

RECEBIDO EM: 27/03/2018

APROVADO EM: 03/06/2020

DIREITO E CONSTRUÇÃO JUDICIAL: O PRECEDENTE SOB A DOCTRINA DE OLIVER WENDEL HOLMES

***LAW AND JUDICIAL CONSTRUCTION: THE PRECEDENT
UNDER THE DOCTRINE OF OLIVER WENDEL HOLMES***

Cristiano Aparecido Quinaia

*Mestre em Direito - Sistema Constitucional de Garantia de Direitos pelo Centro
Universitário de Bauru, São Paulo. Advogado.*

Vivian Cristina Garcia de Freitas

*Mestre em Sistema Constitucional de Garantia de Direitos do Programa de Pós-
Graduação *Stricto Sensu* em Direito do Centro Universitário de Bauru/SP, mantido
pela Instituição Toledo de Ensino - ITE. Especialista em Direito Processual Civil
pelo Centro de Pós-graduação da Faculdade de Direito de Bauru - ITE. Advogada.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 As implicações do Direito no cenário econômico; 2 Surgimento do ativismo judicial e a Corte de Earl Warren; 3 Common Law: O que Oliver Wendell Holmes representa?; 4 A urgência de um modelo pragmático para a justiça brasileira; 5 Conclusão; Referências.

RESUMO: Surgiu nos Estados Unidos da América o chamado ativismo judicial como técnica de complemento do sistema jurídico pelo Poder Judiciário quando a ausência ou incompatibilidade das leis com a Constituição implicava no cerceamento ou impedimento do exercício aos direitos fundamentais, desenvolvido na Suprema Corte nos votos do *Chief Justice* Earl Warren. A técnica de julgamento expandiu-se pelo mundo e, no Brasil, ecoou de forma expansiva. A partir do advento da Constituição Federal de 1988, observa-se a atuação ativa do Supremo Tribunal Federal na efetivação de direitos não consagrados pela lei diante da emissão do Congresso Nacional. Tem-se visto também o Superior Tribunal de Justiça criando interpretações a partir do texto legal com o viés de melhor atender ao arranjo constitucional. Voltando à Suprema Corte Americana, encontra-se a figura do eminente juiz e jurista Oliver Wendell Holmes, que inaugura a conhecida Escola Pragmática do Direito com a qual defende a necessidade de Tribunais e juízes refletirem acerca do impacto de suas decisões no sistema econômico do País. A partir da obra *Common Law* o presente manuscrito apresenta os traços marcantes da teoria de Holmes e analisa criticamente a atuação do judiciário brasileiro no contexto da separação de funções, buscando apresentar um modelo de pragmatismo a ser observado hodiernamente.

PALAVRAS-CHAVE: Suprema Corte. Holmes. Pragmatismo. Warren. Direito.

ABSTRACT: In the United States of America, the so-called judicial activism was used as a complement to the legal system by the Judiciary when the existence or incompatibility of the laws with the Constitution implied in the curtailment or impediment of the exercise of fundamental rights, developed in the Supreme Court in the Chief Justice Earl Warren. The technique of judgment has expanded throughout the world, and in Brazil has echoed in an expansive way. Since the advent of the Federal Constitution of 1988, the Federal Supreme Court has been active in enforcing rights not enshrined in the law before the issuance of the National Congress. We have also seen the Superior Court of Justice creating interpretations from the legal text with the bias to better meet the constitutional arrangement. Returning to the American Supreme Court is the figure of the eminent justice and jurist Oliver Wendell Holmes that inaugurates the well-known Pragmatic School of the Right with which defends the necessity of Courts and judges to reflect on the impact of its decisions in the economic system of the Country. From the book *Common Law* the present manuscript presents the outstanding features of Holmes 'theory and critically analyzes the Brazilian judiciary's

performance in the context of the separation of functions, seeking to present a model of pragmatism to be observed nowadays.

KEYWORDS: Supreme Court. Holmes. Pragmatism. Warren. Right.

INTRODUÇÃO

O direito estadunidense como um todo possui diversos mecanismos e técnicas reproduzidos em outros ordenamentos, não sendo diferente no Brasil, cujo modelo de controle de constitucionalidade, por exemplo, desde a Constituição Brasileira de 1891 marcada pela influência teórica de Rui Barbosa, foi adotado e repetido nas constituições que lhe sucederam.

Nos séculos dezenove e vinte a Suprema Corte Estadunidense foi responsável por afixar balizas no tocante aos direitos da igualdade, travando batalhas em face do poder econômico dominante e a segregação, sobretudo, racial, que ainda se refletia nos estados-membros.

A presidência da Suprema Corte sempre marcou papel relevante no diálogo e, no debate, em torno a formação do entendimento dos demais membros do colegiado, de certa forma, tocando o ritmo da sinfonia da compreensão da matéria e seus contornos socioeconômicos.

Nessa senda, destaca-se o período conhecido como Corte Warren, durante a presidência do *Chief Justice* Earl Warren, durante o qual se dirimiram questões fundamentais para a nação que se formava como a igualdade no acesso à escola dos brancos (*Brown vs. Board of Education*), transporte público (*Plessy vs. Ferguson*), distribuições de distritos eleitorais (*Baker vs. Carr*).

Para a evolução da prática jurisprudencial, o período de atuação de Earl Warren à frente da Suprema Corte recebeu a denominação de *ativismo judicial*, indicando, claramente, o papel pioneiro da jurisdição em consagração de direitos e garantias fundamentais de liberdade e igualdade contemplados pela Constituição Americana de 1787.

A prática do ativismo ganhou foros na atuação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal do Brasil no período que sucedeu a promulgação da Constituição da República Federativa de 1988, de certa forma, como repulsa de um poder que esteve emasculado durante três décadas de ditadura.

Há três anos foi aprovado no Brasil o (novo) Código de Processo Civil pela Lei n. 13.105/2015, portando, dentre outras, a finalidade de

trazer ao país a prática de precedentes oriundos do *common law*, como forma de estabelecer previsibilidade aos cidadãos, governo e empresários a respeito da interpretação conferida ao texto posto em lei.

Assim, a partir da Corte Warren e do surgimento da corrente jurisprudencial do ativismo, atualmente, o direito brasileiro necessita de compreensão a respeito da prática do *common law*, o que será apresentado sob a lupa de um dos seus mais expoentes juristas, que saltou da advocacia para a Suprema Corte: Oliver Wendell Holmes.

Holmes possuía um vasto conhecimento sobre a formação do direito estadunidense, somado à prática que acumulou com a postulação na advocacia e, mais tarde, como componente do tribunal de uma das mais importantes nações.

Conforme se verá, Holmes revela um pensamento de autocontenção do Poder Judiciário, de grande responsabilidade, de análise das consequências que uma decisão traria para o contexto econômico do estado-membro ou do próprio País e, com isso, fincando a necessidade de compreensão de que o Direito não é apenas interpretação, mas também aplicação.

É sob tal enfoque que se convida à leitura do presente manuscrito.

1 AS IMPLICAÇÕES DO DIREITO NO CENÁRIO ECONÔMICO

A sociedade é complexa. O estudo do fenômeno social não é possível de ser feito de forma isolada, de tal sorte que ao longo da civilização as ciências sociais evoluíram e foram especificando-se. “Cada fase histórica expôs o seu figurino de influência dominante” (BONAVIDES, 2010, p. 53).

A Sociologia encontrou seu ápice com Auguste Comte, tal qual a Economia com Adam Smith, inaugurada com sua épica obra acerca da Riqueza das Nações na qual expõe a relação entre o homem, a riqueza e o trabalho. No Direito, de Viena o jurista Hans Kelsen entregou à sociedade a Teoria Pura do Direito.

Esse caminhar nem sempre foi paralelo, mas em grande parte sobressaltado, é dizer, invariavelmente, um ponto evolutivo de uma ciência deu-se em virtude da descoberta em outro ramo e a migração do conhecimento entre as áreas.

Assim, a relação entre a Economia e o Direito, como se pode ver, é secular, senão milenar, para se definir onde começa um e acaba o outro,

ou, quais fatos e fenômenos da vida humana em sociedade interessam aos cuidados de um ou outro.

As decisões tomadas sob a ótica da causalidade jurídica podem prejudicar ou facilitar os comandos do sistema econômico e, neste, também abrangida a finança pública.

Adam Smith exprime como a força de trabalho determinou a forma como a relação entre as pessoas se regulava a partir do poder econômico de uma pessoa sobre a outra:

Enfim, compreenderemos mais facilmente os efeitos produzidos pela divisão do trabalho na economia geral da sociedade, se considerarmos de que maneira essa divisão do trabalho opera em algumas manufaturas específica (SMITH, 1996, p. 65).

A divisão da força de trabalho desde a antiga manufatura apresenta a característica de escalonamento, hierarquia, enfim, relação de poder entre o domínio pelo capital e o dominado que detém a força de trabalho e vai se sujeitar à sua venda em troca da percepção de uma remuneração:

No momento em que o patrimônio ou capital se acumulou nas mãos de pessoas particulares, algumas delas naturalmente empregarão esse capital para contratar pessoas laboriosas, fornecendo-lhes matérias-primas e subsistência a fim de auferir lucro com a venda do trabalho dessas pessoas ou com aquilo que este trabalho acrescenta ao valor desses materiais (SMITH, 1996, p. 102).

A relação entre quem produz o que produz e o resultado econômico que é por alguém percebido sempre foi regulada, de um lado, pelo interesse do capital aplicando-se o investimento no que dê lucratividade, do outro, do estabelecimento de regras acerca das condições em que o trabalho é desempenhado.

Dito de outro modo, o poder como imposição financeira de uns sobre os outros conduz a regulação do mercado e a forma como a riqueza circula no país; o Direito atua regulamentando esse conjunto de relações.

Economia, etimologicamente, deriva de *oikos* (casa) e *nomus* (hábito), expressando o costume de estabelecimento de regras das famílias no que diz respeito à aplicação de rendas em vendas, burgos, agropecuária, e outras atividades que angariavam o meio necessário para manutenção de suas necessidades.

A família sempre desempenhou o fundamental papel de célula da sociedade, como a primeira empresa no sentido de união de pessoas para a produção de riqueza, regulada, em um momento primário pela Igreja.

Mais tarde, aquela atividade expandiu-se com as empresas, união de pessoas de laços não sanguíneos ou familiares, que empregam outras pessoas para o exercício da atividade física ou intelectual visando ao incremento do lucro.

A Economia tem por objeto enfrentar a escassez de mão-de-obra, de lucro, de riqueza, distribuição, produção, encargos, direitos do trabalhador, enfim, por meio dessa ciência objetiva-se evitar a quebra do processo produtivo e de consumo.

Obviamente, sobretudo nos dias atuais, a Economia enfrenta o problema da escassez do consumo, dito de outro modo, para que o processo de produção não seja interrompido é preciso pensar no escoamento da produção diante da adoção do modelo capitalista.

Em todas essas etapas o Direito atua na regulamentação.

A atividade econômica envolve a iniciativa do sujeito no exercício da empresa, a disponibilidade da mão-de-obra, a eleição de uma atividade (como a manufatura têxtil, que deu início à Era Industrial).

A forma como o indivíduo pode iniciar a atividade empresarial, quem pode exercê-la, a contratação da mão-de-obra, quais os direitos e obrigações do trabalhador, como o Estado pode interferir na economia ditando regras para estimular e desestimular certos setores em busca de um equilíbrio: em todas as tarefas é a lei que cumpre sua função de ordenar a vida em coletividade.

Logo, se a Economia se ocupa da escassez, o Direito ocupa da regulamentação, evitando os abusos, disciplinando como pode ser exercida a livre iniciativa e quando, visando ao interesse coletivo, o Estado (por meio de diferentes órgãos e agentes) pode e deve ingerir na seara econômica.

Daí que um dos grandes desafios vividos pelo Direito é determinarem-se suas fronteiras como ciência do comportamento social determinado pelo sistema normativo ou ser influenciado pelas necessidades do mercado. Até que medida o Direito pode ser independente, positivo, subsuntivo, ignorando as mazelas do sistema capitalista, ou deve sair da inércia e da

omissão e dispor sobre a forma como os recursos devem ser utilizados e aplicados, parcial ou totalmente.

E, ainda, nos últimos séculos nos quais as constituições escritas surgiram e se busca a limitação do poder, a grande dificuldade se apresenta em definir quando e como deve a Suprema Corte interferir.

Significa dizer, a partir de que momento uma questão de natureza regulatória da economia, que reflete nos cofres dos estados-membros, ou na relação de trabalho, deve ser submetida a litígio judicial e contar com revisão pela Suprema Corte.

Enquanto ciência social aplicada, o Direito possui linguagem, conteúdo, princípios e regras próprios, e se manifesta por meio das leis, da Constituição, e outros veículos legislativos; sua metodologia foi emancipada em data recente em Viena, na Áustria, de lá surgindo a sua Teoria Pura, conforme elucidada pela eminente doutrina:

Quando a si própria se designa como pura teoria do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito (KELSEN, 2000, p.01).

Teoricamente, o modelo vienense do Direito procura atender aos reclamos científicos de estudá-lo a partir de sua finalidade que é a ordenação social, e não a perseguição de fins morais, econômicos e políticos no momento de sua aplicação.

Kelsen não ignorava os efeitos da política do Direito, é dizer, sabia o eminente jurista que as consequências do ingresso de uma lei em dada sociedade e época são sim refletidas no âmbito legislativo.

Mas, o que sua teoria procurava defender é que, concebido em lei, o Direito devesse ser compreendido a partir de técnicas próprias, ser aplicado com suficiência e sem recursos ao consequencialismo político ou capitalista.

Assim é que, de acordo com a Teoria Pura, uma lei é válida ou inválida, mas jamais justa ou injusta, moral ou imoral, ética ou antiética, porque tais valorações são singulares e não cabe ao intérprete (o juiz) decidir em qual sentido deve haver produção de efeito da lei, mas sim fazê-la aplicar.

É por isso que a grande tensão entre o Direito e a Economia surge do balanço do pêndulo em se buscar por meio da aplicação da lei o favorecimento de determinada classe econômica que, efetivamente, não foi favorecida pela votação do parlamento.

Sem dizer, é claro, dos efeitos do mercado mundial. A importação e exportação pesam sobremaneira nas decisões do empresário, fazendo com que a economia adquira outro patamar de necessidade de expansão e regulação para que o empresário sobreviva. Essa conjuntura é resumida pela doutrina:

Neste cenário altamente cambiante, o direito positivo – tal qual tem sido entendido convencionalmente, como o ordenamento jurídico do Estado-nação – passou a enfrentar o dilema cruel: se permanecer preocupado com sua integridade lógica e com sua racionalidade formal, diante de todas essas mudanças profundas e intensas, corre o risco de não acompanhar a dinâmica dos fatos, de ser funcionalmente ineficaz e, por fim, de acabar sendo socialmente desprezado, ignorado, e (numa situação-limite) até mesmo considerado descartável; caso se deixe seduzir pela tentativa de controlar e disciplinar diretamente todos os setores de uma vida social econômica e política cada vez mais tensa, instável, imprevisível, heterogênea e complexa, substituindo a preocupação com sua unidade dogmática pela ênfase a uma eficiência instrumental, diretiva e regulatória, corre o risco de ver comprometida sua identidade sistêmica e, como consequência, de terminar sendo desfigurado como referência normativa (FARIA, 2000, p. 09).

Importa dizer, a partir do momento no qual o Direito deixar de cuidar de regulamentar abstrata, genericamente, e positivamente a conduta em sociedade, e passar a ser compreendido e aplicado visando atingir um grau de eficiência econômica, colocar-se-á em risco sua estrutura operativa.

Se o Direito é o resultado que a lei deve propiciar na realidade da vida das pessoas, descabe manipulá-lo com a finalidade de criar situações hipotecas que favoreçam o capital, ou que o desfavoreçam em prol de alcançar um conceito singular de justiça no caso concreto.

Dessa forma, a linha que pioneiramente a Suprema Corte dos Estados Unidos seguiu foi a de atuar nos limites do texto positivado, para dar cumprimento à força das normativas das emendas.

Jamais se poderia chancelar a interferência de decisão judicial para demover as bases de previsibilidade e segurança que os cidadãos esperam com o controle econômico exercido por políticas.

A relação entre o Direito e a Economia, entre as forças sociais, por diversas vezes deu azo aos embates mais sofisticados no âmbito da Suprema Corte dos Estados Unidos, sendo que para a história daquele tribunal que o trabalho agora se envereda.

Conforme as decisões que serão abordadas, Holmes defende a contenção do controle judicial sobre as decisões políticas, esclarecendo que não cabe ao Judiciário inovar onde não haja expressa violação de dispositivo constitucional, mas em ocasiões em que invalidar a lei significa criar outra regra então inexistente.

Nesse compasso, Holmes era pragmático, isto é, partia do exame crítico das consequências da decisão da Corte para a vida das pessoas, e não somente no plano da teoria jurídica.

2 SURGIMENTO DO ATIVISMO JUDICIAL E A CORTE DE EARL WARREN

Earl Warren estudou em Berkeley na Califórnia, Estado no qual também viria a ser Governador, no qual antes atuou como procurador distrital, e, mais tarde, seria nomeado pelo Presidente Dwight para ocupar uma cadeira na Suprema Corte.

Sua proeminência na defesa de direitos sociais durante a atuação na procuradoria do condado refletiu no anseio que levou à ocupação de uma cadeira na corte naquele momento em que forças se enfrentavam no cenário econômico. Com efeito, “os dezesseis anos em que a Suprema Corte americana esteve sob a presidência de Earl Warren (1953-1969) integram, de maneira indelével, o imaginário do constitucionalismo democrático contemporâneo” (BARROSO, 2009. p. 20).

A Suprema Corte decidiu questões relevantes envolvendo a igualdade de oportunidade perante o direito (*equal protection of law*), bem como as prerrogativas do devido processo legal.

Recorde-se que o sistema federativo de formação dos Estados Unidos é bastante preservador da autonomia e competências de seus membros razão pela qual não é incomum que em relação a uma mesma matéria haja coexistência de que leis antagônicas no território do país.

De tal sorte, chegou – e chegam – ao crivo da Suprema Corte a esgrima entre a autonomia legal conferida aos Estados membros e suas limitações em prol da Constituição Federal e a *bill of rights*, que

representam os direitos de liberdade e garantias fundamentais do cidadão americano.

No caso *Miranda v. Arizona*, a Suprema Corte declarou ser válida a confissão obtida do acusado, desde que ele tenha ciência e oportunidade de valer-se de seu direito à Quinta Emenda, que dispõe:

Ninguém será detido para responder por crime capital, ou outro crime infamante, salvo por denúncia ou acusação perante um Grande Júri, exceto em se tratando de casos que, em tempo de guerra ou de perigo público, ocorram nas forças de terra ou mar, ou na milícia, durante serviço ativo; ninguém poderá pelo mesmo crime ser duas vezes ameaçado em sua vida ou saúde; nem ser obrigado em qualquer processo criminal a servir de testemunha contra si mesmo; nem ser privado da vida, liberdade, ou bens, sem processo legal; nem a propriedade privada poderá ser expropriada para uso público, sem justa indenização.¹

Na votação, a Corte Warren reconheceu que a confissão obtida em interrogatório torna válida a condenação do acusado uma vez que observado o rito do devido processo legal, concluindo a suma do julgado que:

Sem salvaguardas adequadas o processo de interrogatório em custódia de pessoas suspeitas ou acusadas de crime contém pressões inerentemente atraentes que funcionam para minar a vontade do indivíduo de resistir e obrigá-lo a falar onde ele de outra forma faria tão livremente.²

No contexto da expansão da economia estadunidense, sobretudo no pós-guerra, a salvaguarda dos direitos de liberdade e do devido processo estabelecem limites à atuação executiva e criminal do Estado.

No caso *Reynolds v. Sims*, por meio da decisão 377 US 533, a Suprema Corte decidiu que o sistema representativo do Senado é diferente das Câmaras Estaduais, de tal forma que a divisão dos distritos deve ser proporcional à

1 Disponível em: <<http://www.uel.br/pessoal/jneto/gradua/historia/recdida/ConstituicaoEUARecDidaPESSOALJNETO.pdf>>. Acesso em: 24 abril 2018.

2 Tradução livre de: Without proper safeguards the process of in-custody interrogation of persons suspected or accused of crime contains inherently compelling pressures which work to undermine the individual's will to resist and to compel him to speak where he would otherwise do so freely. Disponível em: <http://www.uscourts.gov/educational-resources/educational-activities/facts-and-case-summary-miranda-v-arizona>. Acesso em: 24 maio 2018.

representatividade, assegurando igual acesso do pluripartidarismo. Sob a condução do voto do *justice* Earl Warren a Suprema Corte assentou que:

Em uma decisão de 8 a 1, a Corte confirmou o desafio ao sistema do Alabama, sustentando que a Cláusula de Proteção Igual exigia “não menos do que representação legislativa estatal para todos os cidadãos ...”. Observando que o direito de representação direta era “um alicerce de nosso sistema político”, a Corte considerou que as duas casas de legislaturas estaduais bicamerais deveriam ser repartidas em base populacional. Os Estados foram obrigados a empreender esforços “honestos e de boa fé” para construir distritos com uma população quase igual à praticável.³

Fica evidente que o domínio político buscava ascender a participação apenas de distritos com identidade ideológica, dificultando que minorias étnicas, religiosas e econômicas conseguissem eleger cadeiras na Assembleia.

Como dito por Earl Warren, a forma adotada no Alabama transformava a regra do *one man one vote* em falácia, pois na prática nem todos os cidadãos poderiam eleger livremente o seu representante.

No campo do direito fundamental à igualdade, um caso que chegou à Suprema Corte e de forma bastante expressiva, discutia a discriminação racial em escolas dos Estados Unidos: *Brown v. Board of Education* de 1954.

A realidade estadunidense era de Estados-membros que possuíam, até então, leis claras e explícitas no tocante ao tratamento separatista entre o convívio de alunos brancos com alunos negros.

O fundamento balizador para a subida da causa à Suprema Corte dos Estados Unidos foi a 14^a Emenda à Constituição, aprovada em 9 de julho de 1868, dispondo que nenhum cidadão estadunidense poderia ser vítima de privilégio entre seus pares, determinando a Seção 1: “Nenhum Estado deve fazer ou fazer cumprir qualquer lei que abranja os privilégios ou imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nem nenhum Estado privará

3 Tradução livre de: In an 8-to-1 decision, the Court upheld the challenge to the Alabama system, holding that Equal Protection Clause demanded ‘no less than substantially equal state legislative representation for all citizens...’ Noting that the right to direct representation was ‘a bedrock of our political system’, the Court held that both houses of bicameral state legislatures had to be apportioned on a population basis. States were required to ‘honest and good faith’ efforts to construct districts as nearly of equal population as practicable. Disponível em: <https://www.oyez.org/cases/1963/23>. Acesso em: 24 maio 2018.

ninguém de vida, liberdade ou propriedade, sem o devido processo legal; nem negar a qualquer pessoa em sua jurisdição a igual proteção das leis”.

Apelando à 14^a Emenda, os casos de Delaware, Virginia, Carolina do Sul, e Kansas ascenderam à Suprema Corte, quando foram julgados sob a presidência de Earl Warren, cuja importância é destacada pela doutrina:

Brown v. Board of Education, julgado em 1954, representou, no plano jurídico, a superação da doutrina do “separados, mas iguais”, estabelecida em Plessy v. Ferguson, ao considerar inconstitucional a separação entre crianças brancas e negras nas escolas públicas e determinar a adoção de uma política de integração. Warren conseguiu liderar a Suprema Corte a uma decisão unânime, de apenas onze páginas, cuja ênfase recaía não em aspectos jurídicos – como o sentido e alcance da Emenda 14 ou a superação de Plessy –, mas no argumento da intrínseca desigualdade da discriminação em matéria de educação, pelo sentimento de inferioridade que ela produzia nas crianças negras, tal como demonstrado em estudos psicológicos expressamente levados em conta no acórdão. Os efeitos dessa decisão histórica se projetariam pelas décadas seguintes (BARROSO, 2009. p. 145).

Warren deixou a Suprema Corte em 1968, com legado que promoveu profunda transformação ideológica na sociedade, sem necessidade de modificação de lei, decreto ou qualquer medida legislativa. Modificou a noção que os norte-americanos tinham a respeito do conceito de igualdade, do direito de defesa e do devido processo legal.

Note-se, sobretudo, que as decisões proferidas pela Suprema Corte sob a presidência de Earl Warren partiram do dever de observância das emendas à Constituição, com o intuito de manutenção de um forte vínculo federalista.

É dizer, os precedentes foram produzidos com base na força normativa da Constituição e suas emendas, e não por ideologia de seu julgador; o ativismo de Warren é concentrado no poder transformador da norma fundamental dos Estados Unidos, que é sua Constituição.

Não se trata de ativismo como hodiernamente se vincula à ideia de juízes decidirem com base em sua criatividade, criando regras para além de qualquer previsão constitucional, forçando sua moral contra o ordenamento jurídico.

Decidir que os Estados-membros pudessem manter a distinção entre alunos brancos e negros significaria, na prática, validar o desrespeito à 14ª Emenda. Esse resultado prático é fruto do pragmatismo como teoria adotada pelos *justice* da Suprema Corte desde os ensinamentos de Oliver Holmes, para os quais a pesquisa se debruça no item seguinte.

3 COMMON LAW: O QUE OLIVER WENDELL HOLMES REPRESENTA?

Oliver Wendell Holmes foi advogado, formado pela Universidade de Harvard, da qual seria professor e pesquisador; depois, ascendeu à Suprema Corte dos Estados Unidos, cargo que ocupou até sua morte aos 90 anos.

Holmes é conhecido pelo seu pragmatismo que pode se aproximar de ceticismo, é claro, em razão de suas marcantes ideias e posturas quando conduziu a Suprema Corte, incluindo a defesa de votos vencidos.

De sua épica obra, *Common Law*, Holmes dispõe ao mundo o pedestal de seu pensamento, alçando a experiência, a prática, o costume e a consequência como elementares do raciocínio jurídico:

A vida do direito não tem sido lógica: tem sido experiência. As necessidades sentidas em todas as épocas, as teorias morais e políticas que prevalecem, as intuições das políticas públicas, claras ou inconscientes, e até mesmo os preconceitos com os quais os juízes julgam, têm importância muito maior do que silogismos na determinação das regras pelas quais os homens devem ser governados. O direito incorpora a história do desenvolvimento de uma nação através dos séculos e não pode ser tratado como se compreendesse tão-somente axiomas e corolários de livros de matemática. De modo a se saber o que é o direito, deve se saber o que ele tem sido e qual a tendência que há de se transformar. Deve-se consultar alternativamente a história e as teorias jurídicas existentes.⁴

4 Tradução livre de: The life of the law has not been logic: it has been experience. The felt necessities of the time, the prevalent moral and political theories, intuitions of public policy, avowed or unconscious, even the prejudices which judges share with their fellow-men, have had a good deal more to do than the syllogism in determining the rules by which men should be governed. The law embodies the story of a nation's development through many centuries, and it cannot be dealt with as if it contained only the axioms and corollaries of a book of mathematics. In order to know what it is, we must know what it has been, and what it tends to become. We must alternately consult history and existing theories of legislation (HOLMES, 1991, p. 01).

Holmes foi buscar na origem do sistema de precedente a forma de atuação do direito estadunidense, que não se baseia no que está posto em leis, mas no costume da sociedade que é moldado por determinada prática.

Há de se observar o que significa determinado costume na realidade americana, que não se resume ao que um ou outro texto legal dispunha, haja vista que os estadunidenses possuíam forte noção de federalismo e de poder popular concentrado na Constituição e emendas.

É dizer, acima de qualquer iniciativa legislativa que possa inovar no sistema legal e criar regras de conduta ao povo americano, se encontra a Constituição e, com ela, a independência que marca a autonomia financeira, administrativa e jurídica de cada um dos Estados-membros, o que faz que a noção de direito não saia da lei, mas seja levada para a lei.

Assim, de acordo com Holmes, a noção de direito é revelada pela lei constitucional e não pode ser criado por outras leis. Para conhecer a regra em determinada localidade deve-se aferir no plano dos negócios e da prática que é realizada por empresários, cidadãos e chefes do governo, e não apenas na letra da lei escrita. A continuidade faz do direito a fonte segura de regras.

O que Advogados e Juízes fazem – e para isso Holmes tinha toda a experiência de vida prática – é muito mais que desvendar o que dispõe a lei, mas sim prevenir as consequências das ações e condutas na vida das pessoas, governo e das empresas.

Por isso, trabalhando no sistema de *common law*, observar o precedente é uma questão de preservação do sistema econômico e administrativo de um país, muito mais que mera regra jurídica.

Portanto, os juízes e tribunais concentram grande poder de transformação e de ruína do povo, por isso, seu trabalho, junto com o dos Advogados, é prevenir e se preparar para as consequências, conforme exorta Holmes:

As pessoas querem saber sob quais circunstâncias e até onde elas correm riscos de se encontrarem em face do que é muito mais forte do que elas, e consequentemente isso se torna um negócio a resolver, quando tal perigo é fonte de temor. O objeto de nosso

estudo, então, é previsão, é a previsão da incidência da força pública como instrumento das cortes de justiça.⁵

Um sistema econômico forte exige a previsibilidade. Não há como fazer investimento, aportar valores em ações novas, celebrar contratos com a administração pública, sem que tenham certa segurança quanto a um futuro, ainda que próximo a curto ou médio prazo.

Conhecer o Direito é conhecer a identidade do povo, o sistema econômico em vigência, a necessidade da taxa de juros, de concessão de crédito rural, ao pequeno e médio empreendedor, ou, em outras ocasiões, o cabimento da majoração da alíquota de imposto de importação a fim de equilibrar a balança comercial.

O pronunciamento judicial sobre tais questões é complexo. De acordo com a noção de *common law* por Holmes, não se trata apenas de decidir se a lei se aplica ou não, se é certo ou errado, mas qual sua influência na prática e costume que está sendo utilizado no Estado-membro ou mesmo no País.

Por isso, em um de seus célebres votos vencidos, Oliver Holmes exprime que a interpretação judicial não pode pôr no chão a estabilidade do mercado, sob pena de a imprevisibilidade e insegurança afastar do direito aquilo para o qual ele serve, que é a segurança:

Eu sinto muito em não poder concordar com o julgamento que está sendo proferido no presente caso, e sinto que é minha obrigação de expressá-lo. Este caso está sendo julgado a partir de uma teoria econômica com a qual uma boa parcela da população deste país certamente não concorda. Se consistisse a questão meramente em se saber se eu concordo com essa teoria, eu deveria estudá-la muito mais a fundo antes de expressar minha opinião. Porém realmente sinto não ser essa a minha obrigação, porque acredito que minha concordância ou minha discordância em nada se relacionam com o direito que a maioria tem de expressar suas opiniões jurídicas.⁶

5 Tradução livre de: People want to know under what circumstances and how far they will run the risk of coming against what is so much stronger than themselves, and hence it becomes a business to find out when this danger is to be feared. The object of our study, then, is prediction, the prediction of the incidence of the public force through the instrumentality of the courts (HOLMES, 2009, p. 03).

6 Tradução livre de: I regret sincerely that I am unable to agree with the judgment in this case, and that I think it my duty to express my dissent. This case is decided upon an economic theory which a large part of the country does not entertain. If it were a question whether I agreed with that theory, I should desire to study it further and long before making up my mind. But I do not conceive that to be my duty, because

Advogados e Juizes, portanto, têm fundamental papel no caminhar da sociedade e do Estado, uma vez que, incumbidos de dizer o direito nos conflitos, nos litígios societários, nas demandas tributárias e econômicas, atuam de forma relevante na manutenção da segurança e da experiência jurídica.

A prática não pode ser abandonada sem que para isso ocorra alguma mudança de ordem política, a necessidade de avanço em prestígio de alguma emenda constitucional ou cumprimento de tratados internacionais.

Quando se trata de *common law*, olhar o passado é obrigatório, desvendar as interpretações que anteriormente foram dadas pela corte em caso semelhante, e não atribuídas de forma aleatórias, sob pena de colocar em risco toda uma cadeia jurídica proposta por muito tempo, como assevera Holmes:

O número de nossas previsões quando generalizadas e reduzidas a um sistema não formam um todo tão grande ou de difícil manejo. Elas se apresentam como um corpo finito de dogmas que pode ser dominado dentro de um lapso razoável de tempo Trata-se de um grande engano quando nos assustamos com o crescimento do número de julgados e de precedentes judiciais. Os julgados de uma determinada jurisdição ao longo de uma geração levam em conta o conjunto do direito disponível, interpretando esse conjunto a partir dos pontos de vista da época na qual o direito é aplicado. Poderíamos reconstruir o conjunto deles se tudo o que aconteceu antes fosse queimado.⁷

A experiência do direito estadunidense a partir do *common law* espalhou-se pelo mundo para as nações que se valem do sistema legislativo (*civil law*), que atribui ao texto da lei a ênfase de inauguração da ordem jurídica.

No Brasil não foi diferente. Em 2004, com a Emenda Constitucional n. 45, inseriu-se a Súmula Vinculante de competência do Supremo Tribunal

I strongly believe that my agreement or disagreement has nothing to do with the right of a majority to embody their opinions in law (*Lochner v. New York*. 198 U.S. 45- 1905). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/198/45/case.html>. Acesso em: 24 maio 2018.

7 Tradução livre de: The number of our predictions when generalized and reduced to a system is not unmanageably large. They present themselves as a finite body of dogma which may be mastered within a reasonable time. It is a great mistake to be frightened by the ever-increasing number of reports. The reports of a given jurisdiction in the course of a generation take up pretty much the whole body of the law, and restate it from the present point of view. We could reconstruct the corpus from them if all that went before were burned (HOLMES, 2009, p. 05).

Federal como mecanismo de vinculação obrigatório das decisões proferidas pela Corte em controle de constitucionalidade.

Não bastou. Em 2015 o CNJ – Conselho Nacional de Justiça – registrou 99,7 milhões de processos, o que representa a ineficácia do sistema jurídico para lidar com a avalanche de processos e a complexidade da sociedade.

Após diversas reformas, no ano de 2015 é aprovado o (novo) Código de Processo Civil que prometeu trazer para o Brasil a adoção das práticas dos precedentes, cujo modelo agora se passa a expor.

4 A URGÊNCIA DE UM MODELO PRAGMÁTICO PARA A JUSTIÇA BRASILEIRA

O sistema judiciário brasileiro é alvo de críticas por haver criado, com a Lei n. 13.105/2015 – um sistema de vinculação de decisões judiciais, fazendo com que julgados sejam proferidos, com efeito, pré-vinculante.

Significa dizer, a partir do sistema estabelecido, tal decisão não é reconhecida como precedente em função de sua orientação interpretativa ou da força de sua argumentação, mas porque assim simplesmente o quis o legislador.

Dito de outro modo, o que determina a vinculação de determinada decisão não é a maturação de sua discussão, a força de convencimento de seus argumentos jurídicos, mas apenas a imposição do legislador, sem se aferir a extensão de seus efeitos jurídicos, econômicos e sociais.

Esse sistema de catapulta alça determinada decisão como força vinculante sem necessidade de prévio lapidar das ranhuras que pode causar no sistema jurídico em voga.

É dizer, afasta-se o poder inaugurador do Legislativo e passa o bastão para o Judiciário que, a partir de então, possa criar regras novidadeiras antes mesmo de que tenha surgido a repercussão social capaz de causar comoção e dar origem a um precedente nos modelos da tradição estadunidense.

O Código de Processo Civil Brasileiro de 2015 cria um sistema formal de estabelecimento prévio de decisões com carga vinculante para o futuro, como se pudessem nascer precedentes:

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II - os enunciados de súmula vinculante;

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

Daí a crítica contundente e fundamentada da doutrina, segundo a qual “no nosso sistema, o costume e o precedente estão subordinados à legislação, dado que as regras consuetudinárias e de *common law* podem ser privadas do seu estatuto jurídico por uma lei parlamentar (*statute*)” (HART, 2007, p. 112).

Significa dizer, que no sistema judiciário brasileiro subordinou-se a tarefa do Judiciário à missão dada pelo Legislador infraconstitucional, reduzindo-lhe o espectro de atuação, emasculando a sua capacidade de impor autoridade e reconhecimento a suas decisões.

Observa-se que, desde o precedente estadunidense proferido no *Marbury v. Madison*, o Poder Judiciário se apresenta como um árbitro das barbáries praticadas pelo Legislativo e Executivo.

A Constituição é o fiel da balança que disciplina quando e como o Judiciário deve e pode atuar em prol da devesa dos direitos fundamentais protegendo a liberdade do cidadão contra abuso das autoridades.

O precedente do caso Madison, do caso *Board of Education, Plessy, Baker*, e tantos outros, produziram, ao longo de décadas, vinculação aos juízes e tribunais de todo o País em razão de sua argumentação.

Naqueles julgados, a Suprema Corte valeu-se da Constituição e de suas emendas para regular a atuação do Legislativo e dos Governadores, sendo que, no futuro, quando condutas similares chegaram ao Tribunal, já havia fonte onde se abeberar, daí a construção da força vinculante.

Daí que o precedente no sistema estadunidense não tem força vinculativa formalmente estatuída, mas sim adquirida e incrustada pela lógica de seus argumentos que não foi demovida com decorrer dos anos.

É a experiência que torna o precedente vinculante. A prática, a consequência do raciocínio empreendido pela Suprema Corte ao qual não se apresentam argumentos capazes de afastar sua sensatez, conforme assevera a doutrina:

O precedente não tem uma eficácia formalmente vinculante nem mesmo na Inglaterra e muito menos nos Estados Unidos. Com maior razão – e independentemente da eventualidade de se considerar a jurisprudência como fonte de direito – deve excluir-se que o precedente tenha eficácia vinculante nos sistemas de civil law. Qualquer tentativa de atribuir tal eficácia ao precedente está destituída de fundamento: se poderá falar só em força do precedente, entendendo-se que ela pode ser maior ou menor dependendo do caso.⁸

Com razão o jurista italiano: o precedente não pode ser formalmente concebido porque isso conspira contra sua função de prevenir o risco, de regular o mercado, de trazer à baila a consequência, a experiência, a prática, como ensina Holmes.

O sistema brasileiro, embora foque no caos que se tornou o Judiciário em razão dos milhões de processos surgidos, não apresenta solução segura, uma vez coloca em risco o consenso da decisão proferida pelos ditos ritos vinculantes.

É preciso expungir a ideia de que o Legislador possa ditar ao Judiciário quais suas decisões que possuem efeito vinculante e quais não, uma vez que este assunto é alheio a qualquer aspecto formal, exigindo a experimentação do argumento e o exame prático das consequências da decisão tomada.

Tal qual posto, o precedente engessa o funcionamento do sistema judiciário, impõe a ditadura pelas Cortes de Justiça em detrimento da experiência e da prática, sem dizer que os juízes de primeiro grau passaram a serem meros repetidores de verbetes.

8 Tradução livre de: El precedente no tene una eficacia formalmente vinculante ni siquiera en Inglaterra, y mucho menos en los Estados Unidos. Con *mayor razón* – e independentemente de la eventualidad de que se considere a la jurisprudencia como fuente de derecho – debe excluirse que el precedente tenga eficacia vinculante en los sistemas de civil law. Cualquier intento de atribuir tal eficacia al precedente está entonces destituido de fundamento: se podrá hablar solo de fuerza del precedente entendiendo que ella puede ser mayor o menor según los casos (TARUFFO, 2016, p. 108).

5 CONCLUSÃO

Há uma intersecção entre o Direito e os demais sistemas sociais. A política e a economia caminham paralelamente, recebem as consequências das mudanças de leis e de alterações de jurisprudência.

Assim, se a função primordial do direito é trazer segurança, não pode a Corte Suprema aplicá-lo em arrepio à realidade prática da população, sem considerar a situação econômica, a instabilidade política.

Além de se traduzir em irresponsabilidade democrática por colocar em risco o bom funcionamento da máquina estatal, as mudanças de posição enfraquecem a noção de Constituição como fonte suprema.

Por isso, observa-se que os julgados célebres de Suprema Corte dos Estados Unidos se pautam pelo respeito à proteção da igualdade, da segurança, da prática econômica observada pelo estado-membro, etc., antes de apenas buscar a mera aplicação inconsequente da lei.

Construção judicial do Direito nada tem a ver com vinculação formal do precedente a casos futuros. Essa vinculação se dá pelo valor argumentativo, pelo fechamento operativo da decisão judicial construída a partir da experiência e da prática.

As decisões da Corte Warren proferidas nas décadas de 50 e 60 enfrentaram temas polêmicos à luz da esgrima da Constituição dos Estados Unidos em face das Constituições e Leis Estaduais.

Julgados com décadas de experiência somadas à prática observada das consequências funestas dos governos locais, que vincularam casos futuros em razão de sua argumentação não ser demovida.

Holmes foi o proeminente estudioso do sistema judiciário estadunidense, além de ter atuado na advocacia, foi Governador e Presidente da Suprema Corte, acumulando experiência no exercício do poder pelas diversas esferas.

Com o pragmatismo, Holmes foi responsável por fortalecer a tarefa do Poder Judiciário frente ao mercado, em buscar soluções conscientes, mediante a experimentação prática das consequências das decisões.

Assim, Holmes revela que o precedente não é nunca poderá ser algo formal, porque o Direito vive da prática e da consequência, e não de mera subsunção.

É dever do julgador – sobretudo dos juízes de Cortes Supremas – atuarem na prevenção do risco que podem produzir na realidade social, prescrevendo as decisões de tal sorte em não comprometer a estabilidade.

Precedente, no contexto estadunidense, portanto, não pode ser imposto, mas deve ser reconhecido como resultado de decisão que reflita o limite de atuação da Corte até onde a Constituição autoriza sua intervenção prática.

No Brasil, na contramão, aprovou-se Lei n. 13.105/2015 que constitui o Código de Processo Civil, no qual se inseriu um sistema que vai à contramão da tradição do direito estadunidense, impondo que determinadas decisões judiciais já nasçam com eficácia vinculante.

Essa reforma realizada em 2015 impôs não apenas uma ditadura criativa pelas cortes superiores, senão também o controle do Judiciário pelo Legislativo, que passa a dispor como e quando as decisões judiciais podem vincular.

Significa dizer, as decisões são vinculantes não porque sua razão de decidir é abalizada pela prática social, é reflexo da Constituição Federal e responde aos anseios sociais, mas simplesmente porque está inserida em um rol taxativo da lei.

O sistema não se sustentará frente à tradição estadunidense da doutrina dos precedentes, razão pela qual emerge imperiosa uma reforma do sistema que foi criado, afastando a enumeração dos ritos que são formalmente vinculativos.

Faz-se de rigor a reforma do texto de modo a expungir da lei a vinculação das decisões à força vinculante, mas sim destacando a necessidade que, para discordar dos julgados da Corte Suprema, o juiz da causa seja obrigado em enfrentar a argumentação.

Prática se faz pela prática. Não é possível substituir a prática de argumentação pela prática de vinculação, pois nesta hipótese o risco é de, além de se ter um arquipélago de leis, ter-se ilhas formadas por decisões formalmente vinculantes que não observam a realidade dos sistemas sociais que lhe são cossecantes (economia e política, sobretudo).

REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Roberto. A americanização do direito constitucional e seus paradoxos: teoria e jurisprudência constitucional no mundo contemporâneo. In: SARMENTO, Daniel (org). *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- TARUFFO, Michelle. et al. *La mision de los tribunales supremos*. Madri: Marcial Pons, 2016.
- HART, Herbert. *O conceito de direito*. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.
- HOLMES JUNIOR, Oliver Wendell. *The common law*. New York: Dover, 1991.
- _____. *The path of the law*. Auckland: 2009.
- _____. *The essential Holmes*. Chicago: Chicago University Press, 1992.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo, Martins Fontes: 2000.
- BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- SMITH, Adam. *A riqueza das nações*. Coleção Os Economistas. Abril Cultural: São Paulo, 1983.
- FARIA, José Eduardo. *O Direito na Economia Globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2002.