampla, compreendendo, assim, tanto permissões quanto proibições.

²⁷ Como se verá posteriormente, no entanto, a hipótese da decisão *contra legem* não se restringe unicamente a situações de conflito.

conforme até então demonstrado. Ocorre que, quando um juiz profere uma decisão *contra legem*, ele se encontra diante de uma situação em que o mesmo verifica um dilema em que aparentemente há uma necessidade de se pronunciar dessa maneira. Isso acontece, em uma grande parte das vezes, porque o magistrado percebe que a regra teoricamente a ser aplicada diante de um caso concreto vai de encontro com algum princípio jurídico, especialmente os constitucionais.

Para clarificar a hipótese de conflito, nada melhor do que a exposição de um evento onde pode ser constatado, em virtude da peculiaridade do caso concreto, verdadeira rixa entre princípios constitucionais e regras jurídicas. O caso, veiculado pela imprensa nacional, trata-se de uma senhora que possuía a guarda de um animal silvestre, um macaco, por aproximadamente 37 anos, até a data em que o animal lhe fora subtraído pela policia ambiental.

Pode-se observar um embate em que, de um lado, se encontra o Decreto 6.514/08, cujo rege as infrações e sanções administrativas ambientais e, de outro, os princípios da precaução, que tem relação com a preservação do bem estar do animal e, inclusive, o de sua dona. De fato, soa estranho apontarmos um conflito entre uma regra e um princípio que visam o mesmo objetivo, qual seja, a proteção e a preservação do meio ambiente. Mas, no caso, é o que ocorre e, na maioria das vezes, o disposto é exatamente o fator preponderante para que sejam proferidas decisões *contra legem*, especialmente as razoáveis.

Por essa razão é que não se deve levar à última instância as considerações de que princípios só entram em *colisão* um com outro, acarretando em ponderação e, da mesma sorte, de que regras só podem conflitar umas com as outras, o que geraria ou a invalidade ou a criação de uma cláusula de exceção. Válido asseverar que os critérios de ponderação ou sopesamento também não são absolutos, visto que em várias oportunidades a solução mais apropriada ao caso se dá justamente pelo contrário da utilização da ordem preestabelecida.²⁸

²⁸ Veja as considerações de Ávila sobre o posicionamento da doutrina e suas novas considerações: “Com efeito, enquanto a doutrina, em geral, entende haver interpretação das regras e ponderação dos princípios, este trabalho critica essa separação, procurando demonstrar a capacidade de ponderação também das regras. Enquanto a doutrina sustenta que quando a hipótese de uma regra é preenchida sua consequência deve ser implementada, este estudo diferencia o fenômeno da incidência das regras do fenômeno da sua aplicabilidade, para demonstrar que a aptidão para a aplicação de uma regra depende da ponderação de outros fatores que vão além da mera verificação da ocorrência dos fatos previamente tipificados” (Ávila, 2012, p. 30).

Volta-se à análise *ex positis* do caso utilizado como exemplo, com viés a demonstrar que de fato são pertinentes as considerações acima levantadas. Primeiramente, deve-se explicar que após a subtração do animal pela polícia ambiental, sua dona propôs ação cautelar visando obter a sua guarda de volta, a qual foi julgada procedente. Cita-se a decisão liminar:

Trata-se de Ação Cautelar, ajuizada por ELISETE FARIAS CARMONA contra o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO e a SECRETARIA DO MEIO AMBIENTE DO ESTADO DE SÃO PAULO, visando à restituição do macaco prego conhecido por “Chico”, sob o fundamento de que está sob os seus cuidados há mais de 36 anos. Feita a análise permitida neste início de conhecimento, vislumbra-se presentes os requisitos para a concessão da liminar. Os documentos existentes nos autos evidenciam que o macaco prego convive com a autora há mais de 36 anos, havendo sinais evidentes de domesticação, estabelecendo-se um vínculo familiar forte e uma interação entre ambos. Alguns estudos apontam que os animais mantidos em cativeiro por longos anos não conseguem se alimentar nem se defender sozinhos. Por outro lado, os boletins de ocorrência lavrados pela polícia ambiental, em virtude de denúncias anônimas sobre a existência de animal em cativeiro, sempre apontaram que o animal estava sendo bem tratado, tanto que permaneceu depositado em mãos da autora, que sempre zelou por sua existência. A informação da especialista ambiental ao Ministério Público apontando como melhor alternativa a transferência do animal para um Centro de Triagem da Animais Silvestres foi feita exclusivamente com base no Decreto Federal nº 6514/2008, que aponta essa solução como uma das possibilidades, sem qualquer referência à situação fática e vivencial do animal e prognóstico de adaptação no meio silvestre, que aparentemente será inviável, em vista do longo tempo de cativeiro. Além disso, o animal está no fim de sua expectativa de vida, não sendo razoável que seja separado de quem o criou, sendo a sua restituição apontada como a mais adequada pela bióloga Ariane Maria Leoni e a médica veterinária Flávia Giorgetti, apenas com alguns ajustes quanto ao manejo e alimentação do macaco. Ante o exposto, defiro a liminar, para o fim de determinar restituição do macaco “Chico” à autora, no prazo de cinco dias, pela Secretaria do Meio Ambiente, sob pena de incidência de multa diária de R\$ 1.000,00, devendo a autora, contudo, comprovar nos autos, mediante apresentação de laudo de profissional competente, no prazo de 10 dias após a restituição, que fez os ajustes quanto ao manejo e alimentação do animal.^{29 30}

²⁹ Processo n. 0015052-36.2013.8.26.0566. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cpo/pg/show.do?processo.codigo=FQZ0D0BM40000&processo.foro=566>>. Acesso em: 01 de outubro de 2013.

³⁰ Veja a manutenção da decisão liminar: A situação retratada nestes autos é peculiar e assim está sendo tratada, não significando um salvo-conduto para qualquer hipótese. A convivência entre a macaca e a família de Da. Elisete ocorre há quase trinta e sete anos, tendo se estabelecido um forte vínculo entre eles. As informações técnicas de fls. 77/82 são colocadas em tese, havendo um único parágrafo em que se menciona que, “pelos relatos do responsável pelo CRAS em Assis, onde se encontra, o animal está se alimentando muito bem e interagindo normalmente com outros da mesma espécie”. Isto não quer dizer que a adaptação seja certa e, pelo que se tem conhecimento, ele jamais retornará à natureza (apenas ficará convivendo com outros primatas), devido à sua idade. E este mesmo fator está sendo considerado pelo Juízo, para mantê-lo com a sua “família”, sendo certo que a tentativa de adaptação, a esta altura, poderá ser fatal, devendo-se atuar com base no princípio da precaução. Ademais, o animal já retornou à casa onde foi criado e, pelo que noticiou a imprensa, inclusive com filmagens, de imediato foi para o colo de sua dona, não

A primeira inferência é que de fato o julgado exposto se trata de uma decisão *contra legem*, eis que completamente dissociada do Decreto 6.514/08,³¹ porquanto é terminantemente proibida a guarda e a posse de animais silvestres em cativeiro sem prévia licença ambiental, sendo, inclusive, infração sujeita tanto a multa quanto a sanções criminais.³²

Logo, uma vez consolidado que se trata de uma decisão *contra legem*, esclarecendo antes que a análise a seguir é introdutória e apenas exemplificativa, mormente o estudo dos casos específicos se dará no último capítulo dessa dissertação, resta-nos, para uma melhor abordagem, nos colocar na posição do julgador diante do caso concreto e, a partir daí, definir qual será a solução mais apropriada para o caso de acordo com a fundamentação apresentada.

O conflito é estabelecido entre uma regra jurídica e um princípio. Deve-se então identificar qual a razão de ser dos elementos do conflito, se a observação dos fatos se encaixa nessa descrição e, sequencialmente, verificar qual a peculiaridade do caso, se houver. Assim, temos:

Conflito: Decreto 6.514/08 contra Princípio da Precaução. Impossível a aplicação, no caso, das duas normas simultaneamente, necessidade de posicionamento por apenas uma.

Razão de ser da regra jurídica: proteção ao meio ambiente com o objetivo de se evitar a degradação da fauna e da flora por meio de limitações e sanções aos agentes degradantes. O caso, a princípio, se encaixa à regra jurídica porquanto a ação da dona do animal possui caráter degradante em desobediência à regra estabelecida.

apresentando nenhum sinal de temor. Ressalte-se, ainda, que a sua manutenção com a autora está condicionada às adaptações quanto ao seu manejo e alimentação. Assim, buscando resguardar o bem estar do animal, mantém-se a decisão de fls. 62 e v. Fls. 84. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cpo/pg/show.do?processo.codigo=FQZ0D0BM40000&processo.foro=566>>. Acesso em: 01 de outubro de 2013.

³¹ Esclarece-se que há outras normas ambientais no mesmo sentido, contudo, essa é talvez a que melhor se aplica ao caso.

³² O julgado se encaixa na conclusão a que se chegou no tópico 2.1 de que a jurisprudência ou não tem consciência de que profere uma decisão *contra legem* ou evita a utilização do termo de modo a, aparentemente, repudiar esses tipos de situações com a finalidade de se evitar novos pedidos semelhantes.

*Razão de ser do princípio da precaução:*³³ a razão de ser do princípio (núcleo de sentido) é a proteção do meio ambiente por meio da rejeição de atos que não se sabe o potencial degradante. Em relação ao caso, não se sabe se a retirada do animal do convívio familiar realmente será melhor ou menos degradante para o mesmo. Portanto, segundo a orientação do referido princípio, a mudança do domicílio do animal deve ser evitada.

Fundamentação: a decisão natural para o caso seria a adoção do Decreto 6.514/08, porquanto norma posta e constitucionalmente válida possui preferência de aplicação. No entanto, a opção pela referida norma invariavelmente gera um desrespeito ao princípio da precaução. Deve ser notado que, inclusive, o próprio princípio da precaução possivelmente pode ser identificado como fundamento de criação da regra em questão. Isto posto, tem-se que a adoção da regra, *in casu*, não satisfaz a sua razão de ser, ou seja, a proteção do ‘*meio ambiente*’, muito pelo contrário, como não há como saber qual será o resultado prático caso seja aplicada, isso poderia gerar, em verdade, na própria degradação do meio ambiente, indo o ato de encontro tanto à razão de ser da regra quanto a do princípio da precaução.

Conclusão: uma eventual aplicação do decreto não corresponderia à sua razão de ser, uma vez que possivelmente mais degradante ao meio ambiente do que a sua não utilização. Logo, deve ser afastada a aplicação da regra em comento objetivando a adoção do princípio da precaução de modo a manter o *status quo* anterior à retirada do animal do ambiente familiar. O procedimento, portanto, tem característica de decisão *contra legem*, uma vez que em desacordo com regramento posto, ainda que fundamentado em princípios ambientais.

Visto isso, fica fácil evidenciar a situação de conflito e a consequente decisão *contra legem* processual, o que facilita a compreensão inicial da exposição do conflito e da maneira de resolução do mesmo, servindo de forma introdutória para a exposição das técnicas elaboradas pela doutrina.

³³ Cezar e Abrantes trazem definição do princípio estabelecida na Conferência das Nações Unidas no Rio de Janeiro em 1992: “*De modo a proteger o meio ambiente, a abordagem precautória deve ser largamente aplicada pelos Estados de acordo com suas capacidades. Onde houver ameaça de dano sério ou irreversível, a ausência de absoluta certeza científica não deve ser utilizada como uma razão para postergar medidas eficazes e economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental*” (Cezar & Abrantes, 2003, p. 230).

Diante desse caso várias dúvidas aparecem, pois o judiciário afastou uma regra constitucionalmente válida que sumariamente não deixaria dúvidas no que tange à sua aplicabilidade, e com fins a aplicar um princípio constitucional que não foi disposto em forma de regra jurídica. Poderia o magistrado realmente afastar a norma posta? Caberia um conflito entre um princípio e uma regra jurídica? Cabe utilizar a técnica de ponderação para resolução de conflitos que não sejam exclusivamente entre princípios? Uma das intenções dessa pesquisa é justamente a de responder essas perguntas, sempre direcionando a abordagem para as decisões *contra legem*, de forma a analisa-las e expor o grau de acerto da sua confecção, seus argumentos e, principalmente, os fundamentos utilizados.

2.3.1

A colisão e a técnica de ponderação em Robert Alexy

Como visto acima, o conflito a ser estudado nessa dissertação se opera entre, na maior parte das vezes, uma regra jurídica e um princípio. Contudo, a técnica de ponderação como atualmente é ensinada trata da possibilidade de colisão exclusivamente entre princípios. No entanto, a apresentação dessa técnica se justifica porque, quando da análise maior da dissertação de qual norma processual será afastada com fins a aplicação de um princípio, tal norma será reduzida à sua razão de ser bem como aos seus princípios constituidores, quais sejam, o devido processo legal e a segurança jurídica. Dessa forma, imprescindível se faz a explicação da técnica de ponderação de acordo com o que é consolidado pela doutrina, o que não implica necessariamente que a referida técnica será utilizada quando da análise dos casos concretos.³⁴

Adiante passa-se a perquirir especificamente hipóteses de conflito entre princípios, observando assim as conjecturas desta ocorrência, demonstrando algumas ponderações trazidas pelos teóricos. Mas antes, expõe-se a interessante e bem disposta colocação de Ana Paula de Barcellos que alerta que:

³⁴ Para Robert Alexy, '*conflitos*' acontecem somente entre as regras, solucionada a querela no plano da validade. Já quanto aos princípios temos a '*colisão*', solucionadas na dimensão de peso. Ressalta-se que essa diferenciação na utilização dos termos não será necessariamente adotada no decorrer da dissertação (Alexy, 2008, p. 94).

Nada obstante, o estudo dos princípios enseja com frequência dois equívocos nesse contexto, que devem ser desde logo esclarecidos. O primeiro é o simplismo. O intérprete, no afã de atribuir, a qualquer custo, eficácia positiva ou simétrica a um princípio, ignora a existência de outros elementos jurídicos relevantes que devem ser examinados com seriedade. O segundo equívoco é a banalização da ponderação, que passa a ser aplicada a qualquer caso indiscriminadamente (Barcellos, 2008, pp. 112-113).

A autora prossegue relatando que qualquer abordagem interpretativa simplista é em um todo equivocada, pois o processo hermenêutico desenvolvido pelo intérprete merece, sem dúvidas, uma maior atenção. Quanto ao segundo erro, dita que este pode ser por bem minorado quando se identifica mais especificamente qual a baila da aplicação da então chamada '*técnica de ponderação*' (Barcellos, 2008, p. 113).

Ana Paula de Barcellos e Luís Roberto Barroso relatam que a solução que por muito tempo fora empregada era a da técnica de subsunção, ou seja, a aplicação da premissa maior, norma, na premissa menor, fatos. No entanto, havia muitos casos em que não se encontrava uma solução jurídica adequada somente com esta técnica, justificando a narrativa com o exemplo do conflito dos preceitos da liberdade de imprensa e expressão com o direito de privacidade. Ambos os direitos estão alicerçados em normas constitucionais, mas, pela técnica da subsunção, apenas uma delas deveria se sobrepor, que é a premissa considerada maior, apesar de, juridicamente, ambas possuírem a mesma hierarquia (Barcellos & Barroso, 2008, p. 72). E, assim, foi por esta necessidade de dar uma melhor solução aos casos concretos que os teóricos começaram a formular a técnica de ponderação.

A ponderação nada mais é do que o sopesamento dos princípios. É, grosso modo, colocar os princípios em rota de colisão e decidir qual deve ser utilizado no caso concreto, estabelecendo as razões e as contrarrazões de sua aplicação. Robert Alexy aclara relatando que os princípios têm peso diferente de aplicação e, quanto maior o peso, maior a precedência do princípio, sendo que essa precedência não pode funcionar de forma absoluta, vai depender da aplicação ao caso.³⁵ Assim, para solucionar os conflitos o autor formula uma regra de sopesamento, a qual ele

³⁵ Diferentemente, Ronald Dworkin esclarece que os princípios possuem efetivamente uma dimensão de peso e que, quando em colisão um com outro, o princípio com maior precedência, ou seja, com peso relativamente maior do que o outro, deve prevalecer, sem que ao outro seja declarada a invalidade, o que, segundo o autor, aconteceria com as regras (Dworkin, 2002).

chama de '*lei de colisão*', por meio da qual é verificada na teoria a aplicação prática dos princípios, a precedência de cada um deles, bem como as condições destas precedências. Pelo que conclui Alexy:

Essa lei, que será chamada de "*lei de colisão*", é um dos fundamentos da teoria dos princípios aqui defendida. Ela reflete a natureza dos princípios como mandamentos de otimização: em primeiro lugar a inexistência de relação absoluta de precedência e, em segundo lugar, sua referência a ações e situações que são quantificáveis. Ao mesmo tempo, constituem eles a base para a resposta a objeções que se apoiam na proximidade da teoria dos princípios com as teorias dos valores (Alexy, 2008, p. 99).

Dessa forma, a análise da então chamada ponderação entre princípios se restringirá à teoria de Robert Alexy, disposta na sua obra Teoria dos Direitos Fundamentais, expondo e seguindo na mesma ordem que o mesmo desenvolveu em sua abordagem.

Alexy começa a sua exposição trazendo um caso concreto ocorrido no Tribunal Constitucional Federal Alemão, que, resumidamente, diz respeito à impossibilidade de um réu em um processo penal participar de uma audiência processual em virtude da forte possibilidade do mesmo sofrer um infarto ou um derrame cerebral. O tribunal, segundo Alexy, observou uma tensão entre o dever estatal de respeito ao direito penal em detrimento dos direitos constitucionalmente assegurados, em especial o da proteção à integridade física (Alexy, 2008, p. 95).

Ato contínuo, o teórico estabelece que caso aplicado cada princípio separada e isoladamente, se alcançariam conclusões lógicas contraditórias, isto é, ou deve-se adotar o princípio da operacionalidade do direito penal ou o princípio da proteção da vida e da integridade física. Isso significa que um princípio restringe a possibilidade jurídica de realização do outro. A solução para essa situação, segundo Alexy, seria o estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre os princípios colidentes, diagnosticadas de acordo com as circunstâncias do caso concreto. A resolução se opera de acordo com a fixação de *condições* sob as quais um princípio possui precedência sobre outro.

Alexy tenta explicar a colisão por meio da formulação dos princípios e de suas precedências diante das condições. Ele chama o princípio do direito à vida e à integridade física de P^1 , o princípio da operacionalidade do direito penal de P^2 , P significa o símbolo da relação de precedência e, por fim, C corresponde às

condições sobre as quais um princípio tem precedência sobre o outro. Dessa forma o teórico estabelece quatro possibilidades de resolução do caso a partir das especificações acima:

- (1) $P^1 P P^2$.
- (2) $P^2 P P^1$.
- (3) $(P^1 P P^2) C$.
- (4) $(P^2 P P^1) C$.

A questão relevante diz respeito a sob quais condições de preferência um princípio deve prevalecer e o outro deve ceder. O significado de relação condicionada de precedência evidencia uma resposta simples, “em um caso concreto, o princípio P^1 tem um peso maior que o princípio colidente P^2 , se houver condições suficientes para que P^1 prevaleça sobre P^2 sob as condições C , presentes nesse caso concreto” (Alexy, 2008, p. 97). Segundo o teórico, o Tribunal assimilou essas condições como sendo uma infração a direitos fundamentais do preso. Portanto, caso a realização da audiência possa implicar um risco provável e concreto para a saúde e a vida do réu, esta não deve ocorrer por lesar direito fundamental, o que indica que, se uma ação lesa um direito fundamental, ela é, conseqüentemente, proibida.

Alexy prossegue na elaboração de sua teoria da precedência condicionada estabelecendo que se uma ação H preenche C , logo, H é proibida sob os aspectos dos direitos fundamentais.³⁶ É com base nesses aspectos que o autor estabelece a conexão entre as relações de precedências condicionadas e regras:

(K) Se o princípio P^1 tem precedência em face do princípio P^2 sob as condições C : $(P^1 P P^2) C$, e se dado princípio P^1 , sob as condições C , decorre a consequência jurídica R , então, vale uma regra que tem C como suporte fático e R como consequência jurídica: $C \rightarrow R$ (Alexy, 2008, p. 99).

Essa formulação, portanto, é o que Alexy chama de “*Lei de Colisão*”, pelo que reflete a natureza dos princípios como mandamentos de otimização, bem como fomenta a inexistência absoluta de relação de precedência, principalmente

³⁶ No exemplo, C é a condição que representa uma lesão à direitos fundamentais, razão pela qual a ação H é proibida.

para situações e ações que não são quantificáveis, ao passo que conclui que essa lei constitui base para questionamentos que põem óbices à aproximação entre a teoria dos princípios e a teoria dos valores (Alexy, 2008, p. 99).³⁷

Robert Alexy ainda apresenta um outro exemplo em que é possível se verificar mais nitidamente a colisão dos princípios e a técnica de colisão por meio do chamado “*sopesamento*”. Trata-se do chamado “*assassinato de soldados em Lebach*”, um caso sobre um documentário que seria transmitido por uma rede de Televisão Alemã em que um dos presos acusados e condenados seria posto em liberdade. O preso considerava que a exibição do programa, no qual teria seu nome citado, poderia atrapalhar ou dificultar a sua ressocialização na sociedade.³⁸ Para o Tribunal Constitucional Alemão restou bem evidente a “*tensão*” entre o direito da personalidade do acusado em detrimento do direito à liberdade de informar. Por conseguinte, Alexy explica que a resolução dessa colisão não pode ser solucionada por meio da declaração de invalidade de uma das duas normas, mas por meio da técnica de sopesamento, em que nenhum dos dois princípios (valores constitucionais) “*pode pretender uma precedência geral*”, ou seja, o sopesamento serve para identificar qual dos interesses em questão é que deve ceder, considerando-se a configuração típica do caso bem como suas circunstâncias especiais, ou, como já relatado nesse trabalho, as peculiaridades do caso concreto (Alexy, 2008, p. 100).³⁹

Por conseguinte, apesar do Tribunal ter verificado uma precedência geral na liberdade de informar (P^2), que seria uma informação atual sobre atos criminosos,

³⁷ Estritamente relevante apresentar a observação que faz Alexy sobre a Lei de colisão: “*Aqui é necessário apenas salientar que, ao estabelecer relações concretas de precedência, a lei de colisão conduz a uma dogmática diferenciada dos direitos fundamentais específicos, isto é, não há preferências e precedências generalizantes. Assim, nos termos dessa lei, o estabelecimento de uma restrição não é uma questão tudo-ou-nada, mas um problema de ‘afastamento do direito fundamental em relações individuais’*” (Alexy, 2008, p. 99).

³⁸ Trata-se de nítido caso da teoria do *direito ao esquecimento*, adotado aqui no Brasil pelo Superior Tribunal de Justiça, pelos R. Esp. 1.335.153-RJ. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=201100574280&pv=01000000000&tp=51>>. Bem como pelo R. Esp. 1.334.097-RJ. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=201201449107&pv=01000000000&tp=51>>. Acessados em: 18 de setembro de 2013. Encontra-se ainda no Enunciado 531 da VI Jornada de Direito Civil do CJF/STJ: “*A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento*” (Brasil, 2013e).

³⁹ Alexy explica ainda que o Tribunal Alemão cogitou solucionar a colisão principiológica utilizando a máxima da adequação e necessidade, em que permitiria a exibição do documentário, excluindo apenas as imagens e a identificação do acusado, mas, no entanto, entendeu o Tribunal que apenas essas condições não seriam suficientes para evitar a violação dos direitos do autor, razão essa pela qual manteve a proibição da exibição (Alexy, 2008, p. 101).

como o caso em apreço não era mais revestido por esse interesse social atual pela informação, o princípio da proteção à liberdade (P^1) se sobrepôs. A veiculação da notícia foi proibida, valendo a formulação ($P^1 P P^2$) C^2 , em que C^2 é formado por quatro condições, sendo ‘repetição/ausência’ de ‘interesse atual pela informação’, ‘crime grave’ e ‘risco à ressocialização’ (Alexy, 2008, p. 102).⁴⁰

Para complementar a exposição colaciona-se abaixo decisão do Tribunal de Justiça do Espírito Santo em que se verifica a adoção da técnica de ponderação de Alexy:

[...] O postulado da proporcionalidade decorre da verificação da relação meio-fim (doutrina clássica) ou através do exame da relação entre regra-princípio (orientação moderna, a partir da revisitação do instituto feita por Robert Alexy). 2. Conforme dispõe o art. 170 da Constituição Federal, a ordem econômica é fundada na livre iniciativa e na valorização do trabalho. No entanto, esse princípio pode colidir com o da proteção do meio ambiente. É preciso, pois, ponderar os princípios em colisão. [...]. Esta hipótese pressupõe uma escolha, ou seja, mesmo quando a regra estabelece um determinado meio, (regra) é possível indagar se o mesmo é necessário para obter o resultado previsto ou se existe outro meio mais suave que, da mesma forma, também atinge o escopo pretendido pela norma. 5. O critério da necessidade adquire o seguinte formato na doutrina atual: a regra legal R (interdição do estabelecimento) é adequada para promover o princípio P1 (princípio da precaução, do direito ambiental) mas colide com o princípio P2 (livre iniciativa). Porém, é possível construir judicialmente uma outra regra R' que também seja adequada para promover o princípio P1. Contudo, a regra R' (construída pelo juiz) infringe menos o princípio P2 do que a regra legal R. Assim, os princípios P1 e P2 proíbem conjuntamente a regra legal R, pois o princípio P1 pode ser concretizado com um custo menor, a saber, com uma violação em menor grau do princípio P2. 6. A continuidade da atividade empresarial, mas com o monitoramento ambiental do órgão competente e do Ministério Público, essa regra permitiria que o princípio da livre iniciativa fosse integralmente concretizado (princípio P2) e não acarretaria violação ao princípio que assegura o meio ambiente equilibrado ou mesmo ao princípio da precaução (aqui denominado P1), em observância ao postulado da proporcionalidade.⁴¹

⁴⁰ É de bom condão trazer à exposição o posicionamento de Alexy no sentido de que as normas fundamentais não necessariamente são sempre advindas de princípios, é dizer, podem fundamentar-se também nas normas atribuídas, cujas ao mesmo tempo são regras e podem subsumir-se de acordo com os elementos do caso concreto. “*Como resultado de todo sopesamento que seja correto do ponto de vista dos direitos fundamentais pode ser formulada uma norma de direito fundamental atribuída, que tem estrutura de uma regra e à qual o caso pode ser subsumido. Nesse sentido, mesmo que todas as normas de direitos fundamentais diretamente estabelecidas tivessem estrutura de princípios – o que, como ainda será demonstrado, não ocorre –, ainda assim haveria normas de direitos fundamentais com a estrutura de princípios e normas de direitos fundamentais com a estrutura de regras.*” Para ver mais sobre normas atribuídas veja Teoria dos Direitos Fundamentais, Capítulo 2, II (Alexy, 2008, p. 102).

⁴¹ Processo n. 0901071-96.2012.8.08.0000. Disponível em: <www.tj.es.jus.br>. Acesso em: 20/02/2014.

Portanto, uma vez exposto a referida técnica, sequencialmente se demonstrará a crítica construída por Humberto Ávila sobre a possibilidade de aplicação da técnica de ponderação somente para hipóteses de colisão de princípios, cuja será aplicada no sopesamento das razões e contrarrazões nas análises das decisões *contra legem*.

2.3.1.1

Crítica de Humberto Ávila à ponderação restritiva aos princípios

Humberto Ávila faz um projeto mais expansivo e menos restritivo em relação à técnica de ponderação trazida por Alexy. Portanto, em muito inova com sua proposta e com sua análise crítica no que tange à tese do conflito normativo.

Conforme preceitua Ávila, a sua crítica ocorre porque, para alguns autores,⁴² um dos critérios de dissociação entre regras e princípios se dá pela forma como esses funcionam nos casos dos conflitos normativos. Explica que para eles a antinomia entre regras configura um conflito que só pode ser solucionado ou pela declaração de invalidade de uma delas ou pela criação de uma cláusula de exceção de sua aplicação, ao passo que quanto aos princípios, quando incompatíveis, configuram um imbricamento em que se tem como solução a ponderação entre eles mediante a atribuição de uma dimensão de peso a cada um. Acredita que não é apropriado estabelecer que a técnica de ponderação seja algo privativo da aplicação dos princípios como também é equivocado afirmar que somente esses possuem uma dimensão de peso (Ávila, 2012, pp. 56-57).

A ponderação ou o balanceamento se configura no sopesamento de razões e contrarrazões nas interpretações das decisões, estando presente não só na colisão dos princípios, mas também nos dispositivos hipoteticamente formulados que tem a sua aplicação preliminarmente automática, como as regras (Ávila, 2012, p. 57). A conclusão do autor é que mesmo na aplicação das regras, em detrimento da possibilidade de conflito, é possível a utilização da técnica de ponderação. Para tanto, colaciona uma série de argumentos e exemplos, dos quais os mais relevantes serão apresentados.

⁴² Ávila cita, entre esses autores, Canaris, Dworkin e Alexy.

Primeiro, a ponderação pode ocorrer a partir da ideia de que é possível que regras, que no plano abstrato convivem pacificamente, entrem em conflito no plano concreto. É costumeiro dizer que quando duas regras entram em conflito, a ação tomada normalmente é ou a declaração de invalidade de uma delas ou a abertura de uma cláusula de exceção. A afirmação é no sentido de que o conflito entre as mesmas ocorre apenas no plano abstrato e a solução advém da observação da problemática da validade das normas. Mas Ávila alerta que, apesar de amplamente difundido, esse entendimento merece ser repensado, uma vez que é possível o conflito de regras também no plano concreto, sem a necessidade de qualquer declaração de invalidade, tendo como solução apenas a atribuição de peso maior ou menor a uma delas. Cita um exemplo que confirma a sua lógica: no Código de Ética Médica há uma regra que estabelece que o médico deve dizer ao paciente toda a verdade sobre uma doença, e outra que determina que o médico deve utilizar de todos os meios para curar seu paciente. Mas pode acontecer que essa obrigação de dizer a verdade ao paciente possa diminuir as chances de cura do mesmo em razão de um possível abalo emocional que isso pode ocasionar. O conflito entre as regras apresentadas não está no plano abstrato, mas sim no concreto, e a decisão a ser tomada pelo médico, nada se refere à validade de uma das regras, mas a uma atividade de sopesamento de razões,⁴³ sendo possível inclusive aplicar um peso maior para uma delas (Ávila, 2012, p. 59).⁴⁴

Segundo, “*as regras também podem ter seu conteúdo preliminarmente de sentido superado por razões contrárias, mediante um processo de ponderação de razões*”. Aqui Ávila trata da criação de uma exceção de aplicação da regra não por conta do conflito abstrato, mas sim pelo conflito em concreto. Essa exceção ou é dada pelo legislador, na hipótese de descrição e prescrição da regra, ou pode ser dada pelo intérprete, diante de um caso concreto em que se percebe que as razões de aplicação da regra são menores do que as razões de sua não aplicação. Ainda que o juiz afaste a aplicação de uma das regras no caso concreto, não pode ser considerado que a mesma não contribui para o julgado, ela funciona como

⁴³ Ávila explica que a ponderação pode ser em relação às finalidades que estão em jogo (Ávila, p. 59, 2012).

⁴⁴ A solução é feita por uma ponderação entre as razões e contrarrazões de ambas as regras, sendo possível uma solução, inclusive, que abranja as duas, por exemplo, pode o médico dizer parcialmente a verdade, no sentido de se evitar a diminuição das chances de cura, ou seja, ao mesmo tempo em que não aplica integralmente as regras, não deixa de aplicá-las. Seria a inserção da adequação e necessidade na ponderação das regras.

“*contraponto valorativo*” para a interpretação da regra a ser aplicada (Ávila, 2012, pp. 59-60).⁴⁵

O terceiro ponto crítico retrata a circunstância em que a atividade de ponderação das regras ocorre na extensão das hipóteses normativas semanticamente abertas ou em que os conceitos são jurídico-políticos, como exemplo termos como *Estado de Direito*, *certeza do Direito* e *Democracia*. Os dispositivos hipotéticos são criados a partir de generalizações do legislador, o que faz com que as regras sejam potencialmente imprecisas, uma vez que podem surgir situações de aplicação destas que não estavam inicialmente previstas pelos seus criadores. Exige do intérprete a análise da finalidade da regra e a ponderação de todas as circunstâncias insculpidas no caso, permitindo ao tomador de decisão identificar quais os elementos que detém prioridade para a partir daí delimitar a finalidade normativa. Essa imprecisão ou generalização acarreta que alguns casos que deveriam ser abrangidos pela regra deixam de ser alcançados e, em contrapartida, alguns outros que não deveriam o sejam.⁴⁶

O que importa é que a questão crucial, ao invés de ser a definição dos elementos descritos pela hipótese normativa, é saber quais são os casos em que o aplicador pode recorrer à razão justificativa da regra (*rule's purpose*), de modo a entender os elementos constantes da hipótese como meros indicadores para a decisão a ser tomada, e quais os casos em que ele deve manter-se fiel aos elementos descritos na hipótese normativa, de maneira a compreendê-los como sendo a própria razão para a tomada de decisão, independentemente da existência de razões contrárias (Ávila, 2012, p. 63).

Entre outras considerações, essa análise crítica de Ávila é suficientemente forte no sentido de confirmar que tanto as regras quanto os princípios exigem o sopesamento de razões em determinadas situações, muito embora, como adverte o autor, o fato de que para ambas as normas seja possível fazer uso da ponderação não significa que a referida técnica seja utilizada da mesma forma.

⁴⁵ O exemplo trazido é de uma situação referente às leis de trânsito, em que é estabelecida uma multa para quem exceder a velocidade. A regra pode trazer uma exceção à penalidade de multa, quando comprovado, como no exemplo, que um taxista transportava um passageiro em estado grave de saúde e necessitava de urgência no atendimento. Ainda que a regra não traga essa hipótese de exceção, pode o aplicador buscar em outras normas justificativa ou razões que culmine na não aplicação da multa, razões essas, diante do caso, superiores do que a própria aplicação (Ávila, 2012, p. 58).

⁴⁶ Ávila traz o exemplo de Schauer (*playing by the rules*, 2002) acerca da proibição de entrada de cachorros em restaurantes, cujo retrata os fenômenos da subinclusão (*under inclusiveness*) e da sobreinclusão (*over inclusiveness*) das regras. Esse exemplo será retratado no tópico 3.1.1. dessa dissertação.

Uma vez explicitada à ocorrência da colisão entre princípios bem como da técnica de ponderação elaborada por Robert Alexy e da crítica realizada por Humberto Ávila, a abordagem dessa dissertação será direcionada ao seu contexto processual. Primeiro em uma abordagem introdutória do caráter conflitante do princípio do devido processo legal com demais princípios de direito e da análise dos conflitos entre as normas processuais nas decisões *contra legem* e, segundo, pela apresentação de forma mais elaborada das regras e das regras de processo.

2.3.2

Conflito entre a norma processual amparada pelo princípio do devido processo legal e princípios constitucionais

O presente trabalho tem como escopo analisar, por meio de casos concretos, situações em que o juiz deixa de aplicar um regramento processual por entender que tal aplicação gera uma espécie de confronto com algum princípio de direito. O mesmo visualiza que a adoção da regra de processo no caso concreto insurge em um desrespeito a um princípio, razão pela qual decide evitar a utilização da referida norma de modo a resguardar o direito protegido por esse princípio.

As regras de cunho processual, como o exemplo do Código de Processo Civil, possuem como nortes o princípio do devido processo legal. Respeitar uma norma de processo é o mesmo que obedecer ao referido princípio. Da mesma forma, desrespeitar/afrontar uma norma de processo leva, imperiosa e consequentemente, à violação do princípio do devido processo legal.

Por conseguinte, tem-se que quando o magistrado verifica uma tensão entre um princípio, como exemplo o do acesso à educação, e uma norma de processo, existe também, ao mesmo tempo indiretamente, uma tensão com o princípio do devido processo legal.

Essa acepção claramente pode ser feita porque é cediço que a toda regra posta há ou pode haver um correspondente inculcado em forma de princípio. Logo, vê-se que há também a possibilidade de se aplicar a lei de colisão de Alexy a essas ocorrências, mas desde que o disposto ocorra em nível somente principiológico. A dúvida surgiste a partir da colocação de que a colisão se opera somente entre os princípios. Pode ser observado certa tensão ou incompatibilidade entre princípios, mas será que também não há essa tensão entre o princípio e a

regra? Por exemplo, um autor *A* propõe uma ação – pelo rito ordinário – de indenização por danos morais por transgressão a sua honra subjetiva oriunda de atraso comprovado de voo em face de *B*, que apresenta contestação. O juiz do caso, diante da situação, julga o processo completamente improcedente, extinguindo o feito. *A*, insatisfeito com o resultado obtido, resolve por interpor apelação junto ao Tribunal de Justiça correspondente, com a ressalva de que o protocolo ocorreu no 16º dia após a intimação da sentença de piso, portanto intempestiva com base no artigo 508 do Código de Processo Civil.⁴⁷ O Tribunal percebe que há uma certa crise entre a aplicação do artigo supracitado e o princípio da proteção aos direitos da personalidade, uma vez que de plano verificou que o juiz de primeiro grau havia cometido um erro e a sentença deveria ser reformada.⁴⁸

Dessa forma, sem entrar de fato no mérito da ponderação ou no do conflito/colisão, questiona-se: como o tribunal deve proceder? Será que o princípio da proteção aos direitos da personalidade, no caso mais especificamente à honra subjetiva, deve ceder lugar, ou deve a regra processual abrir espaço? Como dito, não se vai aqui fazer qualquer juízo de valor ou, em melhores palavras, juízo de ponderação para se chegar a uma conclusão para o impasse, mas sim expor a exata ocorrência da, daqui por diante intitulada, ‘*tensão*’.⁴⁹

Portanto, o conflito/colisão/tensão poderia ser subsumido aos seguintes níveis:

- 1) Princípio da proteção da honra subjetiva *versus* artigo 508 do Código de Processo Civil;

⁴⁷ Art. 508. Na apelação, nos embargos infringentes, no recurso ordinário, no recurso especial, no recurso extraordinário e nos embargos de divergência, o prazo para interpor e para responder é de 15 (quinze) dias (Brasil, 2013d).

⁴⁸ O exemplo do atraso de voo facilita a possibilidade da conclusão de que a sentença deveria ser reformada, pois o Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que “*o dano moral decorrente de atraso de voo prescinde de prova, sendo que a responsabilidade de seu causador opera-se in re ipsa.*” REsp 299.532, disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200100034276&pv=010000000000&tp=51>>. Acesso em: 12 de fevereiro de 2014.

⁴⁹ A terminologia ‘*tensão*’ será usada como forma de tentar se respeitar, ainda que não necessariamente, os termos habitualmente utilizados, principalmente por Alexy, de colisão de princípios e conflito de regras. Uma situação de *tensão*, portanto, é aquela em que é possível uma decisão *contra legem*, mas não necessariamente por meio de um conflito ou colisão. Pode acontecer a *tensão* simplesmente por ocasião da aplicação da regra não corresponder a sua justificação.

- 2) Princípio da proteção da honra subjetiva *versus* princípio do devido processo legal;
- 3) Princípio da honra subjetiva *versus* artigo 508 do Código de Processo Civil adstrito ao princípio do devido processo legal.

Em 1 tem-se uma hipótese em que a proteção aos direitos da personalidade, se limita pela estrita obediência do artigo 508 do Código de Processo Civil. A tensão se estabelece ao passo que a observância do artigo citado gera, conseqüentemente, a quebra dos direitos dessa honra subjetiva do recorrente, pelo que a resolução se daria, talvez, pela lógica da preferência de aplicação da regra ou, também possível, em favor do princípio, por esse ter força de norma constitucional.

Já em 2, tem-se uma hipótese de colisão entre o princípio da proteção ao direito da honra em detrimento do princípio do devido processo legal, sem se considerar ou fixar como relevante a quebra da regra processual. Se assim considerada a crise principiológica, a lógica resolutive se daria muito provavelmente pela lei de colisão de Alexy, uma vez que não há qualquer precedência absoluta de nenhum dos dois princípios. As condições especiais do caso devem orientar a técnica da ponderação com fins a decidir qual o princípio deve ceder e qual deve se sobrepor.

Diferentemente em 3, tem-se mais uma vez de um lado o princípio da proteção da honra e, do outro, tanto a regra do artigo 508 do Código de Processo Civil quanto o princípio do devido processo legal. O caso pode ser resolvido, em uma primeira análise, de três formas diferentes: a) preferência de aplicação da regra; b) ponderação entre o princípio da proteção aos direitos da personalidade (honra) e o do devido processo legal e; c) colocação direta em xeque das forças normativas opostas: um princípio constitucional (proteção) *versus* um princípio constitucional e uma regra infraconstitucional.

Por conseguinte, percebe-se que para a resolução do caso apontado há diversas formas de se operar, cada uma baseando a solução do impasse em uma argumentação distinta, o que, de uma forma ou de outra, acaba lavando a resultados práticos diferenciados. Isso demonstra o porquê que existem decisões judiciais conflitantes ou mesmo completamente incongruentes umas com as outras. Como cada juiz, diante de um caso concreto, tende a perseguir o impasse a

partir de uma das três hipóteses levantadas, certamente a solução dada será também diversa, ou, ainda que o resultado final seja similar, possivelmente as fundamentações utilizadas não o serão.

Não se sabe, pelo menos até o presente ponto de abordagem, qual das soluções apresentadas pode ser considerada como a mais satisfatória. Contudo, a ressalva aqui ocorre no sentido de que todas as normas do jogo devem imperiosamente ser observadas. Se de fato há uma regra processual a ser desrespeitada, ou, se há um princípio constitucional que corresponde a essa regra processual, como o do devido processo legal, não há razão suficiente para que esses não sejam colocados no mesmo lado da balança, independente de qual solução considerada mais correta seja adotada.⁵⁰ Em verdade, um pouco da crítica à teoria de Alexy se dá justamente por conta dessa forma de abordagem. Talvez a subsunção de que princípios só colidem com princípios e, ainda, de que regras só conflitam com regras, restrinja as possíveis soluções dos impasses à lei de ponderação bem como à formulação de cláusulas de exceção da aplicação das regras.

No entanto, é de bom condão esclarecer que melhores considerações a respeito da técnica de resolução de tensões serão apresentadas no último capítulo dessa dissertação, ocasião em que serão exibidos casos práticos reais de decisões *contra legem*, bem como a análise desses casos com viés a se verificar metodologicamente se foram acertadas ou não as decisões proferidas.

Mas, para o presente, tem-se que a apresentação da situação de confronto fora mais do que suficiente para se fazer entender que a tensão pode se operar entre princípios, entre regras e, ainda, entre regras e princípios. Válido ainda é lembrar que a regra processual sempre tem como fundamento o princípio do devido processo legal. Logo, as duas normas devem sempre ser colocadas juntas do mesmo lado da balança na hora de se fazer a *ponderação* das tensões ocorridas no caso concreto. O disposto é tão verdade que, se não houvesse essa junção entre o princípio do devido processo legal e a regra processual, as respostas e soluções aos casos sempre seriam as mesmas, independentemente da peculiaridade do caso

⁵⁰ Humberto Ávila defende a possibilidade de coexistência de espécies normativas, como regras, princípios e postulados (a depender da dimensão comportamental), advirem de um mesmo dispositivo, pelo que chama essa classificação de “*dissociação em alternativas inclusivas*” (Ávila, 2012, p. 75).

concreto, só dependeria apenas do posicionamento do julgador, se o mesmo tem uma tendência a aplicar a regra ou se tem um sentimento maior pelos princípios.

2.3.3

A tensão das decisões *contra legem*

As decisões *contra legem* estão no cotidiano das lides processuais, muito embora talvez não possuam nenhuma disposição expressa em forma de dispositivo que permita tal tipo de decisão. Em verdade, a decisão *contra legem* em si mesma, independente do objeto material ou processual que a justificou, por si só, já é coberta de ilegalidade e seu cabimento diante de uma análise cética ou extremista, também pode ser considerado ilegal, ou, de forma menos grosseira, como uma espécie de inovação jurídica. Talvez também pode se propor que são os postulados da adequação e da necessidade – do sistema de direito – que justificam o plano de existência das decisões *contra legem*, todavia, mais uma vez cai-se na mesma incongruência, diga-se: como justificar uma decisão com base em algo que também carece de ‘*justificativa expressa*’?⁵¹

No entanto, fato é que apesar do sistema positivo de direitos – regras jurídicas –, da maneira como se encontra disposto ser bastante abrangente, tem-se que por si só não é capaz de resolver todos os impasses, seja por conta dos interesses contrapostos (inerente principalmente à sociedade e à individualização), seja por conta da ineficiência dos meios, da falta de *moral* na utilização desses meios ou até mesmo na dos próprios objetos. Isso fez com que surgisse, como forma de otimização e eficiência das lides processuais e da preservação dos interesses, as decisões *contra legem*. Por elas pode-se alcançar, ainda que de maneira longínqua e um tanto infundada, uma espécie, não de justificação, mas sim de justificativa dessas decisões.⁵²

Deve-se desde já clarificar que não se defende nessa dissertação qualquer alteração na legislação com fins a se permitir expressamente a hipótese da decisão *contra legem*. Pelo contrário, qualquer menção a esse tipo de inclusão deve ser

⁵¹ Expressa no sentido de não haver dispositivo legal que permita a decisão *contra legem*, ainda que com base na adequação e necessidade.

⁵² Resumidamente, as decisões *contra legem* tem o condão de *consertar* as falhas jurídicas no momento de aplicação da regra.

completamente rechaçada, pois sem uma previsão expressa as decisões *contra legem* já ocorrem em uma considerável quantidade, ainda que muitas vezes sejam desnecessárias. Se mesmo com a falta de permissão expressa dispositiva existem as mais variadas decisões *contra legem*, caso haja essa hipótese permissionária essas ocorrências provavelmente serão muito mais constantes. A preocupação se justifica pela razão de que, ao menos enquanto as decisões *contra legem* não fizerem parte diretamente do sistema de direitos, ou seja, não possuindo uma previsão expressa, os magistrados, sempre que se encontrarem diante de uma situação delicada, tem por obrigação enfrentar a superação da norma com todos os seus argumentos e fundamentações de forma a reputar o porquê que está produzindo uma decisão em desacordo com a regra. Ainda que muitas vezes essa argumentação não seja um mínimo convincente, ela deve existir, o que ameniza, até certo ponto, as ilegalidades e o desrespeito à segurança jurídica.

Por mais que haja técnicas delineadoras metodológicas de indicação do uso correto da resolução de tensões, inclusive a técnica de ponderação, essas também não são suficientes para abranger todos os casos, requerendo ao aplicador do direito uma habilidade maior de perceber qual técnica usar e como aplicá-la caso a caso. Se por ventura for acrescentada na legislação a possibilidade da decisão *contra legem*, ter-se-á problemas diretos com a sua forma de aplicação, uma vez que ou a hipótese seria extremamente restritiva e taxativa – o que não alcançaria grande parte das situações reais de necessidade –, ou seria consideravelmente abrangente, para a qual certamente o grau de vagueza da regra permitiria ao julgador fazer o uso em situações completamente desnecessárias, arbitrárias e até mesmo ideológicas e pessoais.

Por conseguinte, em uma premissa até certo grau exagerada, mas precavida, tem-se que a melhor solução é a não incorporação da previsão da decisão *contra legem* ao ordenamento jurídico. Isso faz com que o julgador, apenas nas hipóteses das situações mais extremadas, tenha a obrigação de formular uma justificativa suficiente para se adequar a aplicação da norma à *peculiaridade* do caso concreto, o que, para tanto, somente é possível mediante uma carga argumentativa – e aqui entendido no contexto da fundamentação – fortemente construída.

Essa *peculiaridade* seria correspondente a uma *situação de tensão*, de conflito ou de colisão, em cuja circunstância não seria possível aplicar a regra jurídica correlativa ao caso, pois não só a *situação* geraria uma grave violação de

um direito, como também a aplicação da norma em si mesma iria de encontro à sua própria razão de ser. Isto sim, ainda que forçosamente, é o que justifica a criação de uma decisão *contra legem*.

Claus – Wilhelm Canaris formula que a justiça material, sobrepondo-se ao sistema, só pode ser evocada em situações especiais, assemelhando com o que aqui se chama de situação de tensão:

Resumindo, deve dizer-se: a solução adequada ao sistema é, na dúvida, vinculativa, *de lege lata* e é, fundamentalmente de reconhecer como justa, no domínio de uma determinada ordem positiva; pontos de vista de justiça material contrários ao sistema só podem aspirar primazia perante argumentos do sistema quando existam as *especiais* pressuposições nas quais é admissível uma complementação do Direito legislado com base em critérios extra jurídico-positivos (Canaris, 2002, p. 196, grifos do autor).

Da mesma forma, produzir uma decisão *contra legem* – fora do sistema – é justificável quando a aplicação da regra específica do caso concreto levar a uma consequência oposta daquela prevista na sua razão de existência, pelo que a sua concepção deve perpassar por critérios ponderativos em que ponha em questão tudo o quanto for envolvido ao caso, tanto princípios e regras, em caráter teórico, bem como necessidade, adequação, efetividade e consequência, em caráter pragmático. Mas desde já se deixa claro que o ideal é não se estabelecer um critério universal de cabimento das decisões *contra legem*, porque, se isso for feito, ou se facilitar/umentará a hipótese de possibilidades de se decidir *contra legem* ou, em contrário, por conta de uma disposição taxativa essas serão restringidas, deixando de cobrir casos em que por ventura factualmente seria necessário o seu uso.

Diante desse contexto é que se estabelece que as decisões *contra legem* devem ser na máxima medida possível evitadas, pois se não, além do evidente desrespeito à integralidade das regras, há também a quebra da segurança jurídica,⁵³ a qual será melhor debatida no próximo capítulo. No entanto, quando se diz que não se deve elaborar uma norma universal de cabimento, deve ser explicado que isso se dá porque são várias as situações práticas em que se observa que a melhor solução para o caso concreto seria de fato a produção de uma

⁵³ “A contradição mais comum na vida jurídica diz respeito à delimitação do ponto de equilíbrio entre a segurança jurídica, representada pela noção de obrigatoriedade da lei e a necessidade de um papel criativo do juiz” (Mendonça, 1997, p. 16).

decisão *contra legem*, mas não necessariamente correspondentes, por exemplo, aos casos difíceis ou casos trágicos, conforme visto no tópico 2.1.

Imagina-se uma situação em que se têm duas regras dispostas que podem em abstrato ser perfeitamente aplicáveis, mas em virtude da peculiaridade do caso concreto, são incompatíveis casuisticamente. Qualquer solução que seja dada pelo juiz, invariavelmente, se reverterá pela preferência de uma em detrimento de outra. Independentemente de qual regra o mesmo for utilizar para respaldar o seu *decisum*, implicará uma decisão *contra legem* em relação à outra regra não aplicada. Essa situação não necessariamente implica a invalidade da outra norma, como também não solidifica que se deve criar uma cláusula de exceção de aplicação de uma regra. Simplesmente deve-se, a partir de uma fundamentação/argumentação, deixar de aplicar uma regra para aplicar a outra, ainda que isso infira em uma decisão tecnicamente *contra legem*.⁵⁴

Esse é o contexto básico do diálogo da decisão *contra legem*, é dizer, as necessidades práticas ou casuísticas nem sempre são previstas pelo legislador, as especificidades do caso concreto podem surgir a qualquer hora e de qualquer forma. Portanto, primeiro, tanto as regras quanto os princípios não possuem sua hipótese de incidência absoluta, como também, em segundo, não necessariamente deve haver uma situação específica de hipótese de conflito ou colisão a propiciar a decisão *contra legem*. Tudo deve-se basear a partir da peculiaridade do caso concreto em que o juiz observa uma situação de *tensão* – independente das cartas do jogo – que reputa ser necessário ao pronunciamento *contra legem*. Entretanto, uma das causas justificadoras da decisão *contra legem* que talvez possa ser transportada para a maioria dos casos é que uma decisão *contra legem* tem lugar quando a regra a ser contrariada leva justamente a um resultado que a mesma deveria evitar, ou seja, vai de encontro à sua própria razão de ser, ainda que não possa ser consignada outra regra ou princípio conflitante.

⁵⁴ Isso corresponde a colocação de Humberto Ávila no sentido de que é possível a atribuição da dimensão de peso também para as regras.

3

A regra processual e o devido processo legal nas decisões *contra legem*

Esse capítulo irá abordar a forma de composição das regras, das regras processuais, bem como dos princípios do devido processo legal e da segurança jurídica. Não há como considerar uma hipótese de superação de uma regra sem que antes se tenha intensificado a sua forma de constituição. Por isso, é primordial que seja estabelecido certos fatores que a compõem. A mais, quando se supera uma regra de processo consequentemente se viola o princípio do devido processo legal e o princípio da segurança jurídica. Por essas razões, a análise da decisão *contra legem* objetivamente deve ponderar essas considerações, da mesma forma como será feito adiante.

3.1

A constituição da regra

O condão desse trabalho é analisar as situações em que as decisões *contra legem* têm como objeto o desrespeito de uma regra de processo, as ocasiões em que o juiz deixa de observar a norma processual com vistas a dar um pronunciamento diferente ao caso concreto, baseando o seu posicionamento principalmente em princípios ou em quaisquer outros argumentos que o mesmo repute ser suficiente para afastar a prioridade de aplicação da regra.

O juiz deve traçar toda uma carga fundamento argumentativa quando identificar no caso concreto uma situação de tensão, ou seja, uma peculiaridade que justifique abrir mão de uma regra disposta com fins a adotar uma outra. Como na presente dissertação o objetivo não é apenas analisar a decisão *contra legem* genérica – como já fora feito –, mas a decisão contra ou em desacordo com a lei processual, deve-se imperiosamente desmistificar do que se trata essa lei processual, sua razão de ser e seus fundamentos.

Uma das ideias da presente é propor a fundamentação pró e contra⁵⁵ a lei processual. O magistrado diante de uma situação de tensão deve encontrar qual a razão de ser da norma processual, deve dispor o porquê que a situação de tensão

⁵⁵ Fundamentação ‘*contra*’ quando a regra processual colidir com outras normas.

ou é suficiente para que se abra uma exceção de aplicação ou não o é. Parte dessa fundamentação, tanto de forma geral, quanto em regras específicas por meio de exemplos, será demonstrada nesse trabalho.

Para bem entender como funciona uma regra processual, deve-se desmistificar, antes, o contexto da regra como um todo, não em contraposição aos princípios, como fora feito anteriormente, mas em uma colocação exclusivamente teórica de abordagem. Assim, a partir daqui faz-se uma espécie de *abre parênteses* para se explicar a constituição das regras, envolvendo suas causas de justificações e os modelos de tomadas de decisões, sempre trazendo a abordagem para um cunho processual, de forma a complementar a narração exarada.

3.1.1

A justificação, o predicado fático e os fenômenos da sobreinclusão e da subinclusão das regras

Conforme expõe Noel Struchiner, que será o autor base da presente parte da exposição,⁵⁶ as regras necessariamente comportam linguagens diretivas e prescritivas, com a pretensão de influenciar comportamentos. Podem ser, como dita, mais ou menos geral, clara, canônica, e, ainda, ter mais ou menos peso.⁵⁷ Prossegue explicando que o primeiro dos itens, o da generalidade, é o responsável pelo fenômeno da sobreinclusão e subinclusão (Struchiner, 2010, p. 105).

Esses fenômenos ocorrem quando as normas, devido à sua generalidade, abarcam casos que não deveriam ser abarcados – sobreinclusão –, ou quando, em contrário, deixam de englobar situações que deveriam ser englobadas – subinclusão –, e é isso, segundo o autor, o que torna o direito um terreno de opções e escolhas (Struchiner, 2005, p. 108). Assim, tem-se que as regras descritivas – generalizações – são sempre, ou possivelmente, sobre ou subinclusivas, pelo que esses fenômenos são acertados dentro do contexto das

⁵⁶ Explica-se que parte das colocações de Struchiner se dá com base no livro *Playing by the Rules: A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and Life*, do professor Frederick Schauer, da Faculdade de Virgínia. Portanto, essa análise, ainda que indiretamente, também se baseará no referido professor, como supedâneo aos tópicos 3.1.1 e 3.1.2.

⁵⁷ Vale dispor a observação de Struchiner nesse ponto, eis que trata, assim como essa dissertação, de uma possível superação das regras: “*A dimensão de peso ou força ou refere-se à capacidade de resistência da prescrição em jogo, mesmo que não absoluta, diante de outras prescrições que indicam um resultado diferente e incompatível*” (Struchiner, 2010, p. 103).

conversações. Já as regras prescritivas são definidas conforme a sua capacidade de serem formuladas, recaindo na proposição do “*se X, então Y.*” Isto quer dizer que as regras prescritivas podem ser repartidas em duas partes, a primeira *antecedente* e a segunda *consequente*. O *antecedente* – predicado fático –,⁵⁸ é o que determina as condições – do caso – que devem ser aferidas para que a regra seja aplicada, podendo ser entendida como a *hipótese*. O “*predicado fático é, portanto, uma afirmação descritiva genérica que, quando verificada, aciona o consequente.*” Nesses termos, expõe-se que o *consequente*, ou *apodosis*, trabalha como o operador deôntico da norma, indica se o predicado fático é proibido, permitido ou obrigatório (Struchiner, 2010, pp. 106-107).

Um exemplo com referência às normas processuais pode ser subsumido em: a parte perdedora pode recorrer em até 15 dias. Conforme a definição, o predicado fático é ‘*a parte perdedora do processo.*’ O consequente seria ‘*se a parte recorrer em até 15 dias, o recurso será recebido*’, ou, ‘*se passar mais de 15 dias a parte não pode mais recorrer*’ ou, ainda, ‘*se a parte recorrer após 15 dias, seu recurso não será recebido.*’ No esteio, Struchiner estabelece que o predicado fático, dissociado do consequente, é uma generalização descritiva, pelo que completa explicando que:

O processo de criação de uma regra sempre envolve algum tipo de generalização. É comum uma regra ser criada a partir da observação de um caso particular que é tornado como um caso paradigmático de uma meta que se quer alcançar, ou um mal que se pretende erradicar. Schauer chama os objetivos da regra, sejam eles positivos ou negativos, de “justificação” da regra. O segundo passo na criação da regra consiste em realizar uma generalização do caso particular, por meio de uma abstração das propriedades do caso paradigmático consideradas relevantes para a efetividade dos objetivos da regra. Em outras palavras, é a justificação da regra que determina quais são as propriedades do caso particular que devem ser levadas em conta no momento da construção do predicado fático, indicando a sua direção e o seu grau de generalidade. A justificação determina qual, entre várias generalizações de um evento particular, será selecionada como predicado fático da regra que está sendo construída (Struchiner, 2010, p. 109).

Veja que o que Schauer chama de ‘*justificação*’ da regra é similar ao que aqui se chama de ‘*razão de ser*’. Repetindo-se as palavras de Struchiner, é “*uma meta que se quer alcançar, ou um mal que se pretende erradicar*”. Logo, é aquilo

⁵⁸ Es un rasgo característico y definitorio de las reglas el tener dos partes. La primera, que algunos autores llaman *protasis* y que yo en otro lugar he llamado el *predicado fáctico*, designa el *campo* (o ámbito, o alcance) *de cobertura* de la regla (Schauer, 2005, p. 309, grifos do autor).

que se encontra por trás da regra, dentro do seu processo de criação, como uma espécie de guia, que pode vez ou outra, mas não necessariamente, se confundir com um princípio. Esta é a razão de ser da regra. Para lembrar, explica-se que um dos objetivos dessa dissertação é encontrar, ainda que genericamente,⁵⁹ a razão de ser ou a causa de justificação das normas processuais, pois assim é possível analisar de forma completa o contexto das decisões *contra legem*.

Struchiner explica que apesar da regra ser uma generalização, isto não quer dizer que esta vale para todos os integrantes de um tipo, mas também que ela não é necessariamente verdadeira e relativa a todos os casos que surgirem. As generalizações são probalísticas porquanto não culminam necessariamente nos objetivos (na justificação) da regra, mas mesmo assim são fundamentais para o bom andamento da linguagem ordinária.⁶⁰

Dessa forma, Struchiner volta o debate acerca do fenômeno da sobre e da subinclusão com as frases: ‘*é proibida a entrada de cachorros no restaurante*’⁶¹ e ‘*menores de 21 anos não podem tomar bebidas alcoólicas*’. Assim ele dita que os predicados fáticos dessas regras – cachorros no restaurante e menores de 21 anos tomando bebida alcoólica – são sobreinclusivos, uma vez que não obrigatoriamente comportam verdades universais ou, em melhores palavras, correspondem à justificação da regra, eis que nem todo cachorro causa transtorno em um restaurante como nem todos os menores de 21 anos são irresponsáveis ao beberem álcool, que, no caso, seriam as causas de justificação da criação dessas regras. Entretanto, na mesma esfera, os mesmos pressupostos fáticos também são subinclusivos, eis que não englobam todos os casos que corporificam a justificação da regra, como o exemplo de que algumas crianças, assim como cachorros, também podem causar transtornos aos clientes e pessoas maiores de 21 anos também podem beber de forma irresponsável (Struchiner, 2010, p. 109).

⁵⁹ Genericamente porque, muito embora as regras processuais possuam, a princípio, a mesma justificação, não necessariamente esta é a única, assim, também não necessariamente regras processuais diferentes possuem a mesma razão de ser, o que pode variar de norma para norma.

⁶⁰ “The limits of time and understanding make it impossible to restrict our assessments of cause and effect, or our reports of empirical truth, to universally correct statements, and so we frequently employ generalizations that are only probabilistic. We say that smoking causes cancer, that dogs have fleas, that Mexican food is spicy, and that Scots are dour without supposing that in saying so we are stating invariable universal truths. Instead, we generalize probabilistically and not inexorably, allowing the use of the descriptive generalizations as long as they are statistically justifiable. But the conventions of everyday linguistic behavior require nothing more than this statistically justified relationship between cause and effect [...]” (Schauer, 2002, p. 31).

⁶¹ Ambos os exemplos são tratados em Schauer.

No exemplo dado do prazo do recurso da mesma forma é possível observar o fenômeno da sobre e da subinclusão. O predicado fático ‘*a parte que perde*’ não comporta necessariamente todos os casos previstos por sua justificação ou sua razão de ser que, grosso modo, seria evitar que uma parte possa recorrer indefinidamente e a qualquer tempo.⁶² Afora outros objetivos específicos – trânsito em julgado – bem como outros objetivos mais amplos – segurança jurídica. A regra é sobreinclusiva porque às vezes o fato da parte poder recorrer sem nenhum outro pré-requisito faz com que em muitos casos possa haver recursos desnecessários – como o exemplo dos recursos protelatórios –, sendo exigido apenas como pressuposto que seja feito pela parte perdedora e que seja dentro do prazo de 15 dias. Por consequência, possivelmente pode ir de encontro ou destoar da sua justificação, que é evitar a indefinição da possibilidade de recorrer. Todavia, também é subinclusiva, vez que uma parte que, muito embora tenha vencido o processo, também pode ter interesse em recorrer caso o pronunciamento judicial não lhe satisfaça completamente, ou, da mesma forma, um terceiro interessado, que não é parte, mas que recebe as consequências da decisão, possivelmente também possui interesse processual e material de recorrer.

Veja pelo exemplo que, malgrado as normas processuais talvez sejam uma das mais detalhistas dentro do ordenamento jurídico, ainda assim delas pode advir a sobreinclusão e a subinclusão, porquanto os casos práticos rotineiros vez ou outra possam não corresponder à justificação ou à razão de ser da regra. Struchiner esclarece que muito embora isso ocorra, ainda assim o mais aconselhável é não tentar produzir uma norma mais meticulosa e minuciosa em função da viabilidade prática. Caso o legislador tente evitar todos os casos de sobreinclusão e de subinclusão, certamente causaria uma total incapacidade de comunicação, principalmente se isso fosse feito em todo o ordenamento jurídico. Isso impediria que as pessoas pudessem ser capazes de saber o que o direito determina. Mesmo que as generalizações fossem elaboradas da forma mais meticulosa possível, as regras continuariam a ser potencialmente sobreinclusivas ou subinclusivas, eis que “*o limite de tempo e de entendimento são obstáculos*

⁶² Recursos protelatórios não têm pretensão de correção da decisão.

insuperáveis para a tentativa de prever todas as contingências capazes de afetar as relações de causa e efeito” (Struchiner, 2010, p. 110).⁶³

A partir daí Struchiner passa sua análise para o tema das regras prescritivas como relações, que trata dos casos em que as justificações da regra não correspondem a seus predicados fáticos, casos esses que são denominados de ‘*experiências recalcitrantes*’ e que acabam por interferir na ‘*tomada de decisões*’ dos juízes, uma vez que devem decidir entre aplicar a regra como se encontra posta – predicado fático –, ou, diferentemente, aplicar o resultado indicado pela sua justificação.

3.1.2

A regra, a sua razão de ser (justificação) e os modelos de tomada de decisão

A explicação da constituição da regra entre *antecedente* (predicado fático) e *consequente*, dentro das regras prescritivas, foram fundamentais para se analisar a sobreinclusão e a subinclusão, bem como a justificação das mesmas, o que invariavelmente facilita a compreensão do que vem a ser uma decisão *contra legem*. No esteio, tem-se que complementar a abordagem com aquilo atinente aos modelos de tomada de decisão faz com que se possa entender certos temas escondidos por detrás da decisão *contra legem*, itens que vem antes do pronunciamento e que ou direcionam para ela ou contra a mesma. Tais itens, no contexto, são aqueles que Struchiner chama de justificação da regra e os modelos de tomada de decisão.⁶⁴

⁶³ Chaïm Perelman explica que, de qualquer forma, também pelas diferenças sociais é aparentemente impossível se ter um sistema que seja capaz de cobrir todas as situações e ainda assim ser justo: “*Um sistema de regras absolutamente justo, que se imporia como tal a todas as mentes razoáveis, deveria apresentar classificações em categorias e prever tratamentos que sejam indiscutíveis, por serem os únicos conforme a razão. A busca de um sistema assim não será ilusória? Dada a grande variedade de nossas sociedades, de suas concepções religiosas, filosóficas e políticas, será possível elaborar princípios racionalmente fundamentados que serviriam de base para instituições consideradas justas por todos os seres razoáveis?*” (Perelman, 2000, p. 171).

⁶⁴ Sobre ‘*tomada de decisão*’, Paul Ricoeur faz um interessante paralelo entre a tomada de decisão no ato médico e a tomada de decisão no ato judiciário, “*nos dois casos, trata-se de submeter uma decisão singular, única e relativa a uma pessoa singular a uma regra geral e, em contrapartida, de aplicar uma regra a um caso*” (Ricoeur, 2008b, p. 239).

Visando um melhor posicionamento do tema específico ao contexto dado e de acordo com os seguimentos até então abordados, tem-se que, para se alcançar uma decisão *contra legem*, necessariamente deve haver uma situação de tensão, que, em contrário, não necessariamente equivale a um conflito ou a uma colisão, mas que pode comportar numa circunstância de não correspondência da regra à sua razão de ser. Trazendo os termos para a exposição de Struchiner, essa *razão de ser* significa a *justificação* da regra, os seus objetivos. É aquilo que deu fundamento a sua criação. Já essa situação de *não correspondência da regra à sua razão de ser* diante de um caso concreto, equivale às chamadas ‘*experiências recalcitrantes*’, que é quando o predicado fático (antecedente/generalização) não se insere na hipótese de justificação da regra. No sentido contrário, tais experiências recalcitrantes são aquilo que, nesse trabalho, é chamado de *situação de tensão*, que pode vir a propiciar, ou até mesmo fundamentar, uma decisão *contra legem*.

Isto, em uma primeira observação, significa que quando os efeitos da aplicação da regra dentro do contexto de um caso concreto correspondem justamente à razão de ser dessa mesma regra, ou quando, na mesma linha de raciocínio, a ocorrência do predicado fático não implica dissociação da justificação – não cria a experiência recalcitrante –, certamente não pode haver em nenhuma hipótese uma decisão *contra legem*. O disposto significa que quando a aplicação da regra satisfaz a sua razão de ser, a decisão judicial obrigatoriamente deve se basear na regra, não cabendo em hipótese alguma qualquer relativização nesse sentido, mesmo que, em nível abstrato, ocorram os fenômenos da sobre e da subinclusão incidente às regras.

O problema surge quando a regra não corresponde à sua razão de ser, o que eventualmente pode configurar uma hipótese de decisão *contra legem*.⁶⁵ Para melhor abarcar esse contexto, reverte-se novamente a análise às colocações de Struchiner com fins a dispor acerca das justificações das regras, da sua derrotatibilidade e, por fim, dos modelos de tomada de decisão diante dessas experiências recalcitrantes. O autor aponta a problemática:

⁶⁵ “Essa decisão [de superar a regra] depende da ponderação entre razões que justificam a obediência incondicional à regra, como razões ligadas à segurança jurídica e à previsibilidade do Direito, e as razões que justificam seu abandono em favor da investigação dos fundamentos mais ou menos distantes da própria regra (Ávila, 2012, p. 63).”

As regras tornam-se interessantes quando suas justificações apontam para resultados diferentes dos apontados pelos predicados fáticos e generalizações. Afinal, quando o predicado e a justificação estão em perfeita harmonia, indicando um resultado único, não existem controvérsias. Somente quando aparecem as chamadas ‘experiências recalcitrantes’ é que as dúvidas emergem na ocasião da aplicação. As experiências recalcitrantes ocorrem quando a generalização prescritiva é apenas probalística e o caso em questão é um dos que fogem às estatísticas, ou quando uma generalização atualmente universal se mostra sobreinclusiva ou subinclusiva, em função do surgimento de um caso novo não antecipado no momento da confecção do predicado fático. Quando existe uma discrepância entre os resultados apontados, então o responsável pela tomada de decisões se vê diante de uma encruzilhada: ou aplica o resultado gerado pelo predicado fático ou aplica o resultado indicado pela justificação (Struchiner, 2010, pp. 111-112, sem grifos no original).

Apreende-se que o que existe entre o predicado fático e a justificação da regra é, de fato, uma relação, ou seja, *“uma regra só existe quando a sua generalização fornece uma razão independente para a decisão”*, sem levar em consideração, portanto, a justificação, o que não significa que essa capacidade de resistência do predicado fático deve ser absoluta. Pode haver situações em que existam outras razões que de forma mais apropriada irão indicar o que deve ser feito (Struchiner, 2010, p. 112). Mas prossegue Struchiner que apenas essa não correspondência entre predicado fático e justificação pode ser considerado fator preponderante para acarretar na superabilidade ou na derrotabilidade da regra. Se isso continuamente ocorresse transformaria a regra muito mais em uma sugestão e retiraria dela todo o poder vinculante que possui, deixando todo o trabalho prescritivo não para a regra, mas para sua justificação. Mesmo que seja superada, não quer dizer que a regra necessariamente perde sua validade ou sua capacidade de resistência. O autor discorda aqui aparentemente das noções trazidas por Dworkin acerca do caráter tudo-ou-nada que atribui às regras (Struchiner, 2010, pp. 114-115).

Conclui Struchiner que a regra é uma relação entre um predicado fático às suas justificações subjacentes, mas que isso depende, ainda, de uma relação prévia que é a relação entre os responsáveis pela tomada de decisão e o texto da regra. Para que uma regra funcione de fato como uma regra, *“o seu texto deve ser levado*

a sério” (Struchiner, 2010, p. 115).⁶⁶ A partir daí tem-se os chamados ‘*modelos de tomadas de decisão*’, que é a forma de agir dos responsáveis pela tomada de decisão diante dessas hipóteses de experiências recalcitrantes. Portanto, há uma espécie de classificação das formas de como serão orientadas essas decisões, divididos em quatro modelos, sendo os dois primeiros mais extremistas enquanto os dois últimos intermediários.

a) Modelo Particularista: esse modelo, também chamado de conversacional, é um modelo extremista de tomada de decisão em que o importante no pronunciamento judicial é tentar encontrar o melhor resultado prático possível para cada caso. O mesmo leva em consideração e adiciona ao cálculo decisório qualquer fato que pode ser importante na busca do melhor resultado. Tem uma pretensão alta de correção da regra jurídica. Nesse modelo, quando o predicado fático não corresponde às razões subjacentes é invariável que a oitiva desse predicado não levará ao melhor resultado, motivo pelo qual o responsável pela tomada de decisão tanto pode quanto deve alterar o predicado fático visando obter o resultado mais justo do processo. A existência das regras praticamente perde sentido, servindo estas, no máximo, como meros guias de adequação para o juiz.

b) Modelo Formalista: nesse modelo, o predicado possui prevalência absoluta. Não podem de forma alguma serem readequadas as generalizações das regras, eis que estas foram previamente escolhidas por seus criadores de modo que a sua aplicação se faz de maneira incondicional, sendo impossível qualquer amoldamento diante de um caso não previsto. Não permite aos juízes qualquer posicionamento em relação à observação das razões subjacentes da regra, sendo-lhe permitido apenas encontrar e exercer a aplicação do predicado fático como se encontra posto.

c) Particularismo sensível às regras: este modelo certamente pode ser entendido como intermediário, ainda que mais tendencioso à esfera particularista. Nele, as regras não são meros guias conforme o primeiro modelo explicado, nem tampouco a aplicação destas ocorre de forma

⁶⁶ Struchiner dita que as regras são criadas para servirem a certos propósitos, que podem ser consequencialistas, – voltados para o futuro –, bem como deontológicos – voltados para o passado (Struchiner, 2010, p. 115).

absoluta, como no segundo. Trata cada caso analisando as razões formadoras das justificações subjacentes, colocando de um lado da balança as relações de razões de justificações substanciais e, do outro, as razões de justificações formais em termos de certeza, segurança e previsibilidade. Portanto, o responsável pela tomada de decisão deve investigar caso a caso e encontrar qual justificação é, pragmaticamente, mais forte, se as razões substanciais que deram origem à regra ou as razões formais de sua existência e, dessa forma, aplicar a que julgar mais forte e mais adequada à decisão, fazendo com que as razões subjacentes possam variar caso a caso.

d) Positivismo presumido: já esse modelo, malgrado também seja intermediário, possui mais traços do modelo formalista, porquanto dá maior robustez às regras a mesma medida que restringe de forma mais veemente a possibilidade de superabilidade das mesmas, ainda que isso possa acontecer. Conforme expõe Struchiner, “*elas [as regras] elevam o limiar de força requerido para que se tornem capazes de ser derrotadas*”, pelo que completa que a distinção desse modelo para o particularismo sensível às regras é que nesse o limiar não é avaliado caso a caso, mas recepcionado como uma constante. Assim, somente “*quando uma razão contrária ultrapassa o limiar necessário para que a regra seja derrotada [...], então ela acaba cedendo*” (Struchiner, 2010, pp. 123-124). Essa regra de reconhecimento tem força presumida, daí talvez uma maior dificuldade na possibilidade de se afastar a regra com viés a aplicação de suas justificações.

Sequencialmente, tem-se que os dois primeiros modelos apontados, o do particularismo e o do formalismo, são extremistas demais para poderem ser adotados e representarem algum grau de satisfação e êxito. Também não são interessantes para esse trabalho porque nenhum dos dois comportam a decisão *contra legem*, uma vez que para os particularistas, como as regras nada mais são do que guias, a decisão *contra legem* em nada compromete o ordenamento jurídico, sendo inclusive obrigada a sua criação, perdendo completamente o seu significado e relevância. Já quanto ao modelo formalista, como não há qualquer possibilidade de superabilidade das regras ou de seu afastamento, as decisões *contra legem* simplesmente não possuem validade ou possibilidade de existirem.

Em relação aos dois modelos intermediários, expõe-se que a linha que os divide é bastante tênue,⁶⁷ permanecendo o seu grau de diferenciação, como supõe Struchiner, no olhar que é dado pelo responsável das tomadas de decisões, se mais particularista ou se mais formalista. Contudo, em relação a essa dissertação, ambos são relevantes, pois tanto um quanto outro comportam a possibilidade de decidir *contra legem*, em maior ou menor grau e em virtude das experiências recalcitrantes ou, como aludido, das situações de tensões apontadas.

3.1.3 A razão de ser da regra processual

O legislador, no momento em que cria uma regra, faz uma prévia ponderação de princípios e, desta forma, tem-se que a regra pode ser de fato reduzida em um ou mais princípios. Toda regra, em geral, corresponde a algum princípio que a fundamenta, de modo que este, somado à interpretação do legislador, é a verdadeira razão de ser da regra, e é essa razão de ser que deve ser utilizada pelo aplicador do direito como forma de interpretação no caso concreto (conforme os modelos de tomada de decisão abordados). Assim, como a proposta do presente trabalho diz respeito aos casos excepcionais de superabilidade da norma processual, o mais correto a se fazer é tentar buscar qual a razão de ser e a definição de uma norma de processo.

Boa conceituação de processo é aquela que dita que o mesmo é o conjunto de normas jurídicas com o fim de regulamentar o exercício do poder jurisdicional, de modo a compor uma espécie de metodologia normativa da aplicação desse exercício por parte dos operadores do direito (Klippel & Bastos, 2011, p. 4). Em acepção talvez menos elaborada, mas sem dúvida muito mais intensa, Celso Ribeiro Bastos dita que “*o processo, no mundo moderno, é manifestação de um direito da pessoa humana*” (Bastos & Martins, 2001, p. 278).

Portanto, visualiza-se como fim da norma processual o gerenciamento da função jurisdicional, o chamado *modus operandi* de execução do poder judiciário objetivando a solução dos conflitos, ou mais especificamente em termos

⁶⁷ Para Struchiner, no entanto, a linha distintiva entre os dois modelos é pujante.

carnelettianos, da *lide*,⁶⁸ de maneira que a solução encontrada seja imparcial e que possa ser generalizada de forma equivalente a todos que dela necessitem, sem distinção de qualquer critério, desde que não ressalvados na própria norma processual ou na Constituição.

Desta forma, observa-se que a razão de ser da norma processual como um todo é exatamente fornecer os meios necessários ao poder judiciário para poder dispor à população um meio de resolução da *lide* satisfatório aos interesses da coletividade de forma a bem compor o Estado Democrático de Direito. Contudo, é de bom condão salientar que muito embora esse meio de operação seja fornecido ao poder judiciário, o mesmo é produzido pelo poder legislativo, de modo que é este quem prevê as situações de tensão e regulamenta a norma processual de acordo com os deveres e permissionários previamente desejados. E é por essa razão que a jurisdição fica adstrita de forma quase absoluta ao regramento processual posto, podendo superá-lo apenas em casos excepcionais nas situações e condições que estão sendo estudadas nesse trabalho.

E de fato tem de estar mesmo, uma vez que um dos primeiros pontos da razão de ser e da causa de justificação da regra processual se simboliza pelo postulado da *igualdade*. O processo tem que ser usado realmente como uma ferramenta,⁶⁹ não pode ser fundamento que gere vantagem ou desvantagem para qualquer parte, tem que ser construído de forma imparcial que não favoreça ou desfavoreça parte alguma, seja autor, seja réu. Aqui, e talvez tão somente aqui, não vale a máxima Aristotélica do “*tratar os desiguais na medida de suas desigualdades*.”⁷⁰ Muito pelo contrário, a regra processual deve ser uma e a mesma para todos e, de maneira alguma pode ser definidora de quem será a parte vencedora ou perdedora do processo. A decisão de mérito deve advir

⁶⁸ “Ao conflito de interesses, quando se efectiva com a pretensão ou com a resistência, poderia dar-se o nome de contenda, ou mesmo controvérsia. Pareceu-me mais conveniente e adequado aos usos da linguagem, o de *lide*. *Lide* é, portanto, um modo de ser co conflito de interesses [...], *lide* é conflito que deflagra em um contraste de vontades” (Carnelutti, 1942, p. 96).

⁶⁹ Mas também não é somente forma, como leciona José Roberto dos Santos Bedaque, ao tecer que a organização e a estrutura processual amparam sua razão de ser em valores e princípios constitucionais por esse mecanismo incorporados. Esse procedimento, a técnica processual, na realidade, tem como objetivo a busca pelo processo justo, é dizer, aquele desejado pelo legislador no estabelecimento do devido processo constitucional (Bedaque, 2010, p. 26).

⁷⁰ Essa ponderação de interesse entre os iguais e os desiguais deve ser feito previamente dentro do processo de criação das regras. O processo civil não é uniforme; por exemplo, concede prazos diferenciados de resposta à defensoria pública, no entanto, o que se afirma é que não é correta a alteração das regras durante o andamento processual de maneira que venha a favorecer ou desfavorecer alguém. Tratar todos de maneira igual significa utilizar a mesma lei para todos.

exclusivamente pela análise da materialidade.⁷¹ A regra processual deve propiciar julgamentos justos e imparciais, razão pela qual ela se encontra previamente positivada e não pode ser mudada durante os julgamentos. Imagina-se como seriam as lides se não existisse uma norma processual e os juízes pudessem comandar as causas como bem entendessem? Se mesmo com ela já existem julgamentos arbitrários, a falta dela certamente geraria uma confusão sem tamanho e impensável.

Essa igualdade obviamente pode ser variada, não no sentido pessoal, mas intrinsecamente processual. Pode haver, em um momento, uma ação do Presidente da República contra o cidadão A (1) e, posteriormente, essa mesma espécie de ação do cidadão A em face do Presidente (2). Não faz diferença para a norma e para o julgamento quem são as partes do processo, mas somente quem possui o direito material bem como melhor capacidade de se fazer prova.⁷² Portanto, aponta-se como primeira justificação da regra de processo a capacidade e a obrigação que a mesma tem de cooperar com julgamentos igualitários e imparciais para cada parte, impedindo, em princípio, a possibilidade que o juiz tem de fazer juízos de valor de caráter extraprocessuais incidirem no julgamento intraprocessual.

Como outra justificação, pode-se abordar a *previsibilidade*. A existência da regra processual permite que as partes saibam exatamente o que devem fazer para verem seus direitos resguardados. Elas sabem que se recorrerem dentro do prazo terão os seus recursos avaliados, conseguem prever que caso não apresentem uma resposta a uma ação, serão julgados à revelia. A regra processual tem como condão mostrar o caminho a ser seguido pelas partes de maneira universal, condicionando o julgamento justo e imparcial à obediência das leis processuais. Essa *previsibilidade* orienta tanto os juízes na maneira de conduzir o processo como autoriza as partes a fazerem diagnósticos e, grosso modo, orçar até mesmo uma possibilidade jurídica. Por exemplo, se uma sentença declara o fim de um processo pelo reconhecimento da prescrição, julgando o mérito, é previsível às

⁷¹ Esclarece-se, contudo, que como sabido, há causas processuais que podem interferir no julgamento da lide, como nos casos de inépcia da inicial, mas isso só ocorre quando as partes não respeitam o que se encontra disposto na regra.

⁷² Essa variação processual a qual se menciona diz respeito, por exemplo, a produção de provas, ou seja, o Presidente, em (1) tem que fazer provas dos fatos constitutivos do seu direito, enquanto em (2), diferentemente, tem que fazer prova dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do Cidadão, conforme consta do artigo 333 do Código de Processo Civil.

partes que caso entrem com uma nova demanda esta será extinta em virtude do fenômeno da coisa julgada. Da mesma forma, caso uma sentença extinga um processo por inépcia da inicial, sem resolução de mérito, tanto autor quanto réu saberão que uma nova ação poderá ser intentada.

Outros dois fatores que se identificam como justificações da existência da lei processual podem ser descritos como a *certeza* e a *eficiência*. A certeza porque a regra processual tem como objetivo e função proporcionar às partes não só a previsibilidade, mas também a confiança de que terão um auxílio jurisdicional plenamente prestado, mas não só prestado com certeza, mas também com eficiência. A regra de processo existe igualmente porque essa ferramenta tem de ser eficiente, tem de corresponder às expectativas de forma a comandar o andamento da lide de maneira adequada, ágil, ampla e eficiente.

Como uma espécie de somatória de todos esses valores, aponta-se talvez a razão de ser mor da regra de processo, a sua verdadeira justificação, qual seja, a *segurança jurídica*. É a segurança jurídica que indubitavelmente dita o ‘*para que serve*’ da regra processual, ela é fundamento e ponto basilar não só da regra estudada, mas de todo o ordenamento jurídico. É a segurança jurídica que dá a *igualdade*, a *previsibilidade*, a *certeza* e a *eficiência*, além de muitas outras causas de justificações. A mesma, como dito, se encontra atrelada a todo o sistema de direito e é imprescindível para a sua manutenção.⁷³

No entanto, como a segurança jurídica possui relevância ímpar no ordenamento jurídico, à mesma será reservada parte especial desse trabalho objetivando e reunindo a análise, inclusive, com o princípio do devido processo legal.

Essas causas de justificações acima mencionadas são, logicamente, genéricas e mediatas, são amplas e abertas e que podem ser aplicadas a qualquer norma processual. Contudo, têm-se que as regras de processo não possuem apenas justificações distantes como as descritas, elas também possuem justificações imediatas, relativa a cada regra. O que se pretende dizer com isso é que apesar dessas regras estarem agrupadas em um só gênero – das normas processuais –, elas são diferentes umas das outras e, malgrado terem seus objetivos gerais, elas

⁷³ Há outras razões para a existência da regra, como a “*alocação de poder*”, apresentados no tópico 2.1.

também possuem objetivos específicos. Nesse ponto fica mais fácil analisar a razão de ser imediata da regra – justificção – e o seu predicado fático. Todavia, impossível também analisar todos os regramentos existentes, motivo pelo qual alguns exemplos serão dados com viés a se chegar a essa razão de ser imediata de modo a facilitar o entendimento.

Vamos tentar traçar alguns exemplos que sejam atrelados uns aos outros, como uma forma de continuação e que, mesmo assim, possuam causas de justificção diferenciadas.

A primeira regra que se dita é aquela atinente ao instituto da coisa julgada, cuja determina que uma ação não pode ser novamente apreciada quando no primeiro processo houver um julgamento de mérito.⁷⁴ Essa regra tem como predicado fático '*causas que já foram julgadas*' e, como o consequente, a conclusão de que, '*caso a mesma já tenha sido anteriormente decidida, não poderá haver novo pronunciamento judicial.*' Portanto, o objetivo dessa regra é impedir novas decisões judiciais em demandas que já foram decididas, evitando-se com isso, primeiro, a *eternização* das demandas sem nunca se chegar a um resultado definitivo e, em segundo, a possibilidade de que uma mesma demanda além de ser julgada duas ou mais vezes, seja julgada de maneira e forma diferente. Essa rigidez é chamada de '*imutabilidade da coisa julgada*'.

Entretanto, os próprios criadores do direito possuem consciência de que, vez ou outra, pode haver novos fatores dentro de uma demanda que geram uma situação de tensão forte o suficiente para acarretar na superação do instituto da coisa julgada. Por essa razão os legisladores criaram a intitulada ação rescisória. Expõe-se artigo correspondente do Código de Processo Civil:

Art. 485. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:
I - se verificar que foi dada por prevaricação, concussão ou corrupção do juiz;

⁷⁴ A coisa julgada tem sua definição dada pelo Código de Processo Civil, nos artigo 301, § 3º, 467: Art. 301. Compete-lhe, porém, antes de discutir o mérito, alegar:
§ 3º Há litispendência, quando se repete ação, que está em curso; há coisa julgada, quando se repete ação que já foi decidida por sentença, de que não caiba recurso (Brasil, 2013d, sem grifos no original).
Art. 467. Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário (Brasil, 2013d).

- II - proferida por juiz impedido ou absolutamente incompetente;
 - III - resultar de dolo da parte vencedora em detrimento da parte vencida, ou de colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei;
 - IV - ofender a coisa julgada;
 - V - violar literal disposição de lei;
 - VI - se fundar em prova, cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou seja provada na própria ação rescisória;
 - VII - depois da sentença, o autor obtiver documento novo, cuja existência ignorava, ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável;
 - VIII - houver fundamento para invalidar confissão, desistência ou transação, em que se baseou a sentença;
 - IX - fundada em erro de fato, resultante de atos ou de documentos da causa
- § 1º Há erro, quando a sentença admitir um fato inexistente, ou quando considerar inexistente um fato efetivamente ocorrido.
- § 2º É indispensável, num como noutro caso, que não tenha havido controvérsia, nem pronunciamento judicial sobre o fato (Brasil, 2013d).

Essa ação permite que, devido a novos fatores que eram desconhecidos na primeira demanda, possa haver um novo pronunciamento judicial em relação a uma causa já decidida. Temos que o predicado fático da regra se consubstancia novamente em '*causas que já foram julgadas*'. No entanto, o conseqüente varia do encontrado na regra anterior: enquanto no primeiro exemplo o conseqüente era a impossibilidade de proposição de uma nova ação, nesse, o conseqüente é justamente o contrário, qual seja, a possibilidade bem definida de promoção de uma nova demanda já julgada. No tocante à razão de ser, essa certamente é a de proporcionar às partes a possibilidade de um novo julgamento quando na primeira ação alguns fatores importantes deixaram de ser observados pelo judiciário ou, de alguma outra forma, influenciaram de maneira errônea a apreciação judicial.⁷⁵ A justificação dessa espécie de exceção ao instituto da coisa julgada é a de tentar consertar algumas injustiças que impediram o correto pronunciamento do poder judiciário na primeira lide.

O terceiro exemplo apresenta uma nova regra que pode ser entendida como uma espécie de complementação da segunda apresentada. No anterior, viu-se que devido a alguns acontecimentos é possível se rescindir a coisa julgada formada, mas isso não pode ser feito a qualquer tempo. A mesma regra processual que estipula essa possibilidade estabelece também que isso só pode ser feito dentro do prazo de dois anos, contados a partir do trânsito em julgado da decisão. Portanto, desde já percebe-se que o predicado fático da regra prossegue sendo o mesmo,

⁷⁵ Esses fatores são aqueles descritos nos incisos do artigo 485 do CPC.

qual seja, '*causas que já foram julgadas*', porém, existe uma complementação do consequente, cujo pode ser estabelecido mais ou menos nos seguintes termos: '*é possível rescindir a coisa julgada, mas desde que no prazo de dois anos*'.⁷⁶ Pelo exposto, vê-se que a justificação dessa regra é a de evitar que a rescisão da *res iudicata* possa ocorrer a qualquer tempo e de forma irrestrita. Se não houvesse essa disposição de prazo, a parte perdedora da primeira demanda poderia sempre, desde que respeitadas as hipóteses do artigo 485 do Código de Processo Civil, propor uma nova ação, acarretando conseqüentemente na conclusão de que nunca haveria ou poderia haver um resultado definitivo das demandas processuais.

Em uma análise global, vê-se que cada regra processual, além de ser constituída por antecedente (predicado fático) e consequente, também apresenta uma razão de ser específica, que fora criada por critérios e observações fáticas dos legisladores e que fundamentam a sua criação. Veja que a instituição da coisa julgada está disposta, inclusive, na Constituição.⁷⁷ Logo, fica comprovada a importância fundamental que tem a coisa julgada dentro do ordenamento jurídico. Ela tem a função de impedir que as demandas se eternizem, significa que por meio dela é possível um resultado judicial definitivo. Possibilita, inclusive, a própria existência dos litígios judiciais, pelo que também dá respaldo a essa fórmula de resoluções por meio do '*processo*'. Dá segurança à sociedade de que caso optem ou necessitem do processo judicial para resolverem impasses ou até mesmo para assegurarem o direito ao contencioso, o resultado obtido será imodificável e fará seu efeito repercutir de forma satisfatória.

Contudo, o legislador foi sensível em observar que vez ou outra essa imutabilidade dos resultados judiciais pode ser prejudicial à formação do resultado justo. Portanto, positivou uma espécie de exceção ao instituto da coisa julgada ao estabelecer a possibilidade de rescisão nas hipóteses previstas no artigo 485 do Código de Processo Civil. Isso autoriza reformar, por permissão da legislação, decisões injustas. Evita que os juízes, diante de uma situação de tensão, formulem decisões *contra legem* na tentativa de amenizar por conta própria os resultados falhos obtidos. A própria existência da ação rescisória

⁷⁶ Art. 495. O direito de propor ação rescisória se extingue em 2 (dois) anos, contados do trânsito em julgado da decisão (Brasil, 2013d).

⁷⁷ Art. 5º. XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada (Brasil, 2013b);

acarreta uma espécie de *decisão contra legem* permitida, evitando, da mesma forma, a necessidade de novos pronunciamentos desses tipos de decisão.⁷⁸

Quanto à estipulação do prazo, esse deve existir para que não seja permitido que a qualquer tempo uma parte questione a coisa julgada. Pela interpretação da regra entende-se que quem possui interesse de fato em rescindir a coisa julgada deve fazê-lo dentro do prazo de dois anos, sob pena de preclusão dessa possibilidade. Portanto, após esses dois anos, há a formação da coisa julgada material ou da coisa soberanamente julgada. Esses três regramentos, da forma como estão dispostos, seguramente não são perfeitos, mas por certo também ocasionam menos decisões injustas do que se por acaso os mesmos não existissem e, principalmente se os critérios fossem tomados unicamente pelos magistrados.

Após a conclusão da análise, apenas para complementar, expõe-se um caso de incidência dos fenômenos já abordados da sobreinclusão e da subinclusão no contexto da coisa julgada e da ação rescisória. Atualmente a jurisprudência tem abraçado o senso de justiça dentro das causas processuais, ainda que para isso tenha que desrespeitar a legislação. Fala-se, portanto, da chamada relativização da coisa julgada inconstitucional, que ocorre quando uma parte propõe uma ação rescisória após o prazo decadencial de 2 anos ao fundamento de se tratar de uma coisa julgada inconstitucional.⁷⁹ O juiz da causa, identificando ali uma situação de tensão, relativiza a *res iudicata* e dá uma nova resposta ao mesmo processo, ainda que fora do prazo processual e de maneira ilegal.

Provavelmente a disposição taxativa dos artigos 485 e 495 do Código de Processo Civil ocasiona a ocorrência dos fenômenos da sobreinclusão e da subinclusão, especialmente a do segundo. Muito embora a regra forneça elementos que possibilitam uma maior busca por processos justos, à medida que dá nova oportunidade às partes, vários casos deixam de ser abrangidos por ela, principalmente em relação às ações que poderiam ser propostas após os dois anos e não o podem devido a essa limitação imposta em lei.

⁷⁸ A escolha da ação rescisória como exemplo se deu justamente pelo motivo de que a mesma minimiza a ocorrência da decisão *contra legem*.

⁷⁹ Barbosa Moreira critica a terminologia *coisa julgada inconstitucional*, pois para ele o que eventualmente pode ser inconstitucional, no sentido de não estar em compatibilidade com a Constituição é a sentença, não a coisa julgada. A sentença transitada em julgado, ensejando coisa julgada é, pelo contrário, não inconstitucional, mas completamente de acordo com o texto previsto na Constituição, independente do conteúdo que se extraia dela (Moreira, 2007, p. 237).

A corrida por tentar consertar sentenças injustas e inconstitucionais é o que normalmente justifica essa teoria moderna da relativização da coisa julgada. Porém, salienta Nelson Nery Junior:

O sistema jurídico convive com a sentença injusta [...], bem como com a sentença proferida aparentemente contra a Constituição ou à lei (a norma, que é *abstracta* deve ceder sempre à sentença, que regula e dirige uma situação concreta). O risco político de haver sentença injusta ou inconstitucional no caso concreto parece ser menos grave do que o risco político de instaurar-se a insegurança geral com a relativização (*rectius*: desconsideração) da coisa julgada (Nery Junior, 2004a, p. 510, sem grifos no original).

São nesses termos que se tem por exaurida toda a argumentação relativa à razão de ser da regra processual, sendo disposto primeiro as razões de ser mediatas e, segundo, as razões de ser imediatas quando da especificação das três regras exemplificadas. Assim, concluí-se que essa exposição se perfaz importante para quando se for expor os casos de decisões *contra legem* no próximo capítulo, onde, como já dito, todas as cartas devem ser postas em jogo a fim de se averiguar se, de uma forma ou de outra, é caso ou não de hipótese de criação de uma decisão *contra legem*.

3.2 O devido processo legal

Ao mesmo tempo em que o tomador das decisões afasta uma regra processual, ele desrespeita o princípio constitucional do devido processo legal e o da segurança jurídica, que será visto oportunamente. Uma hipótese de superação da lei processual, como o exemplo de um Código de Processo Civil, certamente deve perpassar por uma ponderação não só dos fatores que justificam essa necessidade – de superação –, mas também naqueles que estão desposados do outro lado da balança, como o caso da razão de ser da regra processual – já analisada – e do próprio princípio do devido processo legal.

Por essa razão a apreciação desse singular princípio deve fazer parte integrante dessa pesquisa. A contribuição de sua análise não se dá unicamente pela complementação do estudo, mas também pela aplicação prática que o princípio carrega dentro das hipóteses de superação de uma regra processual.

Quando verificada uma situação de tensão, a argumentação deve dispor de todas as cartas do jogo para o alcance do melhor resultado e, sem dúvidas, uma dessas cartas é o princípio do devido processo legal, em especial por se tratar de norma de hierarquia constitucional, o que normalmente é levado em consideração na hora de se promover a técnica de ponderação.

Dispõe Silveira que para poder conceituar o devido processo legal deve-se considerar primeiramente a sua origem, pelo que explica que sua primeira aparição – escrita – se deu no reinado de *John de Anjou*, chamado de João Sem-Terra (*lacklande*) com a assinatura da Magna Carta em 1215 na Inglaterra. Prossegue relatando que no início o devido processo legal confundia-se com a *common law*, para posteriormente ter o seu conceito evoluído no Direito Inglês até abraçar ideais de direito à vida, liberdade e propriedade (Silveira, 1996, p. 79). Silveira transcreve trecho da Magna Carta onde se localiza pela primeira vez a obrigatoriedade de um devido processo:

Nenhum homem livre será detido ou sujeito a prisão, ou privado dos seus direitos ou seus bens, ou declarado fora da lei, ou exilado, ou reduzido em seu *status* de qualquer forma outra forma, nem procederemos nem mandaremos proceder contra ele senão mediante um julgamento legal pelos seus pares ou pelo costume da terra (Silveira, 2001, p. 19, sem grifos no original).⁸⁰

Essa expressão ‘*costume da terra*’ ou ‘*lei da terra*’ faz referência à lei adotada pelo povo e declarada pelos juízes dentro do sistema judicial do *commow law*, instituído pelos ingleses e que, quando interpretada extensivamente, chega-se à terminologia do *due process of law* – devido processo legal (Silveira, 2001, p. 20). O disposto significa dizer que era assegurado aos homens livres a inviolabilidade relativa à vida, à liberdade e à propriedade, sendo que esses direitos só poderiam sofrer limitações de acordo com os procedimentos costumeiros adotados e fixados pelos precedentes judiciais (Castro, 2010, p.7).

Nos Estados Unidos o mesmo foi recepcionado e agregado à Constituição Americana por meio da V Emenda, logo após a guerra de independência, voltando

⁸⁰ O autor também traz trecho no original: *No free man shall be seized or imprisoned, or stripped of his rights or possessions, or outlawed or exiled, or deprived of his standing in any other way, nor will we proceed with force against him, or send others to do so, except by the lawful judgment of his equals or by the law of the land* (Silveira, 2001, p. 19).

a ser, após a Guerra Civil (1861-1865) e agora ainda mais precisamente, disposto pela XIV Emenda, seção 01, que dita:

Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos e sujeitas à sua jurisdição, são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado em que residem; nenhum Estado fará ou executará qualquer lei que restrinja os privilégios ou as imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; *nenhum Estado privará qualquer pessoa da vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal*; nem negará a qualquer pessoa dentro de sua jurisdição a igual proteção das leis (sem grifos no original).⁸¹

Percebe-se que o escopo da disposição é justamente o de garantir os direitos e as liberdades civis individuais, dificultando, outrossim, a existência de qualquer espécie de autoritarismo ou ainda de ideais não igualitários.

No Brasil o devido processo legal é matéria nova sendo que sua primeira aparição expressa se deu somente com a promulgação da Constituição Federal de 1988. O Estado brasileiro, com mais de 5 séculos de história, na maior parte do seu tempo foi regido por poderes autoritários e nada democráticos, razão pela qual o referido princípio demorou tanto tempo para fazer parte do rol de direitos constitucionalmente assegurados. Somente com a promulgação da Constituição de 1988 é que apareceu pela primeira vez a proteção expressa ao devido processo legal, cuja exegese destaca-se pelo que reza o artigo 5º, inciso LIV: “Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (Brasil, 2013b, sem grifos no original).

No entanto, como alerta Cybele Oliveira, mesmo antes da Constituição da República de 1988, muitos autores já incluíam o devido processo legal como sendo princípio implícito nas Constituições anteriores, ainda que sem previsão expressa, motivo pelo qual o tema já era tratado por nossos doutrinadores (Oliveira, 2000, p. 176). Dessa forma, a partir de 1988, o sistema jurídico brasileiro vem aplicando o princípio do devido processo legal como fundamento basilar do Estado Democrático, como direito fundamental dos cidadãos, sendo

⁸¹ Tradução livre. No original: All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the state wherein they reside. No state shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any state deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws. Cornell University, 2013. Disponível em: <<http://www.law.cornell.edu/constitution/amendmentxiv>>. Acesso em: 04 de dezembro de 2013.

certo que, mesmo que possivelmente tenham buscado fontes e inspiração principalmente no direito Norte-Americano, como o referido dispositivo pode ser considerado relativamente novo em nosso ordenamento jurídico, conseqüentemente fica a cargo da doutrina e da jurisprudência aprofundamento de sua análise de modo a bem compor as interpretações que dele eventualmente surgirem.

Ultrapassada uma introdução histórica acerca do princípio do devido processo legal, faz-se oportuno conceituá-lo, apresentando a percepção ou noção do que se tem do mesmo, demonstrando como se faz a sua apreciação, primeiramente pela doutrina e, em segunda análise, pela jurisprudência.

Como visto, o princípio do devido processo legal surgiu no direito Inglês e posteriormente fora introduzido no direito Norte Americano. No seu início, o mesmo funcionava como um instrumento utilizado pelo Poder Judiciário como forma de contenção das arbitrariedades cometidas pelos chefes de governo. Logo, concluí-se que não necessariamente sua primeira aparição possuía um caráter defensor dos direitos fundamentais dos cidadãos, mas sim funcionava com uma espécie de freio às atitudes promovidas pelo ‘*executivo*’, dentro da doutrina dos freios e contrapesos (*checks and balances*) (Silveira, 1999, p. 161).⁸²

Leciona Humberto Theodoro Júnior que o aprimoramento do devido processo legal na ordem constitucional democrática, mais do que apenas uma forma de instrumentalização processual de se assegurar o direito material, tornou-se ferramenta de garantia dos próprios direitos fundamentais, “*que perderam seu antigo feitiço declaratório para assumir um papel ativo, de imperatividade imediata e enérgica*” (Theodoro Júnior, 2011, p. 238).

Em outros termos, passa-se então a uma tentativa de se promover uma atual ideia do que vem a ser o referido princípio, sem adentrar às suas divisões doutrinariamente elencadas em substantivo e procedimental, que serão explicadas posteriormente. Fala-se em ideia por que, como dispõe Pamplona, não se deve restringir o princípio a um conceito, pois isso reduziria a sua possibilidade de atuação e ainda o deixaria imune das mudanças históricas (Pamplona, 2004, p. 119). José Joaquim Calmon de Passos explica, antes de maiores conceituações,

⁸² Para melhor entendimento acerca da doutrina do *Checks and Balances*, ver obra de Paulo Fernando Silveira, ‘*Freios & Contrapesos*’, 1999.

que o devido processo não é sinônimo de cultuar o formalismo, o rito pelo rito etc., mas um conjunto de garantias mínimas contra o subjetivismo e o livre arbítrio de quem tem nas mãos o poder de decidir (Calmon de Passos, 1999, p. 69).

O jurista uruguaio Eduardo Couture explica que o devido processo legal significa “*no ser privado de la vida, libertad o propiedad sin la garantía que supone la tramitación de un proceso desenvuelto en la forma que establece la ley y de una ley dotada de todas las garantías del proceso parlamentario*” (Couture, 1978, p. 51).⁸³ Essa definição não chega a ser precisa, mas, ao menos, transmite uma noção geral do significado do princípio, que é aquela que dita que deve haver um procedimento previamente tipificado em lei que oriente e especifique a forma de se proceder quando da hipótese de privação do direito de um cidadão e, conforme lembra Couture, essa mesma lei deve ter sido criada pelo procedimento legislativo competente.

Em relação a esse segundo ponto destacado, José Joaquim Gomes Canotilho leciona que o juízo básico de devido processo deve atingir o ideal de processo justo, em que justo significa que o procedimento legalmente previsto para a aplicação das penas seja ele próprio realizado por um devido processo. Quando de sua criação, é imperioso que tenham sido observados os trâmites procedimentais previamente estabelecidos na Constituição ou em regras regimentais das assembleias legislativas. “*Procedimentos justos e adequados moldam a actividade legiferante. Dizer o direito segundo um processo justo pressupõe que justo seja o procedimento de criação legal dos mesmos processos*” (Canotilho, 2000, p. 493).

Explica-se que a cláusula do devido processo legal não possui aplicação somente em relação ao poder judiciário, porquanto vincula ainda tanto o executivo quanto legislativo, repercutindo de forma direta nos três poderes constituidores do Estado Democrático de Direito. Em relação ao Poder Legislativo, esse princípio obriga que o processo de criação de uma nova lei deve obedecer ao procedimento constitucionalmente estabelecido sob pena de ser declarado inconstitucional.⁸⁴ Há

⁸³ Tradução livre: não ser privado da vida, liberdade ou propriedade sem a garantia que se pressupõe da tramitação de um processo desembaraçado na forma estabelecida em lei e de uma lei dotada de todas as garantias do processo parlamentar.

⁸⁴ “*Muito mais do que ao juiz e às partes, a garantia do due process of law se volta para o legislador, procurando traçar-lhe limites dentro dos quais devem ser elaboradas as normas do processo judicial*” (Theodoro Júnior, 1987, p. 59).

doutrinadores, como Danielle Anne Pamplona, que acreditam que o devido processo deve ser respeitado não somente pelo processo de criação de uma lei, mas, inclusive pelo próprio conteúdo investido na mesma, destacando que, quando o conteúdo de uma lei não passar uma ideia de justo para a sociedade, viola-se o aspecto material do referido princípio (Pamplona, 2004, p. 80). Em relação ao Poder Executivo, no âmbito da Administração Pública, o princípio se aplica, primeiro, em face dos procedimentos administrativos que tenham como objeto a privação de liberdade ou de bens. Segundo, tem-se que o mesmo também deve ser respeitado tanto na atuação dos agentes públicos quanto na averiguação dos atos administrativos, inclusive os discricionários (Pamplona, 2004, p. 94). Quanto ao Poder Judiciário, esse se apõe, principalmente, em sua atividade típica, qual seja, aplicar o direito ao caso concreto por meio de um procedimento previamente estabelecido, mas também quando o judiciário é responsável por invalidação de funções típicas dos demais poderes, como nos casos em que esse é responsável por averiguar a constitucionalidade de leis e atos administrativos (Pamplona, 2004, p. 83).

Voltando à conjectura conceitual, José Afonso da Silva ensina que o princípio do devido processo legal se encontra dentro do campo das garantias constitucionais, junto ao direito de acesso à justiça (art. 5º, XXXV) e do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV). Completa que quando se fala em processo quer-se dizer mais do que um simples procedimento: significa dar forma instrumental adequada de prestação jurisdicional, dando a cada um o que é seu, conforme os imperativos da ordem jurídica (Silva, 1999, p. 433). É evidentemente isso. Mais do que um princípio, o devido processo legal é um direito, é uma garantia de julgamentos justos e isonômicos, é, em verdade, o que dá a certeza necessária da confiabilidade do processo diante da necessidade de uma prestação jurisdicional.

Alexandre de Moraes explica que o referido princípio possui um caráter dúplice, eis que defende tanto o âmbito material de proteção do direito de liberdade, quanto o âmbito formal, assegurando às partes condições de paridade com o Estado-persecutor e o direito à plenitude de defesa,⁸⁵ resguardando, assim,

⁸⁵ Entre os direitos de defesa, segundo Moraes, encontram-se: direito a defesa técnica, à publicidade do processo, à citação, de produção ampla de provas, de ser processado e julgado pelo juiz competente, aos recursos, à decisão imutável, à revisão criminal (Moraes, 2005, p. 93).

estrita relação de garantia fundamental. Assevera que o princípio, da mesma forma como dispõe José Afonso da Silva, possui como corolários a ampla defesa e o contraditório, enaltecendo ainda que essas garantias deverão ser asseguradas a todos os litigantes, seja em processo judicial, seja em processo administrativo (Moraes, 2005, p. 93).⁸⁶

Já André Ramos Tavares faz uma espécie de identificação terminológica bem interessante, ao passo que traz o significado de cada um dos termos analisados dentro do contexto do conceito do princípio:

Assim, considera-se que o termo ‘devido’ assume o sentido de algo ‘previsto’, ‘tipificado’. Mas não é só. Também requer que seja justo.

‘Processo’, na expressão consagrada constitucionalmente, refere-se aos tramites, formalidade, procedimentos, garantias. São as práticas do mundo jurídico em geral. ‘Legal’, aqui, assume conotação ampla, significando tanto a constituição como a legislação.

Reunindo, nesses termos, os componentes, tem-se: ‘garantias previstas judicialmente’. Esse [é], sucintamente, o significado da expressão ‘devido processo legal’ (Tavares, p. 2009, 703).

A internalização do significado da cláusula do devido processo legal, em uma interpretação expansiva, corresponde exatamente a *garantias previstas judicialmente*, nos mesmos moldes de como dispõe Tavares. O termo devido processo legal quer dizer, em sua acepção um pouco mais literal, a certeza de um procedimento previamente tipificado e que deve ser adotado a todos diante de uma situação de uma possível expropriação de liberdade ou de algum bem. Em relação ao que o mesmo dita como processo justo. Isso vai ao encontro das referências trazidas por Canotilho, ao dispor que por justo entende-se um procedimento criado de acordo com as condições previamente estabelecidas por uma Constituição ou alguma outra legislação competente.

Para Ada Pellegrini Grinover, há dois pontos de vista em relação à cláusula do devido processo legal. O primeiro está de acordo com a perspectiva do autor, que pede, e do réu, que se defende. Portanto, para esses, tem a função de tutelar a posição dos litigantes perante os órgãos jurisdicionais. Já do ponto de vista do Estado, que é obrigado à prestação jurisdicional e, ainda, é o sujeito passivo do

⁸⁶ Para Danielle Anne Pamplona a faceta de aplicação do devido processo legal à Administração Pública é aonde se verifica a maior versatilidade do princípio em seu aspecto material, que será estudada no próximo tópico (Pamplona, 2004 p. 68).

direito de ação, essa garantia serve como forma de legitimar toda a atividade jurisdicional (Grinover, 1984, p. 60).⁸⁷

Outro aspecto não muito mencionado entre os doutrinadores, mas que da mesma forma merece ser tratado por esse estudo é o consoante ao grau de abrangência do destacado princípio. Comumente se vê que quando se fala em devido processo legal, se diz que o princípio é aplicável às partes da relação processual. Contudo, como bem dispõem Gilmar Ferreira Medes e Paulo Gustavo Gonet Branco, esse princípio, além de implicar diretamente nas partes envolvidas, abrange todo o aparato jurisdicional. Relaciona-se com todos os sujeitos, entes, instituições e órgãos, sejam públicos ou privados, que venham a exercer, direta ou indiretamente, funções constitucionalmente qualificadas como essenciais à justiça,⁸⁸ exigindo-se delas o mesmo *fair trial* que é exigido dos entes que são qualificados como próprios da justiça (Mendes & Branco, 2011, p. 593).

Os autores trazem como exemplo o Recurso Extraordinário 464.963/GO, colocado perante o Supremo Tribunal Federal, que teve como objeto a verificação de constitucionalidade de uma decisão tomada pelo Tribunal de Justiça Goiano em que atuou como advogado o Diretor Geral do Tribunal Regional Eleitoral de Goiás, bem como sua filha, serventuária do cartório justamente onde tramitava o feito. O Supremo decidiu pela incompatibilidade entre o exercício simultâneo da advocacia e da função de Diretor Geral do Tribunal Regional Eleitoral, anulando todos os atos praticados pelo advogado enquanto diretor e cassando o acórdão recorrido. Para o STF, esse exercício ao mesmo tempo das duas profissões violou os princípios da moralidade e do devido processo legal.⁸⁹

⁸⁷ “*Se de um lado o processo não será um verdadeiro processo enquanto não proteger as partes, no sentido de lhes dar a oportunidade de sustentarem as suas razões, de produzirem sua defesa, de apresentarem suas provas, de influírem sobre a formação do convencimento do juiz, de outro lado, a resposta jurisdicional, por sua vez, não será legítima, nem será resposta jurisdicional, enquanto representar o coroamento de um processo que obedeça a essas garantias. Quer quando se considere um processo sob o ponto de vista da ação, movida pelo autor, e da defesa, oposta pelo réu; quer quando se considere do ponto de vista do Estado como jurisdição (atividade e exercício de função), o devido processo legal tutela, de um lado, o direito público subjetivo do autor e do réu, e, do outro lado, a própria jurisdição, legitimando-a*” (Grinover, 1984, pp. 60-61).

⁸⁸ A Constituição estabelece, no Título IV, Capítulo IV, artigos 127 - 135, as funções que considera essenciais à justiça e, dentre estas, encontram-se: O Ministério Público, a Advocacia Pública, a Advocacia Federal, particular e, ainda, os membros da Defensoria Pública (Brasil, 2013b).

⁸⁹ RE 464.963/GO, do Min. Rel. Gilmar Mendes, DJ de 30-06-2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24.SCLA.+E+464963.NUME.%29+OU+%28RE.ACMS.+ADJ2+464963.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/kkn9z2o>>. Acesso em: 18 de outubro de 2013.

Visualiza-se que o Supremo Tribunal Federal considerou que o advogado constituído se encontrava em situação de incompatibilidade por atuar no Tribunal Regional Eleitoral em uma atividade incompatível com a advocacia. Concluiu que houve, *in casu*, violação dos princípios da moralidade e, aqui mais relevante, do devido processo legal. Destarte, entende-se que de fato o princípio do devido processo legal possui um “*âmbito de proteção alargado*”, haja vista que houve, como no exemplo, atuação de um procurador que se encontrava legalmente incompatível de exercer a advocacia, desrespeitando, além do Estatuto da Advocacia, leis procedimentais. Traz-se referência de parte do voto proferido pelo Ministro:

O princípio do devido processo legal, que lastreia todo o leque de garantias constitucionais voltadas para efetividade dos processos jurisdicionais e administrativos, assegura que todo julgamento seja realizado com a observância das regras procedimentais previamente estabelecidas, e, além disso, representa uma exigência de *fair trial*, no sentido de garantir a participação equânime, justa, leal, enfim, sempre imbuída pela boa-fé e pela ética dos sujeitos processuais.⁹⁰

Mendes e Branco relatam que há, fatidicamente, práticas contrárias à máxima do *fair trial* – que entendem como sendo corolário do princípio do devido processo legal – como o exemplo das expressões constantes no artigo 14 do Código de Processo Civil⁹¹ e das condutas praticadas por pessoas que a lei proíbe a participação na lide por motivos como o de suspeição, impedimento e incompatibilidade (Mendes & Branco, 2011, p. 593). Nesse horizonte, depreende-se conseqüentemente que uma eventual possibilidade de violação ao princípio do devido processo legal não se restringe apenas às partes envolvidas na relação processual, mas, em contrário, se amplia e se aplica inclusive a todos aqueles que fazem parte da prestação jurisdicional.

⁹⁰ *Idem.*

⁹¹ Art. 14. São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo:

I - expor os fatos em juízo conforme a verdade;

II - proceder com lealdade e boa-fé;

III - não formular pretensões, nem alegar defesa, cientes de que são destituídas de fundamento;

IV - não produzir provas, nem praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou defesa do direito.

V - cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final (Brasil, 2013d).

Tem-se, portanto, por alcançado o primeiro objetivo inicial de se explicar a noção doutrinária incidente sobre o princípio do devido processo legal. Sequencialmente será demonstrado que, malgrado o Supremo Tribunal Federal entenda que em algumas situações a violação do devido processo legal possa ser objeto de sua análise, em uma grande parte dos casos o órgão afasta a possibilidade de apreciação da matéria por considerar que a violação a esse princípio – principalmente em seu aspecto procedimental – é, em verdade, uma violação de alguma norma infraconstitucional. Seria apenas uma violação reflexa ao acenado princípio, não cabendo ao mesmo, portanto, a referida apreciação, conforme se demonstra do exemplo a seguir:

[...] A orientação desta Corte, por meio da remansosa jurisprudência, é a de que a alegação de violação aos princípios da legalidade, do devido processo legal, da motivação dos atos decisórios, do contraditório, dos limites da coisa julgada e da prestação jurisdicional pode configurar, em regra, situação de ofensa reflexa ao texto constitucional, por demandar a análise de legislação processual ordinária, o que inviabiliza o conhecimento do recurso extraordinário.^{92 93}

O Supremo Tribunal Federal tem grande número de decisões semelhantes a essa, chamadas pela doutrina de ‘*jurisprudência defensiva*’. O Tribunal só tem aceitado recursos que apontem ofensas diretas à Constituição, deixando de apreciar casos que eventualmente seriam extremamente relevantes do ponto de vista jurídico. Teresa Arruda Alvim Wambier dispõe que a demasiada quantidade de regras envoltas à admissibilidade dos recursos repercute em verdadeiros contrassensos e, em relação à regra de ofensa direta à Constituição, destaca que esta “*leva a um paradoxo: a Constituição consagra certo princípio e se, pela sua relevância, a lei ordinária o repete, por isso, o Tribunal, cuja função é a de zelar pelo respeito à Constituição Federal, abdica de examinar a questão*” (Wambier, 2001, pp. 169-171).

⁹² RE 664932 AgR / RN, DJ 06-12-2013, Ministro Relator Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%22devido+processo+legal%22%29&pagina=1&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/nl6ylft>>. Acesso em: 25 de outubro de 2013.

⁹³ No mesmo sentido: ARE 769536 AgR / RR; ARE 773616 AgR / DF; ARE 761497 AgR / DF; AI 804132 AgR / MS; ARE 759270 AgR / SP; ARE 754373 AgR / SP -; ARE 666282 AgR / RJ; ARE 658262 AgR / MA; ARE 639811 AgR / RJ; ARE 647449 AgR / SP. Todos disponíveis em: <www.stf.jus.br>.

Mas até mesmo o Supremo já considerou que promover essa jurisprudência defensiva não corresponde à verdadeira finalidade do Tribunal, que é a de salvaguardar em todos os aspectos a Constituição Federal, conforme se verifica no julgamento do Recurso Extraordinário 398.407, de relatoria do Ministro Marco Aurélio:

[...] Caso a caso, o Supremo Tribunal Federal deve perquirir até que ponto o que decidido pela Corte de origem revela inobservância ao devido processo legal. Enfoque que se impõe no que o inciso LV do artigo 5º da Constituição Federal remete, necessariamente, a normas estritamente legais. Cabimento do extraordinário em hipóteses em que, mesmo diante de embargos declaratórios o órgão de cúpula do Judiciário Trabalhista deixou de examinar matéria de defesa. Não se coaduna com a missão precípua do Supremo Tribunal Federal, de guardião maior da Carta Política da República, alçar a dogma a assertiva segundo a qual a violência à Lei Básica, suficiente a impulsionar o extraordinário, há de ser frontal e direta. Dois princípios dos mais caros nas sociedades democráticas, e por isso mesmo contemplados pela Carta de 1988, afastam esse enfoque, no que remetem, sempre, ao exame do caso concreto, considerada a legislação ordinária - os princípios da legalidade e do devido processo legal. [...]. Uma vez constatado o silêncio sobre matéria de defesa, impõe-se o acolhimento dos declaratórios. Persistindo o órgão julgador no vício de procedimento, tem-se a transgressão ao devido processo legal no que encerra garantia assegurada, de forma abrangente, pela Carta da República - artigo 5º, inciso LV.⁹⁴

Infelizmente essa decisão acima não obteve a repercussão que poderia, o que, conseqüentemente, leva a uma não apreciação do Supremo Tribunal Federal às hipóteses de violação *reflexa* à Constituição Federal do princípio do devido processo legal, principalmente no caráter procedimental. Aliás, os termos *reflexo* e *indireto* também deveriam ser repensados, porquanto se uma decisão judicial não respeita, por exemplo, um procedimento estabelecido, como o Código de Processo Civil, não respeita, igualmente, a cláusula do devido processo legal, que, como se sabe, consta expressamente na Constituição. Talvez considerar que a violação ao princípio do devido processo legal seja violação reflexa e não direta à Constituição não seja a posição mais adequada. Especialmente em época que os princípios de direito, notadamente os constitucionais, ocupam lugar de destaque nas decisões judiciais. Se os princípios servem de fundamento para os

⁹⁴ RE 398407 / RJ, DJ 17-12-2004, Ministro Relator Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24.SCLA.+E+398407.NUME.%29+OU+%28RE.ACMS.+ADJ2+398407.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/a8666bs>>. Acesso em: 03 de novembro de 2013.

juízos, certamente devem servir também como argumentos para serem julgados. O que se propõe é que deveriam ser criados pelo Supremo Tribunal Federal alguns critérios que possibilitasse o recebimento de certos recursos, ainda que com base no princípio supra, pois essa negativa geral, como ocorre, certamente repercute de forma direta na eficiência da tutela jurisdicional, à medida que deixa de apreciar vários procedimentos que mereceriam reforma.

De qualquer sorte, tem-se por explicado o princípio do devido processo legal em uma abordagem geral, passando por conceitos, ainda que vagos, e pelas principais características do mesmo, sem um aprofundamento em suas duas espécies e no seu duplo caráter, procedimental e material, o que será feito sequencialmente.

3.3

Aspectos procedimentais e substantivos do princípio do devido processo legal

Nesse segmento, passa-se à análise ao princípio do devido processo legal. Assim, explica-se que sob o mesmo recai dois aspectos, o procedimental e o material, que serão objetos do exame que se segue. É rotineira na doutrina⁹⁵ a aceção de que esse princípio possui duas facetas, muito embora tenham nascido da mesma expressão. Enquanto o caráter procedimental teve origem no direito Inglês, o seu aspecto material fora desenvolvido pelos Norte Americanos.

Segundo Maria Rosynete Oliveira Lima, o caráter procedimental do princípio teve seu reconhecimento devido à crescente concretização de garantias procedimentais, ainda que fragmentárias e pré-constitucionais, no campo do direito processual penal. Já no tocante ao enfoque material, seu crescimento se deu em virtude da possibilidade, através do mesmo, de questionar atos legais que possuem abrangência contrária a direitos fundamentais por meio da utilização da razoabilidade e da proporcionalidade (Lima, 1999, p. 190).

⁹⁵ Boa parte da doutrina aceita a existência do caráter dúplice do princípio do devido processo legal, entre os quais pode-se citar Paulo Fernando Silveira, Carlos Roberto Siqueira Castro, Alexandre de Moraes, José Canotilho, etc., muito embora em sua origem há quem não defenda sua esfera material, como Alexander Hamilton.

O ministro Carlos Velloso, em seu voto, dentro da liminar concedida na ADI 1.511-7 DF, também identifica essa dualidade do princípio:

Due process of law, com conteúdo substantivo — *substantive due process* — constitui limite ao Legislativo, no sentido de que as leis devem ser elaboradas com justiça, devem ser dotadas de razoabilidade (*reasonableness*) e de racionalidade (*rationality*), devem guardar, segundo W. Holmes, um real e substancial nexos com o objetivo que se quer atingir. Paralelamente, *due process of law*, com caráter processual — *procedural due process* — garante às pessoas um procedimento judicial justo, com direito de defesa.⁹⁶

Tem-se caracterizado, portanto, o duplo caráter que possui o princípio do devido processo legal, processual e material, resguardando a conceituação e a sua abrangência, inclusive em relação à jurisprudência, para os itens subsequentes.

3.3.1

Princípio do devido processo legal procedimental

O primeiro aspecto a ser retratado é o consoante ao caráter procedimental, *procedural due process*, ou também chamado de formal. Essa linha do referido princípio é que deu origem à cláusula do devido processo legal, porquanto a garantia objetiva justamente à defesa dos direitos referentes à ordem processual. Tem como condão assegurar a existência e o cumprimento das garantias processuais constitucionais. Essa cláusula, malgrado tenha surgido no direito Inglês, fora também muito difundida nos Estados Unidos, tanto que teve defensores conservadores, como Alexander Hamilton, que não vislumbravam a possibilidade da faceta material do princípio, mas somente essa processual. Silveira traz trecho dos escritos de Hamilton: “As palavras ‘*due process*’ importam um preciso significado técnico e são somente aplicadas ao processo e ao procedimento das Cortes de justiça; elas não podem nunca se referir a um ato legislativo” (Silveira, 2001, p. 241).⁹⁷

⁹⁶ ADI 1.511-7-MC, DJ 06-06-2003, Voto do Ministro Carlos Velloso, pp. 82-83. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347105>>. Acesso em: 10 de novembro de 2013.

⁹⁷ No original: The words ‘*due process*’ have a precise technical import, and are only applicable to the process and proceedings of the courts of justice; they can never be referred to na act of the legislature.

Essa acepção material, a sua origem e o seu desenvolvimento no direito Norte Americano e Brasileiro serão mais bem vistos no tópico subsequente, restando oportuno apenas, no momento, estudar a esfera procedimental do princípio do devido processo legal.

Em termos mais modernos, pode-se considerar que o caráter formal desse princípio, em relação à Constituição de 1988, possui também duas abrangências, uma em relação às garantias gerais, como a ampla defesa e o contraditório, outra em função das regras positivadas, como o Código de Processo Civil, muito embora em uma análise expansiva, sejam equivalentes. Essa menção se faz necessária em virtude do tema dessa dissertação, qual seja, decisões *contra legem* processual, pois sempre que uma decisão violar o devido processo legal, ou um direito de defesa, haverá violação também de uma regra processual, o que, conseqüentemente, importará na caracterização *contra legem* da decisão. Essas garantias gerais, válido ponderar, é que influenciam o legislador no momento da confecção das leis e funcionam como elementos justificadores de sua criação, como visto no tópico 3.1.3. Para exemplificar, cita-se o artigo 297 do Código de Processo Civil,⁹⁸ que dispõe acerca dos direitos de resposta do réu. Percebe-se que é nítido nesse artigo que a sua razão de ser geral se fundamenta no princípio do contraditório e da ampla defesa (inciso LV do artigo 5º da Constituição de 1988). Portanto, se o juiz proclama sentença sem observar o procedimento, certamente configura uma decisão *contra legem* por desrespeitar o artigo citado, violando ainda tanto o princípio da ampla defesa e do contraditório como também o do devido processo legal.

Nesse íterim, fundamental trazer à exposição a formulação do referido princípio, de modo que se possa compreender a abrangência que possui, principalmente em seu aspecto procedimental.

Sendo assim, a primeira acepção que deve ser proposta é a de que, conforme preceitua Oscar Vilhena Vieira, “ninguém deve ser juiz em causa própria.” Isso leva à conclusão de que os juízes, ao decidirem sobre a privação da liberdade ou de bens de um indivíduo, devem observar as argumentações propostas dentro das oportunidades previamente previstas em procedimento, de modo a propiciar que o

⁹⁸ Art. 297: O réu poderá oferecer, no prazo de 15 (quinze) dias, em petição escrita, dirigida ao juiz da causa, contestação, exceção e reconvenção (Brasil, 2013d).

juízo seja o mais imparcial possível (Vieira, 2006, p. 480). Essa concepção passa uma ideia geral do objetivo do processo, que é o de consagrar aquilo que se encontra disposto no *caput* do artigo 5º da Constituição da República, ou seja, a igualdade. Fomentar a igualdade por meio de procedimentos igualitários faz com que nenhuma pessoa possa, por atributos próprios, possuir maiores razões ou possibilidades de êxito no delinear da investidura. A existência do procedimento garante a imparcialidade, independente de quem são os polos da relação processual. O devido processo legal, em seu aspecto formal, ratifica a obrigação de respeito ao procedimento institucionalmente previsto. Portanto, violar uma regra processual é o mesmo que violar uma norma constitucional. Essa esfera procedimental tem como preocupação verificar a estrita obediência à forma, não fazendo qualquer juízo de valor ou questionamento em relação ao conteúdo da regra (Lima, 1995, p. 240). Nas palavras de Silveira:

O devido processo legal procedimental refere-se à maneira pela qual a lei, o regulamento, o ato administrativo ou a ordem judicial são executados. Verifica-se, apenas, se o procedimento empregado por aqueles que estão incumbidos da aplicação da lei, ou do regulamento, viola o devido processo legal, sem se cogitar da substância do ato. Em outras palavras, refere-se a um conjunto de procedimentos (como informar alguém do crime de que está sendo acusado, ou seu direito de consultar advogado), que devem ser aplicados sempre que de alguém for retirada alguma liberdade básica (Silveira, 2001, p. 242).

Essas garantias ou formalidades incidem não só no respeito ao procedimento judiciário, mas inclusive ao legislativo, eis que atos legislativos que não respeitam o devido processo, como publicidade pública ou prazos de adoção das leis, por exemplo, podem ser invalidados com fulcro no referido princípio, sem se adentrar na sua concepção material, resguardando apenas a noção processual que carrega (Vieira, 2006, p. 481).

Nelson Nery Junior acredita que o princípio do devido processo legal é gênero donde decorrem vários outros princípios constitucionais de processo, como os princípios da publicidade, da motivação, do juiz natural, da ampla defesa e do contraditório, entre outros mais,⁹⁹ pelo que conclui que a disposição expressa desses outros princípios ocorre em redundância, já que todas essas garantias

⁹⁹ Rogério Lauria Tucci e José Rogério Cruz Tucci entendem ainda como corolários do princípio: direito de acesso à Justiça, tratamento paritário dos sujeitos parciais do processo e prestação jurisdicional dentro de um lapso de tempo razoável (Tucci & Tucci, 1993, p. 107).

estariam asseguradas unicamente pelo princípio do devido processo legal (Nery Junior, 2004b, p. 70). Certamente que a cláusula, de certa forma, engloba todas as demais, mas não se pode menosprezar essas outras garantias constitucionalmente previstas. O princípio do devido processo legal não protege nenhuma cláusula ou nenhum direito específico, protege, em verdade, aquilo que já está previsto, positivado. Mas como saber se é resguardado pela Constituição ou pelo devido processo, por exemplo, a motivação da decisão,¹⁰⁰ se esta não estiver expressamente disposta em uma regra? O que determina que uma nova regra não pode suprimir esse direito é justamente a positivação do princípio da motivação das decisões judiciais. O Projeto de Lei 8.046/2010, que dispõe sobre o novo Código de Processo Civil, está atrelado ao princípio da motivação das decisões¹⁰¹ tão somente porque este se encontra na Constituição. Caso não estivesse, nada impediria que o novo código fosse votado sem dispor desta garantia. Não haveria como recorrer nem mesmo ao princípio do devido processo legal, vez que esse assegura às partes somente a obediência ao procedimento, o qual, no exemplo citado, não teria essa garantia positivada. Nesses termos, conclui-se que essa manifestação de Nery Junior, muito embora a princípio faça sentido, em uma observação mais minuciosa, não deve ser levada adiante.

Marcelo José Magalhães Bonicio dispõe que esse princípio é uma garantia de fundo, genérica e que só faz sentido quando não há especificamente uma regra para regular uma situação determinada, e por esse motivo, aos poucos, conforme a evolução do sistema jurídico, perde sentido e espaço, tecendo a mais que, diferentemente de como se posiciona Nery Junior, não são as demais garantias que são redundantes, mas a cláusula do devido processo, pelo que conclui:

De fato houve redundância, mas apenas no que diz respeito às garantias constitucionais do processo, servindo o *due process of law* como garantia para todas as demais situações em que houver violação de direito, por parte do Estado, sem que haja uma regra específica para proteger os interessados. É essa a função

¹⁰⁰ Art. 93, inciso X: as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas e em sessão pública, sendo as disciplinares tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros (Brasil, 2013b). Muito embora, como adverte Atienza, há certas decisões tomadas pelos tomadores de decisão que normalmente carecem de motivação, como o exemplo que cita da decisão do indeferimento de provas (Atienza, 2006b, p. 64).

¹⁰¹ PL 8.046/2010: Art. 11. Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade (Brasil, 2013f).

fundamental desta garantia, tal como idealizada inicialmente na Magna Carta de 1215 (Bonicio, 2006, pp. 30-31).

Pelo contrário, a disposição dessa cláusula na norma Constitucional é o que tem permitido a doutrina e a jurisprudência construírem todo um *agasalho* envolto à figura do réu em face de qualquer medida que o deixe a mercê ou que o inferiorize ou diminua suas possibilidades de apresentar suas autênticas razões dentro do desenvolvimento processual (Bastos & Martins, 1989, p.262).

A seguir expõe-se entendimento do Supremo Tribunal Federal não só do princípio do devido processo legal procedimental, mas também dos contornos que o envolvem e, ainda, a definição de uma ação quando ocorre violação do mesmo:

[...] A noção de tribunal de exceção admite, para esse efeito, configuração conceitual mais ampla. Além de abranger órgãos estatais criados ex post facto, especialmente instituídos para o julgamento de determinadas pessoas ou de certas infrações penais, com evidente ofensa ao princípio da naturalidade do juízo, também compreende os tribunais regulares, desde que caracterizada, em tal hipótese, a supressão, em desfavor do réu, de qualquer das garantias inerentes ao devido processo legal. A possibilidade de privação, em juízo penal, do due process of law, nos múltiplos contornos em que se desenvolve esse princípio assegurador dos direitos e da própria liberdade do acusado - garantia de ampla defesa, garantia do contraditório, igualdade entre as partes perante o juiz natural e garantia de imparcialidade do magistrado processante - impede o válido deferimento do pedido extradicional. - impõe-se repelir todas as pretensões extradicionais fundadas em pecas processuais cuja desvalia resulte, fundamentalmente, da ausência ou insuficiência descritiva dos fatos delituosos subjacentes ao pedido de extradição. E essencial, especialmente nas extradições instrutórias, que a descrição dos fatos motivadores da persecução penal do estado requerente esteja demonstrada com suficiente clareza e objetividade. Impõe-se, desse modo, no plano da demanda extradicional, que seja plena a discriminação dos fatos, os quais, indicados com exatidão e concretude em face dos elementos vários que se subsumem ao tipo penal, poderão viabilizar, por parte do estado requerido, a análise incontroversa dos aspectos concernentes (a) a dupla incriminação, (b) a prescrição penal, (c) a gravidade objetiva do delito, (d) a competência jurisdicional do estado requerente e ao eventual concurso de jurisdição, (e) a natureza do delito e (f) a aplicação do princípio da especialidade. O descumprimento desse ônus processual, por parte do estado requerente, justifica e impõe, quer em atenção ao que preceituam as cláusulas do tratado de extradição, quer em obsequio as prescrições de nosso direito positivo interno, o integral e pleno indeferimento da extradição passiva (sem grifos no original).¹⁰²

Essa jurisprudência traz os corolários fundamentais do princípio do devido processo legal, como a ampla defesa, contraditório, igualdade e imparcialidade,

¹⁰² RE 524, DJ 08-03-1991, Ministro Relator Celso de Melo. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1500291>>. Acesso em: 10 de janeiro de 2014.

além de trazer outros preceitos mais específicos, ainda que exclusivos do direito penal, assinalando que o descumprimento dessas garantias, previstas tanto no direito positivo como nas normas de direito internacional, culminam no indeferimento, no caso, do pedido de extradição. Apenas para esclarecer, explica-se que devido à jurisprudência defensiva, aclarada no tópico anterior, os casos de violações ao devido processo legal, em âmbito do Supremo Tribunal Federal, dificilmente são analisados em caráter recursal, restando essa apreciação da norma constitucional normalmente para os casos de competência originária.

Salienta-se que muito embora o devido processo legal processual seja o mais utilizado na prática forense, em relação às análises doutrinárias, indubitavelmente essas carregam maior abrangência ao seu aspecto material. Logo, assimilado o caráter procedimental do destacado princípio, resta apenas analisar o mesmo em sua esfera material, conforme se vislumbra no excerto subsequente.

3.3.2 Princípio do devido processo legal substantivo

O princípio do devido processo legal é dividido doutrinariamente e jurisprudencialmente em procedimental e substantivo. A esfera processual, em síntese, tem como objetivo assegurar a garantia de um processo previamente positivado antes de se privar a parte de sua liberdade ou de seus bens. Já o seu aspecto material, como será demonstrado, tem valia no sentido de possibilitar ao Poder Judiciário a verificação dos conteúdos das leis e dos atos administrativos. Observa Dória sobre o duplo aspecto do princípio, em especial sobre sua finalidade material:

Convenientemente vaga em sua expressão literal (embora, conforme vimos, com nítido sentido processual em sua tradição histórica), proibindo a infringência a direitos relativos à vida, liberdade e propriedade, a cláusula em apreço vinha a talhe de foice para se constituir em instrumento hábil a amparar a expansão das limitações constitucionais ao exercício do poder legislativo federal e estadual. O devido processo legal, em seu âmbito material, abrange aspectos que se classificam como formais. É o caso do respeito às regras do processo legislativo (Dória, 1986, p. 30).

A tradição histórica originária da sua esfera substantiva, diferentemente da procedimental, tem como base o direito Norte Americano. A primeira aparição do princípio do devido processo legal substantivo se deu no caso *New York versus Wynehamer*, 1856, quando o tribunal local invalidou uma lei estadual que proibia o consumo de bebidas alcoólicas, decisão essa tomada com base apenas em seu conteúdo, substância. Essa foi a primeira vez que o devido processo legal fora utilizado não só para resguardar o procedimento, mas também para se alcançar a esfera substantiva da legislação (Abraham & Perry, 1994, p. 96).

No entanto, na Suprema Corte Norte Americana a primeira aparição do substantivo processo legal se deu com o julgamento do caso *Dred Scott v. Sandford*, no ano de 1857. Silveira expõe trecho do acórdão do *Chief Justice Taney*: “Uma lei que retira do cidadão sua propriedade sobre seus escravos, simplesmente porque ele os traz a um território, é arbitrária, não razoável e, portanto, violadora do devido processo” (Silveira, 2001, p. 418).¹⁰³ Destaca-se que esse julgado ocorreu antes da Guerra Civil Norte Americana e da elaboração da XIV Emenda. Curioso é que o primeiro julgado em que se analisou o conteúdo de uma lei foi justamente o que negou a liberdade a um cidadão. Porém, o importante aqui é que, de qualquer forma, a decisão judicial tomada pela Suprema Corte reformou o conteúdo substantivo da lei com base no princípio do devido processo legal, pois daí se deu início em âmbito nacional nos Estados Unidos o *substantive due process*.¹⁰⁴

Mais do que uma garantia, é uma arma do Poder Judiciário contra as arbitrariedades tomadas pelos outros dois poderes. O *substantive due process* possui correlação pautada e mais abrangente do que o *judicial review*.

Se pelo *judicial review*, instituído, em 1803, por *John Marshall* [caso *Marbury v. Madison*], o Judiciário equiparou-se em dignidade e autonomia aos demais ramos governamentais na medida em que, ao exercer sua missão constitucional, passou a ter o poder de anular leis do Congresso e atos administrativos do Executivo que não se conformassem, num confronto de validade vertical, com os princípios e

¹⁰³ Silveira retira essa referência da obra ‘*A history oh the Supreme Court*’, de Bernad Schwartz, p. 117. Passagem no original: A law which deprives a citizen of his property in slaves simply because He brings such property into a territory is arbitrary and unreasonable and hence violative of due process.

¹⁰⁴ Juan Cianciardo explica que a Suprema Corte sempre absteve de tentar definir de forma mais completa esse princípio, preferindo elaborar a complementação do seu significado de forma gradual pelos processos de inclusão e exclusão corrente no curso das decisões dos casos que se apresentassem (Cianciardo, 2004, p. 35).

normas constitucionais, com o *substantive due process of law* o Judiciário elevou-se ao patamar de poder político, já que, agora, podia adentrar na análise do conteúdo da própria lei, a fim de verificar se fora editada dentro dos pressupostos de justiça, necessidade e razoabilidade. Portanto, o substantivo devido processo apresenta-se como um ‘plus’ em relação ao *judicial review*, aumentando a carga de energia política desse fragilizado, e sem representatividade, poder político, porém, extremamente essencial à preservação da vida democrática da república e como garantia insuperável dos direitos fundamentais do indivíduo (Silveira, 2001, pp. 421-422).

A evolução desse instituto nos Estados Unidos, explica Silveira, pode ser dividida em cinco fases,¹⁰⁵ quais sejam “a *santificação dos contratos*, o *laissez-faire*’, o *Wellfare State*’, o *duplo padrão* e o *escrutínio estrito*.” Contudo, como não é de interesse o aprofundamento dessa evolução do princípio na América do Norte e, já tendo sido exposto a sua origem, reverte-se a análise para a concepção atual nacional do devido processo legal substantivo.¹⁰⁶

De uma forma ou de outra, o devido processo substantivo consiste em uma garantia da razoabilidade das deliberações de qualquer dos órgãos do Estado, pelo menos em caráter de definir que não é razoável qualquer decisão que não esteja de acordo com os direitos fundamentais protegidos constitucionalmente (Cianciardo, 2004, p. 35). Isso significa, entre outros, que o Estado não pode privar os indivíduos arbitrariamente de seus direitos fundamentais. Exige-se, outrossim, razoabilidade das restrições (Lima, 1999, p. 200).

Vieira observa que, ainda que talvez aconteça da melhor forma possível, o procedimento democrático de tomada de decisões pelos poderes executivo e legislativo pode acarretar, vez ou outra, decisões injustas e parciais capazes de afetar direitos fundamentais, violando interesses e direitos de minorias vulneráveis¹⁰⁷ (Vieira, 2006, pp. 482-483). Para Dworkin, em complementação à

¹⁰⁵ Ver Paulo Fernando Silveira, 2001, pp. 424-478.

¹⁰⁶ “[...] *uma lei não pode ser considerada uma law of the land, ou consentânea com o due process of law, quando incorrer na falta de ‘razoabilidade’ ou de ‘racionalidade’, ou seja, em suma, quando for arbitrária.*” Dessa forma, antes do fim do século XIX houve uma grande quantidade de pronunciamentos judiciais que, visando preservar a livre iniciativa econômica, impediam o intervencionismo legislativo do Estado, inaugurando-se aí, ‘*o governo dos juízes*’, eis que eram os mesmos, com base no devido processo, que cuidavam da ‘*vida social, política e econômica da nação*’ (Castro, 2010, p. 45).

¹⁰⁷ O termo ‘*tiranía de vulneráveis*’ foi utilizado por Alexy, em palestra proferida na casa Rui Barbosa, conforme salienta Vieira. Alexy explica ainda que o Tribunal Constitucional pode fazer reflexão política sobre o poder legislativo. Isso é baseado na ideia de que tanto o poder legislativo quanto o Tribunal Constitucional representam o povo, o primeiro politicamente, o segundo argumentativamente. “*Se um processo de reflexão entre coletividade, legislador e tribunal*

passagem acima, caso não seja possível essa reavaliação dos atos produzidos pela democracia por força do judiciário, isso pode levar à situação de “*tiranía das maiorias*” (Dworkin, 2005, p. 223).

Essa sem dúvida é a justificação atual da existência do lado substantivo do princípio do devido processo legal. Caso o judiciário verifique que uma lei ou ato administrativo não é razoável, a ele é permitido fazer um novo juízo de ponderação de forma a adequá-lo da maneira que entenda ser a mais razoável possível. A dificuldade, em espécie, é aceitar que essa revisão não interfere no princípio da separação dos poderes do Estado de Direito. Entretanto, como explica Canotilho, esse Estado é um Estado Constitucional em que vigora uma ordem jurídico-normativa fundamental que vincula todos os poderes públicos. Para o autor, a separação de poderes comporta duas dimensões, uma positiva e outra negativa. A dimensão positiva passa a ideia de organização do poder, como habitualmente é entendida. A dimensão negativa, de forma diferente, transporta a concepção de divisão, controle e limites constitucionais ao poder, inclusive com a possibilidade de se tomar medidas jurídicas em relação ao poder Estatal, garantindo e protegendo a esfera jurídico-subjetiva dos indivíduos e se evitando, conseqüentemente, a concentração do mesmo. Por essa perspectiva, essa separação e divisão do poder significa, verdadeiramente, *responsabilidade* pelo exercício do poder (Canotilho, 2000, p. 250).

Em que pese esses questionamentos, fato é que a doutrina brasileira assimilou o substantivo processo legal de forma a ser exercido com os parâmetros dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade¹⁰⁸ na verificação dos conteúdos das leis e dos atos administrativos. Portanto, da mesma maneira como fixado no Direito Norte Americano, a conclusão é que, caso uma lei ou ato administrativo não seja criado de acordo com os critérios da razoabilidade e da proporcionalidade sob uma ótica constitucional, certo é que esses irão violar o princípio do devido processo legal substantivo, o que possibilitará uma revisão judicial dos mesmos. Maria Rosynete Oliveira Lima sintetiza:

constitucional se estabiliza duradouramente pode ser falado de uma institucionalização que deu certo dos direitos do homem no estado constitucional democrático” (Alexy, 1999, p. 66).

¹⁰⁸ Há quem entenda que esses princípios – razoabilidade e proporcionalidade – são equivalentes, como o Ministro Gilmar Mendes [ADI 958-3 - RJ], enquanto há quem se posiciona no sentido de que estes não possuem sinonímia, como Siqueira Castro. Guerra Filho explica que, enquanto o princípio da proporcionalidade tem origem no Direito Alemão, a razoabilidade tem origem implementada pelo Direito Anglo-Saxão (Guerra Filho, 1997, p. 25).

A sua aplicação permite o questionamento substancial do ato estatal, notadamente o produto legislativo, constituindo-se em medida de aferição da legitimidade do ato restritivo de direitos fundamentais. Ele se faz atuar por meio de subprincípios concretizadores: a razoabilidade e proporcionalidade, os quais têm sido utilizados pela doutrina e jurisprudência brasileiras como expressões sinônimas (Lima, 1999, p. 290).

Por conseguinte, ultrapassada a abordagem doutrinária, resta ainda demonstrar a recepção jurisprudencial em relação à faceta substantiva do princípio do devido processo legal. A jurisprudência abaixo trata da ADI 223-6 – DF em que era objeto de averiguação de inconstitucionalidade uma Medida Provisória que impedia o Poder Judiciário de deferir liminares em determinadas situações:

[...] Sentido da inovadora alusão constitucional à plenitude da garantia da jurisdição contra a ameaça a direito – Ênfase à função preventiva de jurisdição, na qual se insere a função cautelar e, quando necessário, o poder de cautela liminar - Implicações da plenitude da jurisdição cautelar, enquanto instrumento de proteção ao processo e de salvaguarda da plenitude das funções do Poder Judiciário. Admissibilidade, não obstante, de condições e limitações legais ao poder cautelar do juiz – A cautelar e o risco do constrangimento precipitado a direitos da parte contrária, com violação da garantia do devido processo legal. Consequente necessidade de controle da razoabilidade das leis restritivas ao poder cautelar – [...]. Generalidade, diversidade e imprecisão de limites do âmbito de vedação de liminar da Medida Provisória n. 173, que, se lhe podem vir, a final, a comprometer a validade, dificultam demarcar, em tese, no juízo de delibação sobre o pedido de sua suspensão cautelar, até onde são razoáveis as proibições nela impostas, enquanto contenção ao abuso do poder cautelar, e onde se inicia, inversamente, o abuso das limitações e a consequente afronta à plenitude da jurisdição e ao Poder Judiciário. Indeferimento da suspensão liminar da Medida Provisória n. 173, que não prejudica, segundo o Relator do acórdão, o exame judicial em cada caso concreto da constitucionalidade, incluída a razoabilidade, da aplicação da norma proibitiva da liminar. [...] (sem grifos no original).¹⁰⁹

A conclusão a que se chega é a de que o Supremo Tribunal Federal admitiu a possibilidade de averiguação do conteúdo e da razoabilidade das leis – ainda que medida provisória. O tribunal entendeu que não é razoável uma regra impedir o judiciário de proferir decisões liminares. Nessa ADI o poder judiciário assentiu que, sob pena de violação do devido processo legal, claramente em seu sentido

¹⁰⁹ ADI 223-6 – DF. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+223%2ENUME%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+223%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/bbfc26z>>. Acesso em: 03 de janeiro de 2014.

substantivo, é possível verificar a razoabilidade de uma norma.¹¹⁰ No tópico 3.4, esclarece-se, será abordado o princípio do devido processo legal em seu duplo aspecto diante das decisões *contra legem*, o que justificará a razão pela qual se insiste em se abordar esse princípio. Outro julgamento que de forma mais palpável demonstra o significado do princípio é o julgamento da ADI 1063 – DF de relatoria do Ministro Celso de Mello:

[...] Substantive Due Process of Law e Função Legislativa: A cláusula do devido processo legal - objeto de expressa proclamação pelo art. 5º, LIV, da Constituição - deve ser entendida, na abrangência de sua noção conceitual, não só sob o aspecto meramente formal, que impõe restrições de caráter ritual à atuação do Poder Público, mas, sobretudo, em sua dimensão material, que atua como decisivo obstáculo à edição de atos legislativos de conteúdo arbitrário. A essência do substantive due process of law reside na necessidade de proteger os direitos e as liberdades das pessoas contra qualquer modalidade de legislação que se revele opressiva ou destituída do necessário coeficiente de razoabilidade. Isso significa, dentro da perspectiva da extensão da teoria do desvio de poder ao plano das atividades legislativas do Estado, que este não dispõe da competência para legislar ilimitadamente, de forma imoderada e irresponsável, gerando, com o seu comportamento institucional, situações normativas de absoluta distorção e, até mesmo, de subversão dos fins que regem o desempenho da função estatal. O magistério doutrinário de Caio Tácito. Observância, pelas normas legais impugnadas, da cláusula constitucional do substantive due process of Law (sem grifos no original).¹¹¹

Nesse ínterim, vislumbra-se que a concepção que detêm nossos tribunais sobre o lado substantivo do devido processo legal é acerca da possibilidade de verificação da razoabilidade do conteúdo das leis, combatendo, com isso, legislações opressivas e arbitrárias, e impedindo o legislativo de legislar ilimitadamente de forma imoderada e irresponsável. Portanto, o lado substantivo

¹¹⁰ Talvez o acórdão, da maneira como fora formulado pelo Tribunal, faça entender que se trata a apreciação somente do devido processo legal procedimental, contudo, conforme voto do Ministro Sepúlveda Pertence, percebe-se que a tratativa se refere também ao substantivo devido processo: “Entre essas implicações constitucionais e a restrição determinada em lei, há de interpor-se o exercício de um poder delicadíssimo do Judiciário, que é, pelos mecanismos de controle de constitucionalidade das leis, o de razoabilidade da lei restritiva. Controle de razoabilidade para o qual se conta, hoje, no direito brasileiro, não apenas com a garantia da plenitude jurisdicional do Poder Judiciário, mas também com a garantia do devido processo legal, conforme o desenvolvimento particularmente fértil, que deu ao tema da razoabilidade da lei, a sua prática americana [...]”. Voto do Ministro Sepúlveda Pertence, p. 44 do ementário. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=346264>>. Acesso em: 05 de dezembro de 2014.

¹¹¹ ADI 1063 – DF, DJ Ministro Relator Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=1063&classe=ADI-C&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 05 de dezembro de 2013.

do princípio, conseqüentemente, tem abrangência estendida, alargada e limitadora das ações dos outros poderes. Contudo, ainda assim sua aplicação se dá de duas formas: uma em que se aplica o devido processo de forma a se analisar qualquer lei ou ato administrativo e outra que, diferentemente, admite a aplicação do referido princípio como revisor apenas das leis e dos atos administrativos que violam ou restringem as liberdades ou bens dos indivíduos de maneira não razoável. Pamplona explica que, enquanto a Suprema Corte Americana tem como objeto utilizar o princípio para analisar a razoabilidade de leis restritivas dos elementos protegidos pelo *due process of law*, vida, liberdade e propriedade, no Brasil, os tribunais não afirmaram nenhum entendimento se a violação deve ser referir a qualquer direito fundamental ou se deve haver relação com os bens indicados no inciso LIV do artigo 5º da Constituição (Pamplona, 2004, p. 132).

A questão que se figura, em que pese não se possa chegar a alguma conclusão final, é que de fato o judiciário brasileiro vem tentando incorporar o sentido substantivo dado ao devido processo pela Suprema Corte dos Estados Unidos. Todavia, o disposto fora feito até certo ponto de maneira imprecisa e desarrazoada, isso porque, ora se tem a utilização do aspecto material de forma a se controlar leis restritivas¹¹² – como na Suprema Corte – ora percebe-se o emprego do princípio de forma a verificar se a regra está disposta de acordo com os direitos fundamentais e a Constituição¹¹³ – hipótese essa mais assemelhada ao *judicial review* – e, ainda, ora aplicado como verificador apenas da razoabilidade das leis ou dos atos administrativos, sem nenhuma contraprestação ou requisitos manifestados.¹¹⁴ De qualquer forma, malgrado não haja um consenso quanto à

¹¹² Expõe-se a ADI 1068 – DF, já citada, que retrata de forma clara que “[...] A essência do substantive due process of law reside na necessidade de proteger os direitos e as liberdades das pessoas contra qualquer modalidade de legislação que se revele opressiva ou destituída do necessário coeficiente de razoabilidade” (sem grifos no original).

¹¹³ Por exemplo a ADI 1407 –DF: “O princípio da proporcionalidade - que extrai a sua justificação dogmática de diversas cláusulas constitucionais, notadamente daquela que veicula a garantia do substantive due process of law - acha-se vocacionado a inibir e a neutralizar os abusos do Poder Público no exercício de suas funções, qualificando-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais (sem grifos no original).” Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=1407&classe=ADIMC&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 15 de dezembro de 2013.

¹¹⁴ Também como exemplo a ADI 1158 – AM: “A norma legal, que concede a servidor inativo gratificação de férias correspondente a um terço (1/3) do valor da remuneração mensal, ofende o critério da razoabilidade que atua, enquanto projeção concretizadora da cláusula do "substantive due process of law", como insuperável limitação ao poder normativo do Estado. Incide o legislador comum em desvio ético-jurídico, quando concede a agentes estatais determinada

utilização do substantivo devido processo legal, restou configurada a sua incorporação pela doutrina e jurisprudência nacional, carecendo ainda, como demonstrado, de melhores estudos e pesquisas quanto ao teor das suas hipóteses de aplicação.

3.4

O devido processo legal como fonte do processo justo e a decisão *contra legem*

Até aqui foram apresentados desmembramentos da regra, analisando-se seus componentes, entre justificação e prescrição, e o mesmo sendo feito em relação restrita às regras processuais para, sequencialmente, a abordagem se revestir na investigação do princípio do devido processo legal, inclusive em seu duplo aspecto e com ponderações jurisprudenciais. Nesse tópico, tentar-se-á unificar essas duas abordagens, explicitando o devido processo legal – procedimental – como sendo norma de processo e consectário da legislação processual civil na busca por um processo justo.

Como demonstrado, a garantia civil do devido processo legal só foi positivada com o advento da Constituição da República de 1988. Antes essa garantia era considerada implícita em nosso ordenamento, especialmente em relação ao processo criminal. Conforme explica Siqueira Castro em relação ao processo civil, a garantia do devido processo legal na Constituição de 1969 se encontrava submetida implicitamente no princípio da inafastabilidade jurisdicional em relação à tutela da reparação da lesão de direitos individuais,¹¹⁵ o que significa, na conclusão do autor, que o Poder Judiciário é o órgão incumbido de decidir conclusivamente, “*com ‘final enforcing power’ acerca da aplicação do direito objetivo*” (Castro, 2010, pp. 289-290).

Com o advento da novel Constituição, a incorporação do princípio se deu de forma expressa, não diferenciando a Carta Magna a aplicação do mesmo,

vantagem pecuniária cuja razão de ser se revela absolutamente destituída de causa”. Disponível em: 08 de janeiro de 2014. <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=1158&classe=ADI-MC&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 15 de dezembro de 2013.

¹¹⁵ Art. 153, § 4º: A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual (Brasil, 2013g).

incidindo, no processo penal, no processo civil e, ainda, nos procedimentos administrativos. O princípio, como exposto, incide nos três poderes do Estado, de forma diferente e abrangente para cada um. Compreende todas as garantias dispostas na Constituição e ainda aquelas que se encontram tipificadas somente em regramentos infraconstitucionais ou mesmos regramentos que, em que pese não possuam características de garantia processual, em virtude de estarem instituídas, convergem em obrigatoriedade de cumprimento.

Nesse sentido, as normas processuais, todas elas protegidas pelo devido processo legal, podem ser dispostas em: a) normas (inclusive principiológicas) que se encontram dispostas tanto na Constituição quanto em lei ordinária; b) normas apenas constitucionais e, por fim; c) normas dispostas somente na forma de legislação extravagante. Essa distinção é fundamental porque a forma de resolução das tensões, já salientada, leva em consideração tudo o quanto for pertinente para se alcançar a melhor solução possível para o caso, nessa esfera, a utilização da hierarquia certamente corrobora para o disposto.¹¹⁶

O Código de Processo Civil, no mesmo sentido, incorpora essas garantias constitucionais sempre na busca da efetividade da tutela jurisdicional e, por meio do princípio do devido processo legal, carrega princípios como o da garantia de acesso à justiça, e em visões mais modernas, a instrumentalidade e a razoável duração, todas tendentes a se alcançar a maior celeridade possível (Theodoro Júnior, 2011, p. 237). É tão manifesta a relação do devido processo com o próprio código que não se sabe qual instrumento é que completa o outro. No Brasil, em detrimento do sistema *civil law* adotado, o devido processo só possui alcance completo por conta da existência de um código processual positivado. Ainda que conste demais garantias constitucionais, sem um instrumento, como o código, não haveria padronização da efetivação da tutela. O devido processo legal não surtiria seus mais fortes efeitos. E da mesma forma o contrário, o fato de existir uma norma constitucional que obrigue a observância do procedimento certamente acarreta numa eficácia, senão plena, valiosa da regra processual.

O devido processo legal, enquanto norma de processo, não funciona como simples direito subjetivo inerente à parte, funciona como uma garantia de

¹¹⁶ Há técnicas de resolução, inclusive, que se utilizam somente da hierarquia das normas para se alcançar esse melhor resultado.

existência da prestação jurisdicional. O processo, da mesma forma, funciona objetivamente a garantir, prestar, e assegurar a prestação jurisdicional.¹¹⁷ O procedimento é “*a garantia do cidadão contra desmandos da autoridade detentora do poder, porque estando os atos processuais previstos em lei, qualquer tipo de violação estará ferindo o princípio do devido processo legal [...]*” (Mendonça, 1997, p. 30).

É mais do que um direito porque essa jurisdição, quando impulsionada, é praticamente irrenunciável. Por isso o alcance do devido processo legal como norma de processo não se limita a um direito, mas sim perfaz além de uma garantia, um dever. Dever da parte de obediência ao procedimento e, ao mesmo tempo, dever do Estado de garantir que esse procedimento seja cumprido. Grinover enuncia vários argumentos de modo a confirmar que o devido processo é uma garantia e não um direito:

Garantias das partes e do próprio processo: eis o enfoque completo e harmonioso do conteúdo da cláusula do devido processo legal, que não se limite ao perfil subjetivo da ação e da defesa, como direitos, mas que acentue, também e especialmente, seu perfil objetivo.

Garantias, e não direitos, porquanto são de índole assecuratória, e não meramente declaratória, visando a tutelar o exercício de outros direitos e guardando com estes uma relação de instrumentalidade.

Garantias, não apenas das partes, mas sobretudo da jurisdição: porque se, de um lado, é interesse dos litigantes a efetiva e plena possibilidade de sustentarem duas razões, de produzirem suas provas, de influírem concretamente sobre a formação do convencimento do juiz, de outro lado, essa efetiva e plena possibilidade constitui a própria garantia da regularidade do processo, da imparcialidade do juiz, da justiça das decisões.

E, finalmente, garantias constitucionais, enquanto instituídas pelas Leis maiores dos povos cultos, além de encontrarem respaldo em documentos internacionais, colocando assim o exercício da jurisdição não só acima da flexível contingência da norma ordinária, mas ainda ao abrigo das instabilidades políticas nacionais (Grinover, 1990, p. 02, grifos da autora).

O devido processo legal, dessa forma, funciona como garantia do procedimento, pelo que se subsume em outras garantias mais específicas, categorias fundamentais, tais como a garantia do juízo natural, do contraditório e ampla defesa e da adequação das formas procedimentais. Contudo,

¹¹⁷ “*El sentimiento acertado de que sin proceso no puede haber justicia [...]. Tal excepción no se justifica jamás. Si la parcialidad resulta del comportamiento de los repartidores durante el curso del proceso, lo anula, y si ya se conoce por sua conducta anterior al mismo, no debieran figurar como repartidores*” (Goldschmidt, 1986, pp. 413-414).

indubitavelmente, a maior característica da garantia do devido processo legal corresponde à tutela estatal nas situações de lesão ou ameaça de um direito. Para que se tenha a concepção desse justo processo legal, deve ser assegurado, da mesma forma, o acesso à justiça para todos (Theodoro Júnior, 1997, p. 101).

Todas essas garantias processuais fundamentais só fazem sentido se, ao mesmo tempo em que funcionarem como corolário do devido processo legal, adjunto às mesmas seja também assegurado o direito de acesso à justiça. Só tem lugar o devido processo legal, especialmente dentro do âmbito judicial e em relação às demais garantias, caso o acesso à justiça seja garantido. No entanto, o desrespeito e a não observância da oportunidade de acesso à justiça de forma igual e universal leva, conseqüentemente, a uma violação direta também da cláusula do devido processo. De nada vale a garantia do juiz natural, por exemplo, se não for concedida uma oportunidade de manifestação judicial ou até mesmo de petição. Mauro Cappelletti, no mesmo sentido, leciona que o acesso à justiça deve ser encarado como requisito fundamental de um sistema jurídico que, mais do que ter a pretensão de somente proclamar, deve pretender garantir efetivamente o direito de todos:

De fato, o direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação [...] (Cappelletti, 1988, p. 12).

É obrigação do Estado promover a adequada tutela jurisdicional, deve fornecer uma contraprestação processual para todas as situações de litígio que lhe for oferecida. A adequada tutela jurisdicional só é possível por meio da devida e correta observância da garantia do acesso à justiça, pelo que pode se caracterizar ambos como elementos atributivos do *due process of law*. O direito à adequada tutela jurisdicional dá forma à concepção de processo justo sob o ponto de vista Estatal perante a prestação judicial. Para o Estado, dar uma adequada tutela jurisdicional é, primeiro, assegurar a todos o direito de acesso à justiça e, em segundo, que este mesmo direito seja resguardado por todas as garantias que envolvem o princípio do devido processo legal. A ideia de justo¹¹⁸ para o Estado

¹¹⁸ Conforme se percebe, a concepção de justo trazida se refere exclusivamente a termos processuais, ainda que dentro de uma abordagem finalística. Contudo, o justo pode-se encaixar

não equivale necessariamente à concepção usual de justiça e injustiça, mas a obrigatoriedade constitucional de fornecer uma tutela jurisdicional adequada mediante a observação dos elementos constantes do devido processo legal.

Esse princípio, por esse prisma apresentado, reverte o ideal de processo justo para parâmetros exclusivamente processuais. O processo é justo quando, primeiro, conforme preceituou Canotilho, o procedimento é estabelecido de acordo com a norma constitucional e, em um segundo plano, quando no decorrer do procedimento são respeitadas todas as garantias processuais atinentes à cláusula do devido processo legal.

Em outra vertente, a concepção de justo ultrapassa uma observação exclusivamente processual. Não somente o procedimento deve ser justo, devido, mas também o resultado deve estar de acordo com os preceitos constitucionais para que, ao final, o processo como um todo possa ser caracterizado como justo.¹¹⁹

Muito embora pareçam essas duas definições longínquas e desgarradas uma da outra, na hipótese de caracterização de uma decisão *contra legem* ambas devem ser analisadas simultaneamente, eis que as duas, a depender da peculiaridade do caso concreto, podem gerar a necessidade de produção de uma decisão contrária à lei. Da mesma forma, uma decisão erroneamente *contra legem* por si só pode se encaixar também em uma situação processualmente injusta.

Em relação à preceituação de Canotilho de que o processo é justo se o procedimento criado estiver de acordo com o regimento Constitucional, não há que se falar em decisão *contra legem*. A regra procedimental, a partir daí, ou é constitucional ou inconstitucional, o que não configura hipótese de situação

também e mais amplamente dentro do quadro de *direito justo*, e, para uma explicação direta, expõe-se a conclusão de Karl Larenz, em constante alusão à Rodolfo Stammler (precursor da ideia original, segundo Larenz) do que vem a ser direito justo: “*Es un derecho establecido, que posee unas características peculiares. Es un derecho positivo cuyo contenido volitivo posee la característica de la justicia. [...] El un derecho justo es un derecho establecido, que posee unas características especiales. No es, pues, algo que esté fuera del derecho establecido o del derecho positivo. [...] Si ello es así, frente a cada particular norma de un Derecho positivo tiene que ser posible cuestionarse si es o no Derecho justo. La cuestión de la justicia de un Derecho equivale a la de si está internamente fundada o si está objetivamente justificada su pretensión de ser obedecido o su pretensión de vigencia normativa*” (Larenz, 1993, p. 21).

¹¹⁹ Essa dupla possibilidade de justiça é bem estabelecida em Canaris: “*Recomenda-se cuidado quando se critique uma solução – justa perante o sistema – com recurso à – justiça material –. Pois a oposição que subjaz a uma tal argumentação não existe, fundamentalmente, de forma alguma; pelo contrário: o sistema, como conjunto de todos os valores fundamentais constituídos para uma ordem jurídica, comporta justamente a justiça material [...]*”. (Canaris, 2002, p. 190)

contrária à lei. Já em relação à segunda abordagem, tem-se o processo justo quando são respeitadas todas as garantias processuais corolários do devido processo legal. Possível é que, malgrado o procedimento estabelecido preveja, por exemplo, a ampla defesa, o tomador de decisões simplesmente viole essa garantia do réu.¹²⁰ Nesse ínterim, o processo é injusto até que a referida violação seja sanada. Essa afronta ao direito de defesa, a depender do caso, pode ser solucionada inclusive por meio de uma outra decisão *contra legem*, esta sim visando resguardar o direito de defesa. Consequentemente, a verificação do caráter *justo* do processo depende, primeiro, se a referida *injustiça* fora ou não sanada e, segundo, caso tenha sido, do momento em que se analisa, haja vista que, como no exemplo citado, o processo não é justo até que a violação seja desfeita, mas, a partir da querela resolvida, o processo deixa de ser não justo.¹²¹

A última das vertentes é aquela que dita que é justo o processo quando o resultado final está de acordo com os preceitos constitucionais.¹²² Diferente das demais, aqui se tem a primazia do alcance ao direito material, pois, se o procedimento estabelecido não foi suficiente para dar o direito material devido, em uma concepção finalista, o processo é não justo. O mero fato de ter-se utilizado o procedimento corretamente não é suficiente para estabelecer que o processo foi ou é justo. Justo nesse caso significa que a tutela jurisdicional prestada deve dar a cada um o que é seu de direito e de acordo com a norma constitucional.

Entretanto, como esse trabalho trata dos casos de desrespeito à norma processual, seja de forma acertada ou incorreta, parte-se primeiro do pressuposto de que a lei processual é constitucional e, como segundo pressuposto, que o direito material dado, em uma análise extraprocessual, está sempre correto.¹²³ Isto significa que o caráter de processo justo se faz relevante apenas quanto a segunda

¹²⁰ A violação ao princípio da ampla defesa – na jurisdição civilista – constituído positivamente, mas não exclusivamente, sob a égide do artigo 297 do Código de Processo Civil, configura clara hipótese de decisão *contra legem*.

¹²¹ Interessante destacar, outrossim, que as decisões *contra legem* são ferramentas que tanto podem causar quanto resolver as circunstâncias do processo justo ou não justo, depender-se-á somente da forma e das condições em que serão utilizadas.

¹²² É a primazia do justo sobre o bem, incluída nas decisões judiciais, fazendo-se um paralelo com a teoria da justiça como equidade, de acordo como estabelecido por John Rawls, em *O Liberalismo Político* (1993), especialmente no capítulo V, p. 220 e ss.

¹²³ Nessa consideração, o fato de uma parte ganhar ou deixar de ganhar uma batalha judicial depende apenas do direito material, hipóteses em que se considera que não houve violação de cunho processual em nenhuma espécie, seja com vistas a garantir ou restringir um direito.

vertente, ou seja, se foram observados no caso prático as garantias previstas pelo princípio do devido processo legal. Talvez não pareça, mas essa exposição é um tanto complicada e explicar amiúde seus pormenores se faz rigorosamente necessário uma vez que existem algumas variações que podem ocorrer caso a caso.

Primeiro, temos uma situação em que é cumprida toda a regra processual, respeitando-se todo o itinerário previsto na legislação e, com isso, assegurando para ambas às partes processuais todas as garantias previstas no princípio do devido processo legal de modo a resguardar o direito material almejado. Esse é, portanto, tipicamente um processo justo, visto que a obediência à regra processual – devido processo legal – fora suficiente para se garantir a regular tutela jurisdicional.

A segunda possibilidade pode ser dividida em duas e diz respeito a quando no decorrer de uma lide uma decisão *contra legem* é proferida de modo que desrespeita uma regra processual. Se o princípio do devido processo é violado – em assimilação específica direcionada para um código de processo – certamente é por meio de uma decisão *contra legem*. Contudo, essa violação pode se basear em três fatores, quais sejam, a uma, o juiz pode tentar adequar, por um interesse particular, o processo da forma como melhor lhe convier, a duas, pode ocorrer, em uma tentativa de tornar justo um processo injusto, a superação de uma regra processual para resguardar um direito anteriormente violado e, por fim e a três, o juiz pode criar uma decisão contrária à lei processual com vistas a alterar o resultado natural do julgamento (essa última faz referência à terceira possibilidade que sequencialmente será analisada). Portanto, a decisão *contra legem*, como visto, pode tanto ser causadora de um processo injusto como, em contrário, ser garantidora da justiça processual, tudo a depender das peculiaridades do caso.

A terceira possibilidade diz respeito às situações em que o juiz, aspirando alterar o resultado natural do processo sob uma égide positivista com a pretensão de, talvez, acolher ou desacolher o direito material, modifica a aplicação da regra processual de maneira que adéqua o processo à sua concepção internalizada de justiça. Inicialmente, vale explicar a diferença desse desdobramento de processo justo daquela anteriormente citada como finalista. Ambas, em verdade, são concepções finalistas, a diferença, no entanto, são os métodos utilizados para se alcançar essa concepção. Enquanto na primeira o juiz simplesmente altera o

resultado, por exemplo, deixando de aplicar um artigo específico de uma lei visivelmente aplicável, alterando-se o resultado material, na segunda o juiz modifica o procedimento com o intuito de *dar* o direito material que seria *perdido* por conta da regra processual. Para clarificar, exemplifica-se a seguinte situação: uma parte *A* vende um bem pelo valor de, por exemplo, 30 salários mínimos. A parte *B* adquirente não paga. Dessa forma, *A* ingressa com uma ação de cobrança sobre *B*. Acontece que não houve celebração de contrato formal entre as partes e não há nenhum outro documento escrito que comprove a existência desse contrato. Assim, *A*, com a pretensão de comprovar o fato, arrola *C*, *D* e *E* como testemunhas. Acontece que o Código de Processo Civil, em seu artigo 401,¹²⁴ determina que só cabe prova exclusivamente testemunhal nos casos em que o contrato tem o valor de no máximo dez vezes o salário mínimo.¹²⁵ O juiz, diante desta situação, altera a aplicação do artigo citado, pondera a situação tecendo que o direito material deve prevalecer sobre o processual, pois é nítida para ele a celebração do contrato e entende que a prova testemunhal é suficiente para comprovar a celebração contratual. Diante desse caso, considerando esse o resultado final, questiona-se: essa lide, da maneira como relatada, pode ser caracterizada como um processo justo?

Sob o ponto de vista finalista, indubitavelmente. O juiz, no caso, certamente se encaixa na concepção demonstrada no tópico 3.1.2 - C, ou seja, é um tomador de decisões participante do particularismo sensível às regras. Para o mesmo, a razão de ser da regra processual é justamente a de assegurar a consolidação do direito material. Portanto, não pode ser essa própria regra um óbice para a realização do direito.¹²⁶

¹²⁴ Art. 401. A prova exclusivamente testemunhal só se admite nos contratos cujo valor não exceda o décuplo do maior salário mínimo vigente no país, ao tempo em que foram celebrados (Brasil, 2013d).

¹²⁵ Há situações reais que se encaixam na descrição do exemplo, como o caso em que as indústrias/fábricas coletam das empresas distribuidoras mercadorias que não foram vendidas e tiveram a validade vencida, mediante a devolução do valor pago. Normalmente não há nenhum contrato escrito para esses casos, apesar de configurarem praxe comercial. Desta feita, caso a indústria resolva não devolver o valor pago, restaria à distribuidora tão somente ingressar com ação de cobrança com base em prova testemunhal. Se o valor for superior a 10 salários mínimos, caberá ao juiz decidir se afasta a aplicação da regra ou se dá prosseguimento à cobrança.

¹²⁶ “É fundamental que o instrumento atue segundo técnica adequada e apta a possibilitar que os fins sejam atingidos. Esta é a função das formas e formalidades processuais, cuja razão de ser encontra explicação fundamentalmente em fatores externos ao próprio processo” (Bedaque, 2010, p. 26).

Sob a outra vertente, absolutamente. O juiz, na casuística em questão, violou uma regra processual, conseqüentemente, o princípio do devido processo legal. Essa vertente, aqui defendida, leciona que o processo é justo quando a regra processual e as garantias processuais constitucionais são respeitadas. Uma lide que não respeita a regra processual de forma igualitária para as partes não é justa. No caso, houve uma razão pré-fixada para o legislador convencionar que contratos com valor superior a dez vezes o salário mínimo não podem ser comprovados exclusivamente por prova testemunhal. Essa razão, entre outras mais que poderiam ser levantadas, certamente faz referência ao grau de credibilidade desses contratos não formais e ao prejuízo ou injustiça possíveis de acontecerem caso os mesmos sejam não verídicos ou inexistentes. Há sempre um risco de que as testemunhas faltem com a verdade ou não conheçam completamente o caso, por isso, limitar o valor da possibilidade de prova meramente testemunhal se faz necessário para que, caso aconteçam decisões injustas, estas gerem um menor prejuízo ou pelo menos um prejuízo econômico moderado e limitado. No entanto, se sempre que o juiz se colocar diante de uma situação como essa em apreço resolver por bem interferir no procedimento, o risco de se ter decisões injustas é muito maior do que em relação às hipóteses de improcedência de uma ação por restrição processual, principalmente por conta da previsibilidade. Uma parte no momento em que contrata tem ciência de que, caso o negócio jurídico tenha valor superior a dez salários mínimos, não poderá usar somente de prova testemunhal em uma eventual necessidade de se propor uma ação. Ainda que possam acontecer injustiças do ponto de vista meramente material, certamente o fato de não se deixar a cargo do juiz a adequação da regra traz uma segurança jurídica muito maior do que permitir que o referido faça considerações e intromissões sempre que julgar necessário.¹²⁷

Daí se tem a importância das regras procedimentais. Todavia, novas ondas processuais menos agarradas ao formalismo processual perseguem um processo como sendo o centro de conquista do direito material, almejando procedimentos

¹²⁷ Dentro do contexto do modelo de decisão formalista, expõe Struchiner: “[...] se é o caso que se acredita que os responsáveis pela tomada de decisões têm mais chances de errar quando têm o poder jurisdicional de escolher se vão aplicar a regra entrincheirada, ou afastar o resultado gerado por ela em função daquilo que acreditam ser o resultado produzido pela justificação subjacente à regra, então existem bons motivos, do ponto de vista do responsável pelo desenho institucional, para não disponibilizar essa alternativa ao agente decisório” (Struchiner, 2010, p. 118).

menos burocratas e mais simplistas, conforme contribuição de José Roberto dos Santos Bedaque:

Por isso, a maior colaboração do processualista para eliminar ou pelo menos abrandar o problema é buscar fórmulas destinadas a simplificar o processo, eliminando os óbices que a técnica possa apresentar ao normal desenvolvimento da relação processual (Bedaque, 2010, p. 25).

Pese a que um processo simplista e menos burocrático possa aparentemente soar mais razoável, como a redução das hipóteses de recursos, a preocupação que se tem é se com essa simplicidade não viriam também violações de garantias processuais e, conseqüentemente, quebra dos paradigmas procedimentais constitucionais. Em 1997 Humberto Theodoro Júnior já demonstrava clara preocupação com esses avanços processuais:

Há um esforço global da Ciência do Processo, no momento, para a facilitação ao extremo do acesso de todos à proteção jurisdicional. A doutrina unânime é no sentido de que o processo deve ser barato e célere, dando solução prática aos litígios no mínimo espaço de tempo e com o menor custo para os litigantes.

Os sábios que tratam do problema com maior profundidade, porém, advertem para os riscos que o excesso de 'modernismo' pode acarretar a institutos fundamentais da prestação jurisdicional. O processo judicial deve ser justo, mas, para tanto, não pode cumular uma das partes com privilégios e facilidades, à custa do sacrifício da defesa e dos remédios indispensáveis à atuação do adversário na tutela de seus interesses conflitantes (Theodoro Júnior, 1997, pp. 102-103).

Um procedimento aberto, não entrincheirado, dá ao juiz a possibilidade de interferir não só na forma de condução da lide, mas também no resultado final. Essa forma de condução particular do juiz, ainda que não viole explícita ou diretamente uma regra processual, pode de maneira inadvertida violar o princípio do devido processo legal ao deixar de tratar de maneira igualitária as partes processuais, tornando o processo, portanto, injusto. Mas ainda que esse modernismo eventualmente não dê ao tomador de decisões o *poder* absoluto na condução do processo, até mesmo essas regras, menos burocráticas e mais simplistas, podem acarretar em ataque ao *due process of law*, porquanto é certo que uma regra processual mais abstrata, ou, em outras palavras, com um grau de vagueza maior, em determinados casos, possivelmente pode gerar outros

desdobramentos não previstos e, com isso, invadir o espaço do devido processo, ocasionando, mais uma vez, em injustiça processual.¹²⁸

O respeito ao princípio do devido processo legal, na máxima medida possível, portanto, traz, além de segurança jurídica e previsibilidade, a certeza de que o procedimento utilizado é justo.¹²⁹ Apenas nos casos de clara tensão, como anteriormente relatado, é que deve ser averiguado se há ou não a necessidade de se superar uma regra processual, a cláusula do devido processo legal e, incidentalmente, se promover uma decisão *contra legem*.

3.5

A segurança jurídica como objetivo do devido processo legal

A segurança jurídica é, sem dúvidas, algo a ser perseguido pelos legisladores e aplicadores do direito na tentativa de se buscar um processo justo e previsível. A violação ao princípio do devido processo legal, portanto, de maneira abusiva, repercute de forma direta em afronta à segurança jurídica. A decisão contrária à lei processual, no mesmo mote, sacrifica essa chamada segurança jurídica, pois, como salienta Alexy, “*direito a procedimentos judiciais e administrativos são direitos essenciais a uma ‘proteção jurídica efetiva’*” (Alexy, 2008, p. 489). Como perquire esse trabalho, há raríssimas ocasiões em que se permite promover essa espécie de decisão, ocasiões estas que, não se sabe, apesar de aparentemente invadirem a alçada da segurança, podem, em contrário, servir de garantia da mesma.

Em uma visão global, a segurança jurídica traça um sentido e um sentimento que reveste o homem da pretensão de se buscar certeza em relação ao que o cerca. “*É a insopitável necessidade de poder assentar-se sobre algo*

¹²⁸ “A proliferação de tribunais especializados e a excessiva simplificação dos procedimentos, por exemplo, podem, por si só, gerar contraditoriamente, novas e complicadas barreiras ao acesso efetivo da parte à Justiça. Basta lembrar os inevitáveis conflitos de competência e as dificuldades insuperáveis de defesa quando os prazos e oportunidades oferecidos às partes são incompatíveis com a complexidade da matéria debatida” (Theodoro Júnior, 1997, p. 103).

¹²⁹ J. J. Calmon de Passos faz um alerta em relação a essas novas ondas processuais. Dita o autor que ouviu em uma palestra na Cidade de Campinas, um mestre (o autor não revela sua identidade) dizer que é preciso, no Brasil, se libertar do *fetich*e sobre o devido processo legal, que, segundo esse mestre, está negativamente em confronto com a celeridade e a efetividade processual. “*Ela faz suspeitar haver identidade entre a garantia do devido processo legal e o formalismo jurídico em detrimento da segurança jurídica, o que é manifestamente falso, sem esquecer que aponta, em verdade, para o endeuamento do arbítrio judicial*” (Calmon de Passos, 1999, p. 69).

reconhecido como estável, ou relativamente estável, o que permite vislumbrar com alguma previsibilidade o futuro [...].” Essa previsibilidade, portanto, é a normalidade das coisas, é aquilo que condiciona a ação humana (Mello, 2000, p. 94).¹³⁰

Por isso mesmo que em uma concepção mais relativista, essas violações são até um certo ponto possíveis, eis que a significação desse instituto é direcionada para a salvaguarda, principalmente, da estabilidade jurídica. Explica-se que não há nenhum termo específico em nosso ordenamento jurídico, principalmente em relação à Constituição, que trate da segurança jurídica. No entanto, nem por isso a mesma deixa de ser considerada como um sobreprincípio formador do Estado Democrático de Direito. Pelo que se observa da Carta Magna, o termo (segurança)¹³¹ aparece explicitamente em alguns artigos e implicitamente¹³² em outros, não havendo, portanto, conceituação. Cabe aos doutrinadores e a jurisprudência fazê-lo. Como o termo ‘*segurança*’ aparece apenas genericamente na Constituição, a conclusão direta que se extrai é que é plausível assimilar que o mesmo pode ser aplicado nas suas mais variáveis significações. Nesse horizonte, sendo a justiça concebida como um dos valores supremos da sociedade, se faz consistente arrematar que, pese a que a Constituição não utilize expressamente essa expressão, a segurança jurídica faz, de fato, parte do Estado Democrático de Direito.¹³³

Conforme preceitua Luis Guilherme Marinoni, a segurança jurídica, sob a ótica da estabilidade e da previsibilidade das consequências judiciais de conduta, se faz indispensável a um Estado que reputa ser aclamado como *Estado de*

¹³⁰ “Conclui-se que se há um conjunto de leis que tutelam os interesses dos cidadãos, a segurança que a existência desse conjunto de leis gera nas pessoas, bem como a noção de que a convivência política do momento não seria capaz de derrubar um ordenamento vigente, a isso devemos chamar de *segurança jurídica*” (Vainer, 2006, p. 11).

¹³¹ Preâmbulo da Constituição: Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL (Brasil, 2013b, sem grifos no original).

¹³² Art.5^a, inciso XXXVI: a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada (Brasil, 2013b).

¹³³ Ingo Wolfgang Sarlet esclarece que como a segurança aparece como cláusula geral na Constituição, isto significa que o termo abrange várias manifestações mais específicas, como a segurança social, pública, pessoal e etc. (Sarlet, 2007, p.8).

Direito. Segue explicando que ainda que não se veja diretamente a expressão nas Constituições ou em tratados e cartas internacionais, o constitucionalismo atual é consciente que ela é indissociável a essa modalidade de Estado (Marinoni, 2014, p.1). Sarlet, indo talvez ainda mais longe, liga a concepção de segurança jurídica à noção de dignidade da pessoa humana. Segurança, nesse gênero, possibilita ao cidadão poder planejar-se, estabelecer planos de vida. Se um cidadão é incapaz, dentro de um Estado Democrático, de ter na liberdade a possibilidade de traçar por conta própria uma meta a ser perseguida, isso não fragiliza somente a ideia de segurança, mas também a verdadeira significação da dignidade da pessoa humana (Sarlet, 2007, pp. 11-13). É a segurança jurídica que dá a certeza à sociedade e aos indivíduos de que todos se comportarão de acordo com as leis e, no mesmo sentido, de que as consequências de seus atos, perante terceiros, ou ainda pelos atos de terceiros, se resolverão de acordo com o sistema de direito e não aleatoriamente e em estado rotineiro de exceção.¹³⁴

Tem-se, pois, como dois dos maiores pressupostos da segurança jurídica a ‘previsibilidade’ e a ‘estabilidade’. A ordem jurídica, como responsabilidade Estatal, deve fornecer aos cidadãos não só uma estimativa, mas uma certeza de como devem ocorrer ou deixar de ocorrer as condutas, como devem se comportar os entes e sociedades privadas a partir de determinada norma ou na hipótese de realização de determinado ato. Essa ordem jurídica deve fornecer as prescrições e as consequências. Isso é tornar o meio previsível e estável. É a credibilidade que é dada ao sistema de que, se o *manual* for seguido, haverá segurança jurídica.

Para Marinoni, a previsibilidade traduz a necessidade de suprimento de algumas condições para que seja inteiramente alcançada. Para que uma conduta seja enquadrada em determinada tipificação, deve haver antes um acordo de consentimento de qualificação dessa conduta ou ação. Logo, essa deve ser capaz de ser entendida em termos jurídicos bem como deve resgatar daqueles que detinham o poder de a afirmarem certo grau de confiabilidade (Marinoni, 2014, p. 4). Sobre previsibilidade, leciona José Afonso da Silva:

¹³⁴ “O cidadão precisa ter segurança de que o Estado e os terceiros se comportarão de acordo com o direito e de que os órgãos incumbidos de aplicá-lo o farão valer quando desrespeitado. Por outro lado, a segurança jurídica também importa para que o cidadão possa definir o seu próprio comportamento e as suas ações. O primeiro aspecto demonstra que se trata de garantia em relação ao comportamento daqueles que podem contestar o direito e tem o dever de aplicá-lo; o segundo quer dizer que ela é indispensável para que o cidadão possa definir o modo de ser das suas atividades” (Marinoni, 2014, p. 2).

[...] o conjunto de condições que tornam possível às pessoas o conhecimento antecipado e reflexivo das consequências diretas de seus atos e de seus fatos à luz da liberdade reconhecida. Uma importante condição da segurança jurídica está na relativa certeza de que os indivíduos têm de que as relações realizadas sob o império de uma norma devem perdurar ainda quando tal norma seja substituída (Silva, 1999, p. 433).

Consequentemente, a previsibilidade requer, outrossim, a necessidade de conhecimento das normas qualificadoras da ação. Daí surge o problema da interpretação, que, a princípio, fugiria da alçada da previsibilidade. Essa possibilidade de interpretação das normas, todavia, segundo o autor, é previsível, mas desde que haja, além do conhecimento das normas, uma uniformidade das interpretações.

Dessa colocação, consequentemente, é que surge a importância das jurisprudências, eis que, como se sabe, ainda que a legislação seja *una*,¹³⁵ cabe ao poder judiciário, quando da aplicação do direito, interpretá-la. A segurança jurídica surge, portanto, a partir do momento em que a lei é interpretada de maneira a formar jurisprudência, de modo que a interpretação da mesma seja uma só, portanto previsível se apontar qual a interpretação da lei que será utilizada.¹³⁶ Outra conclusão que se extrai é que, quanto mais *efetiva for a possibilidade de previsibilidade*, maior será também a segurança jurídica. Dentro de um sistema jurídico existem as leis bem como a interpretação das leis pelos tribunais. Contudo, como por vezes acontece, essa interpretação nem sempre é uma só, ela varia de juiz para juiz, de tribunal para tribunal e, às vezes, até mesmo internamente nos próprios tribunais. Essa não consolidação de jurisprudência prejudica a efetividade da previsibilidade e, consequentemente, a segurança jurídica (Marinoni, 2014, pp. 6-7). De fato, para cada questão que dá ensejo a um

¹³⁵ “*Una*” aqui colocado no sentido de sistema de direito.

¹³⁶ Marinoni, com arrimo em Massimo Corsale, defende que a segurança jurídica e a previsibilidade, em verdade, não se fundam na legislação, mas sim nas interpretações das normas. Tece o disposto sob o argumento de que, como muitas vezes as normas jurídicas possuem as mais variadas interpretações judiciais, o que vale, assim, não são as leis em que se fundam as ações, mas sim as decisões interpretativas dessas leis (Marinoni, 2014, p. 5). Por essa conclusão, a segurança jurídica advém unicamente, portanto, das decisões judiciais, não das normas, no entanto, vale tecer que, ainda que as interpretações sejam de fato promovedoras da segurança jurídica, de maneira alguma podem ser tratadas com descaso, isso porque, diga-se, não é sempre que um caso é necessariamente levado a justiça, como também, não é sempre, se levado, necessário interpretar a norma, muitas vezes elas são simplesmente autoaplicáveis, o que dão ensejo, evidentemente, a garantia da segurança jurídica.

processo, normalmente há jurisprudência nos dois sentidos, do autor e do réu, e não surpreendente aparecer uma terceira ou quarta interpretação. Chega-se a um ponto em que a previsibilidade é apontar não qual a interpretação que será dada pelo juiz, mas qual delas que pode ser dada ou escolhida pelos mesmos. Portanto, a segurança jurídica fica enfraquecida, mas ainda assim carrega consigo certo grau de previsibilidade, principalmente pela interpretação das partes e advogados das linhas processuais e materiais dos juízes.

Além da previsibilidade, outro elemento que compõe a segurança jurídica é a estabilidade. A estabilidade tem importância fundamental dentro do escopo da segurança jurídica. O inciso XXXVI do artigo 5º, ao dispor que a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, praticamente sela a questão da estabilidade. Isso faz com que as pessoas tenham certeza que não haverá influências por uma lei nova em assuntos já resolvidos, dá a garantia de que um contrato não será modificado, que uma sentença transitada em julgado não será revista. Outro aspecto da estabilidade trazido por Marinoni é o que tange à hierarquia e coerência do discurso do poder judiciário. Essa estabilidade, para o autor, é conquistada quando os órgãos inferiores decidem de acordo com os julgamentos proferidos pelos órgãos superiores, eis que:

Pouco adiantaria ter legislação estável e, ao mesmo tempo, frenética alternância das decisões judiciais. Para dizer o mínimo, as decisões judiciais devem ter estabilidade porque constituem atos de poder. Ora, os atos de poder geram responsabilidade àquele que os instituiu. Assim, as decisões não podem ser livremente desconsideradas pelo próprio Poder Judiciário (Marinoni, 2014, p. 9).

O autor português Vitalino Canas, no mesmo sentido, defende que os Tribunais Constitucionais, além de serem guardiões da Constituição, devem ser defensores da segurança jurídica. Essa função deve ser desempenhada pelos mesmos, consolidando esses órgãos como uniformizadores de jurisprudências e estabilizando, assim, a ordem jurídica (Canas, 2003, p. 226). A estabilidade, portanto, permite a previsibilidade e, coerentemente, é aquilo que possibilita um sistema jurídico seguro.

Em termos mais específicos, a título de exemplo, Sarlet traz outros dois elementos fundamentais à concepção de segurança jurídica, quais sejam, a ideia de proteção da confiança e a proibição do retrocesso (Sarlet, 2007, p. 13). E dessa mesma forma, muitos outros aspectos poderiam ser trazidos para tentar de alguma

forma definir e apresentar os contornos da segurança jurídica. Contudo o tema é deveras abrangente e continuar com essa perseguição desvia o objetivo desse tópico, que é, em princípio, apresentar uma certa idealização da noção de segurança jurídica e, o que será feito agora, trançar isso ao princípio do devido processo legal e às decisões *contra legem*.

O princípio do devido processo legal comporta duas facetas, uma procedimental e outra material, as quais funcionam como garantias fundamentais e são evocadas sempre que necessário. A sua extensão processual é a que traz todas as garantias processuais constitucionais, sendo o devido processo o principal princípio a servir de pano de fundo para regulação das legislações processuais, motivo pelo qual pode ser considerado que infringir uma regra procedimental é o mesmo que violar a cláusula do *due process of law*. Violar uma regra, a depender do caso concreto, por si só pode ser considerado uma afronta à segurança jurídica. Violar uma regra processual é uma afronta ainda maior, pois a segurança jurídica carrega a estabilidade e a previsibilidade como corolários. Desrespeitar uma regra de processo rompe com ambos os postulados. O devido processo legal, malgrado sua independência, é um dos princípios mais fortes garantidores da segurança jurídica, é o que torna previsível *o decorrer* de um julgamento bem como estável *as lides processuais*.

Se um juiz, em um caso concreto, alterar o procedimento, por exemplo, não intimando uma das partes de uma decisão,¹³⁷ haverá não só um desrespeito à regra processual e ao devido processo legal, mas também à segurança jurídica, pois em um sistema em que isso é praticável fica impossível de se aferir qualquer previsão ou estabilidade. A parte, não intimada, conseqüentemente perde prazo para eventual recurso (se considerarmos que um prazo tenha começado a fluir independentemente de intimação) e daí tem-se lesado uma série de outros direitos, caindo a estabilidade tão almejada do sistema. Mas o juiz em questão discorre no sentido de que a parte sabia que iria perder o processo e que o Tribunal, em um eventual recurso, não reformaria a sentença, ou seja, que julgou em prol da celeridade processual. Uma coisa é perquirir meios de garantir um processo com duração razoável, outra bem diferente é sobrepujar vários direitos e garantias constitucionais. Ainda que no recurso fosse mantido o resultado da sentença de

¹³⁷ O ato de não intimar, explica-se, configura uma decisão *contra legem*.

primeiro grau, quantos casos poderiam ser diferentes, reformando-se a decisão? O risco que se tem não vale a celeridade. Muito mais seguro, evidentemente, é manter a possibilidade de um novo julgamento e se criar métodos, como o da execução provisória, por exemplo, de se tornar efetiva a tutela jurisdicional.

Esse posicionamento é respaldado pela fórmula de Gustav Radbruch:

O conflito entre a justiça e a segurança jurídica pode ser resolvido da seguinte maneira: o direito positivo, assegurado por seu estatuto e por seu poder, tem prioridade mesmo quando, do ponto de vista do conteúdo, for injusto e não atender a uma finalidade, a não ser que a contradição entre a lei positiva e a justiça atinja um grau tão insustentável que a lei, como 'direito incorreto', deva ceder lugar à justiça (Radbruch *apud* Alexy, 2009, p. 34).

Por essas razões é que deve ser defendida na máxima medida possível a observação da regra processual e do princípio do devido processo legal com viés a resguardar a segurança jurídica, cabendo a sua superação apenas em hipóteses extremadas que se fazem necessário tão e unicamente em razão da peculiaridade do caso concreto.

4

A decisão *contra legem* no direito

O presente capítulo foi formulado de maneira a apresentar várias decisões judiciais em que se visualiza a ocorrência de uma ou mais circunstâncias de decisões *contra legem*. Nele serão analisadas essas decisões de sorte que será formulada toda uma linha procedimental e sequencial para que as diversas análises não sofram qualquer influência que não seja estritamente de cunho opinativo sobre o resultado final da abordagem.

Ressalta-se que a conclusão final em relação ao grau de acerto e/ou erro a ser designado para cada decisão representa apenas a opinião pessoal do autor, não necessariamente implica uma regra, muito menos uma espécie *de fórmula geral de resoluções de conflito*. O mais importante, indubitavelmente, é a discussão em relação ao tema, uma vez que a falta de uniformização em relação a essas decisões *contra legem* tem como prejudicados não o poder judiciário, mas aqueles que evocam a tutela jurisdicional.

4.1

Exposição de um caso modelo: uma regra processual de prazo

Após toda uma abordagem de caráter teórico, passa-se a examinar profundamente um exemplo prático de decisão contra a lei processual, de modo que tentar-se-á analisar o nível de acerto do magistrado em ter superado a respectiva norma de processo, se realmente tal desrespeito fora necessário e, o mais importante, se a fundamentação utilizada se demonstra satisfatória, sempre usando tal caso a fim de estudar mais profundamente a decisão *contra legem* processual.

Veja-se o caso abaixo retirado do Recurso Especial 729.149/MG:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL, VISANDO AO RECONHECIMENTO DA INEXISTÊNCIA DA DÍVIDA. NATUREZA DE AÇÃO COGNITIVA, IDÊNTICA À DA 8. INTIMAÇÃO DA FAZENDA PÚBLICA PARA IMPUGNAÇÃO. INTERRUÇÃO DA PRESCRIÇÃO.

1. Embargos à execução, visando ao reconhecimento da ilegitimidade do débito fiscal em execução, têm natureza de ação cognitiva, semelhante à da ação anulatória autônoma. Assim, a rigor, a sua intempestividade não acarreta necessariamente a extinção do processo. Interpretação sistemática e teleológica do

art. 739, I, do CPC, permite o entendimento de que a rejeição dos embargos intempestivos não afasta a viabilidade de seu recebimento e processamento como ação autônoma, ainda que sem a eficácia de suspender a execução. Esse entendimento é compatível com o princípio da instrumentalidade das formas e da economia processual, já que evita a propositura de outra ação, com idênticas partes, causa de pedir e pedido da anterior, só mudando o nome (de embargos para anulatória).

2. De qualquer modo, extintos sem julgamento de mérito, os embargos intempestivos operaram o efeito próprio da propositura da ação cognitiva, que é o de interromper a prescrição. No particular, é irrelevante que a embargada não tenha sido citada para contestar e sim intimada para impugnar os embargos, como prevê o art. 17 da Lei 6.830/80. Para os efeitos do art. 219 do CPC, aquela intimação equivale à citação. Não fosse assim, haver-se-ia de concluir, absurdamente, que não há interrupção da prescrição em embargos do devedor.

3. Recurso especial a que se dá provimento.¹³⁸

A passagem acima se refere a uma ação em que foram opostos embargos à execução de forma intempestiva, não respeitando o prazo de 15 dias dispostos no artigo 738 do Código de Processo Civil, o que acarretou, outrossim, na extinção liminar do mesmo pela intempestividade, nos exatos termos do que dispõe o artigo 739, I, do mesmo diploma legal. O caso, então, foi remetido por meio de Recurso Especial para o Superior Tribunal de Justiça, que entendeu por bem reformar a sentença.

Pode-se simplificar o acontecido da seguinte maneira: o Superior Tribunal de Justiça adotou, nesse caso concreto, o entendimento de que, apesar da intempestividade dos embargos, a parte poderia ter proposto uma ação autônoma anulatória, que, ao que se entende, não possui prazo de proposição. Por esse motivo ela surtiria os mesmos efeitos dos embargos rejeitados, razão essa que culminou pela opção da manutenção e recebimento dos embargos à execução como se ação autônoma fosse, tudo com anseio nos princípios da instrumentalidade das formas e da economia processual.

Tal assertiva demonstra flagrante hipótese de decisão *contra legem*, porquanto foram desrespeitados os artigos 738 e 739, I, do Código de Processo Civil, como demais normas, ainda que de forma maculada, que mais à frente serão explicadas. Questões sobre tais tipos de decisões, e em especial a acima demonstrada, devem ser por bem elencadas, pelo que serão debatidas na mesma

¹³⁸ REsp 729.149/MG, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 24/05/2005, DJ 06/06/2005, p. 229. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200500344151&dt_publicacao=06/06/2005>. Acesso em: 16 de janeiro de 2014.

ordem como se apresentam: 4.1.1) seria realmente um caso de necessidade de decisão *contra legem*? 4.1.2) o desrespeito à norma não configuraria uma afronta à vontade do legislador ao estipular um prazo legal? 4.1.3) tal desrespeito não demonstraria clarividente afronta aos princípios constitucionais do devido processo legal e da segurança jurídica? Como resolver o conflito? 4.1.4) o fato de o relator ter suposto que a parte poderia ter proposto uma ação autônoma anulatória, movendo o processo por contra própria, não seria ilegal? 4.1.5) tal possibilidade de decisão *contra legem* não poderia provocar uma generalização a toda e qualquer norma processual que estabeleça um prazo? Tais assertivas serão, sequencialmente, discutidas com a finalidade de se tentar analisar não só a decisão exclusivamente, mas também as consequências que uma decisão *contra legem* como essa tomada pelo Superior Tribunal de Justiça pode gerar.

4.1.1 Excepcionalidade e características das decisões *contra legem*

A narração do caso concreto demonstra que as decisões *contra legem* são prolatadas desprovidas de significativo critério material e formal, podendo acarretar consequências incalculáveis. Primeiramente, deve ser explicado que as decisões *contra legem* só podem ser tomadas diante de uma situação de tensão que ocorre quando a aplicação das regras no caso concreto não corresponde à sua razão de ser. Há também os casos teoricamente qualificados como *hard cases* e os *casos trágicos* de Atienza que, vez ou outra, também podem corresponder a uma situação de tensão. Neil MacCormick estabelece espécies de problemas para se identificar um caso difícil:

- a) Problemas de *relevância*: existem dúvidas sobre qual é a norma aplicável ao caso;
- b) Problemas de *interpretação*: há dúvidas sobre como se deve entender a norma aplicável ao caso;
- c) Problemas de *prova*: há dúvidas se um determinado fato realmente aconteceu;
- d) Problemas de *qualificação*: têm lugar quando existem dúvidas sobre se um fato que não se discute pode ou não ser reduzido ao suposto de fato da norma jurídica (Neil MacComirck *apud* Bustamante, 2005, p. 43, grifos do autor).

Para Bustamante, ainda há uma quinta hipótese de caso difícil, que trata da “*questão dos casos nos quais surgem dúvidas sobre se a norma jurídica existente (válida e em tese aplicável) deve ou não ser aplicada*” (Bustamante, 2005, p. 44). E é exatamente o que ocorre *in casu*. A bom teor da verdade, normalmente as decisões *contra legem* advêm dessa quinta hipótese levantada pelo autor, que sem dúvida pode ser identificada como causadora de uma situação de tensão. Acontece que há na ordem jurídica a chamada *primazia de aplicação das regras*, ou seja, o tomador de decisão sempre deve identificar uma regra positivada que é a correta para a aplicação no caso. Ocorre que, em determinadas situações, esse mesmo tomador, apesar de claramente vislumbrar qual regra necessita ser aplicada, levanta questões se a mesma, de fato, deve ou não ser utilizada. Isso porque o mesmo, por algum motivo interno, percebe que a aplicação da regra pode tornar o processo não justo, ou que os efeitos da aplicação dessa regra, ao caso, não corresponderiam a sua causa de justificação.¹³⁹

Portanto, em relação ao caso apontado, vê-se perfeitamente que a norma processual é válida e aplicável, mas o Superior Tribunal de Justiça, com anseio de dar valor ao recebimento dos embargos, ainda que intempestivos, resolveu por não aplicá-la no caso, dando fundamentação nos princípios da instrumentalidade da forma e da celeridade processual, criando o que se chamaria na teoria de Robert Alexy uma cláusula de exceção por meio de uma norma concreta individual (Alexy, 2008, p. 92).

Dessa forma, embora não se concorde que a casuística em questão seja hipótese de decisão *contra legem*,¹⁴⁰ eis que a aplicação da regra em tese corresponde à sua razão de ser, o Tribunal,¹⁴¹ no caso, entendeu que a norma, apesar de válida, era não aplicável. Tem-se, portanto, que toda regra é, em verdade, o efeito de uma ponderação de princípios por ocasião de sua proposição, o que, de fato, constitui a sua razão de ser. As decisões *contra legem* somente são possíveis quando o caso concreto ultrapassa a previsão do legislador para a razão de ser da regra. Essa quando aplicada infere em uma injustiça não prevista pelo

¹³⁹ Explica-se que não há um código ou manual que determina a justificação ou a razão de ser da regra, esse procedimento de identificação da razão de ser de uma regra é, apesar de existirem apontamentos, especialmente principiológicos, particular e pessoal.

¹⁴⁰ Opinião pessoal do autor.

¹⁴¹ Talvez para o STJ a aplicação da regra no caso não corresponda a sua razão de ser, motivo que o levou a decidir contrário à lei.

poder legislativo, motivo pelo qual deve ser criada, para o caso, uma norma individual de exceção, restringindo a aplicação da lei para aquele tipo de situação especificamente (Bustamante, 2010, p. 174). Tanto deve ser excepcional a superação de uma regra que, segundo Humberto Ávila, se houver um conflito entre uma regra e um princípio de mesmo nível hierárquico, por certo é a regra que deve prevalecer, baseado na função definitiva que faz parte da qualificação da mesma (Ávila, 2012, p. 111).

Thomas Bustamante estabelece a definição e as condições da decisão *contra legem*:

Uma decisão *contra legem* pode ser definida como uma decisão que estabelece uma exceção a uma norma jurídica N, na presença das seguintes condições: (i) N é uma norma do tipo regra, e não um princípio jurídico; (ii) N está expressa em uma lei ou outra fonte formal do direito com igual nível hierárquico; (iii) os significados mínimos ou literais das expressões utilizadas pelo legislador não permitem extrair do texto que serve de base a N uma norma alternativa que não seja contrariada pela decisão; (iv) a decisão não reconhece a invalidade de N, mas apenas afasta a sua aplicação a uma situação em que ela é aplicável; (v) não há dúvida de que os fatos que deram origem à decisão podem ser subsumidos em N; (vi) a autoridade que adota essa decisão estabelece uma norma individual formulada em termos universais; e (vii) a decisão levanta uma pretensão de juridicidade para essa norma individual (Bustamante, 2010, p. 174).¹⁴²

Vê-se que o exemplo trazido não está de acordo com as condições mínimas existentes para superação da regra processual em questão de acordo com Bustamante. Ao mesmo tempo em que a decisão afasta a aplicabilidade do artigo processual, dita que é possível se fazer uma interpretação sistemática e teleológica do citado diploma. Parece mais uma decisão *contra legem* por interpretação, muito embora uma regra processual, que estipule taxativamente um prazo, de maneira alguma possa sofrer qualquer tipo de interpretação, muito menos teleológica, uma vez que o *prazo* constitui a verdadeira razão de ser da norma com fins a proteção do devido processo legal, da segurança jurídica e do Estado Democrático de Direito.

De qualquer sorte, tal exemplo trazido é suficiente a fim de demonstrar que para se superar uma regra e conseqüentemente se obter uma decisão *contra legem*, há diversos requisitos e precauções a serem tomadas pelo magistrado, de modo

¹⁴² Para melhor esclarecimento veja mesma obra páginas 175 e 176.

que se evitem tais tipos de decisões sem um mínimo de fundamento jurídico suficiente para tanto.

4.1.2

A razão de ser da regra em apreço

A norma de processo além de possuir uma função em termos sociais, também possui uma razão de ser específica. Cada regra possui uma pré-determinação finalista dentro do próprio sistema e contexto processual. Outrossim, para uma melhor compreensão, tentar-se-á buscar a justificação das regras afastadas no caso concreto em questão, quais sejam, os artigos 738 e 739, I, do Código de Processo Civil.¹⁴³

Vê-se que essas regras tratam de um prazo processual, uma limitação temporal para o exercício da jurisdição. Tal limitação tem anseio em diversos fatores, mas principalmente na segurança jurídica, o que impede que por meio de artimanhas processuais a *lide* se estenda *ad eternum*. Se é dado um prazo para que a parte se pronuncie e a mesma o deixa transcorrer inerte, há a presunção de que há falta de interesse na causa, caso contrário movimentaria a máquina judiciária no prazo estipulado.^{144 145}

Em análise ao caso narrado, vê-se que o Superior Tribunal de Justiça deixou de aplicar a norma citada justamente afastando a sua razão de ser, qual seja, a segurança jurídica criada pela imposição de um prazo processual, ao receber os embargos de forma extratemporal, podendo a parte, pela interpretação a que se chega a partir desse julgado, sempre opor embargos independentemente de prazo, o que culmina em desrespeito a regra legislativa e processual. Em verdade, o

¹⁴³ Art. 738. Os embargos serão oferecidos no prazo de 15 (quinze) dias, contados da data da juntada aos autos do mandado de citação.

Art. 739. O juiz rejeitará liminarmente os embargos:

I – quando intempestivos (Brasil, 2013d).

¹⁴⁴ O regimento processual opera de acordo com a lógica da preclusão, pelo que se expõe o artigo 183: Decorrido o prazo, extingue-se, independentemente de declaração judicial, o direito de praticar o ato, ficando salvo, porém, à parte provar que o não realizou por justa causa (Brasil, 2013d).

¹⁴⁵ Vale lembrar que o CPC admite a restituição do prazo em algumas situações, por exemplo: Art. 507. Se, durante o prazo para a interposição do recurso, sobrevier o falecimento da parte ou de seu advogado, ou ocorrer motivo de força maior, que suspenda o curso do processo, será tal prazo restituído em proveito da parte, do herdeiro ou do sucessor, contra quem começará a correr novamente depois da intimação.

Superior Tribunal de Justiça, com esse julgado, caminhou no sentido exatamente contrário daquilo que pode ser considerado como a razão de ser da regra, criando uma decisão *contra legem* possivelmente equivocada, a depender dos critérios utilizados.

A regra processual não nega um direito, apenas condiciona e modera a forma do exercício para alcançá-lo. No caso, por exemplo, tem-se uma regra processual que disciplina um prazo. A parte tem o direito de opor os embargos à execução, mas desde que respeitado o prazo estipulado. Esse é um tipo de regra que foi criado com intuito de que as demandas processuais não se eternizem, mas que ao mesmo tempo não restrinja a busca pelo direito material. O não respeito a essa regra gera incerteza e imprevisibilidade. Se essa se tornar uma posição rotineira, dificilmente se saberá quando um caso estará definitivamente julgado, não se respeitará a previsão temporal e, conseqüentemente, se perderá o sentido da norma.

Ainda que se considere que a parte que recorreu de forma ilegal eventualmente possuísse o direito material, essa possibilidade de recebimento dos embargos intempestivos certamente leva à utilização desse recurso processual de forma bastante alargada, irrestrita, ocasionando não só infringência da regra, mas também um abuso por parte daqueles que poderiam utilizar essa ferramenta de forma unicamente protelatória e desinteressada.

4.1.3 A forma de resolução da tensão

Com vistas a obter um correto entendimento acerca dos princípios descritos, tem-se que o melhor a se fazer é colocá-los diante dos princípios da instrumentalidade e da economia processual, como assim o fez o STJ no caso julgado, com anseio de se tentar, ainda que superficialmente, visualizar o “*conflito*” criado por esse órgão.¹⁴⁶

¹⁴⁶ Paul Ricoeur lembra dos juízos determinantes e reflexivos de Kant, quando dispõe que julgar, na maior parte das vezes é submeter um caso à uma regra. Quando se conhece melhor a regra do que o caso, submete-se o caso a regra – juízo determinante. Mas, quando se conhece mais do caso do que da regra, o que acontece é a procura por uma regra para se encaixar no caso, – portanto, é o juízo reflexivo (Ricoeur, 2008b, p.245).

O Superior Tribunal de Justiça, no caso em apreço, afastou a incidência de uma regra processual. Violou de forma direta o princípio do devido processo legal e de forma indireta o princípio da segurança jurídica, fundamentando a decisão, para tanto, nos princípios da instrumentalidade e da economia processual.¹⁴⁷ Oportuno é revelar que todos os princípios ora aduzidos, com exceção da instrumentalidade das formas, que é extraído do Código de Processo Civil, fazem parte do conjunto que se chama de “garantias processuais constitucionais”, razão pela qual, *a priori*, possuem o mesmo nível hierárquico. Assim, o Superior Tribunal de Justiça colocou os quatro princípios em rota de colisão, fazendo prevalecer os dois últimos, mesmo que sem uma argumentação ponderativa razoável para tanto.

Primeiro, certamente caso haja possibilidade de se ter um processo célere, mas que não colida, ao menos, com o núcleo de sentido do princípio do devido processo legal, deve ser feito o possível para ser alcançado. Todavia, a colisão se deu justamente com o núcleo de sentido do devido processo legal, visto que a sua não observância, *in casu*, em nada acrescentou na tentativa de se obter um procedimento justo, mas sim em uma invenção judicial que desmerece a parte que estava em obediência com a legislação, ferindo até mesmo o princípio da igualdade.

Segundo, pois, embora tais princípios constituam-se de caráter constitucional, apenas o devido processo legal fora reduzido em regra, ainda que infraconstitucional. Ou seja, invertendo-se a ordem, seria um conflito entre uma regra posta e taxativa mais um princípio constitucional *contra* somente um princípio constitucional. O sopesamento em questão por certo deve levar à prevalência da regra, por vez que amparada por um princípio constitucional, ao passo que o outro princípio em debate não fora reduzido a qualquer espécie de regra jurídica.

Terceiro, pois no conflito entre um princípio infraconstitucional, como o da instrumentalidade das formas, contra o do devido processo legal e o da segurança

¹⁴⁷ É cediço considerar que o princípio da Economia Processual, de acordo como instituído, possa ser mais voltado para o processo de criação legislativo do que para o poder judiciário. Barbosa Moreira chama esse princípio de *norma programática*, pois em princípio não tem impacto real na vida do foro (Moreira, 2007, p. 373).

jurídica, que são constitucionais, certamente são esses últimos, que possuem hierarquia superior, que devem prevalecer.

Quarto, se analisarmos o conflito tão somente em nível infraconstitucional, entre a regra processual posta e o princípio da instrumentalidade das formas, certamente é a regra que deve prevalecer, porquanto já houvera por parte do poder legislativo um prévio sopesamento de valores e de princípios. Portanto, a regra já é um resultado da ponderação realizada pelo legislativo, o que não ocorre com o princípio em questão, razão pela qual a vontade do legislador em tese deveria se sobrepor:

As regras que derivam do processo legislativo não perdem, porém, suas conexões com os princípios que lhe fundamentam e não podem ser interpretadas sem uma referência explícita a esses princípios [...]. As eventuais exceções nas hipóteses de incidência das regras jurídicas não podem ser justificadas pela simples realização de uma nova ponderação de princípios no caso concreto, como se as regras estabelecidas pelo legislador fossem também princípios. No caso de colisão entre uma regra válida e um princípio constitucional, pode-se ponderar o princípio que justifica a existência da regra com outros princípios diretamente estatuídos na constituição, mas não se pode por isso descuidar da relevância do fato da existência de uma regra ‘atribuir consequências a casos de um tipo particular na forma especificada nas condições’, de sorte que o legislador sustenta uma pretensão de ter dado a ‘palavra final’ sobre os casos-tipo estabelecidos nesta regra. A existência de uma regra implica, portanto, a existência de uma *pretensão de definitividade* para o resultado das ponderações de princípios realizadas pelo legislador (Bustamante, 2010, pp. 159-160).

Mas o apresentado acima serve apenas de razões, pelo que abaixo será demonstrado uma espécie de roteiro de resolução, ou seja, como seria mais razoável proceder diante da situação apresentada:

Tensão: o conflito apontado pelo Superior Tribunal de Justiça pode ser estabelecido entre, de um lado, os artigos 738 e 739, I, do Código de Processo Civil e, do outro, os princípios da economia processual e da instrumentalidade.

Razão de ser (justificação) da regra processual: a referida regra tem como principal função assegurar o princípio do devido processo legal – que a fundamenta – e a segurança jurídica, bem como exigir da parte o interesse de agir dentro do prazo estipulado, evitando com isso a eternização das demandas e possibilitando o trânsito em julgado das mesmas, além de outras razões possivelmente elencadas. Assim, como predicado fático, identifica-se a locução de que *a parte executada pode embargar em até 15 dias, contados da juntada aos*

autos do mandado de citação e, como consequente, a conclusão de que, *se a parte embargar dentro do prazo, estes serão recebidos, se embargar fora do prazo, estes serão considerados intempestivos e, com isso, de acordo com a redação do artigo 739, I, do CPC, rejeitados liminarmente*. No caso, a aplicação do predicado fático certamente corresponde à justificação da regra e, por uma opinião pessoal, não constitui uma situação de *tensão* ou as chamadas *experiências recalcitrantes* de Schauer.

Razão de ser (núcleo de sentido) dos princípios da instrumentalidade das formas e da economia processual: o princípio da instrumentalidade tem como núcleo de sentido se evitar o excesso de formalismo quando, por exemplo, uma parte interpõe um recurso, mas, na verdade, deveria ter interposto outro. Assim, aceita-se o recurso erroneamente como se o correto fosse.¹⁴⁸ Já o princípio da economia processual pode se identificar com pretensões de se buscar um processo célere, justo e barato, sendo o termo ‘*economia*’ analisado sob mais de um aspecto, isto é, faz referência a uma economia de tempo (inclusive de atos processuais), economia de custos (para o judiciário e para as partes) etc.¹⁴⁹ Portanto, a razão de ser desses princípios, utilizados em conjunto, tem como objetivo, talvez, *relativizar* o excesso de formalismo de maneira a se promover a economia processual de modo que o processo tenha o menor custo e seja o mais célere possível.

Fundamentação e razões: o conflito estabelecido, de acordo com o Superior Tribunal de Justiça, se dá entre os artigos 738 e 739, I, do Código de Processo Civil, amparados pelo princípio do devido processo legal e o da segurança jurídica, e os princípios da instrumentalidade das formas e da economia processual. O primeiro ponto que se levanta é, tanto a regra processual quanto os

¹⁴⁸ Exemplo de aplicação desse princípio demonstrada pelo Superior Tribunal de Justiça: “EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIOS DA FUNGIBILIDADE E DA INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS. [...] 1. Tendo em vista que o pedido deduzido denota nítido pleito de reforma, em atenção aos princípios da fungibilidade e da instrumentalidade das formas, merece o recurso ser recebido como agravo regimental [...]”. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=&livre=+%28instrumentalidade+das+formas%29&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=11>. Acesso em: 20 de janeiro de 2014.

¹⁴⁹ Esse é um princípio que notadamente é direcionado para o legislador e, diga-se, na própria jurisdição processual pode ser encontrado dispositivos que tem a economia processual como fundamento, como o exemplo dos artigos 130 (permite ao juiz indeferir provas inúteis) e 285-A (possibilita ao juiz dar sentença de mérito antes da intimação do réu, em determinadas ocasiões), do Código de Processo Civil.

princípios não são em nível abstrato conflitantes, esse conflito se deu apenas em nível concreto porque o Superior Tribunal de Justiça entendeu que a observação da regra, no caso, afrontaria os referidos princípios. Segundo, em relação à hierarquia, a regra é infraconstitucional, é amparada pelos princípios constitucionais do devido processo legal e da segurança jurídica e tem preferência de aplicação. Enquanto o princípio da instrumentalidade é infraconstitucional e o da economia processual é constitucional. Portanto, em consonância apenas à hierarquia, a regra deve prevalecer. No entanto, para se promover uma decisão *contra legem*, apesar de a hierarquia compor os fatores de ponderação (não da mesma forma como nas colisões de princípios), não deve ser obrigatoriamente respeitada. Nesse caso, salienta-se, não há como ponderar no sentido de se aplicar ambas as normas simultaneamente, razão pela qual apenas uma delas deve se sobrepor. Assim, como o Tribunal entendeu que a busca pelo direito material é mais importante, resolveu por bem afastar a aplicação da regra processual.

*Conclusão*¹⁵⁰: Após o devido sopesamento dos fatores e das razões tendentes a cada um dos dois lados, partindo da premissa da possibilidade de cabimento da ação anulatória, concluí-se que a intenção do Tribunal fora a de antecipar um ato da parte, evitando-se que com isso nova demanda fosse proposta, salientando que os embargos à execução seriam recebidos como ação autônoma, surtindo apenas os efeitos rigorosamente desta, sem pretensão alguma de, principalmente, suspender a execução. Para o Superior Tribunal de Justiça, a aplicação da regra processual retardaria a tutela jurisdicional, infringindo com isso os princípios da instrumentalidade das formas e da economia processual e, sopesando-se as razões, resolveu mais do que criar uma cláusula de exceção à regra, mas em verdade retirar o poder de prescrição da mesma. De acordo com

¹⁵⁰ A opinião pessoal do autor dessa dissertação é pela não possibilidade da decisão *contra legem*, uma vez que, ainda que doutrina e jurisprudência se manifestem de maneira contrária, entendo não ser possível nesse caso ação anulatória. Se o Código de Processo Civil prevê especificamente quais os meios de impugnação à execução, outro não deve ser permitido. A ação anulatória teria lugar, a meu ver e principalmente antes da propositura da ação de execução. No entanto, considerando que a propositura dessa ação não impede uma posterior propositura da execução, salvo em caráter cautelar, é possível à coexistência de ambas, que devem ser reunidas e julgadas simultaneamente. Além da forma prevista pelo CPC de impugnação à execução, a falta de critério de recebimento da ação anulatória prejudica a segurança jurídica, principalmente ao se considerar que não há se quer um prazo consolidado para a sua propositura, havendo a possibilidade, de acordo com essa premissa, de ingresso inclusive posteriormente ao trânsito em julgado da ação executória. Isso ocorre porque a ação anulatória, quando disposta simultaneamente, não cria litispendência nem com a execução nem com os embargos, portanto, da mesma forma não se limita à coisa julgada.

essas orientações, a solução e a fundamentação encontrada pelo Tribunal foi razoável e coerente.¹⁵¹

Todavia, apesar do respeito à decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, entendo que, por mais que sejam razoáveis as justificativas, nesse caso a aplicação da regra deveria ser mantida. A regra em questão é bastante clara e não é possível se fazer qualquer interpretação. Se os embargos forem intempestivos, devem ser liminarmente rejeitados. A vontade do legislador é justamente a de limitar a incidência dos embargos, é a de não permitir uma rediscussão a qualquer momento em razão da matéria. Em uma análise casual, a decisão do STJ é muito interessante, mas em uma análise extensiva, seus efeitos operam justamente o sentido contrário do pretendido. Considerando a decisão tal como proferida pelo Tribunal, primeiro, caso a parte perdutora dos embargos tivesse de forma imediata proposto a ação anulatória, o processo não teria chegado em nível de Recurso Especial. O que certamente tornaria a lide mais célere e econômica do que se fazer com que o processo alcance o STJ para que este então o mande retornar à vara de origem para recebê-lo como ação autônoma. Segundo, uma vez aceita a possibilidade de proposição da ação anulatória, inclusive simultaneamente aos embargos, não há dúvidas de que as partes muito provavelmente utilizarão das duas opções ao mesmo tempo, ou ainda oporão os embargos e guardarão a opção pela ação anulatória tão somente para após o trânsito em julgado negativo dos mesmos,¹⁵² o que indubitavelmente elevaria os riscos de se terem decisões ruins e contraditórias. Se a lógica processual vem caminhando na direção de se aperfeiçoar a tutela jurisdicional, diminuindo recursos e tornando mais célere o processo, a aceitação da dupla opção para os executados por certo leva a um sentido exatamente contrário, indo de encontro profundamente à noção de segurança jurídica. “*Una norma particular injusta – por ejemplo, un plazo rígido, cuando lo justo sería uno flexible – puede servir al interés de la seguridad jurídica*” (Larenz, 1993, pp. 28-29).

¹⁵¹ Para uma análise completa do tema veja “Argumentação Contra Legem”, de Thomas Bustamante, cap. 04 e 05.

¹⁵² “*Quando explica a certos clientes que os advogados não são feitos para defraudar a justiça, olham-te com ar estupefacto. Para que servem pois os advogados [...] senão para assumirem as nossas responsabilidades, permitindo-nos que guardemos imaculada a nossa fama de pessoas do bem?*” (Calamandrei, 1997, p. 110)

Nesse desiderato, tem-se que fora analisado detalhadamente o motivo pelo qual o caso apreciado pelo Superior Tribunal de Justiça, de acordo com a opinião do autor e por uma visão global, não deveria configurar hipótese de decisão *contra legem*.

Apenas a título de exemplificação, expõe-se um acórdão em que o próprio Superior Tribunal de Justiça demonstra preocupação com esse pouco preciosismo encontrado em muitos julgamentos, senão vejamos:

[...] Cuida-se de embargos de declaração recebidos como agravo regimental, em obediência aos Princípios da Economia Processual e da Fungibilidade. [...]. O entendimento fixado na origem está em consonância com esta Corte, porquanto o descumprimento do mandamento legal previsto no art. 526 enseja o não conhecimento do agravo de instrumento, desde que suscitado pelo agravado no momento processual oportuno. 3. Se o Tribunal a quo considerou que a agravante não cumpriu os requisitos previstos no art. 526 do CPC, infirmar tal conclusão demandaria exceder os fundamentos colacionados no acórdão vergastado e incursão no contexto fático-probatório dos autos, o que é defeso em recurso especial, nos termos da Súmula 7 desta Corte de Justiça. 4. Quanto ao princípio da instrumentalidade das formas, constata-se que os atos e termos processuais apenas dependerão de forma especial quando a lei expressamente o exigir. O que é o presente caso, nos exatos termos do art. 526, parágrafo único, do Código de Processo Civil. 5. Propício, também, mencionar o pronunciamento do Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, quando do julgamento do AgRg no AI 150.796/MG, em 24.3.1998, ao dilucidar que, "por mais justa que seja a pretensão recursal, não se pode desconhecer os pressupostos recursais. O aspecto formal é importante em matéria processual não por amor ao formalismo, mas para segurança das partes. Assim não fosse, teríamos que conhecer dos milhares de processos irregulares que aportam a este Tribunal, apenas em nome do acesso à tutela jurisdicional". [...]. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, mas improvido (sem grifos no original).¹⁵³

O interessante dessa decisão é que, ao mesmo tempo em que ela acata o recebimento de embargos de declaração como agravo regimental com anseio nos princípios da economia processual e da fungibilidade, nega seguimento a um outro recurso por falta de requisitos processuais, salientando que, ainda que seja justa a pretensão, com base na segurança, não deve ser desrespeitada a lei e assegurada a tutela jurisdicional a qualquer custo, o que não implica, outrossim, demasiada obediência ao formalismo, mas sim em coerência e conformidade com todos os processos irregulares que se aportam nos tribunais.

¹⁵³ EDcl no AREsp 228288 / MT. Relatoria do Ministro Humberto Martins. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=25960342&sReg=201201887041&sData=20121128&sTipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 22 de janeiro de 2014.

4.1.4

Problema do caso concreto em decorrência da decisão *contra legem*

Muito embora o que será narrado no presente tópico não componha diretamente o tema objeto desse estudo, o mesmo se torna relevante quando pensado como uma consequência de uma decisão *contra legem* tomada com pouco critério e sem previsibilidade das implicações oriundas de seu ato.

No caso concreto exemplificado a parte apresentou embargos à execução de forma intempestiva, pelo que o juiz os rejeitou liminarmente nos exatos termos dos artigos 738 e 739, I, do CPC. Contudo, quando a matéria chegou ao Superior Tribunal de Justiça, este reformou a decisão de origem alegando que, como a parte poderia interpor uma ação autônoma anulatória e, como essa poderia ser proposta a qualquer tempo, os embargos deveriam ser recebidos, ainda que intempestivos. Porém, percebe-se que tal conduta, além do teor *contra legem* até então demonstrado, traz consigo de forma maculada ainda outros pormenores que, se não bem analisados e ressaltados, certamente passariam despercebidos.

Ocorreu por parte do poder judiciário uma presunção de que o executado poderia propor uma ação autônoma anulatória e, por esse motivo, conheceu dos embargos. Mas, é possível o STJ fazer a referida presunção? Em princípio não pode. Tal ato praticado pelo Tribunal por certo fere vários princípios do direito, pois, ao que parece, o órgão decidiu de uma maneira que não fora nem mesmo provocada pela parte. Em verdade, pode-se até mesmo considerar que o Tribunal praticou um ato privativo de parte, o que é vedado pela legislação. Expõem-se dois artigos do Código de Processo Civil:

Art. 2º. Nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e forma legais.

Art. 128. O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte (Brasil, 2013d).

Dessa forma, apreende-se que o Tribunal, ao decidir a matéria em evidência, recebendo os embargos como ação autônoma, extrapolou mais uma vez os limites permitidos pela lei, ferindo ainda, com tanto, os princípios da igualdade, da

imparcialidade e da inalterabilidade da demanda, acarretando, mesmo que indiretamente, mais um desrespeito à legislação.¹⁵⁴

O recebimento dos embargos como ação autônoma nem mesmo clara consonância com o princípio da instrumentalidade das formas possui, eis que esse princípio, de acordo com a já manifesta jurisprudência e doutrina, aceita o recebimento de um recurso – incorreto – como se correto fosse, mas desde que interposto dentro do prazo codificado.¹⁵⁵ Os embargos à execução possuem natureza jurídica não de recurso, mas sim de ação, e ainda condicionado a um prazo. Seria o mesmo que uma parte interpor uma ação autônoma, querendo rescindir uma sentença, após dois anos do trânsito em julgado. Da maneira como disposto o caso mais parece ser, em uma acepção forçosa, uma situação de remessa de ofício, haja vista a suposta parcialidade desenvolvida pelo Tribunal.¹⁵⁶

O direito como um todo e, principalmente, as regras processuais, são criados com certos requisitos e condicionantes que devem ser cumpridos. Apesar de talvez casuisticamente não apresentarem a melhor solução, em uma abordagem geral normalmente é o melhor caminho que deve ser trilhado. De qualquer sorte, essa explanação tem o objetivo apenas de demonstrar que um caso aparentemente mal julgado possui consequências diretas e indiretas que só podem ser visualizadas por meio de uma apreciação mais detalhada.

¹⁵⁴ Válido é trazer as lições de Paul Ricoeur ao disciplinar que a maior limitação enfrentada pela argumentação jurídica tange ao fato de que juiz não é legislador, que aplica a lei, incorpora seus argumentos, mas não a cria. “*É aí que se encontram o caráter vago da linguagem, os possíveis conflitos entre normas o silêncio provisório da lei sobre ‘casos difíceis’ (os hard cases de Dworkin), a oportunidade e, frequentemente, a necessidade de escolher entre a letra da lei e o espírito da lei*” (Ricoeur, 2008a, p. 169).

¹⁵⁵ Essa é a acepção do princípio que normalmente é utilizada.

¹⁵⁶ Art. 475. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença:

I - proferida contra a União, o Estado, o Distrito Federal, o Município, e as respectivas autarquias e fundações de direito público;

II - que julgar procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução de dívida ativa da Fazenda Pública (art. 585, VI) (Brasil, 2013d).

4.1.5 Formação de precedentes e outra decisão *contra legem* ainda mais grave

O caso retirado do Superior Tribunal de Justiça demonstra uma hipótese típica de decisão *contra legem*. Contudo, ainda resiste um último comentário a ser traçado com o fim de que seja explicitado o tamanho da proporção que pode gerar tal tipo de decisão. Consequências que o STJ, em especial quando se fala em Tribunais Superiores com poder de formar precedentes judiciais, provavelmente não previu quando da tomada do *decisum*. Desta forma, serão analisadas essas consequências em duas etapas.

Primeiro, vê-se que a decisão fora tomada por um Tribunal Superior. Assim, é provável que na hipótese de ocorrência de casos semelhantes nas esferas regionais, haverá novas decisões que irão repetir o julgamento do STJ, acumulando-se outras decisões *contra legem*. Em verdade, tal fato já vem ocorrendo e, para se comprovar, expõe-se decisão do Tribunal de Justiça do Espírito Santo:

EMENTA. PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS DO DEVEDOR. INTEMPESTIVIDADE. AÇÃO DE IMPUGNAÇÃO AUTÔNOMA. RECURSO PROVIDO.

1. À luz da instrumentalidade das formas e do aproveitamento dos atos processuais, mesmo que os embargos sejam ofertados depois do prazo legal, devem ser admitidos, pois caso contrário, estaríamos violando o tão festejado princípio da razoável duração do processo.

2. Recurso provido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Desembargadores da QUARTA CÂMARA do Tribunal de Justiça do Espírito Santo, por maioria de votos, dar provimento ao recurso.¹⁵⁷

Interessante é mostrar trecho do voto vencido da Desembargadora Eliana Junqueira Munhos Ferreira, porquanto bem pondera pontos importantíssimos que julga impeditivos da superação da norma:

[...] a intempestividade dos embargos à execução opostos pelo apelante representa óbice ao conhecimento das matérias nele suscitadas, à míngua de questões de

¹⁵⁷ Apelação civil n. 011110089890, Relatoria do Desembargador Samuel Meira Brasil.

Disponível em:

<http://aplicativos.tjes.jus.br/sistemaspublicos/consulta_12_instancias/det_jurisp.cfm>. Acesso em: 21 de janeiro de 2014.

ordem pública que poderiam ser conhecidas, sob pena de fazer letra morta do disposto no artigo 738 do Código de Processo Civil, cuja nova redação conferida pela Lei nº 11.382/2006 determina a contagem do prazo de 15 (quinze) dias para interposição dos embargos à execução a partir da juntada aos autos do mandado de citação [...].

Dessa forma, entendo [que] os embargos apresentados fora do prazo legal devem ser liminarmente rejeitados, como versa o art. 739 do CPC, por faltar-lhe condição de procedibilidade que impede a apreciação do seu objeto, haja vista, repita-se, a ausência de matérias de ordem pública passíveis de conhecimento de ofício pelo julgador ou alegada mediante simples petição, em qualquer tempo ou grau de jurisdição. Ademais, superar a intempestividade dos embargos e determinar que seja recepcionado de outra forma, significaria até mesmo premiar a desídia do embargante, que já os havia opostos anteriormente e tivera sua inicial indeferida diante da não-quitação das custas respectivas no prazo legal, vindo a reiterá-los, em idênticos termos, de forma manifestamente intempestiva. Dessa forma, nenhum executado estará mais obrigado a observar o prazo de 15 (quinze) dias a que alude o artigo 739 do Código de Processo Civil, já que poderá, a qualquer tempo, ter sua extemporância insurgência recebida como outra via de impugnação (sem grifos no original).¹⁵⁸

As querelas são exatamente essas, o que acarreta a segunda observação.

A repetição desse tipo de decisão *contra legem* por certo levará em tornar morta a letra da lei dos artigos 738 e 739, I, do Código de Processo Civil, pois sempre será possível a proposição de ação autônoma de impugnação. O prazo estabelecido na norma processual perderá por completo a sua eficácia, malgrado seja válido e detentor de normatividade. Assim, o que ocorrerá será que sempre poderá o executado, a qualquer tempo, independentemente de prazo, ou opor embargos à execução ou propor ação autônoma, tornando irrelevante a lei processual. Percorrendo um campo ainda mais longínquo e talvez apenas imaginário, poderá acontecer que qualquer prazo processual seja desconsiderado por meio de ação autônoma, pois, seguindo-se a mesma lógica, se é possível a superação do prazo para os embargos, em uma análise de coerência, certamente poderá ser possível a superação de qualquer outra norma que estabeleça um prazo, como para a interposição de apelação ou agravo de instrumento. As razões de fundamentação são as mesmas, as consequências certamente também o serão.

O perigo da formação de precedentes universais é de que as instâncias inferiores os utilizem de maneira equivocada. A decisão do Superior Tribunal de Justiça, ainda que com ela não se concorde, ao menos estabeleceu critérios razoáveis, principalmente no que tange ao recebimento dos embargos como ação

¹⁵⁸ *Idem.*

autônoma. Já a decisão do Tribunal de Justiça do Espírito Santo admitiu os embargos intempestivos sem observar as mesmas condicionantes da decisão que foram observados pelo STJ. Apenas teceu que os mesmos deveriam ser recebidos, ainda que ultrapassado o prazo. Portanto, a ressalva que se faz é que a decisão *contra legem* pode se propagar de maneira muito distinta do que a originalmente promovida, sobretudo considerando que os embargos à execução possuem peculiaridades bem diferenciadas da ação autônoma, especialmente em relação à capacidade de suspensão da ação executiva.

Expõe-se outro caso concreto onde foram desrespeitadas normas de caráter processual como forma de exemplificar e se compreender a relevância que tem o devido processo legal contra as tiranias autoritárias, caso esse, salienta-se, com um grau de consequência incalculável. A notícia alocada abaixo retrata uma situação em que um juiz titular do interior do Estado da Bahia destituiu o poder familiar de 5 crianças, colocando-as de forma quase que imediata em poder de novas famílias, passando por cima daquilo que prevê o procedimento do Estatuto da Criança e do Adolescente. A seguir a conclusão alcançada pelo Conselho Nacional de Justiça:

De acordo com o corregedor-geral de Justiça do CNJ, ministro Francisco Falcão, o juiz não escutou os pais biológicos das crianças, e nem os avós paternos ou maternos, antes da concessão da guarda para as famílias de São Paulo. Os familiares dos menores só foram ouvidos um ano depois, quando o juiz Luiz Roberto Cappio assumiu a revisão do caso. Falcão ainda apontou que o processo apresenta falhas graves, e que não cumpriu, com exatidão e serenidade, os dispositivos legais e atos de ofícios, como deveria ter sido feito (sem grifos no original).¹⁵⁹

Fato é que, o juiz original do caso, em flagrante decisão *contra legem*, retirou do lar 5 menores e os levou a adoção sem respeitar um mínimo do formalismo processual existente. Uma situação como essa serve para demonstrar o quão grave uma mera decisão contrária à lei processual e violadora do princípio do devido processo legal pode ser, podendo causar consequências talvez irreparáveis, uma vez que até então não se sabe se o magistrado possuía alguma outra intenção por trás da atitude tomada. A questão para essa dissertação é a

¹⁵⁹ Matéria disponível em: <<http://www.bahianoticias.com.br/justica/noticia/47089-monte-santo-cnj-afasta-juiz-que-autorizou-adoacao-irregular-de-cinco-criancas.html>>. Acesso em: 22 de janeiro de 2014.

relevância que tem uma norma processual bem como a conclusão de que a sua observação deve ser dada na máxima medida possível, sob pena de se verem atingidos os mais variados direitos, como o devido processo, a segurança jurídica e, como no caso, a dignidade da pessoa humana.

4.2

O caso da execução judicial de boletos bancários

Ocorrem casos no ordenamento jurídico em que uma decisão *contra legem* processual é possível, devendo ser produzida de modo a satisfazer a plena tutela jurisdicional, como na passagem que se segue:

EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. DUPLICATA VIRTUAL. PROTESTO POR INDICAÇÃO. BOLETO BANCÁRIO ACOMPANHADO DO COMPROVANTE DE RECEBIMENTO DAS MERCADORIAS. DESNECESSIDADE DE EXIBIÇÃO JUDICIAL DO TÍTULO DE CRÉDITO ORIGINAL.

1. As duplicatas virtuais – emitidas e recebidas por meio magnético ou de gravação eletrônica – podem ser protestadas por mera indicação, de modo que a exibição do título não é imprescindível para o ajuizamento da execução judicial. Lei 9.492/97.
2. Os boletos de cobrança bancária vinculados ao título virtual, devidamente acompanhados dos instrumentos de protesto por indicação e dos comprovantes de entrega da mercadoria ou da prestação dos serviços, suprem a ausência física do título cambiário eletrônico e constituem, em princípio, títulos executivos extrajudiciais.¹⁶⁰
3. Recurso especial a que se nega provimento.¹⁶⁰

O caso acima traz uma decisão que está em desacordo com a norma processual, visto que permite a execução judicial de um documento que não está no rol dos títulos executivos extrajudiciais. O juiz, portanto, pode ser considerado como um tomador de decisões ou optante pelo modelo *particularismo sensível às regras* ou, a depender da complexidade dos seus fundamentos, pelo *positivismo presumido*. O rol encontra-se disciplinado no artigo 585 do Código de Processo Civil:

Art. 585. São títulos executivos extrajudiciais:

¹⁶⁰ Recurso Especial 1.024.691 – PR, Relatoria da Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=14331545&sReg=200800151835&sData=20110412&sTipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 23 de janeiro de 2014.

I - a letra de câmbio, a nota promissória, a duplicata, a debênture e o cheque [...] (Brasil, 2013d);¹⁶¹

Percebe-se que a decisão é *contra legem* porquanto permitiu que um título que legalmente não é considerado executivo possa ser demandado de acordo com o procedimento judicial referente aos títulos executivos extrajudiciais. Dessa forma, assim como fora feito no caso dos embargos à execução, será traçada uma linha ponderativa de resolução de tensão a fim de examinar se a solução tomada pelo Tribunal está correta ou incorreta.

Tensão: de um lado encontra-se o artigo 585 do Código de Processo Civil, onde consta rol dos títulos extrajudicialmente executáveis e, do outro, pese a que não tenha sido apontado pelo Tribunal, pode ser apontado o princípio da efetividade.

Razão de ser da regra: a regra em questão disciplina quais são os documentos extrajudiciais que podem ser objeto de execução judicial. Ela é importante para facilitar a cobrança de alguma dívida que fora formalmente contraída, tendo como pressupostos a certeza, a liquidez e a exigibilidade. Esclarece-se que o processo de execução é mais célere e efetivo do que o processo de cobrança, razão pela qual é dada a alguns documentos específicos a possibilidade de serem executáveis, o que facilita e desembaraça a prestação da tutela jurisdicional. Portanto, a razão de ser específica dessa regra é a de facilitar e agilizar a cobrança judicial sem que seja necessário se instaurar um processo de conhecimento, com presunção de que esses documentos têm legitimidade e validade para tanto. Explica-se que o artigo trata de um rol taxativo e não

¹⁶¹ Segue rol completo conforme disposto no CPC:

Art. 585. São títulos executivos extrajudiciais:

- I - a letra de câmbio, a nota promissória, a duplicata, a debênture e o cheque;
- II - a escritura pública ou outro documento público assinado pelo devedor; o documento particular assinado pelo devedor e por duas testemunhas; o instrumento de transação referendado pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública ou pelos advogados dos transatores;
- III - os contratos garantidos por hipoteca, penhor, anticrese e caução, bem como os de seguro de vida;
- IV - o crédito decorrente de foro e laudêmio;
- V - o crédito, documentalmente comprovado, decorrente de aluguel de imóvel, bem como de encargos acessórios, tais como taxas e despesas de condomínio;
- VI - o crédito de serventário de justiça, de perito, de intérprete, ou de tradutor, quando as custas, emolumentos ou honorários forem aprovados por decisão judicial;
- VII - a certidão de dívida ativa da Fazenda Pública da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, correspondente aos créditos inscritos na forma da lei;
- VIII - todos os demais títulos a que, por disposição expressa, a lei atribuir força executiva (Brasil, 2013d).

meramente exemplificativo. Portanto, a regra é imperiosa no sentido de que somente aqueles citados diplomas podem dar causa à execução. Elucida-se que a regra existe também com fins de se dar segurança para as partes, pois, caso possuam alguns dos títulos mencionados, poderão com eficiência executá-los, sabendo ainda que a matéria de defesa da parte contrária será somente aquela adstrita à impugnação, não cabendo defesa ou discussão em relação ao mérito da dívida em si mesma. Nesses termos, tem-se como predicado fático da regra *ter um título extrajudicial* e, como consequente, a conclusão de que, *caso a parte possua um título extrajudicial, poderá promover diretamente uma execução judicial*.

Razão de ser do princípio da efetividade da tutela jurisdicional: esse princípio tem como condão tornar a prestação da tutela jurisdicional mais efetiva, eficiente. Tem como núcleo de sentido assegurar que o serviço judicial seja oferecido de forma efetiva, seja disposto de forma a sempre se tentar, por meio da tutela, alcançar o direito material.

Fundamentação e razões: de acordo com todo o exposto, a situação de tensão existente está entre o artigo do Código de Processo Civil que não disciplina o boleto bancário como uma espécie de título executivo extrajudicial e o princípio da efetividade,¹⁶² que prevê a prestação da tutela jurisdicional na máxima medida possível. Primeiro ponto a esclarecer é que o boleto bancário não se confunde com duplicata.¹⁶³ Portanto, não um é título de crédito e, em princípio, não é possível levá-lo a protesto, tampouco executá-lo judicialmente. Ocorre que boa parte dos cartórios nacionais aceitou que sejam levados a protesto os referidos boletos, pelo que não tardou que ações de execução fossem promovidas com base nesses títulos de cobrança, malgrado não constituíssem títulos de crédito. Dessa forma, a tensão pode ser verificada no fato de que relevante quantidade das transações comerciais se baseia não nos títulos de crédito legalmente descritos, mas em boletos bancários regulamentados pelo Banco Central.¹⁶⁴ Fato é que no mesmo sentido e seguindo a orientação legal, grande parte das transações comerciais não poderiam

¹⁶² “[...] os institutos e as regras processuais devem ser observados como regra, mas afastados quando, excepcionalmente, não forem capazes de proporcionar o atingimento do fim a que se destinam, qual seja, o de garantir a tutela efetiva do direito material”. Para Guilherme Perez de Oliveira esse entendimento advém de uma leitura constitucional do processo civil em que a busca pela efetivação dos direitos ocorre em detrimento da concepção do formalismo processual como fim em si mesmo (Oliveira, 2013, p. 31).

¹⁶³ O boleto bancário não possui os requisitos dispostos na Lei 5.478/1968.

¹⁶⁴ Carta circular nº 002414, editada em 07-10-1993, complementada pela circular nº 003255, de 31-08-2004, por exemplo.

ser protestadas¹⁶⁵ e muito menos executadas. Percebe-se que o artigo 585 do Código de Processo Civil, como relatado, tem como razão de ser regular os títulos que estipula como executivos, objetivando, com isso, tornar efetiva e segura a tutela jurisdicional. Contudo, quando colocados os boletos bancários em xeque, vê-se que o referido artigo vai de encontro com aquilo que possui como causa de justificação, que é tornar efetiva a busca pelo direito material. Talvez não originalmente, mas sem dúvida a regra em questão se tornou objeto do fenômeno da subinclusão, haja vista que há fundamentos suficientes para dispor o boleto bancário entre as opções dos títulos executivos extrajudiciais, assim como os títulos de crédito. Diferente do que normalmente acontece com casos isolados, nesse em específico a possibilidade de se admitir de forma *contra legem* a execução de um título que não é extrajudicial, desde que cumpridos alguns requisitos, traz um número de benefício muito maior e um risco muito menor do que se for negada essa possibilidade. A justificação do artigo é, por meio de um procedimento específico, possibilitar efetivamente a segurança da cobrança de um crédito. Portanto, a não permissão da utilização do procedimento executivo justamente por conta do artigo faz o mesmo ir de encontro à sua razão de ser, uma vez que, como dito, atualmente grande parte dos créditos são constituídos não pelos títulos de créditos, mas pelos boletos bancários.

Conclusão: enquanto uma nova legislação não entrar em vigor, a fim de atualizar a regra às necessidades das transações comerciais, cabe ao poder judiciário responder às questões que lhe são oferecidas, como essa em apreço. Duas são as possibilidades de decisão: uma de acordo com a lei, concluindo pela não possibilidade de execução do boleto bancário, deixando de fazer uma contraprestação a todos aqueles que são de alguma forma credores e que, em virtude da modernização do sistema bancário e comercial, não podem executar seu crédito. Restaria a eles apenas morosas ações de cobrança para que tão somente depois possam executar o título. Ou, como aqui se propõe, promover uma decisão *contra legem* com fins a se aceitar a execução do boleto bancário, mas desde que seja atrelado a execução certos requisitos referentes aos demais títulos executivos extrajudiciais. Enaltecendo-se, por fim, que a criação dessa

¹⁶⁵ A análise aqui se concentra na execução do boleto bancário, ou seja, de cunho meramente processual, pelo que não se atenta profundamente na questão da possibilidade ou não de protesto do boleto bancário.

cláusula de exceção é atinente tão somente à peculiaridade do caso concreto de modo a formar precedente judicial somente em relação às situações rigorosamente iguais. Como fundamento tem-se os princípios da efetividade, da segurança jurídica e a regulamentação dos boletos bancários, uma vez que o risco para a efetivação da prestação da tutela é maior para o não aceite da demanda, mas consideravelmente menor na hipótese de aceitação da lide.

No caso em tela viu-se que a situação encontra-se em uma das raríssimas hipóteses em que a decisão *contra legem* é necessária porquanto o poder judiciário deve promover meios de eficientemente assegurar a busca pela tutela jurisdicional, sem que, com isso, comprometa os princípios do devido processo legal e, principalmente, da segurança jurídica. Assim, solidificar um entendimento de que é possível a execução de boletos bancários é um caminho alternativo para suprir a morosidade legislativa de inclusão destes no rol dos títulos executivos extrajudiciais, o que, por força do avanço do sistema comercial, não poderá tardar a ocorrer.

4.3

Caso curioso. Declarado morto pessoa viva em aplicação irresponsável da regra: uma decisão *contra legem* recomendável

Até agora, nessa parte de análise prática de casos reais, foram expostos dois exemplos, um em que fora promovida uma decisão *contra legem*, mas com a qual não se concorda em todos os termos (embargos à execução) e outro em que se concorda com a decisão *contra legem* proferida (execução judicial de boleto bancário). No entanto, o caso a seguir refere-se a uma situação em que seria bastante razoável decidir *contra legem*, mas que, em contrário, o juiz julgou exatamente de acordo com a lei.

Esse fato trata-se de uma situação ocorrida no Estado de Ohio, Estados Unidos da América, em que o cidadão Donald Eugene Miller Jr. foi legalmente declarado morto em 1994, por requerimento de sua esposa e em virtude de seu desaparecimento desde 1986. Ocorre que no ano de 2013, Donald reapareceu, voltou para o seu Estado e requereu judicialmente a declaração de que estava vivo. O juiz Allan Davis, processo n. 19940150, decidiu da seguinte maneira:

Este assunto veio perante o Tribunal em 07 de Outubro de 2013, por meio do requerimento do Réu protocolado em 15 de agosto de 2013, buscando a reforma e/ou outras medidas do julgamento deste Tribunal de Justiça ocorrido em 31 de maio de 1994, que declarou o Réu, Donald Eugene Miller Jr., morto. [...]. A Autora esteve presente com seu advogado, James A. Hammer, e o Réu esteve presente com seu advogado, Francis M. Marley Jr. O Tribunal ouviu os argumentos do conselho e, da mesma forma, o testemunho do Réu sob juramento também foi recebido. Com base nas evidências e argumentos perante o Tribunal, o Tribunal considera que ele não tem uma base legal ou equitativa para a concessão do requerimento do Réu. O Tribunal considera ainda que a O.R.C. Seção 2.121,08 (A) aplica-se aqui e estabelece que o pedido do Réu não foi tempestivo, eis que não foi dentro do período de 3 (três) anos exigido pelo referido estatuto. Com base nos resultados anteriores, é ordenado, julgado e decretado que o requerimento do Réu protocolado em 15 de agosto de 2013 será por este meio negado. Assim, a decisão judicial deste Tribunal de Justiça de 31 de maio de 1994 permanece em pleno vigor e efeito. Custas pelo Réu (tradução livre).¹⁶⁶

Pelo exposto, visualiza-se que o juiz Allan Davis decidiu de forma bastante inesperada ao confirmar a decretação de morto de Donald Miller, pessoa viva, pois, conforme narrado, este requereu a declaração de que era vivo após o prazo de três anos estipulado pela Lei do Estado de Ohio. A seguir expõe-se a referida regra:

2.121,08 Administrando propriedade quando o decreto desocupado.

(A) O tribunal de sucessões pode a qualquer momento dentro de um período de três anos a partir da decisão que institui a morte de uma pessoa presumidamente falecida, mediante comprovação satisfatória perante o tribunal de que o falecido presumido é de fato vivo, reverter a declaração que institui a presunção de morte (tradução livre).¹⁶⁷

¹⁶⁶ Inteiro teor no original: “This matter came before the Court on October 7, 2013, upon Defendant's Motion filed on August 15, 2013 seeking the vacating and/or other relief from the judgment entered by this Court on May 31, 1994 declaring the Defendant, Donald Eugene Miller, Jr., to be deceased. Also before the Court was Plaintiff's Motion seeking the dismissal of Defendant's Motion filed on September 23, 2013. Plaintiff's was present with her attorney, James A. Hammer, and Defendant was present with his attorney, Francis M. Marley, Jr. The Court heard arguments of counsel and sworn testimony of the Defendant was also received. Based upon the evidence and arguments before the Court, the Court finds that it does not have a legal or equitable basis upon which to grant Defendant's Motion. The Court further finds that O.R.C. Section 2121.08(A) applies herein and provides that Defendant's Motion was not timely filed within the three (3) year period required by said statute. Based upon the foregoing findings, it is ORDERED, ADJUDGE AND DECREED that Defendant's Motion filed on August 15, 2013 shall be and hereby is denied. Accordingly, this Court's Judgment Entry on May 31, 1994 remains in full force and effect. Costs to Defendant”. (Probate Court Hancock County, Juiz Allan H. Davis, processo n. 19940150. Disponível em: <<http://probate.co.hancock.oh.us/cgi-bin/pdocket.cgi?pre=PC&num=19940150&sub=&type=PC>>. Acesso em: 02 de fevereiro de 2014).

¹⁶⁷ Inteiro teor no original: “2121.08 Administering estate when decree vacated.

(A) The probate court may at any time within a three-year period from the date of the decree establishing the death of a presumed decedent, upon proof satisfactory to the court that the presumed decedent is in fact alive, vacate the decree establishing the presumption of death. After the decree has been vacated all the powers of the executor or administrator of the presumed

Verifica-se que aparentemente, inclusive por uma análise apenas superficial, essa decisão não foi razoável, pelo que se verifica clara situação de tensão, razão pela qual a metodologia de resolução de conflitos será aplicada nos mesmos moldes dos casos anteriores. Antes, entretanto, explica-se que a análise é exclusiva a esse caso. Isso significa que não houve uma intensificação no sentido de se averiguar se esse tipo de decisão é comum ou se há precedentes no direito Norte-Americano no mesmo sentido. A intenção é apenas a de analisar um caso que chama atenção por conta da sua peculiaridade, principalmente a luz dos princípios constitucionais existentes dentro de um Estado Democrático de Direito.

Tensão: a situação de tensão se mostra latente. Não é razoável declarar morta uma pessoa viva. Assim, o conflito pode ocorrer em vários aspectos, mas aqui será reduzido apenas entre a regra que estipula o prazo de três anos para o Tribunal reverter a declaração de morte e o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Razão de ser da regra: a regra em questão trata de um prazo de 3 anos para que o Tribunal possa rever a decisão que decretou a morte presumida. Tem provavelmente como razão de ser fazer com que a decisão judicial transite em julgado em um período específico, trazendo com isso segurança jurídica e econômica para a família do falecido presumido. Traz como justificção possibilitar, dentro do prazo de três anos, uma rediscussão sobre o desaparecimento do falecido, possuindo natureza jurídica semelhante à da ação rescisória. Visa impedir, ainda, após o decurso legal do prazo, nova rediscussão, garantido, portanto, um julgamento definitivo do feito. Em geral e abstratamente, é fundada ainda no princípio do devido processo legal procedimental. Para complementar, expõe-se como predicado fático da regra a *decretação de morte presumida* e, como consequente, a conclusão de que *o tribunal pode, em até três anos, reverter a decretação de morte presumida*.

decendent cease, but all proceedings had and steps taken with respect to the administration of the estate of the presumed decedent prior to the vacating of the decree remain valid. The executor or administrator of the estate of the presumed decedent who is found to be alive shall settle the account of the executor's or administrator's administration down to the time of the vacating of the decree and shall transfer all assets remaining in the possession or under the control of the executor or administrator to the person for whom the executor or administrator is acting, or to that person's authorized agent or attorney” (Ohio, 2014).

Razão de ser do princípio da dignidade da pessoa humana: como disposto acima, o conflito aqui será traçado com o princípio da dignidade da pessoa humana. Nesse segmento, buscar a razão de ser ou o núcleo de sentido do princípio da dignidade da pessoa humana é quase que tender ao infinito, motivo pelo qual vários outros princípios têm na dignidade fundamento último de existência. Pode ser subsumido como a própria concretização dos valores supremos de igualdade, liberdade, justiça e fraternidade, afirmando-se como o “*principal critério substantivo na direção da ponderação de interesses constitucionais*” (Sarmiento, 2002, p. 74).¹⁶⁸

Fundamentação e razões: a decisão tomada pelo juiz Allan Davis foi fundamentalmente de acordo com a legislação vigente no Estado de Ohio. Não admitiu a resignação de sentença declaratória de morte presumida, eis que ultrapassado o lapso temporal de três anos que permitiria a alteração do julgado, ainda que a parte ré da demanda veridicamente se encontrasse viva. No entanto, claro é que surpreende, ainda que protegido pela lei, que uma pessoa com vida seja declarada morta. A razão de ser da regra, no caso, é menor do que a razão de ser do princípio. Ainda que a regra disponha de prazo de três anos para que o Tribunal possa alterar o decreto que declarou a morte presumida, é provável que os legisladores não previram a possibilidade de que uma pessoa ainda pudesse se encontrar viva depois de tantos anos. A aplicação da regra não corresponde a sua razão de ser, que seria a de dar uma resposta definitiva ao processo e segurança jurídica e econômica à família. Contudo, para a regra, do outro lado, não haveria um réu, mas um morto. Como a peculiaridade do caso apresenta não pessoa morta, mas pessoa viva, não pode a essa serem negados todos os direitos de um cidadão, pois ainda que assim determine a norma, a dignidade da pessoa humana, adjunto a todos os seus consectários, deve prevalecer. A decisão do juiz não retira a vida biológica do cidadão, mas tão somente os atributos fundamentais desta, o direito jurídico de viver, direitos da personalidade jurídica. Como pode uma pessoa viver, mas ser legalmente morta? O juiz em questão é consignatário do grupo dos tomadores de decisão do modelo formalista. Para ele, o predicado fático da regra deve ser obedecido absolutamente, independente das circunstâncias

¹⁶⁸ Ou, conforme preceitua Teresa Negreiros, a dignidade da pessoa humana é a própria *razão de ser* do sistema jurídico-constitucional (Negreiros, 1999, p. 353).

condicionantes e da justificação da regra. No caso, o devido processo legal do Estado deve ser afastado com viés a proteger o devido processo legal da parte, eis que, ao se observar a regra, viola-se toda uma gama de direitos processuais constitucionais e fundamentais do falecido presumido, motivo que leva tendentemente a sobrepujar as razões de reversão da situação e declará-lo como vivo do que a mantê-lo como morto.

Conclusão: em qualquer caso, a preferência de aplicação sempre é concedida às regras jurídicas, haja vista que o legislador fora responsável por ponderar grande parte das situações possíveis e previsíveis em seu processo de criação. No entanto, há casos que fogem dessa conjectura, encaixando-se em uma situação que não fora prevista pelo legislador no momento de criação das regras. Logo, nessas situações, não houve uma correta ponderação. O caso em apreço certamente configura a hipótese dos *casos trágicos* de Manuel Atienza, cujos possuem propensão a ensejarem decisões *contra legem*. Provavelmente o legislador jamais consentiria uma hipótese de declarar que uma pessoa viva possa estar legalmente morta. É caso de sobreinclusão da regra, uma vez que essa, pragmaticamente, teve abrangência maior do que a prevista. Considerando que a regra é sobreinclusiva, e que, no caso, as condições de superação da regra – asseguradas pela dignidade da pessoa humana –, são mais relevantes do que a própria existência da regra, deve ser aberta uma cláusula de exceção de aplicação da mesma para que, com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana e seus corolários, se afaste a incidência casuística da regra e seja possível ao Tribunal reverter a decretação de morte presumida do réu, uma vez que o mesmo se encontra vivo, inserindo-o novamente no contexto jurídico atinente às pessoas vivas.

Nesse caso provavelmente há condições de se utilizar da técnica de ponderação¹⁶⁹ sem que com isso se despreste totalmente todas as normas envolvidas, pelo menos em relação às suas causas de justificação. Como dito, a razão de ser da regra que estipula o prazo de 3 anos para que o Tribunal possa se manifestar sobre a declaração de morte provavelmente tem como intenção resguardar segurança jurídica e econômica para a família do desaparecido,

¹⁶⁹ Pode ser atribuída uma dimensão de peso à regra da forma como dispõe Humberto Ávila, de modo a permitir ponderar as razões e as contrarrazões da regra e de sua justificação.

protegendo os direitos de herança e de propriedade. Nesse ínterim, uma decisão que embora reconsiderasse a decretação de morte presumida, resguardasse a sucessão implementada, seria bastante razoável. Atenderia ao pleito do réu declarando-o vivo sem que com isso se comprometesse o direito adquirido de sucessão de sua família.

5 Conclusão

Foram percorridos nessa dissertação diversos temas com o fim de se tentar entender o que de fato é a decisão *contra legem*. Em um primeiro momento foi demonstrado como a doutrina visualiza a questão, pelo que se percebeu que muito pouco se debate sobre ela, principalmente considerando que cada autor dá um enfoque diferente. Portanto, concluí-se que ainda não pode se falar em doutrina consolidada. Em um segundo momento foi trazido a abrangência do termo pela jurisprudência, o que fez verificar que os tribunais tentam ao máximo evitá-las e, sempre tecendo que não é cabido no ordenamento decidir de forma a desobedecer a lei, muito embora, conforme se viu no último capítulo, não são poucos os casos em que há verdadeiramente julgamentos *contra legem*.

A hipótese de cabimento da decisão *contra legem* foi estabelecida diante dos casos difíceis e dos casos trágicos, sendo que são as antinomias entre as regras e os princípios que normalmente inferem nesses dois tipos de caso, o que configura a aqui chamada *situação de tensão*. Tensão, portanto, é uma situação peculiar que faz com que o tomador de decisões reflita no sentido de averiguar se realmente a opção pela utilização da regra é a melhor solução para o caso concreto, uma vez que não identificada correspondência entre a hipótese de incidência da regra e a sua razão de ser, o que remete as experiências recalcitrantes de Schauer. Essa reflexão deve ser dada por meio da técnica de ponderação que, seguindo as orientações de Humberto Ávila, pode e deve ser acionada para se solucionar as hipóteses de conflito normativo, seja princípio contra princípio, regra contra regra, ou ainda princípio contra regra, pois se trata do sopesamento de razões e contrarrazões referentes ao caso.

Em seguida, viu-se que para se superar a regra e encontrar a tensão do caso, é necessário identificar qual a sua razão de ser, decompondo-a entre predicado fático e consequente. Mais especificamente, como o presente trabalho trata de questões atinentes à regra processual, foi intensificado o estudo sobre as regras exclusivamente procedimentais, primeiro considerando-as como um todo, encontrando-se as suas razões de ser mediatas e, em segundo, por exemplos foram analisadas regras específicas, onde se constatou as razões de ser imediatas. Daí se concluiu que os princípios do devido processo legal e da segurança jurídica

fundamentam o regramento processual e, por essa razão, os mesmos também devem ser sopesados adjunto à lei processual. Isso significa que quando se afasta a incidência de uma regra processual, conseqüentemente são violados os princípios supracitados.

Ao final foram expostos casos concretos em que foram analisadas decisões *contra legem* proferidas por tribunais. Para tanto, nessa abordagem foi inserido todo o contexto teórico abrangido nesse trabalho, sendo ponderados os fatores – princípios e regras – de cada lado do conflito normativo, inclusive em relação à análise específica da razão de ser da regra a ser afastada e dos princípios a serem utilizados. Feito isso, foi possível verificar se a correção das regras e a fundamentação utilizada foi suficiente, razoável e adequada ao caso concreto.

Portanto, o que se extrai como principal conclusão dessa dissertação é que a decisão *contra legem* somente deve ser usada em situações excepcionais, em que pode ser verificada uma peculiaridade do caso concreto tamanha que cause uma situação de tensão. Isso infere que nas ocorrências em que a hipótese de incidência da regra corresponde à sua causa de justificação, não há o que se falar em decidir de forma contrária à lei. Esse é um critério mínimo que se propõe, que só é possível decidir *contra legem* nos casos em que a aplicação da regra não corresponde à sua razão de ser. O que não significa que é obrigatório decidir dessa forma. Essa proposta dita que se for verificado no caso essa situação de tensão, o tomador de decisões deve se utilizar da técnica de ponderação de modo a sopesar todas as razões e contrarrazões que envolvem a questão. Mais importante do que a decisão em si é a conclusão de que devem ser consideradas todas as cartas do jogo, isto é, todos os fatores, condições e circunstâncias que advém do caso concreto. Logo, a decisão tomada sempre vai ser de cunho personalíssimo, que vai se dá de acordo com o grau de preferência do juiz aos princípios e a tendência do mesmo na forma de decidir, cuja pode ser constada conforme os modelos de tomada de decisão.

6

Referências bibliográficas

ABRAHAM, H.J.; PERRY, B. A. **Freedom and the court: civil rights & liberties in the United States.** 6ª ed. Oxford: Oxford University Press, 1994.

ALCHOURRÓN, C.; BULYGIN, C. **Sobre la existencia de las normas jurídicas.** Ciudad del México: Fontamara, 1997.

ALEXY, R. Direitos fundamentais no Estado Constitucional Democrático. Tradução de Lauís Afonso Heck. **Revista de direito Administrativo.** v. 217. p. 55-66. Jul.-Set. 1999.

_____. **Teoria da argumentação jurídica:** A teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. Revisão técnica introdução à edição brasileira Cláudia Toledo. São Paulo: Landy Editora, 2005.

_____. **Teoria dos direitos fundamentais.** Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. Título original: Theorie der grundrechte.

_____. **Conceito e validade do direito.** Tradução Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

ÁVILA, H. **Teoria dos princípios:** da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 13ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012.

ATIENZA, M. **As razões do direito:** teorias da argumentação jurídica. Tradução Maria Cristina Guimarães Cupertino. 3ª ed. São Paulo: Landy, 2006a.

_____. **El derecho como argumentación:** concepciones de la argumentación. Barcelona: Ariel Derecho, 2006b.

_____. Los limites de la interpretación constitucional: de nuevo sobre los casos trágicos. **Constitucionalidad y decisión judicial.** Disponível em: <<http://bib.cervantesvirtual.com/FichaObra.html?Ref=15818>>. Acesso em: 05 de agosto de 2013.

BARCELLOS, A. P. D. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais:** o princípio da dignidade da pessoa humana. 2ª ed. amplamente rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROSO, L. R.; BARCELLOS, A. P. D. **A nova interpretação constitucional:** ponderação, argumentação e papel dos princípios. Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da constituição. George Salomão Lei (coord.) 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2008.

BASTOS, C. R.; MARTINS, I. G. **Comentários à Constituição do Brasil:** promulgada em 05 de outubro de 1988. Arts. 5 a 17. v. 2. São Paulo: Saraiva, 1989.

BASTOS, C. R.; MARTINS, I. G. **Comentários à Constituição do Brasil:** promulgada em 05 de outubro de 1988. Arts. 5 a 17. v. 2. 2ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2001.

BEDAQUE, J. R. D. D. **Efetividade do processo e técnica processual.** 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BONICIO, M. J. M. **Proporcionalidade e processo:** a garantia constitucional da proporcionalidade, a legitimação do processo civil e o controle das decisões judiciais. São Paulo: Atlas, 2006.

BRASIL. Lei 3.071 de 1º de janeiro de 1916. Institui o Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 1º jan. 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm>. Acesso em: 19 de dezembro de 2013a.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 25 de abril de 2013b.

BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Institui a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 4 set. 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 09 de setembro de 2013c.

BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 11 jan. 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869.htm>. Acesso em: 27 de outubro de 2013d.

BRASIL. VI Jornada de Direito Civil. **Centro de Estudos Judiciários do Conselho Federal de Justiça.** Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/vijornada.pdf>>. Acesso em: 11 de novembro de 2013e.

BRASIL. Projeto de Lei 8.046/2010. **Institui o projeto do novo Código de Processo Civil.** Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=0FB150B29863F13C207D4B4507674674.node2?codteor=831805&filename=PL+8046/2010>. Acesso em: 13 de dezembro de 2013f.

BRASIL. Constituição (1967). Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969. **Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967.** Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 19 de dezembro de 2013g.

BUSTAMANTE, T. D. R. D. **Argumentação *contra legem***: a teoria do discurso e a justificação jurídica nos casos *mais* difíceis. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. Princípios, regras e conflitos normativos: uma nota sobre a superabilidade das regras jurídicas e as decisões *contra legem*. Direito, Estado e Democracia. Rio de Janeiro. **Revista Semestral do departamento de direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro**. n. 37, p. 152 à 180. Jul. – Dez. 2010.

CALAMANDREI, P. **Eles, os juízes, vistos por nós, os advogados**. Tradução de Ary dos Santos. 7ª ed. Lisboa: Livraria Clássica Editora, 1997.

CANARIS, C. W. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Introdução e tradução de A. Menezes Cordeiro. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CANAS, V J. F P. Os efeitos das decisões do Tribunal Constitucional: a garantia da segurança jurídica, da equidade e do interesse público. **Revista brasileira de Direito Constitucional**. n. 2. p. 225 – 239. Jul. – Dez. 2003.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2000.

CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Fabris Editor, 1988.

CARDOZO, B. N. **A natureza do processo judicial**: palestras proferidas na universidade de Yale. Tradução Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2004. Título original: The nature of the judicial process.

CARNELUTTI, F. **Teoria geral do direito**. Tradução A. Rodrigues Queiró. São Paulo: 1942.

CASTRO, C. R. S. **O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

CEZAR, F. G.; ABRANTES, P. C. C. Princípio da precaução: considerações epistemológicas sobre o princípio e sua relação com o processo de análise de risco. Embrapa. **Cadernos de Ciência & Tecnologia**, Brasília, v. 20, n. 2, p. 225-262, Maio - Ago. 2003. Disponível em: <<http://seer.sct.embrapa.br/index.php/cct/issue/view/259>>. Acesso em: 02 de outubro de 2013.

CIANCIARDO, J. **El principio de razonabilidad**: del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad. Buenos Aires: Ábaco de Rodolfo Depalma, 2004.

COUTURE, E. **Las garantías constitucionales del proceso civil**: estudios de derecho procesal civil. 2ª ed. Buenos Aires: Depalma, 1978.

DÓRIA, A. R. S. **Direito constitucional tributário e “due process of law”**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

DWORKIN, R. **Levando os direitos a sério**. Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Título original: Taking rights seriously.

_____. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FERREIRA, G. A jurisprudência contra legem e sua posição no quadro teórico das fontes de produção normativa segundo o modelo jurídico romano-germânico. **Revista Prisma Jurídico**. São Paulo, v. 05, 2006, p. 99 – 111. Disponível em: <http://www.uninove.br/PDFs/Publicacoes/prisma_juridico/pjuridico_v5/prismajuridico_v5.pdf>. Acesso em: 15 de agosto de 2013.

GOLDSCHMIDT, W. **La ciencia de la justicia (dikelogia)**. 2ª ed. Buenos Aires: Depalma Buenos Aires, 1986.

GRINOVER, A. P. **O processo em sua unidade, 2**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

_____. **Novas tendências do direito processual**. Rio de Janeiro: Forense-Universitária, 1990.

GUERRA, S. **Hermenêutica, ponderação e colisão de direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

GUERRA FILHO, W. S. **Ensaio de teoria constitucional**. Fortaleza: Ed. Universidade Federal do Ceará, 1989.

HART, H. L. A. **O conceito de direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

HECK, L. A. **Dos princípios constitucionais**. Regras, princípios jurídicos e sua estrutura no pensamento de Robert Alexy. George Salomão Leite (coord.). 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2008.

KELSEN, H. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 8ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

KLIPPEL, R.; BASTOS, A. A. **Manual de processo civil**. Atualizado com a Lei 12.322/10. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

LAMAS, L. P. D. A. O Positivismo jurídico e a norma injusta. **Revista Âmbito Jurídico**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10466>. Acesso em: 02 de setembro de 2013.

LARENZ, K. **Derecho justo**: fundamentos de ética jurídica. Traducción de Luis Díez-Picazo. Madrid: Civitas, 1993.

_____. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução de José Lamego. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LIMA, M. R. O. **Devido processo legal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

MARINONI, L. G. **Segurança dos atos jurisdicionais (princípios da -)**. Disponível em: <http://www.marinoni.adv.br/baixar.php?arquivo=files_/Princ%C3%ADpio-da-Seguran%C3%A7a-dos-Atos-Jurisdicionais-MARINONI.pdf>. Acesso em: 10 de janeiro de 2014.

MARTINS, L. **Dos princípios constitucionais**. Da distinção entre regras e princípios e seus problemas epistemológicos, metodológicos e teórico-jurídicos. George Salomão Leite (coord.). 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2008.

MELLO, C. A. B. D. **Curso de direito administrativo**. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G. **Curso de direito constitucional**. 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

MENDONÇA, P. R. S. **A argumentação nas decisões judiciais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

MORAES, A. D. **Direito constitucional**. Atualizada com a reforma do judiciário (EC n. 45/04) 17ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MOREIRA, J. C. B. **Temas de direito processual**. Nona série. São Paulo: Saraiva, 2007.

NERY JUNIOR, N. **Teoria geral dos recursos**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004a.

_____. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 8ª ed. rev. atual. e ampl. com as novas súmulas do STF e com análise sobre a relativização da coisa julgada. Coleção estudos de direito de processo Enrico Tullio Liebman. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004b.

NEGREIROS, T. Dicotomia Público-Privado frente ao problema da colisão de princípios. *In Teoria dos direitos fundamentais*. Org. Ricardo Lobos Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

NINO, C. S. **Derecho, moral y política**: una revisión de la teoría general del Derecho. Barcelona: Ariel Derecho, 1994.

OHIO, **Ohio Revised Code**. Chapter 2121: Presumed Decedents' Law. Disponível em: <<http://codes.ohio.gov/orc/2121>>. Acesso em: 03 de fevereiro de 2014.

OLIVEIRA, C. Devido processo legal. **Revista de direito constitucional e internacional**, ed. revista dos tribunais, ano 8, n. 32, p. 176-192, Jul.- Set. 2000.

OLIVEIRA, G. D. P. **Adaptabilidade judicial**: a modificação do procedimento pelo juiz no processo civil. São Paulo: Saraiva, 2013.

PAMPLONA, D. A. **Devido processo legal**: aspecto material. Curitiba: Juruá Editora, 2004.

PASSOS, J. J. C. D. **Direito, poder, justiça e processo**: julgando os que nos julgam. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

PERELMAN, C. **Ética e direito**. Tradução Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

RAWLS, J. **O liberalismo político**. Tradução Dinah de Abreu Azevedo. 2ª ed. São Paulo: Ática, 1993.

REALE, M. **Lições preliminares de direito**. 27ª ed. ajustada ao novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2002.

RICOEUR, P. **O justo 1**: a justiça como regra moral e como instituição. Tradução Ivone C. Benedetti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008a.

_____. **O justo 2**: justiça e verdade e outros estudos. Tradução Ivone C. Benedetti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008b.

SANCHÍS, L. P. **Justicia constitucional y derechos fundamenales**. Madrid: Trota, 2003.

SARLET, I. W. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição do retrocesso social no Direito Constitucional brasileiro. **Revista de direito constitucional e internacional**. n. 58. p. 5 - 48. Jan. - Mar. 2007.

SARMENTO, D. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

SCHAUER, F. **Playing by the Rules**: A philosophical Examination of Rule-Based Decisions-Making in Law and in Life. Oxford: Oxford University Press, 2002.

_____. La categorización, en el derecho y en el mundo. **Cuadernos de Filosofía del Derecho**. n. 28, p. 307-320, 2005.

SILVA, J. A. D. **Curso de direito constitucional positivo**. Revista e atualizada nos termos da Reforma Constitucional (até a emenda constitucional n. 20 de 15.12.1998. São Paulo: Malheiros, 1999.

SILVEIRA, P. F. **Devido processo legal**. Due process of law. 2ª. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

_____. **Freios & Contrapesos (Checks and balances)**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

_____. **Devido processo legal**. Due process of Law. 3ª ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

STRUCHINER, N. **Para Falar de Regras: O Positivismo Conceitual como Cenário para uma Investigação Filosófica acerca dos Casos Difíceis do Direito**. 2005. 191 f. Tese (Doutorado) – Filosofia, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2005.

_____. O direito como campo de escolhas: por uma leitura das regras prescritivas como relações. **Nas fronteiras do formalismo: a função social da dogmática jurídica hoje**. Org. José Rodrigo Rodriguez e outros. São Paulo: Saraiva, 2010.

TAVARES, A. R. **Curso de direito constitucional**. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

THEODORO JÚNIOR, H. **A execução de sentença e a garantia do devido processo legal**. Rio de Janeiro: AIDE, 1987.

_____. **Direito e processo: Direito processual civil ao vivo. Aprimoramento e modernização do Direito Processual**. v. 5. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1997.

_____. O compromisso do projeto de novo código de processo civil com o processo justo. **Revista de informação legislativa**. v. 48, n. 190 t.1, p. 237-263, Abr. - Jun. 2011.

TOMAZETTE, M. A teoria da argumentação e a justificação das decisões contra legem. **Revista Direito e Práxis**, n. 2, v. 03, mar. 2012. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/1877>>. Acesso em: 26 de agosto de 2013.

TUCCI, R. L.; TUCCI, J. R. C. E. **Devido processo legal e tutela jurisdicional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

VAINER, B. Z. Aspectos básicos da segurança jurídica. **Revista de direito constitucional e internacional**. n. 57. p. 5 – 26. Out. - Dez. 2006.

VIEIRA, O. V. **Direitos fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF**. Colaboração de Flávia Scabin. São Paulo: Malheiros, 2006.

VILLELA, J. B. Francamente contra legem. **Carta Forense**. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/francamente-contra-legem/6187>>. Acesso em: 30 de agosto de 2013.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Controles das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e ação rescisória**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

WITTGENSTEIN, L. **Tratado lógico – Filosófico * Investigações Filosóficas**. Tradução M. S. Lourenço. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.