

## Conclusão

Nessa altura, imagino um leitor possivelmente cansado devido à longa extensão desse trabalho. Ao menos em parte, é possível que a extensão dessa tese de doutoramento se deva à complexidade e à abrangência do tema escolhido. Minha ambição de estabelecer diretivas práticas para a aplicação racional de precedentes judiciais é considerada um esforço inútil por uma parte substancial dos juristas contemporâneos, que acredita no caráter contraditório da noção de *racionalidade prática* e não vislumbra sequer a possibilidade lógica de uma função normativa para a filosofia e a teoria jurídicas. Foi necessário, por isso, uma digressão a respeito das teorias contemporâneas sobre o conceito de direito, com ênfase nas que analisam o fenômeno jurídico como uma prática social de natureza interpretativa e argumentativa, como as teorias pós-hartianas de Dworkin, MacCormick e Alexy<sup>260</sup>.

Foi necessário também, ainda no capítulo II, onde lanço as bases da teoria do precedente judicial que ora encerro com essas últimas considerações, justificar a concepção pós-positivista de direito e demonstrar como a adoção dessa concepção – que vê um direito limitado em certo sentido pela moral, mas por outro lado não meramente um reflexo dela ou uma ordem normativa infra-ordenada ou subordinada – repercute na teoria jurídica e na filosofia do direito. A teoria do direito que subjaz a essa tese de doutoramento é uma teoria pós-positivista porque dá conta da tensão e da complementaridade entre direito e moral, entre correção e positividade, e busca romper certas dicotomias modernas que se expressam no positivismo jurídico e limitam as possibilidades do conhecimento sobre normas, tornando a ciência do direito meramente um exercício analítico (como faz o normativismo) ou um conjunto de prognoses

---

<sup>260</sup> Tomo emprestado, aqui, a distinção entre teorias pré-hartianas e pós-hartianas, utilizada por Massimo La Torre para diferenciar as teorias jurídicas construídas na perspectiva do observador (ponto de vista “externo”) e na perspectiva do participante (ponto de vista “interno”). As teorias que permanecem, até hoje, analisando o direito exclusivamente do ponto de vista externo são denominadas por La Torre de “pré-hartianas (La Torre, 2006, p. 213). Sobre o assunto ver, além do estudo de La Torre, o meu ensaio “Pós-positivismo: o argumento da injustiça além da fórmula de Radbruch” (Bustamante, 2006-a), em parte reproduzido no capítulo II, seções 2.2.-2.3.

acerca do comportamento das autoridades dotadas de poder de decisão (como faz o realismo jurídico). Entre essas dicotomias, cito a tese da separação entre direito e moral, a incomunicabilidade absoluta entre “ser” e “dever-ser”, a distinção de Bentham entre jurisprudência *expositória* e *ensorial*, a distinção radical entre enunciados *de lege lata* e enunciados *de lege ferenda* (de forma que a ciência do direito seria composta apenas pelos primeiros), a dicotomia radical entre o *common law* e o *civil law*, a teoria das fontes do direito como expressão de um modo de produção de normas *ou* dotadas de autoridade absoluta *ou* carentes por completo de qualquer autoridade, a separação entre as atividades de *interpretação* e *aplicação* do direito e uma série de outras idéias positivistas que historicamente foram responsáveis pela completa *neglectio* dos precedentes pelos teóricos do direito do *civil law*.

Neste trabalho, presumo uma identidade de objeto entre a filosofia jurídica e a teoria do direito, de modo que ambas se distinguem apenas em função da *perspectiva* ou *aspecto* de análise adotada por seus estudiosos e contribuem, conjuntamente, para a construção de um direito cada vez mais justo, racional e integrado à moralidade crítica e social. Isso tem sérias conseqüências porque torna o método filosófico também um método jurídico, e muitas questões que eram antes relegadas à filosofia moral passam a fazer parte do discurso jurídico. É essa a forma mais correta de ver o direito – proponho – quando se abandona a perspectiva do observador e se adota a do participante. Por isso é que Hart, mesmo tendo permanecido positivista até o final de sua vida, foi tão importante para a superação do positivismo.

Um participante do discurso jurídico não pode mais ser indiferente ao conteúdo do direito: não pode mais admitir que quaisquer normas venham a fazer parte dele e que qualquer atrocidade seja praticada *in nomine iuris*.

Ele tende a prestar mais atenção na tensão entre *ratio* e *auctoritas* que caracteriza a prática jurídica e a tentar estabelecer mecanismos metodológicos para minimizar os efeitos dessa tensão, visando a garantir, na máxima medida possível, que o direito seja as duas coisas ao mesmo tempo: justo e institucionalizado.

A teoria dos precedentes que proponho, como teoria metodológica que é, se liga inseparavelmente a uma teoria da argumentação que seja capaz de tornar racional o processo de aplicação do direito. É pela via das teorias da

argumentação jurídica que o judiciário, mesmo carente da representação democrática característica do poder legislativo, pode legitimar as normas jurídicas que ele deixa assentadas em suas decisões. A teoria dos precedentes, a teoria da argumentação jurídica e a teoria do direito passam a fazer parte de um único tipo de discurso em que cada decisão concreta é considerada como uma norma universalizável que merece passar por um discurso de justificação e, num momento posterior, ser imparcialmente aplicada. Nesse “constitucionalismo discursivo”, na linguagem de Alexy, a técnica do precedente é considerada um importante aspecto da racionalidade prática, haja vista que a exigência de considerar as decisões anteriores encontra fundamento não mais apenas em fatores institucionais, mas também em fatores extra-institucionais (intrinsecamente racionais) que são pelo menos tão importantes quanto os primeiros.

A teoria da argumentação que se encontra na base da teoria normativa do precedente judicial esboçada nos capítulos anteriores é, claramente, uma teoria kantiana da razão prática. Seu princípio fundamental é a universalizabilidade, que é empregada por Alexy, MacCormick, Habermas e outros autores (cujas filosofias do direito constituíram pontos de apoio deste trabalho) como a regra de argumentação mais importante para o discurso prático, e em especial para o discurso jurídico.

O que tentei estabelecer nos capítulos III e IV foi um conjunto de diretrizes metodológicas *universalmente válidas* para a justificação e aplicação de precedentes judiciais, as quais têm por meta facilitar a vida do aplicador do direito. Quando divido os problemas mais importantes do argumento por precedentes em problemas de *justificação* e de *aplicação*, obviamente me refiro à teoria de Klaus Günther. Mas divirjo desse autor, no entanto, quando ele caracteriza o direito como *apenas* um discurso de aplicação, já que a argumentação jurídica abarca também problemas de justificação normativa que muito se assemelham aos discursos morais, embora haja um componente institucional que singulariza o discurso jurídico. Tive, portanto, para me manter coerente, que defender a tese abraçada por Alexy de que o caráter institucionalizado do discurso jurídico não o desnatura como “discurso prático”, senão apenas lhe torna um caso especial desse tipo de discurso.

Como desenvolvi uma teoria dos precedentes dotada de uma pretensão de universalidade, precisei justificar, no capítulo I, a minha premissa de que há uma

identidade estrutural entre o raciocínio por precedentes no *common law* e na tradição jurídica continental-européia. Ao enfrentar a questão da suposta “autonomia metodológica” do *common law* em relação ao direito continental europeu, minha resposta foi a negativa da asserção de que haveria um “método” ou “procedimento e raciocínio” substancialmente diferentes nas duas grandes tradições jurídicas contemporâneas. Uma comparação entre o direito francês e o direito inglês – e, mais genericamente, entre o *common law* e o *civil law* – me permitiu sustentar que o poder normativo do judiciário é semelhante em qualquer sistema jurídico da atualidade, bem como que as diferenças entre o *common law* e o direito codificado implicam apenas distintos graus de discricionariedade do poder judiciário, já que o processo hermenêutico de raciocínio por precedentes é idêntico em todo lugar onde ele é encontrado.

Ainda no capítulo introdutório, acabei fazendo também, ainda que indiretamente, um breve histórico do positivismo jurídico, pois mostrei como ele se manifestou no direito Europeu desde o seu início, no limiar do século XIX, até a sua convalescença na virada do século XXI. O que concluo nesse ponto é que a tensão entre *ratio* e *auctoritas* sempre foi vista como imanente ao direito positivo, tanto no direito inglês quanto no continente europeu. Até o final do século XVIII, havia um *ius commune europaeum* que pressupunha uma prática jurídica universalista e cosmopolita, na qual o precedente judicial era visto como um importante instrumento – senão o mais importante – para a unificação do direito segundo princípios comuns de caráter eminentemente racional. Essa situação, segundo o meu diagnóstico, tende a se repetir no século XXI, e não mais apenas na Europa, mas em todo o mundo globalizado, de modo que o direito pós-positivista torna necessário construir uma teoria universalista do precedente judicial, já que o recurso ao *case law* passa a constituir novamente uma das mais importantes fontes do direito.

Em suma, a teoria dos precedentes que eu tentei desenvolver não dá razão nem ao decisionismo positivista e nem ao realismo moral e seu cognitivismo ético radical, que não reconhece qualquer limite ao poder de fundamentação da racionalidade prática. Uma teoria pós-positivista deve incorporar tanto os critérios positivistas para identificação do direito válido quanto os critérios não-positivistas para estabelecer os limites materiais que determinam o umbral de injustiça a partir do qual as normas jurídicas perdem a sua validade. Minha concepção de direito e

de teoria do direito parece se aproximar, portanto, da de Neil MacCormick, que se descreve como nem jusnaturalista e nem positivista. Para MacCormick, uma teoria jurídica adequada não deve ser *anti*-positivista, mas *pós*-positivista porque não rompe por completo com a tradição positivista e seus critérios para identificar o direito válido, senão apenas poda os seus excessos e reconhece a correção da tese jusnaturalista de que o direito *deve ser racional* e deixará de ser considerado “direito válido” quando essa pretensão de racionalidade for expressamente negada ou vilipendiada de forma ostensiva (MacCormick, 2007, p. 278-9).

Os critérios que desenvolvi nos capítulos III e IV, que buscam resolver os principais problemas que aparecem na justificação de regras jurisprudenciais e na aplicação dessas regras, espelham o caráter *normativo* da presente teoria dos precedentes judiciais, que constitui a sua característica mais importante. Embora eu tenha recorrido com frequência a esquemas analíticos para elucidar seja as espécies de fontes do direito, seja a estrutura da subsunção, da ponderação de princípios, da exigência de coerência, da redução teleológica, do argumento *a contrario* e da analogia, essa dimensão analítica da teoria jurídica esteve sempre a serviço de sua dimensão normativa, que busca estabelecer modelos de decisão destinados a aproximar o jurista prático das soluções *corretas* para os problemas jurídicos com que se depara (Alexy, 1997-b, p. 32).

Essas diretivas são, portanto, *metanormas* (normas sobre a aplicação de normas) que tornam a teoria dos precedentes substancialmente relevante para a legitimação das decisões judiciais. A teoria normativa dos precedentes deve ser entendida, para finalizar, como um caso especial da teoria da argumentação jurídica. Se os parâmetros metodológicos para a utilização de precedentes judiciais que desenvolvi nos capítulos III e IV encontrarem fundamento e puderem ser aplicados na prática dos tribunais, a teoria normativa dos precedentes enunciada nas páginas dessa tese de doutoramento terá tido sucesso em seus objetivos.