

Considerações introdutórias

Como o título tenta expressar, nesta tese de doutoramento o que se busca é construir uma teoria genuinamente *normativa* dos precedentes judiciais. Mas o que isso significa? Parafraseando uma importante leitura de filosofia da linguagem da metade do século XX, podemos responder no sentido de que o que se pretende com esse estudo é fornecer parâmetros metodológicos para estabelecer, com certo grau de objetividade, “como fazer coisas com precedentes judiciais”, e em especial como extrair normas jurídicas desse tipo de fonte do direito e aplicar essas normas na justificação de decisões posteriores.

A teoria dos precedentes que se inicia nessa introdução busca institucionalizar, com fundamento em um discurso de filosofia do direito, mas inteiramente voltado para a prática jurídica, alguns parâmetros, regras e procedimentos de argumentação que se destinam a tornar o mais racional possível a prática de se seguir precedentes judiciais e utilizá-los como argumentos de justificação de decisões concretas.

Um ponto de partida da investigação que se inicia é a asserção de que o direito *deve ser racional*. As decisões jurídicas estão dotadas de uma pretensão de correção e racionalidade que torna obrigatório que os juízes se esforcem para justificar as suas decisões não apenas na sua própria autoridade, mas na racionalidade e no potencial de legitimação que os argumentos possuem para as decisões práticas de modo geral.

A forma de fundamentar a tese de que há uma pretensão de correção no direito e de que a partir dela se pode inferir um dever de justificar as decisões jurídicas é algo que não posso explicar nesse momento, mas que pretendo enfrentar com algum detalhamento mais adiante¹. Nesta introdução, basta deixar consignada a relação que existe entre direito e razão. É possível perceber essa relação nos Estados constitucionais contemporâneos. Alexy, por exemplo, elucida dois aspectos em que essa ligação se manifesta no interior dos Estados constitucionais. Primeiramente, “o reconhecimento mútuo dos participantes no

¹ Ver *infra*, capítulo II, seção 2.2.1.

discurso como livres e iguais tem caráter constitutivo para a argumentação”. A teoria da argumentação pressupõe a igualdade de armas e argumentos entre os participantes do discurso, de sorte que “sobre essa base se pode fundamentar os direitos humanos”. Por conseguinte, quando os direitos humanos são positivados e passam a integrar o catálogo de direitos fundamentais protegidos pelo Estado, produz-se uma conexão entre direito e razão. Em segundo lugar, pode-se afirmar também que o Estado constitucional democrático “pressupõe a melhor forma de *conectar a argumentação à decisão* da perspectiva dos ideais da liberdade e igualdade fundamentados discursivamente”. O Estado constitucional democrático, ao definir o processo legislativo e ao estabelecer garantias, regras processuais, procedimentos etc., *institucionaliza* a razão prática (Alexy, 2001, p. 685).

Essa conexão entre direito e racionalidade se manifesta com especial força no campo dos precedentes judiciais. MacCormick e Summers, por exemplo, observaram essa relação e demonstram que a adesão ao precedente é uma operação básica da racionalidade:

Precedentes são decisões anteriores que funcionam como modelos para decisões futuras. Aplicar lições do passado para solucionar problemas presentes e futuros é um elemento básico da racionalidade humana. (MacCormick; Summers, 1997, p. 4).

Pode-se perceber, claramente, que o argumento por precedentes é descrito desde o início como uma manifestação da razão prática. Por isso, uma teoria destinada a fornecer um conjunto de regras e procedimentos argumentativos para garantir a correção do raciocínio por precedentes é uma exigência central dos Estados constitucionais contemporâneos.

Independentemente dos argumentos filosóficos que iremos examinar no capítulo II, a exigência de uma teoria racional do precedente judicial pode encontrar fundamento em duas constatações. De um lado, as Constituições contemporâneas passam a exigir – como um dos elementos constitutivos do princípio do Estado de Direito – que todas as decisões sejam fundamentadas, sob pena de nulidade. Trata-se do princípio da motivação das decisões judiciais, que foi consagrado como norma jurídica de mais alto patamar hierárquico (na grande maioria dos sistemas jurídicos) após um longo histórico de idéias e questionamentos que, contrapondo-se à prática personalista, arbitrária e cruel das

cortes de justiça do *Ancien Régime*, culminaram na sua afirmação pela legislação outorgada com a Revolução Francesa (ver: Sauvel, 1955). Desde o momento em que a fundamentação passa a ser um requisito essencial da decisão jurídica, qualquer teoria argumentativa que explicita a forma de se justificar uma decisão há de ser bem vinda. De outro lado, para além da exigência de motivação das decisões, nos últimos anos se tem vivido um processo irreversível e cada vez mais intenso de “constitucionalização” das grandes questões de justiça. O neoconstitucionalismo trouxe para o interior da Constituição “grandes princípios de justiça” que, há muito pouco tempo atrás, eram considerados “direito natural”. Como explica Zagrebelsky, rompe-se a separação positivista entre “questões de direito” e “questões de justiça”, já que os princípios morais mais importantes passam a constituir parte do direito positivo de mais alto escalão: “nos Estados constitucionais modernos, os princípios morais de direito natural se incorporaram ao direito positivo”, de sorte que “as modalidades argumentativas do direito constitucional se abrem aos discursos metajurídicos” e a interpretação da constituição passa a ser um exercício de filosofia do direito (Zagrebelsky, 2003, p. 116).

Evidencia-se, portanto, a importância metodológica de se buscar uma teoria não meramente descritiva do argumento por precedentes, mas *normativa* ou *argumentativa* no sentido ser capaz de fixar certos critérios para *julgar* ou *avaliar a correção* da aplicação de um determinado precedente a um caso concreto, segundo parâmetros objetivos e universais resgatados pela racionalidade prática.

Para tentar elucidar as linhas gerais dessa teoria, passo a fazer um breve roteiro dos passos que seguirei nos próximos capítulos. Digo *breve* roteiro porque não pretendo me estender muito nessa introdução, já que penso que o capítulo I prepara o terreno para as investigações jurídico-filosóficas que farei nos três últimos capítulos.

Inicialmente, no capítulo I, tento justificar a possibilidade de se elaborar uma única teoria dos precedentes que possa vir a ser aplicada nos mais diferentes ordenamentos jurídicos contemporâneos. Examino, para tanto, a plausibilidade da tese da autonomia metodológica do *common law* em relação ao *civil law*, de sorte que o processo de interpretação e aplicação do *case law* em cada uma das duas tradições jurídicas seria qualitativamente diferente, já que em um caso o método dedutivo estaria ausente e no outro a técnica da indução seria um recurso

metodológico de natureza excepcional. Ao final do capítulo, concluo que o fundamento do direito jurisprudencial (*case law*) no *common law* e no *civil law* é o mesmo, e isso pode ser comprovado seja quando enfocamos o direito a partir das teorias gerais do direito de corte positivista, como a de Hans Kelsen (que, como demonstraremos, possui relevantes elementos em comum com as teorias realistas norte-americanas), ou quando procuramos estabelecer o fundamento filosófico da obrigação de levar em consideração o precedente judicial, que está no princípio da *justiça formal*.

Mais adiante, no capítulo II, introduzo um debate mais geral sobre a natureza do direito e da ciência jurídica, o qual é alimentado pelas teorias contemporâneas de Dworkin, MacCormick e Alexy, que vêem o direito como uma prática social de natureza argumentativa. É analisada, também, a tese do caso especial – segundo a qual o discurso jurídico pode ser entendido como uma instância do discurso prático geral – e a crítica que lhe foi desferida por Klaus Günther, para quem o direito possui certos requisitos de validade que impedem a sua caracterização como um caso especial do discurso moral. O ponto principal deste segundo capítulo é elucidar o argumento alexyano da pretensão de correção do direito e o “argumento da injustiça” que o acompanha, bem como a forma como essas duas teses são conciliadas com a “tese da validade” originada do positivismo jurídico. O direito é definido como uma prática social de natureza construtivista, argumentativa e não manifestamente injusta, que está indissociavelmente ligado a uma teoria procedimental da justiça². Essa definição tem importância fundamental para a prática jurídica, a qual será elucidada no correr do texto. Um dos pontos essenciais em que essa importância se manifesta é a correspondência parcial entre a filosofia do direito e a teoria jurídica, de sorte que ambas passam a se ocupar de problemas semelhantes e a utilizar cada uma os métodos da outra para o fim de cumprir adequadamente as suas tarefas. A consequência mais visível desse fenômeno é que a filosofia do direito assume uma relevância prática que antes não lhe era reconhecida (pelo menos no paradigma positivista que foi dominante nos séculos XIX e XX). As teorias da argumentação jurídica, que constituem o braço mais prático dessa filosofia, crescem de importância a cada instante. Por isso, concluo o capítulo descrevendo a teoria

² Ver *infra*, capítulo II, seção 2.3.

normativa dos precedentes judiciais proposta como intrinsecamente vinculada a um modelo de argumentação jurídica procedimental e pautado por uma interpretação kantiana da racionalidade prática. Esse modelo, para sermos mais específicos, é constituído pela teoria do discurso que Habermas desenvolveu na década de 1970 e Alexy aplicou à metodologia jurídica em sua famosa “*Teoria da Argumentação Jurídica*” (Alexy, 1997-a). O capítulo se encerra, porém, com uma distinção desenvolvida por Günther entre problemas de justificação e de aplicação de normas. Embora Günther seja crítico de Alexy, creio que não há incompatibilidade entre essa diferenciação e as linhas gerais da teoria que foi escolhida como ponto de partida (a teoria de Robert Alexy). A distinção é útil porque constitui um *framework* adequado para a argumentação jurídica por precedentes judiciais.

Nesse sentido, no capítulo III eu abordo os problemas de *justificação* de precedentes judiciais. Entre esses problemas, é de especial interesse o da determinação da *ratio decidendi* dos precedentes. As teorias sobre a *ratio decidendi* – o elemento vinculante – de um precedente judicial foram desenvolvidas na Inglaterra a partir do final século XVII, quando foram contrapostas aos *obiter dicta* ou meras “opiniões” emitidas na justificação de casos pelos juízes em geral. Proponho, nesse sentido, um modelo silogístico de identificação das regras adscritas que podem ser extraídas dos precedentes judiciais para decidir casos posteriores. Essa identificação da *ratio*, porém, é ainda insuficiente enquanto critério para os discursos de justificação de um precedente judicial (ou seja, a afirmação da validade, pela via discursiva, de uma norma jurisprudencial). Por isso, é necessário revisar o tema das fontes do direito, pois ele será decisivo para encontrar o peso do precedente na argumentação jurídica. Como explico na seção 3.3. (do capítulo III), os precedentes podem ser considerados “fontes do direito”, mas isso não ajuda muito na medida em que adoto o conceito “argumentativo” de fontes do direito proposto por Aulis Aarnio. Os precedentes podem ser tanto *must-sources* (ou seja, fontes vinculantes em sentido forte), *should-sources* (ou seja, fontes obrigatórias em sentido frágil) ou *permissive sources* (ou seja, fontes do direito “meramente permitidas”). O peso concreto do precedente irá depender da ponderação de uma série de fatores institucionais e extra-institucionais (intrinsecamente racionais) que influem na força do *case law*. Finalmente, encerro o capítulo tratando do *overruling*, que

constitui a ab-rogação da regra jurisprudencial pelo próprio tribunal que a estabeleceu, procurando elucidar em detalhe os problemas que podem surgir nas decisões ab-rogatórias de precedentes e algumas soluções encontradas no direito comparado para a modulação dos efeitos (ou *prospective overruling*) das decisões jurisprudenciais em casos extremos.

Finalmente, no capítulo IV, procuro mapear os problemas que podem surgir na *aplicação* de regras jurisprudenciais a casos concretos. Apesar de reconhecer que via de regra a aplicação de precedentes judiciais envolve apenas a subsunção dos fatos do caso por resolver na premissa normativa que constitui a *ratio decidendi* do precedente a aplicar, concentro-me nos casos difíceis em que esse procedimento (subsunção) não basta para a aplicação adequada dos precedentes judiciais. Nesses casos, resta ao aplicador do direito a utilização da técnica do *distinguish* e o argumento por analogia. Tento estabelecer, para ajudar a racionalizar essas duas técnicas, a estrutura da redução teleológica, do argumento *a contrario* (que são vistos como dois casos de *distinguish*) e do argumento por analogia.

Iniciemos então, nas próximas páginas, nossa caminhada rumo à construção de uma teoria do *case law* formulada na perspectiva do participante e voltada diretamente para a prática jurídica.