

Thomas da Rosa de Bustamante

**Uma Teoria Normativa do
Precedente Judicial: O peso da
jurisprudência na argumentação
jurídica**

TESE DE DOUTORADO

DEPARTAMENTO DE DIREITO
Programa de Pós-Graduação em Direito

Volume I

Rio de Janeiro
Dezembro de 2007



Thomas da Rosa de Bustamante

UMA TEORIA NORMATIVA DO PRECEDENTE JUDICIAL

O peso da jurisprudência na argumentação jurídica

Tese de Doutorado

Tese de Doutorado apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Doutor pelo Programa de Pós-Graduação em Teoria do Estado e Direito Constitucional do Departamento de Direito da PUC-Rio.

Orientador: Antonio Cavalcanti Maia

Volume I

Rio de Janeiro
dezembro de 2007



Thomas da Rosa de Bustamante

**Uma Teoria Normativa do
Precedente Judicial: O peso da
jurisprudência na argumentação
jurídica**

Tese apresentada como requisito parcial
para a obtenção do grau de Doutor pelo
Programa de Pós-Graduação em Teoria do
Estado e Direito Constitucional do
Departamento de Direito da PUC-Rio.
Aprovada pela Comissão Examinadora
abaixo assinada.

Prof. Dr. Antonio Carlos Cavalcanti Maia
Orientador
Departamento de Direito – PUC-Rio

Prof. Dr. Ricardo Lobo Torres
Departamento de Direito – PUC-Rio

Prof. Dr. Adrian Sgarbi
Departamento de Direito – PUC-Rio

Prof. Dr. Cláudio Pereira de Souza Neto
Faculdade de Direito – UFF-Rio

Prof^a. Dr^a. Ana Paula de Barcellos
Faculdade de Direito – UERJ

Rio de Janeiro, 19 de dezembro de 2007

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

Thomas da Rosa de Bustamante

Graduado em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora – UFJF. Mestre em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ. Professor Assistente da Universidade Federal de Juiz de Fora - UFJF

Ficha catalográfica

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de

Uma Teoria Normativa do Precedente Judicial: O peso da jurisprudência na argumentação jurídica/ Thomas da Rosa de Bustamante; orientador: Antonio Carlos Cavalcanti Maia. – Rio de Janeiro: PUC; Departamento de Direito, 2007.

2v., 29 cm

1. Tese (doutorado) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Departamento de Direito.

Inclui referências bibliográficas.

1.Direito – Tese. 2. Filosofia. 3. Teoria Jurídica. 4. Precedentes. 5. Argumentação. 6. Metodologia. I. Bustamante, Thomas da Rosa de . II. Maia, Antonio Carlos Cavalcanti. III. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Departamento de Direito. IV. Título.

CDD: 340

À Eva, minha mulher, pelo seu amor e pela grande felicidade que
sinto cada dia que acordo ao seu lado.

Agradecimentos

Aos meus pais, Cristina e Jorge, e a toda a minha família, pelo apoio incondicional;

Ao meu orientador, Professor Antonio Cavalcanti Maia, não apenas pela interlocução, mas pela valiosa amizade e por sempre acreditar no meu trabalho;

Aos Professores Neil MacCormick e Zenon Bańkowski, meus co-orientadores no estágio de doutorado realizado na University of Edinburgh entre julho de 2006 e fevereiro de 2007, por me receberem com atenção, respeito e afeto, além de me apresentarem a uma literatura jurídica à qual sozinho eu jamais conseguiria ter acesso;

Ao amigo Carlos Bernal Pulido, pela fecunda interlocução jusfilosófica que mantemos e pelo incentivo constante que dele recebo;

Aos Professores Ricardo Lobo Torres, Ana Paula de Barcellos e Cláudio Pereira de Souza Neto, pelas críticas construtivas;

Aos meus colegas da Universidade Federal de Juiz de Fora, pela paciência durante o longo período em que estive comprometido com esta tese de doutorado, em especial a Nilson Rogério Pinto Leão, Denis Franco Silva, Flávio Henrique Silva Ferreira e Marcos Vinício Chein Feres;

À PUC-Rio e à CAPES, pelos auxílios financeiros que permitiram a realização desse trabalho;

E, finalmente, a todos os estudiosos de filosofia e teoria do direito que, em algum momento, dedicaram seu tempo a discutir comigo os temas relevantes para este trabalho acadêmico, entre os quais menciono os amigos Humberto Ávila, Alfonso García Figuerola, Alexandre da Maia, Juan Antonio García Amado, Noel Struchiner, Marina Velasco, Marcelo Cattoni e Margarida Lacombe Camargo.

Resumo

Bustamante, Thomas da Rosa de; Maia, Antonio Carlos Cavalcanti (orientador). **Uma Teoria Normativa do Precedente Judicial: O peso da jurisprudência na argumentação jurídica**. Rio de Janeiro, 2007, 488 p. Tese de Doutorado – Departamento de direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

Seguir precedentes é uma manifestação da racionalidade prática humana. No direito, o argumento por precedentes está presente em todas as culturas jurídicas e constitui uma das mais importantes fontes de normas para solucionar casos concretos. Aqui, sustenta-se um método universal para interpretar e aplicar regras derivadas de precedentes judiciais. O pano de fundo é a teoria do discurso, que fornece a base para o estabelecimento de diretivas específicas destinadas a racionalizar o processo de aplicação de precedentes na argumentação jurídica. A *ratio decidendi*, que constitui o elemento vinculante do direito jurisprudencial, pode ser alcançada de acordo com um modelo silogístico que reconstrói as premissas normativas utilizadas na decisão tomada como precedente/paradigma. É essa *ratio decidendi* que será aplicada para resolver problemas concretos que surgirão em casos futuros. Mas não basta reconhecer essa regra, é necessário um discurso de justificação em que é estabelecido não apenas o seu conteúdo, mas também a sua força e o seu âmbito de aplicação, que dependerá dos fatores institucionais e extra-institucionais que determinam a obrigação de levar em consideração os precedentes judiciais. Não obstante, mesmo quando houver consenso sobre a validade de uma regra jurisprudencial é possível o surgimento de problemas de aplicação que justifiquem o afastamento das conseqüências dessas regras em casos particulares. Esse fenômeno, assaz freqüente na argumentação por precedentes, pode ser resolvido pelas técnicas do *distinguishing* – que envolve a redução teleológica e o argumento *a contrario* – e da analogia.

Palavras-chave

Direito; Filosofia; Teoria Jurídica; Precedentes; Argumentação; Metodologia.

Abstract

Bustamante, Thomas da Rosa de; Maia, Antonio Cavalcanti (research director). **A Normative Theory of Legal Precedent. The Force of the Legal Decisions in Juristic Argumentation.** Rio de Janeiro, 2007, 488 p. Doctorate Thesis – Department of Law, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

Following precedents is a requirement of human practical rationality. In law, arguments from precedents are present in all legal cultures and constitute one of the most important sources of legal norms and decisions. Here I argue in favour of a universal method to interpret and apply judge-made rules. This method is supported by discourse theory, which provides the basis for the development of specific directives aimed at rationalizing the process of reasoning from precedents in legal disputes. The *ratio decidendi*, which is the binding element of a case law rule, can be reconstructed with the help of a syllogistic model which reveals the normative premises referred to in the decision taken as a paradigmatic precedent. It is this *ratio decidendi* that is going to be applied in order to resolve the concrete problems that are going to happen in the future. But it is not enough to discover this rule, since it is necessary to take a step further and enter a discourse of justification where it is settled not only the content of such rule, but also its strength and scope, which will depend on institutional and non-institutional factors that interfere in the obligation to consider judicial precedents. In addition, it is always possible (even when there is a consensus about the validity of a judicial ruling) that some problems of application justify the inapplicability of the consequences of these rules in particular cases. This kind of problem, which is not infrequent in legal argumentation with precedents, can be overcome by the techniques of distinguishing (which involves the teleological reduction and the argument *e contrario*) and analogy.

Keywords

Law; Philosophy; Jurisprudence; Precedent; Argumentation; Methodology.

Sumário

1. Considerações introdutórias	11
2. O método judicial e o precedente no common law e na tradição jurídica continental : a convergência de perspectivas teóricas	17
2.1. Introdução	17
2.2. A semelhança estrutural entre o <i>common law</i> e o direito romano do período clássico	18
2.3. A questão da autonomia metodológica do <i>common law</i> em relação ao direito continental-europeu	23
2.4. O <i>stylus curiae</i> (e suas implicações) nos sistemas jurídicos de common law e de civil law	28
2.4.1. O <i>style</i> francês “ <i>phrase unique</i> ” e o seu contexto	28
2.4.1.1. O <i>style</i> “ <i>phrase unique</i> ” e a “Escola da Exegese”	32
2.4.1.2. Jurisprudência e criação do direito em França	34
2.4.1.3. As transformações na soberania e o problema da legitimação das decisões: um problema também francês	42
2.4.1.4. Mecanismos contemporâneos de superação do déficit de legitimidade do <i>style phrase unique</i>	48
2.4.2. O <i>style</i> discursivo das Cortes Inglesas e o seu contexto	51
2.4.2.1. O caráter aberto do <i>common law</i> e a influência do <i>ius commune</i> sobre o <i>discursive style</i> : um dado histórico	60
2.4.2.2. O positivismo decimonônico e a sua teoria sobre a atividade judicial na Inglaterra	73
2.4.2.3. Excursão: do humanismo jurídico à hegemonia do positivismo de Bentham no século XIX. A radicalização da doutrina do <i>stare decisis</i>	77
2.4.2.4. As teorias sobre a <i>adjudication</i> e a situação atual da doutrina do precedente no Reino Unido	90
2.5. O fundamento do direito jurisprudencial no <i>common law</i> e no <i>civil law</i> : a negação da tese da autonomia metodológica do common law	91
2.5.1. A faceta decisionista da teoria pura do direito e o direito jurisprudencial (no continente e no <i>civil law</i>)	94
2.5.2. O princípio da justiça formal, a determinação da <i>ratio decidendi</i> e a formação da jurisprudência no <i>common law</i> e no civil law	100
2.5.3. A tensão entre facticidade e validade como um elemento estrutural do direito, inclusive e especialmente do direito jurisprudencial	109
3. Fundamentos de uma teoria pós-positivista do precedente judicial	119
3.1. O direito como uma prática social: os argumentos de Hart, Dworkin e MacCormick	119
3.2. Os limites substanciais do direito e a pretensão de correção: o argumento de Robert Alexy	133
3.2.1. A pretensão de correção do direito	133
3.2.2. O argumento da injustiça via “fórmula de Radbruch”	139
3.2.3. Contraponto crítico: uma revisão do argumento da injustiça	143
3.2.3.1. As condições pragmáticas do princípio democrático em Jürgen Habermas	145
3.2.3.2. A reinterpretação do argumento da injustiça	148
3.3. O Conceito pós-positivista de direito e suas conseqüências para a teoria jurídica	151

3.3.1. A abertura da teoria jurídica no pós-positivismo	152
3.3.2. Implicações para a filosofia do direito	160
3.3.3. Há ainda alguma fronteira entre a teoria jurídica e a filosofia do direito? (a teoria da argumentação jurídica como elemento normativo da teoria jurídica e da filosofia do direito)	168
3.4. A Teoria dos precedentes como uma teoria jurídica normativa e procedimental	171
3.4.1. A teoria do discurso como base de uma teoria normativa dos precedentes judiciais	171
3.4.2. O código da razão prática de Alexy e a justificação jurídica	182
3.4.2.1. Regras fundamentais	183
3.4.2.2. Regras sobre a carga da argumentação	184
3.4.2.3. As formas de argumento	185
3.4.2.4. Regras de fundamentação	188
3.4.2.5. Regras de transição	188
3.4.2.6. Limites do discurso prático e a necessidade de uma teoria da argumentação jurídica	189
3.4.3. O direito como “Discurso de Aplicação”: a contribuição de Klaus Günther	193
3.4.3.1. A crítica à tese do caso especial (TCE) e a diferença entre justificação e aplicação	193
3.4.3.2. A réplica à crítica à TCE e a interpolação entre os discursos de justificação e de aplicação	200
3.4.4. Os conceitos semânticos de “norma” e “interpretação” e os problemas de justificação e aplicação	204
3.4.4.1. O conceito semântico de “norma”	205
3.4.4.2. O conceito semântico de <i>interpretação</i>	207
3.4.4.3. As concepções de “norma” e “interpretação” nas teorias de Alexy e Günther: a opção pelas concepções semânticas	210
3.4.5. Justificação e aplicação de precedentes judiciais	212
Anexo: Tabela das regras e formas da argumentação jurídica (In. Alexy, Robert. 1997-a)	214
4. Problemas de justificação de normas derivadas de precedentes judiciais	219
4.1. Considerações introdutórias	219
4.2. A interpretação de precedentes judiciais: o problema da <i>ratio decidendi</i>	226
4.3. A força/vinculatividade do precedente judicial	246
4.3.1. Os precedentes judiciais como fontes do direito. Mas que tipo de fonte?	247
4.3.2. Fatores institucionais e extra-institucionais que influenciam a força do precedente	261
4.3.2.1. A determinação do peso dos precedentes como um processo hermenêutico	261
4.3.2.2. Fatores institucionais que determinam a força de uma norma jurisprudencial	265
A) Contexto institucional (stricto sensu)	266
B) Tradição jurídica	268
C) Estrutura constitucional (constitutional framework)	271
4.3.2.3. Fatores extra-institucionais que determinam a força de uma norma jurisprudencial	284
A) Concepções jurídico-teóricas	285
B) Fatores normativo-estruturais	291
C) Correção substancial da decisão paradigma	316
4.3.3. A determinação do peso da <i>ratio decidendi</i> : a ponderação das fontes e dos demais fatores institucionais e extra-institucionais que influem sobre o precedente	318
4.3.3.1. Duas operações básicas no direito: subsunção e ponderação	318
4.3.3.2. Ponderação de <i>princípios</i> e ponderação de <i>razões</i>	325
4.4. <i>Mutatis mutandis</i> . O <i>overruling</i> ou ab-rogação do precedente judicial	333
4.4.1. O <i>overruling</i> de precedentes meramente persuasivos	335

4.4.2. O <i>overruling</i> de precedentes obrigatórios em sentido forte (formalmente vinculantes)	337
4.4.3. O <i>overruling</i> de precedentes obrigatórios em sentido frágil	351
4.4.4. A “modulação dos efeitos” dos <i>revirements</i> : até que ponto uma solução adequada para o desenvolvimento judicial do direito?	354
4.4.4.1. O <i>prospective overruling</i> no direito dos Estados Unidos da América	356
4.4.4.2. O <i>overruling</i> , a teoria declaratória e o direito inglês	361
4.4.4.3. O <i>prospective overruling</i> no direito Alemão	368
4.4.4.4. O <i>prospective overruling</i> no direito comunitário europeu	372
4.4.4.5. A modulação dos efeitos retroativos da jurisprudência e o direito francês	377
4.4.4.6. O <i>prospective overruling</i> no direito brasileiro	381
4.4.4.6. Algumas diretivas gerais para a aplicação da técnica do <i>prospective overruling</i>	388
5. Problemas de aplicação de precedentes judiciais	396
5.1. A subsunção como regra geral de aplicação de precedentes judiciais	396
5.2. O <i>distinguish</i> e suas duas operações básicas: a redução teleológica e o argumento <i>a contrario</i>	398
5.2.1. A redução teleológica e o caráter superável (<i>defeasible</i>) das regras jurídicas	401
5.2.1.1. A superabilidade (<i>defeasibility</i>) das normas jurídicas e os conflitos normativos: as regras jurisprudenciais como obrigações <i>prima facie</i>	406
5.2.1.2. A superabilidade dos precedentes judiciais e o princípio da igualdade	410
5.2.2. O argumento <i>a contrario</i> e a diferenciação de precedentes judiciais	413
5.2.2.1. As formas simples do argumento <i>a contrario</i> : replicação e equivalência	416
5.2.2.2. A forma mais complexa de argumento <i>a contrario</i> : o raciocínio <i>a contrario</i> contextual	420
5.3. A aplicação de precedentes por analogia	425
5.3.1. Uma breve introdução histórica	425
5.3.2. O conceito de analogia <i>iuris</i> e seu anacronismo	428
5.3.3. A concepção corrente acerca da estrutura da argumentação jurídica por analogia	431
5.3.4. Os princípios e a estrutura da argumentação por analogia	440
5.3.5. Um exemplo de aplicação do modelo	445
5.3.6. A analogia e a interpretação extensiva: diferenciação	449
5.4. Problemas de aplicação, comparação e ponderação: uma integração de perspectivas	450
6. Conclusão	455
7. Referências Bibliográficas	460