

4

Problemas de justificação de normas derivadas de precedentes judiciais

4.1

Considerações introdutórias

Nas últimas seções do capítulo anterior tentei demonstrar a viabilidade de se construir uma teoria normativa do precedente judicial a partir da divisão entre problemas de justificação e aplicação de normas jurídicas. Rejeitei a proposta de Günther de entender o discurso jurídico como *apenas* um caso especial de discurso de aplicação porque, entre outras razões, a validade jurídica *stricto sensu* – validade de uma norma conforme o ordenamento – não deve ser invariavelmente e definitivamente uma razão *absoluta* para reconhecer tal norma como vinculante no discurso jurídico. O direito possui, além de uma dimensão *real* – institucional, autoritativa –, uma dimensão *ideal* – discursiva, racional – que dirige e informa o processo de raciocínio jurídico (Alexy, 1999-b, p. 375).

Como vimos, depois da filosofia jurídica produzida por Hart os juristas passaram a olhar para o direito a partir do *ponto de vista interno*, ou seja, da perspectiva daqueles que obedecem e aplicam normas jurídicas para o fim de solucionar os conflitos de interesses que se manifestam na sociedade. Os estudiosos do direito compreenderam que não se pode analisar o direito com o mesmo método dos cientistas que formulam suas leis físicas através da mera observação de “regularidades” e certos padrões de reprodutibilidade que podem ser verificados a partir da perspectiva externa. Isso abriu caminho para uma autêntica revolução na filosofia jurídica. Apesar de Hart ter se mantido positivista por toda a sua vida, outros juristas como Dworkin e MacCormick – no mundo do *common law* – e Alexy e Peczenik – no direito continental –, perceberam que nenhuma teoria positivista pode ser adequada para entender a natureza do direito a partir do momento em que abandonamos a perspectiva do observador. O positivismo não basta mais enquanto teoria jurídica porque ele não leva em

consideração o aspecto *ideal* do direito (as idéias de correção, justiça, razoabilidade) e advoga uma separação *a priori* entre direito e moral que não corresponde à prática de desenvolvimento do direito em sociedades relativamente avançadas. Parece mais plausível que, apesar de o direito e a moral poderem ser conceitualmente diferenciados, haja uma mútua dependência entre ambos. A moral necessita do direito para superar sua indeterminação cognitiva e o direito necessita da moral para legitimar suas decisões¹⁰⁷.

Essa nova forma de se entender o direito e sua relação com a moralidade leva a sérias conseqüências para a teoria dos precedentes judiciais.

A teoria positivista dos precedentes judiciais foi a teoria inglesa desenvolvida a partir do século XIX. Com efeito, durante o período em que o positivismo foi dominante – séculos XIX a XX – a teoria jurídica produzida na Europa continental, bem como em outras tradições jurídicas que cresceram sob sua influência, como a latino-americana, negligenciaram por completo os precedentes (Gorla, 1981-h). Como explica Luís Roberto Barroso, antes do advento do *constitucionalismo*, que teve suas primeiras raízes lançadas apenas na segunda metade do século XX – e mesmo assim inicialmente em um número reduzido de Estados, como a Alemanha e a Itália –, vigorava na tradição romano-germânica um modelo de *Estado legislativo* assentado sobre o “monopólio estatal da produção jurídica e sobre o princípio da legalidade”: “a norma legislada se converte em fator de unidade e estabilidade do direito (...). A partir daí, a doutrina irá desempenhar um papel predominantemente descritivo das normas em vigor. E a jurisprudência se torna, antes e acima de tudo, uma função técnica de conhecimento, e não de produção do direito” (Barroso, 2007, p. 205). Essa situação só iria mudar tarde no século XX, quando o próprio positivismo começa a entrar em decadência.

Diferentemente do *civil law*, o *common law* nos deixou como legado um rico conjunto de ferramentas metodológicas para interpretar e aplicar precedentes judiciais. A vasta literatura no Reino Unido sobre a definição da *ratio decidendi* de um caso e sobre os métodos para extraí-la na atividade prática de argumentação jurídica é, de fato, um ponto de partida sólido para uma teoria da adjudicação que dê conta do papel dos precedentes enquanto elementos da argumentação jurídica,

¹⁰⁷ Ver supra, Capítulo II.

ou seja, como razões para se decidir questões controvertidas e superar muitas das dificuldades que nós encontramos nos denominados *hard cases*. Mas a teoria inglesa dos precedentes judiciais é também uma teoria fortemente positivista. A idéia de que os juízes *criam* o *case law* por sua própria autoridade está na base dessa teoria. Foi tal idéia que levou os juristas a distinguir entre a *ratio decidendi* – a parte vinculante da decisão judicial – e o *obiter dictum* – os discursos não-autoritativos que se manifestam nos pronunciamentos judiciais. Como nos relata Criscuoli,

a necessidade de distinguir entre *ratio decidendi* e *obiter dictum* – já oficialmente advertida por Vaughan C.J. em *Bole v. Horton*, de 1673 – é uma conseqüência natural do fato de que o juiz não encontra limites ao formular a motivação do seu juízo adjudicativo da lide, razão pela qual pareceu oportuno que essa sua plena liberdade sob o plano motivacional fosse balanceada pela regra segundo a qual nem tudo que ele pode dizer e diz é vinculante para o futuro juiz, de sorte que apenas as considerações que representam indispensavelmente o nexos estrito de causalidade jurídica entre o fato e a decisão integram a *ratio decidendi*, onde qualquer outro aspecto relevante, qualquer outra observação, qualquer outra advertência que não possui aquela relação de causalidade é *obiter*: um *obiter dictum* ou, nas palavras de Vaughan, um *gratis dictum* (Criscuoli, 2000, 348).

O poder de *criação* do direito reconhecido pelo positivismo aos juízes levou a uma abordagem muito estreita dos precedentes judiciais. Já que os juízes não encontravam limites ao seu poder de criação normativa, tornou-se necessário interpretar as regras jurisprudenciais de modo estrito. Uma decisão anterior somente pode vincular uma posterior “nas questões fáticas e jurídicas *levantadas e discutidas* perante a Corte” (Whittaker, 2006, p. 715). Sobre a premissa do caráter vinculante das decisões singulares das cortes superiores e o pressuposto positivista da irrelevância da fundamentação das decisões para se encontrar o *holding* ou *ratio* de um caso, os juristas do *common law* normalmente concordavam com a tese de que o elemento vinculante de uma decisão judicial está no “ato de autoridade”, e não nas razões dadas pelo tribunal para justificá-la, bem como que para cada decisão judicial é possível encontrar uma *única ratio decidendi* que liga os fatos do caso a um conjunto definível de conseqüências jurídicas em uma estrutura de *regra* jurídica. Alguns argumentam que a *ratio* é uma regra *necessária* para justificar a conclusão jurídica (Cross; Harris, 1991), outros que a regra que constitui a *ratio* é meramente *suficiente* para a conclusão jurídica a que

ela leva (Simpson, 1961). O debate gira, portanto, em torno do melhor método para se determinar a *ratio decidendi* dos casos que valem como precedentes.

Mas com o obscurecimento do positivismo jurídico, a partir do fortalecimento, no final do século XX, das terias da argumentação jurídica – que olham para o direito a partir da perspectiva do participante e buscam aproximar o direito real do direito ideal, ao se voltarem para a justificação racional das decisões jurídicas concretas – e de uma teoria dos direitos fundamentais fundada em princípios, o modelo positivista oferecido pela teoria inglesa tradicional deixa de constituir uma alternativa viável para orientar a interpretação e aplicação do direito judicial.

Em primeiro lugar, o próprio fundamento da obrigação de seguir precedentes judiciais – seja essa entendida em um sentido frágil (obrigação de *levar em consideração* o precedente) ou em um sentido forte (obrigação de *decidir* segundo o precedente) – muda radicalmente. Devemos seguir precedentes não mais apenas porque eles constituem direito positivo formalmente produzido por alguma autoridade institucionalmente autorizada a criar direito, mas porque os precedentes passam a ser vistos como uma exigência da própria idéia de “razão prática” (MacCormick; Summers, 1997, p. 4). Não pode haver um sistema jurídico racional sem um método universalista e imparcial de aplicação do direito positivo. Podemos observar, na interpretação e aplicação dos precedentes, a mesma tensão entre *ratio et auctoritas*, que caracteriza o direito positivo de modo geral (Habermas, 2005-a; Bergholtz, 1990). Em um dos pólos dessa tensão, há um elemento de *autoridade* no direito que se manifesta desde o início de sua institucionalização até o ato final de sua aplicação. Nas palavras de Viola, “é isso que diferencia o direito de outras esferas da vida prática” (Viola, 1996, p. 182). Mas no outro pólo o direito e a moral compartilham o fato de que ambos necessitam um ao outro: o direito sem a moralidade perde o seu aspecto ideal e se transforma em uma prática arbitrária onde o mais forte cria leis para o mais fraco, ao passo que a moral sem a facticidade do direito é um mero sistema de saber cultural que carece de qualquer garantia de eficácia.

Não há apenas razões institucionais para se seguir precedentes, mas também razões morais. Ao mesmo tempo, é possível que em casos concretos essas razões morais – que desempenham um papel decisivo na argumentação jurídica a partir do momento em que nós reconhecemos a mútua dependência entre direito e moral

– demandem uma reinterpretação do direito e o *overruling* de uma regra jurisprudencial que não possa mais ser moralmente justificada. Quando isso acontece, devem-se ponderar os princípios da segurança jurídica e da correção substancial a fim de decidir se deve ou não ser modificado o *case law* em vigor. Isso pode ser perfeitamente exemplificado na prática. No próprio direito inglês, por exemplo, hoje se tem como certo que a *House of Lords* pode e deve revogar – *overrule* – os precedentes que não sejam mais racionalmente justificáveis. De fato, apesar de a *House* ter por um longo tempo declarado que ela estava vinculada às suas próprias decisões, a versão forte do *stare decisis* nunca foi uma regra absoluta, pois a Corte podia sempre distinguir casos e, quando alguma razão importante não tivesse sido considerada no caso anterior, declarar que a regra judicial antiga fora estabelecida *per incuriam* e por isso não possuía caráter vinculante. Algo parecido acontece hoje também no direito continental europeu. Em muitas das cortes constitucionais que prolatam decisões vinculantes em matéria constitucional, as decisões possuem efeito vinculante não apenas na parte dispositiva, mas também na sua fundamentação. Isso acontece inclusive no direito comunitário europeu, quanto às decisões da Corte Européia de Direitos Humanos (Baade, 2002, p. 13). Portanto, é possível que uma razão não considerada pelo tribunal no precedente citado venha a, em um julgamento posterior, ser suficiente para pronunciar a inconstitucionalidade ou invalidade de uma lei já previamente analisada: o efeito vinculante das decisões, quando aplicável, refere-se não apenas à parte dispositiva da decisão, mas aos seus fundamentos determinantes¹⁰⁸. Por isso Gilmar Mendes sustenta que “as sentenças posteriores que modifiquem a situação normativa, bem como eventual mudança de orientação jurídica sobre a matéria, podem tornar inconstitucional norma anteriormente considerada legítima”: as sentenças contêm implicitamente a cláusula *rebus sic stantibus* (Mendes, 1998, p. 284).

O modelo de Estado constitucional contemporâneo exige que todo ato de aplicação judicial do direito atenda, na máxima medida possível, à pretensão de justificabilidade racional que nos proíbe de considerar a “autoridade” dos juízes e tribunais como uma razão excludente para as decisões posteriores. Isso significa que uma doutrina do precedente absolutamente vinculante não é mais compatível

¹⁰⁸ Nesse sentido, ver: Supremo Tribunal Federal, Rcl. 1.987, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ de 21.04.2004. Disponível em «www.stf.gov.br», acesso em 03.07.2007.

com a exigência de justificabilidade mantida pelas constituições democráticas, pois será sempre teoricamente possível que em um caso futuro as razões aduzidas para o *overruling* de uma regra jurisprudencial superem as que militam em favor da manutenção desta mesma regra.

Em segundo lugar, a partir do momento em que se deixa de presumir *a priori* que cada precedente judicial possui uma autoridade absoluta e invariavelmente vinculante, pode-se abrandar a distinção entre *ratio decidendi* e *obiter dictum*. Com efeito, até muito recentemente os juristas ingleses em geral concordavam com Goodhart quando este afirma que “a razão que o juiz dá para sua decisão nunca é a parte vinculante de um precedente” (Goodhart, 1931, p. 2). Hoje em dia, entretanto, parece que a máxima oposta é muito mais apropriada: “é na enunciação das *opinions* para o fim de *justificação* de decisões que os juízes estabelecem precedentes e constroem o *case law*” (MacCormick, 2005, p. 144). Mesmo que na maioria dos sistemas jurídicos ainda haja espaço para certas decisões que possuem um elevado grau de vinculatividade – inclusive em sistemas jurídicos da tradição romano-germânica (Baade, 2002) –, há sempre lugar – mesmo na Inglaterra – para discussões e revisão de regras há muito estabelecidas e consagradas em precedentes judiciais.

As pressuposições de que há sempre *uma ratio decidendi* e de que esta inevitavelmente possui uma autoridade *absoluta* são ficções que, apesar de ainda serem relativamente freqüentes no discurso de certos teóricos positivistas, não encontram nem confirmação na prática jurídica – seja do direito inglês ou das cortes de *civil law* – nem fundamento filosófico – na medida em que se passa a exigir do direito não apenas a característica da vigência fática, mas também a da aceitabilidade racional.

Ademais, mesmo sem romper as fronteiras do positivismo já se podia criticar severamente tais pressuposições. Stone, por exemplo, consegue demonstrar com a análise de casos que sempre há uma larga margem de “fatos” que podem ser considerados “materiais” e, portanto, parte da *ratio decidendi* (Stone, 1959, p. 603-4). Após apontar uma série de ambigüidades semânticas que surgem na interpretação do célebre caso *Donoghe versus Setevenson*, Stone conclui que os *material facts* “podem ser enunciados em vários níveis de generalidade”, e pode haver um grande número de “*rationes* potencialmente vinculantes competindo entre si para governar casos futuros em que os fatos

possam incidir em um nível de generalidade, mas não em outro” (Idem, p. 607). A *ratio decidendi* seria, portanto, uma “categoria de referência ilusória” (*category of illusory reference*), pois o direito deixa à corte posterior uma escolha substancial quanto aos fatos que devem ser compreendidos na *ratio decidendi* de um precedente (Ibidem).

Devemos reconhecer que Stone tem um bom argumento. Mas seu argumento não deve nos conduzir a renunciar ao esforço de determinar com clareza a *ratio decidendi* de um precedente antes de decidir sobre a sua aplicação a casos futuros. Se definirmos a *ratio decidendi* como uma *norma* universalizável que pode ser extraída de um precedente judicial¹⁰⁹, percebemos que na maioria dos casos pode-se encontrar não apenas *uma*, mas diferentes *rationes decidendi* que podem possuir graus diferentes de vinculatividade em casos futuros. Ao invés de tentar encontrar *uma e única ratio decidendi* em cada caso, devemos admitir que há sempre um grau de indeterminação no direito jurisprudencial (*case law*) e que nós podemos extrair diferentes *rationes decidendi* de um mesmo caso. Esse é o ponto de partida para uma teoria dos precedentes dotada de maior virtualidade.

Nessa nova teoria dos precedentes, devemos abandonar não apenas a tese de que há apenas *uma ratio decidendi*, mas também a afirmação de que a *ratio* é sempre absolutamente vinculante. Já tive oportunidade de demonstrar que tal afirmação não é razoável a partir do momento em que reconhecemos a decadência do positivismo jurídico. Não parece correto que *ou* uma regra extraída da fundamentação de uma decisão é uma norma absolutamente vinculante, *ou* um mero *obiter dictum* que não possui qualquer autoridade (Eng, 1996, p. 19). A tese de que essas duas alternativas são exaustivas não encontra ressonância nem na prática jurídica (Eng 1996; 2000-b) e nem na história do direito (Gorla, 1981-c, p. 537).

A teoria que estou propondo nessa tese de doutoramento, na linha dos estudos de Svein Eng (1996; 2000-b), vai contra a denominada “*either – or assumption*”, ou seja, essa forma dicotômica de pensar o precedente judicial. Iremos adotar nas seções seguintes um modelo de reconstrução silogística das regras que podem constituir as *rationes decidendi* de um precedente judicial. Essas regras podem variar tanto em abrangência quanto em grau de

¹⁰⁹ Ver *supra*, Capítulo 1, seção 1.5.2.

vinculatividade. Nas próximas seções, após revisar as principais concepções positivistas sobre a *ratio decidendi*, procurarei estabelecer um modelo para a reconstrução de normas jurisprudenciais a partir de cadeias de silogismos, bem como fixar certa orientação para se determinar a *força* ou grau de vinculatividade dessas normas que podemos extrair dos precedentes judiciais. Finalmente, analisarei a possibilidade de superação/*overruling* e revisão de regras jurisprudenciais e as razões que podem justificar o afastamento da decisão anterior. Todos esses problemas, como pretendo deixar claro, dizem respeito à validade de normas jurisprudenciais, e portanto constituem parte do que Günther denominou *problemas de justificação normativa*.

4.2

A interpretação de precedentes judiciais: o problema da *ratio decidendi*

A primeira questão a ser respondida por uma teoria *descritiva* dos precedentes judiciais é “o que vale como precedente judicial?”. Como optamos por uma teoria *normativa* do precedente, nosso problema é: “o que *deve* contar como precedente judicial, para fins de sua aplicação no raciocínio jurídico?”. Ao reformularmos a pergunta inicial, abandonamos a perspectiva do observador e adotamos a do participante. Precedentes judiciais são, como enunciados legislativos, textos dotados de autoridade que carecem de interpretação. É trabalho do aplicador do direito extrair a *ratio decidendi* – o elemento vinculante – do caso a ser utilizado como paradigma. Mas a noção de *ratio decidendi* e os critérios para sua determinação constituem algo ainda fortemente controvertido. Talvez este seja o ponto mais polêmico da teoria dos precedentes e de toda a teoria jurídica produzida no *common law*.

Como explica Marshall, “não há uma única forma de dizer o que aconteceu em um caso particular, e descrevê-lo é selecionar as suas notas mais relevantes para o propósito em questão”. Ao se selecionar os fatos materiais fixados pelo juiz ou descrever as regras adotadas em um caso concreto, “é necessário definir com

certo grau de precisão o que constitui esse elemento (*ratio decidendi*)” (Marshall, 1997, p. 505).

É natural, portanto, que surjam disputas doutrinárias infundáveis acerca do que deve ser considerado vinculante em um precedente judicial. O conceito de *ratio decidendi* – pelo menos enquanto prevalecer a teoria positivista segundo a qual o que torna o *case-law* relevante é apenas a *autoridade* do juiz que tenha decidido a questão jurídica coberta pelo caso, sendo que essa autoridade ou é absoluta ou “não existe” (Eng, 2000, p. 305) – parece ser um conceito fadado à indeterminação.

A teoria positivista dos precedentes – que floresceu na Inglaterra no Século XIX – toma como certo que os juízes possuem um poder ilimitado de criação de normas jurídicas. Por isso há uma tendência em buscar-se um conceito o mais estrito possível de *ratio decidendi*, para o fim de limitar o poder normativo reconhecido ao Judiciário: “na experiência dos juristas do *common law*, o problema da força do precedente é estritamente ligado àquele da individualização da *ratio decidendi* da sentença: somente a esta é reconhecido valor vinculante, não a um *obiter dictum*” (Bin, 1999, p. 207).

Oliphant, por exemplo, propõe um “empirismo radical” no método para determinar a *ratio decidendi*. Para ele o que constitui um precedente é “o que as cortes tenham feito em resposta ao estímulo dos fatos do caso concreto que se acha diante delas”, e portanto “não a fundamentação dada pelo juiz” (Oliphant, 1928, 159). Goodhart, por sua vez, concorda com Oliphant em que “a primeira regra para se descobrir a *ratio decidendi* de um caso é que ela não deve ser buscada nas razões em que o juiz tenha baseado sua decisão” (Goodhart, 1931, p. 4), mas nos *fatos materiais* do caso “tais como vistos pelo juiz” no caso citado. Como já adiantamos¹¹⁰, para este autor “é pela sua escolha dos fatos materiais que o juiz cria direito” (Idem, p. 10). Na mesma direção se move a famosa teoria de Cross, para quem a *ratio decidendi* deve ser encontrada mesmo nas decisões não amparadas por qualquer tipo de razões: “seria um erro assumir que tais decisões careçam de uma *ratio decidendi* que as habilite a ser citadas como precedente, pois a proposição jurídica em que elas devam ter se baseado pode ser inferida com mais ou menos segurança a partir dos fatos conjugados com a conclusão” (Cross,

¹¹⁰ Ver seção 1.5.2 do primeiro capítulo desta tese.

1979, p. 48). Portanto, a *ratio decidendi* é definida como “qualquer regra jurídica expressa ou implicitamente tratada pelo juiz como um passo necessário para alcançar a sua conclusão” (Idem, p. 76).

Ainda na tradição do *common law*, Simpson acredita que a *ratio decidendi* deve ser buscada na regra “aplicada pela corte” (*acted upon in court*). Para encontrá-la seria necessário procurar os fatos considerados *relevantes* para a decisão tomada como precedente. Mas o que pode contar como “relevante” para uma decisão? Simpson responde a essa pergunta a partir de uma crítica à concepção de Cross: “é difícil enxergar a força de qualquer necessidade lógica (*logical necessity*) que iria guiar o juiz ao decidir qual regra precisa foi necessária” (Simpson, 1961, p. 163). Ele corretamente sugere o uso da expressão *suficiente* no lugar de *necessária* e argumenta que tudo o que o juiz necessita para decidir é uma regra *suficientemente* precisa para solucionar o caso concreto. As regras jurisprudenciais são descritas como “entidades incompletas”, pois elas estão sempre sujeitas a novas exceções a serem adicionadas por juízes posteriores quando estes distinguem o caso a ser decidido daquele coberto pela regra judicial (Idem, p. 165).

Todos esses métodos para se determinar a *ratio*, apesar de diferentes em vários aspectos, compartilham o pressuposto de fundo de que o juiz *cria* por sua própria autoridade institucional o direito jurisprudencial, bem como que as normas criadas dessa maneira são invariavelmente vinculantes. O debate entre os positivistas é, portanto, uma discussão entre juristas que compartilham a mesma *ideologia judicial*: o mesmo pressuposto de que o juiz está vinculado pelos que o antecederam e faz leis para os que o sucederão.

Mesmo se descartarmos, com fundamento nas razões que expusemos no capítulo introdutório¹¹¹, as teorias sobre a *ratio decidendi* que buscam separar “fatos” e “normas”, colocando toda a ênfase nos primeiros – como fizeram Goodhart, Oliphant e os realistas –, a noção de *ratio decidendi* permanece um conceito aberto e dotado de alto grau de ambigüidade. Em um esforço de mapeamento dos sentidos encontrados na doutrina de modo geral para a locução, Chiassoni conclui que o conceito de *ratio decidendi* é caracterizado “por uma

¹¹¹ Ver supra, capítulo I, seção 1.5.2.

notável ambigüidade”, que concerne a dois fatores: (i) o *tipo de objeto* designado; e (ii) o *grau de especificação* do objeto designado (Chiassoni, 2004, p. 80-84).

Em relação ao *tipo de objeto*, a locução pode se referir, alternativamente, a três coisas diferentes:

- a) segundo uma concepção “normativista abstrata”, com a locução *ratio decidendi* se pode designar “a *norma jurídica geral* – a ‘regra’, o ‘critério’, o ‘princípio’, a ‘premissa normativa’ etc. – dessumível da sentença complexivamente considerada, sobre a base do que foi decidido em um caso”;
- b) de acordo com uma concepção “normativista concreta”, com *ratio decidendi* se designa a “norma jurídica geral *contextualizada*: i. e., a norma usada por um juiz para justificar a decisão de um caso, considerada não mais em si e *per se*, mas unicamente em relação aos argumentos que a sustentam e à decisão do fato ao qual tenha sido aplicada”;
- c) por último, na perspectiva de uma concepção “argumentativa”, com a locução *ratio decidendi* “não se faz referência, especificamente, nem a uma norma geral em si e por si considerada, nem a uma norma contextualizada, mas, em termos gerais, a qualquer *elemento essencial (sine qua non)* da argumentação desenvolvida pelo juiz para motivar a decisão de um caso” (Idem, p. 81).

Quanto ao *grau de especificação*, por sua vez, pode-se encontrar na doutrina um número ainda maior de significados. *Ratio decidendi* pode ser (Idem, p. 82-3):

- i) o *elemento* da motivação que constitui uma *premissa necessária* para a decisão de um caso;
- ii) o *princípio de direito* que na sentença é *suficiente* para decidir o caso concreto;
- iii) a *argumentação* necessária ou *suficiente* para definir um juízo;
- iv) a *norma* (‘regra’, ‘princípio’) que constitui, alternativamente: a *condição necessária e suficiente*, ou a *condição não necessária mas suficiente*, ou ainda uma *condição necessária mas não suficiente* de uma determinada decisão;
- v) a *norma* relevante para os fatos da causa, à luz de uma análise textual do precedente-sentença, que o juiz *tenha de fato estabelecido e/ou seguido*;
- vi) a *norma* relevante para os fatos da causa que o juiz do caso paradigmático *declara expressamente* ter estabelecido e/ou seguido;
- vii) a *norma* expressa ou implicitamente tratada pelo juiz como *necessária* para decidir o caso;

- viii) a *norma* relevante para os fatos da causa que – à luz do direito existente, dos fatos e dos precedentes – o juiz que tenha pronunciado a decisão paradigmática *tenha devido estabelecer e/ou seguir, para decidir corretamente* a controvérsia;
- ix) a *norma* relevante para os fatos da causa que, segundo a opinião de um juiz sucessivo, o juiz que pronunciou o precedente *tenha acreditado haver estabelecido*;
- x) a *norma* relevante para os fatos da causa que, segundo a opinião de um juiz sucessivo, o juiz que pronunciou o precedente *tenha de fato estabelecido ou seguido*;
- xi) a *norma* relevante para os fatos da causa que, segundo a opinião dos juristas, o juiz posterior *tenha o dever* de considerar como estabelecida ou seguida por um juiz precedente.

Todas essas acepções foram extraídas de contribuições de juristas acadêmicos – em sua maioria *common lawyers* – que tentaram estabelecer parâmetros metodológicos para encontrar o elemento vinculante dos precedentes judiciais. Todas parecem pressupor que o único fundamento para se seguir precedentes é a autoridade que os juízes detêm para *criar* direito. Não obstante, durante longo tempo vigorou uma teoria que expressamente negava esse poder normativo tanto no *common law* (ver MacCormick, 2005, p. 262; MacCormick, 1998-a; Postema, 1987; Wesley-Smith, 1987) quanto, no *civil law*, por juristas como Savigny e Windscheid (Zimmermann; Jansen, 1998, p. 302). Como relatam Zimmermann e Jansen, essa concepção – ainda prevalecente na Alemanha – sustenta que “a formação do direito deve ser distinguida da sua percepção pelos juristas para a aplicação do direito. Pronunciamentos judiciais, portanto, apenas podem ser considerados vinculantes enquanto eles reflitam corretamente ‘o direito’” (Idem, p. 303). Essa teoria – denominada “declaratória” – padece do mesmo unilateralismo que hoje caracteriza o positivismo, mas no sentido contrário. Ela peca por não reconhecer qualquer peso à autoridade nos precedentes judiciais, por imaginar que o juiz não exerce qualquer papel criativo no desenvolvimento do direito. No relato de Zimmermann e Jansen,

A teoria declaratória é hoje defendida sob o argumento de que os juízes sempre têm de embasar suas decisões em razões juridicamente reconhecidas, tais como argumentos deduzidos de princípios jurídicos gerais. Mas não se segue dessa proposição, também, que o sistema jurídico proveja uma resposta correta para cada

problema jurídico. Mesmo se isso fosse correto em linha de princípio, deve-se manter em mente que a decisão sempre depende do peso relativo das razões que lhe servem de fundamento. As razões jurídicas, no entanto, não possuem um peso predeterminado e diferenciado; o peso deve lhes ser atribuído por meio de uma argumentação racional. Critérios para esse processo de pesagem ou ponderação apenas rudimentarmente podem ser extraídos do direito positivo. Os sistemas jurídicos são portanto parcialmente incompletos ao menos no que se refere ao peso dos argumentos relevantes para uma decisão. Segue-se daí que os tribunais, quando decidem casos difíceis, ao menos em parte criam o direito ao invés de meramente descobri-lo. Uma nítida e claramente demarcada distinção sobre quando, e em que extensão, os tribunais estão declarando ou criando direito é provavelmente impossível ser estabelecida (Zimmermann; Jansen, 1998, p. 304).

Mais correto do que uma disputa pura e simples entre a teoria declaratória e a teoria positivista parece, a meu ver, reconhecer um pouco de razão a cada um desses *approaches*. Da teoria positivista, podemos extrair a afirmação – geralmente correta – de que os juízes possuem determinado poder criativo ao interpretar e aplicar o direito aos casos concretos; da teoria declaratória, podemos derivar a tese de que em um importante sentido os juízes, quando aplicam o direito a um determinado caso concreto, estão vinculados pelo conteúdo das prescrições normativas que podem de modo geral ser derivadas do direito e de sua sistematização racional. De um lado, nem sempre é possível uma única resposta correta a partir dos princípios jurídicos; de outro lado, na aplicação judicial do direito há, em maior ou menor grau, tanto uma margem de criação quanto uma esfera de vinculação ao direito preexistente. Essa esfera deriva do próprio dever de obediência ao direito, que decorre do seu caráter institucionalizado.

A partir do momento em que adotamos o conceito semântico de norma jurídica¹¹² podemos visualizar, como faz Alexy, um modelo procedimental de teoria dos princípios – e das normas jurídicas em geral – segundo a qual esses constituem uma espécie de *ordem-marco* para o legislador:

A metáfora do marco pode ser precisada da seguinte maneira: o marco é o que está ordenado e proibido. O que se confia à discricionariedade do Legislador, ou seja, o que não está nem ordenado nem proibido, é aquilo que se encontra no interior do marco. Assim, o discricionário define a margem de ação do Legislador (Alexy, 2002-a, p. 21).

Há, portanto, sempre uma margem de ação estrutural para o legislador. A partir do momento em que, com base no conceito semântico de norma jurídica,

¹¹² Ver *supra*, Capítulo II, seção 2.4.4.1.

deixamos assentado que o texto constitucional estabelece o marco ou moldura dentro do qual se deve construir a norma jurídica que irá decidir o caso concreto, o mesmo se pode dizer para o juiz que estabelece um precedente judicial: também neste caso há um poder de criação do direito *no marco definido pelo ordenamento jurídico*. Se aceitarmos que, na interpretação jurídica, o juiz pode escolher *um* dos conteúdos normativos em tese possíveis à luz do ordenamento jurídico e das metanormas ou diretivas de argumentação propostas pelas teorias da razão prática, ele está de fato dotado de um poder normativo geral, ainda que limitado. Como explica Carlos Bernal, “as fontes [formais] do direito são disposições, no sentido de textos ou enunciados, dos quais, considerados de maneira isolada, nada se deriva. Trata-se unicamente de um elenco de signos que por si mesmos não têm nenhum significado. O significado lhes vem atribuído somente quando se lhes interpretam” (Bernal Pulido, 2005, p. 210). Especificamente quanto à autoridade da jurisprudência, o jurista colombiano é ainda mais pontual:

Desta distinção entre disposição e norma se seguem vários efeitos. O mais importante para nossos fins é que na realidade as normas jurídicas não se encontram nas fontes do direito, mas em suas interpretações, e que as interpretações que fundamentam autoritativamente e concretizam as normas são as que se encontram na jurisprudência, quer dizer, as que os juízes levam a cabo na parte motivacional de suas sentenças (Idem, p. 211).

Portanto, é de se reconhecer certa razão aos positivistas quando estes resistem à teoria declaratória da decisão judicial. Na atividade prática de aplicação judicial do direito, em qualquer sistema jurídico, sempre haverá espaço para uma esfera de criatividade judicial. Nesse sentido, Victoria Iturralde enumera cinco sentidos em que a locução “os juízes criam direito” pode ser encontrada. São eles: 1) criação em sentido *formal*: quando se considera uma decisão judicial como uma “ordem”, “cada decisão é um ato normativo, tal como uma nova lei”; 2) criação em sentido *material* no caso concreto por meio da *especificação de regras jurídicas preexistentes*: nesse sentido, parte-se da premissa kelseniana de que “o processo de produção do direito é ao mesmo tempo aplicativo e criativo”. O juiz, ao aplicar regras gerais, cria normas mais concretas; 3) criação em sentido material *de uma regra particular* no caso concreto devido à *não existência de regras preestabelecidas*: nesse sentido, o juiz reconhece uma lacuna jurídica e cria uma nova regra por analogia para o fim de solucionar o caso concreto; 4) criação

em sentido material de *regras gerais*: aqui, o juiz cria regras gerais que possuem um valor de precedente para casos futuros, tendo em vista uma exigência normativa do próprio sistema jurídico (como acontece, por exemplo, em decisões interpretativas de uma corte constitucional); e 5) *Expulsão de regras jurídicas do sistema jurídico*, como acontece em decisões em que o Judiciário atua como “legislador negativo” e declara a invalidade – v.g., por inconstitucionalidade – de uma regra jurídica qualquer (Iturralde, 1998, p. 134).

Em maior ou menor medida, cada um desses cinco sentidos de “criação judicial do direito” estará presente praticamente em todos os sistemas jurídicos. É falaciosa, portanto, a teoria declaratória em seu sentido tradicional.

Mas isso não significa a plausibilidade das teorias positivistas. O problema dessas teorias está na falsa afirmação de que o precedente deve ser observado *apenas* em função da autoridade do juiz que o estabeleceu. Como explica Marina Gáscon, a noção de “precedente” pode ser entendida tanto no sentido tradicional – ou seja, como a “doutrina ou os critérios jurisprudenciais assentados pelos mais altos tribunais e cuja observância se ordena ou recomenda, com mais ou menos vigor, pelos tribunais inferiores” – como em uma acepção mais restrita, a significar “a doutrina ou os critérios adotados pelo próprio juiz na resolução de casos anteriores” (Gáscon Abellán, 1993, p. 11). Nesse último sentido, fala-se não em “precedente vertical” (estabelecido por tribunais superiores) ou “horizontal” (por juízes que se situem no mesmo nível daquele que pretende aplicar a regra jurisprudencial), mas no que Gáscon denomina “autoprecedente” (Idem, p. 35). Nos casos em que se exige o respeito ao precedente com base em alguma “idéia sobre a estrutura piramidal de um poder do Estado ou sobre o sistema de recursos jurisdicionais”, explica a professora de Castilla-la Mancha, “a submissão ao precedente não difere do que justifica a submissão à lei” (Idem, p. 36): obedece-se ao precedente porque há uma norma que exige esse comportamento. É justamente nos casos em que *não* há qualquer exigência de respeito aos precedentes – não há qualquer ato de autoridade a estabelecer a força vinculante para os precedentes – que se pode ver com mais clareza o erro do positivismo.

Com efeito, nos ensina Gáscon que “o respeito ao precedente [o próprio precedente, não necessariamente as decisões dotadas de uma autoridade superior] supõe uma exigência de autocongruência; exigência que, em princípio, opera em relação ao passado, mas que deve se conceber também, e principalmente, em

relação ao futuro, ou como consciência de que um bom critério de resolução será aquele que valha também para resolver casos posteriores” (Idem, p. 11). Em suma:

Qualquer que seja a sua sorte em um determinado sistema normativo e jurisdicional, respeitar o precedente constitui uma exigência de uma argumentação que se pretenda racional, pois encarna nada menos que um dos princípios de correção kantianos, qual seja o da universalização. Dito de outro modo, o papel que a regra de comportar-se segundo os princípios que poderíamos querer como lei universal desempenha no âmbito da moralidade é o mesmo papel que o respeito ao precedente desempenha no âmbito jurídico. Com isso, não defendo que a argumentação moral e a jurídica sejam idênticas, mas simplesmente que a racionalidade constitui um valor importante em ambas as esferas (Idem, p. 12).

Por isso, se entendermos essa exigência de aplicação imparcial e universalista do direito como algo que se exige não apenas do juiz individual, mas de todos os tribunais, chegamos à conclusão de que o fundamento do dever de respeitar o precedente não está apenas na autoridade, na força jurídica atribuída ao ato de criação judicial do direito. Pelo contrário, parece claro que a exigência de universalizabilidade – núcleo da concepção kantiana de racionalidade prática – é o principal fundamento para a técnica do precedente judicial. Como a universalizabilidade é o critério mais seguro de correção de uma norma, o dever de levar em conta o precedente judicial pode ser fundamentado pelo método pragmático-universal de Habermas e Alexy: é um pressuposto para o entendimento do direito como uma empresa racional. Negá-lo seria negar a universalizabilidade do direito e, com isso, a racionalidade de suas normas. Seria tão grave quanto negar a própria pretensão de correção implicitamente sustentada ao se decidir um problema jurídico¹¹³.

Podemos adotar, aqui, a metáfora proposta por Dworkin para descrever a atividade jurisdicional. O autor norte-americano compara a atividade dos juristas (especialmente do juiz constitucional) à do autor de um “romance em cadeia” em que cada autor de um capítulo recebe os manuscritos escritos por uma outra pessoa, mas segundo um amálgama de princípios coerentes que garantem a “integridade” do texto, e, após adicionar a sua contribuição, deixa sempre o final em aberto, ou seja, deixa para o autor do próximo capítulo um certo espaço para que adicione a sua contribuição: “Nessa empresa um grupo de novelistas escreve

¹¹³ Ver *supra*, Capítulo II, seções 2.2-2.3.

um romance *seriatim*; cada autor na cadeia interpreta os capítulos que lhe foram dados para poder escrever um novo capítulo, que é depois adicionado àquilo que o próximo novelista recebe, e por aí vai. Cada um possui a tarefa de escrever o seu capítulo de forma a fazer o romance ser construído da melhor forma que seja possível. A complexidade dessa tarefa serve como modelo para a complexidade de se decidir um caso difícil à luz do modelo ‘*law as integrity*’” (Dworkin, 2000, p. 229).

A descrição apresentada por Dworkin para seu modelo de “*law as integrity*” é útil porque revela que os juízes, em cada nova decisão, incorporam o material normativo agregado pelas decisões anteriores, como que fazendo uma síntese compreensiva do conhecimento acumulado pelo Tribunal nos julgamentos anteriores, sem ter necessariamente de aceitar que os juízes anteriores tenham predeterminado todos os seus passos, mas sabendo que sua tarefa de julgar passa pela reconstrução dos princípios que justificaram os precedentes judiciais (seja para reiterá-los, seja para modificá-los nos casos futuros, se necessário) e pelo desenvolvimento judicial do direito como se fosse uma teia coerente (*seamless web*) de princípios, casos, regras e soluções jurídicas. Um mínimo que se espera para essa teoria do direito como *integridade* é a aplicação *universal* das normas adscritas justificadas na fundamentação apresentada pelos tribunais para suas decisões.

É claro, porém, que o dever de observar o precedente não se trata de um dever absoluto. Com efeito, pode-se diferenciar a “obrigação de tomar em conta um precedente judicial” (vinculação ao precedente em sentido frágil) da “obrigação de alcançar a mesma conclusão jurídica do precedente judicial” (vinculação em sentido forte) (Eng, 1996, p. 22). A força ou o peso dos precedentes é algo que pode variar. *Como e em que extensão* essa variação pode ocorrer é algo que estudaremos na próxima seção. Mais importante se revela no momento saber *o que* constitui um precedente judicial.

A dificuldade para determinar a *ratio decidendi* de um caso qualquer decorre, em minha opinião, da pressuposição de que há *apenas uma ratio* em cada caso julgado. Tal premissa apenas resultaria plausível enquanto se admitisse como inquestionável a tese positivista de que as razões – i. e, as motivações – dadas pelo juiz para a sua decisão são irrelevantes para determinar a regra jurisprudencial. Uma teoria dos precedentes que supere o positivismo jurídico e sua exasperação

do momento “*auctoritas*” no raciocínio jurídico não pode aceitar essa tese. É nas razões que os juízes dão para justificar as suas decisões que devem ser buscados os precedentes (MacCormick, 1987, p. 155). A ausência dessas razões ou a sua superação por outras consideradas mais fortes em uma argumentação imparcial afeta a aplicação e, em casos mais graves, a própria validade da norma adscrita produzida pelo judiciário. É na motivação ou fundamentação das sentenças judiciais que as regras jurisprudenciais devem ser encontradas (Bernal Pulido, 2005, p. 211).

Como lembra Gorla, os precedentes apenas são relevantes para aquelas situações em que os juízes possuem o poder de resolver problemas de interpretação do direito e/ou de decidir “‘por equidade’ (em sentido amplo) ou ‘no mérito’, resolvendo conflitos de interesse”. Segundo o comparatista italiano, “sem tal poder falta o *húmus* sobre o qual podem se formar decisões que, não se limitando a resolver meras questões de fato, possam assumir o papel de precedentes” (Gorla, 1990, p. 3). De fato, é nos casos difíceis – em que o conteúdo de um determinado enunciado normativo é indeterminado ou estão presentes quaisquer fatores capazes de suscitar certas tomadas de posição valorativas pelo aplicador do direito – que se torna relevante a atividade normativa do juiz:

Nos casos difíceis, entre as circunstâncias do caso e a disposição normativa existe uma grande distância que somente pode ser encurtada por uma norma que tenha relação com o caso e que possa encontrar fundamento na disposição que se encontra nas fontes formais do direito. A jurisprudência se encarrega de fundamentar e concretizar ditas normas, que recebem a denominação de normas adscritas porque se adscvem das disposições existentes nas fontes jurídicas. Essas normas vinculam os destinatários do direito e são as que conferem, portanto, força vinculante à jurisprudência (Bernal Pulido, 2005, p. 213).

É nas normas adscritas encontradas na fundamentação que o juiz dá à sua decisão que se deve buscar as regras que podem servir como paradigma para resolver casos futuros. Cada uma das normas adscritas é uma *ratio decidendi* do caso paradigma.

Portanto, haverá uma *ratio decidendi* útil para a solução de casos futuros não apenas quando a corte decida uma determinada questão pontual acerca das conseqüências do caso particular – tal como “x deve fazer A” –, mas também quando essa mesma corte tenha estabelecido – com clareza e de forma justificada

– uma regra geral que possa abarcar além de x os indivíduos y, z e outros que se achem na mesma situação. Pode-se falar, portanto, em uma *pluralidade de rationes decidendi* em um mesmo caso concreto: “seria errôneo, uma vez individualizada uma *ratio decidendi*, necessária e suficiente para a decisão, crer que os outros princípios enunciados na sentença sejam *obiter dicta*. Tais outros princípios podem ser não necessários, mas suficientes para a decisão: e serão portanto *rationes decidendi* ulteriores em relação à primeira” (De Nova, 1999, p. 249-50).

Do mesmo modo, em um julgamento colegiado, pode acontecer que os juízes que integram a câmara ou turma de julgamento cheguem a um consenso sobre a solução a ser dada para o caso *sub judice*, mas diverjam acerca das normas gerais que são concretizadas no caso em questão e justificam a solução adotada: “em uma corte de cinco juízes, ‘não há *ratio decidendi* da corte a não ser que três juízes pronunciem a mesma *ratio decidendi*’” (Montrose, 1957, p. 130). Nesse sentido, Whittaker recorda o caso *Shogun Finance Ltd. v. Hudson*, em que o raciocínio de cada um dos juízes que compõem a maioria – uma maioria de três a dois – difere muito significativamente dos demais:

O resultado estava claro: uma maioria de três entre cinco juízes com assento na House of Lords sustentou que o fraudador não havia adquirido o título e, portanto, não poderia em tais circunstâncias tê-lo repassado a Hudson, aplicando-se a máxima *nemo dat quod non habet*. Não obstante, a maioria apresentava diferenças muito significativas quanto ao raciocínio seguido pelos seus componentes (Whittaker, 2006, p. 723-4).

Em um caso como esse, não se pode falar em um precedente *da corte* acerca das normas (gerais) adscritas que constituem as premissas normativas adotadas por cada um dos juízes da maioria, embora se possa falar, eventualmente, de uma decisão comum constante na norma individual que corresponde rigorosamente aos fatos do caso e às conclusões adotadas. Apenas há um precedente do *tribunal* em relação às questões que foram objeto de consenso dos seus membros. “Quando a fundamentação divergente [no caso de votos “convergentes no dispositivo e divergentes na motivação”] descortina-se incompatível, tem-se uma decisão despida de *discoverable ratio*, e, portanto, *não vinculante* no que concerne à solução dada ao caso” (Cruz e Tucci, 2004, p. 178). Isso não impede, porém, que se possa falar em uma *ratio decidendi* da opinião de *um juiz* e que a regra inferida

dessa *ratio* seja utilizada como um precedente em um caso futuro. É claro que essa regra está menos revestida de autoridade do que outra que tenha sido objeto de consenso de toda a corte, mas isso – apesar de limitar – não extingue por completo o seu valor como precedente.

Por outro lado, um caso em que os membros de uma mesma corte tenham alcançado um consenso sobre a forma de se interpretar uma determinada norma geral pode valer como precedente de toda a corte *ainda que, eventualmente, esta tenha divergido acerca dos fatos e de outras questões em discussão, tomando uma decisão por maioria*. O que importa para determinar o grau de autoridade de um precedente em um órgão colegiado é o reconhecimento da norma adscrita a ser utilizada como precedente em casos futuros, não necessariamente o conteúdo concreto da decisão citada.

Um outro exemplo é o caso em que o tribunal manifesta um consenso sobre determinada regra mas não a utiliza para solucionar o caso concreto. Nesse sentido, Galgano – pressupondo ainda a relevância de uma distinção forte entre *ratio decidendi* e *obiter dictum* – põe as seguintes questões (Galgano, 1999, p. 234):

- Hipótese 1: “vem enunciada uma regra geral e, em seguida, vem formulada uma exceção; mas o caso em espécie comporta apenas a aplicação da exceção: a regra geral formulada é um *obiter dictum*?”
- Hipótese 2: “vem enunciada uma regra geral, seguida também desta vez da formulação de uma exceção, mas o caso em espécie é decidido com a aplicação da regra geral: a exceção formulada é um *obiter dictum*”?”

A teoria clássica do precedente judicial – de forte matiz positivista – seguramente responderia negativamente a ambas as indagações: só valem como precedente aquelas *decisões* que formam a parte dispositiva da decisão judicial. Mas essa teoria hoje parece em franca decadência, pelo menos na prática das cortes constitucionais: possuem força de precedente não apenas as decisões, pelo só fato de serem decisões, mas as razões que tenham sido objeto de consenso e adesão pelas mais altas esferas do judiciário, os fundamentos determinantes do direito jurisprudencial (MacCormick, 1987; MacCormick, 2005; Baade, 2002; Bernal Pulido, 2005; Mendes, 1998; Clève, 2000). O efeito vinculante das decisões judiciais – mesmo quando previsto no seu grau mais elevado, por força

de uma norma jurídica do sistema – “se estende para além da parte dispositiva, alcançando também a fundamentação da sentença” (Clève, 2000, p. 267).

Portanto, se em um caso “x” a jurisprudência fixa uma determinada norma geral capaz de abarcar não apenas o caso concreto, mas também os casos “a”, “b” e “c” – também subsumíveis nessa norma – esta terá força vinculante para todos. O postulado da coerência exige que todas as situações que puderem ser universalmente formuladas e subsumidas nas mesmas normas gerais sejam tratadas da mesma forma a não ser que, em um discurso de aplicação dessas normas, surjam elementos não considerados na hipótese normativa que justifiquem a formulação de uma exceção ou a não aplicação das conseqüências jurídicas ao caso concreto (Günther, 1993-b; MacCormick, 2005)¹¹⁴.

Uma teoria dos precedentes judiciais que busque contribuir para a coerência do sistema jurídico – que constitui um dos elementos da idéia de racionalidade – deve exigir dos aplicadores do direito que estes extraiam do *case law* o maior número possível de enunciados gerais e universais. De um lado, a *universalidade* – i. e., o uso de conceitos que designam todas as coisas pertencentes a uma classe – é uma condição necessária para a coerência, pois toda teoria necessita utilizar conceitos e definições universais. De outro, quanto mais gerais forem os conceitos empregados em uma teoria, maior será o seu alcance e, assim, a chance de se produzir um resultado coerente (Alexy; Peczenik, 1990, p. 140). *Ceteris paribus*, quanto mais enunciados *universais* (sem nomes individuais) uma teoria usa; quanto maior o número de conceitos *gerais* empregados por ela, *mais coerente será dita teoria* (Bustamante, 2005-a, p. 284; Alexy; Peczenik, 1990). Por isso Alexy e Peczenik formularam, entre outros, os seguintes “princípios de coerência”: (1) “quando se usar uma teoria para justificar um enunciado, deve-se agir de modo que a teoria seja expressa em tantos enunciados universais quanto seja possível”; (2) “quando se usar uma teoria para justificar um enunciado, deve-se agir de modo que a teoria seja expressa em tantos conceitos gerais quanto seja possível” (Ibidem)¹¹⁵.

O uso de precedentes na argumentação jurídica apenas poderá reivindicar coerência se os conceitos e normas gerais empregados na justificação de um caso X puderem ser também empregados na solução do caso Y e de todos os demais

¹¹⁴ Sobre os discursos de aplicação na teoria de Günther, ver *supra*, capítulo II, seção 2.4.3.

¹¹⁵ Ver *infra*, capítulo III, seção 3.3.2.3., subseção B.2.

que se apresentem como semelhantes nos aspectos considerados relevantes pelas normas adscritas na enunciação das razões ou fundamentos da decisão tomada no caso X. *Ceteris paribus*, as normas adscritas que constituem as *rationes decidendi* de um precedente judicial são aplicáveis a todos os universos de situações que possam eventualmente ser enquadráveis em suas hipóteses normativas.

Isso implica que uma teoria normativa dos precedentes como a que queremos deve revisar não apenas o conceito corrente de *ratio decidendi* – para entendê-lo de forma mais ampla do que tradicionalmente se fez no *common law*, de modo a abranger todas as normas adscritas que, em diferentes níveis de generalidade, podem ser verificadas na fundamentação das decisões judiciais –, mas também o de *obiter dictum*. Com efeito, a noção de *obiter dictum* – mesmo em sistemas jurídicos de *civil law*, como o italiano, onde a teoria dos precedentes se desenvolveu graças aos estudos juscomparatistas de Gino Gorla (Taruffo, 1994, p. 411) – normalmente é entendida de modo a abarcar “tudo aquilo que o juiz admite em via concessiva, quando hipotetiza a incorreção [ou correção] da solução dada de fato a uma questão preliminar” (Nanni, 1999, p. 192). De modo geral, o conceito de *dictum* é definido *per exclusionem*: todas as normas e afirmações que não puderem ser enquadradas no conceito estrito de *ratio decidendi* têm sua autoridade descartada e valem apenas pela força de convencimento que eventualmente possam vir a possuir (Marshall, 1997, p. 515; Taruffo, 1994, p. 420). Nos casos de “uma *regola juris* enunciada mas não aplicada no caso em espécie, ou do convencimento judicial expresso sobre questões alheias ao pedido das partes, ou da regra geral e da exceção enunciada pelo juiz mas seguida da aplicação apenas da regra geral ou da exceção, ou ainda da regra enunciada com a finalidade de encontrar, por contraposição, aquela aplicável ao caso em espécie”, todas essas normas adscritas são, via de regra, consideradas meros *obiter dicta* (Nanni, 1999, p. 192).

É tempo de rever essa dicotomia rígida entre *ratio* e *dictum*, entre a parte *absolutamente* vinculante e a parte *não-vinculante* de um precedente judicial. Como salienta Galgano, “no nosso sistema (italiano), que desconhece a eficácia vinculante do precedente, a própria *ratio decidendi* possui eficácia apenas persuasiva, a mesma eficácia que no *common law* se reconhece aos *obiter dicta*; não se legitima, portanto, a distinção entre *ratio decidendi* e *obiter dictum*, enquanto ambas sejam dotadas de igual valor apenas persuasivo” (Galgano, 1999,

p. 219). É claro que atualmente essa afirmação deve ser relativizada, na medida em que cada vez mais se reconhece o efeito vinculante da jurisprudência das cortes constitucionais em sistemas de *civil law*¹¹⁶, mas é errôneo imaginar que a questão da força ou vinculatividade de um precedente possa ser – seja no *civil law* ou no *common law* – resolvida por meio de uma alternativa do tipo “tudo ou nada”. Pode-se concordar com Eng quando este sustenta que “a imagem do *peso* atribuído ao julgamento anterior por meio de valoração e ponderação de aspectos tipicamente relevantes do julgamento (...) constitui uma visão mais adequada acerca do que realmente fazem as cortes norueguesas e inglesas [e, poderíamos adicionar, as de praticamente todos os Estados constitucionais contemporâneos] do que as imagens tradicionais do tipo 'either-or' [ou vinculante, ou mero *obiter dictum*]” (Eng, 2000-b, p. 302). No mesmo sentido, Taruffo argumenta que “as tradicionais distinções entre *ratio decidendi* e *obiter dictum*, e entre eficácia vinculante e eficácia persuasiva do precedente, são provavelmente muito simplistas e redutivas, além de padecerem de incerta aplicação” (Taruffo, 1994, p. 415). A dicotomia é classificada como “pouco mais do que ilusória”, sendo “fortemente ambígua” e “pouco frutífera nos sistemas em que o precedente tenha por definição uma eficácia apenas persuasiva” (Idem, p. 419-20). Como a questão da força ou vinculatividade dos precedentes é uma questão de *graus*, prefiro, ao invés de contrapor os conceitos de *ratio decidendi* e *obiter dictum*, falar indistintamente em *rationes decidendi* e deixar para um momento posterior a decisão acerca da força ou da eficácia de cada *ratio* ou norma adscrita invocada como precedente judicial no discurso jurídico.

A reconstrução da *ratio decidendi*, i. e., das regras adscritas que possuem força de precedente, deve ser portanto uma *elucidação das premissas normativas* tomadas como etapas de justificação de uma decisão judicial. Parece adequado, nesse sentido, um modelo exegético (Siltala, 2000, p. 84-90) de reconstrução das normas a partir da interpretação das decisões judiciais. “Quando um juiz faz referência a uma decisão anterior, o faz a uma regra universal contida na decisão” (Moral Soriano, 2002, p. 138). A interpretação dos precedentes deve conter,

¹¹⁶ No direito brasileiro, por exemplo, esse reconhecimento tem *status* constitucional (Constituição da República, art. 102 § 2º e art. 103-A). Sobre as decisões vinculantes na jurisdição constitucional brasileira, ver, entre outros, Mendes (1998), Clève (2000), Silva (2005), Mancuso (2001), Mendes (2007) e, em especial, o ensaio de Juliano Bernardes (2007), onde são tecidas considerações críticas à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e a algumas teses que eu próprio acato no presente trabalho acadêmico.

portanto, uma “análise normativa”, cujo objetivo é “a individualização da regra ou norma: mas não a situação individual que constitui o *decisum*, senão as *rationes decidendi*” (Chiassoni, 1999, p. 145).

Tal reconstrução pressupõe, antes de tudo, uma ferramenta analítica para elucidar a estrutura das decisões judiciais e revelar todas as premissas normativas contidas em sua fundamentação. Tal ferramenta analítica pode ser a enunciação formal dessas premissas normativas sob a forma de silogismos práticos, isto é, silogismos “cuja premissa maior e cuja conclusão não são enunciados que se assume exprimirem proposições apofânticas, mas enunciados que se assume exprimirem proposições *prescritivas*” (Idem, p. 152):

Os amigos da humanidade *devem* vestir os desnudos
Astianatte Bianchi é um amigo da humanidade

Astianatte Bianchi *deve* vestir os desnudos (Ibidem).

As normas adscritas extraídas dos precedentes judiciais devem, todas, ser enunciadas sob a forma de enunciados universais do tipo “sempre que se verifiquem os fatos operativos (OF), então *devem* se aplicar as conseqüências normativas (NC)” (MacCormick, 2005, p. 43). No uso de normas adscritas de precedentes, deve-se inicialmente reconstruir o aspecto *interno* do raciocínio adotado no caso paradigma, ou seja, a *relação lógica entre a decisão e as premissas aduzidas na argumentação*, e apenas depois avaliar o aspecto *externo* da justificação dessas normas, i. e., a própria correção das premissas reveladas na justificação interna da decisão (Wróblewski, 1974, p. 39). Um modelo silogístico parece adequado porque decompõe claramente todos os passos seguidos na argumentação judicial e explicita cada uma das normas adscritas seguidas pelo juiz no caso paradigmático.

É claro, todavia, que a metodologia silogística que pretendemos adotar aqui “não sustenta que o raciocínio decisório ou o raciocínio justificatório [de uma decisão] sejam, de fato, raciocínios do tipo silogístico”. Como esclarece Chiassoni, tal metodologia se limita a sustentar o seguinte:

a) o conteúdo das sentenças pode ser reconstruído como um raciocínio do tipo silogístico;

b) tal reconstrução, normalmente, se compõe não de *um* silogismo, mas de um conjunto de silogismos – um complexo de ‘numerosos silogismos concatenados’ (Calamandrei); um *sorite* (Taruffo); uma ‘cadeia de silogismos’ (Comanducci);
 c) as atividades de documentação das sentenças não possuem caráter exclusivamente lógico-cognitivo, nem a aplicação judicial do direito é perfeitamente redutível à formulação de um raciocínio silogístico, por várias razões entre as quais as seguintes: em primeiro lugar, as premissas do raciocínio judicial não são um dado de fato que o juiz se limita a revelar; em segundo lugar, e por via de consequência, a formulação das premissas é, bastante freqüentemente, ainda que nem sempre, fruto de opções e escolhas de vários tipos por parte do juiz (Chiassoni, 1999, p. 156).

O método mais racional para se determinar as *rationes decidendi* é, portanto, a adaptação do modelo abstrato de raciocínio subsuntivo à prática de se seguir precedentes levada a efeito pelos tribunais. Esse modelo subsuntivo exige que as regras que justificam a decisão sejam enunciadas em termos universais, proporcionando uma espécie de “barreira contra a arbitrariedade” e constituindo-se em parâmetros para a solução de casos futuros (Moral Soriano, 2002, p. 138). Se utilizarmos a sistematização de Alexy – também seguida por Moral Soriano –, podemos representar o nível interno (analítico) da justificação jurídica da seguinte forma:

- .(1) $(x) Tx \rightarrow ORx$
- .(2) Ta
- .(3) $Ta \rightarrow Tx$
- (4) ORa

Como explica Moral Soriano, o esquema anterior não é senão o esquema do *silogismo jurídico*, cujos elementos, no exemplo acima, são: (1) a premissa maior que é uma “norma enunciada em termos universais (formais)”; (2) os fatos conectados à premissa maior; (3) a premissa que expressa o princípio da instância universal (“ou seja, expressa a identidade semântica entre os fatos do caso (Ta) e os fatos descritos na norma (Tx)”); e, finalmente, “a decisão jurídica” (Idem, p. 139).

Contudo, essa estrutura de justificação é ainda insuficiente para elucidar todas as decisões intermediárias ou “*fractional decisions*” (Wróblewski, 1992) – inclusive as relacionadas à interpretação de normas adscritas e ao reconhecimento de premissas normativas dotadas de menor grau de generalidade – encontradas nas decisões jurídicas:

A estrutura de raciocínio “premissa maior – fatos – decisão judicial”, ou seja, a estrutura do silogismo jurídico, apesar de imprescindível, não é suficiente para justificar aquela decisão sobre um caso concreto que não se deriva logicamente do direito. Diz-se então que o raciocínio jurídico não está completo porque na cadeia lógico-dedutiva existem ‘saltos’, isto é, passos não dedutivos. O trabalho do juiz consiste em justificar tais passos ou, segundo a terminologia de Peczenik, o juiz deve realizar uma *transformação* referida à decisão judicial (Moral Soriano, 2002, p. 141).

O que Peczenik caracteriza como um “salto” ou uma “transformação” no raciocínio jurídico é o *juízo de equivalência* ou *identidade semântica* realizado pelo intérprete do direito no momento em que ele valora os textos legislativos (ou, *in casu*, os precedentes) e os fatos empiricamente comprovados. São, na linguagem de Bulygin, os “enunciados classificatórios” realizados pelo jurista na aplicação do direito. Como explicam Peczenik, Aarnio e Alexy:

Uma transformação (‘um salto’, *a jump*) é realizada se, e somente se, as seguintes condições estão cumpridas:

- (1) p é empregada como uma razão para q ; e
- (2) p não conduz dedutivamente a q (Aarnio; Alexy; Peczenik, 1981, p. 137).

A título de exemplo, em um silogismo como

- . 1) $(x) (Tx \rightarrow ORx)$
- . 2) Ta
- 3) ORa 1), 2),

pode sempre haver dúvida sobre se a é ou não uma instância de “T”. Em tal hipótese (de dúvida, controvérsia), é possível adicionar *premissas intermediárias* que tornariam a inferência possível em termos analíticos. Cada vez que nós adicionamos essas premissas intermediárias nós estamos fazendo uma “transformação jurídica”.

Peczenik distingue, como lembra ainda Moral Soriano, quatro formas de “decisão-transformação”: (i) “*interpretação precisa*”: o juiz estabelece outras normas (também universais) que aclaram, concretizam, ou determinam o significado de T; (ii) “*eliminação ou redução*”: que se dá quando o juiz *exclui* um determinado universo de casos da hipótese de incidência de uma norma – através de uma *redução teleológica* (do tipo $(x) Tx \wedge \neg Mx \rightarrow ORx$) – ou, em hipóteses

mais radicais, *elimina* a própria norma; (iii) “*criação de novas normas*”: o juiz *cria uma nova hipótese de incidência normativa*, v.g., por meio da analogia; e (iv) “*solução de conflitos*” entre normas (Moral Soriano, 2002, p. 142-3; Aarnio; Alexy; Peczenik, 1981, p. 155-7).

Em cada uma dessas hipóteses de “saltos” ou “transformações”, sempre haverá uma premissa intermediária *nova* que possui caráter normativo e constitui uma *norma adscrita* ou *ratio decidendi* adicional que pode ser empregada em casos posteriores como um dos fundamentos para a decisão judicial. Podemos reconstruir o raciocínio de um juiz e apontar todas as transformações que ele faz para justificar a sua decisão. Cada vez que ele elabora um enunciado classificatório sobre os *fatos* do caso ou um enunciado interpretativo acerca da *norma* em que o fato deve ser subsumido, ele está efetuando uma transformação no direito e introduzindo uma premissa intermediária na *cadeia de razões* necessária para partir da regra abstrata em direção à norma concreta que o juiz dirige às partes na parte dispositiva de sua decisão.

Quando, seguindo o *insight* de Moral Soriano, nós propomos reconstruir os argumentos das decisões judiciais dessa forma – e passamos a contemplar a decisão judicial não como *uma* única regra, mas como uma cadeia de razões – podemos visualizar as decisões judiciais não como *um* silogismo, mas como uma *série* de silogismos onde, por exemplo, o enunciado que está na conclusão de um raciocínio interpretativo sobre uma norma (um silogismo interpretativo) é ao mesmo tempo a premissa maior de um silogismo em que os fatos relevantes para a justificação da decisão final formam a premissa menor. Portanto, em cada caso nós não iremos encontrar *uma* , mas várias *rationes* diferentes. O problema que ainda permanece não é como encontrar *a* (única possível) *ratio decidendi* , mas qual peso ou força nós devemos atribuir à *ratio decidendi que está sendo usada* como uma *norma adscrita* no caso presente. Trataremos desse problema na seção que se segue.

4.3

A força/vinculatividade do precedente judicial

Até o momento nos concentramos na atividade de determinação das normas adscritas que podem ser extraídas dos precedentes judiciais. A atividade do aplicador do direito, nesse terreno, é uma atividade reconstrutiva, uma atividade de interpretação das decisões judiciais para o fim de aplicá-las como precedentes na solução de casos futuros. É uma tarefa predominantemente descritiva que pode, em certo sentido, ser desenvolvida por um observador, e não necessariamente por um participante do discurso jurídico, pois busca-se descobrir *quais* são as premissas *normativas* – ou simplesmente normas – que podem ser extraídas das decisões capazes de gerar precedentes judiciais. Em uma palavra, trata-se de um trabalho predominantemente *analítico-cognitivo*.

O problema que enfrentaremos a partir de agora, no entanto, apesar de pressupor que o problema anterior tenha sido previamente resolvido – pois dele depende – envolve operações mentais significativamente diferentes. Quando passamos da *análise reconstrutiva* das decisões judiciais – para delas extrair normas – para o problema da *determinação do peso* das normas jurisprudenciais na argumentação jurídica, já não estamos mais apenas descrevendo ou reconstruindo as premissas normativas de uma decisão já tomada por uma autoridade judicial, mas nos encontramos diante da necessidade de *decidir* acerca da *força argumentativa* que deve ser atribuída à *ratio decidendi* que pretendemos utilizar como um elemento de justificação de um caso ainda não solucionado. Abandonamos, portanto, a dimensão *analítica* da ciência do direito e ingressamos na sua dimensão *normativa*. A partir desse momento, já não podemos mais fugir à necessidade de ponderar as razões – e princípios – que justificam a adesão à regra jurisprudencial em questão e aquelas que eventualmente lhes sejam antagônicas – seja *abstratamente* consideradas ou, mais especificamente, no *caso concreto* em que se lhe pretende aplicar. É necessário, por conseguinte, argumentar acerca do peso de cada *ratio decidendi*, e isso constitui um trabalho que somente pode ser feito pelos *participantes* do discurso jurídico. Uma teoria geral dos precedentes, mesmo uma teoria normativa, não pode oferecer mais do que certas *diretivas* gerais para auxiliar essa atividade.

Mais adiante, na segunda subseção desta seção, veremos que, ao lado de certas diretivas gerais que podem ser úteis para determinar a força de uma norma judicial, há também vários fatores empíricos, analíticos e normativos que influem sobre o grau de eficácia de um precedente judicial. Nesse sentido, MacCormick argumenta que a força do precedente em um determinado sistema jurídico pode variar em função do *contexto institucional*, da *tradição jurídica*, do *sistema constitucional (e do direito positivo em geral)* e das *teorias jurídico-dogmáticas dominantes* (MacCormick, 1998-a, p. 180). Tentarei sistematizar todos esses fatores – que são fatores “institucionais *lato sensu*” – e, evitando certas sobreposições entre eles, combiná-los com outros fatores de natureza não-institucional – ou seja, de natureza puramente prático-racional – com vistas a fornecer alguns parâmetros para a ponderação do peso abstrato dos precedentes judiciais no discurso jurídico. Antes, porém, cabe uma revisão da teoria das fontes do direito, que até os dias de hoje constitui um dos núcleos do pensamento positivista. Como veremos abaixo, para construir uma teoria dos precedentes judiciais que leve em conta simultaneamente os imperativos da razão prática que nos exigem tomar em conta o precedente judicial e as razões de autoridade que constituem também um fundamento para a prática de se seguir precedentes é necessário fazer uma revisão profunda da teoria tradicional das fontes do direito.

4.3.1

Os precedentes judiciais como fontes do direito. Mas que tipo de fonte?

A teoria positivista do precedente judicial – dominante na Inglaterra desde o início do século XIX, durante o qual foi paulatinamente ganhando força até atingir o seu apogeu no ano de 1898¹¹⁷ – não precisou tecer quaisquer considerações metodológicas sobre a força dos precedentes judiciais porque partiu da premissa, que permaneceu inquestionável durante todo o período de vigência dessa teoria, de que os precedentes constituem *fontes do direito*. De outro lado, na tradição jurídica dita “romano-germânica” – ou simplesmente *civil law* –, muito pouco se

¹¹⁷ Ver supra, capítulo I, seções 1.4.2.2. e 1.4.2.3.

falou durante os duzentos anos de positivismo sobre os precedentes judiciais porque estes *não eram considerados fontes formais do direito*.

O período de ascensão do positivismo na Europa continental foi o período de enfraquecimento do precedente judicial. Foi também o período de construção da denominada doutrina moderna das “fontes do direito”. Como explica Ferraz Jr., “a teoria das fontes, em suas origens modernas, reporta-se à tomada de consciência de que o direito não é essencialmente um *dado*, mas uma *construção* elaborada no interior da cultura humana. Ela desenvolveu-se, pois, desde o momento em que a ciência jurídica percebe seu objeto (o direito) como um produto cultural e não mais como um dado da natureza ou sagrado” (Ferraz Jr., 2003, p. 223). Para entender como as idéias políticas e os movimentos históricos do final do século XVIII e do início do século XIX repercutiram no direito, pode-se comparar a doutrina das fontes do direito no Estado pré-moderno e no Estado moderno. A seguinte passagem de Luís Roberto Barroso – referindo-se a Ferrajoli – parece expressar adequadamente o processo histórico a que estou a me referir:

No *Estado pré-moderno*, a formação do direito não era legislativa, mas jurisprudencial e doutrinária. Não havia um sistema unitário e formal de fontes, mas uma multiplicidade de ordenamentos, provenientes de instituições concorrentes: o Império, a Igreja, o Príncipe, os feudos, os municípios e as corporações. O direito ‘comum’ era assegurado pelo desenvolvimento e atualização da velha tradição romanística e tinha sua validade fundada na intrínseca racionalidade ou na justiça do seu conteúdo. *Veritas, non auctoritas facit legem* é a fórmula que expressa o fundamento *jusnaturalista* de validade do direito pré-moderno...

O Estado de Direito moderno, assinala ainda Ferrajoli, nasce sob a forma de Estado legislativo de direito. Graças ao princípio da legalidade e às codificações que lhe deram realização, uma norma jurídica não é válida por ser justa, mas por haver sido ‘posta’ por uma autoridade dotada de competência normativa. *Auctoritas, non veritas facit legem*: este é o princípio convencional do positivismo jurídico. Com a afirmação do princípio da legalidade como norma de reconhecimento do direito existente, a ciência jurídica deixa de ser uma ciência imediatamente normativa para converter-se em uma disciplina cognoscitiva, explicativa do direito positivo, autônomo e separado em relação a ela. A jurisdição, por sua vez, deixa de ser produção jurisprudencial do direito e se submete à lei como única fonte de legitimação (Barroso, 2007, p. 204-5, notas 4 e 6).

Portanto a teoria das fontes do direito, tal como nós a conhecemos hoje – pelo menos como nos é ainda transmitida pela maioria dos juristas teóricos – é uma herança do positivismo jurídico do século XIX. Mais do que isso, é uma doutrina que expressa o pensamento liberal que predominava no contexto

histórico em que ela foi formada. Como explica Prieto Sanchís, “segundo esta concepção de fontes [concepção do positivismo continental clássico], na realidade somente existiria um modo de produção jurídica, a lei, sendo as demais meras ‘fontes de conhecimento’, sempre subsidiárias. Naturalmente, este postulado tinha um forte sentido político: de um lado, a lei é a forma de expressão do direito do Estado e o Estado liberal levará até as últimas conseqüências o processo de unificação jurídica iniciado pelo absolutismo. De outro, a lei encarna também a vontade do órgão que, dentro do Estado, representa a soberania” (Prieto Sanchís, 1999, p. 34).

Nesse sentido, Ollero considera a teoria das fontes do direito como expressão de uma determinada ideologia acerca da relação entre os valores “justiça” e “segurança”, que poderia ser encontrada nos códigos continentais do século XIX:

A teoria (ou ideologia) das fontes do direito fornecia uma resposta determinada ao binômio justiça-segurança (mais pendente para a segunda do que para a primeira). Plasmou-se no nosso código civil decimonônico em uma versão nitidamente legalista do binômio “direito-lei”. Trata-se de um modelo em que “a justiça constituía em uma primeira etapa uma questão *política*, em cena no pretendido debate a cargo de uma opinião pública suficientemente ilustrada. A *lei*, ao expressar o balanço desse debate político, inaugurava uma segunda etapa; nesta a tarefa de fazer justiça se convertia em uma questão meramente técnica (...). Todo o modelo transpira uma absoluta desconsideração (*olvido*) da historicidade que a justiça traz consigo e uma desmesurada confiança na capacidade dos textos legais para expressar suas exigências. As *fontes* do direito se desenham, como conseqüência, em clave legalista: pretendem evitar todo revisionismo político em sede jurídica, mediante a drástica fronteira *lege lata - lege ferenda*; devem, subsidiariamente, mecanizar ao máximo a *aplicação* do texto legal que, salvo anomalias patológicas, não precisava de *interpretação* alguma” (Ollero, 2005, p. 19).

Todos os problemas teóricos desse tipo de positivismo se manifestam também na teoria ainda predominante sobre as fontes do direito. Um desses problemas é o do *essencialismo*. Como relata Guibourg, “a palavra ‘fonte’ sugere claramente que há *um* elemento de uma única natureza, o direito, e que ele flui de origens diferentes, mas sempre com a mesma composição química, como a água que vem das correntes do subsolo” (Guibourg, 2000, p. 177). Veja-se que por trás da própria noção de “fontes”, pelo menos no sentido positivista a que estamos habituados, se esconde o pressuposto de que invariavelmente deve haver um *único* conceito de direito – que pode ser vislumbrado da perspectiva do observador – e

de que os seus atos de produção podem ser claramente identificados, bastando a referência a estes últimos para que surja, sempre da mesma maneira, uma norma jurídica. As fontes do direito são descritas, nessa visão, como se fossem condições *necessárias e suficientes* para a criação do direito.

A doutrina tradicional distingue dois sentidos principais em que a expressão pode ser entendida. Primeiramente, pode-se falar em uma *concepção material* de fontes do direito. Nesse sentido, as fontes são os *motivos* ou razões que determinam o conteúdo do direito positivo (Ibidem), i. e., qualquer ato ou fato que gere normas jurídicas (Guastini, 1996-a, p. 62). Esta concepção é ampla o suficiente para abarcar tanto os *atos* sociais, políticos e econômicos que influenciam a produção do direito quanto as *idéias* e os *valores* que constituem motivos para a legislação, como a *justiça*, a *equidade* e a *segurança* (Guibourg, 2000, p. 191). As fontes nessa primeira concepção nunca são atos jurídicos, mas eventos ou fatos pré-jurídicos que podem contar como uma *causa* – uma *causa social* – para o nascimento de uma norma jurídica.

Em segundo lugar, pode-se falar de uma concepção *formal* de fontes do direito. Aqui, “fonte” significa “qualquer ato ou fato não meramente produtor de normas, mas legalmente *autorizado* a produzir normas”, qualquer que seja o conteúdo ou o resultado delas (Guastini, 1996-a, p. 66). Nessa segunda concepção a palavra “fonte” se refere não mais aos motivos da legislação, mas às *condutas* e aos *procedimentos* que formalmente produzem normas jurídicas (Guibourg, 2000, p. 177). Aqui, busca-se englobar “qualquer *ato* ou *fato* jurídico cujo resultado é a criação de normas” (Aguilló Regla, 2000, p. 51). Há singelas variações entre os teóricos do direito quando eles se debruçam sobre as fontes “formais”. Uns fazem referência aos “processos ou meios em virtude dos quais as regras jurídicas se positivam com legítima força obrigatória” (Reale, 2002, p. 140), outros, mais alinhados à teoria jurídica de Kelsen, às “normas positivas, de qualquer tipo, que podem ser invocadas por um órgão como fundamento de validade da norma que [esse órgão] estatui” (Vernengo, 1995, p. 329). Mas independentemente dessas pequenas divergências teóricas a noção formal de fontes do direito apresenta sempre uma estrutura autoreferencial: apenas atos, fatos, procedimentos ou normas *juridicamente institucionalizados* é que podem gerar normas jurídicas. Como recentemente sintetizou um dos mais conhecidos teóricos positivistas da

atualidade: “aprendemos com Kelsen que o direito regula a sua própria criação” (Guastini, 2007, p. 305).

Nenhuma das duas concepções tradicionais parece adequada para uma teoria normativa dos precedentes judiciais. Uma teoria normativa dos precedentes judiciais – que pretende ser relevante para a prática jurídica – deve superar as deficiências do positivismo, sua insuficiência em fixar critérios para entender qual tipo de argumentos e razões *deve contar* na *justificação* de uma decisão jurídica. O positivismo pressupõe um fosso entre o direito e a moral que não existe na prática da argumentação jurídica. Argumentos morais desempenham um papel decisivo na atividade de aplicação do direito, de modo que os discursos jurídico e moral podem ser concebidos como fragmentos de um único discurso prático, e não como formas independentes de argumentação. É esse o núcleo da tese alexyana do caso especial, que já tive oportunidade de discutir nessa tese de doutoramento¹¹⁸.

Uma concepção adequada de “fontes do direito” deve oferecer ao menos um ponto de partida para uma resposta à questão que MacCormick denominou de “problema do positivismo”: uma concepção positivista é falha porque não responde à indagação, que pode ser levantada *internamente* pelos aplicadores do direito, sobre se, no caso concreto, deve-se ou não considerar uma decisão justificada pelo só fato de ela se fundamentar em normas formalmente válidas¹¹⁹.

A partir do momento em que compreendemos que o direito não possui apenas um aspecto *real* – não é apenas um conjunto de normas positivas autoritariamente estabelecidas – mas também um lado *ideal* – a pretensão de estar ditando uma decisão correta, uma norma individual moralmente justificada –, e a partir do momento em que observamos que na prática o juiz deve combinar ambos os elementos, ou seja, otimizar esses dois aspectos, para o fim de cumprir a pretensão de correção levantada no discurso jurídico (Alexy, 1997-a; 1999), fica claro que a concepção formal de “fontes do direito” – apesar de dominante no discurso dos teóricos do direito em geral (v.g. Vernengo, 1995; Reale, 2004; Guastini, 1996-a) – não constitui uma descrição adequada da atividade dos participantes no discurso jurídico. O direito não é um objeto estático e invariável que sempre possui a mesma estrutura química, como a água. Ele não pode ser

¹¹⁸ Ver supra, capítulo II, seção 2.2.1.

¹¹⁹ Ver supra, capítulo II, seção 2.1.

completamente entendido a partir da perspectiva do observador. Apenas os que participam no discurso jurídico podem *discutir* racionalmente acerca do conteúdo de suas normas¹²⁰. O conteúdo do direito não é algo previamente dado em normas inequívocas, algo para ser descoberto, mas uma prática construtiva e interpretativa de formação argumentativa de significados. A prática do direito é uma prática comunicativa, i.e., um processo de troca de atos de fala que geram sentido aos textos normativos. Os atos de fala dos juristas devem ser entendidos “de modo que o significado é [gradualmente] *gravado*” no resultado de qualquer discurso jurídico (Viola, 1996, p. 185) e pode ser revisitado – e às vezes revisto – em uma futura situação argumentativa.

Portanto, nem as concepções *formais* nem as concepções *materiais* de fontes do direito são apropriadas. A concepção formal é insuficiente porque nem todas as razões que contam no discurso jurídico derivam de um ato normativo institucionalmente regulado, e a concepção material é insuficiente porque não há uma causalidade ou implicação estrita entre os fatores extrajurídicos que geram o direito e o conteúdo das decisões individuais que resultam da sua aplicação. O direito é algo construído por meio de uma prática social, não um mero reflexo de uma lei natural (como um platonista iria sustentar) ou uma mera superestrutura imposta por uma classe dominante (como um marxista iria sugerir).

Mas como, então, podemos construir uma teoria adequada das fontes do direito? O recente debate entre Riccardo Guastini e Robert Shiner nos mostra diferentes estratégias para tentar encontrar um conceito adequado. De um lado, Guastini pretende seguir a mesma estratégia que a doutrina juspositivista tem adotado desde o advento do Estado moderno, ou seja, pretende “partir de uma concepção teórica geral sobre o direito” – que seja “independente da forma como a produção do direito seja na realidade regulada em diferentes sistemas jurídicos” (Guastini, 2007, p. 304) – e, a partir dessa idéia sobre o direito em geral, formular uma teoria “geral” – “formal”, “estrutural” – das suas fontes (Rotolo, 2007, p. 326). De outro lado, Shiner adota uma metodologia inversa. Ao invés de partir de um conceito geral de direito, para dele extrair uma teoria das fontes – ou, na sua

¹²⁰ É claro, aqui, que estou pressupondo que a teoria jurídica deve possuir também uma dimensão normativa, de modo que os juristas teóricos – ao fornecer diretivas para a prática – também são participantes do discurso jurídico, e não meros repórteres.

terminologia, ao invés de proceder “de cima para baixo” (*top-down*) –, Shiner pretende partir “de baixo para cima” (*bottom up*):

Não podemos presumir de início o positivismo jurídico, ou a teoria do direito natural, ou o realismo jurídico, ou qualquer outra teoria geral do direito, e depois aplicá-la às instituições jurídicas e à teoria das fontes do direito. Nós temos de deixar esse tipo de teorias abstratas (*high-level theory*) de lado e, em primeiro lugar, observar como os sistemas jurídicos *de fato* operam com a noção de fontes autoritativas do direito. (Shiner, 2005, p. 220; Rotolo, 2007, p. 326)

Shiner busca com esse método – explica Rotolo (2007, p. 327) – “reconstruir racionalmente as práticas jurídicas nas suas operações concretas”, para a partir daí elaborar sua concepção de fontes do direito. Com esse método, ele logra delimitar o que denominou “fontes do direito estritamente institucionalizadas”, ou seja, as fontes que “podem ser diretamente identificadas como tais na prática jurídica” (Ibidem). Nas próprias palavras de Shiner:

Uma lei, ou uma regra do tipo jurídica (*a law, or a law-like rule*), possui uma fonte estritamente institucionalizada apenas no caso seguinte:

- i) as condições de existência da lei, ou da regra do tipo jurídica, constitui uma parte das atividades básicas de uma instituição jurídica; e
- ii) a justificação contextualmente suficiente, ou a força normativa sistêmica ou local da lei, ou regra do tipo jurídica, deriva inteiramente da satisfação dessas condições de existência.

A cláusula (i) busca capturar a idéia de ‘fonte’ de uma regra, e a cláusula (ii) a força do qualificativo ‘estritamente’ (Shiner, 2005, p. 3; Shiner, 2007, p. 312).

Para Shiner, ao lado das fontes “estritamente institucionalizadas”, haveria ainda as fontes “quase-institucionalizadas” e as “fontes sociais” (Shiner, 2007, p. 311). E todas poderiam ser encontradas pelo jurista a partir do seu método empírico-indutivo.

Acredito, no entanto, que no debate entre o professor canadense (Shiner) e o italiano (Guastini) nenhuma das partes consegue sair vitoriosa: nenhum dos dois consegue estabelecer uma teoria das fontes do direito que seja realmente frutífera para a prática jurídica. Ambos permanecem excessivamente presos à metodologia do positivismo e subestimam a função normativa da teoria jurídica, i. e., a função de propor parâmetros, diretivas, metanormas e modelos de decisão para auxiliar o jurista prático na justificação de suas decisões¹²¹. Com efeito, não se pode

¹²¹ Ver supra, capítulo II, seção 2.3.1.

justificar uma decisão senão por meio da construção de uma teoria que enuncie as razões em que esta se apóia. Como explica Aarnio,

Conceitos teóricos ou, mais geralmente, a disciplina geral do direito, pertencem à caixa de ferramentas de todos os juristas. Até o mais prático dos juristas tem de utilizar os conceitos básicos do direito em seu trabalho. Ninguém pode solucionar um problema de responsabilidade por danos sem utilizar os conceitos de causalidade e adequação. Portanto, se alguém evita conceitos teóricos pela porta da frente, eles imediatamente penetram pela porta dos fundos. *Não há jurisdição sem teoria* (Aarnio, 1999, p. 10. Sem destaque no original).

A teoria jurídica possui, ela própria, uma relevância *normativa* que não pode ser negligenciada na atividade de aplicação judicial do direito. O mesmo vale para a teoria das fontes do direito, como um de seus departamentos.

Na teoria das fontes do direito esboçada por Guastini, privilegia-se o aspecto *analítico* da teoria jurídica em detrimento de todos os outros. O teórico parte de um conceito predeterminado de direito – o conceito *positivista*: “*auctoritas, non veritas facit legem*” – e, com base em um trabalho *meramente dedutivo*, tenta enumerar os fatos e atos jurídicos capazes de gerar, com base em critérios intra-sistemáticos de validade, normas jurídicas válidas. Na teoria de Shiner, por sua vez, adota-se uma perspectiva *empírica*. Cabe ao teórico então observar os elementos que, de fato, geram normas jurídicas válidas em um dado ordenamento jurídico. É por essa razão – essa referibilidade a um dado direito positivo – que Shiner não consegue elaborar uma teoria “geral” das fontes do direito (Guastini, 2007; Shiner, 2007; Rotolo, 2007).

Uma comparação entre a concepção defendida por Guastini e a sustentada por Shiner revela que a primeira está próxima do normativismo kelseniano e a segunda do realismo norte-americano. Ambas compartilham os postulados positivistas da neutralidade e da separação radical e intransponível entre ser e dever ser, bem como acreditam que a teoria das fontes do direito deve ser apenas uma teoria *descritiva*. Não transcendem, portanto, os limites do pensamento jurídico positivista¹²². Uma teoria das fontes do direito adequada à concepção pós-positivista que venho defendendo ao longo das páginas deste trabalho acadêmico não deve proceder nem “de cima” nem “de baixo”, não deve ser nem exclusivamente analítica nem exclusivamente empírica, mas deve se voltar “para

¹²² Remeto novamente o leitor ao que escrevi na seção 2.3 do capítulo II.

frente” ou para o futuro, com o fim de determinar a importância das fontes do direito na argumentação jurídica.

É melhor adotarmos, portanto, um conceito *argumentativo* de fontes do direito, como o de Aulis Aarnio, para quem se deve utilizar a referida locução para “toda razão que – de acordo com as regras geralmente aceitas na comunidade jurídica – pode ser usada como base *justificatória* da interpretação jurídica” (Aarnio, 1991, p. 123)¹²³. Esse é um conceito de “fontes do direito” que “não se refere às *causas* da atividade interpretativa, mas às *razões* que são utilizadas para *justificar* certa interpretação” (Ibidem). É um conceito que considero mais adequado para entender o raciocínio jurídico porque ele abandona a perspectiva do observador (ponto de vista externo) – adotada tanto pelas concepções tradicionalistas (que distinguem entre fontes *formais* e fontes *materiais*) quanto pelas concepções positivistas mais contemporâneas como as de Guastini e Shiner – e adota um conceito argumentativo mais adequado ao contexto de justificação das decisões jurídicas, ou seja, ao contexto discursivo onde os participantes sustentam pretensões de validade de normas jurídicas individuais que eles pretendem vindicar no caso concreto. Aarnio se aproxima muito mais, portanto, de uma resposta à questão a que MacCormick se referiu como um dos “problemas do positivismo”¹²⁴. Todas as razões/fontes do direito (ou da decisão jurídica) potencialmente relevantes devem ser ponderadas para se determinar o sentido da norma jurídica concreta.

Como se percebe, adoto uma concepção de fontes do direito em que a locução é entendida no sentido de fontes não de “regras jurídicas gerais”, mas do “conjunto de prescrições tanto gerais como individuais” que compõem o direito. Uma “norma individual”, no sentido de Kelsen, e uma “norma adscrita”, no

¹²³ Ao lado desse conceito amplo de “fontes do direito”, Peczenik propõe também um conceito mais estrito: “todas as razões jurídicas são fontes do direito no seu sentido mais amplo. Todos os textos, práticas etc. que um jurista está obrigado a, deve ou pode proferir como razões de autoridade são fontes do direito em um sentido estrito, adotado neste trabalho” (Peczenik, 1989, p. 318). O conceito mais amplo, no entanto, parece mais adequado na medida em que na argumentação jurídica as razões que contam para decidir casos práticos não se limitam necessariamente às razões de autoridade. Não apenas as razões que possam ser empregadas “como razões de autoridade” podem contar como fontes do direito. É claro que isso não impede que os argumentos institucionais tenham um peso diferenciado e uma “prioridade *prima facie*” no discurso jurídico (Alexy, 1995; Ávila, 2001), mas um conceito argumentativo de fontes não pode excluir qualquer razão que possa ser utilizada como justificação de uma decisão jurídica.

¹²⁴ Ver supra, capítulo II, seção 2.1.

sentido que adotamos nesse trabalho, constituem também “direito” para fins de se determinar as suas fontes¹²⁵.

Podemos, por conseguinte, considerar as decisões judiciais como “normas” de caráter especialmente concreto e os precedentes como uma das espécies de “fontes” dessas normas.

Se esse conceito argumentativo de fontes for adotado, pode haver diferentes *graus de vinculatividade* dos materiais que os juristas utilizam na justificação de suas decisões, dependendo da aceitabilidade racional e da institucionalização desses materiais. Nesse ponto, a concepção de “fontes” que defendo parece se aproximar do realismo jurídico de Alf Ross. Para este jurista,

De acordo com o ponto de vista tradicional, afirmar que o direito vige ou vale é atribuir-lhe uma qualidade irreduzível derivada de princípios *a priori* ou postulada como um pré-requisito do conhecimento jurídico. A validade de uma norma particular é derivada da norma superior de acordo com a qual foi criada – em última instância, do direito natural ou de uma hipótese inicial pressuposta ou norma básica. Com tais premissas, obviamente, o conceito de validade tem que ser absoluto: uma regra jurídica vale ou não vale. (...) Em verdade, a asserção de que uma regra é direito vigente é altamente relativa. Pode-se também dizer que uma regra pode ser direito vigente num maior ou menor grau, o que varia com o grau de probabilidade mediante o qual podemos predizer que será aplicada (Ross, 2003, p. 70).

Há certa semelhança, mas não identidade, entre as afirmações de Ross e os pontos de vista que ora defendo. Não obstante, *não* considero correto definir a vigência ou validade de uma norma jurídica como a probabilidade de esta vir a ser aplicada pelos juízes para decidir casos concretos. Já tivemos oportunidade de criticar essa teoria quando discutimos o realismo jurídico¹²⁶. A validade de uma norma jurídica – sua pertinência a uma ordem jurídica concreta – pode ser mais bem aferida segundo um critério formal como a regra de reconhecimento hartiana¹²⁷ (embora, como já vimos, se possa cogitar de certos limites a esse critério¹²⁸). A partir do momento em que distinguimos a *justificação* de uma norma da sua *aplicação* a um caso concreto, fica claro que na realidade a questão da “validade” de uma norma jurídica pode ser respondida com a adoção de um

¹²⁵ Ver, sobre essa relativa ambigüidade da palavra “direito” na locução “fontes do direito”, Guastini (2007, p. 304).

¹²⁶ Ver supra, capítulo I, seção 1.4.1.3.

¹²⁷ Ver supra, capítulo II, seção 2.1.

¹²⁸ Ver supra, capítulo II, seção 2.3.2.

“sim” ou um “não” em face das pretensões de validade normativa afirmadas pelos participantes do discurso jurídico. Ou aceitamos uma norma jurídica como justificada, ou temos esta norma como não integrada ao sistema jurídico em questão. *Tertium non datur*¹²⁹.

Por outro lado, as *fontes* do direito – tal como as entendemos – podem possuir graus diferentes de vinculatividade¹³⁰. Os materiais normativos que são utilizados pelos participantes do discurso jurídico como supedâneo para as pretensões de validade normativa que eles formulam não possuem necessariamente um valor ou nulo ou absoluto nos discursos de justificação normativa. É possível, sim, graus intermediários. Nesse sentido, Peczenik (1989) e Aarnio (1991) propõem classificar as fontes do direito em três categorias: “*must-sources*”; “*should-sources*” e “*may-sources*” (Peczenik, 1989, p. 319-21). O primeiro grupo, das fontes *obrigatórias em sentido forte* (*must-sources*), compreende os materiais normativos com mais alto teor de normatividade em um determinado sistema jurídico. Numa palavra, há uma obrigação de se obedecer à referida fonte do direito (Aarnio, 1991, p. 135). O segundo, fontes *obrigatórias em sentido frágil* (*should-sources*), “consiste naquelas [fontes] que *devem normalmente* (*should*) ser seguidas na interpretação”, i. e., são as fontes em relação às quais o intérprete “tem apenas uma obrigação frágil de obediência” (Idem, p. 136). Por último, o grupo das fontes permitidas (*may-sources*) é formado por aquelas a que um aplicador do direito pode se referir na argumentação jurídica. “O intérprete não possui nem uma obrigação forte nem uma obrigação frágil de observá-las” (Idem, p. 137). Vê-se, portanto, que as diferentes fontes do direito terão diferentes pesos na solução de casos concretos.

Nos discursos de justificação de normas jurídicas, contam diferentes tipos de fontes *obrigatórias em sentido forte*, *obrigatórias em sentido frágil* e *permitidas*. Qual o peso concreto dessas fontes vai depender da sua ponderação concreta pelo aplicador do direito.

Mas a força em si mesma (ou grau de vinculatividade) não é o único critério para classificar as fontes do direito. Podem contar como razões para normas

¹²⁹ Com essa afirmação não estamos, porém, vendo o raciocínio jurídico como uma mera aplicação *absoluta* de normas gerais. É sempre possível, em um discurso de aplicação, reconhecer uma norma como válida mas afastar a sua incidência sobre o caso concreto. Ver, sobre o tema dos discursos de aplicação, capítulo II, seção 2.4.3.

¹³⁰ Validade (pertinência ao ordenamento jurídico) e vinculatividade (força) são portanto atributos diferentes das normas jurídicas, que precisam ser claramente diferenciados.

jurídicas tanto *razões dotadas de autoridade* (*authority reasons*) como *razões substantivas ou materiais* (*substantive reasons*). As primeiras valem porque “possuem na sociedade uma posição que pode ser qualificada de institucional” (Idem, p. 138), ao passo que as últimas “íntegram o contexto de justificação em virtude de sua importância material (substancial)” (Ibidem). O eventual embate entre fontes jurídicas *substanciais* e *dotadas de autoridade* coincide com a tensão entre *facticidade* e *validade* que constitui um dos marcos teóricos fundamentais desta tese de doutoramento¹³¹. A primazia de umas ou outras não pode ser resolvida de forma absoluta: ambas são igualmente necessárias no pensamento jurídico (Peczenik, 1989, p. 117).

Com base nessas duas classificações, Aarnio (1991, p. 139) chega a elaborar um quadro geral das fontes do direito no sistema jurídico finlandês, que pode, como regra geral, ser estendido a outros sistemas jurídicos da tradição do *civil law*:

Fontes jurídicas

	Fortemente vinculantes (<i>must</i>)	Fragilmente vinculantes (<i>should</i>)	Fontes permitidas (<i>may</i>)
Justificação dotada de autoridade (fontes do direito dotadas de autoridade)	Textos legais Costume	<i>Travaux préparatoires</i> Decisões judiciais (precedentes)	Dogmática jurídica direito estrangeiro, etc.
Justificação substancial ou material (fontes materiais do direito)	Costume		Princípios gerais do direito, princípios morais, argumentos práticos.

Uma leitura desse quadro sugere que, pelo menos *prima facie*, quanto mais elevada e à esquerda se situe uma determinada fonte do direito, mais chances ela tem de prevalecer em um discurso de justificação de normas jurídicas em geral. Como um panorama superficial, suficiente para uma primeira aproximação do direito, a sistematização proposta é plausível. Mas a partir do momento em que passamos a analisar os *precedentes judiciais* em especial, verificamos que se faz necessário um modelo mais complexo.

A força dos precedentes encontra – já sabemos – fundamento tanto em razões morais como em razões institucionais em sentido estrito. Entre as primeiras

¹³¹ Ver supra, capítulo I, seção 1.5.3.

cito o princípio da universalizabilidade – que está impregnado na filosofia prática a partir do imperativo categórico de Kant – e entre as últimas podem-se citar tanto *normas positivas* que dispõem sobre a força do precedente quanto a obrigação de *levar* em conta os precedentes que decorre da própria estrutura escalonada do sistema jurídico (e em especial dos mecanismos de uniformização de jurisprudência e solução de divergência jurisprudencial que estão institucionalizados em cada sistema jurídico).

Ademais, um estudo jurídico-comparativo revela que nos sistemas jurídicos contemporâneos é encontrado um universo muito mais rico de variáveis que influem sobre a força do precedente na argumentação jurídica. Peczenik, por exemplo, sintetizando as conclusões de um grupo composto por alguns dos maiores juristas da atualidade, sistematizou as seguintes variações no grau de vinculatividade (*bindingness*) dos precedentes judiciais:

(1) *Vinculatividade formal (formal bindingness)*: um julgamento que não respeite a vinculatividade do precedente não está conforme o direito e, portanto, deve ser revertido em apelação.

Diferenciar:

- a) vinculatividade formal não submetida a *overruling*: (i) ‘Estritamente vinculante’ (*‘Strictly binding’*) – deve ser aplicado em qualquer caso; (ii) vinculante *pro tanto (defeasibly binding)* – deve ser aplicado em todos os casos a não ser que se apliquem razões excepcionais (exceções podem estar bem definidas ou não);
- b) vinculatividade formal (com ou sem exceções) que está submetida a *overruling* ou modificação.

(2) *Não formalmente vinculante mas dotado de força (Not formally binding but having a force)*: um julgamento que não respeite a força do precedente, embora conforme ao direito, está sujeito a críticas por essa razão, e pode ser revertido por isso.

Diferenciar:

- a) força superável (*defeasible force*) – deve ser aplicado a não ser que exceções entrem em ação (exceções podem ou não estar bem definidas);
- b) *outweighable force* – deve ser aplicado a não ser que razões concorrentes se apliquem.

(3) *Não formalmente vinculantes e despidos de força jurídica (tal como definido em 2), mas dando suporte adicional à decisão (Not formally binding and not having force (as defined in 2) but providing further support)*: um julgamento faltando menção ao precedente é ainda conforme ao direito e pode ainda ser justificado, mas não tão bem justificado quando iria estar se o precedente tivesse sido invocado, por exemplo, para mostrar que a decisão alcançada se harmoniza com o precedente.

(4) *Valor meramente ilustrativo (mere illustrativeness or other value)* (Peczenik, 1997, p. 463).

Esse modelo, no entanto, peca por fazer distinções em exagero e incluir classes de eficácia que já não mais existem nos sistemas jurídicos contemporâneos. Com efeito, já não se pode mais encontrar em qualquer sistema jurídico razoavelmente desenvolvido precedentes formalmente vinculantes e “nunca sujeitos ao *overruling*”. Desde o *Practice Statement* de 1966, nem mesmo no Reino Unido se pode vislumbrar um modelo tão restrito de *stare decisis*. O mesmo se pode dizer, ainda, dos precedentes *strictly binding*, isto é, aos quais esteja *a priori* proibido o reconhecimento de exceções (pelo próprio tribunal que estabeleceu o precedente) com fundamento em novas situações de aplicação não inicialmente consideradas pela corte que os estabeleceu. Como pudemos verificar ao tratarmos da teoria de Klaus Günther sobre os discursos de aplicação, o ideal de uma norma jurídica perfeita – à qual jamais possam ser reconhecidas exceções – já não encontra força nem mesmo em relação às decisões do legislador ou do próprio constituinte¹³². Seria suficiente, portanto, que o primeiro nível da classificação de Peczenik designasse genericamente os precedentes *obrigatórios em sentido forte* – ou, de acordo com a sua nomenclatura, *formally binding*. São os precedentes aos quais o tribunal *a quo* deve obediência, *tout court*.

No segundo nível dessa classificação – precedentes *not formally binding but having a force* – há também uma diferenciação desnecessária entre força jurídica *superável (defeasible)* e *outweighable*. Com efeito, quando se fala em precedentes *superáveis (defeasible)*, parece claro que a exceção que vier a ser criada em um precedente judicial – principalmente se levarmos em conta que a *ratio decidendi* de um precedente via de regra possui uma estrutura normativa hipotética (sendo portanto uma *regra jurídica* na classificação estrutural das normas jurídicas¹³³) – há de ser justificada com fundamento em razões que preponderem sobre (*outweigh*) as que militam em favor da sua aplicação incondicional. Não há, portanto, motivo para a separação entre as duas subcategorias separadas. Suficiente seria falar em precedentes *obrigatórios em sentido frágil* ou *prima-facie* obrigatórios. São os precedentes que o tribunal deve levar em consideração, ainda que não necessariamente os obedeça.

Podemos observar, portanto, que, após esses pequenos ajustes, a classificação de Peczenik corresponde à classificação das fontes do direito quanto

¹³² Ver supra, capítulo II, seção 2.4.3.1.

¹³³ Ver infra, capítulo III, seção 3.3.2.3., subseção B.1, n. II.

ao grau de vinculatividade: Os precedentes *vinculantes em sentido forte* (1) são considerados fontes do direito de grau máximo (*must-sources*); os *vinculantes em sentido frágil* (2), fontes *prima facie* obrigatórias (*should-sources*); e os “*not formally binding and not having a force but providing further support*”, que prefiro denominar simplesmente de precedentes *persuasivos* (3), valem apenas como fontes do direito *permitidas* (*may-sources*).

A caracterização dos precedentes como fontes do direito cuja vinculatividade pode variar nesses três níveis constitui, pelo menos para a grande maioria dos casos, um modelo adequado para a argumentação jurídica. Os precedentes podem estar, portanto, em qualquer das colunas da tabela desenvolvida por Aulis Aarnio¹³⁴.

Dizer que o precedente vale como fonte do direito ainda deixa em aberto muitos problemas para a argumentação judicial. Revela-se importante, então, uma sistematização dos fatores que aumentam ou diminuem a força de uma norma adscrita a partir de um precedente judicial. É pela ponderação desses fatores que se poderá, em cada caso concreto, determinar em qual desses níveis se encontra a força de um dado precedente judicial. Tentarei, na próxima subseção, dar algumas diretrizes para resolver esse problema jurídico.

4.3.2

Fatores institucionais e extra-institucionais que influenciam a força do precedente

4.3.2.1

A determinação do peso dos precedentes como um processo hermenêutico

A formação de normas adscritas a partir de precedentes judiciais é um processo hermenêutico. Ainda que sem nos aprofundarmos nas teorias hermenêuticas – pois isso extravasaria em muito a esfera de indagações desta tese

¹³⁴ Ver supra, nessa mesma seção.

– cabem algumas breves palavras sobre o processo mental de formação de significados para os enunciados normativos em geral. A hermenêutica jurídica tem como objeto o processo de interpretação do direito, o modo pelo qual a compreensão do significado de suas normas é alcançada. As palavras-chave da hermenêutica são, portanto, “compreensão” e “interpretação”. Mas como definir esses termos?

Como explica Saldanha, “a compreensão ocorre quando o registro conceitual se ‘aprofunda’ mediante uma penetração no *sentido* (que é sempre, de algum modo, humano) das coisas” (Saldanha, 2003, p. 220). Compreender – explica Lacombe Camargo com ênfase no trabalho do jurista – “é buscar o significado de alguma coisa em função das razões que a orientam. Buscar os valores subjacentes à lei, cuja aplicação foge da mera relação causa-efeito” (Lacombe Camargo, 2001, p. 13).

A interpretação, por sua vez, pode ser entendida como o processo por meio do qual a compreensão é construída pelo intérprete. Vejamos o que Lacombe Camargo nos diz a respeito do tema, com especial ênfase no direito:

A concretização da norma é feita mediante a construção interpretativa que se formula a partir *da* e em direção *à* compreensão. Podemos definir a interpretação como a ação mediadora que procura compreender aquilo que foi dito ou escrito por outrem (Idem, p. 19).

A interpretação, na perspectiva da hermenêutica, não se restringe à determinação do sentido de textos, objetos lingüísticos ou mesmo objetos culturais. É um processo mental que se passa na mente de todos os indivíduos que buscam, através do intelecto, compreender o sentido das coisas que o rodeiam. As coisas só passam a fazer sentido para o sujeito cognoscente a partir do momento em que ele tenha algum tipo de compreensão sobre elas: “tudo no mundo (no mundo humano) são significações, e portanto todo o pensar é hermenêutico: tudo depende do interpretar. E daí símbolos, códigos, signos, linguagens” (Saldanha, 2003, p. 220).

No que se refere à linguagem, o modo hermenêutico de o indivíduo se relacionar com o mundo fica ainda mais evidente. Para Saldanha, “o problema da linguagem corresponde a um processo histórico-cultural fundamental para a questão do compreender, do ‘significado’ e da interpretação. A atribuição de

significados, que constitui basicamente o fenômeno hermenêutico, envolve a experiência da linguagem, com o entendimento dos signos e de uma série de contextos. Trata-se de um problema essencial quanto à própria existência da cultura: toda cultura tem seus códigos” (Ibidem).

No caso específico da interpretação e da compreensão do direito, a imagem que pode elucidar mais claramente é a de um *círculo hermenêutico*. Para compreender essa descrição é necessário retornar ao que Gadamer denominou “pré-compreensão”. Explica Schroth:

Segundo Gadamer, a compreensão só é possível quando aquele que compreende se lança para a abordagem do texto já com uma pré-compreensão. Isto significa: por um lado, o intérprete *orienta* o texto *por* alguma coisa, a saber, pelo mundo em que se movimenta. Ao mesmo tempo, à compreensão de um texto liga-se um *interesse* na compreensão. Quando utilizamos o texto, temos algum propósito em mente. (...) Através da pré-compreensão, que guia a interpretação do texto, cada interpretação de um texto é, simultaneamente, aplicação do atual estado de consciência do intérprete (Schroth, 2002, p. 383).

Veja-se que o processo de compreensão do significado das normas jurídicas não parte jamais de um marco-zero. Sempre que o intérprete se põe diante de um texto ele inicia o processo de reflexão/interpretação a partir de algum lugar, a partir da sua experiência de vida, do contexto cultural e histórico em que ele se acha inserido. A partir de uma pré-compreensão individual – muitas vezes de natureza meramente intuitiva – inicia-se o processo de interpretação, que é um refinamento dessa pré-compreensão através da crítica e da reflexão, com espaço seja para a formulação de novas hipóteses normativas (diferentes da inicial) ou para a revisão da pré-compreensão inicialmente problematizada. Mesmo correndo o risco de pecar pelo excesso de longas citações, transcrevo uma passagem de Larenz para explicar o funcionamento desse processo:

A imagem do ‘círculo’ não será adequada senão na medida em que não se trata de que o movimento circular do compreender retorne pura e simplesmente ao seu ponto de partida – então tratar-se-ia de uma tautologia –, mas de que eleva a um novo estádio a compreensão do texto. Se o significado de uma palavra aceita em primeira mão pelo intérprete não se adequa ao nexos do sentido do texto, tal como este vem a revelar ao intérprete no decurso do processo interpretativo, então o intérprete terá que rectificar sua suposição inicial; se os possíveis (aqui imagináveis) significados da palavra revelam uma conexão de sentido diversa daquela que inicialmente o intérprete tinha conjecturado, este rectifica então a sua conjectura. O processo de olhar para frente e para trás pode ter que repetir-se inúmeras vezes (Larenz, 1997, p. 286-7).

Larenz nos explica com clareza que o processo de formação da compreensão é essencialmente *crítico*. Ele nos convida a uma reavaliação dos nossos pressupostos iniciais a partir de um exame reflexivo. Esse “reexame”, “aprofundamento”, “teste”, “ir e vir de perspectiva” etc. se dá – na prática do direito – por meio da *argumentação*. Hoje já se pode falar de uma cooperação e uma mútua fertilização entre a hermenêutica e a teoria da argumentação (além, é claro, de setores como a filosofia analítica) na busca da construção de uma prática jurídica cada vez mais racional. Teorias que antes competiam (hermenêutica *versus* argumentação) hoje aparecem cada vez mais como aliadas (hermenêutica *e* argumentação) (Lacombe Camargo, 2002; Ricoeur, 1996; Zaccaria, 1999). A argumentação e o compartilhamento discursivo de pretensões de validade – que são pretensões de significação para determinadas normas jurídicas em um discurso de justificação no sentido de Günther – permite uma perspectiva crítica muito mais rica do que aquela que o intérprete poderia realizar sozinho, sem qualquer preço ou prejuízo para os logros alcançados pela teoria hermenêutica.

Na argumentação com precedentes judiciais, o processo de compreensão das normas adscritas de decisões judiciais pode ser descrito com o auxílio de uma metáfora que, embora originalmente tenha sido formulada para descrever a interpretação jurídica em geral, expressa com ainda maior clareza o processo de interpretação de normas cuja fonte reside nos precedentes judiciais. Trata-se da conhecida metáfora da “interpretação como tradução”. O texto de Baldassare Pastore é especialmente claro ao discorrer sobre essa comparação:

Interpretar significa, portanto, traduzir um significado de um contexto (histórico, cultural) a outro, em um processo de restituição de sentido que é ao mesmo tempo uma promoção de sentido. A problemática hermenêutica, desse modo, procede daquela particular relação entre texto e contexto, que faz possível que o sentido de um texto seja considerado capaz de descontextualizar-se, ou seja, de se liberar do seu contexto inicial, para se re-contextualizar em uma nova situação, mas conservando uma identidade semântica (Pastore, 2000, p. 142).

Essa analogia parece retratar claramente o procedimento de extração da *ratio* de um caso e sua nova aplicação em outro como *norma adscrita*. No entanto, esse processo não é constituído apenas pela reconstrução do significado de uma norma, i. e., do conteúdo que essa norma têm enquanto pressuposto necessário ou

suficiente para justificar a decisão já tomada e que constitui o objeto da interpretação. É também um processo de “recontextualização” dessa norma a um novo contexto fático, jurídico e argumentativo, onde deve ser determinado o seu valor em relação às outras normas e argumentos eventualmente encontrados nesse novo contexto.

Uma teoria dos precedentes que contenha pretensões normativas – como a que tento elaborar – tem não apenas uma missão descritiva do passado, mas uma missão construtiva do futuro. Ela tem de orientar o intérprete não apenas na hora de determinar o significado das normas adscritas que lhe interessam, mas também – em medida pelo menos igual – no momento de decidir acerca do *peso* ou da *força* que essa norma vai assumir no futuro, quando vier a ser *aplicada* a um caso concreto, ou seja, quando vier a ser utilizada como um dos fundamentos ou razões para justificar uma decisão qualquer. Esse processo de determinação do peso ou importância das normas adscritas dos precedentes judiciais é, também, parte do processo hermenêutico que podemos denominar “interpretação *lato sensu*” de um precedente judicial, pois tal processo vai muito além da determinação do conteúdo de uma norma jurídica. Esse peso, como passaremos a demonstrar, varia de acordo com contextos institucionais e extra-institucionais.

4.3.2.2

Fatores institucionais que determinam a força de uma norma jurisprudencial

Já adiantamos que no Estado democrático de direito o respeito ao precedente encontra justificação não apenas em argumentos práticos e filosóficos, mas também em argumentos *institucionais*. Esse peso institucional coloca os precedentes em um patamar especial na argumentação jurídica. Como esclarece Alexy, os argumentos institucionais – lingüísticos, genéticos e sistemáticos – “se fincam direta ou indiretamente na autoridade do direito positivo”, e por isso gozam de uma prioridade *prima facie* sobre os argumentos práticos gerais (não-institucionais), que “derivam sua força somente da correção do seu conteúdo” (Alexy, 1995, p. 57). Os princípios formais da segurança jurídica e da

previsibilidade atuam – sempre, embora às vezes com maior ou menor intensidade – como razões que militam para a observância do direito jurisprudencial. É claro que o grau de institucionalização de um precedente pode variar, e em função desta variação eles podem ser classificados como fontes obrigatórias em sentido forte (*must-sources*), obrigatórias em sentido frágil (*should-sources*) e meramente permitidas (*may-sources*).

Mas como, na prática, é possível aferir esse grau de vinculatividade do precedente judicial? A resposta deve passar, necessariamente, pelos fatores que determinam a importância de um precedente.

Entre esses fatores, MacCormick enumera os seguintes: (i) contexto *institucional*, (ii) tradição jurídica, (iii) estrutura constitucional (*constitutional framework*) e (iv) doutrinas jurídico-teóricas dominantes (MacCormick, 1998-a, p. 180-4). Aos três primeiros fatores denominarei “institucionais”. São institucionais em sentido estrito porque são vigentes de fato nas instituições e na prática jurídica de um determinado sistema. Pode-se pesquisá-los pelo método empírico, ou seja, observando como eles de fato se manifestam no tempo e no espaço. O último, no entanto, sobre também apresentar um certo grau de institucionalização, necessita de uma *mediação* para poder influenciar a prática jurídica. É um fator que diz respeito mais propriamente às razões em si mesmo consideradas (i. e., independentemente de passarem por um processo de institucionalização *stricto sensu*) que podem contar para a justificação de uma decisão sobre o peso do precedente judicial.

Passemos a analisar cada um dos três primeiros fatores institucionais.

A) *Contexto institucional (stricto sensu)*

Em relação ao primeiro fator (*contexto institucional stricto sensu*), há, entre várias outras, diferenças entre Estados unitários e Estados federais, sistemas jurídicos dotados de jurisdições especializadas e sistemas jurídicos com apenas um tipo de jurisdição, Estados onde o controle de constitucionalidade é realizado pelo judiciário e Estados em que este controle inexistente, Estados submetidos à incidência e aplicabilidade direta e imediata de um direito supraestatal – como é o

caso dos Estados que integram a comunidade europeia – e Estados onde o poder estatal é tido como ilimitado etc.

No entanto, o desenho institucional do poder judiciário parece ser o fator mais importante. No que se refere à organização dos tribunais, a sua estrutura hierarquizada é tida como um elemento comum a todos os sistemas jurídicos modernos (Taruffo, 1997-a, p. 437). Como explica Taruffo, sob a ótica da dimensão institucional do precedente, este fator aparece como um *reflexo* da própria organização hierárquica do poder judiciário nos vários ordenamentos (Taruffo, 1994, p. 416). Como regra, pode-se dizer que o maior nível de autoridade é conferido às decisões das cortes de mais elevado nível hierárquico: há um *grau de subordinação* das cortes inferiores às superiores que cresce à proporção em que diminui o nível hierárquico do juiz (Taruffo, 1997-a, p. 438). É nesse sentido que se pode falar em uma dimensão *vertical* do precedente judicial: as cortes inferiores devem obediência às superiores uma vez que estas últimas detêm o poder de reformar todas as decisões que sejam contrárias a seus precedentes. Pode-se falar, portanto, que via de regra os precedentes das cortes superiores – quando há uma relação hierárquica direta entre os órgãos jurisdicionais em questão – valem como fontes *obrigatórias em sentido frágil* (*should-sources*) independentemente da existência de uma norma expressa no ordenamento jurídico que estabeleça a obrigação de se seguir os precedentes judiciais. Trata-se de uma obrigação em sentido frágil porque é uma obrigação não apenas superável no caso concreto (*defeasible*) – quando o julgador estiver diante de situações excepcionais que justificam a redução teleológica da norma, através da criação de exceções gradualmente fixadas em discursos de aplicação das normas adscritas de precedentes judiciais –, mas também passível de cancelamento, afastamento ou superação definitiva (*overruling*) com base em razões não consideradas pelo precedente judicial. Neste último caso, o princípio da *inércia*¹³⁵ exige que o afastamento do precedente encontre justificação racional: “quem quer que deseje se afastar de um precedente detém o ônus da argumentação” (Alexy; Dreier, 1997, p. 30). Os princípios formais – segurança, certeza, uniformidade do direito etc. – justificam a adesão ao precedente e exigem ao menos uma ponderação entre as razões de autoridade que justificam a adesão

¹³⁵ Ver supra, capítulo II, seção 2.4.2.6.

ao precedente judicial e as razões substanciais (morais, de correção etc.) que contribuem para o seu abandono (Idem, p. 29). Como explicam Alexy e Dreier:

A força do precedente é demonstrada com mais clareza no caso de seu afastamento, mas pode também ser reconhecida no caso em que o precedente é seguido. O fato de (o ato de) seguir o precedente não ser normalmente combinado com uma argumentação substancial – enquanto o ato que dele desvia é – demonstra que os precedentes possuem uma força jurídica própria (Idem, p 30).

Como diretiva geral, pode-se estabelecer então que quanto maior o posto hierárquico do órgão jurisdicional que prolatou uma decisão, maior será a sua força como precedente judicial. Mas ao lado desse fator, há outros subsidiários, tais como:

- i) julgamentos prolatados pelo tribunal pleno ou por órgãos especiais – como cortes especiais, seções, grupo de turmas etc. – constituídos para realizar julgamentos mais importantes ou para solucionar hipóteses de divergência jurisprudencial no próprio tribunal têm naturalmente uma autoridade mais elevada do que precedentes de órgãos inferiores na estrutura hierárquica de um mesmo tribunal (nesse sentido, Alexy; Dreier, 1997, p. 34; Taruffo, 1997-b, p. 159; Bańkowski; MacCormick; Marshall, 1997, p. 328);
- ii) nos sistemas jurídicos em que os juízes votam em separado, nos órgãos colegiados, os casos em que há dissenso entre os julgadores possuem uma força vinculante relativizada (cumpre observar, nesse sentido, o que foi dito na seção 3 deste capítulo acerca da *ratio decidendi* dos casos em que há consenso acerca da norma individual que decide um caso concreto, mas dissenso quanto às normas gerais adscritas que valem como fundamentos para essa decisão)¹³⁶;
- iii) decisões que formam uma tendência jurisprudencial identificável e estabeleçam uma orientação ou linha definida possuem uma força maior do que precedentes isolados (Alexy; Dreier, 1997, p. 35; Taruffo, 1997-b, p. 161). Em sistemas de *civil law*, o peso dos precedentes isolados tende a ser inclusive tido como “duvidoso e incerto” (Taruffo, 1997-b, p. 160), manifestando-se unicamente nas decisões das cortes de cassação ou dos tribunais para os quais caibam recursos excepcionais para unificação de jurisprudência – como, no Brasil, o Supremo

¹³⁶ Ver supra, capítulo III, seção 3.2.

Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça, o Superior Tribunal do Trabalho e o Superior Tribunal Eleitoral;

iv) situações de conflito entre precedentes – obviamente, sem com que esses conflitos tenham sido resolvidos por um órgão especial do tribunal mais elevado – enfraquecem a autoridade dos precedentes judiciais e lhes atribuem um valor via de regra meramente persuasivo (Taruffo, 1997-b, p. 161).

B) *Tradição jurídica*

Um outro fator que, segundo MacCormick, contribui para o peso ou força a ser atribuída ao precedente judicial é a tradição jurídica em que o aplicador do direito esteja inserido. No entanto, esse fator hoje pode ser relativizado.

A primeira metade do século XX parece ter sido o período áureo do positivismo jurídico. Com efeito, aproximadamente na metade do século XX já estavam escritas as três obras que hoje se pode considerar como as mais importantes do pensamento jurídico positivista: a *Teoria Pura do Direito*, de Kelsen, o *Conceito de Direito*, de Hart, e *Direito e Justiça*, de Alf Ross.

Como tivemos oportunidade de mostrar nessa tese de doutoramento, o obscurecimento do positivismo – um fenômeno mais recente – é também um período de enfraquecimento das diferenças entre a tradição do *common law* e do direito continental europeu. Ainda assim, como vimos, remanescem certas diferenças entre a aproximação das duas tradições em relação ao precedente judicial. Mas não devemos sobrevalorizar essas diferenças e não podemos deixar de observar que, na Europa continental, foi justamente nos Estados onde o direito comparado mais se desenvolveu e onde a teoria dos precedentes mais soube aproveitar os ensinamentos do *common law* que hoje se pode encontrar a maior evolução da teoria dos precedentes e o maior número de estudos valiosos sobre os precedentes judiciais. Cito, em especial, o caso italiano, onde os estudos de Gino Gorla impulsionaram um sem-número de ensaios metodológicos de vários autores sobre os precedentes judiciais¹³⁷.

¹³⁷ Para algumas referências bibliográficas sobre os precedentes na Itália, ver Taruffo (1994), bem como os trabalhos que compõem um volume editado por Giovanna Visintini (1999).

Sobre as diferenças entre o *common law* e o *civil law* em relação à atenção dada aos precedentes, transcrevo a seguinte passagem de MacCormick (1998-a, p. 181):

Há uma diferença característica entre os sistemas de *common law* e os sistemas civilistas Pós-Napoleônicos, ou sistemas de direito predominantemente codificado, no que se refere à forma de se entender normas jurídicas. Depois da codificação, a doutrina dominante é de que o direito é essencialmente o produto da vontade legislativa, de sorte que a norma jurídica em sentido próprio e autêntico é aquela contida em uma seção do código, ou certa porção da legislação especial. Em contraste, nos sistemas de *common law*, o direito é compreendido como apenas em parte determinado pela legislação, que tem a função de clarificar ou emendar e desenvolver o corpo de direito preexistente. Esse corpo preexistente de direito é considerado de caráter originalmente costumeiro, e é ou constituído ou ao menos evidenciado pelas decisões dos tribunais.

Tivemos oportunidade de demonstrar, contudo, que atualmente há uma tendência de convergência entre as duas grandes tradições jurídicas, bem como que em ambas há espaço para a criação judicial do direito, i. e., a criação de normas adscritas por meio da atividade de aplicação do direito pelos tribunais.

Tanto o juiz do *common law* como o juiz da tradição continental criam normas adscritas e possuem o dever de justificar esses atos de criação judicial do direito. E sem essa justificação dificilmente pode um tribunal exigir a observância de seus precedentes, pois esse tribunal tende a perder sua própria autoridade (Zimmermann; Jansen, 1998, p. 305). As diferenças que ainda existem entre os dois sistemas dizem mais respeito ao diferente tipo de atividade realizada pelo legislador do que propriamente ao método judicial e aos argumentos que podem ser utilizados para justificar as decisões. Se lembrarmos aqui as formas de criação judicial do direito enumeradas por Victoria Iturralde, que transcrevemos na seção 3.2 deste capítulo, podemos dizer que nos sistemas de *civil law* há mais espaço para a *criação material (de normas) no caso concreto por meio da especificação de regras jurídicas preexistentes*, ao passo que no *common law* há uma maior frequência de *criação de regras particulares no caso concreto devido à não existência de regras preestabelecidas (lacuna)*. Ou seja, no *civil law* há uma predominância do precedente *interpretativo* (Alexy; Dreier, 1997, p. 24), ao passo que no *common law* há mais espaço para o precedente que cria normas para suprir lacunas (precedente *integrativo*).

No entanto, essa diferença hoje em dia é *apenas de grau* e tende a diminuir cada vez mais, seja por força da inserção de princípios no ápice da estrutura dos sistemas jurídicos de *civil law* ou da “constitucionalização do *common law*” através dos tratados internacionais com força supralegal que estabelecem normas gerais para os Estados-membros (como se dá no direito da Comunidade Européia). Ademais, em qualquer dos dois procedimentos hermenêuticos (construção de precedentes *interpretativos* ou *integrativos*) há discricionariedade judicial e os mecanismos que a teoria da razão prática estabelece para justificar as decisões (como as regras de universalizabilidade, imparcialidade, justificabilidade etc.) são basicamente os mesmos.

Costuma-se dizer, no entanto, que ainda há um outro tipo de diferença entre o *case law* produzido em países do *common law* e em países do *civil law*: o poder de *selecionar casos* que é atribuído à suprema corte. Prefiro tratar desse ponto, porém, na seção seguinte, que se refere à estrutura constitucional (*constitutional framework*) dos sistemas jurídicos, haja vista que essa não está necessariamente conectada ao fato de o sistema jurídico em questão ser da tradição jurídica do *common law* ou do *civil law*.

C) *Estrutura constitucional (constitutional framework)*

A estrutura constitucional de um ordenamento jurídico é um elemento crucial para determinar a força do precedente na prática jurídica. Há, neste terreno, três grupos de fatores mais específicos que precisam ser levados em conta para se determinar o maior ou menor peso do precedente em um dado sistema jurídico: (i) a doutrina dominante acerca das relações entre o poder legislativo e o poder judiciário; (ii) a autocompreensão do poder judiciário quanto à sua atividade; e (iii) as normas de direito positivo sobre a aplicação de precedentes judiciais.

(C.1) O *primeiro* desses fatores refere-se à “tradição constitucional” encontrada em cada sistema jurídico. Engloba a “diferença relativa à interpretação da amplamente conhecida doutrina da separação dos poderes” e é um dos fatores que mais pode influenciar o peso do precedente judicial. Novamente, as palavras

de MacCormick parecem adequadas no momento. Esclarece o autor que podem ser normalmente encontradas duas interpretações desta doutrina:

Em uma interpretação, os juízes estão proibidos de interferir nos atos dotados de autoridade legislativa; essa tradição desaprova o *judicial review* dos atos do legislativo mesmo em sede de controle de constitucionalidade. (...) Por outro lado, em tradições tais como a americana ou a alemã, questões de direito constitucional são em larga escala matérias para decisões judiciais, e em grande parte o direito constitucional, ainda que baseado na interpretação de uma dada constituição histórica, se torna essencialmente um corpo de normas jurídicas baseadas em precedentes (*a body of precedent-based law*), que funciona através da interpretação de toda uma tradição constitucional, e não apenas da interpretação de uma constituição reduzida a um texto (MacCormick, 1998-a, p. 181-2).

De fato, a teoria dominante em um Estado sobre os limites do poder judiciário e suas relações com o legislativo é um fator seguramente determinante para entender a força do precedente no interior de um sistema jurídico. Como explica Taruffo, “decidir questões constitucionais exige, em qualquer caso, um uso intensivo de precedentes, provavelmente devido à generalidade e à abertura das disposições constitucionais” (Taruffo, 1997-a, p. 456). Um sistema onde a jurisdição constitucional é mais aceita como legítima irá invariavelmente apresentar uma tendência ao desenvolvimento judicial do direito por meio de precedentes.

Mesmo nesse sistema, no entanto, haverá diferentes níveis de vinculatividade do precedente judicial em função da matéria versada em cada caso concreto. A tendência que se verifica nos ordenamentos jurídicos em geral é para uma convivência entre dois modelos: quando analisamos a força do precedente do ponto de vista das cortes intermediárias, notamos que, de um lado, os precedentes *constitucionais*, regra geral, valem como fontes obrigatórias em sentido forte (*must-sources*) e, de outro lado, os precedentes dos *tribunais superiores* funcionam como fontes obrigatórias em sentido frágil (*should-sources*) e têm, portanto, um caráter *outweighable*.

Observa-se, ademais, que há uma tendência cada vez maior nos ordenamentos jurídicos em se aceitar a normatividade do precedente constitucional. Mesmo em França, onde o controle de constitucionalidade *a posteriori* pelo poder judiciário não é admitido, há decisões acerca da interpretação de tratados internacionais que possuem o mesmo tipo de eficácia e

vinculatividade que aquelas que podemos encontrar no interior dos sistemas jurídicos em que se admite o *judicial review*¹³⁸.

(C.2) A questão se torna mais espinhosa, no entanto, quando passamos para o *segundo* dos fatores: a *autocompreensão do judiciário*, ou seja, a forma como os juízes entendem a sua própria atividade. O judiciário pode encarar a sua atividade como predominantemente um ato de *produção normativa* ou um ato de *aplicação* de normas em um sentido estrito. Como vimos, Kelsen nos ensinou que a atividade judicial não pode deixar de ser as duas coisas ao mesmo tempo (aplicação e criação de normas). Decidir um problema jurídico concreto, em especial quando um juiz prolata uma decisão dotada de autoridade, envolve tanto um ato de *conhecimento* dos significados possíveis para um determinado enunciado normativo, quanto um ato de *vontade* ou “decisório em sentido estrito”, i. e., uma escolha entre as interpretações/significados possíveis à luz da literalidade do texto normativo levado em consideração. A disputa entre os juristas *formalistas* – que acreditam haver sempre um significado unívoco para cada enunciado legislativo objeto de interpretação – e *neocéticos* – que advogam uma pluralidade de significações possíveis para um mesmo texto –, assim como a competição entre as concepções acerca da interpretação denominadas *objetivista* – para a qual as normas devem ser interpretadas de acordo com o sentido que elas possuem no contexto em que se apresentam – e *subjetivista* – que acreditam que o intérprete deve buscar sempre reconstruir a vontade do legislador histórico –, só pode ser resolvida com um *empate* entre as razões aduzidas por cada uma dessas escolas. Há algo de correto em todas elas.

A tensão entre *ratio* e *fiat*, como frisei ao longo do presente trabalho acadêmico, é um elemento necessário e saudável do raciocínio jurídico. O romance em cadeia que os juízes em uma sociedade bem ordenada escrevem envolve tanto uma aprendizagem das normas e das interpretações já realizadas pelos juízes anteriores quanto uma contribuição pessoal de cada intérprete¹³⁹.

Na história do direito, contudo, podem-se encontrar certos exemplos de exasperação de um desses elementos. Via de regra, essa exasperação não tem origem na prática jurídica propriamente dita, mas nas descrições que os teóricos

¹³⁸ Ver supra, capítulo I, seção 1.4.1.3.

¹³⁹ Refiro-me, obviamente, à analogia de Dworkin para descrever o seu modelo “*Law as integrity*”. Ver supra, capítulo II, seção 2.1.

fazem dessa *práxis*. Não obstante, a teoria influencia sobremaneira o próprio desenho institucional dos Estados onde ela prevalece. Na tradição jurídica francesa pós-napoleônica pudemos observar, *v. g.*, um considerável período histórico de negligência completa do elemento criativo da interpretação jurídica: o raciocínio jurídico era analisado como se fosse um puro processo de conhecimento. Quando voltamos nossas atenções para a *aplicação* do direito, vemos que esta era vista – pela *école de l'exégèse* – como um processo *exclusivamente racional*, que podia ser levado adiante por parte do intérprete com fundamento apenas nos parâmetros seguros da metodologia gramatical.

O positivismo francês do início do século XIX foi o exemplo mais marcante de predominância de uma teoria segundo a qual o processo de interpretação do direito é uma atividade meramente cognitiva, de sorte que não haveria nenhum elemento decisório. As conseqüências desta teoria sobre o desenho institucional da República Francesa e sobre o *style juridique* da corte de cassação podem ser sentidas até hoje, não obstante as transformações no modo de ver a atividade criativa do judiciário e a jurisprudência que hoje podem ser sentidas em solo francês. Toda a teoria dos precedentes francesa – ou a sua ausência – foi construída a partir da premissa – que anos mais tarde se revelou falsa – de que os juízes *nunca* criam direito. O *style phrase unique* nada mais é do que a expressão material em ação dessa forma de ver a linguagem e o direito. A jurisprudência não é fonte do direito¹⁴⁰.

No outro pólo, cite-se o *realismo* jurídico americano do início do século XX. Aqui, pelo contrário, a atividade de *adjudicação* – termo preferido pelos juristas americanos, que praticamente abandonaram a locução “application of law” – é vista como um mero exercício criativo por parte dos juristas. Como já adiantamos, Holmes foi um dos maiores ícones dessa escola de pensamento jurídico. Suas palavras, pelo radicalismo com que foram pronunciadas, marcaram época: “as profecias acerca do que os tribunais irão fazer de fato, e nada mais pretensioso do que isso, é o que eu defino como «o direito»” (Holmes, 1965, p. 27). O juiz aparece como completamente desvinculado do trabalho realizado pelo legislador e das interpretações adotadas pela comunidade e pelos próprios juristas anteriores. O resultado não poderia ser outro: criou-se um sistema jurídico em que

¹⁴⁰ Ver *supra*, capítulo I, seção 1.4.1.1.

a Suprema Corte pode escolher – de modo absolutamente discricionário – os casos que ela deseja julgar. Como explica Tunc, talvez o mais árduo defensor da importação de métodos do *common law* como uma forma de re-oxigenar o direito francês da década de 1970 (que estava impregnado de uma série de preconceitos legalistas):

Em todas as hipóteses, a Suprema Corte dos Estados Unidos escolhe os casos que ela irá examinar. Dos mais de 4000 casos que lhe são submetidos todos os anos (a cifra seria muito mais elevada se as chances de conseguir a atenção da Corte não fossem tão baixas), a Corte dispensa de início aproximadamente 3700. Ela examina aproximadamente 350 casos, sendo que a metade será decidida sumariamente e constituirá objeto de uma sentença *per curiam*, que se limitará a fazer um reenvio a um precedente. A Corte não faz mais do que 150 julgamentos completamente motivados, aos quais se juntam uma vintena de decisões *per curiam*, motivadas em poucas linhas ou, eventualmente, em uma página. (...)

De mais a mais, a Corte apenas aceita os casos que lhe permitem guiar a evolução do direito em domínios de importância nacional, seja nos problemas das liberdades públicas ou na interpretação das leis de regulamentação econômica ou de proteção aos consumidores ou ao meio ambiente (Tunc, 1978, p. 17 *et* 25).

Observe-se que a Suprema Corte enxerga a si mesma como um órgão político. É sua função precípua não a de garantir a aplicação do direito federal, mas especialmente a de orientar a atividade dos demais órgãos que integram o poder judiciário, fazer decisões com força de lei para eles. O juiz detém o poder de escolher os casos e os utiliza como um *meio* – e nada mais do que isso – para divulgar suas opiniões gerais carregadas de autoridade. Nesse sentido, Siltala descreve essa concepção como uma ideologia judicial do tipo *quase-legislativa* (“quasi-legislative model”), onde a corte anterior – que estabelece um precedente judicial – “é concebida como um legislador de menor escala, intersticial, com poderes semelhantes, ainda que sob certos limites, aos do Parlamento”:

A mais alta corte nacional de justiça pode ter-lhe assegurada ampla discricionariedade quanto à seleção de casos para serem regulados, dependendo do sistema particular de *certiorari* ou *docket* adotado no ordenamento jurídico em questão. Ademais, a função da corte máxima pode – ao menos parcialmente – ser desvinculada da função inicial de solucionar disputas, garantindo a ela maior liberdade para estabelecer a *ratio* de um caso em termos abertamente *quase-legislativos* (Siltala, 2000, p. 80-1).

Em sistemas onde prevalece essa ideologia, o judiciário outorga a si mesmo poderes que, normalmente, estariam na esfera exclusiva do legislador; poderes

para *decidir* por sua própria autoridade qual será o conteúdo das normas gerais. Ele não hesita em empregar argumentos de natureza política e exclusivamente *forward-looking*. Argumentos práticos, sobre o senso comum, argumentos utilitaristas em sentido amplo e consequencialistas são apresentados com muito maior naturalidade. Por isso Cappelletti, ao comentar as diferenças entre o *common law* e o *civil law*, sustenta que a diferença entre as duas tradições é, principalmente, “uma diferença relativa à qualidade e ao grau de *autoridade*, de *criatividade*, ou melhor, do caráter *vinculante* ou de *criação do direito* apresentado pelas próprias ‘Regeln’ judiciais” (Cappelletti, 1981, p. 389).

Não é exato, porém, imaginar que a ideologia do juiz como “quase-legislador” seja necessariamente uma particularidade do *common law*. De um lado, há sistemas jurídicos fortemente ancorados na tradição romanística onde a corte constitucional possui um sistema de seleção de casos semelhante ao dos Estados Unidos, como por exemplo a Suécia, onde a corte exerce com severidade o seu poder discricionário de selecionar os casos a serem julgados (Tunc, 1978, p. 19). Como explicam Bergholtz e Peczenik,

A Suprema Corte pode garantir *certiorari* da forma como ela quiser, mas deve-se também levar em consideração as reformas de 1971 no direito processual. De acordo com o Cap. 54, s.10 do Código de Processo Civil, a Suprema Corte apenas pode dar *certiorari* em casos em que (a) seja importante estabelecer uma regra geral para valer como precedente na prática jurídica ou (b) existam razões especiais, tais como um grave erro cometido pela corte inferior (Bergholtz; Peczenik, 1997, p. 294).

Veja-se que no sistema sueco a lei limita as causas que podem ser apreciadas pela Corte, mas – atendidos esses requisitos processuais – ela pode escolher de forma absolutamente livre os casos que considera relevantes para a prática jurídica. Trata-se, nitidamente, de um poder normativo geral.

No Reino Unido, por outro lado, embora o *leave to appeal* seja necessário, na maioria das vezes, para que um caso possa vir a ser apreciado pela *House of Lords*, o poder de selecionar casos não pode ser exercido de forma arbitrária, como na Suécia e nos Estados Unidos. A corte mais alta do Reino Unido, mesmo quando possui um certo grau de discricionariedade, está obrigada a justificar, ainda que com brevidade, as situações em que o *leave to appeal* é indeferido por

não trazer à tona uma matéria de direito relevante para a ordem jurídica em geral¹⁴¹.

Uma situação muito parecida a esta é a da Alemanha, que constitui o sistema jurídico onde a influência do direito romano se manifestou com o maior grau. Na Alemanha vigora um sistema significativamente complexo de admissibilidade de recursos para o Tribunal Constitucional Federal e para as Supremas Cortes – tribunais superiores – nas várias espécies de jurisdição. Quanto às jurisdições ordinárias – questões de natureza não-constitucional – as cinco cortes supremas federal julgam praticamente exclusivamente questões de direito. Nas causas criminais, as cortes não possuem qualquer poder para selecionar casos, mas nas demais a admissibilidade dos recursos irá depender da admissibilidade por uma corte. Nas apelações em casos de natureza administrativa, trabalhista, social, fiscal e na maioria das causas de natureza cível, os fundamentos que levam um recurso a ser admitido estão regulados no código de processo civil (Alexy; Dreier, 1997, p. 19). Como explicam Alexy e Dreier, há duas situações que se destacam: (i) a admissibilidade de recursos quando “o caso é de fundamental importância” e (ii) a admissibilidade de recurso contra “decisão que não segue um precedente estabelecido pela respectiva suprema corte federal” (Ibidem). Observa-se, quanto a “i”, um grau de discricionariedade do judiciário, embora não se possa falar de um poder arbitrário como no sistema sueco ou norte-americano. O sistema parece aproximar-se, nesse ponto, ao existente no Reino Unido para as causas em que é necessário o *leave to appeal*.

Nos recursos para o Tribunal Constitucional Federal, na maior parte das vezes não há qualquer poder de selecionar ou filtrar casos a serem apreciados. Mas no recurso constitucional – que pode ser interposto por qualquer parte – a admissibilidade fica restrita a duas situações: (a) casos de “fundamental significado para o direito constitucional” e (b) casos de violação a um “direito básico ou fundamental” (Idem, p. 20). Observa-se, aqui também, que a admissibilidade – na primeira hipótese (a) – deve levar em conta o significado da decisão do tribunal para o direito constitucional.

Os exemplos citados acima demonstram que a autocompreensão do judiciário – o retrato que o juiz faz de sua própria atividade – influi sobremaneira

¹⁴¹ Sobre os requisitos para o *leave to appeal* a serem observados pelo subcommittee da House of Lords, ver capítulo I, seção 1.4.2, especialmente a nota 27.

na configuração do sistema de precedentes, no peso que o argumento fundado no *stare decisis* terá na justificação jurídica. Há tanto casos em que o juiz não reconhece a si mesmo como um agente produtor de normas jurídicas gerais e abstratas, de modo que um precedente judicial – se considerado isoladamente – não passa de um *argumento extra ou adicional* para a justificação substancial decisão (Wróblewski, 1983, p. 169), como também casos onde o juiz reconhece seu poder de decisão como genuinamente normativo, não diferente de modo significativo da atividade legislativa. Nesse último caso, o judiciário se politiza e privilegia o elemento *auctoritas* na sua atividade prática. Independentemente de se tratar de um sistema de *common law* ou *civil law*, ele se enxerga como um agente produtor de normas gerais para as cortes que lhe estão subordinadas, e apenas secundariamente decide casos particulares (é o caso, como vimos, da Suécia e dos Estados Unidos). A maioria dos sistemas jurídicos, no entanto, se situa em uma zona intermediária entre esses dois extremos.

(C.3) Talvez o elemento mais relevante para se determinar a importância do precedente em um dado ordenamento jurídico esteja no *terceiro fator*: as *normas de direito positivo* que dispõem sobre a sua força jurídica. É nelas que se pode encontrar o maior amparo institucional para o *stare decisis*. Todo sistema jurídico – condicionado pelos dois fatores que acabamos de mencionar (auto *portrait* do judiciário e doutrina dominante das relações entre este poder e o legislativo) – possui uma série de normas institucionalizadas sobre a força do precedente judicial. Mesmo onde essa institucionalização não é expressa, ela vigora implicitamente e as normas sobre precedentes judiciais podem ser identificadas com referência à regra de reconhecimento hartiana ou aos próprios “precedentes sobre os precedentes judiciais” (Nanni, 1999, p. 183). Mas, contrariamente ao que se poderia imaginar, mesmo nas tradições do *common law* as normas sobre precedentes judiciais tendem a ser claras e escritas. No caso do Reino Unido, por exemplo, as *Practice Directions and Standing Orders Applicable to Civil Appeals* consolidam a maior parte das regras sobre a admissibilidade de recursos (*appeals*) e sobre a força do precedente judicial¹⁴².

Algumas das normas sobre precedentes judiciais podem ser encontradas em basicamente todos os Estados constitucionais contemporâneos. Princípios gerais

¹⁴² Ver supra, capítulo I, seção 1.4.2.

como o da *segurança* jurídica – de onde decorrem a exigência de “unidade da jurisprudência” (Tunc, 1978, p. 13), a busca de “estabilidade” e certeza do sistema jurídico e a necessidade de se dotar o jurista prático de instrumentos para “reduzir o âmbito de discricionariedade dos juízes na aplicação do direito” (Bernal Pulido, 2005, p. 200) –, da *igualdade* na interpretação da lei e na aplicação do direito (Ollero, 2005) e da *coerência*, seja essa entendida como coerência “sincrônica” – que não leva em conta o tempo – ou “diacrônica” (Peczenik, 2000-b, p. 60), estão tão próximos da idéia de Estado de Direito que valem em todas as sociedades avançadas independentemente de uma positivação expressa.

O mesmo não acontece, contudo, nas regras mais específicas que, em cada ordenamento jurídico, estabelecem diferentes critérios para o peso dos precedentes judiciais. Como cada ordenamento jurídico tende a estabelecer suas próprias regras específicas, uma teoria *geral* dos precedentes judiciais encontra limites quanto à sua pretensão normativa. No entanto, como os demais fatores institucionais e não-institucionais permanecem, em grande medida, generalizáveis, esse tipo de teoria ainda pode ser considerado um empreendimento viável.

Mencionarei, a seguir, algumas das normas sobre precedentes judiciais encontradas no sistema jurídico brasileiro. A descrição dessas regras, sobre ser útil para a prática jurídica do referido ordenamento jurídico, pode ser também de interesse para o juscomparatista na medida em que o direito brasileiro apresenta uma legislação tão complexa sobre o precedente judicial que abarca praticamente todas as diferentes intensidades ou graus de eficácia imagináveis para o *case law*, ou seja, desde o precedente *vinculante* em sentido forte ao meramente *persuasivo*. Vejamos as principais normas contidas na legislação brasileira sobre precedentes judiciais¹⁴³.

i) Normas sobre os precedentes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça

¹⁴³ O relato que farei a seguir é mais interessante para o leitor estrangeiro do que para o jurista brasileiro, que certamente conhece todas as normas a que irei fazer breve referência. Com efeito, o texto que segue a partir desta nota até o início da subseção 3.3.2.3. coincide com parte do conteúdo de um *report* sobre os precedentes no direito brasileiro que encaminhei ao Professor Ewoud Hondius para o *XVIIth Congress of the International Academy of Comparative Law*, realizado em Utrecht, Países Baixos, entre os dias 16 e 21 de julho de 2006. Os *national reports* sobre o tema “Precedent and Law” serão publicados em um volume organizado pelo referido professor, a ser editado pela editora Bruylant (de Bruxelas).

As decisões do Supremo Tribunal Federal em jurisdição abstrata sobre a constitucionalidade de atos normativos possuem efeito (formalmente) vinculante e *erga omnes* em relação a todos os órgãos administrativos e judiciários¹⁴⁴. Uma emenda constitucional recente estendeu o efeito vinculante a um grupo especial de súmulas da mesma corte instituídas especificamente para estabelecer regras gerais sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de atos normativos¹⁴⁵.

Qualquer decisão judicial que desviar de um precedente formalmente vinculante do Supremo Tribunal Federal pode ser imediatamente revertida pelo tribunal através de um *writ* bastante simples e eficiente intitulado “Reclamação para preservação da competência do Supremo Tribunal Federal e da autoridade de suas decisões”¹⁴⁶.

Os precedentes formalmente vinculantes, portanto, constituem *must-sources* cujo cumprimento é processualmente garantido pela Constituição de 1988. Qualquer norma adscrita de um precedente do Supremo Tribunal Federal prolatado em sede de controle concentrado de constitucionalidade ou fixada em uma súmula formalmente vinculante enseja imediata reforma da decisão diretamente pela própria Corte máxima. Pouca diferença há, quanto ao grau de eficácia, entre essas decisões e as da House of Lords, por exemplo.

No entanto, como nem todas as súmulas possuem efeito vinculante¹⁴⁷, e como a vasta maioria das decisões judiciais relevantes não são formalmente reportadas por meio de *súmulas*, é necessário investigar se o direito brasileiro possui um ponto de vista normativo para se outorgar um grau razoável de vinculatividade aos precedentes em geral. A resposta deve ser afirmativa.

¹⁴⁴ O efeito formalmente vinculante foi instituído pela Emenda Constitucional n. 03/1993 e mantido pela Emenda Constitucional n. 45/2004 (que inseriu o art. 102 § 2º da Constituição), tendo rapidamente sido implementado pelo Supremo Tribunal Federal no controle de constitucionalidade abstrato. O procedimento das ações diretas de inconstitucionalidade e declaratórias de constitucionalidade, bem como da arguição de descumprimento de preceito fundamental, foi detalhado pelas leis n. 9.868/1999 e 9.882/1999, que admitiram pela primeira vez na história do país a possibilidade de se restringir a eficácia da decisão de inconstitucionalidade para fatos e atos que tenham lugar *depois* da decisão do Supremo Tribunal Federal. A velha teoria da eficácia meramente declaratória – e necessariamente com efeitos *ex tunc* – da decisão de inconstitucionalidade foi abandonada. Para uma idéia geral do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, ver: Clève (2000) e Mendes (1998).

¹⁴⁵ Constituição da República, art. 103-A, introduzido pela Emenda Constitucional n. 45/2004.

¹⁴⁶ Constituição da República, art. 102, I, *l*.

¹⁴⁷ O Supremo Tribunal Federal claramente distinguiu as súmulas prolatadas de acordo com o art. 103-A da Constituição Federal e as súmulas ordinárias. Apenas as primeiras possuem “efeito vinculante” (tal como entendido pela corte, ou seja, em sentido forte) sobre os tribunais inferiores. Ver: Supremo Tribunal Federal, Rcl. 3979-AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ de 02.06.2006.

Uma norma adscrita derivada de um precedente consolidado do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, seja explicitamente formulada por meio de uma *súmula* ou meramente reiterada por um órgão especial ou seção, possui um efeito vinculante em sentido frágil (*quasi-binding*) que encontra suporte tanto em princípios constitucionais como em leis que recentemente introduziram novas disposições no Código de Processo Civil. A força desses precedentes reside no argumento da universalizabilidade e na exigência de justificação racional das decisões jurídicas¹⁴⁸.

É fato que quando a Constituição brasileira institucionaliza o princípio moral da igualdade ou justiça formal¹⁴⁹, ela definitivamente exige um modelo de produção e consolidação do direito jurisprudencial que possa garantir ao menos um mínimo de universalizabilidade na aplicação do direito. A constituição inequivocamente sustenta a pretensão de que a aplicação de um precedente particular só pode ser justificada por enunciados universais elaborados sob a forma de regras hipotéticas¹⁵⁰.

Ademais, a regra constitucional que exige que todas as decisões jurídicas sejam justificadas¹⁵¹ implicitamente contém a formulação do princípio perelmaniano da inércia, de modo que qualquer afastamento dessas regras deve ser justificado por razões suficientemente fortes¹⁵².

Apesar desses princípios (da universalizabilidade e da inércia) desempenharem funções semelhantes em muitos outros sistemas jurídicos de *civil law*, nem sempre a própria legislação os concretiza em regras explícitas e suficientemente específicas para garantir a aplicação uniforme do precedente judicial e, ao mesmo tempo, preservar a flexibilidade do direito ao permitir a possibilidade de se adaptar os precedentes às novas realidades que podem levar os tribunais a aplicar a técnica do *distinguish* ou até mesmo a completamente abandoná-los (*overrule*).

¹⁴⁸ Esses princípios também atribuem uma força bastante persuasiva aos precedentes consolidados dos tribunais de apelação (Tribunais de Justiça, Tribunais Regionais Federais, Tribunais Regionais do Trabalho, Tribunais Regionais Eleitorais e Tribunais Militares).

¹⁴⁹ Constituição da República, art. 5º, II.

¹⁵⁰ Ver *supra*, capítulo I, seção 1.5.2.

¹⁵¹ Constituição da República, art. 93, IX.

¹⁵² Ver *supra*, item A da seção 3.3.2.2. deste capítulo.

O legislador brasileiro tentou encontrar algumas soluções intermediárias entre os extremos da rigidez e da flexibilidade do *case law* produzido por seus tribunais superiores, tais como:

- 1) o recentemente introduzido caráter “impeditivo de recurso” de certas decisões: a Lei n. 11.276/2006 permitiu aos juízes de primeira instância se recusarem a admitir apelações nos casos que tenham sido decididos conforme uma súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça¹⁵³; e
- 2) a faculdade processual atribuída aos relatores no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal para julgar (e reverter) casos sem submetê-los à turma ou seção: quando a decisão que constituir objeto de um Recurso Especial (um expediente recursal de natureza excepcional cabível quando a decisão de única ou última instância contradizer a legislação federal) ou um Recurso Extraordinário (regra geral, um recurso para o Supremo Tribunal Federal para o fim de anular as decisões contrárias à Constituição) estiver em confronto com uma súmula ou a “jurisprudência dominante” das duas cortes mencionadas, o relator pode dar provimento ao recurso imediatamente após recebê-lo, mesmo sem tê-lo antes submetido aos outros julgadores que iriam normalmente participar do julgamento coletivo¹⁵⁴.

Em ambas as hipóteses acima, as partes podem recorrer da decisão do juiz singular que aplicar tais normas, o que é importante para evitar a fossilização das regras jurisprudenciais e a subutilização de técnicas argumentativas como o *distinguishing* e o *overruling*. Há, todavia, o risco de que os recursos de tal natureza aumentem o número de julgamentos (ao invés de diminuí-los, como eles foram planejados para fazer), mas a legislação processual permite aos tribunais

¹⁵³ Lei n. 11.276/2006, art. 2º, que dá nova redação ao art. 518, § 1º, da Lei n. 5.869/1973. Quando a lei fala genericamente em “súmulas”, estão abarcadas tanto as súmulas vinculantes quanto as não expressamente qualificadas como tal.

¹⁵⁴ Lei n. 5.869/1973, art 544, §§ 3º e 4º, com redação dada pela Lei 9.756/1998. É importante saber, contudo, que o juiz não está vinculado a esta regra. Caso ele encontre alguma razão para reconsiderar a jurisprudência dominante da corte ele pode simplesmente não usar essa prerrogativa e submeter o caso ao órgão colegiado. Apenas para frisar a importância dessa regra particular para a eficiência da atividade de aplicação do direito, indico alguns dados estatísticos. No ano de 1995 (antes da promulgação da lei), o Supremo Tribunal Federal julgou 34.125 casos, dos quais 19.507 foram decididos por julgamentos coletivos (aproximadamente 57%). Dez anos mais tarde, em 2005, o tribunal decidiu 103.700 casos, dos quais 14.173 foram julgamentos coletivos (aproximadamente 13,5%). Fonte: Banco Nacional de Dados do Poder Judiciário –STF, disponível em <<http://www/stf.gov/Br/bndj/stf>> (acesso em 10 de dezembro de 2006).

aplicar sanções disciplinares e financeiras aos advogados que abusarem do uso de recursos de tal natureza¹⁵⁵.

Apesar de esses enunciados legislativos não tornarem os precedentes dos dois tribunais mais importantes do Brasil *vinculantes em sentido forte* (o que iria incluir a possibilidade de assegurá-los através da reclamação prevista no art. 102, I, *l*, da Constituição da República), eles certamente elevaram o *status* desses precedentes ao nível de *vinculantes em sentido frágil* ou, na nomenclatura dos Bielefelder Kreis, ao *status* de precedentes “não formalmente vinculantes mas dotados de força jurídica” (*not formally binding but which have a force or provide further support*) (Peczenik, 1997, p. 463).

ii) Normas relativas às decisões do Tribunal Superior do Trabalho

Historicamente, o Tribunal Superior do Trabalho desempenhou um importante papel ao fixar diretivas gerais para o direito do trabalho. De um lado, a corte enuncia *enunciados* muito similares às súmulas do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Apesar de os enunciados do Tribunal Superior do Trabalho não encontrarem sustentação expressa na legislação, seu caráter de precedentes vinculantes em sentido frágil é definitivamente reconhecido pelos Tribunais Regionais do Trabalho. Na prática, os precedentes do Superior Tribunal somente podem ser revertidos pelo Supremo Tribunal Federal em arguições de inconstitucionalidade.

De outro lado, a Constituição da República de 1988, na sua redação original, conferia um “poder normativo” à corte para explicitamente criar normas gerais para o fim de solucionar conflitos entre associações de empregados e empregadores, no direito do trabalho coletivo. Essa prerrogativa era freqüentemente abusada, pois o tribunal criava regras não apenas *praeter legem*, mas também *contra legem*, e foi recentemente derogada por uma emenda constitucional¹⁵⁶. O tribunal conserva, apesar disso, uma grande poder para introduzir novas regulamentações no direito coletivo do trabalho.

¹⁵⁵ Lei n. 5.869/1973 (Código de Processo Civil), art. 17, VII. O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça têm, recentemente, sido relativamente severos na aplicação dessas sanções.

¹⁵⁶ Emenda constitucional n. 45/2004, que deu nova redação ao art. 114, § 2º, da Constituição.

iii) Normas referentes aos precedentes horizontais

Cada tribunal brasileiro tem o seu próprio regimento interno. Literalmente todos os regimentos contêm regras explícitas sobre a unificação da jurisprudência do tribunal. Não obstante, há ainda uma grande margem para divergência entre as turmas, painéis, câmaras e grupos de câmaras de cada tribunal. Em linhas gerais, levam-se anos e centenas de casos idênticos para uma corte unificar a sua jurisprudência em questões particulares.

Ademais, é necessário dizer que mesmo depois da uniformização de sua própria jurisprudência a corte não está estritamente vinculada aos seus julgamentos anteriores. Entretanto, precedentes horizontais suficientemente estabilizados criam uma carga de argumentação para qualquer juiz que pretenda se afastar deles. Mas, como veremos, a maior razão para a aderência ao precedente horizontal – diferentemente do que se passa no precedente vertical – não está em fatores estritamente institucionais, mas nos fatores extra-institucionais de que passaremos a tratar.

4.3.2.3

Fatores extra-institucionais que determinam a força de uma norma jurisprudencial

A classificação entre fatores “institucionais” e “extra-institucionais” que determinam a força de um precedente judicial não tem contornos absolutamente precisos. Mas essa imprecisão não retira a sua utilidade. Mais importante do que obter uma descrição absolutamente exata de um determinado conceito ou instituto jurídico é entender o seu funcionamento na prática e a sua aptidão para orientar a ação dos operadores do direito.

Em certo sentido, todos os fatores que influenciam a força do precedente em um determinado sistema jurídico são “institucionais”. Mesmo os que estou denominando – na falta de nomenclatura mais adequada – de “extra-institucionais” se tornam pelo menos em parte “institucionais” quando conseguem se tornar suficientemente eficazes para interferir na tomada de decisões na prática

jurídica, i. e., quando sua força é reconhecida pelos juristas práticos. Se analisarmos o direito da perspectiva do *observador* – adotando os mesmos métodos do positivismo –, a classificação em fatores “institucionais” e “extra-institucionais” perde bastante de seu sentido, na medida em que os fatores que denomino “extra-institucionais”, ao influírem na determinação do peso do precedente na justificação de uma decisão, são gradualmente institucionalizados.

Ainda sim, mantenho a classificação porque a importância dos fatores extra-institucionais não está no fato de eles “vigorem de fato” em um determinado sistema jurídico ou social, mas na *virtualidade crítica* que eles apresentam, i. e., na capacidade intrínseca que eles detêm para justificar – do ponto de vista argumentativo – e motivar – do ponto de vista fático – a ação dos aplicadores do direito em geral. Como escrevo para os juristas práticos – ou seja, para os *participantes* do Discurso jurídico – vale a pena dedicar especial atenção aos fatores extra-institucionais que podem *fundamentar* a adesão a um precedente judicial. O só fato de esses fatores serem capazes de contribuir para a racionalização do direito é uma razão para considerá-los relevantes para a teoria normativa dos precedentes judiciais que busco construir. Como venho insistindo, a decisão jurídica é condicionada tanto por elementos ou razões de autoridade, quanto por motivos puramente racionais (não institucionalizados).

Vejamos, a seguir, alguns desses fatores extra-institucionais (ou melhor, não *necessariamente* institucionais) que influem sobre o peso das normas adscritas derivadas dos precedentes.

A) *Concepções jurídico-teóricas*

A.1. *Concepções jurídico-teóricas acerca do direito e do discurso jurídico*

Sustentei, na seção 2.3 do capítulo II desta tese, que a *teoria jurídica* é dotada de uma dimensão normativa que influi – e deve influir – decisivamente na prática jurídica e na tomada de decisões pelos órgãos de aplicação do direito. Essa dimensão normativa, apesar de ter sido teoricamente negada pelo positivismo jurídico, sempre foi decisiva para – nos mais variados contextos e nos mais diferentes sistemas jurídicos – determinar o peso do precedente judicial.

Nessa direção, MacCormick relata que as diferentes teorias de inspiração jusnaturalista e positivista contribuíram não apenas para a formação da teoria do *stare decisis* na Inglaterra, mas também para a própria prática de uso e aplicação do *case-law*. De um lado, a denominada teoria “declaratória” da atividade judicial – que se apresenta como “compatível com um *approach* jusnaturalista” e foi dominante durante os séculos XVII e XVIII –, “dá suporte à hostilidade em face de qualquer doutrina do precedente absolutamente vinculante e tende a uma visão dos precedentes como no máximo ‘*defeasibly binding*’, sob o fundamento de que erros sobre o direito são logicamente possíveis, e os precedentes são apenas declaratórios ou formadores de evidências, mas não estritamente constitutivos do direito” (MacCormick, 1998-a, p. 182). De outro lado, o positivismo, que frisa o caráter humano (*man-made*) e construído do direito, “necessariamente nega as premissas da teoria declaratória”:

Não há qualquer essência de direito acima ou por trás daquilo que é decidido/estabelecido como “direito” por alguma autoridade competente. Daí se segue obviamente que, se os precedentes constituem evidência do direito, isso somente pode ser verdade porque os juízes estão explícita ou implicitamente autorizados a criar direito por meio de seus *rulings* (Idem, p. 183).

Fica evidente, portanto, que essas teorias – ao definir o direito – geram sérias conseqüências normativas para a forma como o precedente judicial é recepcionado na prática jurídica. Exatamente por isso é que MacCormick, aproximando-se de Dworkin, sustenta a necessidade de uma teoria dos precedentes que supere a dicotomia jusnaturalismo/positivismo, pois essa é vista como a única forma de ir além dos limites da teoria positivista e da teoria declaratória:

Já não é mais possível, entretanto, restarmos satisfeitos com um simples contraste entre direito natural e positivismo no tratamento do precedente. Por isso, é devida particular atenção ao trabalho de Ronald Dworkin, que subverteu a simples dicotomia ‘positivismo *versus* teoria do direito natural’. Em lugar de um modelo de direito como uma estrutura sistemática de regras derivadas de fontes predeterminadas, Dworkin nos convida a re-conceber o direito como um conceito essencialmente ‘interpretativo’. A totalidade das decisões tomadas pelos legisladores, juízes e outros, que o positivismo conceptualizou como constitutivas de um ‘sistema jurídico’, Dworkin nos diz que deve ser considerada como direito apenas em um sentido ‘pré-interpretativo’ (Idem, p. 183).

Como explica MacCormick, para essa concepção a própria noção de “fontes do direito” precisa ser revista: “para um seguidor da visão de Dworkin, se formos tratar o precedente (...) como uma ‘fonte do direito, a concepção de fonte em questão deve ser uma radicalmente diferente daquela assumida no modelo positivista” (Ibidem). Aludindo a Dworkin e Gray, MacCormick desemboca em uma teoria das fontes do direito bastante similar à que expusemos na seção 3.3.1. deste capítulo: enunciados legislativos, precedentes, *case reports* etc. “não são em si mesmos direito, mas *source-materials* (materiais normativos) a partir dos quais o processo de produção do direito se desenvolve” (Ibidem). A determinação do sentido do direito vai depender de um processo interpretativo (no sentido amplo proposto por Dworkin) regulado pela idéia de integridade, no qual o intérprete torna o direito operativo através da aplicação desses materiais de forma coerente com os *valores morais* implícitos no direito, sempre pautado pela finalidade de implementar “a melhor interpretação possível do precedente, enunciado legislativo ou outra fonte jurídica ‘pré-interpretativa”” (Idem, p. 184).

Observe-se que MacCormick propõe uma teoria dos precedentes semelhante à que defendo aqui. É uma teoria que, regra geral, se mostra incompatível com o positivismo jurídico e com a idéia de que a autoridade seria o único elemento relevante para determinar a força de um precedente judicial. O peso do precedente será fixado em um discurso interpretativo onde serão ponderados os argumentos baseados na *autoridade* institucionalizada e os argumentos *racionais* em sentido estrito. Nunca um precedente terá peso absoluto, mas nunca também deixará de ter um peso na argumentação jurídica.

A.2. *Concepções teóricas acerca da dogmática jurídica*

Mas não são apenas as grandes teorias sobre a natureza do direito que influenciam a doutrina do precedente judicial. A concepção de *dogmática jurídica* a ser adotada irá contribuir significativamente para a determinação da força ou peso do precedente judicial. Como esclarece Alexy, a dogmática pode ser entendida em pelo menos dois sentidos. Em um sentido amplo, a “dogmática jurídica” corresponde à “ciência do direito no seu sentido mais estrito e próprio”. Essa concepção faz a dogmática jurídica coincidir com a própria *teoria jurídica*. Como esclarece Alexy, “essa ciência do direito no seu sentido mais estrito e

próprio é uma mescla de, ao menos, três atividades: (1) a descrição do direito vigente, (2) sua análise sistemática e conceitual e (3) a elaboração de propostas para a solução de casos jurídicos problemáticos” (Alexy, 1997-a, p. 240). Pode-se reparar que essas três atividades coincidem precisamente com as três dimensões da teoria jurídica de que tratamos na seção 2.3.1. do capítulo II desta tese de doutoramento (dimensões empírica, analítica e normativa).

Ao lado deste conceito amplo, podem-se adotar também definições mais estreitas de dogmática jurídica, que a reduzem a um elemento lógico ou conceitual. Como exemplo dessa vertente, Alexy cita algumas teses de Windscheid sobre o conceptualismo jurídico. Nesta acepção mais restrita, a dogmática jurídica teria basicamente três tarefas: (1) a análise lógica dos conceitos jurídicos, (2) a recondução dessa análise a um sistema¹⁵⁷ e (3) a aplicação desta análise na fundamentação de decisões jurídicas. Essa forma de pensar sofreu numerosas críticas, principalmente por Jhering, para quem “unicamente com os meios da análise lógica e da dedução não se pode alcançar novos conteúdos normativos”. Argumentos lógicos não servem para fundamentar aquilo que não é possível inferir diretamente da lei, e muitas vezes nada mais fazem do que encobrir as premissas que carecem de uma fundamentação racional.

Por isso, a teoria do discurso de Alexy apresenta um conceito de dogmática jurídica que se situa a meio caminho entre os dois extremos expostos acima: a dogmática do direito “é (1) uma série de enunciados que (2) se referem às normas estabelecidas e à aplicação do direito, mas que não podem identificar-se com a sua descrição, (3) estão entre si numa relação de coerência mútua, (4) se formam e se discutem no marco de uma ciência jurídica que funciona institucionalmente, e (5) têm conteúdo normativo” (Idem, p. 246).

Quando se define a dogmática jurídica como um conjunto de “enunciados que se referem às normas estabelecidas e à aplicação do direito, mas que não podem ser identificadas com a sua descrição”, isso significa que ela não constitui apenas um registro descritivo do sistema jurídico, mas possui também uma dimensão crítica, normativa ou propositiva para a construção do sentido das

¹⁵⁷ Esta perspectiva parece coincidir com a jurisprudência dos conceitos de Puchta, que enxerga o sistema jurídico como um agrupamento de conceitos ordenados por abstração e capazes de ser decompostos. O sistema descrito aqui é o “Sistema Externo”, isto é, referido a conceitos abstratos, diferentemente do que ocorre com o “Sistema Interno”, cujo material básico são os princípios e valores que conferem uma certa unidade axiológica ao direito. Sobre essa distinção, ver Larenz (1997).

normas – sejam legislativas ou jurisprudenciais – que integram o direito positivo. Por outro lado, dizer que tais enunciados formam um todo coerente significa: (1) que eles não podem entrar em contradição entre si; (2) que na formulação de enunciados distintos aparecem os mesmos conceitos jurídicos e, finalmente, (3) que “na medida em que aparecem os mesmos conceitos jurídicos é possível fundamentar as relações que tenham lugar entre eles”. A dogmática jurídica é uma *teoria do direito positivo*, e a sua racionalidade vai depender da coerência entre os enunciados que fazem parte dessa teoria. Por fim, a característica da institucionalização mostra que eles são construídos de forma relativamente estável e se referem ao direito positivo e suas interpretações, adaptações, reconstruções etc.

Todos os enunciados da dogmática jurídica necessitam de *justificação*, e a força de convicção que eles geram na prática – a aptidão que eles possuem para legitimar decisões – depende da racionalidade de seus conteúdos. A dogmática possui pelo menos seis importantes funções para a argumentação jurídica: (1) a função de *estabilização* (uma vez que fixa, durante longos períodos de tempo, determinadas formas de decisão¹⁵⁸); (2) a de *progresso* (pois permite e estimula a evolução do direito e da prática jurídica, através da exposição do sistema jurídico de forma coerente e racional); (3) a de *descarga* (já que cria a possibilidade de se aceitar os enunciados já comprovados sem ter que, a todo tempo, recriar o processo de fundamentação dos enunciados normativos); (4) a função *técnica* (por fornecer condições de tornar mais simples os processo de ensino e aprendizagem do material jurídico); (5) a função de *controle* (da consistência dos enunciados normativos utilizados na argumentação jurídica) e (6) a função *heurística* (já que a dogmática sintetiza os estados de compreensão alcançados e lança as bases para novas perguntas e respostas para problemas jurídicos)¹⁵⁹.

¹⁵⁸ Ao se referir a essa função, Alexy mais uma vez busca fundamento no princípio de universalidade. Com efeito, a exigência de igual tratamento é um dos aspectos essenciais da ‘justiça formal’. A estabilidade conferida pela dogmática jurídica não implica que um enunciado uma vez aceito deva ser mantido por um tempo ilimitado. Pode haver razões para romper com a tradição, mas, conforme o princípio da inércia de Perelman, quem propõe uma nova solução suporta uma carga de argumentação (Alexy, 1997-a, p. 256).

¹⁵⁹ No que atine à dogmática jurídica, há também uma semelhança entre a teoria jurídica de Robert Alexy e a de Aleksander Peczenik e Jaap Hage (1999, p. 33), para os quais a dogmática “consiste em escritos jurídicos profissionais cuja missão é a de sistematizar e interpretar o direito válido”. Para esses autores (Idem, p. 34), seriam as seguintes as funções da Dogmática Jurídica: (1) analisar casos particulares, traçar um “mapa de possibilidades”; (2) “sistematização do direito por meio de princípios abstratos proporcionados por doutrinas gerais”; (3) desenvolvimento da jurisprudência,

Os enunciados da dogmática jurídica são, portanto, ao mesmo tempo um registro do conhecimento jurídico acumulado e um ponto de partida para o desenvolvimento judicial do direito.

Observa-se, no entanto, uma forte semelhança, para não dizer uma identidade, entre, de um lado, os enunciados que a *dogmática jurídica* (doutrina) elabora para assentar a interpretação correta de um enunciado normativo ou a solução correta de uma controvérsia jurídica e, de outro, os enunciados que os *juízes* elaboram para justificar as suas decisões: em uma como em outra situação estamos diante de uma *teoria sobre o direito positivo*, elaborada à luz de um problema jurídico concreto como uma forma de justificação da ação (ou decisão) a ser adotada pelo aplicador do direito.

Com efeito, o que diferencia a *dogmática jurídica* da *teoria jurídica* propriamente dita¹⁶⁰ é que a primeira se ocupa de problemas jurídicos concretos que se apresentam na própria aplicação do direito, problemas jurídicos específicos que se colocam em determinadas situações interpretativas. Ora, há uma nítida semelhança com o trabalho do judiciário: como *justificar* uma decisão judicial exige sempre a construção de uma teoria em que sejam ordenados de forma coerente os enunciados normativos e fáticos que a justificam, o processo mental nos dois casos – no trabalho da dogmática e no do juiz – é o mesmo.

A única diferença, a meu ver, está em que a decisão judicial está involucrada em um contexto institucional mais estrito e, por isso, aderir à teoria estabelecida na decisão de um precedente judicial é algo que se justifica não apenas por razões de correção – razões substanciais – mas também pela autoridade relativa (que pode ser maior ou menor em função dos fatores institucionais que examinamos acima) do órgão jurisdicional que prolatou a decisão paradigmática.

Por isso, a conclusão a que chegamos é que as mesmas razões que justificam a normatividade da dogmática jurídica justificam também a adesão ao precedente judicial, e as mesmas tarefas que a dogmática jurídica desempenha na argumentação jurídica também são desempenhadas pelo precedente judicial. Por conseguinte, quanto maior for o peso que se atribua à dogmática jurídica, mais

com conseqüências normativas; (4) desenvolvimento de doutrinas filosófico-morais; e (5) explicação de “posições filosóficas básicas que subjazem à jurisprudência e à filosófica moral”.

¹⁶⁰ Ver supra, capítulo II, seção 2.3.3.

peso terão também as regras adscritas que os juízes elaboram ao justificar as suas decisões particulares (na medida, obviamente, em que essas regras possam ser universalizáveis)¹⁶¹.

B) Fatores normativo-estruturais

Vimos acima¹⁶² que a estrutura do poder judiciário é um relevante fator institucional que influi sobre a força do precedente na argumentação jurídica. Aqui estamos, no entanto, a nos referir não à estrutura hierárquica dos órgãos de aplicação do direito, mas às características das *normas adscritas* que podem ser encontradas nas decisões judiciais e à estrutura das próprias *teorias* elaboradas pelos juízes na fundamentação dessas decisões. Passemos a analisar separadamente cada um desses fatores.

B.1) Caracteres das *normas jurisprudenciais*

I. O grau de generalidade das normas jurisprudenciais e a força do precedente

Já advertimos que as normas empregadas na justificação de uma decisão judicial podem variar em níveis de *generalidade*. Normalmente, é possível justificar essas normas gerais através das *razões* aduzidas pelos juízes como base para suas decisões. A essas *razões substanciais*, somam-se também as *razões de autoridade* que decorrem dos fatores institucionais de que tratamos na seção 3.3.2.2. deste capítulo, tais como a hierarquia do órgão que prolatou o precedente em questão e as normas de direito positivo que regulam a força do precedente judicial. No entanto, no momento da *aplicação* dessas normas gerais extraídas do *case-law*, quanto maior for o grau de generalidade da norma adscrita cuja aplicação se cogita para a um novo caso, maior é a chance de essa norma ser excepcionada com fundamento em circunstâncias não consideradas na decisão em

¹⁶¹ Um olhar histórico pode, com efeito, corroborar essa conclusão. Os períodos em que o positivismo jurídico predominou no continente europeu pós-napoleônico foram também os períodos em que menos autoridade foi conferida à doutrina e à jurisprudência. A teoria das fontes do direito então dominante ensinava que todo o direito está na lei. Ver supra, capítulo III, seção 3.3.1., bem como Barroso (2007).

¹⁶² Ver supra, capítulo III, seção 3.3.2.2., item “A”.

que ela foi *justificada*. A diferenciação proposta por Günther entre os problemas de *justificação* e os problemas de *aplicação* de normas, que mereceu o nosso acatamento – embora tenhamos demonstrado que ambas as operações necessariamente têm lugar no discurso jurídico – revela que podemos aceitar uma norma jurisprudencial adscrita como *justificada* e, ainda assim, afastar a sua aplicação diante da consideração de razões não tomadas em conta no momento em que foi reconhecida a validade da norma em questão. Como explica Günther, a partir do momento em que adotamos a versão frágil de “U” como uma regra de argumentação para a fundamentação de pretensões de validade normativa, basta a consideração das conseqüências e efeitos colaterais que puderem ser *antecipados* no momento de sua justificação para se reconhecer a validade de uma norma. É deixada para um momento posterior, portanto, a argumentação sobre a aplicação adequada da referida norma (Günther, 1993-b, p. 34). Como explica MacCormick, para justificar uma norma basta se ter em mente que, como regra geral, ela deve se aplicada, pois é impossível prever antecipadamente todas as situações em que sua aplicação frustra os princípios e finalidades para as quais ela foi criada. Em suas palavras:

Seria extremamente difícil, talvez impossível, e por certo incompatível com qualquer pretensão de clareza ou cognoscibilidade do direito, tentar alcançar uma formulação de todas as pré-condições de validade imagináveis em todos os enunciados de todas as regras. Por isso, formulações gerais acerca de direitos são passíveis de deixar muitas condições de fundo não expressamente enunciadas (*unstated*), especialmente aquelas que surgem apenas em casos excepcionais (MacCormick, 1995, p. 103).

Essa possibilidade de uma regra ser afastada através do reconhecimento de exceções e ressalvas no momento da sua aplicação – em que todas as circunstâncias do caso sejam *efetivamente consideradas* – aplica-se não apenas aos precedentes persuasivos e *vinculantes em sentido frágil* (*should-norms*), mas também aos precedentes *vinculantes em sentido forte*, que constituem *must-materials* para a argumentação jurídica. A superabilidade (*defeasibility*) de uma norma jurídica – a possibilidade de esta ser afastada em uma situação de aplicação – é uma característica que deve ser reconhecida para toda e qualquer regra jurídica, e não apenas para as normas adscritas derivadas de precedentes judiciais.

Quanto mais geral for uma norma enunciada na fundamentação de uma decisão, mais ela poderá ser útil para a solução de outros casos, e maior será a sua fecundidade e o seu potencial argumentativo para estabelecer novos parâmetros normativos para desenvolver o direito e ordenar de forma coerente as regras mais específicas de um sistema normativo, mas por outro lado menos *in puncto* ela será nos casos ulteriores, e por isso menor será a sua autoridade. *Ceteris paribus*, quanto mais abstrata é a regra derivada do caso A, maior o número de casos ela cobre, mas menor é o seu grau de vinculatividade, pois mais provável se torna o surgimento de uma circunstância não inicialmente considerada que justifique a formulação de uma regra excepcional. De outro lado, quanto mais concreta seja a regra derivada de um caso A, menor o número de casos que ela poderá cobrir, mas mais elevada será a sua vinculatividade para se decidir um caso B.

II. A estrutura interna das normas adscritas: *regras* ou *princípios*?

Além do grau de generalidade ou abstração das normas extraídas de um precedente, interferirá no seu peso a sua própria estrutura interna, ou seja, a forma como são relacionadas hipóteses e conseqüências normativas. Refiro-me, neste particular, à distinção estrutural ou qualitativa entre *regras* e *princípios*, proposta por Dworkin e aperfeiçoada por Alexy.

Há vários critérios para se diferenciar princípios e regras. Talvez o mais comum seja o da generalidade: princípios seriam normas gerais e abstratas e regras específicas e particulares. Alexy qualifica as teses que distinguem as espécies de norma jurídica em função da generalidade como *teses frágeis da separação*, propondo, em substituição a estas, uma *tese forte* segundo a qual a distinção não é meramente gradual, mas qualitativa.

Para Dworkin (1968, p. 37), pioneiro desta distinção, “a diferença entre princípios e regras é uma distinção lógica”. Ambos indicam decisões acerca do que é juridicamente devido em certas circunstâncias, “mas diferem no caráter da diretiva que eles fornecem”. Nesta perspectiva, regras são aplicáveis na modalidade do “tudo-ou-nada”. Se os fatos que uma regra estipula em sua hipótese se realizam, então a resposta que ela prevê (para o problema) deve se realizar também, a não ser que a regra seja inválida, situação na qual ela nada poderá contribuir para o caso. Princípios, por outro lado, possuem uma *dimensão*

de peso ou de importância. Quando princípios entram em colisão, deve-se resolver o conflito levando em consideração o peso de cada um deles. Um dos princípios prepondera sobre o outro, mas ambos permanecem válidos e integrados ao ordenamento jurídico.

De maneira semelhante, Alexy (1997-b, p. 86-7) define princípios como “normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais (fáticas) existentes”. Portanto, “os princípios são mandados de otimização, que estão caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferentes graus e que a medida do seu cumprimento depende não somente das possibilidades reais (fáticas) senão também das jurídicas”, sendo o âmbito das possibilidades jurídicas determinado pelas outras normas (princípios e regras) que atuam em sentido contrário. Regras, por seu turno, seriam “normas que só podem ser cumpridas ou não”. Se uma regra é válida, “então deve-se fazer exatamente o que ela diz, nem mais e nem menos. Portanto, as regras contêm *determinações* no âmbito do fática e juridicamente possível”¹⁶³.

Nota-se, pois, que a distinção reside na própria *estrutura dos comandos normativos*, e não somente na extensão ou generalidade das proposições de dever-ser, apesar de, na prática, os princípios serem normas mais genéricas do que as regras¹⁶⁴. Como consequência desta distinção lógico-estrutural, os *conflitos de regras* e as *colisões de princípios* são solucionados de maneiras diferentes. No caso das regras, ou se insere numa delas uma “cláusula de exceção” (que elimine o conflito) ou então se declara a invalidade de, pelo menos, uma delas. Para Alexy, o conflito entre regras se opera no nível da validade jurídica, que não é gradual. Uma norma só pode valer ou não valer juridicamente (Alexy, 1997-b, p. 88). Quando uma regra possui validade e é aplicável a um caso, isso significa que

¹⁶³ Segundo Alexy (1997-b, p. 87, nota 27) sua distinção, apesar de muito parecida com a de Dworkin, dela se distingue pela designação dos princípios como “mandamentos de otimização”. Ademais, há ainda pelo menos dois aspectos em que Alexy se distancia de Dworkin (e a meu ver com razão): (1) quando não reconhece a distinção entre princípios e “policies”, pregada por Dworkin em sua teorização (Idem, p. 111); e (2) quando atribui às regras também um certo “caráter *prima facie*”.

¹⁶⁴ Na perspectiva de Dworkin e Alexy, a generalidade dos princípios não é nem o ponto decisivo para distingui-los das regras nem atributo exclusivo dos primeiros, pois as últimas também podem apresentar essa característica.

valem também suas conseqüências jurídicas, tendo em vista que as regras constituem *razões definitivas*¹⁶⁵.

Já no caso de colisão de princípios, um deles tem que ceder ao outro, porém sem com que o princípio afastado seja declarado inválido ou tenha que ser criada uma cláusula de exceção. Diante de algumas circunstâncias, prevalece o princípio jurídico P₁; noutros casos, poderá vir a prevalecer o princípio P₂. Os conflitos entre princípios não se dão na dimensão da validade, mas na dimensão do peso. Eventual colisão entre dois princípios jurídicos há de ser resolvida pela via do estabelecimento de certas “condições de prioridade” entre princípios. Estes se aplicam através do mecanismo da *ponderação*, mediante o qual se verifica o peso dos princípios em conflito, sendo que do resultado de tal procedimento se obtém uma regra construída a partir da otimização dos princípios em jogo. Fala-se, portanto, numa *Lei de Colisão* que pode ser enunciada da seguinte forma: (K) “*as condições diante das quais um princípio precede a outro constituem o suposto de fato de uma regra que expressa a conseqüência jurídica do princípio precedente*” (Alexy, 1997-b, p. 94).

Enquanto as regras aplicam-se pela *subsunção*, os princípios aplicam-se pelo mecanismo da *ponderação*. Esta última diferença decorre da diferença de natureza estrutural que antes apontamos: “se regras são aplicadas a um caso, a conclusão estabelecida pela regra fornece uma conseqüência para o caso; princípios, ao contrário, somente geram razões que demandam ações que contribuem o tanto quanto for possível para fins estabelecidos (por eles)” (Peczenik; Hage, 2000, p. 306). É justamente essa ligação direta com fins, idéias ou valores e a sua possibilidade de realização gradual que fazem com que os princípios possam ser qualificados como definidores de um “dever-ser ideal” (*ideal ought*) (Alexy, 2000-b, p. 300).

II-*bis*. O diferente modo de aplicação dos princípios e das regras

¹⁶⁵ Essa conclusão é, contudo, temperada em certas passagens da Teoria dos direitos Fundamentais de Alexy (Idem, p. 98-103), quando se atribui também às regras um certo caráter *prima facie*, embora distinto do dos princípios.

A principal implicação da diferenciação entre princípios e regras de Alexy é o diferente modo de aplicação das duas espécies normativas. É exatamente isso que torna a classificação de Alexy relevante para a metodologia jurídica.

Na perspectiva ora enfocada, princípios se diferenciam de regras também pela forma de conflito que pode ocorrer entre eles e, naturalmente, pela maneira como são ultrapassadas essas situações conflituosas: num caso, há *ponderação* entre *princípios*, noutro, *subsunção* de *regras* comportamentais.

II-ter. Princípios e ponderação

Para Alexy (1997-b, p. 158-9), a técnica da ponderação de princípios é parte de um procedimento racional de fundamentação de um enunciado jurídico que “estabelece *preferências condicionadas* entre valores ou princípios opostos”. É o mecanismo por excelência de aplicação prática de princípios jurídicos e a forma de compatibilização de enunciados principiológicos em linha de colisão.

Como já tive a oportunidade de relatar, para o autor de Teoria da Argumentação Jurídica “princípios” e “regras” são espécies do gênero “norma” que se distinguem pela qualidade das suas prescrições. Dessa diferença, surgem resultados imediatos no que diz respeito à *eficácia* de cada uma delas:

- a) os princípios não contêm mandados definitivos, mas tão só *prima facie*; do fato de um princípio valer para um caso “não se infere que o que o princípio exige para este caso valha como resultado definitivo [para todos os casos]: os princípios oferecem razões que podem ser substituídas por razões opostas”; os princípios são aplicados através da *ponderação*;
- b) como as regras exigem que se faça exatamente o que elas ordenam, contêm uma *determinação* que será uma razão definitiva (a não ser em casos excepcionais onde é possível uma “redução teleológica” ou outra situação capaz de fazer surgir uma exceção¹⁶⁶); a modalidade de aplicação prática das regras é a *subsunção* (Alexy, 2002-b, p. 38).

¹⁶⁶ Por isso as regras também possuem um caráter *prima facie*, embora seja um caráter *prima facie* menos acentuado que o dos princípios. Como tive a oportunidade de sustentar (Bustamante, 2005-a, capítulo 4), os princípios possuem uma superabilidade imanente (a possibilidade de afastar a sua aplicação decorre da própria ausência de um componente descritivo de sua hipótese de incidência), ao passo que as regras possuem uma superabilidade excepcional. Veremos mais adiante (infra, capítulo IV, seção 4.2.1.1.) como pode ser representado o caráter superável das regras jurídicas.

No momento da aplicação de um dado princípio, há uma maior necessidade (em relação às regras) de se levar em conta os princípios que possam estar atuando em sentido contrário, pois na maioria das vezes é simplesmente impossível aplicá-los na mesma medida. A “dimensão de peso”, que os princípios possuem, é variável de acordo com os problemas jurídicos que demandam uma solução em cada caso particular; e é em função dessa dimensão que será fixado o âmbito de aplicação de cada um deles.

Neste contexto, o procedimento de “ponderação”, utilizado para fornecer respostas para colisões de princípios jurídicos, corresponde ao *princípio da proporcionalidade em sentido estrito*, podendo ser enunciado da seguinte maneira: “quanto maior é o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior deverá ser a importância da satisfação do outro”.

Uma ponderação orienta-se por três planos distintos, a saber: (a) a *intensidade* da intervenção (de cada princípio); (b) os *fundamentos justificadores* (da relação de prioridade condicionada que em cada caso será estabelecida); e (c) as *pesagens* (de cada um dos princípios em colisão no caso concreto) (Alexy, 2002-b).

Ao cabo de cada procedimento de ponderação – e como resultado dele –, chega-se a uma *regra* (aplicável ao caso concreto) que fixa uma diretiva para os casos futuros e, acima de tudo, permite a *subsunção* que viabilizará encontrar a solução do caso em questão. Tal regra pode ser representada pelo seguinte esquema gráfico: $(P_1 \mathbf{P} P_2) C$ ¹⁶⁷.

II-*quater*. Regras jurídicas e subsunção:

Ao contrário dos princípios, que são incapazes de, por si mesmos, gerar razões definitivas de decidir, as regras contêm determinações sobre o que deve ser feito, vale dizer, dispõem sobre quais os comportamentos que devem ser adotados em função delas. Daí, a conclusão de que elas se aplicam por meio da *subsunção*, e não da ponderação com outras normas de igual estrutura.

Porém, o emprego da palavra “subsunção” às vezes causa certa resistência a esta teoria, haja vista que a palavra já foi, reiteradamente, entendida como um

¹⁶⁷ Ou seja: “Sempre que estiver presente a condição C, o princípio P₁ prevalecerá sobre P₂”.

simples processo lógico-formal de enquadramento de uma premissa fática em uma premissa normativa, para fins de obtenção de uma conclusão acerca do que é ou não devido juridicamente. Alguns juristas de hoje a evitam por discordarem de uma metodologia jurídica formalista segundo a qual a atividade mental de qualificação de condutas e fatos na hipótese de incidência das normas jurídicas seria um procedimento puramente lógico. Com efeito, não se pode duvidar de que uma supervalorização da dimensão analítica da ciência do direito pode produzir conseqüências nefastas para a prática jurídica, pois apresenta notável tendência a encobrir valorações do intérprete sob a carapuça de falsas deduções formais. No entanto, Alexy não utiliza a expressão “subsunção” na acepção do formalismo jurídico, de modo que uma vez compreendido o sentido por ele atribuído ao mecanismo normativo-aplicativo da subsunção não há problemas em se aceitar a teoria do professor alemão.

O procedimento denominado subsunção pode (e isso é essencial para afastar as objeções mencionadas logo atrás) ser entendido num sentido mais amplo, partindo-se do caráter axiológico e teleológico da ordem jurídica. Se de um lado a ciência do direito está adstrita às leis da lógica, de outro o respeito a elas não constitui condição suficiente para um pensamento jurídico correto (Canaris, 1996, p. 32). A subsunção, ato que aplica regras jurídicas a partir da verificação dos fatos compreendidos pelo problema jurídico e da sua correspondência com a hipótese de incidência de uma regra jurídica que a abarque, “não é, de modo algum, apenas do tipo lógico-formal, antes surgindo, numa parte essencial, ainda que freqüentemente não explícita, numa ordenação valorativa” (Idem, p.34).

Esta é, a propósito, a exata compreensão de Alexy acerca do tema, tendo em vista que a norma não é, no mais das vezes, entendida no sentido literal do enunciado normativo que a origina. A denominada *subsunção* não significa que a construção da decisão consiste unicamente em uma premissa maior (a norma), uma premissa menor (a descrição dos fatos) e uma conclusão (o julgamento). Como demonstram Alexy e Dreier (1991, p. 104), uma construção puramente dedutiva de significado para uma norma jurídica qualquer só seria possível se não houvesse controvérsia, entre os sujeitos compreendidos pela relação jurídica, acerca de cada uma das seguintes indagações: “(1) quais normas deverão ser aplicadas?, (2) como elas devem ser interpretadas? e (3) ao redor de quais fatos a decisão jurídica gira”? Como se nota, há, nesse procedimento, espaço para

constantes ponderações, as quais “são integradas num esquema dedutivo”, sendo que o juiz só subsume os fatos numa norma depois de superados os problemas interpretativos suscitados por ela. A subsunção deve ser entendida num sentido mais amplo do que o usual, e creio que Alexy assim o faz.

II-*quinquies*. O diferente grau de objetivação das regras e dos princípios jurídicos

A existência de normas-princípio, tal como definidas na teoria dos direitos fundamentais de Alexy, é tanto uma questão analítica – qual é a forma como são previstas as conseqüências jurídicas da norma N? – como também uma questão *empírica* – a norma N contém a descrição dos comportamentos necessários para conduzir à conseqüência jurídica C? –, que devem ser respondidas com um olhar voltado para o ordenamento jurídico.

Antes de prosseguir, devemos enfrentar, porém, a seguinte questão: *por que algumas normas podem ser caracterizadas como princípios jurídicos?*

Para oferecer alguma resposta a esta pergunta, tomemos um dispositivo da Constituição Brasileira de 1988, que fixa diretrizes sobre a política agrícola a ser adotada:

Art. 187. A política agrícola será planejada e executada na forma da lei, com a participação efetiva do setor de produção, envolvendo produtores e trabalhadores rurais, bem como dos setores de comercialização, de armazenamento e de transportes, levando em conta, especialmente:

- I - os instrumentos creditícios e fiscais;
- II - os preços compatíveis com os custos de produção e a garantia de comercialização;
- III - o incentivo à pesquisa e à tecnologia;
- IV - a assistência técnica e extensão rural;
- V - o seguro agrícola;
- VI - o cooperativismo;
- VII - a eletrificação rural e irrigação;
- VIII - a habitação para o trabalhador rural.

Observe-se que o dispositivo constitucional reproduzido estabelece o dever de se implementar uma série de políticas públicas, mas não há uma palavra sequer sobre qual será o conteúdo dessas políticas, ou seja, não há a *determinação* dos comportamentos que devem ser adotados para atingir os estados ideais de coisas desejados pelo constituinte.

Estabelece-se, tanto para o legislador quanto para a administração, o dever de implementar uma política agrícola que: (i) permita acesso do produtor rural ao crédito, (ii) favoreça uma equação razoável entre os preços e os custos de produção, (iii) desenvolva tecnologia de produção rural etc.

O texto não permite inferir diretamente uma norma (do tipo regra) contendo uma prescrição comportamental concreta (com a determinação da conduta que deve ser adotada, seja pela administração pública, seja pelo particular, para alcançar esses objetivos), mas é suficiente para que se possa chegar a uma norma que estabelece o dever de atingir um estado ideal de coisas, na máxima medida possível.

Assim, só há duas alternativas de interpretação do dispositivo constitucional acima transcrito: a) interpretá-lo como veiculando uma série de *princípios jurídicos* que devem ser realizados na máxima medida; b) interpretá-lo como simples disposição que estabelece “normas programáticas”, despidas de força jurídica ou aplicabilidade. Foi esse último caminho, aliás, que o Supremo Tribunal Federal adotou, ao decidir que “o artigo 187 da Constituição Federal é norma programática na medida em que prevê especificações em lei ordinária”¹⁶⁸.

Creio que a primeira opção (extrair normas-princípio do dispositivo citado) teria sido mais correta, pois garantiria um mínimo de vinculatividade para o preceito constitucional em questão, ainda que, em cada caso concreto de aplicação, o administrador tivesse que ponderar cada um dos princípios que eventualmente entrasse em colisão para determinar qual política deve ser adotada.

Como se percebe, os vários princípios jurídicos trazidos no artigo 187 da constituição brasileira se situam em um *nível intermediário* entre a completa falta de coerção dos preceitos morais e o caráter decisivo e abarcante das regras jurídicas, que determinam não apenas um estado de coisas, mas a conduta concreta a ser adotada pelos destinatários da norma.

Pode-se, para esclarecer ainda mais o significado normativo dos princípios jurídicos, traçar um paralelo entre direito e moral a partir de algumas idéias de Jürgen Habermas. Com efeito, para este autor há uma relação de complementaridade entre direito e moral, sendo que os dois sistemas normativos

¹⁶⁸ Brasil: Supremo Tribunal Federal, ADI 1.330 MC, Tribunal Pleno, Rel. Min. Francisco Rezek, DJ de 20.09.2002, vol. 2086, p. 142.

tratam de *problemas semelhantes*, mas de *forma distinta*¹⁶⁹. A diferença fundamental entre direito e moral está, portanto, no fato de as normas jurídicas passarem por um processo de objetivação e institucionalização.

Ocorre que essa institucionalização/objetivação, ao contrário do que o próprio Habermas imagina¹⁷⁰, pode ser também realizada em diferentes intensidades, o que implica que a eficácia ou aplicabilidade das normas jurídicas pode admitir graus diferentes. Os princípios inscritos no art. 187, da Constituição Brasileira, são, portanto, normas nas quais está institucionalizada a obrigação de realizar um determinado fim ou valor (a obrigação de se atingir um estado ideal de coisas), mas não estão ainda determinados os meios para tanto, sendo necessária uma ponderação para que esses meios possam ser estabelecidos.

A institucionalização/objetivação parcial de uma norma (faltando a determinação da conduta devida para o seu cumprimento) é portanto uma boa razão pela qual devemos interpretar um enunciado normativo como veiculando uma norma-princípio e, assim, ponderá-la com outras de caráter idêntico no momento da sua aplicação prática.

É certo, contudo, que quando a constituição for clara o suficiente para permitir que o intérprete chegue a *regras* jurídicas concretas, nos casos em que os enunciados normativos disponham não apenas acerca de um estado ideal de coisas ou um direito *prima facie* (que deva ser ponderado com outros de igual categoria, para fins de realização ótima de cada um deles, através do estabelecimento relações de prioridade condicionada entre eles nos casos concretos), mas contenham determinações acerca de uma conduta específica, deve ser adscrita (do texto objeto da interpretação) uma norma do tipo *regra*. Mas nem sempre será possível fazê-lo. Quando for este o caso, melhor caracterizar uma norma como princípio, deixando para o momento de sua aplicação a decisão acerca das suas conseqüências concretas, obtidas por meio da ponderação, que rebaixá-la à condição de norma programática.

Em suma: há normas-princípio não porque queremos, mas porque essas normas não passaram por um processo de objetivação forte o suficiente para que exista uma determinação comportamental concreta, como acontece nas regras.

¹⁶⁹ Ver supra, capítulo II, seção n. 2.2.3.1.

¹⁷⁰ Ver Habermas (2005-a, p. 263-308), onde Habermas critica a teoria dos princípios de Alexy.

II-*sexies*. Princípios e *ratio decidendi*

As normas-princípio, apesar de possuírem um grau inferior de objetivação, são importantes porque possuem um elevado conteúdo moral e um potencial de irradiação sobre o ordenamento jurídico que produz coerência e racionalidade para a dogmática jurídica. Os juízes, muitas vezes, referem-se a esses princípios na justificação de suas decisões, e muitas vezes constroem e concretizam princípios que antes eram vistos apenas como normas implícitas do sistema jurídico. No entanto, essa objetivação limitada faz com que os princípios sejam normas cuja superabilidade (*defeasibility*) não é vista como excepcional, mas imanente à sua própria aplicação. A definição de princípios como mandados de otimização, como objetos ponderáveis no caso concreto, faz com que as normas extraídas de precedentes que possam ser definidas como “princípios” tenham uma vinculatividade menor do que aquelas que possuam uma estrutura do tipo “regra”.

Aliás, normalmente o que justifica a remissão a um precedente judicial é justamente a relativa determinação das normas adscritas que são paulatinamente produzidas pela jurisprudência. Raramente se verá, portanto, a hipótese de o aplicador do direito se referir apenas a um princípio que tenha sido enunciado na argumentação que decide um caso anterior, pois em todo caso judicial está presente ao menos uma norma universal do tipo “regra” que conjugue os fatos do caso com um determinado tipo de consequência normativa. A técnica do precedente judicial só é importante porque através dela é possível reduzir o grau de indeterminação que é característico dos princípios jurídicos, de sorte que normalmente a *ratio decidendi* deve se revestir de um caráter de “regra”.

Quando analisei a noção de *ratio decidendi* e propus um modelo silogístico para identificá-la, estabeleci um parâmetro útil apenas para a identificação de normas do tipo “regra”¹⁷¹. Apenas estas é que possuem uma estrutura hipotético-condicional e podem, portanto, ser identificadas como premissas maiores em um silogismo normativo. A possibilidade de se extrair novos princípios a partir de precedentes judiciais demonstra que o modelo que propus para buscar a *ratio decidendi* é incompleto. Mas esse defeito não deve ser considerado grave a ponto de comprometer a sua utilidade, pois: i) de um lado, normalmente os princípios

¹⁷¹ Ver supra, capítulo III, seção 3.2.

vêm enunciados de forma clara nas decisões judiciais e sua identificação não é tão problemática quanto a das regras adscritas; e ii) o peso institucional desses princípios “jurisprudenciais” é tão baixo que o caso reportado dificilmente será determinante para o seu reconhecimento: esse princípios provavelmente constituirão parâmetros para casos futuros não em função do precedente judicial, mas da própria *correção substancial* do seu conteúdo.

A técnica do precedente judicial encontra justificação justamente na capacidade de objetivação e universalização do direito que ela detém. No caso específico das ponderações de princípios, a principal função do precedente é estabilizar as colisões que se verificam entre estes. Nesse sentido, argumenta Alexy:

O texto constitucional não ajuda muito na maioria dos casos de balanceamento, e o mesmo se aplica ao intento original daqueles que fizeram a Constituição, porque na maioria dos casos de balanceamento eles queriam ambos; o direito de um lado e o direito oposto ou o princípio oposto do outro lado. Ou seja, os cânones tradicionais ou regras de interpretação não auxiliam muito na justificação externa do contexto do balanceamento, mas o que é muito importante na lei constitucional é o uso do precedente. Se houver uma Constituição nova, então a corte constitucional, quando prolatar a sua primeira decisão sobre direitos fundamentais, não poderá apoiá-la em quase nada. Mas, quanto mais antiga for uma Constituição, haverá mais material, o qual consiste nas normas de decisão concretas, produzidas de acordo com a lei de colisão. Isto pode ser usado como uma base para o argumento constitucional” (Alexy, 2003-c, p. 316).

Por isso, apesar de não estar excluída a possibilidade de novos princípios virem a ser justificados através de precedentes, essa não é a regra geral. O precedente normalmente irá ser útil justamente para objetivar os princípios jurídicos e estabelecer relações de prioridade entre eles, e nesse caso o modelo de identificação da *ratio decidendi* que eu propus é de grande utilidade. Não há problema em aceitarmos o método silogístico de identificação da *ratio decidendi* com a ressalva da hipótese excepcional de esta ser um princípio, não uma regra.

Esse último caso – sobre ser excepcional – é aquele em que o precedente possui a menor força na argumentação jurídica, seja por razões institucionais ou estruturais. Numa palavra, o maior grau de objetivação das normas jurídicas do tipo regra faz com que a vinculatividade das normas extraídas de precedentes judiciais varie não apenas em função da sua generalidade, mas também de sua estrutura *stricto sensu*. Portanto, vale a seguinte diretiva: normas jurisprudenciais

adscritas do tipo “regra” possuem um peso ou vinculatividade maior do que as do tipo “princípio”.

B.2) Fatores estruturais das teorias elaboradas pelos juízes na fundamentação de suas decisões

I. A saturação das premissas normativas

A força do precedente judicial depende, em larga escala, da qualidade da argumentação desenvolvida pelo juiz na justificação de sua decisão. Uma das diretivas de argumentação mais interessantes desenvolvidas pela teoria da argumentação jurídica de Alexy, por exemplo, é o denominado princípio da *saturação*:

Um argumento de uma determinada forma só está completo se contém todas as premissas pertencentes a essa forma. A isto se denomina de requisito da saturação (Alexy, 1997-a, p. 236).

Saturação significa, numa palavra, *plena afirmação das razões* que justificam uma determinada decisão jurídica. A teoria que justifica uma certa solução que se dá a um problema jurídico ou uma determinada norma jurídica concreta deve ser uma teoria o mais completa possível, e todas as premissas intermediárias necessárias para permitir a dedução de uma consequência jurídica particular a partir de uma norma jurídica geral devem ser especificadas. Numa palavra, a racionalidade da argumentação jurídica depende de se especificar, tanto quanto possível, cada um dos argumentos empregados na justificação jurídica (Ávila, 2001).

Todos os degraus em uma cadeia de argumentação, todas transformações¹⁷² operadas pelo juiz no raciocínio em que vão surgindo regras adscritas que eventualmente podem constituir precedentes para casos futuros, devem estar visíveis e justificados da forma mais racional possível, seja por meio de argumentos práticos gerais ou argumentos especificamente jurídicos.

Nesse mesmo sentido, quanto mais o juiz tenha impermeabilizado sua decisão contra a crítica – examinando e refutando argumentos contrários que

¹⁷² Ver supra, capítulo III, seção 3.2.

eventualmente poderiam ser utilizáveis na tentativa de se afastar da norma adscrita que ele concretizou em sua decisão –, mais justificada estará a norma jurisprudencial dela derivada. Quanto mais discursivamente tematizadas tenham as premissas intermediárias, mais legitimada estará essa decisão.

Como a própria saturação é sempre algo que pode acontecer em maior ou menor intensidade, podemos propor o seguinte princípio para a argumentação por precedentes: *quanto mais saturadas estejam as premissas utilizadas na justificação de uma decisão – i. e., quanto mais explicitadas e fundamentadas estejam as transformações necessárias para justificar dedutivamente essa decisão – maior peso ou força deverá ser atribuído à norma adscrita que puder ser extraída de referido ato jurisdicional.*

II. Coerência da justificação apresentada pelo juiz na decisão a ser tomada como precedente judicial

Um elemento crucial para a racionalidade de uma teoria é sua coerência. No caso da justificação de uma decisão judicial, a coerência pode ser analisada de diferentes ângulos. Primeiramente, a teoria construída na justificação da decisão há de ser *internamente* coerente, ou seja, as regras, conceitos, fatos, afirmações, interpretações etc. que constam na fundamentação da sentença devem “fazer sentido em conjunto” (*make sense*), expressando uma ordem de valores ou princípios comuns (MacCormick, 1978). Em segundo lugar, a teoria ou justificação deve ser coerente *com o ordenamento jurídico* como um todo, assim como com os princípios fundamentais cuja função é ordenar harmonicamente o direito. Em terceiro lugar, *as normas adscritas* a partir dessa justificação devem ser também coerentes tanto com o direito positivo em geral quanto com as práticas sociais vigentes no espaço físico em que vigora esse direito positivo. Em quarto lugar, deve a fundamentação da decisão estar coerente com as evoluções e transformações por que passa o direito e suas normas ao longo do tempo (coerência diacrônica). E finalmente, em quinto lugar, a conexão necessária entre direito e moral faz com que as normas adscritas dos precedentes devam estar, na máxima medida, coerentes com a própria moralidade crítica.

Sobre essas exigências provavelmente é fácil obter um consenso. Mais complicado, no entanto, é definir a própria noção de “coerência”, estabelecer os seus *critérios* ou *parâmetros* que possam orientar a prática jurídica.

Fixar certas diretivas para o juízo de coerência é extremamente importante para se evitar a crítica – que Alexy chegou a esboçar a Günther e Habermas – de que as noções de “coerência” e “adequação” são conceitos vazios¹⁷³ que, em si mesmos, não estabelecem quais fatores devem ser considerados e de que maneira.

O postulado da coerência está na raiz da própria noção de *sistema*. Sem ele, é impossível sequer uma ordenação sistemática do raciocínio jurídico, ou seja, ele é “condição formal de conhecimento do próprio sistema jurídico” (Ávila, 2001, p. 19). Como salientam Alexy e Peczenik (1990, p. 145-6), a idéia de *justificação* exige duas coisas: “a criação de sistema de enunciados tão coerente quanto seja possível” e “um procedimento de argumentação tão racional quanto seja possível”. Qualquer decisão ou medida jurídica deve passar por um *teste de coerência*, que, em última análise, envolve a consideração sistemática, segundo certos critérios, dos *princípios fundamentais* do sistema jurídico.

Deve-se observar, de início, que a coerência possui *caráter formal*, pois “o critério de coerência não diz nada acerca do conteúdo dos sistemas normativos” (Alexy; Peczenik, 1990, p. 145). O postulado da coerência exige que um sistema de normas esteja orientado segundo princípios e valores comuns, de modo que se estabeleça uma *ordenação* entre as partes que compõem o todo¹⁷⁴. Como afirma MacCormick (1978, p. 107), “na medida em que as regras são (consideradas como) ilustrações de certos princípios mais gerais, o sistema jurídico passa a adquirir um certo grau de coerência”.

Neste sentido, a coerência exige mais do que a simples *consistência* ou *compatibilidade lógica* entre as normas que compõem o direito positivo. É sempre possível imaginar um conjunto heterogêneo de normas que não entrem em contradição, mas que, reunidas, não se direcionem para nenhum valor ou

¹⁷³ Ver supra, capítulo II, seção 2.4.4.3.

¹⁷⁴ A coerência deve ser entendida no sentido preconizado por Neil MacCormick, ou seja, como um *standard* neutro, formal. Nesse sentido, invoco o comentário de Schiavello (2001, p. 237) acerca do pensamento de MacCormick: “A coerência não diz respeito à ‘bondade’ dos princípios com os quais as leis e as decisões dos juízes devem ser conformar. Noutras palavras, a coerência é um critério válido de justificação seja em um sistema jurídico moralmente mau ou em um sistema bem-fundado. Em conclusão, do ponto de vista do *standard* de coerência não importa se o princípio geral de um sistema jurídico é a ‘igualdade de todos os cidadãos’ ou a ‘superioridade dos arianos’. A coerência não é um *standard* qualificado para estimar bondade de valores”.

orientação política inteligível (Ibidem). É o que acontece no conhecido exemplo de MacCormick acerca dos diferentes limites de velocidade para automóveis vermelhos ou amarelos: “não parece haver aí nenhum valor ou princípio racional suscetível de explicar ou de justificar a imposição de um regime distinto a situações fundamentalmente análogas do ponto de vista da segurança no tráfico”. As numerosas normas (em especial regras) devem ser consideradas como parte de um sistema que possui um “sentido global” conferido pelos valores e princípios gerais que justificam as regras mais específicas (Idem, p. 152-s). Outro ponto a ser observado é que a coerência pode ser atingida em diferentes graus ou intensidades. Há diferentes níveis de coerência para qualquer teoria ou interpretação, de modo que, no raciocínio prático-jurídico, se fazem necessárias constantes ponderações entre as diferentes alternativas que podem, no caso concreto, ser mais ou menos coerentes. Cabem, a seguir, algumas palavras sobre os critérios de coerência.

II-bis. Critérios de coerência segundo Alexy e Peczenik¹⁷⁵

Especialmente interessantes se revelam as investigações de Alexy e Peczenik acerca do conceito de coerência. Para eles, “quanto mais os enunciados pertencentes a uma dada teoria se aproximarem de uma ‘estrutura de sustentação/fundamentação perfeita’ (*perfect supportive structure*), mais coerente será esta teoria” (Alexy; Peczenik, 1990, p. 131).

É preciso breves esclarecimentos para entender o conceito acima. Diz-se que um enunciado p^1 sustenta (*support*) um enunciado p^2 se, e somente se, p^1 pertence a um conjunto de premissas, S , do qual p^2 se segue logicamente (Idem, p. 132). De outro lado, uma “estrutura de sustentação” (*supportive structure*) significa a “classe de propriedades formais de relações de sustentação entre enunciados” pertencentes a uma teoria (Ibidem).

Concretamente, o grau de coerência de uma teoria (ou, como é relevante para o escopo deste trabalho acadêmico, de uma *decisão jurídica*) pode ser avaliado a partir de dez critérios *ceteris paribus*, os quais, juntos, compõem uma estrutura de argumentação extremamente complexa. Fica claro, portanto, que a

¹⁷⁵ A maior parte do texto desse item (II-bis) corresponde à descrição dos critérios de coerência que desenvolvi em Bustamante, 2005-a, capítulo 5, seção 5.

coerência realmente pode ser vista como um postulado normativo aplicativo ou um conjunto de metanormas úteis para a aplicação do direito¹⁷⁶. Existe, contudo, um importante detalhe: trata-se de um postulado cujas máximas parciais não podem ser formuladas como regras, mas como *princípios* que precisam ser otimizados entre si (Idem: 143).

São circunstâncias que contribuem para a coerência as seguintes: 1) o maior número possível de enunciados sustentados (*supported*) que pertençam a uma teoria; 2) a cadeia de razões o mais extensa possível pertencente a esta teoria; 3) o maior número possível de enunciados rigorosamente sustentados (*strongly supported*) pertencentes à teoria; 4) o maior número possível de cadeias de sustentação pertencentes à teoria; 5) o maior número possível de relações de preferência entre os princípios que fazem parte da teoria; 6) o maior número e complexidade possível de relações de sustentação recíproca (*reciprocal supportive relations*) entre os vários enunciados pertencentes à teoria; 7) o maior número possível de enunciados universais pertencentes à teoria; o maior número possível de conceitos gerais pertencentes à teoria; o maior número possível de semelhanças entre os conceitos usados nela; 8) o maior número possível de interconexões entre várias teorias; 9) o maior número possível de casos cobertos pela teoria; e 10) o maior número possível de esferas da vida cobertas pela teoria.

¹⁷⁶ O que chamo de metanormas corresponde às regras ou diretivas de argumentação que podem ser utilizadas como parâmetros metodológicos para a aplicação do direito e a justificação das decisões jurídicas. São, na linguagem de Alexy, “normas para a fundamentação de normas” (Alexy, 1997-a, p. 178). A questão terminológica acerca das metanormas é um problema secundário em relação ao da função e da aplicabilidade delas. A nomenclatura costuma variar bastante. De um lado, Humberto Ávila (2003, p. 79-s) as denomina de *postulados*, enquanto Ricardo Lobo Torres (2000-a, p. 647) prefere chamá-las de *princípios de legitimação*. De outro lado, é comum, também, chamá-las simplesmente de *regras de segundo nível*. Como lembra Guastini (1996-c, p. 79), “denominam-se ‘metanormas’, ‘normas secundárias’, ou ‘normas de segundo grau’, todas as normas que fazem referência a outras normas” (perspectiva essa que inclui, além das regras de argumentação aqui tratadas, normas de direito positivo que delimitam o âmbito de aplicação, derogam, ou fazem ‘reenvios’ a outras). A expressão “metanorma” apresenta vantagens porque é possível também classificar as normas que se situam no nível metanormativo em *regras* e *princípios*. As máximas parciais do denominado “princípio da proporcionalidade” são, por exemplo, típicas regras, haja vista que não podem ser ponderadas com princípios opostos (Alexy, 1997-b: 112 (nota 84); Silva, 2002: 24-27), enquanto as metanormas estabelecidas por Alexy e Peczenik (1990) para garantir a *coerência* do ordenamento jurídico são autênticos princípios jurídicos (se nos mantivermos fiéis à classificação do tipo lógico-estrutural). Convém fazer, contudo, uma distinção entre as metanormas em si mesmo consideradas e as estruturas complexas de raciocínio jurídico que são condições de possibilidade do conhecimento jurídico. Tais estruturas têm, no mais das vezes, seu sentido delimitado por várias metanormas mais concretas e específicas. Às estruturas complexas denomino “postulados”, seguindo a orientação de Humberto Ávila. O dever de proporcionalidade, por exemplo, pode ser compreendido como um postulado cujo conteúdo é delimitado por três metanormas que podem ser classificadas como *regras*: (a) exigência de adequação, (b) exigência de necessidade; e (c) exigência de proporcionalidade em sentido estrito.

A medida da coerência de uma teoria vai depender do grau de cumprimento dos critérios mencionados logo acima. A seguir, resumirei o que cada um desses critérios – que também podem ser entendidos como *princípios* – significa. Os seis primeiros são critérios analíticos, relacionados às propriedades da *estrutura de sustentação* constituída pela teoria; o sétimo e o oitavo dizem respeito às propriedades dos *conceitos* aplicados pela teoria; e, finalmente, o nono e o décimo referem-se à *extensão* da teoria.

i. O número de relações de sustentação

O primeiro critério de coerência é do número de enunciados sustentados/justificados em uma teoria. Quanto mais enunciados justificados, *prima facie* mais coerente será a teoria. Vale portanto o seguinte princípio (Alexy; Peczenik, 1990, p. 133):

(Pc1) Para uma teoria coerente, devem-se justificar tantos enunciados quanto seja possível.

ii. A extensão das cadeias de fundamentação

A coerência depende também da extensão da cadeia de razões que fundamentam uma teoria. Normalmente, um enunciado p^1 sustenta outro, p^2 ; este, por sua vez, sustenta p^3 , e assim em diante. Quanto mais longa for a cadeia de razões, mais complexa será a estrutura de fundamentação de uma teoria, o que contribuirá para sua coerência. Em termos principiológicos (Ibidem):

(Pc2) Quando se justificar um enunciado, deve-se sustentá-lo com uma cadeia de razões o mais extensa possível.

iii. O critério da “fundamentação em sentido rigoroso” (*strong support*)

O critério da *fundamentação/sustentação rigorosa* é um dos mais importantes para a formulação de juízos de coerência acerca de teorias ou decisões. Até agora, utilizamos a expressão *sustentar* (embasar, fundamentar, ‘*support*’) em sentido frágil. É possível, todavia, utilizá-la num sentido mais

rigoroso, o qual se apresenta especialmente útil para o raciocínio jurídico. Para Alexy e Peczenik:

O enunciado p^1 fundamenta **rigorosamente** o enunciado p^2 se, e somente se, p^1 pertence a um conjunto de premissas, S , possuindo as seguintes propriedades:

- 1) nenhuma dessas premissas é vazia de sentido ou falsificável;
- 2) pelo menos um subconjunto de S possui as seguintes características:
 - a) p^2 segue logicamente dele (do subconjunto S);
 - b) todos os membros do subconjunto são necessários para inferir p^2 (ou seja, p^2 não mais se seguirá logicamente se alguma premissa pertencente ao subconjunto for removida dele);
- 3) cada membro de S pertence a, pelo menos, um subconjunto de tal tipo; e
- 4) p^1 é necessário no seguinte sentido rigoroso: p^2 não se seguirá logicamente de nenhum subconjunto de S ao qual p^1 não pertença (Alexy; Peczenik, 1990, p. 134).

Percebe-se, de plano, que o conceito de *sustentação rigorosa* é uma noção formal que apresenta certas dificuldades iniciais para ser compreendida. Um exemplo utilizado pelos próprios autores que conceberam esse conceito pode ser útil para seu melhor entendimento:

- em uma argumentação fundada em fontes escritas de direito (*statutes*), o mesmo texto pode fundamentar diferentes conclusões. Pode-se tanto analisar a validade de um contrato partindo de certo dispositivo do Código Civil e da interpretação que lhe havia sido dada por certo precedente judicial, quanto partir para um raciocínio fundado no mesmo texto, na descrição dos fatos e nos *travaux préparatoires* da assembléia legislativa. Nos dois casos, a decisão não se seguirá logicamente sem o texto (dispositivo do Código Civil) aludido. Conclui-se, por conseguinte, que o texto sustenta/fundamenta rigorosamente a decisão a ser tomada.

O grau de coerência de uma teoria vai aumentar sempre que tivermos não somente *fundamentação em sentido frágil*, mas também *fundamentação em sentido rigoroso*. Chega-se, assim, ao seguinte princípio de argumentação:

(Pc3) Devem-se formular enunciados que fundamentem em sentido rigoroso tantos enunciados quanto seja possível¹⁷⁷.

¹⁷⁷ Segundo o princípio argumentativo (Pc.3), deve-se construir um sistema teórico partindo de enunciados fundamentais que são capazes de percorrer todo o sistema, sustentando (*supporting*) vários outros enunciados (mais particulares). O princípio democrático, por exemplo, seria um enunciado que, no caso da Constituição brasileira, produz coerência para o sistema jurídico. Essa asserção pode ser comprovada partindo das várias normas (princípios e regras) que são

Tal princípio se mostra útil porque “*ceteris paribus*, quanto mais enunciados pertencentes a uma teoria forem rigorosamente sustentados por outros enunciados, mais coerente será a teoria” (Alexy; Peczenik, 1990, p. 135). Os enunciados capazes de fundamentar/sustentar (em sentido rigoroso) vários outros se mostram como peças fundamentais de uma teoria: através deles é possível encontrar um *sentido* para esta, uma compreensão ordenada de um dado sistema.

O critério da *sustentação rigorosa* se mostra relevante porque a partir dos enunciados fundamentais de um determinado sistema jurídico é possível compreender melhor o significado dos enunciados particulares. Isso se torna especialmente interessante a partir do momento em que passamos a conceber o direito não como um sistema de regras (todas elas como meros condicionais hipotéticos), mas um sistema de regras e princípios que possuem (ambas as espécies de norma) o traço da superabilidade. Em um tal ordenamento, no qual os princípios constituem razões para as regras, os primeiros (que fundamentam várias regras diferentes, cada uma com sua hipótese de incidência) tornam mais coerente o sistema.

A partir do princípio argumentativo **Pc.3** é possível concluir que quanto mais princípios atuarem em prol de uma tese X, fundamentando-a rigorosamente, mais chances de ser coerente ela terá. Isso tem sérias implicações tanto na interpretação do direito quanto na elaboração de exceções às regras. Com efeito, quando uma incidência específica de uma regra faz com que esta perca contato direto com os princípios que sustentam (em sentido rigoroso) sua existência, é sinal de que sua aplicação produzirá incoerência para o sistema jurídico (pois sem os enunciados que sustentam em sentido rigoroso uma afirmação A, não há nenhuma outra maneira de justificá-la).

iv. Conexões entre cadeias de sustentação

A coerência depende também da conexão de várias cadeias de razões pertencentes a uma estrutura de fundamentação. De um lado, uma cadeia de argumentos pode conduzir a mais de uma conclusão; de outro, uma conclusão

“fundamentadas em sentido forte” por ele (regras de processo legislativo, regras sobre processo eleitoral, regime dos partidos políticos etc).

pode derivar de diferentes conjuntos de premissas. Uma teoria será tanto mais coerente quanto mais cadeias de razões existirem, nas duas direções. Em vista disso, valem os seguintes princípios:

(Pc4.1) Quando se justificar um enunciado, devem-se formular premissas fundamentando o maior número de conclusões diferentes possível;

(Pc4.2) Quando se justificar um enunciado, devem-se formular tantos conjuntos independentes de premissas que o suportem quanto for possível.

Para os propósitos desta tese de doutoramento, que visa à análise da justificação dada nas decisões judiciais, mostra-se mais relevante o princípio **Pc.4.2**: deve-se fundamentar qualquer argumentação da forma mais exaustiva possível.

v. Relações de prioridade entre princípios

Outro aspecto relevante para avaliar a coerência de uma teoria, em especial de uma teoria acerca de sistemas normativos, é a existência de relações de prioridade entre os princípios existentes no sistema. Com efeito, princípios são normas que exigem que determinado ideal seja realizado na maior medida possível, sendo que muitas vezes eles entram em colisão e é preciso otimizá-los (Idem: 137). Como *otimizar princípios* é uma questão de como *criar coerência* entre eles. A existência de ordens de prioridade *prima facie* entre princípios jurídicos é um indício de coerência na teoria jurídica proposta. Daí, conclui-se que “se a teoria em questão contém princípios, então, *ceteris paribus*, quanto maior for o número de relações de prioridade entre os princípios, mais coerente será a teoria” (Ibidem). Vale a seguinte diretiva:

(Pc5) Quando se estiver usando princípios, que pertençam a uma teoria, como premissas que justificam um enunciado, devem-se formular tantas relações de prioridade entre princípios quanto forem possíveis.

vi. O critério da justificação recíproca

Outro critério estrutural de coerência é a existência de justificação recíproca entre os diversos enunciados que fazem parte de uma teoria. Não se exige, aqui, que tenhamos uma mútua justificação pura e simples, de modo que p^1 implica p^2 ,

e p^2 , por sua vez, implica p^1 . Tal relação só existirá quando houver *equivalência lógica* entre os dois enunciados.

Quando falamos em justificação recíproca, não pressupomos que cada um dos enunciados implique, *sozinho*, o outro. Como critério de coerência, a *justificação recíproca* se contenta com a possibilidade de p^1 , com a ajuda de outras premissas adicionais, implicar p^2 , e este, por sua vez, implicar aquele *também com a ajuda de outras premissas*.

A mútua implicação pode se dar por três ordens de fatores: (a) fatores *empíricos* (v.g., a proteção institucional de certos direitos fundamentais atuando como condição para o princípio democrático, da mesma forma que este acaba constituindo uma condição factual para o primeiro); (b) fatores *analíticos* (v.g., a relação recíproca do tipo analítico-conceitual entre os direitos fundamentais e o Estado de Direito ou *Rechtsstaat*) e (c) fatores *normativos* (mútua dependência, por razões normativas, entre enunciados que fazem parte de um mesmo ordenamento). Para todos eles, vale a idéia de que “quanto maior o número de relações recíprocas entre enunciados, *ceteris paribus* mais coerente será a teoria em questão” (Idem: 138-9). Vigoram os seguintes princípios:

(Pc.6) Quando se usar uma teoria para justificar um enunciado, deve-se compreendê-lo de modo que a teoria:

(6.1) Cubra tantas relações empíricas entre os enunciados quanto seja possível;

(6.2) Cubra tantas relações analíticas entre os enunciados quanto seja possível;

(6.3) Cubra tantas relações normativas entre os enunciados quanto seja possível;

vii. Critérios relativos aos conceitos empregados na teoria

Os critérios e princípios referidos nos itens i. a vi. se referem às propriedades da “estrutura de fundamentação” constituída pela teoria cuja coerência é avaliada. Tratam-se de questões formais, ligadas à relação entre os enunciados que fazem parte da teoria. Neste item e no próximo, há uma mudança substancial de enfoque. Aqui, tratamos de propriedades *dos próprios conceitos* (e enunciados) aplicados pela teoria. Em linhas gerais, vale a idéia de MacCormick segundo a qual a coerência de um sistema depende da ordenação de suas partes segundo os mesmos valores e princípios gerais.

Acata-se a idéia de que uma teoria será coerente na medida em que nela estiverem presentes: (1) conceitos *universais* (que designam todas as coisas

pertencentes a uma determinada classe ou categoria); (2) conceitos *gerais*; e (3) conceitos semelhantes ou parecidos.

Ceteris paribus, quanto mais enunciados *universais* (sem nomes individuais) uma teoria usa; quanto maior o número de conceitos *gerais* empregados por ela; e, quanto mais *semelhanças* se verifiquem entre os conceitos empregados, *mais coerente será dita teoria*. Daí, seguem os seguintes princípios:

(Pc7.1) Quando se usar uma teoria para justificar um enunciado, deve-se expressá-la em tantos enunciados universais quanto seja possível;

(Pc7.2) Quando se usar uma teoria para justificar um enunciado, deve-se expressá-la em tantos conceitos gerais quanto seja possível;

(Pc7.3) Quando se usar uma teoria para justificar um enunciado, deve-se fazer uma listagem o mais completa possível das semelhanças entre os conceitos utilizados pela teoria.

viii. Interconexão entre conceitos

A interconexão entre os conceitos empregados em uma teoria também pode ser vista como um critério de coerência. Podemos citar dois exemplos: a similitude de estrutura entre a lógica modal (que lida com os conceitos de necessidade e possibilidade) e a lógica deôntica (que lida com os conceitos de obrigação e permissão) permite que se conclua que há coerência entre as duas, fato que foi relevante para a formulação das idéias de von Wright (*Cf.* Alexy; Peczenik, 1990, p. 141). De outro lado, certas ferramentas conceituais da economia, como os *ótimos de Pareto*, podem ser aplicadas ao raciocínio com normas jurídicas, como se dá na teoria de Alexy acerca da *otimização de princípios*.

A idéia aqui é de que “*ceteris paribus*, quanto mais conceitos uma dada teoria, T^1 , tiver em comum com outra teoria, T^2 , mais coerentes essas teorias serão uma com a outra”. Daí, se segue que:

(Pc8) Quando se usar uma teoria para justificar um enunciado, deve-se expressar a teoria em tantos conceitos pertencentes a outras teorias quanto for possível.

ix. Número de casos individuais

Em princípio, quanto maior o número de casos cobertos por uma teoria, mais coerente ela será. Esse critério é um corolário do critério vii., o qual exige o máximo de generalidade possível na formulação dos enunciados que integram uma teoria.

Vigora, portanto, o seguinte princípio:

(Pc9) Quando se usar uma teoria para justificar um enunciado, deve-se formulá-la de modo que a teoria cubra o maior número possível de casos individuais.

x. Diversidade das esferas da vida

Finalmente, e também quanto ao raio de extensão da teoria, pode-se dizer que, *ceteris paribus*, quanto mais esferas da vida forem cobertas pela teoria, mais coerente será ela. Formula-se então o seguinte princípio:

(Pc10) Quando se usar uma teoria para justificar um enunciado, deve-se formulá-la de modo que a teoria cubra o maior número possível de esferas da vida.

II-ter. Relação entre os critérios e princípios da coerência

Os critérios e princípios expostos acima evidentemente não esgotam a idéia de coerência. Trata-se tão somente de uma formalização destinada a reduzir a margem de subjetividade do intérprete e a permitir a definição de um *procedimento*, um *itinerário* a ser seguido para a formação de juízos acerca da coerência de algo. Os princípios acima citados aparecem como metanormas que definem o conteúdo do postulado da coerência. Ontologicamente, eles também estão compreendidos no que Alexy chama de “regras da razão prática”, porém com uma especificidade: são metanormas do tipo princípio, não podendo ser sempre cumpridos na mesma medida e entrando em colisão a quase todo momento. Ao aplicar o postulado da coerência, o jurista deve ter consciência de que, também aqui, terá que realizar certas ponderações, embora ponderações de normas-princípio que se situam no nível da argumentação jurídica (o nível metodológico), e não no nível objeto da interpretação/aplicação.

O postulado da coerência é uma ferramenta metodológica extremamente fecunda para a aplicação do direito e, em especial, para aferir a aceitabilidade

racional de uma decisão judicial, da qual depende, naturalmente, a força ou peso dessa decisão enquanto precedente judicial.

Pela via do postulado da coerência, cujo cumprimento pode ser “medido” a partir de uma análise ponderativa dos dez princípios que integram sua estrutura formal, permite-se uma espécie de *equilíbrio reflexivo* – no sentido de John Rawls (1997, p. 23) – entre as normas (princípios e regras), conceitos e idéias compreendidas em um sistema jurídico.

É possível, nos juízos de valor controlados por conjuntos de metanormas como a razoabilidade e a coerência, alcançar o *equilíbrio reflexivo* entre nossas intuições morais e aquelas normas e valores iniciais que nos foram dadas pelo sistema jurídico. Como ensina Rawls (Ibidem), por meio de “avanços e recuos”, é possível combinar os princípios que nos são passados (no nosso caso, fornecidos pela Constituição em sentido jurídico) e nossas convicções acerca do *justo*. Esse estado de coisas é que compõe o *equilíbrio reflexivo (reflected equilibrium)*: “trata-se de um equilíbrio porque finalmente nossos princípios e opiniões coincidem; e é reflexivo porque sabemos com quais princípios nossos julgamentos se conformam e conhecemos quais as premissas das quais derivam”.

A coerência permite, como salienta Peczenik (1999, p. 663), a formulação de diretivas racionais para a análise da *correção* de normas e valorações (fortalecendo o argumento do cognitivismo ético). Funciona, em última análise, como um interessante *critério de verdade* para as alternativas de decisão jurídica (Ibidem).

Ceteris paribus, quanto mais coerente for a justificação dada às normas adscritas que se pretende atribuir força de precedente, maior deverá ser o seu peso.

C) *Correção substancial da decisão paradigma*

As teorias positivistas do precedente judicial negligenciaram por completo uma razão que hoje é vista como extremamente importante para se seguir um precedente: o valor moral do precedente – i. e., as exigências de universalizabilidade e de igualdade de tratamento, que se movem na direção de uma prática jurídica imparcial e de um judiciário capaz de ditar decisões congruentes e coerentes – não era visto como fundamento para a vinculatividade do direito jurisprudencial. Para essas teorias, a única razão pela qual deve ser

seguido o precedente judicial é a autoridade do juiz que o estabeleceu, o poder normativo geral atribuído pelo ordenamento de forma expressa ou implícita a um determinado órgão de aplicação do direito.

O equívoco de tal tipo de teoria salta aos olhos quando voltamos nossa atenção para o “autoprecedente”, ou seja, para a exigência que se impõe ao juiz singular de respeitar o próprio precedente, por razões morais. O princípio kantiano da universalizabilidade – que constitui a regra de ouro da razão prática – exige por sua própria força – independentemente de quaisquer fatores institucionais – que o precedente seja ao menos levado em consideração na argumentação jurídica.

Uma teoria jurídica que não dê conta da função do precedente para a racionalização do direito não é uma teoria jurídica digna de credibilidade.

No entanto, não é qualquer precedente que merece ser repetido em casos futuros. O aplicador do direito, ao superar o positivismo jurídico e o seu fetiche de que a “*auctoritas*” de um ato jurídico de produção ou reconhecimento do direito constitui o único elemento definidor e a única fonte do direito, deve ter em mente que o que justifica a regra do *stare decisis* – o próprio dever de levar em consideração os precedentes judiciais – é a necessidade de se *racionalizar* o direito e permitir a sua aplicação de forma *substancialmente correta*.

A partir do momento em que se reconhece a tensão entre facticidade e validade que é imanente ao direito – a tensão entre positividade e correção de suas normas –, fica claro que um precedente injusto ou irracional não merece e nem deve ser seguido. Se a própria finalidade da técnica do precedente é racionalizar o direito e contribuir para a correção dos seus atos de aplicação, não faz sentido respeitar o precedente por puro apego à tradição, por mera inércia e incapacidade de uma reflexão crítica voltada para a revisão de normas adscritas defeituosas por vício de incorreção.

Mas é possível determinar a incorreção de uma decisão? Apenas um positivista radical responderia negativamente a essa interrogação. Tivemos oportunidade de demonstrar que, por meio de regras de argumentação como o princípio U^{weak} de Günther ou as regras que compõem o código da razão prática de Alexy, é possível formular ao menos um juízo sobre a *incorreção* de determinadas decisões.

Nesse terreno, a teoria dos precedentes que estou a sustentar se encontra com a teoria da argumentação jurídica e tem a mesma função desta: a função de

dizer “não” a um determinado universo de soluções injustas, de rejeitar por irracionais e antijurídicas as normas adscritas que não encontrem condições de aceitabilidade racional à luz das metanormas e diretivas fornecidas pela razão prática.

Apesar de na maioria das vezes a técnica do precedente encontrar amparo tanto em razões de autoridade – razões institucionais – quanto em razões prático-racionais, haverá sempre a possibilidade de colisão entre esses dois grupos razões, quando então deve o julgador ponderar os argumentos e razões que são invocados pelos participantes do discurso jurídico para justificar um juízo sobre a *validade* das normas adscritas que podem ser buscadas nos precedentes judiciais. Ainda que se possa sustentar uma prioridade *prima facie* dos argumentos institucionais no discurso jurídico, seria falso e perigoso derivar daí que o argumento da correção moral não possa constituir uma razão para se afastar de uma regra jurisprudencial.

4.3.3

A determinação do peso da *ratio decidendi*: a ponderação das fontes e dos demais fatores institucionais e extra-institucionais que influem sobre o precedente

4.3.3.1

Duas operações básicas no direito: subsunção e ponderação

Como explica Alexy, há duas “operações básicas na aplicação do direito”: *subsunção* e *ponderação* (Alexy, 2003-b, p. 433). Tivemos oportunidade de demonstrar acima, ao tratarmos da classificação estrutural das normas jurídicas, que a primeira operação básica está associada às “regras” e a última aos “princípios”¹⁷⁸. Agora tentarei provar que, no terreno do precedente judicial, a subsunção é um modelo adequado para a *reconstrução* ou *identificação* da *ratio*

¹⁷⁸ Ver supra, capítulo III, seção 3.3.2.3., subseção B.1, n. II-*bis* a II-*quater*.

decidendi (que constitui uma norma adscrita do tipo “regra”) e a ponderação para a determinação do *peso* dessa *ratio decidendi* ou norma adscrita.

Explica o professor de Kiel que a teoria jurídica produzida até o momento encontrou um desenvolvimento muito maior na descrição da subsunção do que no estudo da ponderação, mas ambas são igualmente importantes e freqüentes na prática jurídica. Ambas as formas de raciocínio jurídico podem ter a sua estrutura interna elucidada por meio de uma representação formal. Quando propusemos um modelo silogístico para identificar a *ratio decidendi* – definindo esta como qualquer premissa normativa em um silogismo jurídico¹⁷⁹ – estávamos naturalmente pressupondo a possibilidade de reconstrução racional do processo de subsunção.

Ao esquema que utilizamos para reconstruir a operação de subsunção, Alexy denominou “*Subsumption Formula*”. A fórmula da subsunção pode, em cada caso concreto, ser exposta em diferentes níveis de detalhamento e sofisticação, dependendo da extensão da cadeia de fundamentação. Alexy, por exemplo, cita uma versão mais desenvolvida dessa fórmula à qual vale a pena fazer uma breve referência:

- (1) $(x) (Tx \rightarrow ORx)$
- (2) $(x) (M^1x \rightarrow Tx)$
- (3) $(x) (M^2x \rightarrow M^1x)$
- .
- .
- .
- (n + 2) $(x) (Sx \rightarrow M^n x)$
- (n + 3) Sa
- (n + 4) $ORa \quad (1) - (n + 3)$

Como explica Alexy:

- (1) é uma norma, esteja ela expressa em um enunciado legislativo ou tenha sido ela alcançada pelo judiciário. (2) – (n+2) são regras semânticas relativas ao conceito usado para dar expressão à condição antecedente da norma (T) em relação ao conceito usado para descrever o caso (S). (n+3) é a descrição do caso. (n+4) segue logicamente de (1) – (n+3) (Idem, p. 434).

Cada enunciado classificatório, cada valoração jurídica, cada descrição dos fatos e sua qualificação normativa constitui uma premissa intermediária que pode

¹⁷⁹ Ver supra, capítulo III, seção 3.2.

ser adicionada entre (1) e (n + 4). Com a fórmula da subsunção, é possível expor sob a forma de uma rede de silogismo todas as premissas normativas de uma decisão jurídica. Por isso é que sustentei, na seção 3.2 deste capítulo, que o modelo silogístico é um modelo suficiente para determinar a *ratio decidendi* de um precedente, i. e., a *regra adscrita* dele derivada e que pode constituir um parâmetro para a subsunção de casos futuros.

No entanto, o modelo da subsunção é ainda insuficiente para uma descrição suficientemente completa do processo de argumentação por precedentes porque ele consegue apenas *identificar* as *rationes decidendi* que podem ser extraídas de cada decisão judicial, descurando do problema que precisamos resolver nesse momento: o *peso* que as normas adscritas de origem jurisprudencial assumem na argumentação jurídica.

Quando voltamos a nossa atenção para esse último problema (o *peso* da *ratio decidendi*, e não mais a sua mera *descoberta*), já não estamos mais diante de um raciocínio subsuntivo, mas essencialmente diante de uma *ponderação*.

A imagem das valorações jurídicas como uma “ponderação de bens e valores” não é nova na teoria jurídica. Larenz, por exemplo, relata sua freqüente utilização pelo Tribunal Constitucional Federal alemão e atribui a freqüência no uso desse método à indeterminação dos direitos fundamentais consagrados na constituição:

A amplitude com que a jurisprudência dos tribunais faz uso deste método explica-se, especialmente, pela ausência de uma delimitação rigorosa das hipóteses normativas desses direitos, a não indicação de notas distintivas, em relação, por exemplo, ao que é ‘exigível’. Os direitos, cujos limites não estão fixados de uma vez por todas, mas que em certa medida são ‘abertos’, ‘móveis’, e, mais precisamente, esses princípios podem, justamente por esse motivo, entrar facilmente em colisão entre si, porque a sua amplitude não está de antemão fixada. Em caso de conflito, se se quiser que a paz jurídica se restabeleça, um ou outro direito (ou um dos bens jurídicos em causa) tem que ceder até um certo ponto perante o outro ou cada um entre si. A jurisprudência consegue isto mediante uma ‘ponderação’ dos direitos ou bens jurídicos que estão em jogo conforme o ‘peso’ que ela confere ao bem respectivo na respectiva situação (Larenz, 1997, p. 575).

A necessidade de ponderar decorre, como se pode verificar no trecho citado, das próprias dificuldades que surgem na argumentação jurídica, seja devido a problemas de aplicação e interpretação de normas ou a problemas de prova e qualificação de fatos (MacCormick, 1978). É nos casos difíceis que,

inevitavelmente, o juiz deve recorrer a ponderações. Como explica Alexy, “casos difíceis (...) são definidos pelo fato de que há razões tanto a favor como contra qualquer solução considerada. A maior parte dessas colisões de razões só pode ser resolvida por meio da ponderação” (Alexy, 2003-b, p. 436).

Apesar de encontrar forte resistência entre os teóricos do direito – tendo em vista certo ceticismo quanto ao controle de sua racionalidade – a ponderação desempenha um papel “vivo e dominante na prática jurídica” (Ibidem).

A ponderação ocupa um lugar central na teoria dos *princípios* de Robert Alexy. Se princípios são mandados de otimização, que podem ser restringidos em face das condições fáticas e jurídicas, mas devem ser sempre cumpridos na máxima medida possível, a ponderação se torna inevitável para solucionar as colisões entre esses princípios. O próprio conceito de princípios implica a ponderação: ambos constituem duas faces da mesma moeda.

Em seus trabalhos mais recentes, Alexy (2002-a; 2003-b) tenta demonstrar que a estrutura interna da ponderação pode ser elucidada por uma fórmula aritmética que cumpre a mesma função da já mencionada “fórmula da subsunção” – i. e., a função de contribuir para a justificação interna das decisões jurídicas –, que ele denominou “fórmula da ponderação” (“*Weight Formula*”).

Desde o momento em que se passa a definir os princípios como “mandados de otimização” – os quais podem ser cumpridos/realizados em diferentes intensidades, tendo em vista as condições fáticas e jurídicas em que se aplicam – torna-se necessário um modelo aritmético que permita ao operador do direito *graduar* a restrição e a realização desse tipo de norma, a fim de permitir uma correta utilização do denominado método da ponderação.

Como vimos, o processo de *pesagem* pode ser dividido em três estágios: 1. definição do grau de interferência em um dos princípios; 2. definição da importância da satisfação do princípio que atua em sentido contrário; e 3. verificar se a importância do princípio contrário justifica ou não a afetação do primeiro princípio (Alexy, 2002-a, p. 32).

A denominada *fórmula de ponderação* deve, para ser racional, levar em consideração esses três passos. Precisa ainda, e neste ponto reside a importância de um modelo aritmético, fornecer um parâmetro para graduar (ou medir) a

intervenção no princípio P^1 e a satisfação do seu princípio contrário (no caso, P^2)¹⁸⁰.

Neste terreno, é cabível uma escala triádica para *classificar* as intensidades de intervenção e satisfação de princípios jurídicos. Um exemplo do próprio Alexy pode ajudar nisso: o princípio da liberdade de ação econômica é um dos que pode ser restringido em diferentes graus. De um lado, impor aos produtores de tabaco o dever de colocar advertências sobre o perigo de consumir os seus produtos deve ser considerada uma intervenção *leve* em seu âmbito de aplicação; por outro lado, uma proibição de comercialização e consumo de qualquer tipo de produto de tabaco seria, seguramente, uma intervenção *grave* na liberdade econômica dos produtores; finalmente, entre um extremo e outro, a proibição de máquinas de vender tabaco, associada à proibição de venda em determinados lugares, pode ser considerada uma intervenção *média* naquele mesmo princípio (Alexy. 2002-a, p. 33).

A construção da fórmula de ponderação inicia-se com a atribuição de valores numéricos diferentes para as intervenções e satisfações leves (*l*), médias (*m*) e graves (*g*): para *l*, atribui-se o valor 2^0 (ou seja, 1); para *m*, 2^1 (ou seja, 2); e, para *g*, 2^2 (ou seja 4).

Esses valores são atribuídos a cada uma das duas primeiras dimensões da lei de ponderação: a *intensidade de intervenção* em um princípio – representada por « IP_iC » – e a *importância da satisfação* do princípio colidente – « WP_jC »¹⁸¹. Da união desses dois fatores chega-se, regra geral, ao *peso relativo* dos princípios P_i e P_j – « $GP_{i,j}C$ ».

Há, até agora, nove situações possíveis se adotarmos o modelo triádico. Nas três primeiras, o princípio P_i prevalece sobre P_j :

¹⁸⁰ Alexy é o primeiro a lembrar que o modelo aritmético sugerido encontra certas limitações. Em argumentação jurídica, somente por analogia se pode trabalhar com cocientes numéricos (Alexy, 2002-a, p. 42); sem embargo, a analogia sugerida é fecunda porque dá uma dose maior de objetividade à ponderação jurídica, aumentando sua controlabilidade através de uma estrutura complexa que estabelece um processo para a justificação interna da ponderação. No entanto, ao utilizar o modelo de ponderação sugerido, deve-se ter em mente os limites de tal analogia. Com efeito, “as verdadeiras premissas da Fórmula de Ponderação não são números, mas juízos sobre os graus de interferência, a importância dos pesos abstratos e os graus de confiabilidade das premissas empíricas” (Alexy, 2003-b, p. 448).

¹⁸¹ As expressões IP_iC e WP_jC só se referem aos pesos que os princípios jurídicos apresentam *no caso concreto* (ou seja, diante das condições *C*). Tratam-se, aqui, de dimensões concretas dos princípios jurídicos. Veremos, mais adiante, que os denominados *pesos abstratos* dos princípios colidentes também interferem no resultado da ponderação. No entanto, nos casos em que tais “pesos abstratos” forem iguais – e estes casos parecem ser majoritários – eles não precisam ser incluídos na fórmula.

- (1) « IP_iC »: g / « WP_jC »: l .
- (2) « IP_iC »: g / « WP_jC »: m .
- (3) « IP_iC »: m / « WP_jC »: l .

Nas situações (4)-(6), a ordem é inversa, ou seja $P_j P_i$:

- (4) « IP_iC »: l / « WP_jC »: g .
- (5) « IP_iC »: m / « WP_jC »: g .
- (6) « IP_iC »: l / « WP_jC »: m .

Finalmente, as situações (7)-(9) espelham três casos de empate:

- (7) « IP_iC »: l / « WP_jC »: l .
- (8) « IP_iC »: m / « WP_jC »: m .
- (9) « IP_iC »: g / « WP_jC »: g .

Nos casos (1)-(6), é possível chegar a uma conclusão acerca da admissibilidade ou não (à luz da Constituição) da medida restritiva a princípios constitucionais. Diferentemente, os denominados *casos de empate* referem-se à *margem de ação* do legislador, ou seja, àqueles casos em que o comportamento escolhido pela lei não é considerado nem obrigatório nem proibido pelos princípios constitucionais colidentes.

Os graus de intervenção e satisfação dos princípios não podem ser, segundo Alexy (2002-a, p. 41), representados por um modelo cardinal que varie, por exemplo, de 0 a 1, haja vista que tanto a intensidade da intervenção em um princípio quanto a da realização do outro não devem ser quantificadas a partir de uma escala com variações infinitas. O “modelo triádico” evita as incertezas e os exageros de uma “metrificação” dos princípios constitucionais mas, por outro lado, *classifica* e, de alguma maneira, *organiza* a restrição e o cumprimento ótimo dos princípios segundo categorias compreensíveis (grave, médio e leve).

A *fórmula de ponderação*, que será apresentada a seguir, limita-se, portanto, a “apresentar uma ilustração da estrutura que subjaz ao modelo triádico com a ajuda de quantidades numéricas” (Ibidem). Essa fórmula, que se constitui em uma representação da estrutura interna da ponderação, se expressa da seguinte maneira:

$$GP_{i,j}C = \frac{IP_iC \cdot GP_iA}{WP_jC \cdot GP_jA}$$

A composição da fórmula é a seguinte: « $GP_{i,j}C$ » representa o peso relativo do princípio P_i em vista de P_j , diante das condições C . Ao lado de « IP_iC » e « WP_jC », que já foram apresentados acima, aparecem os indicadores « GP_iA » e « GP_jA », representando, respectivamente, os *pesos abstratos* de cada um dos princípios. Quando esses últimos forem idênticos, a fórmula pode ser simplificada da seguinte maneira:

$$GP_{i,j}C = \frac{IP_iC}{WP_jC}$$

Na aplicação da fórmula, « $GP_{i,j}C$ » será maior do que 1 em todos os casos em que se puder concluir que o princípio P_i tem precedência sobre P_j ; da mesma forma, em todos os casos em que a ordem de prioridade se inverta (P_j P P_i) o valor de « $GP_{i,j}C$ » será inferior a 1; finalmente, nos “casos de empate” (« $GP_{i,j}C$ » = 1), estar-se-á dentro dos limites da margem de ação do legislador.

Sendo equivalentes os pesos abstratos, a partir da fórmula de ponderação pode-se chegar aos seguintes valores de « $GP_{i,j}C$ »: 4 (para os casos g/l), 2 (para os casos m/l), 1 (para todos os casos de empate), $\frac{1}{4}$ (para os casos l/g) e $\frac{1}{2}$ (para os casos m/g e l/m).

Essa fórmula de ponderação pode ser ainda ampliada para incluir, como mais uma variável no cálculo do peso relativo dos princípios colidentes, o *grau de segurança das premissas empíricas* utilizadas na argumentação. Nesses casos, é inserida a estrutura da denominada *segunda lei de ponderação* (referente à certeza das premissas empíricas utilizadas na argumentação), de modo que a fórmula de ponderação passa, nessa versão completa (que só é necessária quando houver diferença no grau de segurança das premissas empíricas utilizadas), a ter seguinte configuração:

$$GP_{i,j}C = \frac{IP_iC \cdot GP_iA \cdot SP_iC}{WP_jC \cdot GP_jA \cdot SP_jC}$$

A confiabilidade das premissas empíricas – «*SPC*» – pode ser, assim como o grau de intervenção ou satisfação dos princípios, graduada segundo uma escala triádica cuja configuração é a seguinte: *certeza ou segurança* (g), *justificável ou plausível* (p) e *não evidentemente falso* (e). Aos três graus de segurança, pode-se atribuir os seguintes valores: ($g = 2^0$), ($p = 2^{-1}$) e ($e = 2^{-2}$).

Com esta terceira dimensão, considera-se concluída a descrição formal do método da ponderação. Os objetivos da fórmula foram: (1) revelar quais são as principais variáveis que interferem no resultado das ponderações de princípios jurídicos (intensidade da restrição em P_i , grau de satisfação de P_j , peso abstrato de cada um dos princípios colidentes, segurança das premissas empíricas utilizadas na argumentação); (2) propor um modelo triádico de *classificação* e *avaliação* das duas primeiras variáveis do processo de ponderação (« IP_iC » e « WP_jC »); (3) propor modelo semelhante para a *avaliação dos argumentos empíricos* que têm lugar na argumentação jurídica (« SP_xC »); e (4) representar formalmente as *relações* entre cada uma das dimensões da ponderação.

Seu caráter estritamente formal, longe de reduzir o raciocínio jurídico a um “formalismo”, é talvez sua maior vantagem. Ele se ajusta à pretensão alexyana de construir uma teoria procedimental da argumentação jurídica que se volte mais para a formulação de regras que nos digam *como* argumentar do que para a enunciação de preceitos materiais inafastáveis e definitivos. Esse traço formal revela, assim, sua neutralidade em relação à avaliação que o intérprete fará sobre cada uma das dimensões da ponderação, que é compensada pela sua abertura frente à argumentação prática geral. O modelo triádico representa, por sua vez, uma “escala que busca sistematizar classificações que podem ser encontradas na prática judicial diária e na argumentação jurídica” (Alexy, 2003, p. 443).

4.3.3.2

Ponderação de *princípios* e ponderação de *razões*

O modelo aritmético proposto por Alexy fornece, apesar do grande número de críticas que tem enfrentado¹⁸², um modelo adequado para a ponderação de

¹⁸² Para apenas algumas dessas críticas, ver Habermas (2005-a), Günther (1993-b), Ávila (2003), Hage (1997), García Amado (2008), García Figueroa (1998). Muitas das críticas de García Figueroa, no entanto, foram revistas pelo próprio autor. Comento as principais críticas de

princípios. Alguns autores, no entanto, criticam Alexy e Dworkin quando estes atribuem aos princípios uma “dimensão de peso”. Ávila, por exemplo, argumenta que “a dimensão de peso não é algo que esteja incorporado a um tipo de norma. (...) Não são, pois, os princípios que possuem uma dimensão de peso: às razões e aos fins aos quais eles fazem referência é que deve ser atribuída uma dimensão de importância”¹⁸³ (Ávila, 2003-b, p. 42). “É a decisão que atribui aos princípios um peso em função das circunstâncias do caso concreto”. Sintetizando essas idéias, Ávila conclui – fazendo referência a Hage – que “a dimensão de peso não é um atributo empírico dos princípios, justificador de uma diferença lógica relativamente às regras, mas *resultado de um juízo valorativo do aplicador*”.

O ponto decisivo não seria a falta de ponderação na aplicação das regras, mas o tipo de ponderação que é feita e o modo como ela se justifica, tendo em vista que as razões para superar uma regra devem ser suficientemente fortes para ultrapassar a trincheira institucionalmente estabelecida pelo legislador (encontrando justificção, normalmente, na própria razão justificativa da regra – *rule’s purpose*).

A idéia de ponderação de princípios, no entanto, não deixa de ser plausível.

Percebe-se, portanto, que a noção de “ponderação” sofre de certa ambigüidade em relação ao seu objeto. De um lado, Alexy parece ver a ponderação como um *procedimento de pesagem de princípios jurídicos* cujos fins (por eles protegidos) não podem ser plenamente realizados ao mesmo tempo, *sendo necessário restringir uma das duas normas* e atribuir um peso maior à outra. O que está em jogo aqui é a aplicação de normas que não podem ser cumpridas simultaneamente em sua integralidade, tendo em vista que elas possuem uma ligação direta com fins e valores que, no mais das vezes, podem ser realizados em parte. Princípios podem, nesta perspectiva, ser cumpridos em graus (intensidades) diferentes, em função do contexto fático e normativo. Esse procedimento de sopesamento há de ser considerado possível se nós viermos a

Habermas e Günther em Bustamante (2006-b), bem como as de Ávila e Hage em Bustamante (2002 et 2005). Analiso também as críticas de García Amado em Bustamante (2008-b).

¹⁸³ Para um entendimento semelhante ao ora analisado, ver Jaap Hage (1997, p. 116), para quem o peso das razões que determinam uma solução jurídica é relacionado com o caso a ser julgado, não podendo ser diretamente atribuído aos princípios (que geram razões para a decisão), haja vista que os princípios, em si mesmos, não têm sua existência imediatamente relacionada com um ou outro caso. Isso significa, para Hage, que Dworkin está equivocado ao atribuir uma dimensão de peso diretamente aos princípios, ao invés de às razões que neles se baseiam.

entender que princípios podem ser *restringidos*, ao invés de meramente excepcionados.

De outro lado, Ávila (2003) e Hage (1997) parecem enxergar a ponderação como uma espécie de *avaliação comparativa entre razões de decidir* geradas por normas jurídicas (mas não somente por elas) em tese aplicáveis a um caso concreto. Um tal tipo de avaliação está presente na interpretação de praticamente todos os enunciados normativos, já que a consideração sistemática do ordenamento jurídico implica onipresentes juízos de valor que decorrem tanto da necessidade de se escolher um dentre os significados possíveis para um determinado enunciado normativo quanto da eventual necessidade de se superar as possibilidades semânticas de um texto legal (Bustamante, 2005-a, p. 222-3).

Portanto, em um sentido *estrito* a ponderação é apenas um método de aplicação de *princípios*, mas em um sentido *amplo* pode abranger qualquer avaliação comparativa entre as *razões* ou *argumentos* que podem ser utilizados no discurso jurídico.

Quando falamos na determinação do peso ou importância dos princípios jurídicos, Alexy nos ensinou que há três ordens de avaliação que devem ser combinadas: o peso concreto dos princípios colidentes (1); o peso abstrato (importância) desses mesmos princípios (quando for diferente) (2); e a segurança das premissas empíricas sobre o cumprimento ou afetação dos princípios (3).

Por outro lado, quando passamos da ponderação de *princípios* para a ponderação de *razões* essas três escalas deixam de constituir um parâmetro satisfatório. A complexidade da ponderação de razões vai abranger toda a complexidade da justificação externa de uma norma individual ou decisão – isto é, a justificação das premissas utilizadas na argumentação jurídica.

1. Em primeiro lugar, devem entrar no jogo da ponderação também as próprias *fontes do direito*, e não apenas as normas delas derivadas. Com efeito, no modelo de Alexy esse fator não é relevante porque se presume desde o início que todos os direitos fundamentais em rota de colisão estão consagrados em princípios jurídicos dotados de mesma hierarquia em sentido formal. Todos os princípios de que fala Alexy são normas constitucionais e, por natureza, fontes obrigatórias em sentido forte (*must-sources*). Por isso é que os princípios só podem ser restringidos com fundamento em outros princípios de igual categoria.

Não é necessário levar em consideração a hierarquia formal das fontes do direito porque se presume, desde o início, que, apesar da falta de objetivação e da ausência de uma hipótese de incidência definida, todos os princípios estão no topo do ordenamento jurídico. A possibilidade de cumprimento gradual e de restrição desses princípios decorre de sua própria debilidade estrutural, e apenas desse fator.

Na argumentação por precedentes, no entanto, a situação é substancialmente diferente. Como na grande maioria das vezes é possível identificar a *ratio decidendi* com base no modelo silogístico que venho propondo, as normas adscritas encontradas nos precedentes judiciais não padecem das debilidades estruturais que caracterizam os princípios jurídicos de Alexy. São, pelo contrário, autênticas regras jurídicas que contém determinações sobre a conduta devida. Mas isso não significa, entretanto, que a força ou peso dessas regras seja sempre absoluta. Regras podem, dependendo das fontes ou materiais normativos dos quais derivam, gerar razões mais ou menos decisivas na argumentação jurídica.

É claro que nas situações em que uma norma de direito positivo atribui ao precedente judicial um caráter absolutamente vinculante o peso da regra jurídica será extremamente elevado. Nessas situações, as normas adscritas derivadas de precedentes judiciais são *obrigatórias em sentido forte* e apenas podem ser afastadas em situações excepcionais, onde seja possível estabelecer uma exceção em sua hipótese normativa por meio da técnica da redução teleológica. Não é necessário ponderar acerca de sua força porque o próprio ordenamento jurídico já estabelece que invariavelmente ela será vinculante em grau máximo. E como essas regras não padecem da debilidade estrutural dos princípios, há pouco espaço para a ponderação de sua eficácia (embora, obviamente, possa haver dúvidas acerca da interpretação dos conceitos utilizados na definição da hipótese de incidência da norma).

Não obstante, para os casos (majoritários) em que não há norma de direito positivo que dê ao precedente judicial um caráter estritamente vinculante – ou seja, nas situações em que os precedentes judiciais são apenas fontes *obrigatórias em sentido frágil* (“*should-sources*”) ou meramente *permitidas* (“*may-sources*”) –, é necessária uma ponderação para determinar a força da norma adscrita ou *ratio decidendi*. Esta ponderação, contudo, não é feita em função das características estruturais que a norma jurídica pode apresentar (pois, como se tratam de *regras*

jurídicas, são mandados definitivos, e não mandados de otimização), mas em função da *importância* que se atribui ao precedente judicial do qual essas regras derivam.

O tipo de *fonte* que o precedente judicial constituir no caso concreto será, portanto, determinante no *peso* ou *importância* da própria *norma adscrita* dele derivada.

2. Em segundo lugar, em vista de tudo quanto foi visto nesta seção 3.3, pode-se falar em diferentes graus de vinculatividade da *ratio decidendi* de um precedente em função dos *fatores institucionais* (contexto institucional, tradição jurídica, estrutura constitucional) e *extra-institucionais* (concepções teóricas acerca do direito, do discurso jurídico e da dogmática jurídica; fatores estruturais das normas jurídicas adscritas de precedentes judiciais e das teorias elaboradas pelos tribunais na fundamentação de suas decisões; e correção substancial das decisões jurídicas) que influem sobre sua eficácia. Todos esses fatores – inclusive os subfatores mais específicos compreendidos em cada um deles como, por exemplo, os critérios de coerência, que constituem elementos determinantes para a estrutura da fundamentação das decisões – entram no jogo da ponderação das *razões* e *argumentos* determinantes para a força do precedente judicial.

3. Em terceiro lugar, um modelo adequado de ponderação de razões só poderá fazer jus à complexidade desse procedimento jurídico-metodológico se levar em conta as diferentes interações que se pode verificar entre os argumentos empregados no discurso jurídico. Neste ponto, as “formas de argumento” até agora comentadas (como o modelo silogístico que apresentei para extrair a *ratio decidendi*) não conseguem fornecer um panorama suficientemente complexo das modalidades de interação entre os argumentos jurídicos, pois se limitam a meras implicações do tipo simples, as quais estão em jogo quando temos uma situação em que há apenas “um argumento para” que se faça (ou deixe de fazer) determinada coisa. Tratam-se daqueles casos que Neil MacCormick e Robert Summers denominaram de “forma simples” de argumento, pois cada um desses argumentos possui uma espécie de permissividade auto-suficiente (‘*permissive sufficiency*’) (MacCormick; Summers, 1991, p. 525).

Além dessa forma simples, há certas estruturas mais complexas, entre as quais pode-se incluir a hipótese de *cumulatividade* de argumentos. Com efeito, ao lado daqueles casos onde há diferentes argumentos mutuamente independentes

que trabalham, cada um à sua maneira, para justificar a mesma conclusão (argumentos *coincidentes*), existem situações nas quais “os argumentos cumulam-se, ao invés de meramente coincidirem” (MacCormick; Summers, 1991, p. 526; Ávila, 2001, p. 22). É importante notar, quanto a este último caso, que é possível, dependendo das razões geradas pela integração entre os raciocínios, que a força dos argumentos cumulados supere em muito a mera soma das razões que, por simples coincidência, indicam o mesmo caminho. Cada diferente forma de interação argumentativa pode gerar razões com pesos diferentes para a solução de um problema concreto. Embora seja inviável estabelecer fórmulas rigorosas para se determinar o valor exato de cada argumento ou de cada conjunto de argumentos (interdependentes ou não) – pois isso, além de representar uma potencial regulamentação excessiva da esfera de subjetividade sempre presente nas valorações jurídicas, implicaria a utilização de estruturas lógicas praticamente inassimiláveis – é possível constatar que diferentes tipos de formulação de argumentos podem conduzir a também diferentes soluções para problemas jurídicos. De um lado, a superação de argumentos cumulativos exige, regra geral, razões mais fortes do que a de um único argumento simples; de outro, argumentos que *a priori* teriam um peso relativamente baixo podem, se integrados com argumentos de valor mais elevado, melhor solidificá-los e densificar as razões por eles geradas. A favor da cumulatividade de argumentos atua a idéia de *coerência*¹⁸⁴, que é tanto mais expressiva quanto maior for a cadeia de fundamentação que ela contiver e quanto mais ela estiver ancorada em certos princípios fundamentais. Para estabelecer uma fórmula simples para a cumulação de argumentos, podemos simplesmente reproduzir as seguintes conclusões de Ávila: “quanto maior a cadeia de fundamentação, maior a estrutura de estabilidade dos valores, e maior a força justificativa dos argumentos” (Ávila, 2001-a, p. 24). Daí, podemos extrair a seguinte regra para a interação positiva (ou unidirecional) entre argumentos:

R^{Interação positiva}: *Prima facie*, os argumentos cumulativos prevalecem sobre os meramente coincidentes; estes, por sua vez, *prima facie* prevalecem sobre os argumentos simples.

¹⁸⁴ Ver *supra*, capítulo III, seção n. 3.3.2.3, subseção B.2, item II-*bis*.

4. Por derradeiro, cumpre salientar que é possível aprofundar também o estudo das formas de *conflitos* entre argumentos utilizados no discurso de justificação de uma norma adscrita. Nessa linha, é possível indicar três fatores que levam à rejeição de um argumento (MacCormick; Summers, 1991, p. 527-530):

- a) *inaplicabilidade*: um argumento é rejeitado quando, apesar das aparências, se comprovar que as condições para a sua utilização não existem;
- b) *cancelamento*: apesar de aplicável, um argumento é rejeitado porque existe um outro aplicável ao caso que nulifica por completo a sua força justificatória;
- c) *preponderância (outweighing)*: um argumento mantém sua força justificatória mas há outro argumento com maior peso tendo em vista as circunstâncias presentes no caso concreto¹⁸⁵.

Nas duas primeiras situações (inaplicabilidade e cancelamento), não se trata de uma questão que diga respeito pura e simplesmente ao peso relativo de cada argumento, mas de um caso no qual é possível concluir, com maior certeza, qual será a argumentação que pode ser considerada correta no caso concreto. Quando estamos diante de um argumento inaplicável ao caso, o enunciado normativo referenciado pelo intérprete só aparentemente é capaz de gerar razões para o comportamento que se pretende seguir. O próprio emprego de tal tipo argumento pode ser considerado um equívoco. Da mesma maneira, quando há um argumento que neutraliza (cancela) por completo a força justificatória de outro, o primeiro pode ser visto como uma *exceção* ao último, de modo que não se exige um juízo acerca do *peso relativo* de cada um deles, uma vez que um dos dois é excluído por completo. Vê-se, por conseguinte, que essa diferenciação possui uma importante função de descarga argumentativa, haja vista que, superadas as questões acerca da aplicabilidade de um argumento ou da possibilidade de um argumento cancelar o outro (por ser uma exceção), não são necessárias justificativas adicionais para se afastar uma hipótese de solução.

Percebe-se, portanto, que na hipótese ‘c’ – que se verifica nos casos em que há *imbricamento* de argumentos (Ávila, 2001, p. 23) – há uma maior liberdade por parte do jurista prático, pois só através de uma valoração jurídica adicional será

¹⁸⁵ Além dos três fatores apontados acima, MacCormick e Summers (Ibidem) falam em ‘*overriding*’, referindo-se àquelas situações em que um argumento prevalece sobre outro tendo em vista uma ordem de prioridades estabelecidas pelo ordenamento jurídico. Como essa ordem só pode ser uma ordem rígida – caso contrário não estaríamos diante de ‘*overriding*’, mas sim de preponderância (‘*outweighing*’) – penso que não há razão para essa categoria autônoma, pois é perfeitamente possível incluir as hipóteses por ela abarcadas em b (cancelamento).

possível saber a solução que será dada ao problema. Tratam-se dos casos onde “o entrecruzamento dos argumentos impõe regras de prioridade”, o que só pode ser feito a partir de uma valoração comparativa dos pesos dos argumentos em jogo. Em forma de regra de argumentação, poderíamos enunciar:

R^{Imbricamento}: Nos casos de imbricamento de argumentos (tipo de interação negativa onde os argumentos se superpõem sem se anularem por completo), a colisão será sempre resolvida por meio de uma regra de prioridade entre os argumentos.

No entanto, permanece discutível a questão acerca de quais serão essas regras de prioridade: eis aí mais um problema que só será resolvido na argumentação construída diante do caso concreto, respeitando-se as demais proposições da teoria da argumentação jurídica.

À guisa de conclusão, podemos dizer portanto que a identificação da *ratio decidendi* não esgota o problema da argumentação por precedentes. Na verdade, esta constitui apenas a ponta do *iceberg* e pode ser facilmente visualizada através de um modelo subsuntivo ou silogístico de reconstrução das premissas normativas necessárias para justificar uma decisão. O maior problema, como vimos, é a determinação da força do precedente ou do peso e/ou grau de importância da *ratio decidendi* para os casos futuros, que somente pode ser determinado por meio de uma *ponderação de razões*. Esse tipo de ponderação, por ter um objeto mais amplo do que a tradicional “ponderação de princípios”, compreende critérios que não podem ser integralmente visualizados na “fórmula da ponderação” de Robert Alexy. Nesta seção, tentei fazer um inventário dos principais critérios que podem influenciar essa decisão (sobre a importância da *ratio decidendi*). Apesar de eu não ter conseguido estabelecer uma relação exata entre esses critérios e um modelo analítico como a fórmula que Alexy propôs para a ponderação de princípios, creio que pelo menos um certo avanço foi alcançado, pois, no momento de decidir sobre a importância de um dado precedente, já sabemos ao menos em quais fatores devemos basear a nossa decisão.

4.4

***Mutatis mutandis*. O *overruling* ou ab-rogação do precedente judicial**

O *overruling* é uma espécie do gênero das denominadas “*judicial departures*”, ou seja, dos casos de *afastamento* de uma regra jurisprudencial. Uma hipótese de afastamento (*departure*) se dá quando o tribunal resolve um problema jurídico solucionável por um precedente judicial, mas de forma diferente. O juiz apela, nesses casos, para uma nova regra jurídica que conduz a um resultado diverso do previsto pelo precedente. Como explicam Summers e Eng, nas *judicial departures*

a decisão precedente deve ser apropriadamente semelhante ao caso subsequente. Em última instância, o precedente e o caso a ser decidido devem trazer à tona as mesmas questões jurídicas, e o caso precedente deve já ter resolvido a questão. (...) Em países de *common law*, uma *departure* ou afastamento de um precedente por uma corte superior pode, via de regra, ser prontamente identificada como um regramento (*ruling*) diferente para uma questão posta por fatos materiais (*material facts*) relevantemente semelhantes aos da decisão precedente (Summers; Eng, 1997, p. 521).

Embora nos sistemas jurídicos de *civil law* seja um pouco mais difícil identificar as *departures*, pois muitas vezes elas não são expressamente tematizadas, creio que a noção prevalecente no *common law* – à qual Summers e Eng fazem referência no trecho acima – pode ser generalizada. Dá-se o “afastamento” (*departure*) de um precedente judicial quando o tribunal posterior adota uma nova norma concreta que decide um caso compreendido na hipótese de incidência de uma regra anterior de origem jurisprudencial.

O *overruling*, no entanto, não é o único caso de *judicial departure*. Como explica Eng, “é importante observar que *distinguish*, *overruling*, e *fact-adjusting* são funcionalmente equivalentes; eles servem como meios alternativos para a mesma finalidade” (Eng, 2000-b, p. 316). Nas três situações, estamos diante de um caso de abandono da regra adscrita (de origem jurisprudencial) que aponta para uma determinada solução ao problema jurídico enfrentado.

O que diferencia o *overruling* e o torna especialmente relevante é que ele não se refere a um simples problema de aplicação do precedente judicial – não se contenta com a não-ocorrência de suas conseqüências no caso concreto –, mas vai bem além disso, já que representa uma *ab-rogação* da própria norma adscrita

aceita como precedente. O *overruling* se apresenta como o resultado de um *discurso de justificação* em que resulta infirmada a própria *validade* da regra antes visualizada como correta. Por isso, as razões que o justificam devem ser ainda mais fortes do que as que seriam suficientes para o *distinguish* (seja a interpretação restritiva ou a redução teleológica do *case law*).

As situações que dão ocasião ao *overruling* – a anulação de um precedente pelo próprio órgão jurisdicional que o estabeleceu – costumam variar, em cada sistema jurídico, em função dos fatores institucionais e extra-institucionais que influem sobre a força do precedente judicial. No entanto, a regra de ouro sobre as *departures* – e o *overruling*, em especial – deve ser a mesma não importa a tradição jurídica ou a força do precedente no caso concreto: sempre que um juiz ou tribunal for se afastar de seu próprio precedente, este deve ser levado em consideração, de modo que a questão do afastamento do precedente judicial seja *expressamente tematizada*. Nesse sentido, aponta Rorive que em sistemas jurídicos tão diferentes como a Bélgica – que adota um modelo de cassação semelhante ao francês – e a Inglaterra – berço do *common law* –, despontam teorias sobre o *overruling* ou *revirement jurisprudentiel* cuja principal importância é “fornecer uma justificação convincente das modificações operadas [na jurisprudência], que seja capaz de conciliar a força normativa atribuída aos precedentes e a necessidade de se recolocá-los em questão, em certo momento” (Rorive, 2003, p. 497). Todo abandono de um precedente judicial deve ser expressamente justificado.

Merecem repúdio, portanto, as denominadas “*non-overt departures*” (*departures* dissimuladas ou implícitas) de um precedente judicial. Nesses casos, o afastamento do precedente acontece, “mas não é tratado como tal” (Summers; Eng, 1997, p. 522). Em quaisquer das várias modalidades desse tipo de procedimento (v.g., quando o tribunal simplesmente ignora o precedente, ou redefine e reformula o *holding* de um julgamento em termos não genuinamente fiéis ao seu sentido original etc.), o tribunal viola uma regra que hoje em dia pode ser tida como universal sobre a argumentação com precedentes judiciais: o *dever de levar em consideração o precedente*, com fundamento nos princípios da *universalizabilidade* e da *imparcialidade* na atividade judiciária.

Além dessa regra, cujo fundamento se encontra no princípio da transparência e nas regras sobre a carga de argumentação que constituem um dos

pontos centrais da teoria da argumentação contemporânea¹⁸⁶ – entre as quais se situa o princípio da *inércia* de Chaïm Perelman¹⁸⁷ –, há outras mais específicas que variam em função do peso do precedente judicial e podem, na aplicação prática do direito, constituir importantes diretivas concretas.

Como vimos anteriormente, os precedentes judiciais devem ser descritos como fontes do direito cuja vinculatividade ou obrigatoriedade pode ser classificada de acordo com a seguinte escala de três níveis: i) precedentes *obrigatórios em sentido forte* ou formalmente vinculantes (*formally binding*); ii) precedentes *obrigatórios em sentido frágil* (*not formally binding but having a force*); e iii) precedentes *meramente persuasivos*¹⁸⁸.

Vejam, a seguir, quais são as condições normalmente aceitas para superar cada um dos tipos de precedente judicial.

4.4.1

O *overruling* de precedentes meramente persuasivos

Se abstrairmos os fatores institucionais que justificam a aderência ao precedente judicial, esta pode ser compreendida como uma tomada de posição afirmativa acerca de uma pretensão de validade normativa, no contexto de um discurso prático. Em um ambiente *puramente* discursivo, onde não há quaisquer restrições sobre as partes que buscam um consenso acerca de questões normativas, pressupõe-se de início a *liberdade comunicativa* de cada um dos participantes: há sempre o “direito individual de adotar uma posição negativa” em relação à validade das normas em discussão. Como explica Günther, “o reconhecimento comunicativo de um ator como um autor pressupõe a liberdade comunicativa. Sem uma liberdade para dizer *não*, a ação subsequente não conta como uma ação de um autor responsável e que possa ser cobrado por seu comportamento” (Günther, 1996, p. 1.048).

Essa situação comunicativa descrita por Günther é a que mais se aproxima da argumentação por precedentes do tipo meramente persuasivo, onde não há

¹⁸⁶ Ver supra, capítulo II, seção 2.4.2.2.

¹⁸⁷ Ver supra, capítulo II, seção 2.4.2.6.

¹⁸⁸ Ver supra, capítulo III, seção 3.3.1., *in fine*.

qualquer dever de obediência ao precedente judicial. Aqui, o dever de considerar o precedente nada tem de especial, pois corresponde apenas ao dever de levar a sério os argumentos aduzidos pelas partes no discurso, i. e., ao dever de tomar uma posição positiva ou negativa em face das pretensões de validade normativa sustentadas pelos participantes no discurso jurídico, e não apenas ignorá-las. Nessa perspectiva, não reconhecer a validade de um precedente judicial implica o dever de dar razões a este afastamento, e seguir um precedente implica a obrigação ilocucionária de adotar as razões que o justificam:

Quando o ouvinte toma uma posição afirmativa, ele está obrigado a adotar as razões que justificam a pretensão de validade (da norma) como se fossem suas. (Idem, p. 1.041).

Portanto, onde não há qualquer restrição institucional (*institutional constraint*), a adesão a um precedente judicial é rigorosamente idêntica à aceitação de uma norma em um discurso moral de justificação. No campo da argumentação jurídica, os casos que mais se aproximam dessa situação são os do denominado “autoprecedente” despido de força vinculante em sentido estrito – em que um determinado juiz se refere a uma norma anteriormente adotada por ele próprio, mas admite, em tese, a possibilidade de ser convencido em um momento posterior da sua incorreção –, ou o do precedente horizontal, onde a parte se refere a uma decisão de outro órgão jurisdicional de igual hierarquia.

Nesse caso, a força do precedente judicial reside unicamente no argumento *ab exemplo*. Ao invés de aderir ao precedente judicial, pode-se dizer que o juiz posterior adere mais propriamente às razões produzidas pelo juiz anterior. É a qualidade dessas razões que irá determinar a força de um precedente judicial meramente persuasivo. Nesse sentido, Zimmermann e Jansen sustentam que a validade do direito judicial “resta inteiramente na qualidade do processo de raciocínio empregado”, de sorte que o *judge-made law* “sempre está apto a ser corrigido por argumentos melhores” (Zimmermann; Jansen, 1998, p. 305-6).

O *overruling* ou *reirement* irá depender, portanto, de uma ponderação entre as razões que justificam o precedente judicial e as que tenham sido aduzidas para a sua modificação. Não há, assim, qualquer constrição institucional relevante a impedir a revisão da decisão anterior.

4.4.2

O *overruling* de precedentes obrigatórios em sentido forte (formalmente vinculantes)

Diferentemente do que ocorre com os precedentes meramente persuasivos, a superação de um precedente formalmente vinculante normalmente é encarada como um “evento político e jurídico significativo”, pois representa uma “forma dramática de modificação do direito” (Spriggs; Hansford, 2001, p. 1.092). Mesmo nos sistemas jurídicos em que as estatísticas apontam um grande número de *overrulings* na jurisprudência da mais alta corte, como o dos Estados Unidos da América¹⁸⁹, a prática de ab-rogação da jurisprudência formalmente vinculante é ao menos teoricamente descrita como excepcional e encontra uma série de limites normativos.

Vários fatores podem condicionar – positiva ou negativamente – a prática de se estabelecer e reformar precedentes judiciais de natureza vinculante. Na Suprema Corte norte-americana, por exemplo, um estudo empírico-descritivo informa que as seguintes variáveis normalmente influem sobre a probabilidade de a Suprema Corte revogar os seus precedentes judiciais:

1. quanto maior a disparidade ideológica entre um precedente e a Corte subsequente, maior a probabilidade de esse precedente ser revogado;
2. um precedente judicial terá menos chances de ser revogado se tiver se embasado na interpretação da legislação, ao invés de na interpretação da Constituição;
- 3-a. quanto mais freqüentemente tenha a Corte tratado um precedente positivamente (i.e., seguido o precedente), menor a chance de o precedente ser revogado;
- 3-b. quanto mais freqüentemente tenha a Corte tratado um precedente negativamente (v.g., distinguindo-o ou limitando-o), maior a chance de o precedente ser revogado;
4. quanto mais próximo do contexto político-ideológico estiver um precedente, menor a chance de ele ser revogado;
5. um precedente tem mais chances de ser revogado se a coalizão que o sustentou consistir em simples maioria de julgadores;
6. quanto maior o número de opiniões concorrentes que tenham sido publicadas com um precedente, maior as chances de ele ser revogado (Idem, p. 1.094-1.097).

¹⁸⁹ Como relatam Brenner e Spaeth (*Apud* Spriggs; Hansford, 2001), entre os anos de 1946 e 1992, a Suprema Corte norte-americana abandonou 154 de suas decisões anteriores, ou seja, uma média de três por ano. Ainda sim, o *overruling* de precedentes da Suprema Corte americana é descrito pela doutrina como relativamente infreqüente, apesar de sua elevada importância político-jurídica (Spriggs; Hansford, 2001, p. 1.092).

A primeira variável é considerada, no referido estudo, como “o primeiro e mais óbvio fator” que afeta a decisão de se revogar (*overrule*) um precedente: “décadas de pesquisa judicial demonstram uma inegável conexão causal entre as orientações ideológicas dos juízes e os seus votos” (Idem, p. 1.093). A segunda diretiva, por sua vez, se explica porque é mais fácil para o Congresso aprovar uma nova legislação ordinária – com a finalidade de corrigir a legislação existente – do que uma reforma na Constituição: “reformas em uma decisão constitucional (...) geralmente exigem uma emenda constitucional; portanto, para fins práticos apenas a Corte pode mudar um aspecto particular da doutrina constitucional”. Por isso se verifica, regra geral, uma menor disposição da Suprema Corte para modificar as decisões sobre a interpretação da legislação ordinária (*statutory legislation*) do que para alterar a sua própria doutrina constitucional. A terceira variável, por seu turno, expressa uma tendência que se manifesta sempre que a Corte introduz paulatinamente uma série de distinções e exceções em um precedente judicial. O abandono de um precedente muitas vezes é gradual, de sorte que um precedente reforçado por várias novas decisões que o adotam como razão de decidir tem normalmente mais força do que outro ao qual tenham sido reconhecidas exceções posteriores, justamente para afastar a sua aplicação. A quarta variável, de outro lado, guarda nítida proximidade com a primeira, desta se diferenciando apenas por tomar em conta o ambiente ou contexto ideológico em que a decisão é aplicada, e não mais as preferências políticas apenas dos juízes que compõem o órgão jurisdicional. As variáveis 5 e 6, finalmente, indicam que precedentes que não constituem objeto de consenso tem maior chance de ser superados, e normalmente o são.

A análise empírica dos fatores que condicionam o *overruling* da Suprema Corte norte-americana me parece, porém, ainda insuficiente para uma teoria apropriada do *overruling* ou *reirement de jurisprudence*, haja vista que, primeiramente, está relativamente presa ao direito dos Estados Unidos e, em segundo lugar, não se preocupa em elucidar os *principles of overruling*, ou melhor, as normas e valores juridicamente consolidados que se pode invocar para *justificar* as decisões de ab-rogação de precedentes judiciais. Ademais, algumas dessas diretivas para determinar a probabilidade de *overruling* de um precedente judicial – independentemente de encontrarem ou não comprovação na prática da Suprema Corte dos Estados Unidos – não podem ser aceitas como hipóteses

universalizáveis e não encontram aceitação unânime na doutrina. As circunstâncias 5 e 6, por exemplo, parecem contra-intuitivas, já que muitas vezes a divergência de opiniões entre os membros do tribunal é vista como um argumento para manter o precedente, e não para superá-lo, pois os argumentos já aduzidos pela minoria foram expressamente apreciados pelo tribunal e dificilmente podem constituir razões suficientes para reverter a regra jurisprudencial em uma nova oportunidade. Como esclarece J. W. Harris, o fato de a Corte estar dividida não representa garantia para o *overruling*: “pelo contrário, quando tenham sido pronunciados votos dissidentes é mais provável [do que nas decisões unânimes] que todas as razões pertinentes tenham sido consideradas” (Harris, 1990, p. 160).

Mais importante do que descrever as situações que ensejam o *overruling* parece, no momento, um inventário dos *argumentos* que devem ser utilizados pelos tribunais para se afastar de sua própria jurisprudência.

Nesse campo de análise, curiosamente se pode observar uma série de *princípios gerais* que normalmente aparecem, ainda que sob nomenclaturas diversas, nos diferentes sistemas e tradições jurídicas contemporâneos.

De modo geral, as exigências de uniformidade, coerência, consistência, imparcialidade, universalizabilidade e, mais genericamente, racionalidade na aplicação do direito exigem que na revogação de precedentes judiciais sejam ponderadas cuidadosamente as necessidades de estabilidade e de mudança do sistema jurídico. Nesse sentido, sustenta Silva: “todas as leis oscilam entre as demandas da certeza jurídica, que exigem firmes e confiáveis guias de conduta fornecidos pela autoridade legal e as demandas da justiça, que exigem que a solução de um caso individual seja equitativa e conforme aos ideais e concepções de justiça que imperam em uma determinada coletividade” (Silva, 2005, p. 259). Por isso, se de um lado os precedentes não devem ser vistos de forma excessivamente estática, de outro lado “qualquer afastamento da doutrina do *stare decisis* exige uma justificação especial”¹⁹⁰. O que justifica a própria autoridade da jurisprudência é a racionalização do direito positivo, sua sintonia com as idéias de correção, justiça, imparcialidade. Portanto, ainda que se reconheça a existência de *razões de autoridade* que militam a favor da vinculação ao precedente judicial – visualizando o precedente como uma fonte normativa que encontra sustentação

¹⁹⁰ Justice Anthony Kennedy’s majority opinion in *Patterson v. McLean Credit Union*, *Apud* Spriggs; Hansford, 2001, p. 1091.

tanto nessas razões de autoridade quanto em argumentos puramente racionais, sendo que em caso de conflito entre esses dois tipos de justificação é necessária uma ponderação entre eles – essas razões não podem ter força absoluta: o poder de estabelecer o *case-law* deve englobar, também, o de revisá-lo, aperfeiçoá-lo, viabilizar a sua evolução, ainda que sob certos limites.

Ainda com Silva, pode-se dizer que na argumentação por precedentes, “a decisão passada traz embutida uma *presunção de correção*, de sorte que só o fato daquela decisão anterior existir exerce influência na atual decisão a despeito de nossa crença que a decisão precedente foi errada” (Idem, p. 261).

De modo geral, há certo consenso de que não basta um juízo subjetivo sobre a “incorreção” de um precedente judicial para justificar o seu abandono. Por essa razão, a *House of Lords* firmou o entendimento de que não se deve revogar precedentes unicamente por causa do seu caráter “errôneo”. Nas palavras de Lord Reid, “no interesse da segurança jurídica, uma decisão não deve ser revogada (*overruled*) meramente porque os Law Lords considerem que ela tenha sido estabelecida erroneamente. Há de haver certas razões adicionais para justificar tal passo” (*Apud Paterson*, 1982, p. 157).

Mas então quais seriam os princípios jurídicos que orientam a decisão de romper ou não com um determinado precedente judicial? Quais os limites para o exercício do *overruling*?

No Reino Unido, J. W. Harris conseguiu sistematizar um núcleo duro de princípios que orientam a prática do *overruling* e limitam o seu exercício, os quais podem ser genericamente qualificados como definidores da *teoria do ‘overruling’* adotada pela *House of Lords*. De início, Harris demonstra que para a *House of Lords* uma decisão deve ser *overruled* quando o direito presente, levados todos os fatores relevantes em consideração, for incrementado (*improved*) com o estabelecimento do novo *case-law* (Harris, 1990, p. 149). Fatores como a justiça, certeza e coerência do direito – considerado como um sistema de normas destinado a reger não apenas o caso particular, mas todo o universo de questões futuras sobre o mesmo assunto – devem ser ponderados com o fito de justificar a conclusão de que a revogação da norma contida em um precedente judicial irá contribuir para o progresso do sistema jurídico, que é o principal parâmetro a ser seguido pela Corte no momento em que esta decide sobre a manutenção ou revisão da regra jurídica posta em cheque em um caso concreto. Às vezes, por

exemplo, é justificável a revogação de uma regra jurisprudencial para se evitar a utilização excessiva da técnica do *distinguishing*, que gera a consequência indesejável da fragmentação do direito e dá margem a diferenciações capazes de comprometer a coerência geral do ordenamento jurídico. Nesse sentido, vale transcrever o seguinte *dictum* de Lord Reid:

É notório que onde uma decisão existente é reprovada mas não pode ser *overruled* os tribunais tendem a distingui-la com base em fundamentos inadequados. Eu não acho que eles agem erroneamente ao fazê-lo: eles estão adotando a menos danosa das poucas alternativas que lhes estão abertas. Mas isso está fadado a causar incerteza, pois ninguém pode dizer de antemão se em um caso particular a corte irá ou não se sentir vinculada a seguir a velha decisão insatisfatória. Ponderando-se ambos os lados, parece-me que a ab-rogação (*overruling*) de tal decisão iria promover e não reduzir o grau de certeza do direito¹⁹¹.

No entanto, além desse critério positivo, há uma série de regras constrictivas que limitam o exercício da faculdade de romper com a regra do precedente judicial. Todas essas regras podem ser reconduzidas a um único princípio: o princípio do *stare decisis*. Esse princípio, no direito do Reino Unido, impõe uma aderência particularmente forte ao precedente judicial, de sorte que a excepcionalidade pode ser de antemão tida como a principal característica da técnica do *overruling*. O primeiro critério para o *overruling* é o critério do “uso esporádico”:

A liberdade garantida pelo Practice Statement de 1966 deve ser exercitada apenas ocasionalmente (Paterson, 1982, p. 156).

A partir desse princípio geral de obediência ao precedente judicial, podem ser fundamentados os seguintes *princípios constringentes*, que o concretizam:

1. *Princípio da “ausência de novas razões” ou do “caráter definitivo” das decisões da House of Lords (finality)*: uma das diretivas que encontra maior confirmação na jurisprudência da *House of Lords*, o que essa norma prescreve é o caráter *terminativo* ou *final* das decisões da corte máxima. O que justifica a existência dos recursos para a *House of Lords* é a necessidade de unificar o direito e produzir certeza para os destinatários das normas jurídicas, de viabilizar um grau mínimo de segurança necessário para o desenvolvimento das relações jurídicas de

¹⁹¹ Lord Reid, in. *R. v. National Insurance Commissioner, ex parte Hudson* [1972] AC 944 (*Apud* Harris, 1990, p. 156).

modo geral. “A necessidade de definitividade (*finality*) em questões jurídicas discutíveis (...) justifica a constrição de que a *House of Lords* não deve romper com uma decisão própria se não entrarem em jogo *novas razões*” (Harris, 1990, p. 159): a não ser que novas razões possam ser aduzidas, o *holding* ou *ratio decidendi* de uma decisão não deve ser modificado (Idem, p. 161).

Na aplicação do princípio, Harris propõe uma diferenciação que, embora não esteja expressamente referida nas decisões da *House of Lords*, pode explicar as suas atitudes em relação ao precedente judicial, bem como racionalizar a prática do *overruling* em situações de colisão entre os princípios da segurança jurídica e da correção substancial do direito. De um lado, uma decisão é *incorreta por razões estruturais* (“*structurally wrong*”) quando razões relevantes “não tenham sido invocadas [no caso passado] e deveriam levar a um *holding* contrário se tivessem sido consideradas” (Idem, p. 162). De outro, é *intrinsecamente incorreta* (“*ultimately wrong*”) quando “apesar de todas as razões pertinentes terem sido consideradas, crê-se que elas não foram corretamente ponderadas” (Ibidem).

O âmbito de aplicação do princípio é o das decisões “intrinsecamente incorretas”, não das “estruturalmente incorretas”, pois nessas não se pode afirmar que tenha havido uma decisão do tribunal acerca da prevalência das razões apontadas na justificação da decisão sobre aquelas que ora são invocadas para o rompimento (*overruling*) com esta. O *constraint* da “ausência de razões” (“*no-new reasons*”) aplica-se apenas aos casos de decisões *intrinsecamente incorretas*, ou seja, em que as razões ora aduzidas para reformar um precedente já tenham sido apreciadas, embora de forma deficiente, pela decisão anterior. Mesmo nesse caso, contudo, Harris vislumbra ainda uma segunda exceção ao princípio, relativa aos casos em que o precedente é contrário a um *princípio fundamental* do sistema jurídico (Idem, p. 169). A regra geral, porém, não deixa de ser a de que um precedente não pode ser *overruled* apenas em função da sua incorreção (Harris, 1990, p. 189; Rorive, 2003, p. 503).

2. *Princípio da confiança justificada* (“*justified reliance*”): No próprio *Practice Statement*, onde é expressamente reconhecida a possibilidade de a *House of Lords* abandonar os seus próprios precedentes, está previsto o princípio da proteção da confiança do jurisdicionado e das expectativas que nele foram geradas pelas decisões da *House of Lords*. Com efeito, na parte final do *Practice*

Statement, os Law Lords são advertidos acerca do “perigo de se perturbar retrospectivamente” o direito dos contratos, da propriedade e das relações jurídicas de natureza fiscal. Esse princípio, naturalmente, poderá apresentar diferentes graus de vinculatividade no caso concreto, pois a força das expectativas depositadas pelos jurisdicionados pode variar em função de uma série de fatores, tais como os estudados nas seções 3.2.2. e 3.2.3. deste capítulo. Ademais, a própria atuação do tribunal pode restringir o peso do princípio. Como já frisado anteriormente, ao comentarmos as explicações de Spriggs e Hansford sobre o *overruling* na Suprema Corte dos Estados Unidos, o fato de a Corte aplicar em múltiplas ocasiões a técnica do *distinguish* em um dado precedente pode até mesmo elevar a incerteza do direito positivo, e provavelmente fará com que o jurisdicionado não fique surpreso com a reforma ou superação do precedente judicial (Harris, 1990, p. 170; Spriggs; Hansford, 2001, p. 1.095). Como relata B.V. Harris,

Infelizmente, a força da doutrina do *stare decisis* tem sido tal que os tribunais freqüentemente preferiram se esforçar para distinguir precedentes quanto eles deveriam com mais propriedade tê-los ab-rogado (*overruled*). Ironicamente, um dos maiores propósitos da doutrina do *stare decisis*, a certeza, teria provavelmente sido mais bem protegido por meio de um *overruling* honesto e aberto do que por meio do emprego da técnica do *distinguishing* com base em fundamentos inadequados (*‘inadequate grounds’*) (Harris, 2002, p. 412).

Esse princípio de proteção das expectativas geradas pelo precedente goza de especial força no Reino Unido, onde ainda é expressamente rejeitada pela *House of Lords* a aplicação da técnica do *prospective overruling*, de sorte que o abandono do precedente judicial necessariamente implica em uma modificação do direito com efeitos retrospectivos. Em vários outros sistemas jurídicos se pode observar, no entanto, uma tendência em se aplicar essa técnica para permitir a evolução do direito sem ter como consequência necessária a prática de graves injustiças no caso concreto ou, na hipótese contrária, a fossilização do direito – impedindo assim a sua evolução – a fim de possibilitar decidir de forma razoável um determinado caso concreto.

3. *O princípio do “respeito ao legislador” (Comity with the Legislature)*: esse princípio, também encontrado em decisões da House of Lords, deriva do respeito à máxima de que o judiciário, mesmo em suas esferas mais elevadas, não

deve interferir no domínio reservado ao legislador. Como decorrência dessa norma geral, sustenta-se que a corte suprema não deve revogar os seus próprios precedentes quando, subseqüentemente à decisão, o poder legislativo tenha “atuado sob a pressuposição” de que essa regra anterior constitui parte do direito positivo (Harris, 1990, p. 177). Quando o legislador tenha interferido em determinado domínio do direito positivo *sem reformar um determinado precedente judicial* tido como relevante, parte-se da premissa de que o legislador aprovou esse precedente, e por isso as regras de “cortesia” (*comity*) entre os poderes recomendam a manutenção do *case law* (Harris, 1990; Rorive, 2003, p. 513).

4. *A regra da vinculação ao caso concreto (Mootness)*: outro limite ao exercício do poder de revogar os próprios precedentes é o denominado “*mootness principle*”, ou seja, a regra segundo a qual a corte não deve revisar ou desenvolver o direito onde não haja uma disputa concreta sobre a questão jurídica referente à regra jurisprudencial em questão. Esse princípio normalmente aparece nos debates da *House of Lords* sob a forma de vedação de debates de interesse “meramente acadêmico” no corpo das *opinions* apresentadas pelos juízes para justificar as suas decisões (Harris, 1990, p. 180). A evolução do *case law* é lenta e gradual; ela deve acompanhar o resultado dos julgamentos e generalizar as soluções dos casos apresentados às cortes de justiça, e não simplesmente antecipar o processo de evolução do direito ou pretender de alguma forma predirecioná-lo.

Esses princípios constringentes funcionam, normalmente, como razões para a manutenção das normas adscritas contidas nos precedentes judiciais¹⁹². Não valem, porém, como razões excludentes ou critérios absolutos, mas como diretivas também dotadas de um caráter *pro tanto* ou *prima facie*. Ao lado deles vigem, também, outros que constituem razões para o abandono do precedente, como o princípio da *correção substancial* do direito.

Ainda no direito inglês, J. W. Harris menciona uma diretriz oposta segundo a qual o precedente judicial deve ser reformado quando houver uma *resposta*

¹⁹² O catálogo acima não constitui, obviamente, um rol exaustivo dos princípios constringentes que influem sobre o *overruling* de uma decisão judicial. Vários outros podem ser encontrados em *judicial dicta* ou contribuições acadêmicas. Privilegiei esses princípios, no entanto, porque sobre eles é mais fácil erigir um consenso que transcenda as fronteiras do *common law* e possa torná-los operantes inclusive para os sistemas de *civil law* que lidam com precedentes vinculantes em sentido forte ou em um sentido pelo menos próximo a este. Para um catálogo adicional de diretivas, ver Paterson (1982, p. 156-7), J. W. Harris (1990) e B. V. Harris (2002, p. 422-s).

objetivamente correta acerca de sua violação aos *princípios fundamentais* do ordenamento jurídico (Idem, p. 184-195). O princípio da correção substancial atua, portanto, como uma força contrária aos princípios constringentes mencionados acima, exigindo do aplicador do direito uma ponderação no caso concreto para o fim de decidir racionalmente acerca do *overruling* de um precedente judicial.

Aqui, Harris traz à colação as situações de aplicabilidade do princípio da “ausência de novas razões” pela House of Lords. A regra geral de que a corte não deve reformar os seus precedentes *meramente equivocados* sofre uma série de temperamentos que a tornam não mais do que um enunciado válido *ceteris paribus*. Como já frisamos acima, distinguem-se as situações de incorreção estrutural e incorreção intrínseca (*ultimate wrongness*) de um precedente judicial. Quanto a essas últimas, podem ser diferenciados ainda os casos de *incorreção intrínseca objetiva* (*ultimate objective wrongness*) dos de *incorreção intrínseca impressionística* (*ultimate impressionistic wrongness*).

No último caso – incorreção intrínseca *impressionística* – estão presentes duas circunstâncias que qualificam a “incorreção”: 1) a corte anterior já levou em consideração todas as razões que no momento seguinte foram aduzidas para o fim de decidir sobre a manutenção ou revogação do precedente judicial (por isso se trata de uma incorreção “intrínseca”, já que se refere não à ausência de consideração de todas as razões relevantes no caso concreto, mas à ponderação incorreta dessas razões); e 2) há margem para uma *diferença de opiniões*, sem com que qualquer uma dessas diferentes opiniões possa ser *objetivamente* qualificada como “incorreta”. Como explica Harris, os casos de incorreção intrínseca impressionística compõem “o domínio primário de aplicação da constrição da ausência de novas razões” (Idem, p. 189). É o terreno que corresponde, a meu ver, ao das denominadas “margens de ação do legislador”, que decorrem da indeterminação dos princípios constitucionais de modo geral¹⁹³ ou dos limites cognitivos da razão prática acerca da correção de uma determinada norma ou conduta cogitada para um caso particular¹⁹⁴.

¹⁹³ Ver supra, capítulo III, seção 3.2 e seção 3.3.3.1., onde é apresentada a fórmula de ponderação de Robert Alexy. As margens de ação legislativa (seja as que decorrem dos limites cognitivos acerca da decisão correta ou dos limites estruturais acerca dos princípios constitucionais) equivalem, regra geral, aos casos de empate na fórmula da ponderação de Alexy.

¹⁹⁴ Sobre esses limites, ver supra, capítulo II, seção 2.4.2.6.

Já na outra hipótese – incorreção intrínseca *objetiva* – há, à luz das regras da razão prática ou do próprio sistema de prioridades entre princípios que vai sendo construído ao longo do tempo pela jurisprudência, argumentos de cunho *objetivo e racionalmente controlável* para justificar a correção da decisão que se pretende adotar ou a incorreção da decisão que se quer abandonar. Como explica Harris, “a percepção [de que um precedente é “incorreto”] pode estar no fato de que a questão [tratada no caso] possui uma resposta objetivamente correta” (Ibidem). Quando esse for o caso, pode-se dizer que estamos diante de uma situação de violação a um princípio fundamental do ordenamento jurídico, de sorte que o precedente deve ser ab-rogado com fundamento em um discurso de justificação onde é rejeitada a sua pretensão de validade jurídica. Nesses casos é que se pode falar em uma prioridade do princípio da correção substancial sobre o da ausência de novas razões (e de outros que, eventualmente, caminhem na sua direção).

Percebe-se, mais uma vez, a conexão estrutural entre a teoria dos precedentes e as teorias da argumentação jurídica em geral. É por meio dos procedimentos, critérios e regras de argumentação contidos nessas teorias que se pode justificar o abandono de um precedente judicial de natureza formalmente vinculante.

Os discursos de justificação de regras derivadas do *case law* são, normalmente, guiados por regras e princípios formais de argumentação que estabelecem uma espécie de “teste de universalizabilidade” que funciona como parâmetro fundamental para se avaliar a correção do precedente judicial. Há, porém, um *aspecto temporal* da universalizabilidade que influi decisivamente tanto sobre a decisão de se adotar um precedente quanto sobre a de se revisá-lo. Como explica Melissaris, ao se debruçar sobre o princípio smithiano do *expectador imparcial* – proposto por MacCormick como um critério para avaliar a justificabilidade das respostas intuitivas que damos para determinadas questões morais únicas e originais –, pode-se distinguir entre o aspecto sincrônico e o aspecto diacrônico do princípio da universalidade. De um lado, a universalidade *sincrônica* se refere a todos os possíveis participantes de um discurso *em um determinado momento temporal isolado*:

Para que uma decisão prática seja universalizável em sentido forte, a noção de expectador imparcial deve incluir todas as pessoas racionais vivas no momento em

que a decisão prática em questão for tomada (...). Chamemos esse tipo de universalização *sincrônica* ou *espacial*. Nesse sentido, a universalização é estática, pois aquele único fragmento temporal é destacado e a máxima do agente é testada em face da lei universal que deve ser aceita como verdadeira para todos os agentes presentes neste fragmento temporal (Melissaris, 2006, p. 131).

De outro, a universalidade *diacrônica* exige do julgador que se libere do contexto cultural e histórico em que a tomada de decisão é realizada, de sorte que a *universalização* se estenda no espaço e no tempo para considerar, como participantes no discurso, tanto os agentes que se encontram no passado como os que irão se apresentar no futuro:

A universalização no espaço não é suficiente para uma razão ser propriamente universalizada e estar justificada com base em uma pretensão de correção. Se nossas razões para ação fossem projetadas apenas para aquele fragmento temporal, elas iriam claramente estar cultural e historicamente contextualizadas e impregnadas de preconceitos. Portanto, para a universalização ser completamente inclusiva, ela deve se estender no tempo e no espaço. Ela deve incluir todos os possíveis agentes racionais no passado e no futuro. Nesse sentido, a universalização é *diacrônica*; ela deve se apoiar na estipulação contrafática de que é possível assumir um ponto de vista omni-temporal (Ibidem).

No momento em que um indivíduo reflete sobre as máximas que deve adotar em sua conduta prática, submetendo-as ao teste de universalizabilidade, um dos fatores que deve presidir esse processo, para Melissaris, é o *tempo*. Submeter nossas máximas ao teste de universalidade implica portanto um exercício do que Kant denominou “imaginação transcendental” (*transcendental imagination*), ou seja, a capacidade de representação de nossas experiências para além do nosso tempo:

Kant reserva a tarefa de fator unificador da consciência para o tempo. A unificação e continuidade da percepção através do tempo é um ato de síntese, que Kant denomina ‘imaginação transcendental’. Ele consiste no agente ser capaz de representar suas experiências não meramente no tempo presente, mas em intervalos de tempo que compreendem um passado, um presente e um futuro. A imaginação transcendental então se torna uma condição necessária para todo o conhecimento do mundo.

Assim, ao tomar decisões práticas, nós colocamos a nós mesmos e as circunstâncias com as quais devemos lidar em um intervalo de tempo que compreende um passado, um presente e um futuro. É essa imaginação transcendental que liga a coerência ao nosso caráter moral, nossa predisposição, nossa *Bestimmung*, para retornarmos à terminologia kantiana (Idem, p. 132).

Sem entrar no momento no mérito das críticas construtivas que Melissaris posteriormente desfere a MacCormick, cabe reconhecer aqui a utilidade de sua concepção diacrônica de universalidade, que muito se aproxima da idéia de universalidade em sentido frágil, de Günther¹⁹⁵, e da noção construtivista de coerência como integridade, de Dworkin¹⁹⁶. Como reconhece MacCormick, “já que a universalização ao menos aspira à onitemporalidade, apesar de as tentativas de alcançá-la serem sempre superáveis (*defeasible*), a coerência em um dado ponto no tempo em princípio pertence a uma estória mais ampla concernente ao desenvolvimento do direito ao longo do tempo” (MacCormick, 2006-b, p. 256).

Em qualquer momento em que se leve adiante uma argumentação acerca da validade de uma norma de origem jurisprudencial, deve-se procurar universalizá-la tomando em conta os efeitos dessa norma no tempo, seja em relação ao passado ou em relação ao futuro. É claro, no entanto, que essa universalização diacrônica encontra uma série de limites ou problemas pragmáticos que decorrem do nosso conhecimento relativamente limitado sobre o futuro, de modo que um dos traços dos discursos de justificação de normas – em especial, normas jurisprudenciais – é que eles devem sempre estar abertos à possibilidade de se *revisar* as nossas próprias razões e as normas que foram fundamentadas por meio destas.

Por isso, talvez seja realmente recomendável um enfraquecimento – ou, diríamos, uma recontextualização – do *standard* da universalizabilidade na argumentação jurídica, como advogam Melissaris (2006) e Günther (1993-b) – este último, em especial, quando propõe uma versão frágil do princípio U de Habermas e o critério da aplicação adequada (*appropriateness*) como regras de argumentação para a moral e o direito.

Mas mesmo nessa versão enfraquecida, o princípio da universalizabilidade ainda constitui a mais importante regra de argumentação jurídica e o mais forte parâmetro para os discursos de justificação de precedentes judiciais. É justamente por causa dessa nossa relativa incapacidade de prever o futuro e levar em consideração todos os aspectos relevantes do caso concreto que é admissível o *overruling* de um precedente judicial ainda que aparentemente não tenham surgido novas razões para tanto. Muitas vezes, uma ponderação equivocada de razões, que possa ser objetivamente diagnosticada em decorrência dos processos

¹⁹⁵ Ver supra, capítulo II, seção 2.4.3.1.

¹⁹⁶ Ver supra, capítulo II, seção 2.1.

de aprendizagem moral (Habermas, 2004-b), é suficiente para fundamentar a conclusão de que uma regra jurisprudencial anteriormente tida como válida já não merece mais ser qualificada como tal.

Nesse sentido, a capacidade para corrigir os próprios erros – que deve ser reconhecida aos juízes – é um traço fundamental da autonomia judiciária, e sua garantia não pode desta se separar. Por isso, B. V. Harris chega a vislumbrar uma inconsistência na postura tradicional da House of Lords de, por um lado, não reconhecer a uma corte posterior o direito de rever os seus precedentes sem novas e diferentes razões e, por outro, assegurar o direito de dissidência:

É difícil reconciliar a liberdade essencial que um juiz, em uma corte de múltiplos membros, possui para dissentir dos demais com a obrigação que a regra do *stare decisis* impõe àquele mesmo juiz quando ele se junta a outros com opinião semelhante e em número suficiente para formar uma maioria em uma apelação subsequente. Seguramente é inconsistente com a liberdade para divergir que tal maioria não tenha a prerrogativa de ab-rogar (*overrule*) o precedente. Tanto o direito de dissidência, quanto o argumento de que as cortes finais de apelação subsequentes devem ser capazes de ab-rogar os próprios precedentes, derivam em larga medida do *ethos* individualista aceito para os juízes das cortes de apelação (Harris, 2002, p. 422).

Para B. V. Harris – ao contrário do que sustenta seu homônimo (Harris, 1990) – um *approach* mais adequado para as cortes de apelação decidirem acerca do *overruling* de seus precedentes *equivocados* (*wrong*) seria reconhecer para essas cortes “uma discricionariedade franca e transparente para se afastar do precedente após uma ponderação sistemática de todas as considerações pertinentes” (Harris, 2002, p. 422). De acordo com sua solução,

como parte do processo a corte de apelação deveria ponderar as conseqüências da perpetuação do precedente equivocado com os valores, no contexto, da observância da regra *stare decisis*. Em certas circunstâncias esse *approach* irá causar que o valor de se alcançar a justiça no caso em questão, e possivelmente no futuro (tendo em vista o novo precedente que iria ser formado), prevaleça sobre outros relevantes valores inerentes à doutrina do *stare decisis* (Ibidem).

Diferentemente de J. W. Harris, sustenta-se no excerto acima que, nas situações que correspondem à denominada “margem de ação” deixada pelos princípios fundamentais do direito ao julgador, o tribunal posterior possui a mesma discricionariedade do anterior para reformar e reinterpretar o direito. Mesmo nos casos que J. W. Harris denominou de “incorreção intrínseca

impressionística”, está a corte posterior autorizada a revogar suas decisões desde que justifique esse proceder por meio de uma ponderação de razões em que os argumentos para a revisão do precedente consigam preponderar sobre os que se voltam para a sua manutenção.

No entanto, verifico que essa discussão perde muito de sua importância a partir do momento em que se deixa claro que a diretiva da ausência de novas razões (“*no-new reasons*”) é interpretada como *apenas um princípio*, que pode perfeitamente ser ponderado no caso concreto com outras razões que, com maior ou menor força, nos impelem a modificar o *case law*. A partir do momento em que o próprio princípio da ausência de novas razões – que encontra fundamento no princípio perelmaniano da inércia – é interpretado como um mandado de otimização que pode ser superado por outros de maior peso no caso concreto, a crítica de B. V. Harris perde força, na medida em que a descrição proposta por J. W. Harris está longe de impedir o afastamento de um precedente judicial nos casos de incorreção intrínseca impressionística. Na verdade, ela apenas exige razões explicitamente relevantes para tanto.

Ademais, a própria situação descrita por B. V. Harris, em que as razões disponíveis pela corte anterior tenham sido incorretamente ponderadas, só pode ser diagnosticada com o oferecimento de *novas razões* sobre a prioridade dos princípios e argumentos jurídicos, as quais aparecem sob a forma de uma *crítica* à decisão anterior. Essa crítica, apesar de se situar em um nível discursivo diferente do das razões ponderadas anteriormente pelo tribunal, já constitui um *novo* argumento e já atende as exigências decorrentes do princípio da inércia.

Em conclusão, podemos afirmar, a partir dos vários princípios *pró* e *contra* o *overruling* – e do funcionamento desses princípios na prática –, que o *overruling* é uma técnica que se compatibiliza perfeitamente com a força vinculante em sentido forte de um precedente judicial. Para reformar o *case law*, no entanto, é preciso que se consiga fundamentar a revogação do precedente por meio de um discurso de justificação normativa em que os parâmetros e princípios constringentes enunciados nesta subseção sejam devidamente considerados.

4.4.3

O *overruling* de precedentes obrigatórios em sentido frágil

O *overruling* de precedentes obrigatórios em sentido frágil se situa em uma posição intermediária entre os extremos da completa ausência de constrição, característica dos precedentes meramente persuasivos, e da presença de fatores institucionais relevantes e princípios constrictivos específicos, característica dos precedentes formalmente vinculantes.

De um lado, em certos sistemas jurídicos eles padecem da mesma fraqueza dos precedentes persuasivos, e podem ser revogados da mesma forma. A diferença entre os precedentes *obrigatórios em sentido frágil* e os precedentes *meramente persuasivos* estaria apenas na forma como eles devem ser recepcionados pelas cortes inferiores, e não em exigências especiais que se impõem à própria corte suprema que os prolatou. Este parece ser o caso da Itália, como nos informa Gustavo Zagrebelsky. Com efeito, esse jurista sustenta inexistir, no direito italiano, uma vinculação ao precedente judicial pela Corte Constitucional. Apesar de reconhecer a importância prática dos precedentes compilados nas *massime* da Corte – que funcionam como parâmetros de unificação do direito e harmonização do *case law* –, o jurista italiano não vislumbra qualquer tipo de autovinculação em sentido formal por parte da mais alta corte judiciária de seu país:

A importância dos precedentes maximizados é portanto notabilíssima. Mas o que importa aqui é a sua força no caso crítico (em sentido literal), ou seja, quando se manifestam razões de qualquer gênero que contribuem para uma transformação da jurisprudência. O fato de a jurisprudência se repetir é por si só um dado bruto, privado de significado. O que realmente interessa é se se repete – e a medida em que isso acontece – quando puder haver razões contrárias à repetição (da jurisprudência) (Zagrebelsky, 1988, p. 97).

Nesse último caso – presença de *razões contrárias* à repetição da solução aventada em uma decisão judicial –, o jurista italiano sustenta que os precedentes “jamais assumem a força de obstaculizar – nem decisivamente, nem relevantemente – uma mudança de direção na jurisprudência” (Idem, p. 96). Em face do denominado *autoprecedente*, o tribunal poderia, a qualquer tempo – seja, por um lado, em decorrência de modificações no contexto social a repercutir sobre o conteúdo do direito, da moral e dos costumes, ou, por outro lado, em vista de

um novo debate em que tenham sido esgrimados argumentos para *reverter* um precedente judicial sob o fundamento de sua incorreção – introduzir um novo *case-law* capaz de consagrar uma interpretação do direito mais justa, adequada e racional.

Há, contudo, uma tendência nos sistemas de *civil law* de abandono da perspectiva adotada por Zagrebelsky e pela Corte Constitucional italiana. Com efeito, tem-se verificado uma aproximação cada vez maior entre os sistemas jurídicos da tradição romano-germânica e os do *common law*, inclusive em relação aos denominados “*principles of overruling*”, ou seja, às normas e diretivas gerais que orientam as cortes superiores ao rever os seus precedentes mais importantes. Um olhar mais recente sobre o *case law* nos sistemas jurídicos provenientes da tradição romano-germânica revela que muitas vezes as cortes superiores hesitam em reformar os seus precedentes pelas mesmas razões que a *House of Lords* o faz. É o que mostra, por exemplo, um detalhado estudo jurídico-comparativo entre os “*revirement de jurisprudence*” da Corte de Cassação belga e da *House of Lords*. Neste estudo, Isabelle Rorive demonstra que a teoria do *revirement de jurisprudence* dominante no discurso do *Parquet* com atuação na Corte de Cassação guarda nítida semelhança – senão identidade – com aquela dominante na *House of Lords*, muito embora na Corte belga não se reconheça para o *case law* o caráter *formalmente vinculante* existente no direito inglês.

Com efeito, o primeiro princípio da “*théorie du revirement de jurisprudence*” dominante na *Cour de cassation* é o da *estabilidade da jurisprudência*. Como explica Rorive (2003, p. 469), a concepção dominante no discurso do *Parquet général près la Cour de cassation* é clara: “de uma parte, a Corte deve estar atenta aos seus precedentes a fim de evitar pronunciar julgados ‘discordantes’; de outra parte, apenas circunstâncias excepcionais podem motivar a Corte a operar... ‘retornos refletidos’ em sua jurisprudência”. A própria finalidade da jurisdição de cassação justifica a “estabilidade de princípio” da sua jurisprudência, já que é tarefa da Corte “velar pela uniformidade da interpretação judiciária a fim de assegurar a autoridade e a integridade da lei” (Idem, p. 470).

Ademais, os princípios constringentes apontados na descrição da atitude da *House of Lords* face ao *overruling* valem na Bélgica com a mesma intensidade. Foram identificados, nos discursos dos *Procuréurs générales* junto à *Cour de cassation*, (1) o princípio da “*insuficiência do caráter errôneo*” da posição

jurisprudencial questionada (de sorte que « *le caractère simplement erroné d'une solution consacrée par la Cour ne constitue pas un motif suffisant pour s'en écarter* », a não ser nos raros casos em que o *revirement* se justifica para corrigir um “erro manifesto”), (2) o requisito da “existência de um *fato novo*” (seja a ausência de *paix juridique* ou a evolução dos fatos e valores dominantes na sociedade) para justificar a reviravolta jurisprudencial e, finalmente, (3) uma limitação quanto ao *overruling* de situações tidas como reservadas ao domínio do legislador (Idem, p. 469-83).

De modo geral, pode-se afirmar os seguintes traços comuns entre a teoria do *overruling* da House of Lords e a *théorie du revirement* da *Cour de cassation*: 1) o princípio do respeito às decisões anteriores (como regra geral); 2) o valor periférico do “erro”; 3) importância *standard* da “*absence de paix juridique*” para justificar o *overruling*; 4) a identidade – nas duas cortes – das razões que normalmente são aceitas como justificção para o *revirement* (normalmente considerações de *justiça, coerência e segurança*); e 5) a existência das mesmas *constricções* à mudança (Rorive, 2003, p. 501).

Essas semelhanças têm lugar porque, na prática, a ab-rogação de um precedente *obrigatório em sentido frágil* é capaz gerar efeitos semelhantes à de um precedente *obrigatório em sentido forte*, na medida em que a primeira também é apta a criar as mesmas expectativas aos jurisdicionados e pode perturbar, de modo semelhante à segunda (ainda que não em grau idêntico), a coerência geral do ordenamento jurídico.

Embora como regra geral o *overruling* de um precedente *não estritamente* vinculante seja mais fácil de se justificar do que o de um precedente *formalmente* vinculante, a diferença entre ambos é meramente de grau, e as mesmas considerações de segurança, imparcialidade e justiça devem ter lugar e ser devidamente ponderadas, ainda que com pesos diferentes.

Não é por um precedente não possuir um caráter formalmente vinculante que a sua revogação estará livre das constricções institucionais ou dos *princípios formais* que geram razões para a manutenção do *status quo*.

Às vezes revogar um precedente *obrigatório em sentido frágil* pode gerar mais injustiça do que mantê-lo, tendo em vista as modificações retrospectivas no direito que decorrem dessa reviravolta jurisprudencial.

Esse problema da retroatividade dos *revirements* não é novo, e dá ensejo a muitas discussões no direito comparado. Vejamos, a seguir, como alguns sistemas jurídicos lidam com ele.

4.4.4

A “modulação dos efeitos” dos *revirements*: até que ponto uma solução adequada para o desenvolvimento judicial do direito?

Vimos nas três subseções anteriores que o caráter vinculante de um precedente judicial, apesar de não impedir o *overruling*, muitas vezes limita a sua utilização por meio de uma série de princípios constrictivos que militam a favor do *status quo* e dos valores “segurança” e “certeza” do direito. De todos os obstáculos ao *overruling*, o que talvez seja mais decisivo é o princípio da *proteção à confiança* do jurisdicionado, i. e., proteção às expectativas legítimas que nascem da uniformização do direito pelo tribunal dotado de competência para resolver as possíveis controvérsias sobre o conteúdo do direito positivo.

O peso desse princípio – como tivemos oportunidade de notar na seção 4.2. deste capítulo – é muitas vezes descrito como suficiente para impedir certas transformações no direito tidas como “corretas” e desejáveis pelo tribunal, pois a revogação de um precedente judicial tem como consequência natural a perturbação na ordem jurídica, consistente na sua modificação com eficácia retroativa.

Não obstante, em alguns sistemas jurídicos onde o caráter criativo das decisões judiciais é reconhecido mais abertamente, desenvolveu-se uma doutrina de modulação dos efeitos dos *overrulings* ou reviravoltas jurisprudenciais. Trata-se da doutrina do *prospective overruling*, ou seja, a reforma do *case law* com efeitos apenas para o futuro, a fim de preservar as expectativas normativas geradas pelos precedentes abandonados. O *overruling* com efeitos prospectivos tem lugar quando os tribunais mudam suas regras jurisprudenciais, mas mantém, por razões de segurança jurídica, a aplicação da orientação anterior para certos casos. Como salientam Cross e Harris (1991, p. 229), “o direito (judicial) anterior se aplicaria a

eventos ocorridos antes da data do *overruling* (incluindo-se os do caso em questão), mas deixaria de ser aplicado às transações iniciadas após aquela data”.

A teoria do *prospective overruling*, embora conhecida por sua utilização sistemática pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América, não é um instituto original do direito moderno. Com efeito, a técnica já era utilizada – ainda que sem esse nome – na jurisprudência das *Rotae* italianas dos séculos XVI-XVIII (Gorla, 1981-a). No entanto, provavelmente pela influência das teorias jurídicas francesas tradicionais, ela não é mais encontrada no direito italiano moderno.

Nos ordenamentos jurídicos contemporâneos, o *prospective overruling* encontrou solo fértil no direito estadunidense, onde vem sendo aplicado – embora esporadicamente – desde o início do século XX. Há registro de sua utilização na primeira metade do século XIX, bem antes da sua clarificação pelos teóricos do direito, no caso *Bingham v. Miller, 17 Ohio 45 (1848)*, em que a Suprema Corte dos Estados Unidos, ao decidir que o Parlamento não detinha competência para conceder divórcio, resolveu afastar a aplicação retroativa de seu *decisum*. Na ocasião, a corte considerou que declarar a nulidade *ipso iure* dos atos do Parlamento poderia gerar ‘conseqüências terríveis’, pois seria preciso, num só golpe, considerar vários matrimônios poligâmicos e sua prole “ilegítima” (Iturralde Sesma, 1995, p. 176).

Apesar de hoje a técnica do *prospective overruling* ser uma prática considerada “inovadora” fora dos Estados Unidos, os problemas gerados pela retroatividade das decisões derogatórias de precedentes judiciais tendem a se repetir em praticamente todos os sistemas jurídicos contemporâneos. Quanto mais peso seja atribuído ao precedente judicial na argumentação jurídica, e quanto maior o seu reconhecimento como “fonte do direito”, com mais intensidade se manifesta a necessidade de se implementar mecanismos de modulação dos efeitos das decisões judiciais. Seguindo o exemplo norte-americano, em muitos ordenamentos jurídicos hoje se fala na possibilidade e na conveniência de dotar os tribunais superiores de instrumentos para mitigação temporal dos efeitos das decisões ab-rogatórias de precedentes judiciais como uma solução de compromisso entre os valores do “progresso do direito” e da proteção da segurança jurídica. Veremos a seguir, resumidamente, alguns exemplos que elucidam como o *prospective overruling* está sendo recebido no direito comparado.

4.4.4.1

O *prospective overruling* no direito dos Estados Unidos da América

O *prospective overruling* encontrou no direito dos Estados Unidos o solo fértil para se desenvolver. E foi a atividade da Suprema Corte Americana, justamente ao exercer a sua jurisdição constitucional, que acabou dando origem à mitigação dos efeitos retroativos das decisões judiciais ab-rogatórias de precedentes judiciais.

O leitor, no entanto, pode se perguntar: mas como conciliar a doutrina da nulidade *ipso iure* da lei inconstitucional – assentada pelo Juiz Marshall no célebre caso *Marbury vs. Madison* – com a eficácia meramente *prospectiva* de uma mutação jurisprudencial? Não haveria aqui uma incoerência entre a tese de que atos inconstitucionais seriam nulos, e portanto incapazes de produzir qualquer efeito jurídico concreto, e a manutenção dos efeitos de precedentes judiciais (muitas vezes classificados de “errôneos” ou “inconstitucionais”) da própria Suprema Corte?

Com efeito, o raciocínio desenvolvido por Marshall no caso supracitado muitas vezes é até hoje qualificado como a teoria dominante no direito constitucional norte-americano sobre os efeitos das decisões contaminadas pelo vício da inconstitucionalidade. Em suas palavras:

Se (...) as Cortes devem observar a constituição, e a constituição é superior a qualquer ato ordinário do legislador, a constituição, e não tal ato ordinário, deve governar o caso ao qual ambos sejam aplicáveis¹⁹⁷.

Marshall descreve portanto a alternativa de cumprir a constituição ou a lei infraconstitucional como uma disjunção: *ou* se aplica uma *ou* a outra. Todo ato contrário à constituição deveria, portanto, ser tido como “nulo, inválido e ineficaz” (“null and void and of no effect”) (Bonavides, 1996, p. 281).

¹⁹⁷ *U.S. Supreme Court. Marbury vs. Madison*, 5 U.S. 137 (Cranch) (1803). Há uma publicação eletrônica em <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=5&invol=137>> (acesso em 25 de setembro de 2007).

O rigorismo da teoria da Suprema Corte sobre a nulidade *ipso iure*, necessariamente com efeitos *ex tunc*, foi porém gradualmente substituído por um pragmatismo que dominou o cenário no constitucionalismo norte-americano do século XX e fundamentou, sobre o edifício do realismo jurídico, a tese de que o judiciário possui amplos poderes para determinar o momento a partir do qual devem surtir efeito as decisões ab-rogatórias do *case law*.

Como conclui o “*groupe de travail*” constituído pelo *Premier Président* da *Cour de Cassation Française* para o fim específico de estudar a modulação dos efeitos nos *revirements de jurisprudence*, “as análises efetuadas [no direito comparado] atestam que a existência de regras visando a modular no tempo as decisões de justiça está intimamente ligada ao lugar que ocupa o juiz no sistema jurídico. Ela depende claramente do posto garantido à jurisprudência e do seu reconhecimento como fonte do direito” (Molfessis *et alli*, 2005, p. 22).

Em nenhum lugar do mundo a modulação dos efeitos da inconstitucionalidade poderia encontrar um contexto mais favorável do que nos Estados Unidos da primeira metade do século XX. Pode-se dizer, sem exagero, que esse momento da história do direito norte-americano foi a *idade de ouro do realismo*, que teve seu início nas últimas décadas do século XIX, com os escritos de Holmes, e foi ganhando cada vez mais força com a jurisprudência sociológica, de Pound, e os estudos de Llewellyn, Frank e seus sucessores. Mas, concretamente falando, o que foi o realismo jurídico? Embora eu já tenha oferecido um esboço de resposta em diferentes seções deste trabalho acadêmico, nenhuma delas é tão rica e precisa quando a de Yntema no seguinte parágrafo:

O que na realidade é o realismo jurídico Americano? Em resposta, foi apontado [durante o debate entre Llewelyn e Pound, na década de 1930] que ele não era uma nova escola de ciência do direito (*jurisprudence*), mas representava ao invés os esforços complementares de um número de indivíduos em vários terrenos, com técnicas variadas, e com diversas predisposições, para estender o conhecimento do direito por meio da investigação crítica ou factual. Entre esses, no entanto, vários pontos comuns de partida podiam ser discernidos: a concepção de direito e sociedade em fluxo, com o direito tipicamente por trás; a noção de criação judicial do direito; a concepção do direito como meio para fins sociais, e a avaliação do direito pelas suas conseqüências; a insistência em um estudo objetivo dos problemas jurídicos, temporariamente divorciando o ‘ser’ do ‘dever-ser’; a descrença em regras jurídicas como descrições de como o direito opera ou é atualmente administrado, e particularmente a sua confiabilidade enquanto um prognóstico de decisão; a insistência na necessidade de um estudo mais preciso das situações e decisões jurídicas em categorias mais estritas, e de uma pesquisa programática sustentada nessas linhas. Numa palavra, o programa implícito no

realismo jurídico era um detalhado e objetivo estudo do direito enquanto um instrumento para alcançar fins e no contexto de uma sociedade cambiante (Yntema, 1961, p. 319-20).

As concepções realistas acerca do direito constituíram a base para a sedimentação da modulação dos efeitos das reviravoltas jurisprudenciais porque elas reconheciam abertamente – e por vezes até exageradamente – o poder de *criação do direito* detido pelos juízes em geral. O juiz tem, assumidamente, o papel de estabelecer normas gerais que devem ser observadas nos casos posteriores, sendo que essas normas gerais devem ser elaboradas não unicamente em vista do caso concreto, mas com a finalidade de atingir certos fins sociais ou políticas públicas (*policies*) para as quais o direito constitui um meio.

Argumentos de natureza consequencialista, teleológica, política etc. não são enxergados com estranheza pelos tribunais ou pelos cientistas do direito. Há uma ênfase na descrição do direito em seu funcionamento prático, ao *law in action*, e não mais nos conceitos e propriedades formais encontrados nas normas jurídicas promulgadas pelo legislador (*law on the books*). Quando Yntema descreve essa concepção do direito como vinculada a uma idéia de “sociedade e direito *em fluxo*”, sendo que o direito normalmente caminha atrás, seguindo as necessidades e as demandas originadas da evolução e modificação dos valores sociais, fica claro que o poder normativo dos juízes de decidir sobre os aspectos temporais da eficácia do *case law* que eles produzem não é visto como uma “usurpação” do poder legislativo, mas como um aspecto natural da atribuição que os juízes detêm para, em diferentes momentos, dizer o que *é* o direito.

O *prospective overruling* nasce, portanto, do pragmatismo e do realismo jurídico norte americano, com seu potencial extremamente inovador e criativo para fornecer soluções ao jurista prático, que o tornou capaz de flexibilizar o uso de conceitos como “nulidade” e “aplicação do direito” e quebrar dogmas como o do caráter meramente declaratório da decisão judicial. Como explica Iturralde Sesma:

Quando um sistema, como o inglês ou o norte-americano, não apenas permite mas também obriga o juiz a se remeter a decisões passadas, o elemento de prescrição chega a ser de grande importância. Ditas decisões geram expectativas a respeito de direitos e obrigações e as partes orientam suas ações em função delas. Se a sociedade fosse estática e os tribunais infalíveis, isso representaria poucos problemas; mas como os tempos mudam e os tribunais se equivocam, os juízes

enfrentam freqüentemente o dilema de trair certas expectativas por meio de uma mudança jurídica ou seguir uma decisão antiquada... O problema que se coloca com a derrogação (de um precedente) é precisamente este. A escolha entre dar mais valor à confiança e à certeza, ou eliminar uma norma obsoleta e conseqüentemente excluir o erro consagrado em decisões anteriores (Iturralde Sesma, 1995, p. 169).

No direito dos Estados Unidos, a solução dada pela Suprema Corte a esse problema foi – apesar de frisar que a regra geral é a do caráter retroativo das decisões revogatórias de precedentes judiciais – reconhecer certa margem de ação ao judiciário para manipular os efeitos temporais do *case law*. Quando um *novo precedente* é criado, o tribunal pode aplicá-lo das seguintes maneiras:

A) *Aplicação Retroativa*: nesse caso, a decisão derrogatória “regula as condutas que tenham tido lugar antes e depois da decisão, incluindo-se a conduta das partes perante o tribunal” (Idem, p. 171). Aplica-se, aqui, a teoria *declaratória* das decisões judiciais, ou seja, a tese de que o juiz meramente declara o direito preexistente. Esta situação abarca a grande maioria das decisões da Suprema Corte, e pode ser qualificada como a eficácia natural das decisões revogatórias de precedentes judiciais;

B) *Aplicação Puramente Prospectiva (purely prospective overruling)*: aqui, o tribunal aplica o novo precedente “somente aos fatos que tenham lugar depois de ser estabelecida a nova regra, de sorte que esta não se aplica sequer ao caso que ocasionou a sua derrogação” (Rossler *apud* Iturralde Sesma, 1995, p. 170). Parte-se usualmente, para justificar esse tipo de solução, da premissa de que os tribunais de apelação realizam simultaneamente *duas funções* ao decidir um caso: (i.) resolvem o caso e (ii.) conformam o direito judicial (Iturralde Sesma, 1995, p. 177; Molfessis *e alli*, 2005, p. 9). “Como os fatores que podem controlar essas duas funções podem ser diferentes, o tribunal pode considerá-los separadamente” (Iturralde Sesma, 1995, p. 177). Como descreve Iturralde Sesma:

A premissa básica desta teoria é que os tribunais obviamente criam direito no processo de decidir os casos. Os que estão a favor da derrogação prospectiva assinalam que, posto que os juízes de fato realizam essa função (de criação do direito), teriam que fazê-lo mais abertamente. Concluem que os tribunais têm que se sentir livres para sopesar o efeito como precedente, ou ‘legislativo’, de suas decisões liberados de qualquer preocupação de que modificando a regra estabelecida (ainda que para uma melhor) darão uma solução injusta para as partes do caso, ou para outras que tenham atuado confiando no precedente rechaçado (Ibidem).

C) *Aplicação Quase-Prospectiva (regular prospective application)*: há, nessa variante, uma situação híbrida. De um lado, o tribunal protege a confiança das decisões anteriores, aplicando a decisão derogatória a atos, fatos e transações realizados *depois* da data da efetiva decisão derogatória. Ao mesmo tempo, porém, de outro lado estabelece a aplicação retroativa *no caso específico* das partes do processo ou das partes que já tenham ajuizado demandas em curso (Idem, p. 181). Trata-se, com efeito, de uma fórmula de compromisso, pois o tribunal busca a um só tempo preservar as situações consolidadas com base na jurisprudência anterior e premiar aqueles jurisdicionados que tenham posto em cheque a norma anterior, contribuindo para a correção e o desenvolvimento do *case law*.

D) *Aplicação Prospectiva-Prospectiva*: o tribunal estabelece uma nova regra mas põe os seus efeitos para uma data futura. Aqui, normalmente o tribunal estabelece um novo *case law*, mas pretende dar uma chance ao legislador para que faça as alterações no direito necessárias para a aplicação tranqüila e adequada do novo precedente judicial (Ibidem).

A manipulação dos efeitos dos precedentes ab-rogatórios constituiu, em diferentes episódios da história dos Estados Unidos, uma importante ferramenta para permitir a evolução do direito sem pagar o preço de causar modificações traumáticas no ordenamento jurídico e frustrar, de forma iníqua, expectativas legítimas geradas pela conduta da Suprema Corte no passado. No caso *Linkletter v. Walker* (381 US 618, 620 (1965)), por exemplo, pôde-se declarar a inconstitucionalidade de uma série de provas atentatórias aos direitos Fundamentais sem, contudo, reformar os milhares de veredictos que foram proferidos com base em provas tidas como perfeitamente *lícitas* no momento em que elas foram produzidas, mas posteriormente declaradas inconstitucionais. Na ocasião, entendeu a Suprema Corte que os propósitos da regra estabelecida no caso *Mapp v. Ohio* (367 US 643 (1961)) – que inadmitiu pela primeira vez o uso de certas provas ilícitas pelos tribunais – foram os de desestimular a ação ilegal da polícia e proteger a privacidade das pessoas de modo geral, e que esses propósitos não seriam atendidos caso se desse à regra *Mapp* um efeito completamente retroativo. Por isso seria melhor manter os julgamentos já realizados com base no direito anterior a esta nova regra judicial, inclusive o julgamento do demandante no caso *Linkletter* (Iturralde Sesma, 1995, p. 173).

Vejamos a seguir como essa técnica foi recebida por outros ordenamentos jurídicos.

4.4.4.2

O *overruling*, a teoria declaratória e o direito inglês

No direito inglês, por influência da jurisprudência analítica de Bentham e Austin, a teoria declaratória das decisões judiciais está, desde o início do século XIX, em franca decadência. Não obstante, a *House of Lords* apresenta uma notável resistência à introdução do *prospective overruling* no direito do Reino Unido.

O positivismo jurídico Benthamita consubstanciou, como já vimos, uma pungente crítica à teoria declaratória de Hale e Blackstone, a qual se faz sentir até os dias presentes na jurisprudência da *House of Lords*.

A questão da natureza do precedente judicial e do poder normativo de que dispõem os juízes das cortes superiores foi recentemente rediscutida pela *House of Lords* quando do julgamento de *Kleinwort Benson Ltd. v. Lincoln City Council* ([1999] 2 AC 349. 358), em que a Corte passou a adotar a regra segundo a qual está permitida a restituição de valores pagos com fundamento em “erros de direito” – e não apenas em “erros de fato” – por parte do devedor. Nesse caso, como relata MacCormick,

A regra a impedir a restituição de pagamentos feitos com fundamento em erros de direito acabou por ser revertida por uma decisão judicial, apesar do fato de a *Law Commission* ter recomendado uma redeterminação legislativa – e não judicial – do direito, a fim de que a nova solução pudesse ao mesmo tempo lidar com os problemas consequencialistas ligados ao potencial enfraquecimento da certeza em relação às transações concluídas. Lord Goff e a maioria que decidiu em favor da revogação da regra da ausência de restituição por ‘erros de direito’ perceberam, de fato, que esse era um caso de ‘desenvolvimento do direito’. Ele de fato envolveu uma modificação em uma regra há muito estabelecida, com um efeito inevitavelmente retrospectivo, em vista da teoria declaratória dos precedentes que era prevalecente (MacCormick, 2005, p. 258).

A Corte teve de enfrentar – e o fez expressamente – as conseqüências do novo *case law* que ela estava a introduzir, em especial a possibilidade de abalo na confiança depositada pela sociedade nas instituições jurídicas e de desatendimento

a várias expectativas normativas de indivíduos potencialmente afetados pela aplicação retroativa da nova regra jurisprudencial. Vieram à tona, naturalmente, as relevantes discussões teóricas entre os defensores da teoria declaratória da adjudicação e as teorias positivistas preponderantes no discurso jurídico inglês do século XX.

No entanto, como não é de se estranhar – especialmente em vista dos comentários que teci ao direito inglês no capítulo introdutório dessa tese de doutoramento –, a Corte se revelou extremamente influenciada pelos argumentos positivistas derivados de Bentham e do realismo americano e expressos na doutrina que Lord Reid, entre outros, desenvolveu na década de 1970.

Lord Browne-Wilkinson, por exemplo, enfaticamente criticou a teoria declaratória do precedente judicial:

Essa posição teórica [teoria declaratória] é, como disse Lord Reid, um conto de fadas em que ninguém mais acredita. Na verdade, os juízes fazem leis e modificam o direito. Todo o *common law* é criação judicial e apenas por modificações judiciais no direito o *common law* se manteve relevante em um mundo cambiante¹⁹⁸.

De modo semelhante, Lord Goff of Chieveley argumenta:

Em tempos recentes, entretanto, um *approach* mais realista foi adotado, como na célebre afirmação de George Jessel de que as regras de *equity*, diferentemente das regras do *common law*, não são tidas como estabelecidas desde um tempo imemorial, mas foram inventadas, alteradas, desenvolvidas e refinadas de tempo em tempo: ver em *In re Hallett's Estate* (1880) 13 Ch. D. 696, 710. Não pode haver dúvida da veracidade desse enunciado; e todos nós sabemos que, na realidade, seja no *common law* ou na *equity*, o direito está sujeito a ser desenvolvido por juízes – normalmente, é óbvio, por juízes de apelação¹⁹⁹.

E Lord Lloyd of Berwick, por sua vez, conclui:

Se segue que em tal caso a House of Lords está fazendo mais do que ‘desenvolvendo’ o direito. Ela está mudando o direito, como o senso comum sugere e como Mr. Southwell estava certo em admitir. Se essa visão do que acontece é inconsistente com a teoria declaratória da função judicial, então é a hora de dizer isso. Ela sempre foi um conto de fadas²⁰⁰.

¹⁹⁸ Em: *Kleinwort Benson Ltd. v. Lincoln City Council* [1999] 2 AC 349. 358. Disponível também em <<http://www.publications.parliament.uk/pa/ld199798/ldjudgmt/jd981029/klein01.htm>> (acesso em 24.04.2007).

¹⁹⁹ Em: *Kleinwort Benson Ltd. v. Lincoln City Council*, cit. nota 198.

²⁰⁰ Em: *Kleinwort Benson Ltd. v. Lincoln City Council*, cit. nota 198.

Como se pode observar, a Corte é sensível à tese positivista – que, em linhas gerais, é o mesmo argumento que fez do realismo uma das escolas do pensamento jurídico mais importantes dos Estados Unidos – e não economiza críticas à teoria declaratória da adjudicação, embora esta tenha dominado o discurso de alguns dos juristas que mais contribuíram para a sistematização e a racionalização do *common law*, como Hale e Blackstone.

Por que, então, a doutrina do *prospective overruling* teve tanto sucesso nos Estados Unidos e ainda enfrenta tanta resistência no Reino Unido, já que há tantos elementos em comum na teoria jurídica – e no próprio direito – desses dois Estados? A resposta se encontra, provavelmente, em fatores históricos.

Como vimos, a exacerbação do positivismo de Bentham – levada a efeito por seus sucessores – conduziu a prática jurídica a uma posição de extremo apego à *auctoritas* e a uma teoria dos precedentes que corre o risco de se desvincular de qualquer exigência de fundamentação racional: deve-se seguir os precedentes *porque* eles foram estabelecidos validamente, e por conseguinte constituem “direito positivo”²⁰¹. O ato de estabelecimento do *case law* é visto como um ato de autoridade, e não como um ato de descoberta da verdade. Essa autoridade foi tão exacerbada que chegava a ponto de vincular o próprio tribunal que estabeleceu o precedente. Era como se o soberano tivesse delegado à *House of Lords* o poder de estabelecer o precedente, mas não o de reformá-lo.

A Corte não podia, durante um período de mais de um século, que terminou apenas no ano de 1966, sequer revogar o próprio *case law* para rever os seus erros ou ajustar o direito às transformações sociais de modo geral. O instituto do *overruling*, embora tenha sido incorporado à prática da *House of Lords*, continua a ser utilizado com uma freqüência relativamente reduzida e ainda é considerado um instrumento de uso excepcional.

Fora da *House of Lords*, aliás, a prática de rever os próprios precedentes é ainda considerada expressamente proibida, de sorte que se uma corte inglesa de apelação tiver posicionamento contrário ao seu próprio precedente, deve, ao invés de revê-lo, conceder *leave to appeal* e remeter o processo para a corte superior. Esse é, com efeito, o entendimento recentemente reiterado por Lord Bingham em

²⁰¹ Ver supra, capítulo I, seções 1.4.2.2. e 1.4.2.3.

um caso de discrepância entre os tribunais ingleses acerca da aplicação da Convenção Europeia de Direitos Humanos:

Como Lord Hailsham observou ‘em questões jurídicas, um certo grau de certeza é ao menos tão valioso quanto uma parte de justiça ou perfeição’. Esse grau de certeza é mais bem alcançado ao se aderir, mesmo no contexto Convencional, a nossas regras sobre precedentes judiciais. Será com certeza ônus dos juízes revisar os argumentos Convencionais dirigidos a eles, e se eles considerarem um precedente vinculante inconsistente, ou possivelmente inconsistente, com as *authorities* de Strasbourg, eles podem expressar suas opiniões e dar trânsito à apelação (*leave to appeal*), como a Court of Appeal fez aqui. *Leap-frog appeals* podem ser apropriados. Nesse sentido, na minha opinião, eles se desincumbem de seu dever estabelecido pelo Act de 1998. Mas eles devem seguir o precedente vinculante, como também fez a Court of Appeal nesse caso²⁰².

Na *opinion* supratranscrita, Lord Bingham se refere a um caso em que a Court of Appeal estava em dúvida acerca da aplicabilidade de um precedente judicial prolatado por ela mesma, e não de um precedente da House of Lords ou da Corte de Strasbourg, sobre a interpretação do direito convencional. Ainda assim, a solução correta seria, na hipótese de aplicabilidade do precedente (ou mesmo de dúvida sobre a sua aplicabilidade), remeter o processo à House of Lords para que apenas esta corte decidisse se deveria ou não reformar o *case law* estabelecido pelo juízo de origem. Não importa que a Court of Appeal desaprove o próprio precedente: ela não poderá revogá-lo.

Há uma espécie de “força da tradição” que leva o juiz inglês, de modo geral, a adotar uma postura cautelosa, senão conservadora, ao reexaminar e rediscutir o *case law*.

Essa “força da tradição” talvez constitua uma das causas do fato de a House of Lords não ter expressamente adotado – ou mesmo cogitado adotar – a técnica do *prospective overruling*, pois esta representaria uma modificação profunda em sua prática, ainda que se revelasse mais compatível com a teoria positivista ainda dominante entre os *Law Lords* e os juristas de modo geral.

Uma outra causa, ademais, pode estar na autoridade ainda reconhecida pelos *Law Lords* aos *books of authority* de Hale e Blackstone, que expressamente defendiam a teoria “declaratória” da atividade jurisdicional. Com efeito, parece

²⁰² *Opinion* de Lord Bingham of Cornhill em *Leeds City Council (Respondents) v. Price and others and others (FC) (Appellants)* [2006] UKHL 10. Publicado também no sítio da internet <<http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200506/ldjudgmt/jd060308/leeds.pdf>>, item 43, p. 23 (consulta em 24 de maio de 2007).

haver uma postura, à primeira vista incoerente, mas que possui uma razão de ser que tentarei demonstrar logo a frente, de se tentar “salvar” uma parte da teoria declaratória, reinterpretando-a ao invés de simplesmente a descartando por completo. Nesse sentido, o mesmo Lord Goff que havia concordado com Lord Reid em que a teoria declaratória seria um “conto de fadas” mais tarde tenta encontrar um sentido contemporâneo capaz de mantê-la viva. Vejamos:

Nós temos de reinterpretar a teoria declaratória da decisão judicial. Nós podemos ver que, de fato, ela não presume a existência de um sistema ideal de *common law*, que os juízes de tempo em tempo revelam em suas decisões. A teoria histórica da decisão judicial, apesar de ter servido a esse propósito no passado, era de fato uma ficção. Mas ela significa que quando os juízes enunciam o que é o direito, suas decisões possuem, no sentido que eu descrevi, um efeito retrospectivo. Isso é, eu acredito, inevitável²⁰³.

Essa versão “reinterpretada” da teoria declaratória foi recentemente descrita por Tur como uma versão “enfraquecida” de tal teoria. Enquanto a versão “forte” ou clássica da teoria sustentava que haveria apenas *um* direito – imutavelmente correto – que teria origem na *razão* ou nos costumes, sendo que a atividade judicial meramente o “revelaria” e não representaria mais do que um sinal de seu conteúdo, essa versão frágil, desenvolvida por Lord Goff, parece compatível com a existência de *dois* direitos, o de *antes* e o de *depois* do desenvolvimento ou modificação do direito pela jurisprudência:

A teoria declaratória clássica era uma teoria sobre um único direito (...*it was a ‘one law’ theory*). Ela supunha, contrariamente aos fatos históricos, que o único e correto *common law* era imutável e reconhecia que erros acerca do *common law* poderiam ser cometidos mesmo pelos mais altos tribunais (...). Mas a teoria declaratória reinterpretada é uma teoria sobre dois direitos (... *is an admittedly ‘two law’ theory*); o direito tal como ele era (não havia ressarcimento do dinheiro pago com fundamento em erro de direito) e o direito tal como ele é hoje (há ressarcimento do dinheiro pago com fundamento em erro de direito) (Tur, 2002, p. 473).

No entanto, o mesmo autor sustenta, com bons argumentos, a incorreção do raciocínio de Lord Goff segundo o qual a teoria declaratória, nessa versão “enfraquecida”, teria como consequência “inevitável” a eficácia retroativa do *case law*. Com efeito, se podemos distinguir entre o *direito tal como ele era* e o *direito*

²⁰³ Opinion de Lord Goff of Chieveley, em *Kleinwort Benson Ltd. v. Lincoln City Council*, cit. nota 198.

tal como ele passou a ser, “não é nem verdade nem inevitável” que o direito aplicado aos casos anteriores não possa ser o direito anterior, ainda mais quando o direito tenha sido radicalmente reconstruído no caso concreto. “Em tais circunstâncias” – afirma – “logicamente há uma escolha do direito. Ou a regra antiga ou a nova se aplica. O princípio da *equidade (fairness)* vale para os dois lados. Em certos casos a confiança justificável na regra antiga torna a aplicação da regra nova impensável. (...) Em outros, especialmente quando o direito tenha sido crescentemente aberto a dúvidas, seria desarrazoado (*unfair*) privar o litigante que tenha advogado a mudança ou desenvolvimento dos frutos de seu sucesso forense” (Ibidem).

Com sua confusa versão “frágil” ou “reinterpretada” da teoria declaratória, Lord Goff não consegue justificar a “inevitabilidade” da aplicação retroativa do novo direito jurisprudencial. A razão desse fracasso está, a meu ver, na impossibilidade de se fundamentar com argumentos analíticos a retroatividade do direito jurisprudencial, a não ser com a teoria implausível – porque desmentida pela experiência – de que há apenas um único direito, necessariamente correto e estático, que deve ser apenas declarado pelos órgãos de adjudicação.

Lord Goff poderia ter tido mais sucesso se tivesse tentado vindicar a sua tese de que o *case law* necessariamente deve ter efeitos retroativos com argumentos normativos, mas ainda sim esse sucesso dependeria de uma ponderação entre as razões de *correção* que justificam a reviravolta jurisprudencial e as razões de estabilidade que, eventualmente, venham a ser aventadas para manter intocados os atos jurídicos praticados com base nas expectativas geradas pelo direito anterior. Não precisaria, porém, para tanto, “reinterpretar” a teoria declaratória.

Na verdade, se podemos falar em alguma “inevitabilidade”, esta reside não na retroação da eficácia da nova regra jurisprudencial estabelecida pelo *overruling*, mas na própria necessidade de se ponderar acerca dos efeitos temporais da nova regra judicial que está sendo estabelecida pelo tribunal, pois os casos relativos a fatos ocorridos no passado, mas ainda não submetidos definitivamente ao poder judiciário, ainda se acham *sem solução*, e a aplicação de qualquer das duas regras (a anterior, revogada, e a nova, revogadora) em tese pode ser uma alternativa plausível nos casos difíceis.

Podemos voltar agora a nossa atenção para as razões que ainda justificam a tese de que as modificações jurisprudenciais devem ser, via de regra, válidas tanto

para o passado quanto para o futuro. Com efeito, se voltarmos nossas atenções novamente para a distinção hartiana entre o ponto de vista “externo” e o ponto de vista “interno”, podemos reconhecer que a teoria declaratória (em sua formulação clássica, que é a única que parece consistente) se revela nitidamente implausível quando se analisa o direito da primeira perspectiva (do observador), mas um instrumento argumentativo e uma *idéia reguladora* altamente frutífera quanto contemplada do último ponto de vista (do participante). Nesse sentido, que é o proposto por A. W. Simpson (1973), entre outros, a teoria declaratória passa a corresponder à tese de Dworkin sobre a única resposta correta para os problemas jurídicos. Remeto-me novamente, neste ponto, à passagem de Robert Alexy que transcrevi na seção 2.1 do segundo capítulo deste trabalho acadêmico. Lá, Alexy argumenta que, apesar de a tese de que há sempre uma única resposta correta ser implausível enquanto hipótese empírica, existe um importante universo de casos em que há, sim, pelo menos uma resposta correta, de modo que vale a pena para o aplicador do direito se esforçar sempre para encontrá-la. Além disso, especificamente quanto ao tema do *prospective overruling*, podemos dizer também que há casos em que a incorreção da decisão anterior pode ser objetivamente verificada, pois essa se revela contrária aos princípios fundamentais que justificam a ordem jurídica e lhe dão um caráter globalmente justo e racional. Pelo menos nesses casos deve-se dar eficácia retroativa à nova regra jurisprudencial. Mas nada impede, porém, que essa regra geral tenha também uma eficácia *prima facie*, i. e., que em alguns casos especiais, nos quais o princípio da segurança jurídica (e outros igualmente importantes, como a justiça material) reste seriamente comprometido pela mutação repentina no ordenamento jurídico, essa regra venha a ser excepcionada.

O próprio direito inglês tem admitido, em situações excepcionais, a técnica do “not following”, ou seja, a não aplicação de um precedente em um caso concreto por razões de segurança jurídica geradas por expectativas normativas anteriormente tidas como legítimas (Molfessis *et alli*, 2005; Tur, 2002), o que consubstancia pelo menos uma versão enfraquecida do *prospective overruling* tradicional. Como argumenta novamente Tur, muitas vezes a House of Lords consegue alcançar um efeito semelhante ao do *prospective overruling* ao não seguir um determinado precedente judicial (Tur, 2002, p. 488).

É tempo, portanto, de rever a rejeição *a priori* da aplicação da técnica do *prospective overruling*. Melhor seria, certamente, a sua utilização transparente, moderada e, acima de tudo, racionalmente *justificada*.

4.4.4.3

O *prospective overruling* no direito Alemão

No direito alemão, a técnica do *prospective overruling* também ainda está longe de ter a mesma aceitação que possui no direito estadunidense. Como explicam Alexy e Dreier, “não há uma prática comum de *prospective overruling* na Alemanha. Tal prática foi às vezes demandada em escritos de natureza acadêmica, mas nunca se tornou uma opinião predominante” (Alexy; Dreier, 1997, p. 57).

Mais comum se revela a utilização de um *anticipatory overruling* pelas cortes inferiores – que buscam incentivar as cortes superiores a romper com uma determinada linha de precedentes (Idem, p. 58) – e a enunciação de *obiter dicta* que indicam um gradual enfraquecimento da adesão dos tribunais superiores a uma determinada regra judicial, que torne o jurisdicionado capaz de prever antecipadamente uma reviravolta na jurisprudência dominante.

No direito alemão, o ponto de partida para considerar a possibilidade de aplicação do *prospective overruling* é a premissa de que a *proibição de retroatividade* da legislação não se aplica ao *case law*, ainda que o direito judicial seja reconhecido como “uma fonte jurídica independente”. Nesse sentido, explicam Zimmermann e Jansen que essa proibição de retroatividade “é uma regra especial necessária para proteger a confiança razoável tendo em vista que o Parlamento pode – nos confins determinados pela Lei Fundamental – implementar qualquer regra jurídica que ele quiser: os enunciados legislativos não necessitam estar baseados em argumentos convincentes; nem devem passar por um teste de razoabilidade. Sua validade depende (apenas) de saber se o órgão que a promulgou era competente para tanto e se os requisitos processuais para a promulgação das leis foram obedecidos. A proibição de legislação retroativa

guarda relação com o (relativo) arbítrio substancial das leis em uma Democracia” (Zimmermann; Jansen, 1998, p. 305).

Como no *case law*, diferentemente, as decisões apenas se sustentam em função dos *argumentos jurídicos* em que elas se baseiam – de sorte que sua validade resta na “qualidade de suas razões”, e não em um poder relativamente livre de decisão política –, o “direito judicial não possui o caráter definitivo de um comando legislativo, mas apenas uma natureza mais fraca ou *pro tanto*” (Idem, p. 306).

Por isso, Zimmermann e Jansen aduzem argumentos *normativos* para não aplicar o princípio da proibição de retroatividade ao direito judicial:

Mesmo no caso do direito judicial, pode surgir a questão de como a confiança individual dos cidadãos deve ser protegida. Tal proteção é essencialmente uma exigência constitucional. Uma vez que os regramentos judiciais constituem uma atividade do Estado, a consistência e confiabilidade deles permanecem como elementos indispensáveis do princípio do *Rechtsstaat*, ainda que o direito legislativo e o direito judicial não possam ser formalmente equacionados. Mas a proibição de retroatividade dificilmente pode ser um meio adequado para implementar tal proteção; ela iria ou levar à fossilização de uma linha de precedentes que hoje é considerada equivocada, ou exigir que as cortes conscientemente estabelecessem regras jurídicas de aplicação geral – como, por exemplo, pela via do *prospective overruling*. Isso não é, no entanto, reconciliável com a função primária do judiciário de prover decisões razoáveis para casos individuais. As cortes não possuem autoridade para além da decisão dos casos em tela; e, em particular, elas não podem estabelecer regras gerais para decidir casos futuros. Como resultado, pode-se dizer que a proibição de retroatividade não é exigida por considerações de direito constitucional. Pelo contrário: pronunciamentos judiciais com um efeito meramente prospectivo iriam parecer transgredir a fronteira entre legislação e adjudicação. A retroatividade deve, por conseguinte, ser a regra geral quando se trata de determinar os efeitos do direito judicial (Idem, p. 306-7).

Embora a conclusão de que a *retroatividade* “deve ser a regra geral quando se trate de determinar os efeitos do *judge-made law*” possa ser tida como inquestionável não apenas no direito alemão, mas em qualquer sistema jurídico contemporâneo – inclusive nos Estados Unidos, onde o *prospective overruling* é aplicado de forma aberta –, há certos passos intermediários no raciocínio jurídico contido no trecho supracitado que não podem ser aceitos com tanta tranqüilidade.

É claro que os autores têm razão ao argüir que a “proibição de retroatividade”, estabelecida pela Constituição para os atos do legislador, não é uma regra que produz efeitos em relação aos tribunais de justiça. Mas daí não se

pode inferir, por outro lado, que a limitação da retroatividade das decisões judiciais *em casos específicos* “não é um instrumento adequado para proteger o cidadão” do efeito-surpresa decorrente de uma mudança de orientação jurisprudencial, ou que a criação, pelos tribunais superiores, de “regras gerais sobre a aplicação dos precedentes”, para aplicação do *prospective overruling*, “não seja reconciliável com a função primária do judiciário de prover decisões razoáveis para casos individuais”.

Ora, não parece seguro dizer que a função dos tribunais supremos seja *apenas* a de decidir casos individuais. A própria existência de um “tribunal superior”, um “tribunal federal”, uma “corte suprema” ou uma “corte de cassação” se justifica não no princípio do duplo grau de jurisdição ou da recorribilidade, mas na necessidade de *uniformização do direito* e na criação de *regras gerais* – ainda que limitadamente – a serem observadas pelos demais órgãos competentes para a aplicação do direito. Isso vale mesmo para os casos de jurisdição ordinária, onde não se colocam questões de natureza constitucional, nas quais essa função normativa dos tribunais superiores pode ser visualizada com mais facilidade. Por isso, é no mínimo seriamente questionável a assertiva de que a função “primária” dos tribunais *superiores* – que estabelecem precedentes gerais e dotados de um grau maior ou menor de vinculatividade, dependendo do caso concreto – seja a de prover decisões para “casos individuais”. Há aqui uma confusão entre uma parte (os tribunais supremos) e o todo (o judiciário). Se a função primária do judiciário é solucionar questões concretas de forma motivada, a função dos tribunais supremos, por outro lado, é estabelecer interpretações uniformes para que os demais órgãos do judiciário possam exercer aquela função de modo imparcial, universal e igualitário. O que justifica a existência desses tribunais é justamente o poder-dever que eles detêm de *desenvolver e concretizar* do direito (Tunc, 1978).

Ademais, ainda que se admitisse a correção da premissa empírica de que a função “primária” dos tribunais superiores seria a de prover decisões para casos individuais – o que só admito para argumentar –, não parece correto que o emprego da técnica da manipulação dos efeitos temporais do precedente judicial seja “inconciliável” com essa função. Se o *prospective overruling* pode se apresentar como uma alternativa para reduzir a insegurança e a injustiça decorrentes da aplicação da nova regra ao caso concreto, é justamente porque os tribunais possuem – de fato – um poder de criação normativa relativamente

elevado. O *prospective overruling* é apenas a ponta do *iceberg*: ele se apresenta muito mais como o reflexo do poder que os tribunais detêm de desenvolver o direito do que como uma causa dessa prerrogativa. Na verdade, ele aparece apenas como uma técnica processual para compatibilizar esse poder com a função que os juízes detêm – primária ou secundária, não importa – de decidir corretamente os casos que são postos sob sua apreciação. Não há contradição entre o *prospective overruling* e a função primária do judiciário.

Concluimos, por isso, que não se pode *a priori* rejeitar a técnica do *prospective overruling*, ainda que se concorde que ela deve possuir natureza excepcional.

Ainda assim, no entanto, a regra geral permanece a de que as mutações jurisprudenciais na Alemanha “produzem em princípio um efeito retroativo mesmo se tenham podido surpreender as partes e seus conselheiros” (Ferrand, 2005, p. 87). Como a Corte constitucional federal já estabeleceu, o princípio da irretroatividade das leis “não pode ser aplicado sem outras formalidades aos processos de decisão dos tribunais” (Ibidem). Não obstante, há casos específicos em que tanto a Corte Federal de Justiça quanto a Corte Constitucional Federal abandonam sua jurisprudência anterior mas, em vista dos princípios da boa fé e da proteção da confiança, “limitam o efeito retroativo de uma mudança de jurisprudência” (Apud Ferrand, 2005, p. 89), para proteger, por exemplo, a eficácia de contratos celebrados durante a vigência do *case law* anterior.

Embora não haja uma doutrina clara da Corte constitucional acerca do tema, o fato é que, em casos isolados, os princípios da proteção da confiança e da boa fé são considerados suficientes para conferir uma proteção – ainda que em casos individuais – à mudança de orientação jurisprudencial no direito alemão²⁰⁴. Certas diretivas, no entanto, podem ser encontradas na doutrina do direito constitucional alemão, para o fim de orientar a modulação dos efeitos da mudança de orientação jurisprudencial, entre as quais se destacam as seguintes, propostas inicialmente por Dürig e compiladas por Ferrand:

- quando o *revirement de jurisprudence* é favorável unicamente ao jurisdicionado nas suas relações com o Estado, convém que ele seja aplicado imediatamente;

²⁰⁴ Nesse sentido, ver também Zimmermann e Jansen (1998, p. 307), onde os autores sustentam que essa proteção à confiança deve ser outorgada *apenas* em casos individuais e no nível da doutrina de direito *privado*”.

- quando o *revirement* é desfavorável ao jurisdicionado, é conveniente não aplicar à instância ainda pendente (diretiva essa válida primordialmente para o processo administrativo, e não necessariamente para o processo civil);
- é conveniente anunciar (ou prenunciar) os *revirements* com antecedência em relação à sua formação e à sua aplicabilidade;
- por que não aplicar as regras postas em matéria de retroatividade das leis por analogia aos *revirements de jurisprudence*? (Ferrand, 2005, p. 92).

Como explica Ferrand, essa última diretiva – aplicação analógica de regras proibitivas de retroação – não é de todo impossível no direito alemão, embora não possa ser generalizada. Quando as expectativas geradas pelos precedentes forem tão intensas quanto as de uma lei, pode-se invocar o princípio constitucional da igualdade como um argumento em favor da proteção da confiança.

Embora o *prospective overruling* não seja expressamente teorizado na Alemanha, a proteção à confiança legítima do cidadão é usualmente empregada como um argumento para, em situações específicas, limitar os efeitos da retroatividade das modificações jurisprudenciais com fundamento em uma ponderação de interesses no caso particular.

4.4.4.4

O *prospective overruling* no direito comunitário europeu

A prática judicial no direito comunitário europeu, talvez pela pluralidade de sistemas jurídicos, línguas, culturas e tradições jurídicas que convivem sob o seu império, está caracterizada por um pluralismo metodológico e um pragmatismo que tornam mais rápido o desenvolvimento de soluções para os problemas que surgem na aplicação judicial do direito. Com efeito, o jurista europeu está necessariamente em contato constante com o direito comparado e tem na jurisprudência da Corte de Justiça da Comunidade Européia e da Corte Européia de Direitos Humanos um importante ponto de apoio para a integração entre os Estados-partes e para o desenvolvimento do direito. A jurisprudência comunitária é expressamente encarada como uma fonte do direito da mais alta importância, na medida em que as interpretações dos tratados e convenções da Comunidade

Européia são vinculantes em relação aos Estados-membros e prevalecem inclusive sobre o direito interno, mesmo em se tratando de normas constitucionais²⁰⁵.

Embora o princípio da retroatividade da jurisprudência seja considerado uma característica geral do sistema jurídico comunitário – em especial porque a Corte Européia de Justiça possui uma estrutura semelhante à encontrada no sistema francês de *cassação*²⁰⁶ –, a jurisprudência tem admitido, desde o ano de 1976, com o julgamento do caso *Defrenne contre Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena*²⁰⁷, a limitação dos efeitos do princípio da retroatividade do *case law* quando imperativos de segurança jurídica justificarem a modulação dos efeitos do *revirement de jurisprudence* no caso concreto. Neste aresto (*Defrenne*) o tribunal reconheceu a existência de diretivas (normas comunitárias) determinando, desde o ano de 1962, que todos os Estados membros da Comunidade Européia implementassem uma legislação garantindo igual pagamento para homens e mulheres que realizassem o mesmo trabalho. A Corte estabeleceu também que essas diretivas tinham efeito direto sobre os países membros e estavam a produzir efeitos desde a data de sua entrada em vigor. Entretanto, o tribunal sustentou que o precedente judicial fixado naquele caso seria aplicável *unicamente para as ações já ajuizadas* e para os atos de discriminação que viessem a acontecer *após* a data do julgamento. É o que se pode ler na ementa do referido julgado:

Considerações imperiosas de segurança jurídica, tendo em vista o conjunto dos interesses em jogo, tanto públicos como privados, impedem em princípio se recolocar em causa as remunerações para todos os períodos passados. O efeito direto do artigo 119 não pode ser invocado em apoio de reivindicações relativas a períodos de remuneração anteriores à data do julgamento, a não ser no que concerne aos trabalhadores que tenham tentado anteriormente um provimento jurisdicional ou uma reclamação equivalente²⁰⁸.

²⁰⁵ Ver, sobre o assunto, o nosso comentário no capítulo I, seção 3.1.3, bem como as análises contidas em Marguénaud (2001).

²⁰⁶ Para uma visão geral do precedente no direito comunitário, ver Barceló (1997).

²⁰⁷ Arrêt de la Cour du 8 avril 1976. *Gabrielle Defrenne contre Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena*. Affaire 43-75. Disponível no sítio da internet <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61975J0043:FR:HTML>> (acesso em 07 de setembro de 2007).

²⁰⁸ Sommaire, in. *Gabrielle Defrenne contre Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena*. Affaire 43-75 (cit. nota 207).

A Corte frisou, no entanto, que o caso em questão tratava de uma situação excepcional, e que razões *pragmáticas* e *principiológicas* justificariam a modulação dos efeitos da decisão. No nível pragmático, foi dito que haveria o risco da potencial existência de um grande número de ações referentes ao período compreendido entre a data de início do julgamento, em 1976, e a data da implementação do efeito direto da norma que assegurava a igualdade de tratamento, em primeiro de janeiro de 1962 (Barceló, 1997, p. 432). No nível dos princípios, a proteção à confiança e a segurança jurídica assegurariam a manutenção do *status* atual para os que, no período entre o ano de 1962 e a data do julgamento, em 1976, se mantiveram inertes e confiavam que a omissão dos Estados-membros na regulamentação da diretiva estabelecida no direito comunitário significaria a ausência de força jurídica da diretiva no caso concreto.

Em várias outras ocasiões, a questão da modulação dos efeitos normativos das decisões judiciais foi novamente posta em cena em julgados da Corte de Justiça, que estabeleceu uma espécie de *case law* sobre os *revirements*. No julgado *Rodgers*, por exemplo, em que foi solicitada novamente a aplicação prospectiva de uma nova orientação jurisprudencial – tendo a corte se negado a tanto –, foi feita uma boa síntese dos critérios adotados para a limitação da retroatividade da jurisprudência:

Uma limitação dos efeitos de um aresto em matéria de interpretação parece à toda vista excepcional e não pode ser posta em consideração senão em circunstâncias bem precisas, quando existir um risco de repercussões econômicas graves devidas em particular ao número elevado de relações jurídicas constituídas de boa fé sobre a base de uma regulamentação nacional considerada anteriormente como estando validamente em vigor, e quando transpareça que os particulares e as autoridades nacionais tenham sido incitados a um comportamento não conforme à regulamentação comunitária em razão de uma incerteza objetiva e importante no que se refere à portada ou âmbito das disposições comunitárias, incerteza à qual tenham eventualmente contribuído os comportamentos adotados por outros Estados-membros ou pela própria Comissão²⁰⁹.

²⁰⁹ Arrêt de la Cour (sixième chambre) du 11 août 1995. *F. G. Rodgers BV et autres contre Inspecteur der Invoerrechten en Accijnzen*. Affaires jointes C-367/93 à C-377/93. Disponível no sítio da internet <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61993J0367:FR:HTML>> (consulta em 07 de setembro de 2007).

Como analisa Charbit, a Corte de Justiça normalmente se vale de três tipos de critérios para decidir sobre a limitação da retroatividade das decisões judiciais: critérios administrativos, jurídicos e econômicos (Charbit, 2005, p. 75-78).

Quanto aos aspectos *administrativos*, a Corte leva em conta o “comportamento das instituições comunitárias que pode ter dado origem a certa confiança legítima” ao Estado ou ao demandante no caso concreto (Idem, p. 75). Esse foi, inclusive, um dos critérios mais importantes no caso *Defrenne*, em que foi pela primeira vez aplicada a técnica do *prospective overruling* no direito Comunitário²¹⁰.

Nos aspectos jurídicos, por sua vez, as “particularidades jurídicas de uma determinada matéria” podem gerar uma confiança legítima de que a interpretação do direito dominante antes da decisão da *Cour* irá permanecer. Essa incerteza – esclarece Charbit a partir de uma série de exemplos práticos – pode decorrer tanto da *jurisprudência* anterior da Corte de Justiça (quando seus precedentes contenham regras relativamente indeterminadas ou passíveis de serem interpretadas de forma distinta), quanto do *direito interno* dos Estados (quando este pareça, à primeira vista, compatível com o direito Comunitário), ou da indeterminação do *direito comunitário* (Charbit, 2005, p. 76).

No caso Barber, por exemplo, a Corte reconheceu que “à luz dessas provisões (diretivas da própria Comunidade Européia), os Estados-membros e as partes concernentes estavam razoavelmente intitulados a considerar que o artigo 119 não se aplicaria às pensões pagas sob esquemas de ‘*contract-out*’, e que as derrogações ao princípio da igualdade entre homens e mulheres estariam ainda permitidas nessa esfera”²¹¹. Por isso, estatuiu-se que em tais circunstâncias, considerações de certeza jurídica protegem as “situações que tenham exaurido todos os seus efeitos no passado”, exceto para os indivíduos que “tenham intentado ação em tempo hábil para o fim de salvaguardar os seus direitos”²¹².

E, finalmente, nos aspectos financeiros, a corte analisa as conseqüências nefastas que poderiam resultar da aplicação retroativa do direito judicial. No caso

²¹⁰ Ver supra, nota 207.

²¹¹ Judgment of the Court of 17 May 1990. *Douglas Harvey Barber v Guardian Royal Exchange Assurance Group*. Case C-262/88. Disponível no sítio da internet <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61988J0262:EN:HTML>> (consulta em 07 de setembro de 2007).

²¹² *Douglas Harvey Barber v Guardian Royal Exchange Assurance Group*. Case C-262/88. Ver supra, nota 211.

*Barber*²¹³, por exemplo, a Corte admitiu a limitação da retroatividade de sua decisão para o fim de manter o “equilíbrio financeiro de vários regimes de pensão convencionalmente excluídos”, e no caso *Blaizot*²¹⁴, a corte leva em conta, para limitar novamente a retroatividade, a necessidade de se proteger os recursos necessários para “bom funcionamento das instituições universitárias” (Idem, p. 77)

Esses critérios, no entanto, devem ser ponderados em conjunto, sendo que dificilmente eles podem ser desvinculados dos princípios e valores juridicamente consolidados no direito Comunitário e nas Constituições dos ordenamentos jurídicos nacionais (segurança, justiça, equidade, igualdade etc.).

Nesse sentido, ao rejeitar a limitação da retroatividade da jurisprudência fixada no *arrêt* Roders, a Corte de Justiça se manifestou no sentido de que a limitação dos efeitos de um julgamento “não pode ser justificada exclusivamente pelas conseqüências financeiras que poderiam surgir para um governo da (declaração de) antijuridicidade de uma imposição. Se não fosse assim, as violações mais graves seriam tratadas mais favoravelmente, na medida em que elas são elas as mais suscetíveis de ter as implicações financeiras importantes para os Estados-membros”. Para a Corte, “se apoiar unicamente nesse tipo de considerações chegaria a reduzir de maneira substancial a proteção jurisdicional dos direitos que os contribuintes nutrem da regulamentação fiscal comunitária”²¹⁵.

Ademais, além de se justificar com base em critérios definidos e em função de princípios jurídicos relevantes, as manipulações normalmente salvaguardam tanto o caso particular que estiver sendo decido quanto os que já tenham sido ajuizados ou em que as partes afetadas já tenham buscado a proteção de seus direitos pelas vias próprias (Charbit, 2005, p. 77). Dificilmente teria lugar no direito comunitário, portanto, o *overruling* puramente prospectivo do direito Americano. Mais adequado parece à Corte, na verdade, o *overruling* “quase-prospectivo”, que na verdade é prospectivo apenas em relação aos indivíduos que

²¹³ *Douglas Harvey Barber v Guardian Royal Exchange Assurance Group*. Case C-262/88. Ver supra, nota 211.

²¹⁴ Judgment of the Court of 2 February 1988. *Vincent Blaizot v University of Liège and others*. Case 24/86. Disponível no sítio da internet <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61986J0024:EN:HTML>> (consulta em 07 de setembro de 2007).

²¹⁵ *F. G. Roders BV et autres contre Inspecteur der Invoerrechten en Accijnzen*. Affaires jointes C-367/93 à C-377/93. Ver supra, nota 209.

não tenham demonstrado inconformismo com a situação fática *antes* da fixação da regra jurisprudencial.

4.4.4.5

A modulação dos efeitos retroativos da jurisprudência e o direito francês

Tive a oportunidade de demonstrar, no capítulo I, que a autocompreensão do judiciário francês está em acelerado processo de transformação, já que se passa a reconhecer, contrariamente à teoria tradicional segundo a qual o juiz seria um mero autômato a aplicar irrefletidamente a lei, a função criativa da jurisprudência e o caráter de “fonte do direito” dos precedentes judiciais.

Nesse contexto, o tema dos *revirements de jurisprudence* tem ocupado um lugar cada vez maior no debate acadêmico francês e tem atraído, inclusive, a atenção da *Cour de cassation* e do *Conseil d’État*.

A teoria tradicional acerca da atividade judicial em França é – assim como na Inglaterra e na Alemanha – a declaratória. Como explica um Grupo de trabalho presidido por Nicolas Molfessis, a Corte de cassação normalmente descreve a sua atividade como um puro ato de aplicação (mecânica) do direito:

Seu ofício não é portanto o de criar uma regra, mas apenas o de aplicar a lei. A esse título, ao juiz está a cargo apenas a ‘interpretação do direito’. Ao consagrar essa ficção do caráter declaratório das decisões de justiça, a Corte de cassação contesta o seu poder criativo: ela se contentaria em declarar o sentido que os textos sempre tiveram (Molfessis *et alli*, 2005, p. 11).

Diferentemente da sua versão inglesa, essa manifestação da teoria declaratória está dissociada de qualquer espécie de “jusnaturalismo”, na medida em que todo o poder de criação do direito é descrito como concentrado nas mãos do legislador. Bem entendida, essa visão tradicional é a mais forte expressão do legalismo que se conhece no mundo moderno.

Todavia, essa caricatura da atividade judicial – que ainda é utilizada de tempo em tempo para justificar, sem maiores explicações, o caráter retroativo das decisões judiciais – tem sofrido importantes críticas no interior do debate

acadêmico francês sobre a natureza da atividade judicial, inclusive com a participação de importantes figuras do judiciário. O *Président* Guy Canivet, por exemplo, tem se destacado não apenas como juiz, mas como um jurista teórico e um comparatista que tenta mostrar aos seus colegas as importantes transformações por que passa a cultura jurídica européia (Canivet, 2005-b), a mútua influência entre o *common law* e o direito francês (Canivet, 2003) e o papel do juiz no processo de unificação do direito (Canivet, 2005-a).

O tempo presente é um tempo de abertura do direito francês ao direito comparado, com a importação não apenas de institutos jurídicos particulares, mas inclusive de técnicas de decisão mais adequadas aos problemas que surgem com o reconhecimento da função criativa da jurisprudência. Nesse passo, o *Conseil d'État*, em 11 de maio de 2004, flexibilizou pela primeira vez em sua história o princípio da nulidade dos atos administrativos, segundo o qual “un acte annulé est réputé n'avoir jamais existé”. Como se lê no corpo do julgado, foi excepcionada a retroatividade da anulação de um ato administrativo tendo em vista uma série de conseqüências nefastas que poderiam advir da desconstituição dos atos posteriores praticados com fundamento naquele:

Considerando que a anulação de um ato administrativo implica em princípio que esse ato é reputado como jamais tendo sido praticado; que, todavia, se parecer que esse efeito retroativo da anulação por sua própria natureza irá importar em conseqüências manifestamente excessivas em razão tanto dos efeitos que esse ato produziu e de situações que possam ter se constituído enquanto ele esteve em vigor quanto do interesse geral que possa se ligar a uma manutenção temporária dos seus efeitos, cabe ao juiz administrativo – após haver recebido sobre esse ponto as observações das partes e examinado o conjunto dos argumentos (*moyens*), de ordem pública ou invocados perante ele, que possam afetar a legalidade do ato em causa – levar em consideração, de uma parte, as conseqüências da retroatividade da anulação para os diversos interesses públicos ou privados presentes e, de outra parte, os inconvenientes que se apresentariam, em vista do princípio da legalidade e do direito dos jurisdicionados a um recurso efetivo, uma limitação no tempo dos efeitos da anulação; que ele deve apreciar, se aproximando desses elementos, se eles podem justificar que seja derogado a título excepcional o princípio do efeito retroativo das anulações contenciosas e, no caso afirmativo, prever em sua decisão de anulação que, com a reserva das ações contenciosas já ajuizadas à data desta decisão e voltada contra os atos praticados com fundamento no ato em causa, a totalidade ou parte dos efeitos desse ato anteriores à sua anulação deverão ser tidos como definitivos ou mesmo, no caso presente, que a anulação só passe a produzir efeito a partir de uma data ulterior que ele (o juiz) determine...²¹⁶.

²¹⁶ Conseil d'État, Assemblée du contentieux sur le rapport de la 1^{ère} sous-section N° 255886, 255887, 255888, 255889, 255890, 255891 et 255892. Séance du 7 mai 2004. Lecture du 11 mai 2004. *Association AC ! et autres*. Disponível no sítio da internet <http://www.conseil-etat.fr/ce/jurispd/index_ac_ld0417.shtml> (consulta em 08 de setembro de 2007).

Essa construção pretoriana é vista como uma das mais inovadoras estabelecidas pelo *Conseil* nos últimos anos. Não obstante, ela se reveste de um caráter cauteloso e submete a limitação da retroatividade a uma série de requisitos, entre os quais destacam-se os seguintes (Molfessis *et alli*, 2005, p. 29-31):

1. A modulação dos efeitos concerne necessariamente a *um* ato administrativo determinado;
2. A modulação dos efeitos possui natureza *excepcional* e de utilização cautelosa. “A retroatividade da anulação é manifestamente concebida, pelo *Conseil d’État*, como um elemento central da efetividade dos recursos por excesso de poder” (Idem, p. 30);
3. Essa modulação excepcional se justifica por dois fatores cumulativos: i. a presença de conseqüências “manifestamente excessivas” do ato de anulação, afetando-se uma série de direitos e expectativas particulares; e ii. a necessidade de um “teste de proporcionalidade” em que sejam ponderados os interesses – públicos e privados – que poderiam ser atingidos pela anulação prospectiva do ato administrativo (Ibidem);
4. Deve-se observar, para a limitação à retroatividade, uma série de “exigências procedimentais” ligadas às garantias do contraditório e da ampla defesa: “o juiz não pode modular os efeitos da anulação no tempo, senão após haver chamado as partes à sua presença para se manifestarem sob o assunto. O teste de proporcionalidade não é apenas constituído para a deliberação interior do juiz: ele resulta também, e talvez sobretudo, de uma discussão contraditória entre as partes” (Ibidem);
5. A modulação no tempo permanece “desprovida de incidência sobre as ações de natureza contenciosa *já ajuizadas*” (Idem, p. 31), a exemplo do que acontece na Corte de Justiça da Comunidade Européia.

A modulação dos efeitos das nulidades dos atos administrativos – quando sindicados pelo *Conseil d’État* – em muito se aproxima do *prospective overruling* do direito norte-americano, pelo menos em relação aos seus efeitos práticos. Mas consiste ainda em uma prática incipiente no direito francês, já que se limita a um julgado da corte superior em feitos de natureza administrativa.

Na *Cour de cassation*, embora recentemente esteja em crescimento o número de demandas pela concessão de *efeitos prospectivos* a certos *revirements*

de jurisprudence, ainda não há uma decisão aplicando uma técnica semelhante, muito embora o argumento da segurança jurídica *já tenha sido levado em consideração* pelo tribunal. Por exemplo, no caso *SAMSE*, julgado em 17 de dezembro de 2004 pela *chambre sociale*, a *Cour* rejeitou a aplicação meramente prospectiva de sua nova orientação, estabelecida em 10 de julho de 2002, quanto à validade de cláusulas de não-concorrência desprovidas de contrapartida financeira. No *arrêt*, a sociedade *SAMSA* argüiu que havia firmado contrato em 4 de maio de 1996, quando então a jurisprudência da *Cour* se orientava pela validade de tal tipo de cláusula contratual, de sorte que o artigo 6º da Convenção Européia sobre direitos do homem – que assegura a todos o direito a um processo justo e equânime – teria aplicação para o fim de impedir a aplicação retroativa da nova jurisprudência da Corte. Argumentou-se que

ao aplicar retroativamente essa jurisprudência inaugurada em julho de 2002 a um ato concluído em 1996, a corte de apelação sancionou as partes por ter ignorado uma regra que elas não poderiam ter conhecido, violando assim os artigos 1, 2, e 1134 do Código Civil, bem como o artigo 6 da Convenção européia de direitos do homem²¹⁷.

Esse argumento, porém, não conseguiu sensibilizar a Corte de cassação, que entendeu que a vedação da cláusula de não concorrência – quando não acompanhada de mecanismos compensatórios – responde a uma imperiosa necessidade de se salvaguardar o direito fundamental de exercício de qualquer atividade econômica, e por isso não poderia ser excepcionada no caso concreto. Nos dizeres da *Cour*,

longe de violar os textos mencionados pelo *moyen*, e notadamente o artigo 6 da *Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, a corte de apelação lhes deu ao contrário uma aplicação exata, ao decidir que essa exigência (proibição de cláusula de não-concorrência sem contrapartida) possuía aplicação imediata²¹⁸.

²¹⁷ Cour de Cassation. Chambre sociale. Audience publique du 17 décembre 2004. N. de pourvoi : 03-40008. Publié au bulletin. Disponível eletronicamente no sítio da internet <<http://www.legifrance.gouv.fr/WAspad/Visu?cid=132588&indice=20&table=CASS&ligneDeb=1>> (acesso em 06 de setembro de 2007).

²¹⁸ *Ibidem*.

Apesar desse entendimento restritivo, que se repete em outros julgados recentes²¹⁹, alguns autores vêm uma tendência da Corte de cassação em admitir um instrumento parecido ao *prospective overruling*, confirmada por manifestações da própria corte²²⁰. Provavelmente, tal modelo se aproximaria da técnica utilizada pela Corte de Justiça de Comunidade Européia e pelo próprio *Conseil d'État*, qual seja a de estabelecer efeitos prospectivos para sua jurisprudência, *mas salvaguardando a situação dos indivíduos que já tenham se mobilizado para proteger os seus direitos à época do revirement*. Esse passo, contudo, ainda não foi dado pela Corte de cassação.

4.4.4.6

O *prospective overruling* no direito brasileiro

No direito brasileiro o instituto do *prospective overruling* foi recentemente introduzido pelo Supremo Tribunal Federal, com fundamento em uma série de normas sobre o *efeito vinculante* das decisões declaratórias de inconstitucionalidade.

Desde 1993, as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de ações declaratórias de constitucionalidade e de ações diretas de inconstitucionalidade possuem efeito vinculante e *erga omnes* em relação a todos os demais órgãos do poder judiciário e da administração pública. Esse efeito vinculante, previsto originariamente para as ações declaratórias de inconstitucionalidade, mas logo em seguida estendido às ações diretas de inconstitucionalidade pela própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, veio a ser regulamentado com mais precisão pela Lei n. 9.868, de 1999, e estendido também à denominada argüição de descumprimento de preceito fundamental, regulamentada pela lei 9.882, de 1999. Vale também, por força da

²¹⁹ Nesse sentido, Pourvoi n. 03-14717, da 2^{ème} chambre civile. Audience publique du 8 juillet 2004. ; ver:

<<http://www.legifrance.gouv.fr/WAspad/Visu?cid=127101&indice=1&table=CASS&ligneDeb=1>> e Pourvoi n. 05-20282. 2^{ème} Chambre civile. Audience publique du 21 décembre 2006 ; ver: <<http://www.legifrance.gouv.fr/WAspad/Visu?cid=141828&indice=1&table=CASS&ligneDeb=1>> (acesso em 06 de setembro de 2007).

²²⁰ Por exemplo, *Molfessis et alli* (2005, p. 7).

Emenda constitucional n. 45/2004, para um grupo especial de súmulas formalmente promulgadas pelo Supremo Tribunal Federal.

É a partir do reconhecimento do efeito vinculante das mais importantes decisões do Supremo Tribunal Federal que se pôde, com o passar do tempo, chegar à aplicação da técnica do *prospective overruling*. Até o final do ano de 1999, com a edição da Lei 9.868, o direito brasileiro não conhecia qualquer mecanismo de limitação dos efeitos das decisões judiciais, nem mesmo no controle de constitucionalidade. A teoria prevalecente era ainda a do constitucionalismo americano do século XIX, segundo o qual toda norma jurídica contrária à Constituição padeceria de nulidade *ipso iure*, e o efeito da decisão de inconstitucionalidade seria meramente o de declarar, com efeitos necessariamente retrospectivos (*ex tunc*) a sua nulidade.

A flexibilização dessa teoria da “nulidade radical” de toda e qualquer decisão inconstitucional se iniciou no curso de década de 1990, com a introdução do efeito vinculante e com a intensificação dos estudos de direito comparado sobre os efeitos da declaração de inconstitucionalidade. Destaca-se, nessa época, a tese de doutoramento do hoje Ministro Gilmar Ferreira Mendes (Mendes, 1998), que ainda é, sem dúvida, uma das obras mais importantes do direito constitucional brasileiro. Contribuiu também, historicamente, a divulgação e o estudo aprofundado da teoria de Hans Kelsen sobre os efeitos da sentença de decretação da inconstitucionalidade das leis. Embora a teoria pura do direito tenha exercido notável influência no direito brasileiro desde a segunda metade do século XX, é apenas na última década do século passado que os autores brasileiros de modo geral começam a discutir com maturidade a sua tese fundamental de que a contrariedade da lei inconstitucional nada mais é do que uma forma diferente de revogação das leis: a nulidade e a anulabilidade não passam de uma sanção que o ordenamento jurídico impõe às normas que violem o conteúdo das normas superiores a elas, de sorte que normalmente a sentença de inconstitucionalidade deve possuir efeitos *ex nunc* (embora nem por isso esteja vedado o efeito *ex tunc*).

Com o amadurecimento do debate sobre a mitigação do efeito *ex tunc* da inconstitucionalidade, na década de 1990, foi possível introduzir, pela via legislativa, uma solução mais pragmática para o problema dos efeitos da inconstitucionalidade. Essa solução, no entanto, só veio tarde no ano de 1999, quando foi promulgada a lei 9.868.

Antes dessa legislação, o Supremo Tribunal era forçado a recorrer a teorias contraditórias para o fim de evitar os graves efeitos colaterais da declaração de inconstitucionalidade. Foi essa a situação, por exemplo, no julgamento do RE n. 122.202, no qual foi declarada a inconstitucionalidade de uma vantagem pecuniária concedida a certo grupo de servidores públicos. No caso, o tribunal se viu diante de um impasse tendo em vista o efeito *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade, pois o reconhecimento da nulidade do pagamento pela administração a seus servidores implicaria a necessidade de devolução aos cofres públicos dos vencimentos percebidos, o que comprometeria injustamente a economia familiar dos servidores, já que os valores recebidos já haviam sido gastos e o servidor não teve culpa no pagamento efetuado pelo poder público em estrito cumprimento da lei. O tribunal, na ocasião, ao invés de simplesmente declarar a inconstitucionalidade com efeitos *ex nunc*, entendeu que haveria “direito adquirido” por parte dos servidores ao benefício já recebido, de forma que os valores pagos não poderiam mais ser repetidos. Tal decisão mereceu pungente crítica de Gilmar Ferreira Mendes – na época ainda não ocupante do cargo de Ministro do Supremo Tribunal Federal –, pois o direito adquirido, para ser reconhecido, tem que ser originado de um ato *validamente* produzido, o que certamente não ocorreu no caso concreto, tendo em vista a nulidade *ipso iure* da declaração de inconstitucionalidade (Mendes, 1995).

No mesmo sentido, cumpre mencionar que boa parte da doutrina da época já criticava, com bons argumentos, o dogmatismo na jurisdição constitucional brasileira, que inadmitia qualquer exceção à regra do efeito retroativo das decisões de inconstitucionalidade. Nery Ferrari, por exemplo, argüiu, pouco antes da edição da lei, que a tese da retroatividade *ex tunc* da sentença de inconstitucionalidade “deve ser admitida com reservas, pois não podemos esquecer que uma lei inconstitucional foi eficaz” até a decisão do tribunal, de sorte que “ela pode ter tido conseqüências que não seria prudente ignorar, principalmente em nosso sistema jurídico, que não determina prazo para a argüição de tal invalidade, podendo a mesma ocorrer, dez, vinte ou trinta anos após a sua entrada em vigor” (Nery Ferrari, 1999, p. 212). Sugeriu a autora, na época, a edição de um diploma normativo disciplinando tais fatos e autorizando, excepcionalmente, a eficácia *ex nunc* da sentença de inconstitucionalidade (Ibidem).

A solução legislativa, contida no artigo 27 da lei 9.868, de 1999, foi inspirada no direito comparado, e consistiu em permitir ao Supremo Tribunal Federal, no julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade e das ações declaratórias de constitucionalidade, modular os efeitos das sentenças nos seguintes termos:

Art. 27 “Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”.

No direito português, a própria Constituição prevê uma disposição normativa semelhante:

Artigo 282 (...) (4) Quando a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo, que deverá ser fundamentado, o exigirem, poderá o Tribunal Constitucional fixar os efeitos da inconstitucionalidade ou da ilegalidade com alcance mais restrito do que o previsto nos n.ºs 1 e 2.

Portanto, as mesmas questões que se colocam no direito Brasileiro se põem em Portugal. Entre essas questões se destaca, por exemplo, a que se refere à possibilidade de limitação dos efeitos da inconstitucionalidade também no controle difuso de constitucionalidade, e não apenas no abstrato. Nesse ponto, Rui Medeiros sustenta que a limitação dos efeitos da inconstitucionalidade pode ser feita não apenas no controle concentrado de constitucionalidade, senão também no concreto:

Pela nossa parte, e na linha do que sempre temos afirmado, defendemos a aplicabilidade do n. 4 do artigo 282º da Constituição no âmbito da fiscalização concreta, tanto difusa como concentrada.

O nosso ponto de partida é o de que a teleologia que preside à regra do n. 4 do artigo 282º da Constituição vale indiscutivelmente em sede de controlo concreto. A flexibilização dos efeitos da inconstitucionalidade expressa nesse preceito revela que, para o legislador constitucional português, o princípio da constitucionalidade não se contenta apenas com uma imediata maximização parcial da norma constitucional violada sem consideração das restantes disposições e princípios constitucionais. O princípio da unidade da Constituição obriga, mesmo em sede de determinação dos efeitos da inconstitucionalidade, a tomar em consideração os diferentes interesses constitucionalmente protegidos” (Medeiros, 1999, p. 743-4).

Como se nota, para o jurista português é possível, com fundamento em princípios constitucionais que resultariam atingidos pela decisão retroativa de inconstitucionalidade, flexibilizar os efeitos da sentença, seja no controle concentrado de inconstitucionalidade ou no difuso.

Esse argumento foi decisivo para o Supremo Tribunal Federal, que expressamente o acatou, citando expressamente a obra mencionada. O Ministro Gilmar Ferreira Mendes, por exemplo, em seu voto prolatado no HC n.82.959, expressou entendimento de que a limitação temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade (de uma norma) pode se aplicar *inclusive no controle difuso de constitucionalidade*²²¹.

No corpo do voto do Ministro, são tecidas considerações exaustivas sobre o direito constitucional norte-americano, com menção expressa à técnica do *prospective overruling*:

No direito americano, a matéria poderia assumir feição delicada tendo em vista o caráter incidental ou difuso do sistema, isto é, modelo marcadamente voltado para a defesa de posições subjetivas. Todavia, ao contrário do que se poderia imaginar, não é rara a pronúncia de inconstitucionalidade sem a pronúncia de eficácia retrospectiva, especialmente nas decisões judiciais que introduzem uma alteração de jurisprudência (*prospective overruling*). (...) Embora tenham surgido no contexto das alterações jurisprudenciais de precedentes, as *prospectivities* têm integral aplicação às hipóteses de mudança de orientação que leve à declaração de inconstitucionalidade de uma lei antes declarada constitucional²²².

Por isso, conclui o Ministro que “a declaração de inconstitucionalidade *in concreto* também se mostra passível de limitação de efeitos”, sempre que “um outro princípio justifique a não-aplicação do princípio da nulidade”, de modo que o afastamento da declaração da inconstitucionalidade da lei com efeitos retrooperantes “assenta-se em fundamentos constitucionais e não em razões de conveniência”²²³.

²²¹ Supremo Tribunal Federal – Tribunal Pleno. HC n. 82959, julgado em 23.02.2006, publicado no DJ de 01.09.2006, rel. Min. Marco Aurélio. Informativo n. 418. Disponível no sítio da internet <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/it/in_processo.asp> (consulta em 08.09.2007).

²²² Supremo Tribunal Federal – Tribunal Pleno. HC n. 82959, julgado em 23.02.2006, publicado no DJ de 01.09.2006, rel. Min. Marco Aurélio. Informativo n. 418. Disponível no sítio da internet <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/it/in_processo.asp> (consulta em 08.09.2007). Voto do Ministro Gilmar Mendes.

²²³ *Ibidem*.

Essa jurisprudência guarda, aliás, sintonia com uma doutrina que o mesmo Gilmar Mendes já sustentava no plano acadêmico muito antes de ser nomeado ministro do Supremo Tribunal Federal, e da edição da lei 9.868/1999:

A suspensão da aplicação da lei inconstitucional suscita problemas que não podem ser olvidados. Na decisão proferida pelo *Bundesverfassungsgericht* sobre a constitucionalidade da lei que disciplinava o regime da nacionalidade de crianças nascidas dos chamados ‘casamentos mistos’, tornou-se evidente que, sem a aplicação provisória da disposição constitucional, haveria um vácuo legislativo. O *Bundesverfassungsgericht* reconheceu a legitimidade da aplicação da lei declarada inconstitucional se razões de índole constitucional (...) tornam imperiosa a vigência temporária da lei inconstitucional (...).

Dessarte, pode-se afirmar, de forma conclusiva, que a aplicação da lei declarada inconstitucional – mas que não teve a sua nulidade reconhecida – é legítima, quando exigida pela própria Constituição. Inexiste princípio geral sobre aplicação subsequente da lei declarada inconstitucional. A decisão depende, por isso, do exame concreto de cada caso (Mendes, 1999, p. 56).

Essa linha de argumentação – embora o Supremo Tribunal Federal evite expressamente admitir que está a aplicar a técnica da declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade – foi seguramente aceita pelo Supremo Tribunal Federal como um todo, que têm levado em conta, ao manifestar o seu juízo sobre a inconstitucionalidade de um ato normativo, os efeitos concretos de sua decisão, já que ao exercer o controle de constitucionalidade das leis o juiz deve proteger a Constituição em todos os aspectos, visando a otimizar todas as normas da Carta Magna, e não apenas o dispositivo que está sendo declarado inconstitucional. Se a própria Constituição resultar ferida em medida ainda maior com a pronúncia de nulidade do ato declarado inconstitucional, é claro que se legitima a inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, pois essa medida é a maneira mais eficiente de proteger os valores e princípios que a própria Constituição estabelece e exige sejam observados pelo juiz na aplicação do direito.

Menciono, nesse sentido, um caso recente em que o Supremo Tribunal Federal *deixou de pronunciar a nulidade* de atos de provimento de cargos públicos preenchidos por meio do método da “ascensão funcional”, com a finalidade de proteger as legítimas expectativas que derivaram desses atos. No caso em questão, o tribunal, apesar de reconhecer expressamente a inconstitucionalidade do “provimento derivado” de cargos públicos, deixou de

anular os atos de contratação com fundamento nos princípios da boa fé e da segurança jurídica, como se pode ler na ementa do acórdão:

CONSTITUCIONAL. SERVIDOR PÚBLICO: PROVIMENTO DERIVADO: INCONSTITUCIONALIDADE: EFEITO EX NUNC. PRINCÍPIOS DA BOA-FÉ E DA SEGURANÇA JURÍDICA.

I. - A Constituição de 1988 instituiu o concurso público como forma de acesso aos cargos públicos. CF, art. 37, II. Pedido de desconstituição de ato administrativo que deferiu, mediante concurso interno, a progressão de servidores públicos. Acontece que, à época dos fatos 1987 a 1992, o entendimento a respeito do tema não era pacífico, certo que, apenas em 17.02.1993, é que o Supremo Tribunal Federal suspendeu, com efeito *ex nunc*, a eficácia do art. 8º, III; art. 10, parágrafo único; art. 13, § 4º; art. 17 e art. 33, IV, da Lei 8.112, de 1990, dispositivos esses que foram declarados inconstitucionais em 27.8.1998: ADI 837/DF, Relator o Ministro Moreira Alves, "DJ" de 25.6.1999.

II. - Os princípios da boa-fé e da segurança jurídica autorizam a adoção do efeito *ex nunc* para a decisão que decreta a inconstitucionalidade. Ademais, os prejuízos que adviriam para a Administração seriam maiores que eventuais vantagens do desfazimento dos atos administrativos. III. - Precedentes do Supremo Tribunal Federal. IV. - RE conhecido, mas não provido²²⁴.

Como se nota, não há dúvida de que as contratações foram inconstitucionais, mas como os servidores puderam acreditar de boa fé que seus vínculos estavam legitimados e não seriam anulados posteriormente, o tribunal deixou de pronunciar a nulidade dos atos de contratação, já que haviam se passado mais de quinze anos do “concurso interno” em questão.

Essa construção permite sustentar que em casos excepcionais, o direito brasileiro conhece e admite o emprego do *prospective overruling*, embora os contornos exatos desse instituto jurídico ainda não tenham sido definidos com a segurança que se esperaria. A possibilidade de se modular os efeitos da declaração de nulidade da lei inconstitucional funciona como uma interessante *base de analogia* para a aplicação do *prospective overruling*, pois a mesma dose de insegurança está em jogo seja quando se anula uma lei ou se modifica um precedente vinculante em sentido forte. Todavia, permanecem ainda alguns problemas no direito brasileiro. Inicialmente, a orientação que se consolidou no HC 82.959 foi apenas a de se admitir a possibilidade do *prospective overruling* no âmbito da jurisdição constitucional: a declaração de inconstitucionalidade de uma lei anteriormente tida como constitucional em um precedente vinculante pode

²²⁴ Supremo Tribunal Federal – 2ª Turma, RE 442.683-8, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 13.12.2005, DJ de 24.03.2006. Disponível em <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/it/in_processo.asp> (consulta em 08.09.2007).

assumir um caráter meramente prospectivo. Não obstante, há séria dúvida acerca da aplicabilidade de técnica da modulação dos efeitos da nova jurisprudência *fora do Supremo Tribunal Federal*, especialmente em questões relativas à interpretação do direito *infraconstitucional*.

Ademais, deve ser introduzida uma limitação formal ou processual para racionalizar a aplicação do *prospective overruling*, sob pena de surgimento de uma incoerência. Com efeito, o art. 27 da lei 9.869/1999 exige maioria de dois terços (dos membros do tribunal) para modulação dos efeitos da inconstitucionalidade da lei. Não faz sentido que esse requisito não se aplique também às hipóteses de modificação da jurisprudência do tribunal.

Veremos, a seguir, algumas diretivas gerais que considero adequadas não apenas para o direito brasileiro, mas para qualquer caso de aplicação do *prospective overruling*.

4.4.4.6

Algumas diretivas gerais para a aplicação da técnica do *prospective overruling*

O que justifica a técnica do *prospective overruling* é o estabelecimento, em um precedente judicial, de uma *norma adscrita de natureza geral* juntamente com outra norma *individual*, mais *específica*, que elide a sua aplicação no caso concreto tendo em vista considerações de segurança jurídica e outras razões que tornam irracional a aplicação da nova orientação jurisprudencial ao caso concreto.

Como tive oportunidade de salientar em outra oportunidade, podemos distinguir o regramento (*ruling*) estabelecido por uma decisão judicial – onde é enunciada a *norma* que os tribunais reconhecem quando eles enunciam a *ratio decidendi* – e a *adjudicação em sentido estrito* – ou seja, a aplicação das conseqüências de tal regramento às partes envolvidas no caso *sub judice* (Bustamante; Silva, 2007, p. 121):

Nos casos ordinários nós podemos identificar um único regramento (*ruling*) que nos leva à adjudicação em sentido estrito. Todavia, em casos complexos o tribunal enuncia uma *norma geral – prima facie* aplicável a todos os casos que possam ser subsumidos ao enunciado universal compreendido no *regramento (ruling)* – mas há

razões para não aplicar imediatamente a referida norma ao caso concreto. Nessas situações, os tribunais formulam uma outra norma individual, mais concreta, que cria uma exceção à norma originalmente enunciada no *regramento*. É precisamente isso que acontece no *prospective overruling*. É como se a corte enunciasse dois regramentos no mesmo caso: um para ser aplicado a todas as situações que estejam para acontecer; outro apenas para o caso em exame ou para casos que se refiram a fatos jurídicos cujos efeitos já se concretizaram (Ibidem).

O *prospective overruling*, no entanto, deve ser reservado para casos excepcionais, como, aliás, é consenso em todos os ordenamentos jurídicos em que a técnica é aplicada. Mas por que a modificação da jurisprudência deve, pelo menos como regra geral, ser retroativa? Quais são os valores e princípios que justificam essa interferência no passado?

Como vimos, o direito judicial só é relevante quando há espaço para uma pluralidade de interpretações possíveis do direito vigente. A indeterminação do direito é, como disse Gorla em trecho já citado acima, o *húmus* para a técnica do precedente judicial. É nesse espaço de indeterminação, nessa margem de ação do judiciário, que os tribunais podem estabelecer o *case law* relevante para os casos futuros. Esse direito jurisprudencial pode assumir várias formas: pode se constituir por regras concretas que contém enunciados classificatórios destinados a reduzir a vagueza de um enunciado normativo, pode conter reduções semânticas para eliminar a ambigüidade de determinadas normas que possuem conteúdo relativamente elástico, ou pode estabelecer regras de prioridade condicionada entre princípios constitucionais, nos casos de colisão. Em todos esses casos, porém, há um elemento comum de *ausência de regulação* – ou pelo menos de regulação insuficiente –, pois a concretização das normas aplicadas pelo judiciário irá depender de uma espécie de “arbítrio judicial” (ainda que seja um arbítrio nos confins do ordenamento jurídico).

Ciente dessa esfera de indeterminação é que, no Reino Unido e na Alemanha, não exclusivamente, mas primordialmente, se coloca o debate entre as teorias declaratória e positivista – ou, mais especificamente, sociológica ou realista – da atividade judicial. Essas teorias, em suas formas puras, põem ênfase em cada um dos pólos da tensão entre facticidade e validade que caracteriza o direito de modo geral.

A teoria declaratória – pelo menos a hoje sustentada por Dworkin e Simpson – põe ênfase no caráter eminentemente racional da decisão jurídica. O ato de

interpretação do direito é descrito de forma semelhante a um processo de descoberta da verdade; em grande parte, é ato de conhecimento, de descoberta de um direito que se comunica com a moral e é capaz oferece respostas *corretas* para cada problema concreto enfrentado pelo aplicador, inclusive e especialmente nos *hard cases*, que são justamente aqueles em que os precedentes são importantes. O direito é visualizado em sua faceta ideal. Não existe diferença entre “direito” e “direito justo” ou “racional”.

De outro lado, a teoria positivista põe ênfase no outro extremo. O direito se apresenta tal como ele é, tal como ele foi estabelecido por um ato de autoridade. O ato judicial de aplicação do direito difere do ato legislativo que estabelece uma norma jurídica apenas em relação ao grau de generalidade. O juiz, assim como o legislador, não precisa justificar as suas decisões para que elas possam ser reconhecidas como fontes de normas jurídicas válidas. O direito judicial é puro *fiat*.

As duas teorias trazem, naturalmente, algo de correto e algo de implausível. Não há como escapar: para analisá-las, voltamos necessariamente ao debate entre jusnaturalismo e positivismo. Já tentei fornecer uma solução para esse debate, e essa solução caminha no sentido de por a ênfase no que há de correto em cada uma das duas teorias, abandonando porém, de outro lado, o radicalismo de cada uma das perspectivas isoladas. Esse reconhecimento de que há algo de correto em cada uma das teorias é necessário para entendermos que o direito é tanto *ratio* como *auctoritas*, tanto um sistema de normas que são dotadas de uma pretensão de racionalidade como um sistema de normas positivamente válidas, e que o processo de aplicação do direito envolve tanto um processo de conhecimento quanto um processo de criação.

No espaço em que se move o *case law* – a margem de atuação do judiciário – há, portanto, atos de conhecimento, de um lado, e atos de criação de normas, de outro.

O problema é que quando se olha para o direito da perspectiva do participante, e se busca dessa forma exercer a função *normativa* da dogmática jurídica, propondo soluções para os problemas práticos que nascem na aplicação do direito, fica claro que o juiz deve se comportar nesses casos *como se* a sua atividade fosse apenas um ato de conhecimento moral de normas; deve procurar regatar estas normas discursiva e racionalmente, buscando com isso reduzir ao

mínimo a sua subjetividade e aplicá-las imparcialmente a todos os casos que sejam levados ao seu conhecimento.

A razão fundamental da retroatividade da jurisprudência – inclusive da que desmente a jurisprudência anterior – está na *primazia* que as razões morais, que valem de igual modo para todos e independem de uma decisão política do legislador ou do tribunal, sobre as razões de ordem meramente *pragmática* que normalmente justificam a não aplicação de uma determinada norma a um universo de casos. Como explica Habermas,

Estas questões [ético-políticas] (...) estão subordinadas às questões morais e guardam relação com questões pragmáticas. A *primazia* detém a questão de como se pode regular uma matéria no interesse de todos por igual. A produção de normas se encontra primariamente sujeita ao ponto de vista da justiça e por este lado tem seu critério primário de correção nos princípios que dizem o que é bom para todos e por igual. Diferentemente das questões éticas, as questões de justiça não estão referidas por si mesmas a uma determinada coletividade e à sua forma de vida. O direito politicamente estabelecido de uma comunidade concreta, para ser legítimo, tem que estar ao menos em consonância com princípios morais, os quais pretendem também validade geral para além da comunidade jurídica concreta (Habermas, 2005-a, p. 357).

O jurista deve buscar sempre, em especial quando o ordenamento jurídico lhe outorga uma margem de livre apreciação, decidir de forma substancialmente correta, e os *standards* morais que determinam essa correção podem ser, ao menos aproximadamente, apreendidos de forma objetiva.

A criatividade judicial, embora reconhecida, deve ser vista como algo inevitável, não como algo dotado de valor. A sua raiz está justamente nos limites da razão prática, em suas deficiências.

Portanto, o juiz só deve aplicar as suas decisões prospectivamente, só deve estabelecer uma eficácia futura para as regras adscritas que ele estabelece, em casos excepcionais em que ele não consegue mais distinguir os efeitos da sua decisão e os efeitos de um ato legislativo, ou que a decisão jurídica anterior tenha gerado para os cidadãos de modo geral as mesmas expectativas que uma decisão do legislador, de sorte que haveria uma violação séria aos princípios da segurança jurídica e da certeza do direito se esse *case law* fosse aplicado para regular os atos já constituídos²²⁵.

²²⁵ Pode-se dizer que a distinção entre a produção e a aplicação do direito – de sorte que ao judiciário cabe prioritariamente a última atividade – é um argumento para que a regra geral seja a

Apenas nos casos moralmente irrelevantes é que as razões pragmáticas que justificam o *prospective overruling* podem ter lugar.

A única exceção a essa regra é quando a insegurança jurídica seja tão grande que constitua, ela mesma, uma espécie de imoralidade. Nesses casos, diante de um discurso de aplicação, pode-se afastar a incidência da nova norma jurisprudencial.

Mas como essas duas situações (i. casos de “irrelevância moral” da decisão e ii. de imoralidade por excesso de insegurança) são *excepcionais*, a regra geral, ainda que dotada de uma cláusula *ceteris paribus*, deve ser a de que as decisões de justiça possuem eficácia retroativa.

Depois de respondida a indagação sobre a natureza *retrospectiva* das reviravoltas jurisprudenciais, pode-se finalmente formular uma nova pergunta que encerra o tópico do *prospective overruling*: quais os critérios ou diretivas que podemos utilizar para decidir sobre aplicar ou não o *prospective overruling* em um caso concreto? Como identificar, objetivamente, os casos que reclamam uma limitação ao efeito retroativo da reviravolta jurisprudencial?

O *prospective overruling* será tanto mais bem justificado quanto mais seja preponderante o elemento “facticidade” ou “autoridade” no discurso jurídico. Quanto mais acentuada for a força normativa do *case law*, mais razões haverá para a limitação temporal da eficácia do novo direito jurisprudencial.

Embora os tribunais, ao aplicar o direito, devam envidar todos os esforços para encontrar uma resposta correta para as suas decisões, tratando a sua atividade como, em parte significativa, um processo de reconstrução a partir do uso praticamente orientado da razão, eles não podem perder de vista que, de fato, muitas vezes a sua atividade se assemelha a uma atividade legislativa. O fato de o direito possuir um caráter ideal não deve nos levar a fechar os olhos para o direito *real* que emerge das decisões judiciais.

da retroatividade dos efeitos da mudança jurisprudencial. Mas ainda assim pode surgir uma dúvida quanto à existência de *razões morais* para a retroatividade do precedente judicial. Neste ponto, pode-se argüir que a retroatividade *prima facie* dos *revirements* justifica-se porque o poder normativo do judiciário tem lugar justamente nos casos em que a legislação positiva deixa em aberto a solução correta para o problema jurídico enfrentado no caso concreto. Resta ao aplicador do direito, portanto, recorrer à moral para nela tentar encontrar solução para o caso problemático (recordemos, aqui, que a presente teoria dos precedentes pressupõe a tese da unidade do discurso prático, de sorte que os argumentos morais necessariamente penetram no discurso jurídico, principalmente nos casos de textura aberta da legislação positiva). Havendo um princípio moral que indique a necessidade de um *overruling*, as razões morais que justificam o novo *case law* devem, via de regra, preponderar sobre as razões de natureza pragmática que justificam a eficácia prospectiva do novo regramento judicial (*judicial ruling*). Agradeço à professora Ana Paula de Barcellos por ter atraído a minha atenção para esse problema.

A primeira regra para se aplicar o *prospective overruling* deve ser, portanto, a da sinceridade. Em qualquer caso, os tribunais “não devem simplesmente negar o caráter normativo e constitutivo dos regramentos que eles estabelecem, os quais podem assumir dimensões significativas quando precedentes vinculantes ingressam no ordenamento jurídico. O *overruling* de um precedente vinculante não deve ser tratado como um fato simples e insignificante, pois contradiz expectativas normativas fundadas e legítimas”. (Bustamante; Silva, 2007, p. 123).

Por isso, em certos casos, não é absurdo sustentar que em sistemas jurídicos de direito escrito (*civil law*) a superação (*overruling*) de um precedente estável e vinculante (ou mesmo de um precedente “quase-vinculante” estabelecido em termos gerais pelas cortes mais altas) pode ser vislumbrada como equivalente ao estabelecimento de um novo enunciado legislativo, pois os efeitos de ambos são bastante semelhantes na prática. Parece um tanto quanto incoerente sustentar que toda nova legislação necessariamente possui efeitos prospectivos e, ao mesmo tempo, que o novo direito Judicial, com efeitos vinculante (ou “quase-vinculante”) e *erga omnes*, somente terá efeitos retrospectivos (Idem).

Pode-se propor, destarte, a seguinte diretiva geral para o *prospective overruling*:

D) Na presença de precedentes vinculantes ou quase-vinculantes (vinculantes *de facto*) dos tribunais superiores, quando uma nova decisão venha a revogar regramentos judiciais previamente estabelecidos, o tribunal pode estabelecer, na presença de fatores que possam lesionar os mais importantes princípios do sistema jurídico, como a justiça material ou a segurança jurídica, as condições da eficácia temporal do novo direito jurisprudencial (Idem, p. 124).

Essa diretiva pode ser mais bem especificada por meio das seguintes condições secundárias:

D¹) Quanto mais vinculante for a regra jurisprudencial antiga, mais razões haverá para o *prospective overruling*;

D²) Quanto mais antiga for a regra jurisprudencial superada, mais razões haverá para os efeitos prospectivos do *overruling*;

D³) Em todos os casos em que se aplique o *prospective overruling*, deve haver uma decisão clara e justificada sobre o assunto, fundamentada em um juízo ponderado sobre os princípios afetados pela nova decisão;

D⁴) O tribunal deve se esforçar para justificar em termos racionais a decisão sobre a eficácia das normas que está pronunciando (Ibidem).

Além dessas diretivas, pode-se aprender também com a experiência do direito comparado recente, e em especial com algumas considerações que foram debatidas na Corte de Justiça da Comunidade Européia e no *Conseil d'État* nos últimos anos.

Primeiramente, parece plausível a solução da Corte de Justiça consistente em limitar o efeito prospectivo aos casos que ainda não tenham sido ajuizados, ou onde a parte lesada em seu direito ainda não tenha se movimentado para o fim de proteger os seus direitos. Essa solução se revela correta porque privar o indivíduo que consegue demonstrar a incorreção de uma orientação jurisprudencial traria conseqüências tanto indesejáveis do ponto de vista pragmático (como uma espécie de congelamento da jurisprudência, com o desestímulo ao desenvolvimento judicial do direito e à criatividade dos advogados) quanto substancialmente injustas, na medida em que fica evidenciado que a regra jurisprudencial *não foi capaz de gerar, na parte em questão, as legítimas expectativas* que justificam, de modo geral, o *prospective overruling*. Pelo contrário, o que se vê foi um inconformismo com o *case law* anterior e um raciocínio ousado e inovador que conseguiu se desincumbir dos ônus ou cargas de argumentação derivadas do princípio da inércia, de forma a reformar o direito para melhor. Não pode ser justo, nesse caso, deixar de outorgar proteção ao indivíduo lesado (ressalvadas, obviamente, situações *realmente* excepcionais, quando a insegurança pode ser qualificada como “dramática”).

Em segundo lugar, a solução do *Conseil d'État* de exigir que a própria questão de ordem sobre o *prospective overruling* seja *tematizada* e submetida ao contraditório das partes é uma forma de torná-la ainda mais controlável e racional.

Por derradeiro, a diretiva proposta por Rui Medeiros e adotada pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro – de que a corte suprema deve *sempre* justificar os efeitos prospectivos do novo *case law* com fundamento em princípios constitucionais, assentando sua decisão em argumentos *jurídicos* e *não exclusivamente pragmáticos* – deve ser adotada em qualquer caso de mutação jurisprudencial prospectiva.

Com essas diretivas, e tendo em vista o seu caráter excepcional, o *prospective overruling* pode ser uma importante ferramenta para não inibir os discursos de justificação de precedentes judiciais. Pode contribuir, em linhas gerais, para a racionalização do direito, já que torna sem força o principal

argumento contra a modificação do direito jurisprudencial: o de que a nova regra poderia frustrar expectativas geradas pelo próprio tribunal.