

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

PAULA PESSOA PEREIRA

**O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA COMO CORTE DE DEFINIÇÃO DE
DIREITOS. UMA JUSTIFICATIVA A PARTIR DO UNIVERSALISMO**

CURITIBA
2013

PAULA PESSOA PEREIRA

O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA COMO CORTE DE DEFINIÇÃO DE DIREITOS. UMA JUSTIFICATIVA A PARTIR DO UNIVERSALISMO

Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito, Área de Concentração em Relações Sociais, Linha de Pesquisa em Direito, Tutela e Efetividade, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, como parte das exigências para a obtenção do Título de Mestra em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Luiz Guilherme Marinoni

CURITIBA
2013

PAULA PESSOA PEREIRA

O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA COMO CORTE DE DEFINIÇÃO DE DIREITOS. UMA JUSTIFICATIVA A PARTIR DO UNIVERSALISMO

Dissertação aprovada como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestra no curso de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientador: _____

Prof. Titular. Dr. Luiz Guilherme Marinoni

Universidade Federal do Paraná

Prof. Dr. Cesar Antonio Serbena

Universidade Federal do Paraná

Prof. Dr. Alvaro Perez Ragone

Universidade Católica de Valparaíso/Chile

Curitiba, 26 de abril de 2013

Para xuxuzinho, meu eu em você para sempre, porque você é o melhor que há em mim!

AGRADECIMENTOS

Acredito como Gonzaguinha que “se depende sempre de tanta, muita, diferente gente. Toda pessoa sempre é as marcas das lições diárias de outras tantas pessoas. E é tão bonito quando a gente entende que a gente é tanta gente onde quer que a gente vá. E é tão bonito quando a gente sente que nunca está sozinho por mais que pense estar”.

Nesses dois anos de mestrado dependi sempre de muita, tanta gente, e mesmo nos momentos em que pensei estar sozinha, porque a arte de escrever é muito solitária, fui a soma dessas pessoas. Por isto, neste momento quero agradecer.

Aos meus, por serem parte de mim. Onde quer que eu esteja sempre estarão comigo. Ao meu pai, meu xuxuzinho, palavras não descrevem a minha gratidão, apenas posso dedicar o trabalho e minha vida por todo sempre a você, porque mesmo tendo partido no meio desta trajetória, esteve a todo instante comigo, sem ele, e por ele, não conseguiria!! À minha mãe, por seu meu outro amor incondicional e por apoiar minhas escolhas. Ao meu irmão Philippe, por ser minha alma gêmea e por tudo que o sentido da palavra irmão pode querer significar. Aos meu avós, Adonias e Tereza, pela presença e amor e por confiarem tanto em mim!

À minha família, agradeço pelo apoio, carinho, atenção, colo, conforto e todo amor que me deram, principalmente nos momentos não tão fáceis!

Aos amigos de lá e da cá: Fabiana Marques, Gilca, Patrícia, Bernardo Pereira, Daniela Pereira, Raphaela Tolomei, Karin Bergit, Fernanda Pataro, Samuel Freitas, Thiago Mourão, por serem a família que escolhi e por darem um sentido e gostinho bom demais na vida.

Aos colega de trabalho do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, pela paciência e compreensão nas horas de ausência, mesmo quando presente!

Aos amigos do mestrado: Christian Delgado, André Tesser, Adriano Barbosa, Simone Trento, Melanie, Edna, Thiago Hoshino, Júlia Franzoni, Maurício Timm, Márcio Berclaz, pelas conversas, pelas trocas de ideias, pelos cafés, por compartilhar as angústias e alegrias, tudo foi mais divertido porque vocês estiveram presentes.

Em especial, agradeço: à Juliana Pondé Fonseca, pela doce e afetuosa amizade! Ao Fernando Andreoni, minha dupla acadêmica! Ao Luiz Henrique Krassuski Fortes, agradeço à amizade e ao apoio constante, principalmente no momento da redação deste trabalho, e pela revisão atenta e crítica das versões preliminares deste trabalho, muito obrigada! À amiga Maira Portes, presente do mestrado para a vida, obrigada pela amizade e pela cumplicidade nos nossos ideais.

Aos funcionários da UFPR, da Secretaria do PPGD e da Biblioteca, pelo apoio sempre gentil e atento.

Aos Professores Sergio Arenhart, Ricardo Marcelo Fonseca, Luís Fernando Pereira e César Serbena, pelo intercâmbio de ideias e generosidade nos diálogos, e, principalmente, por me tirarem da “zona de conforto”.

Ao meu orientador Prof. Luiz Guilherme Marinoni, agradeço por tudo. Por ser o exemplo de que é possível mudar a realidade normativa e social por meio do estudo do direito; pelo incentivo e apoio na pesquisa acadêmica; pelas conversas e discussões sobre o direito, que vão além do tema aqui investigado; pela confiança depositada e, especialmente, pela amizade!

Por sempre, porque ele é tradução do que é o infinito e permanente, agradeço a Deus.

“The intellectual instinct is the one that makes us search while knowing that we are never going to find the answer. I think Lessing said that if God were to declare that in His right hand He had the truth and in his left hand He had the investigation of the truth, Lessing would ask God to open His left hand - he would want God to give him the investigation of the truth, not the truth itself. Of course he would want that, because the investigation permits infinite hypotheses, and the truth is only one, and that does not suit the intellect, because the intellect needs curiosity.”

Jorge Luis Borges (The New York Times Book Review, 13 July 1986 p.27-29).

RESUMO

O presente trabalho tem como objeto de investigação a conformação e adequação da função do Superior Tribunal de Justiça enquanto Corte de Vértice na ordem jurídica brasileira aos valores e objetivos do Estado de Direito. Propõe-se a investigar se há algo na ideia do Estado de Direito que exija que as Cortes Supremas sejam responsáveis pela definição de direitos, ou seja, se há justificativas entre as razões comumente apresentadas para o uso dos precedentes que possam ser consideradas como razões do próprio Estado de Direito; se este é neutro sobre a questão, ou, até mesmo, contrário à adoção da prática de se seguir precedentes. Nessa linha, pretende-se, aqui, demonstrar que uma conta adequada da teoria da justificação da decisão judicial se faz necessária para compreender o tipo de raciocínio jurídico que deve ser desenvolvido por juízes comprometidos na realização do Estado de Direito. Para tanto, esta investigação parte da análise dos modelos de justificação da decisão judicial, quais sejam, particularismo e universalismo, para verificar o papel que cada um deve assumir nas diferentes etapas da deliberação desenvolvida no processo de tomada de decisão. Na etapa seguinte, propõe-se investigar as possíveis funções que uma Corte Suprema pode desempenhar dentro de uma dada ordem jurídica, a partir da análise da tipologia teórica entre as finalidades pública e privada. Das mediações inferidas, busca-se sustentar a ideia da função pública atribuída pela Constituição ao Superior Tribunal de Justiça enquanto corte de vértice na ordem jurídica. Esta função se explica, sobretudo, através da criação de precedentes, ou seja, da formulação de decisões judiciais que não se limitam a resolver o caso concreto, mas sim a criar verdadeira norma jurídica universalizável, a servir de critério de decisão para os sucessivos casos semelhantes.

Palavras-chaves: Estado de Direito. Justificação. Precedente. Função. Cortes Supremas.

ABSTRACT

This academic work inquires the conformation and adequacy of the Superior Court of Justice's function as the Brazilian apex court of justice to the legal values and objectives of the Rule of Law. It is proposed a delve into the idea of rule of law to see if there's something in it that requires that supreme courts be responsible for the definition of rights more than giving solution to a particular case. The question posed could be summarized in those terms: is there justification among the reasons commonly given for the adoptions of precedent that may be considered as reasons directly linked to the idea of rule of law? Or is the rule of law neutral on the issue or even contrary to the adoption of the practice precedent? Answering this question requires an adequate account of the judicial decision's theory of justification. Doing so, it is possible to understand the type of legal reasoning that should be imposed to judges in order to reach the ideal of the rule of law. Therefore, then is necessary to scrutinize the two great models of judgment's justification - namely particularism and universalism - in order to determine the role that each one must take in the different stages of deliberation necessary to the decision making. Continuing to explore the object of investigation, it is then proposed to inquire the possible roles that a supreme court should play within a given legal system, from the analysis of the typology between public and private functions. Build this theoretical framework, it is possible to support that the Constitution itself attributed to the Superior Court of Justice the main function to enforce a public service more than a private function. This public function is explained by the idea of creating precedents, namely the formulation of judgments that are not limited to the solution of that particular case, but furthermore build universalized legal rules that serve as a binding criterion for all subsequent similar cases.

Key words: Rule of Law. Justification. Precedent. Function. Supreme Courts.

RIASSUNTO

Questa tesi ha per oggetto d'indagine l'adattamento del Superiore Tribunale di Giustizia (Superior Tribunal de Justiça, "STJ") come Corte Superiore dell'ordine giuridico brasiliano ai valori e scopi dello Stato di Diritto. Si propone indagare se qualcosa nell'idea di "Stato di Diritto" esiga che le Corti Supreme siano responsabili della definizione dei diritti, ossia, se tra le ragioni spesso presentate per l'uso dei precedenti vi siano giustificazioni valutabili come ragioni dello Stato di Diritto, oppure se esso sarebbe neutrale sul tema, o persino contrario all'adozione di una pratica di seguire precedenti. Si intende anche dimostrare che un racconto adeguato sulla teoria della giustificazione delle decisioni giudiziali è necessario alla comprensione della sorta di ragionamento giuridico che deve essere svolta dai giudici compromessi a contribuire alla realizzazione dello Stato di Diritto. Perciò, l'indagine parte dall'analisi dei modelli di giustificazione delle decisioni giudiziali (particularismo ed universalismo), verificando il ruolo che ciascuno deve assumere nelle diverse tappe della deliberazione sviluppatasi al processo di presa della decisione. Nella tappa successiva, si propone indagare sulle possibili funzioni che eseguibili da una Corte Suprema dentro l'ordine normativo, partendosi dall'analisi della tipologia tra gli scopi pubblici e privati. Da queste inferenze, si cercherà di sostenere l'idea della funzione pubblica assunta dal Superiore Tribunale di Giustizia come Corte Superiore: una funzione spiegata soprattutto attraverso la creazione di precedenti, ossia, dalla formulazione di decisioni che non si restringano a risolvere situazione concrete, bensì creino vere e proprie norme giuridiche universali che possano servire come criterio di decisione a situazioni simili successive.

Parole chiave: Stato di Diritto. Giustificazione. Precedente. Funzione. Corti Supreme.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	13
1. ESTADO DE DIREITO E O CARÁTER ARGUMENTATIVO DO DIREITO. TESE, ANTÍTESE E SÍNTESE	17
1.1. ESTADO DE DIREITO. A TESE.....	17
1.2. CARÁTER PROCEDIMENTAL DO ESTADO DE DIREITO E O CARÁTER ARGUMENTATIVO DO DIREITO. ANTÍTESE.....	24
1.2.1. Caráter procedimental do Estado de Direito.....	25
1.2.2. Caráter argumentativo do Direito.....	29
1.2.3. O caráter indeterminado do Direito.....	40
1.3. O PAPEL DOS TRIBUNAIS EM FACE DA COMPLEXIDADE DA APLICAÇÃO DO DIREITO. UMA PROPOSTA DE RECONCILIAÇÃO.....	48
1.4. VALORES DO ESTADO DO DIREITO A SEREM TUTELADOS.....	53
1.4.1 Previsibilidade jurídica.....	53
1.4.2 Igualdade diante da norma jurídica e não igualdade diante da lei.....	57
1.4.3 Imparcialidade.....	66
2. NO ESPAÇO DO JULGAMENTO: OS MODELOS DE JUSTIFICAÇÃO DAS DECISÕES	78
2.1. O DEBATE ENTRE O PARTICULARISMO E O UNIVERSALISMO.....	78
2.2. PARTICULARISMO.....	80
2.2.1. O espaço dos particulares no raciocínio jurídico.....	95
2.3. A UNIVERSALIZAÇÃO NA JUSTIFICAÇÃO.....	101
2.3.1. O desenho institucional do processo.....	115

2.4. DERROTABILIDADE NO RACIOCÍNIO JURÍDICO: UMA RETOMADA DOS PARTICULARES NO UNIVERSALISMO.....	120
2.5. O QUE VALORAMOS NO UNIVERSALISMO.....	128
3. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA ENQUANTO CORTE DE VÉRTICE NA ORDEM JURÍDICA.....	135
3.1. COLOCAÇÃO DO PROBLEMA.....	135
3.2. FUNÇÃO DAS CORTES SUPREMAS: FINALIDADE PÚBLICA E/OU PRIVADA? (<i>IUS CONSTITUTIONS X IUS LITIGATORIS</i>).....	140
3.3. CONVIVÊNCIA ENTRE AS FUNÇÕES PRIVADA E PÚBLICA.....	147
3.4. FUNÇÃO PROSPECTIVA E O JUIZ SUBSEQUENTE: CONFORMIDADE COM A EXIGÊNCIA DO ESTADO DE DIREITO.....	151
3.5. A IMPORTÂNCIA SOCIAL DA PROTEÇÃO DO ORDENAMENTO JURÍDICO ATRAVÉS DA CRIAÇÃO DE UMA JURISPRUDÊNCIA UNIFORME.....	154
3.6 O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA COMO CORTE DE PRECEDENTES.....	158
CONCLUSÃO.....	163
REFERÊNCIAS.....	166

INTRODUÇÃO

O discurso lugar-comum que ecoa na literatura jurídica e na jurisprudência nacional é o de que o Superior Tribunal de Justiça deve assumir uma feição nitidamente de Corte de uniformização de direitos (leia-se: de precedentes), na medida em que a atuação lotérica dos órgãos judiciais na aplicação do direito transgride os valores caros a um Estado de Direito, como a igualdade, previsibilidade e coerência, afetando de forma negativa o comportamento dos cidadãos, dos poderes públicos e das agências administrativas.

Por outro lado, segmento oposto da referida literatura, bem como demais órgãos judiciais, notadamente os juízos de primeiro grau, sustentam que a prática jurisdicional deve prezar pela sua independência e pelo direito à livre motivação na interpretação das normas jurídicas na resolução dos casos concretos, os quais, por serem eventos particulares, demandam decisões individualizadas, de acordo com os fatores relevantes e específicos que os informam.

O objeto desses discursos e a pertinência e validade dos argumentos defendidos por cada lado, instigou-nos a pesquisar sobre qual papel o Superior Tribunal de Justiça deve efetivamente desempenhar enquanto Corte Superior, e mais que isso, qual papel estaria em conformidade com nossa ordem normativa institucional, desenhada sob o princípio do Estado de Direito.

Há algo na ideia do Estado de Direito que exija que os Tribunais sejam responsáveis pela definição dos direitos? Existem justificativas entre as razões comumente apresentadas para o uso dos precedentes que nós possamos considerar como razões do próprio Estado de Direito? Ou o Estado de Direito é neutro sobre a questão, ou talvez até mesmo contrário à adoção da prática de seguir precedentes?¹

O Estado de Direito, enquanto ideal de moralidade política e jurídica, exige do poder político uma atuação subordinada ao direito, como forma de proteção dos indivíduos. Ou seja, requer que as regulamentações estatais e as controvérsias jurídicas sejam conduzidas tanto quanto possível por normas jurídicas pré-

estabelecidas de generalidade e clareza considerável, para que os cidadãos e órgãos estatais possam organizar suas vidas e planejar suas atividades.

Todavia, o Estado de Direito não consegue cumprir seus objetivos e valores no plano da produção das normas pelo legislativo, em razão do caráter argumentativo destas e do caráter procedimental da resolução das disputas jurídicas, o que o leva a lutar pela estabilização e desenvolvimento do direito no plano de sua prática, exigindo, portanto, dos órgãos jurisdicionais uma interpretação das normas jurídicas que realizem os objetivos frustrados.

Desse modo, sobre os juízes e tribunais recai o dever jurídico e moral de pensarem em si como órgãos que decidem em nome de uma dada comunidade política, e não em nome próprio, de forma pessoal. Mais que isso, a eles compete decidir enquanto órgãos que compõem um todo unitário: o Poder Judiciário.

Ainda que pare sobre os tribunais a ideia de que sua função consiste em resolver casos particulares, eles devem pensar na resolução do caso sob os auspícios da definição de uma justificação normativa que tenha a pretensão de universalidade, ou seja, que possa ser aplicada em todos os sucessivos casos concretos semelhantes. Caso contrário, a resposta jurisdicional dada aos litigantes, ali situados em sua frente, será a de um governo de homens e não efetivamente de um governo de direito que tem como fim a realização da justiça, na sua dimensão formal.

A prática de seguir precedentes assim se apresenta como critério de racionalidade e imparcialidade para a atuação dos juízes e para a estabilização e desenvolvimento do Direito. O precedente, ao resolver um caso passado, e pretender orientar e regular casos futuros, em situações semelhantes, impõe uma restrição ao processo de tomada de decisão judicial pelo juiz subsequente, que, ao dever respeito ao precedente formado, precisa demonstrar razões que superem a razão ali adotada ou que distinga o caso daquele já decidido.

Nessa perspectiva, a restrição imposta pelos precedentes no processo de tomada de decisão judicial revela que uma adequada compreensão do significado da prática de precedentes enseja o estudo da justificação das decisões judiciais, problema

¹ WALDRON, Jeremy. **Stare decisis and Rule of Law: a layered approach**. NYU School of Law, Public Law Research Paper n. 11-75. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1942557>. p.3.

este objeto de preocupação das teorias da argumentação jurídicas, enquanto teorias do direito, que têm como objeto de estudo a prática do direito, ou seja, o raciocínio jurídico.

E é nessa dimensão que se centra o objetivo de nosso trabalho, que consiste em oferecer uma justificativa teórica para a adoção da prática de precedentes pelo Superior Tribunal de Justiça, a partir do debate entre os dois modelos de justificação das decisões judiciais: universalismo e particularismo.

É certo que vários são os argumentos comumente aduzidos pela literatura jurídica processual favorável à adoção dos precedentes, tais como a garantia da previsibilidade e da confiança justificada dos cidadãos nos atos dos poderes públicos, a igualdade de tratamento, a otimização das atividades jurisdicionais, a redução de custos judiciais e de número de processos a ser julgado, o desenvolvimento coerente do direito, entre outros. Entretanto, como uma abordagem séria sobre cada um desses argumentos é tarefa árdua, que ensejaria, por si só, trabalhos acadêmicos autônomos, nos concentraremos apenas no subconjunto destes que influenciam diretamente na tutela do ideal do Estado de Direito pela prática jurisdicional.

A preocupação centrada na justificação das decisões judiciais, ao lado dos problemas teóricos que suscita, exige uma abordagem que considere o ambiente institucional em que o processo jurisdicional se desenvolve. As razões efetivas que justificam a adoção de um determinado modelo de raciocínio jurídico em detrimento de outro, por certo, só podem ser encontradas nos valores jurídicos assumidos por uma comunidade e na sua prática. O compromisso com determinado valor se reflete na estrutura institucional da ordem normativa.

Com o fim de realizar o objetivo aqui proposto, dividimos o trabalho em três capítulos. No primeiro capítulo, abordaremos a função reconciliatória atribuída aos juízes na resolução da tensão existente entre os valores tutelados pelo Estado de Direito e os problemas verificados na aplicação deste ideal, em decorrência de sua feição argumentativa e procedimental.

No segundo capítulo discutiremos sobre os modelos de justificação das razões que tensionam o espaço do julgamento, a partir do papel e alcance que os universais e particulares assumem no processo de tomada de decisão judicial e qual deles, e em que medida, favorecem a retomada da fidelidade ao Estado de Direito na aplicação

prática deste. Nesse desiderato, adotaremos como marco teórico central a obra *Retórica e Estado de Direito* de Neil MacCormick.

No terceiro capítulo, a partir do problema de a “quem” na ordem jurídica compete o papel de coordenar e unificar as razões universalizáveis, como meio de se obter uma resposta uniforme sobre o alcance e interpretação da norma jurídica, analisaremos qual função (pública ou privada) deve ser atribuída e assumida por uma Corte de vértice de uma dada ordem jurídica, tal como o Superior Tribunal de Justiça.

Deixe-se claro, desde logo, que não faz parte dos objetivos do presente trabalho a investigação da metodologia que subjaz à aplicação dos precedentes, como as técnicas do *distinguishing*, *overruling*, *transformation*, ou mesmo os métodos para a definição da sua *ratio* (ou *rationes*) *decidendi*.

Os objetivos do presente estudo consistem, portanto, em dar boas razões a favor da adoção de um modelo de justificação de decisão judicial e de prática jurisdicional do Superior Tribunal de Justiça que retomem a tutela dos valores caros ao nosso Estado de Direito e de uma organização social mais justa.

E falamos em razões porque são elas as inspirações para nossas ações e tomada de decisões, pelo menos no cenário normativo institucional, eis que nos demais cenários da vida prática o que nos inspira são as sem razões do amor, como nos ensina Carlos Drummond de Andrade.

1 ESTADO DE DIREITO E O CARÁTER ARGUMENTATIVO DO DIREITO. TESE, ANTÍTESE E RECONCILIAÇÃO

1.1 ESTADO DE DIREITO. TESE

Uma expressão que sempre fascinou os juristas da cultura ocidental – e ainda continua a fascinar – é Estado de Direito. Nada obstante sua fórmula simples e de óbvia compreensão, implica inúmeros problemas e uma desmedida pretensão: a de que toda a atividade estatal esteja subordinada aos comandos do direito². Isso significa dizer uma limitação jurídica do poder político em face do Estado de Direito, de um lado, e, do outro, que a normatividade jurídica deve conseguir abarcar a totalidade das circunstâncias da vida, conformando as relações sociais.

A demanda mais básica dos cidadãos em face do Estado de Direito é que este contribua para a paz social, proporcionando, assim, condições de civilidade, liberdade e segurança jurídica nas relações formadas no meio comunitário. Entretanto, não se pode pensar que esta seja uma tarefa que o Estado possa exercer de forma ilimitada, sem a observância de um parâmetro de controle. Ao contrário, é no direito, mais especificamente na normatização das regras, que o Estado encontra o limite da sua atuação, uma relação imprescindível para o fortalecimento da posição dos cidadãos³.

Uma definição pacífica da fórmula Estado de Direito dificilmente pode ser obtida, seja pelas diversas concepções desenvolvidas a partir das diferentes tradições jurídicas, seja pelos diversos significados assumidos nos mais variados contextos do devir histórico⁴. Todos esses fatores devem ser levados em consideração quando da tentativa de definição dos limites e alcance do Estado de Direito.

² VERDÚ, Pablo Lucas. **A luta pelo Estado de Direito**. Tradução de Agassiz Almeida filho. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007. p. 2.

³ COSTA, Pietro. O estado de direito: uma introdução histórica. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. **O estado de direito, história, teoria, crítica**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 96.

⁴ A ideia de Estado de Direito como proposta de ser a expressão da confiança que os indivíduos repõem no direito, ou seja, na norma objetiva, como forma de frear ou de qualquer modo regular a energia incontrolável da soberania, se coloca em um cenário temporal extremamente amplo, que inclui tanto o mundo antigo quanto a cultura medieval. Todavia, o uso lexical da expressão Estado de Direito é recente,

Breve comparação entre as tradições jurídicas recorrentes na literatura ocidental, quais sejam, alemã, francesa e anglo-americana (respectivamente denominadas, *Rechtsstaat*, *État de Droit* e *Rule of Law*), permite melhor compreensão das nuances elementares, quanto às precisas implicações legais e políticas do conceito de Estado de Direito, reveladas em cada tradição, de um lado, e, de outro, permite a identificação do elemento nuclear comum a todas elas: a relação entre o Estado e a institucionalização de um quadro normativo de controle, ou seja, o dever do Estado de exercer o seu poder através e em conformidade com as normas jurídicas⁵.

Dissensos à parte quanto às características e peculiaridades que influenciaram e deram forma ao conceito Estado de Direito, certo é o consenso que há quanto ao posicionamento favorável à sua instituição, entendido como uma das estrelas na constelação dos ideais que dominam nossa moralidade política⁶. Todavia, este consenso identificado na literatura jurídica apenas existe quanto à necessidade da existência deste ideal, mas não define ou identifica o que realmente é o Estado de Direito.

A compreensão do que seja o Estado de Direito passa pela análise de duas concepções muito diferentes entre si. A primeira parte de um entendimento formal. Para esta concepção, o poder do Estado apenas deve ser exercido contra os cidadãos individuais quando em conformidade com regras explicitamente especificadas num conjunto de normas públicas à disposição de todos.

se firmando na experiência do Estado moderno (alemão, francês e inglês), no decorrer do século XIX. Sobre o ponto ver GROTE, Rainer. *Rule of Law, Etat de Droit and Rechtsstaat – the origins of the different national traditions and the prospects for their convergence in the light of recent constitutional developments*. In: C. Starck. **Constitutionalism, Universalism, and Democracy**. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft 1999. p. 269, e também COSTA, *op. cit.*

⁵ “As a political ideals which informs the operation of legal institutions and the creation and application of legal rules in a society, the rule of law belong to the category of open-ended concepts which are subject to permanent debate and have to be constantly redefined to meet the needs of an ever-changing political and legal environment.” GROTE, *op. cit.*, p. 269. Ver Michel Rosenfeld. *The rule of law and the legitimacy of constitutional democracy*. **Southern California Law Review**, vol. 74, 2001 p. 1318-1337.

⁶ “The Rule of Law is one star in a constellation of ideals that dominate our political morality: the others re democracy, human rights and economic freedom. We want societies to be democratic; we want them to respect human rights; we want them to organize their economics around free markets and private property to the extent that this can be done without seriously compromising social justice, and we want them to be accordance with the Rule of Law”. WALDRON, Jeremy. **The Rule of Law and the importance of procedure**. NYU School of Law, Public Law Research Paper N. 10-73, october, 2010. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1688491>. p. 1. Sobre o caráter formal da lei ver SUMMERS, Robert S. *The formal character of law*. **Cambridge Law Journal**, vol. 51, n. 2, july, 1992. p. 242-262.

Nessa perspectiva, a razão de ser do Estado de Direito centra-se no texto legal. O que interessa é a arquitetura do Estado e do sistema da ordem política, em que todo o poder público aplicado é criado por lei. Igualmente, toda conduta dos cidadãos deve estar sujeita às prescrições normativas, as quais somente podem ser alteradas em conformidade com aquelas regras especificadas na estrutura do Estado.

Ademais, essa ordem normativa deve ser regulada por regras claras e determinadas. Desse modo, não se faz suficiente a observância das regras de direitos pelos cidadãos e Poder Público, ao lado é fundamental que as regras estabeleçam comandos claros e determinados, que possam ser entendidos pelos seus destinatários a fim de que os valores da segurança e previsibilidade sejam realizados.

Jeremy Waldron afirma que os elementos formais do *Rule of Law*, enfatizados principalmente pelos filósofos do direito, referem-se à forma de como são produzidas as normas aplicadas à nossa conduta. Em outras palavras, as regras: a) devem ser gerais e abstratas, em vez de decretos específicos; b) devem observar a regra da irretroatividade; c) devem ser submetidas a um sistema de normas que tenham uma estabilidade suficiente, de modo que possam fornecer aos sujeitos uma base previsível e calculável para a execução de suas vidas; d) sejam públicas e não secretas; e) sejam claras e determinadas, ou seja, normas cujo significado não seja obscuro ou contraditório, a fim de afastar a dependência dos cidadãos da discricção oficial⁷.

Dworkin critica essa concepção ao argumento de que é muito restrita, na medida em que não estipula nada quanto ao conteúdo das regras que são postas no texto jurídico. Afirma que isso não quer dizer que os defensores dessa perspectiva não se importem com o conteúdo das regras, mas que isso é uma concepção de justiça substantiva, preocupação que não faz parte do ideal do Estado de Direito⁸.

A segunda concepção do Estado de Direito, por sua vez, parte de um entendimento substantivo. Expressa preocupações democráticas e o respeito às

⁷ WALDRON, *op. cit.*, p. 01.

⁸ Ronald Dworkin tem uma visão preocupada com o conteúdo substantivo da lei, de como deveria ser, do ponto de vista de uma teoria política e moral. DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípios**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 7. Sobre o ponto, interessante os argumentos trazidos por Jeremy Waldron que, ao analisar as teorias de Lon Fuller (Morality of law) e F. A. Hayek (The Constitution of liberty), explica que o valor dessas não reside apenas nas razões formais oferecidas, mas sim pelo valor que essas características formais contribuem para a previsibilidade, elemento

liberdades individuais e igualdade, assumindo compromisso com uma ordem moral e constitucional.

Dworkin denomina essa concepção como centrada nos direitos, porquanto pressupõe que os cidadãos têm direitos e deveres morais entre si e direitos políticos em face do Estado reconhecidos no Direito positivo a fim de garantir àqueles a possibilidade de sua exigência, por meio de um procedimento, perante tribunais ou outras instituições judiciais. Em suas palavras: “O Estado de Direito desta concepção (...) exige, como parte do ideal do Direito, que o texto legal retrate os direitos morais e os aplique”⁹.

Os direitos individuais nessa concepção são verdadeiros trunfos políticos que os indivíduos detêm, uma vez que estes podem opô-los quando, por alguma razão, um objetivo comum não configura justificativa suficiente para lhes negar aquilo que desejam ter ou fazer, ou então quando não há justificativa suficiente para lhes impor alguma perda ou dano em face do bem comum.

Essa segunda visão teórica do Estado de Direito tem como fundamento o ideal democrático da igualdade de poder político. Argumenta Dworkin que, numa descrição geral, na democracia o poder está nas mãos do povo. No entanto, é certo que esta distribuição do poder não é feita de forma igualitária entre os indivíduos, sendo uns mais privilegiados que outros, ou categorias mais favorecidas que outras, por várias razões. Como forma de corrigir este déficit, os indivíduos “marginalizados” têm o direito de acesso aos Tribunais exigindo um julgamento específico sobre seus direitos, ganhando assim poder político, na medida em que as decisões dos tribunais devem ser fundamentadas, ou seja, devem ser justificadas as razões pelas quais foram negados ou não seus direitos¹⁰.

O acesso aos Tribunais como forma de tutela dos direitos individuais justifica a transferência de parcela do poder político para o Judiciário. Cumpre, quanto ao ponto,

indispensável para a liberdade, segundo Hacey, e para o respeito à dignidade humana, o que inibiria maiores violações à justiça e à autodeterminação de um povo, segundo Lon Fuller. *op. cit.*, p. 02.

⁹ DWORKIN, *op. cit.*, p. 07. Pietro Costa afirma que “A ligação temática entre Estado de Direito e ‘direitos individuais’ é possível, mas não obrigatória, uma vez que é admissível pensar em um Estado de Direito que produza, para os sujeitos, efeitos vantajosos, mas não coincidentes necessariamente com a atribuição de direitos específicos”. *op. cit.*, p. 97.

ressaltar que falamos em “parcela de poder”, porque a função precípua e o lugar “ideal” para a discussão dos direitos é o Poder Legislativo, poder legitimado pelo processo democrático para a tomada das decisões políticas. No entanto, como a democracia nem sempre considera a igualdade entre as pessoas como ponto de partida, justa esta transferência de poder político e tutela dos direitos para os tribunais, instituição jurídica que permite o acesso de todos, sendo indiferente os valores políticos, morais, religiosos ou até mesmo as condições econômicas. Bem vistas as coisas, é no âmbito dos tribunais que as minorias podem reivindicar seus direitos em face de uma maioria qualificada segundo os procedimentos democráticos instituídos e, portanto, o Estado político cumprir com seu dever de tratar todos de forma igual¹¹.

Se de um lado essa noção dos direitos individuais permite defendermos a promessa de uma sociedade que garante aos seus cidadãos que suas relações em face dos demais e em face do Poder Público constitui uma questão de justiça, encorajando-os a discutir enquanto comunidade o que significa a justiça nessas relações formadas. De outro, igualmente certo, podemos falar que uma sociedade dedicada a esta concepção paga um preço alto no que tange à eficiência e ao senso comunitário¹².

Concordamos em parte com a concepção substantiva centrada nos direitos de Dworkin. Reconhecemos que os direitos individuais são um dos elementos nucleares do ideal político do Estado de Direito. Perseguir um Estado de Direito é limitar a atuação política do Estado por meio do estabelecimento de regras jurídicas, positivadas previamente no sistema jurídico, que igualmente tutelam os direitos dos indivíduos.

¹⁰ DWORKIN, *op. cit.*, p. 31-32. Para o autor se os direitos dos indivíduos foram reconhecidos por um tribunal, “esses direitos serão exercidos, a despeito de nenhum parlamento ter tido tempo ou vontade de impô-los”. p. 31.

¹¹ Sobre o sentido e alcance contramajoritário dos direitos fundamentais no Estado de Direito e sua relação com a democracia ver NOVAIS, Jorge reis. **Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria**. Coimbra: Editora Coimbra, 2006. p. 17-69. Ver MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. vol. 1. 3ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 89-92.

¹² Dworkin reconhece que, embora essa concepção de Estado de Direito possa pagar o preço da eficiência e possivelmente do espírito comunitário, a promessa do senso de justiça que cria é muito mais valiosa, valendo a adoção desta teoria. Argumenta que essa concepção, ao contrário do que parece, porque sugere um conflito entre democracia e direito, enriquece a noção de democracia, na medida em a discussão no fórum de princípio permite a realização de um governo que trata todos de forma igual. *op. cit.*, p. 38.

No entanto, discordamos do argumento de que nos casos controversos o juiz deve justificar sua decisão recorrendo não somente às norma jurídicas fixadas pelo legislador ou construídas por precedentes judiciais, mas a princípios comuns ao Direito e à moral, porquanto a valoração moral é necessária para tanto para se entender o direito como saber o que é o direito¹³.

O argumento favorável ao uso das valorações morais ou o recurso a princípios morais (que não estão institucionalizados na ordem normativa) como razão necessária para a justificação das decisões tomadas nos casos controversos, fomenta um ambiente de insegurança normativa, e, por conseguinte, de instabilidade social. O juiz ao poder justificar sua decisão em argumentos ou valores não positivados, por mais que tenha boa intenção em usar razões fundadas nos ideais da moralidade política de uma determinada comunidade é muito vago e incerto, porque a própria identificação exata dos valores morais de uma comunidade é tarefa por demais conflituosa e dissentida.

É justamente em razão dessa tensão entre os valores da moralidade política de uma sociedade, em um tempo e espaço, que fundamos nossa ordem política em uma ordem normativa constitucional. Esta tem como função basilar juridicizar os valores políticos, morais, culturais a serem seguidos e observados por todos os cidadãos e pelo Poder Público, em estreita conexão com a tutela dos direitos fundamentais, para que os indivíduos possam exigir sua realização, quando não observados no processo democrático do Poder Político, repartindo a igualdade política entre todos.

Não pode haver Estado de Direito sem regras de direito. Valores como segurança e certeza jurídica apenas podem ser realizados na medida em que um

¹³ "According to the legal positivist, decisions are justified as long as they may be derived from either legal rules or legal principles. Besides, it is not necessary for those decisions to be justified that they be shown to deductively derive from those norms, but weaker forms of inference are also allowed. Last, in contrast to both the formalist and the legal positivist, the natural law theorist singles out a set of norms as potential justifiers for legal decisions that is both narrower and broader than the set of norms which legal positivists and formalists take to be relevant to legal decision-making. It is narrower, because only some subset of the legal norms, namely, those that pass a "morality test" provide justifying grounds for a legal decision. But it is also broader, for moral norms, alongside with legal norms, are allowed to enter into the process of legal justification". AMAYA, Amalia. **The role of virtue in the legal justification**. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2064301>. p. 3-4. Quanto à questão institucional como critério de distinção entre os sistemas jurídicos e os sistemas normativos de moralidade ou religião, interessante o debate travado entre Dworkin, Schauer e MacCormick. SCHAUER, Frederick. **Institutions and the concept law: A reply to Ronald Dworkin (with a some help from Neil MacCormick)**. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1403311>.

Estado seja governado por regras previamente estabelecidas, que sejam claras e inteligíveis em si mesmas. Ademais, essas regras, devem fazer parte de um sistema jurídico caracterizado pela consistência e coerência geral¹⁴.

Ou seja, as regras não conseguem desempenhar sozinhas a função de regulação e estabilidade numa ordem política, sendo necessária sua sistematização com os princípios jurídicos e direitos fundamentais. MacCormick argumenta que a segurança e a certeza jurídica, do ponto de vista da moral, têm valor considerável em si mesmas, porquanto proporcionam qualidade de vida aos cidadãos, sendo valores indispensáveis para a realização da liberdade e dignidade humana, princípios fundantes da nossa ordem normativa constitucional¹⁵. Uma virtude da “ética do legalismo”¹⁶.

Na verdade, os elementos formais do Estado de Direito, tais quais a previsibilidade, segurança jurídica e igualdade formal, são defendidos aqui não apenas por razões de uma ordem jurídica abstrata, mas, igualmente, por razões materiais (substantivas), eis que são elementos estruturantes de dada sociedade, indispensáveis para o gozo e fruição da liberdade e dignidade humana em sua dimensão existencial. Somente posso usufruir de minha liberdade se eu tenho condições de planejar minhas ações futuras e, para isso, preciso identificar previamente à minha conduta quais as consequências jurídicas da tomada desta.

Bem vistas as coisas, não existe discordância entre a concepção formal e substantiva do Estado de Direito no que toca à ideia de direitos individuais. Ambas os tutelam e, ressalte-se, pelas mesmas justificativas, eis que reconhecem valores em comum¹⁷. Tampouco a concepção centrada na regra de direito é indiferente ao conteúdo da norma. Ao contrário, o caráter definitivo de uma regra de direito, embora

¹⁴ MACCORMICK, *op. cit.*, p. 17 e p. 249-267. Robert Summers enumera dezoito princípios relacionados ao Estado de Direito. SUMMERS, Robert. The principles of the rule of law. **Notre Dame Law Review**, vol. 74, 1998-1999. p. 1691-1712.

¹⁵ MACCORMICK, *op. cit.*, 17. O mesmo argumento foi sustentado por Jeremy Waldron, ver nota 7.

¹⁶ “The ethics of legalism as I propound them are simply a restatement of well know versions on the case for the Rule of Law as a moral and political value”. MACCORMICK, Neil. The ethics of legalism. **Ratio Juris**, vol. 2, n. 2, 1989. p. 188.

¹⁷ “The rule of law is a political value or imperative that demands restrictions on the political process – in particular, through a separation of the judicial from other powers of the state, the subjection of the exercise and military powers of the state to general rules of law substantially the same as those that govern ordinary citizen in their mutual interactions, and fidelity to law and Constitution among all office-holders”. MACCORMICK, Neil. Ethical positivism and the practical force of rules. In: CAMPBELL T.; GOLDSWORTHY J. **Judicial power, Democracy and Legal Positivism**. Aldershot: Dartmouth, 2000, p. 49.

formal, manifesta-se e articula-se na ordem jurídica através do seu conteúdo material, porquanto sua validade depende de sua conformidade com os valores e princípios constitucionais e direitos fundamentais. O nosso Estado de Direito autoriza o controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e atos normativos, não apenas quanto à forma do ato, mas, principalmente, quanto ao seu conteúdo¹⁸.

No entanto, o ponto que distancia as duas concepções é a exigência de uma argumentação judicial justificada nas normas jurídicas preestabelecidas “numa moldura capaz de proporcionar razoável previsibilidade na vida das pessoas e razoável proteção contra intervenções arbitrárias tanto dos agentes públicos quanto dos cidadãos”¹⁹.

Não há na concepção particular de Estado de Direito que aqui se defende qualquer pretensão de que esta constitua a única correta ou completa; há, todavia, a crença de que seja a proposta mais adequada aos pressupostos e natureza constitucionais deste tipo de Estado conformado historicamente, tal como hoje é generalizadamente assumido.

1.2 CARÁTER PROCEDIMENTAL DO ESTADO DE DIREITO E O CARÁTER ARGUMENTATIVO DO DIREITO. ANTÍTESE?

¹⁸ “*Its Substantive Features*. The rule of law is a purely formal principle – it says nothing about the contents of the law itself. Nevertheless, the rule of law has no practical import if the law does not state any substantive limits to the powers it confers. Therefore, the constitution should not confine itself to conferring law-making power to the Parliament – it should also include a bill of rights (and perhaps a number of principles) that the legislature may not infringe. In the very same way, statutes should not simply confer executive powers to Government and administrative bodies – they should also provide substantive limits to the exercise of the conferred powers. (4) *Its Conditions of Effectiveness*. For the rule of law to be effective, an obvious condition is to be met – any state act must be subject to some kind of control meant at ascertaining whether it is in accordance with the legal rules which govern it both from the formal (i.e., procedural) and the substantive standpoint. To this effect, an organ or set of organs should be established and empowered to perform such a control. Generally speaking, in contemporary *Rechtsstaat* the control over the lawfulness of state acts is entrusted to judges”. (grifos no original). GUASTINI, Riccardo. Implementing the rule of law. In: COMANDUCCI, Paulo; GUASTINI, Ricardo. *Ricerche di giurisprudenza analitica*. Torino: Giappichelli, 2002. p. 95-96.

¹⁹ “Em contraste com a moralidade, ou com a ordem moral, os sistemas jurídicos incluem, entre outras coisas, um vasto corpo de regras enunciadas por autoridades. Essas são frequentemente apoiadas por um grande corpo de precedentes registrados com cuidado em compilações judiciais, e por discussões jurídicas-doutrinárias de princípios e valores abordados nesses precedentes e implícitos na legislação”. MACCORMICK, **Retórica e Estado de Direito**..., p. 17-18.

1.2.1 Dimensão procedimental do Estado de Direito

Reclamar um Estado de Direito é querer que as ações dos cidadãos e da organização da comunidade política sejam reguladas por regras gerais, imparciais, prospectivas e inteligíveis. Entretanto, a afirmação de um Estado de Direito não se reduz ao plano da produção de normas jurídicas, ao contrário, o Estado de Direito se efetiva no plano das garantias que são dadas aos cidadãos, na forma de procedimentos, em favor de uma aplicação justa e devida daquelas.

Nessa perspectiva, o Estado não pode atuar arbitrariamente na aplicação das normas jurídicas, invadindo a esfera dos cidadãos sem dar-lhes uma adequada oportunidade para se defenderem, mostrarem como os fatos ocorreram ou mesmo questionar a validade e legitimidade daquelas.

É nesse espaço que se encontra a dimensão procedimental do Estado de Direito, ao instituir procedimentos, direitos e deveres processuais a serem respeitados pelos agentes estatais na aplicação das regras previamente estabelecidas. Os cidadãos que enfrentam a imposição de uma penalidade ou restrição na sua liberdade, por ordem de um agente do Estado, devem ter o direito de fazer uma ampla argumentação jurídica em sua defesa.

A oportunidade de contestar as regras revela um aspecto de dignidade, na medida em que concebe as pessoas que vivem sob o seu regime como portadores de razão e inteligência²⁰. Como argumenta Waldron, o Estado de Direito deve se fundamentar na ideia de que os cidadãos têm capacidade para compreender e saber lidar com a lógica do modo pelo qual são governados e regulados nas suas ações, podendo questionar pertinência da relação entre as vontades individuais e as assumidas pelo Estado, e a validade das políticas traçadas por este e os valores protegidos na Constituição.

Jeremy Waldron, valendo-se analogamente do raciocínio formulado por Lon Fuller na idealização da lista dos oito princípios formais inerentes à moralidade interna da lei, como forma de atender aos reclamos da dignidade humana, defendeu a

²⁰ WALDRON, *op. cit.*, p.17.

importância da dimensão procedimental no Estado de Direito e sua conexão com a tutela da dignidade do homem, elaborando também uma lista de oito princípios processuais a serem respeitados, como caráter da moralidade interna do processo²¹.

Os princípios listados resumem-se na ideia da garantia de acesso a um tribunal imparcial e independente, que está obrigado a agir em atenção aos direitos processuais das partes, bem como a decidir com fundamento nas provas e argumentos sustentados no diálogo intersubjetivo.

A dimensão procedimental do Estado de Direito, realizada no exercício do direito de acesso aos tribunais, ao fomentar o direito de contestar as normas jurídicas e sua pertinência com os valores jurídicos assumidos pela ordem normativa constitucional (ou mesmo internacional), assume caráter de instrumento para a efetiva tutela do valor de segurança e imparcialidade, eis que não há verdade no compromisso de segurança contra governos arbitrários se aos cidadãos não são dadas garantias para o livre questionamento²².

Nesse sentido, o próprio Waldron sustenta que não se pode aceitar uma sociedade que seja governada por um Estado de Direito se os seus procedimentos judiciais não oferecem às partes a oportunidade de questionar e apresentar argumentos a respeito das normas jurídicas que incidem sobre suas ações²³.

O Estado de Direito enquanto uma das estrelas na constelação dos ideais que dominam nossa moralidade política, não quer apenas ser um governo de leis, que restringe a arbitrariedade e voluntariedade dos homens, vai além disso: quer tratar as

²¹ "I think we need to match this list with a list of procedural characteristics which are equally indispensable. As a preliminary sketch, we might say that no one should have any penalty, stigma or serious loss imposed upon them by government except as the upshot of procedures that involve: A. a hearing by an impartial tribunal that is required to act on the basis of evidence and argument presented formally before it in relation to legal norms that govern the imposition of penalty, stigma, loss etc.; B. a legally-trained judicial officer, whose independence of other agencies of government is assured; C. a right to representation by counsel and to the time and opportunity required to prepare a case; D. a right to be present at all critical stages of the proceeding; E. a right to confront witnesses against the detainee; F. a right to an assurance that the evidence presented by the government has been gathered in a properly supervised way; G. a right to present evidence in one's own behalf; H. a right to make legal argument about the bearing of the evidence and about the bearing of the various legal norms relevant to the case; I. a right to hear reasons from the tribunal when it reaches its decision, which are responsive to the evidence and arguments presented before it; and J. some right of appeal to a higher tribunal of a similar character". *Idem*. p. 4.

²² MACCORMICK, *op. cit.*, p. 37.

peessoas com respeito e dignidade, na audiência dos argumentos sustentados por cada parte, na apreciação das provas produzidas e na determinação da interpretação da norma jurídica a ser aplicada. A resolução de uma disputa judicial não envolve uma deliberação de ideias e conceitos abstratos, mas sim um problema de fato, individual ou social, motivo que ressalta a importância do desenvolvimento de um processo justo, no qual às partes são garantidos os direitos fundamentais processuais²⁴.

MacCormick, por sua vez, afirma que sem a tutela desses valores não há espaço para garantir a liberdade dos indivíduos e realizar a dignidade das pessoas enquanto participantes independentes, ainda que interdependentes, nas atividades públicas e privadas de sua comunidade²⁵.

Ademais, a ausência de uma adequada ênfase nos aspectos processuais do Estado de Direito compromete a segunda estrela da nossa constelação de ideais, que é a democracia e o respeito ao caráter plural do direito. Um regime político de normas jurídicas que não fomente a deliberação do alcance e significado interpretativo dessas, bem como o controle da sua aplicabilidade pelos órgãos estatais, é um regime arbitrário, que, por certo, não tem como fim a realização da dignidade e liberdade dos seus cidadãos, e, portanto, deve ser refutado²⁶.

Embora o direito de acesso aos tribunais seja classificado como direito fundamental de primeira geração²⁷, porquanto trata de uma garantia de proteção do exercício de liberdade e dos direitos civis dos cidadãos em face de qualquer atuação arbitrária do Estado, impondo restrição negativa à atuação estatal, interessante o

²³ "Once again, I don't think we would accept that a society was governed by the Rule of Law if its judicial procedures did not afford parties the opportunity to make arguments of this kind in complex cases where the state was bearing down on them." WALDRON, *op. cit.*, p. 17.

²⁴ Sobre os direitos fundamentais processuais, ver, amplamente, MARINONI, *op. cit.*, p. 192-215, p. 332-350, p. 450-467.

²⁵ *Idem.* p. 23.

²⁶ A luta pela afirmação da dimensão procedimental do Estado de Direito, como forma de realização da democracia e respeito aos cidadãos como agentes inteligentes, é bem ilustrada nas reivindicações dos cidadãos egípcios para a instituição de um Poder Judiciário imparcial e independente que possa exercer o controle da atuação do Executivo; no clamor dos presos na base de Guantánamo para que sejam ouvidos por um Tribunal imparcial que lhes assegurem o direito ao um devido processo legal, no qual possam produzir provas e serem devidamente ouvidos, antes que lhes restrinjam o direito à liberdade. Ver os documentários produzidos pelo projeto desenvolvido pela **Steps International: "Why Democracy?"**. Disponível em: <http://www.whydemocracy.net/home>.

²⁷ O direito de acesso aos tribunais, como autêntico instrumento de garantia dos direitos humanos, está previsto em todos os textos normativos internacionais de proteção dos direitos do homem. A saber, a

argumento proposto por Waldron ao classificar esse direito como uma ideia que patrocina verdadeira liberdade positiva, na medida em que permite e fomenta a participação ativa dos cidadãos nos assuntos públicos e na forma como são governados²⁸.

Por tudo o quanto foi dito, infere-se que o acesso aos tribunais, densificado no direito ao processo justo, vai muito além da função de arranjo institucional do Estado de Direito, para cumprir o papel de elemento estruturante deste²⁹. Ora, não podemos falar na existência de um autêntico sistema jurídico, se neste estão ausentes instituições jurisdicionais competentes para aplicar normas jurídicas na resolução dos problemas, sejam eles individuais ou coletivos. Em outras palavras, aceitar o argumento de que o Estado de Direito pode acontecer em um ambiente sem garantia de acesso aos tribunais é o mesmo que aceitar uma democracia sem direito a eleições livres³⁰.

O acesso aos tribunais como elemento estruturante do Estado de Direito é reconhecido pela ordem normativa constitucional brasileira na garantia da inafastabilidade da jurisdição, que determina não poder nenhuma lesão ou ameaça de lesão à direitos ser excluída da apreciação do Judiciário (art. 5º, inciso XXXV, da CFRB). Apreciação essa que deve ser requerida em face de um Judiciário imparcial e independente (art. 5º, XXXVII, da CFRB), e por meio de um processo que garanta adequada produção de provas (art. 5º, LIV e LVI, da CFRB), a audiência equitativa das partes (art. 5º, LV, da CFRB), e a ampla oportunidade de defesa (art. 5º, LV, da CFRB)³¹.

Nada obstante, essa vertente dignatária do Estado de Direito, consubstanciada nos procedimentos e acesso aos tribunais, que tanto estimamos e assumem na ordem jurídica status de direito fundamental processual, tem um custo, a diminuição da certeza e da previsibilidade jurídicas, valores igualmente elementares na concepção do Estado de Direito.

declaração dos direitos do homem e dos cidadãos de 1789 (arts. 7º, 8º e 9º); a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 (arts. VIII a XII); a Convenção Americana de Direitos Humanos (arts. 7º e 8º).

²⁸ WALDRON, *op. cit.*, p. 18.

²⁹ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional e teoria do estado**. 5ª ed. Lisboa: Almedina, 2005. p. 491.

³⁰ *Idem.* p. 12.

³¹ Sobre o direito de acesso aos tribunais e a garantia da inafastabilidade da jurisdição ver, por todos, MARINONI, *op. cit.*, p. 93-142.

1.2.2 Caráter argumentativo do direito

A dimensão procedimental do Estado de Direito, como visto, possibilita a criação do espaço institucional para o desenvolvimento da disputa jurídica, a qual se realiza na forma de um discurso jurídico, que tem por objetivo provar e fundamentar enunciados normativos e valorativos por meio de argumentos. Todo o trabalho dos órgãos judiciais e, mais especificamente, o dos aplicadores do direito, pode dizer-se que consiste em produzir argumentos para a resolução de casos, sejam individuais ou genéricos, reais ou fictícios.

MacCormick sustenta que o Direito em si mesmo é uma disciplina argumentativa, haja vista que “qualquer que seja a questão ou problema que tenhamos em mente, se os colocarmos como uma questão ou problema jurídicos, procuraremos uma solução ou resposta em termos de uma proposição que pareça adequada do ponto de vista do Direito”³², o que revela o caráter persuasivo, em vez de demonstrativos dos argumentos jurídicos³³.

E para verificarmos se uma proposição normativa se mostra adequada ou razoável diante dos parâmetros jurídicos iremos levantar todas as razões a favor e contra a solução oferecida, testando cada uma das teses até concluirmos qual se apresenta definitiva, ou, ao menos, mais persuasiva. Fato que demonstra que no raciocínio jurídico o que interessa é a força justificativa dos argumentos, ou seja, de que maneira as partes apresentam e sustentam seus argumentos e de que forma os juízes constroem as premissas e razões nas suas decisões.

Nessa perspectiva dinâmica e pragmática do direito, este é compreendido como técnica de solução de determinados problemas práticos, isto é, como verdadeiro instrumento da razão prática. Como afirma Manuel Atienza, essa perspectiva seria em definitivo a de quem não se limita a contemplar o edifício apenas por fora, tampouco de participar de sua construção como um mero técnico que trabalha com uma

³² MACCORMICK, *op. cit.*, p.19.

racionalidade instrumental, seria, pois, de alguém que está comprometido com a tarefa de melhorar e completar uma obra imperfeita e sempre inacabada³⁴.

E essa perspectiva se conecta diretamente com o direito enquanto argumentação na medida em que “o Estado de Direito exige que o Direito apareça essencialmente baixo a forma de argumentação, de argumentação prática justificativa”³⁵.

Essa exigência de uma justificação coerente e persuasiva subjacente às decisões tomadas pelo Estado na resolução dos problemas jurídicos, os quais se apresentam em todas as instâncias do Direito (legislativa, jurisdicional, doutrinária)³⁶, se tornou mais evidente e imprescindível nas sociedades democráticas constitucionais ocidentais.

Dito com outras palavras, o poder público, enquanto fonte de legitimação de dada comunidade política, não se sustenta mais apenas na força da autoridade de seus atos. Ao contrário, um governo fundado num regime democrático deve apresentar os argumentos que validam seus pontos de vista ao auditório público como forma de possibilitar o debate das ideias e decisões políticas. Mais que isso, deve fornecer boas razões para justificar as ações e decisões tomadas.

Nesse cenário, portanto, se inferem dois dos principais fatores que realocaram a dimensão argumentativa do Direito para o centro da agenda das teorias jurídicas contemporâneas e da prática do Direito (constitucionalismo e democracia). Falamos em dois fatores principais, porque, segundo Atienza, a conjugação de cinco fatores oferece uma explicação satisfatória para referido redimensionamento³⁷.

³³ Idem. p. 329-331.

³⁴ ATIENZA, Manuel. El derecho como argumentación. **Isegoría**, n. 21, 1999. p. 38.

³⁵ Tradução livre de: “el Estado de Derecho exige que el Derecho aparezca esencialmente bajo la forma de razonamiento, de razonamiento práctico justificativo”. Idem. p. 39.

³⁶ Manuel Atienza sustenta que o Direito se desenvolve basicamente em três contextos de argumentação, quais sejam: o da produção legislativa das normas jurídicas, que é a produzida na fase legislativa; o da aplicação das normas jurídicas na resolução dos casos concretos, atividade que é desempenhada pelos juízes, bem como pelos órgãos administrativos em um sentido mais amplo da expressão aplicação, sendo que neste campo da aplicação a argumentação deve ser compreendida em duas perspectivas, uma concernente aos problemas referentes aos fatos e a outra relacionada aos problemas de interpretação das normas; o terceiro campo é o da dogmática jurídica, atividade que tem por função fornecer os critérios tanto para a produção quanto para a aplicação do Direito, bem como ordenar e sistematizar o ordenamento jurídico. **Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005. p. 1-3.

³⁷ ATIENZA, Manuel. **El derecho como argumentación**. Barcelona: Ariel, 2006. p. 39.

O primeiro é de natureza teórica, decorrente do fato de que as concepções mais características do Direito do século XX (jusnaturalismo, positivismo normativista, realismo jurídico, formalismo jurídico e teorias críticas)³⁸ descuidaram da dimensão argumentativa do Direito, de modo que a preocupação hodierna com a feição argumentativa visa empreender a construção de teorias jurídicas mais completas.

O positivismo normativista³⁹, concepção de direito mais influente entre os teóricos do direito europeu e latino americano do século XX, se consolidou basicamente nas teorias propostas por Hans Kelsen e Herbert Hart. Nada obstante as diferenças metodológicas e conceituais entre ambas, cuja explicação foge do nosso objeto de investigação, podemos afirmar que o positivismo se associa com duas teses importantes, como Casalmiglia sustenta⁴⁰.

A primeira tese trata da defesa das fontes sociais do direito, segundo a qual “o direito é uma questão de normas ditadas por autoridades humanas que se manifestam em fontes sociais determinadas”⁴¹, tese esta que pretende responder à questão dos limites do direito. A segunda, relacionada com a autonomia do direito, supõe a necessária separação entre direito, moral e política.

Ambas teses demonstram o enfoque descritivo do positivismo (cujo objeto principal residia em conhecer, descrever e explicar as convenções do passado, como forma de determinar qual resposta que deve dar-se juridicamente)⁴² e o enfoque no direito determinado, eis que o direito como sistema normativo corresponde apenas com o que está institucionalizado⁴³. Desse modo, o direito indeterminado, por ser excepcional e residir fora da pauta normativa, não pode ser previsto e, portanto, faz parte do espaço discricionário do juiz quando da resolução dos problemas jurídicos.

³⁸ Para um estudo mais atento das principais características dessas concepções de Direito, ver ATIENZA, *op. cit.*, p. 24-60.

³⁹ A concepção positivismo jurídico, por certo, está longe de ter significado unívoco, sendo marcada pela pluralidade de concepções e teses diferentes, para uma análise ver BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. **Argumentação contra legem**: uma teoria do discurso e a justificação dos casos mais difíceis. Renovar, 2005. p. 9-26. Ainda, sobre o positivismo normativista, ver ATIENZA, *op. cit.*, p. 28-38.

⁴⁰ CASALMIGLIA, Albert. Pospositivismo. **Doxa - Cuadernos de Filosofía del Derecho**, n. 21, 1998. p. 209-220.

⁴¹ Tradução livre de: “el derecho es una cuestión de normas dictadas por autoridades humanas que se manifiestan en unas fuentes sociales determinadas”. *Idem.* p. 210.

⁴² *Idem.* p. 212.

⁴³ *Idem.* p. 211.

A teoria positivista normativa, tal como delineada por Hart, reconheceu a existência do problema da indeterminação do direito e a ausência de critérios racionais a guiar os juízes, todavia considerou que a resolução de tais problemas fazia parte da criação judicial do direito e não do direito enquanto um conjunto de fatos sociais, motivo pelo qual o caráter prático do direito e seus problemas de julgamento não foram objeto de seu interesse.

Nesse sentido, Hart, em entrevista concedida logo após a publicação do seu *postscriptum*, esclareceu os propósitos de suas pesquisas⁴⁴:

“Meu propósito tem sido o de oferecer uma teoria do que é o Direito desde um ponto de vista geral e prescritivo. A minha teoria é descritiva, no sentido de que é moralmente neutra e ademais não nenhum propósito justificativo; não pretende justificar ou legitimar em termos morais as formas e estruturas que aparecem nesta teoria geral do direito, já que uma compreensão clara é, creio, uma tarefa prévia indispensável para qualquer crítica moral plausível dos sistemas jurídicos. Além disso, ao contrário de Dworkin, cuja teoria é em essência uma teoria da adjudicação exposta como uma teoria do Direito, minha teoria não pretende expor o que é o direito em qualquer sistema jurídico particular seja qual for, tampouco guiar a decisão judicial.”

Entretanto, foi justamente a ausência de investigação sobre o processo de tomada de decisão judicial e de respostas quanto aos problemas da ausência de critérios para racionalizar as decisões judiciais tomadas nos casos difíceis (onde o direito era indeterminado) que chamou a atenção dos estudiosos das teorias jurídicas contemporâneas⁴⁵, os quais, certos da suficiência das ferramentas positivistas criadas

⁴⁴ Tradução livre de: “Mi propósito há consistido en ofrecer una teoría que de lo que es el Derecho desde un punto de vista general y prescriptivo. (...) *Mi teoría es descriptiva en el sentido que es moralmente neutral y además no tiene propósitos justificativos; no pretende justificar o legitimar sobre fundamentos morales las formas y estructuras que aparecen en esta teoría general del Derecho, ya que una comprensión clara es, creo, una tarea previa indispensable para cualquier crítica moral plausible de los sistemas jurídicos. Además, a diferencia de Dworkin, cuya teoría es en esencia una teoría de la adjudicación expuesta como una teoría del Derecho, mi teoría no pretende exponer lo que es el Derecho en cualquier sistema jurídico particular sea cual fuera, ni guiar la decisión judicial.*” (grifos nossos). PÁRAMO, Juan Ramón de. Entrevista a H. L. A. Hart. **Doxa - Cuadernos de Filosofía del Derecho**, n. 5, 1988. p. 348.

⁴⁵ “No deja de ser curioso que cuando más necesitamos orientación, la teoría positivista emudece. La teoría positivista como teoría del derecho es incompleta porque necesita una teoría que enfoque como deben razonar los tribunales con los materiales ofrecidos por las fuentes del derecho y por otros materiales. Buena prueba de esta tesis es la escasa atención que há prestado el positivismo jurídico a la

para a análise das normas enquanto sistema, voltaram-se para o problema da prática do direito.

De acordo com Casalmiglia, as teorias jurídicas contemporâneas estão mais preocupadas com a indeterminação do direito do que descrever as convenções do passado, mais com as consequências práticas e prescritivas⁴⁶. Este enfoque, portanto, deslocou o centro da atenção da legislação para o processo de tomada de decisão judicial, ou seja, o intérprete do direito e o juiz ocupam o lugar que antes ocupava o legislador como objeto de análise, fato que é substancial à ideia do direito como argumentação⁴⁷.

O segundo fator se vincula com as consequências que advieram da passagem do Estado legislativo para o Estado constitucional no cenário dos sistemas jurídicos⁴⁸.

interpretación, entendida como una teoría que pretende ofrecer criterios para resolver casos difíciles”. CASALMIGLIA, *op. cit.*, p. 212.

⁴⁶ “(...) el postpositivismo acepta que las fuentes Del derecho no ofrecen respuesta a muchos problemas y que se necesita conocimiento para resolver estos casos. (...) Si eso es cierto, entonces se diluye La rígida distinción entre la descripción y la prescripción. Las teorías [contemporâneas] del derecho tienden a ofrecer no sólo aspectos cognoscitivos referidos a hechos sociales del pasado sino que tienen también pretensiones prescriptivas, en el sentido de ofrecer criterios adecuados para resolver problemas prácticos.” CASALMIGLIA, Albert. *Ob. Cit.* 12. De mais a mais, é justamente em razão da consideração do caráter prescritivo do Direito que MacCormick se assumia como um pós-positivista. Neste sentido, esclarece Michelon: “MacCormick believes that this exclusion of the prescriptive, of the element of practical reason, from legal theory is a mistake. For him, both legal theory and legal reasoning must be based in a general theory of practical reasoning. Law is, after all, an institutional normative order, and not simply a way to describe certain facts (or a set of prescriptions that do not have, in themselves, a clear claim in future behaviour). His insistence that law be understood in the context of general practical reason (i.e. as having a direct, although not final, bearing on action) is the reason, put at its most abstract, why MacCormick considered himself to be a ‘post-positivist’”. MICHELON, Claudio. **MacCormick’s Institutionalism between theoretical and practical reason**. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1585894>. p. 9.

⁴⁷ *Idem*. p. 215. Ainda, ver ATINEZA, *op. cit.*, p. 36-38. O autor traz as principais diferenças que separam o positivismo jurídico do enfoque do direito como argumentação.

⁴⁸ Sobre essa passagem do Estado de Direito para um Estado constitucional, ver, por todos, ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. Ley, derechos y justicia. 8ª ed. Tradução de Marina Gáscon. Madrid: Trotta, 2008. p. 21-40 e FERRARESE, Maria Rosaria. **Dal “verbo” legislativo a chi dice l’“ultima parola”: le Corti costituzionali e la rete giudiziaria**. In: *Annuario di Diritto Comparato e di Studi Legislativi*. Nápoles: Edizione Scientifiche Italiane, 2011. p. 63-90. Sobre o desenvolvimento da justiça constitucional e as implicações ocorridas na aplicação do direito e da atuação das Cortes Constitucionais, ver, PIZZORUSSO, Alessandro. **Un’invenzione che ha cambiato il modo di concepire il diritto: la giustizia costituzionale**. In: *Annuario di Diritto Comparato e di Studi Legislativi*. Nápoles: Edizione Scientifiche Italiane, 2011. p. 37-62; OCCHIOCUPO, Nicola. La Corte Costituzionale come giudice di “opportunità” delle leggi. In: _____. *Costituzione e Corte Costituzionale: percorsi di un rapporto “genético”, dinâmico e indissoluble*. Milão: Giuffrè Editore, 2010. p. 97-150; SADURSKI, Wojciech. **La crescita delle Corti costituzionali nei paesi dell’Europa centrale e orientale dopo la caduta del comunismo: alla ricerca del monopolio sulla giustizia costituzionale**. In: *Annuario di Diritto Comparato e di Studi Legislativi*. Nápoles: Edizione Scientifiche Italiane, 2011. p. 305-334.

Por Estado constitucional não se entende mais aquele fundado sob uma Constituição formal, mais sim aquele no qual a Constituição assume o papel de elemento estruturante e regulativo do Estado, constituindo o princípio dinâmico do sistema jurídico e político, que disciplina a divisão das competências e poderes entre os órgãos estatais e o parâmetro normativo material que limita a produção, interpretação e aplicação do Direito.

A grande inovação (e aspecto mais importante) do constitucionalismo contemporâneo reside na constituição do parâmetro normativo material de controle de validade das regras na ordem jurídica, parâmetro este que representa a institucionalização jurídica das grandes disputas morais, haja vista a positivação de princípios jurídicos⁴⁹ (de conteúdo idêntico a valores e normas morais) e dos direitos humanos no texto das constituições.

A incorporação dos direitos humanos na ordem constitucional, erigindo-os à categoria de direitos fundamentais⁵⁰, permitiu ao Estado de Direito um possível encerramento do ciclo de proteção adequado e justo na interpretação das regras jurídicas do sistema, eis que não é mais necessário sair do direito para se resolver os casos tidos como difíceis, nos quais as normas de diversos subsistemas do direito

⁴⁹ Para Alexy se uma constituição incorporou em seu texto os princípios como dignidade humana, liberdade, igualdade, democracia e Estado de Direito e Estado social, significa que a ordem constitucional as principais formas do direito racional da modernidade, eis que a aplicação desses exige uma aproximação necessária entre o direito e a moral, em razão do conteúdo moral dos princípios. Em suas palavras: “El carácter de los principios significa que no se trata simplemente de normas vagas, sino que con ellas se plantea una tarea de optimización. Dicha tarea es, en cuanto a la forma, jurídica; en cuanto al fondo, sin embargo, es siempre también moral, a causa de su contenido moral. Puesto que algo análogo vale para muchos otros principios, la teoría dos principios ofrece un punto de partida adecuado para atacar la tesis positivista de la separación entre Derecho y la moral”. Sistema jurídicos, principios jurídicos y razón práctica. **Doxa - Cuadernos de Filosofía del Derecho**, n. 5, 1988. p. 144. Ainda, sobre a questão dos princípios como elemento de conexão entre o direito e a moral, ver ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. Tradução de Zilda Hutchinson. Martins fontes: São Paulo, 2011. p. 90-97.

⁵⁰ “Los derechos fundamentales son derechos que han sido recogidos en una constitución con el propósito de positivizar los derechos humanos. Los derechos humanos son derechos morale de índole universal, fundamental, abstracta y prioritária. Como intentos de positivación de los derechos morales, los derechos fundamentales expresan la doble naturaliza del Derecho de un modo particularmente significativo. Por supuesto, los derechos humanos pueden imponer exigências al sistema jurídico sólo si existen. Y existen si son válidos. Pues bien, la validez de los derechos humanos como derechos Morales depende de su justificabilidad, y de nada más”. ALEXY, Robert. Los principales elementos de mi filosofía del Derecho. **Doxa - Cuadernos de Filosofía del Derecho**, n. 32, 2009. p. 78-79.

parecem colidir ou coincidirem. Os direitos fundamentais, ao lado dos princípios, pois, formam parte inerente da concepção interpretativa do direito a ser definida⁵¹.

A perspectiva do constitucionalismo contemporâneo, bem vistas as coisas, refuta a segunda tese do positivismo normativista (a necessária separação entre o direito e a moral) que acreditava que a validade da regra jurídica residia apenas na forma pela qual foi produzida (teste do pedigree), não tendo qualquer pertinência a valoração do seu conteúdo para fins de juridicidade. A validade da regra jurídica não se encontra mais na sua “fonte”, e sim na sua justificação de acordo com os parâmetros normativos materiais constitucionais, o que implica uma aproximação necessária entre o direito e a moral, eis que argumentar sobre princípios constitucionais é argumentar sobre juízo de conteúdo moral⁵².

O Estado constitucional supõe assim um incremento quantitativo e qualitativo quanto à tarefa justificativa dos órgãos públicos e, portanto, uma maior demanda de argumentação jurídica, do que aquela exigida no espaço do Estado legislativo liberal. Aos juízes, neste cenário, incumbe a tarefa de justificar os juízos de valor na fundamentação das decisões que se socorrem dos princípios jurídicos, bem como dos direitos fundamentais.

Desse modo, “o grande desafio da ciência do direito é justamente construir cada vez mais parâmetros racionais de avaliação das decisões judiciais, criando

⁵¹ Os direitos humanos e a jurisdição exercida pelas Cortes internacionais encerra, efetivamente, o círculo de proteção dos direitos à luz dos valores morais caros à sociedade contemporânea. A juridicização nacional dos direitos humanos, bem vistas as coisas, reintroduz um certo monismo na rede hierárquica do sistema. Ampliando ainda mais a possibilidade de correção dos argumentos jurídicos, à luz de uma justiça substantiva. MACCORMICK, *op. cit.*, p. 201-202. Todavia, cumpre ressaltar, neste ponto, que nossa jurisdição constitucional ainda não aceitou sua submissão à jurisdição das Cortes internacionais, em especial, da Corte Interamericana de Direitos Humanos, como parâmetro normativo de validade de nossas leis e decisões (controle jurisdicional de convencionalidade das leis), como decidido na ADPF nº 153. Sobre a questão do controle jurisdicional de convencionalidade das leis no âmbito dos países submetidos à jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos, ver, amplamente, CANTOR, Ernesto Rey. Control de convencionalidad de las leyes. In: Mac-Gregor, Eduardo Ferrer e Lello de Larrea, Arturo Zaldívar (coords.). **La ciencia del derecho procesal constitucional: estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho**. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Unam/Marcial Pons, 2008, p. 225-262; HITTERS, Juan Carlos. Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? **Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional**. México: Porrúa, n. 10. Jul-dec, 2008, p. 131-155.

⁵² Ver nota n. 46.

condições de justificabilidade jurídica que transcendem o positivismo e sua crença conformista no não-cognitvismo ético”⁵³.

O terceiro fator, relacionado com o primeiro, é de ordem prática e decorre da percepção de que a prática do Direito consiste basicamente em argumentar, o que pode ser constatado a partir do desenho institucional do processo e do advento da Constituição pós-Guerra, que exigiu dos juízes a elaboração de sentenças mais motivadas. É preciso justificar o porquê de uma decisão reconhecer ou eventualmente restringir direitos, como forma de permitir um controle sobre a justificação dessa a partir de critérios racionais que jogam papel relevante no raciocínio jurídico.

O quarto fator é pedagógico e, em certa medida, consequência dos demais. A mudança do objeto das teorias jurídicas, bem como a mudança na percepção acerca da prática do Direito influenciou na perspectiva da metodologia do ensino jurídico, que percebeu a necessidade de um conteúdo mais voltado para a prática. Todavia, Atienza entende que essa atenção para a prática não deve significar apenas a adoção de metodologias para capacitação dos estudantes a atuarem com êxito nas diversas carreiras jurídicas, tampouco um ensino fundado principalmente nos casos concretos judiciais (menos teórico). Na verdade, o que se deve buscar é um ensino jurídico que preze pela metodologia e pela argumentação, no seu aspecto mais estritamente lógico e na justificação das decisões. Afinal, “!não há nada mais prático que a uma boa teoria e o núcleo dessa boa teoria é a argumentação!”⁵⁴.

O quinto e último fator apontado por Manuel Atienza é do tipo político e diz respeito à ascensão da democracia como forma de governo das sociedades ocidentais. A transição para o regime democrático dos Estados de Direito acarretou a perda da legitimidade dos atos tomados com base apenas na autoridade e na tradição, exigindo-se em seu lugar, como fonte de legitimidade, o argumento racional, a força persuasiva das razões que devem ser debatidas e deliberadas a fim de se chegar a um consenso

⁵³ BUSTAMANTE, *op. cit.*, p. 30.

⁵⁴ Tradução livre: “!no hay nada más práctico que la buena teoría y el núcleo de esa buena teoría es la argumentación!”. *op. cit.*, p. 13. Manuel Atienza esclarece que as críticas lançadas às escolas de Direito norte-americanas, consistentes em objeções que apontam a um excesso de casuismo e uma ausência de sistematicidade, de um lado, e, de outro, às deficiências quanto aos elementos ideológicos do sistema educativo, é consequência de um modelo de argumentação jurídica que potencializa os elementos retóricos, em detrimento dos elementos formais e materiais da argumentação.

para que as decisões sejam tomadas na arena pública, seja no campo político ou jurisdicional.

As decisões, portanto, devem traduzir o resultado do discurso levado a cabo nos procedimentos institucionalizados. Sob este enfoque a democracia funciona como um método em que as preferências e interesses dos cidadãos são levados em consideração e testados em face dos contra-argumentos com o objetivo de serem transformados em razões consensuais.

A exposição pública da deliberação das decisões requer um nível elevado e racional do debate, o qual, por consequência, exige a defesa persuasiva das razões por cidadãos capazes de argumentar racional e competentemente sobre as ações e as decisões, fato que enseja o interesse pelo saber em bem argumentar e pelas regras e princípios que informam o discurso racional (a argumentação prática).

O fator democracia está intimamente relacionado com o fator constitucionalismo, eis que o processo de produção de leis (processo legislativo), espaço por excelência da deliberação democrática, está obrigado a respeitar e realizar os direitos fundamentais e valores constitucionais. De modo que a formação da vontade política, traduzida nas leis, deve expor não apenas boas razões, mas razões em conformidade com os parâmetros normativos constitucionais.

E, por mais contraditório que possa parecer, é justamente na hipótese de violação de tais parâmetros que a argumentação se faz mais necessária como método de concretização da democracia e do próprio constitucionalismo. Isso porque, adotamos como técnica de correção dos atos políticos a jurisdição constitucional, ao invés de um poder de auto-sanção de democracia, a qual se fundamenta na ideia da representação argumentativa dos cidadãos para invalidar os atos do parlamento⁵⁵.

⁵⁵ ALEXY, Robert. Los principales elementos de mi filosofía del Derecho. **Doxa - Cuadernos de Filosofía del Derecho**, n. 32, 2009. p. 80. Alexy propõe a representação argumentativa como método de solução do problema da justificação das decisões judiciais que invalidam atos do legislativo. Neste sentido, sustenta que a democracia também se realiza no plano da representação argumentativa do povo e para que esta seja superior à representação direta por eleições faz-se necessário condições reais de institucionalização de um constitucionalismo discursivo, o qual exige muito mais do que a defesa de bons e plausíveis argumentos, estes são suficientes apenas para as situações de deliberação e reflexão, mas não para a representação. Para esta é necessário que os tribunais afirmem argumentos para pessoas que os aceitem como motivos de correção. Ou seja: "This shows that there are two fundamental conditions of true argumentative representation: (1) the existence of sound or correct arguments, and (2) the existence of rational persons, that is, persons who are able and willing to accept sound or correct arguments for the reason that they are sound or correct". ALEXY, Robert. Balancing, constitutional review

A jurisdição constitucional, como expressão da prioridade ou superioridade dos direitos constitucionais em face dos atos legislativos, revela uma dimensão propositiva, argumentativa e uma dimensão institucional, autoritária, quando declara a invalidade dos atos normativos⁵⁶. E é nessa dimensão institucional que reside o problema metodológico da revisão constitucional, como afirma Alexy: “O principal problema pertencente à dimensão institucional emerge da questão de como justificar o poder jurídico da Corte constitucional para invalidar um ato do parlamento”⁵⁷.

A retomada do uso da razão prática no raciocínio jurídico, portanto, tem por objetivo construir critérios racionais a serem adotados pelos juízes na resolução dos problemas considerados difíceis (ou controversos), como forma de afastar a tese da discricionariedade e colocar em seu lugar uma justificação racional, embora isso não signifique o afastamento por completo do uso de razões arbitrárias no raciocínio jurídico⁵⁸.

Cumprido ressaltar, por fim, que a dimensão justificatória e argumentativa do direito, reforçada no cenário do Estado constitucional contemporâneo, ao favorecer a importância da dimensão racionalista do direito em detrimento da sua dimensão voluntarista ou autoritária, bem como ao favorecer o modelo de interpretação e aplicação em face do modelo de criação pura do direito, não supõe um retorno ao

and representation. **Oxford University Press and New York University School of Law**. Vol. 3, n. 4, 2005, pp. 579-580.

⁵⁶ ALEXY, *op. cit.*, p. 579-580.

⁵⁷ Tradução livre de: “The main problem pertaining to its institutional dimension emerges as the question of how to justify the legal power of a constitutional court to invalidate acts of parliament”. ALEXY, *op. cit.*, p. 578.

⁵⁸ Sabemos que o raciocínio jurídico desenvolvido no processo de tomada de decisão não é em sua totalidade racional. Ou seja, não obstante estudemos parâmetros e critérios de atribuição de racionalidade nas justificações das decisões, é provável que outros fatores não jurídicos influenciem a formação do raciocínio jurídico. Exemplo de fatores externos: tempo de jornada de trabalho, disposição física do juiz, ambiente de trabalho, entre outros. Não desconhecemos essa realidade, todavia, a mesma não será objeto de nosso trabalho, porquanto se referem ao contexto da descoberta da decisão, e não ao contexto da justificação (descobrimto e justificativa ocupam dois planos distintos no raciocínio jurídico). Por certo, como argumenta Manuel Atienza, as decisões possam ser tomadas em razão dos palpites dos juízes, ou mesmo que o raciocínio jurídico se forme da conclusão até as premissas, como sugerem os teóricos do realismo jurídico, no entanto, isso não anula a necessidade de justificar a decisão, nem converte a tarefa em algo impossível. **Las razones en el derecho...**, p. 60. Ainda, sobre a diferença entre o processo de descoberta e o processo de justificação, ver MACCORMICK, *op. cit.*, p. 271-273.

jusnaturalismo tradicional, que associava a racionalidade ao momento mesmo da criação do direito⁵⁹.

O papel que a racionalidade joga no Direito, em sua feição argumentativa, apenas se sustenta no sentido débil da criação do direito e no sentido forte da aplicação do direito, conforme explica Figueroa⁶⁰. Em outras palavras, a racionalidade no Estado de Direito não é o seu fundamento de criação, já que este ainda reside nas normas jurídicas, no entanto, no momento da aplicação destas na resolução dos problemas jurídicos mais difíceis exige-se do decisor um juízo de valoração e ponderação dos argumentos que deve ser expresso na justificação das decisões judiciais. Justificação esta que deve se desenvolver por meio de uma argumentação racional e não arbitrária, contexto que revela o sentido forte da racionalidade na argumentação e o sentido débil dessa na criação do direito, haja vista o caráter complementar que a racionalidade desempenha ao lado das normas⁶¹.

É certo que o papel que a jurisprudência constitucional vem assumindo contemporaneamente nos diversos sistemas jurídicos (incluindo o sistema brasileiro) provoca o estabelecimento de uma dimensão forte da argumentação no momento da

⁵⁹ Sobre o ponto ver FIGUEROA, Alfonso García. El derecho como argumentación y el derecho para la argumentación. **Doxa - Cuadernos de Filosofía del Derecho**, n. 24, 2001. p. 644.

⁶⁰ Figueroa, a partir do estudo de Enrico Pattaro sobre o papel da racionalidade no direito, distingue duas acepções de racionalidade em relação ao direito: forte e débil; e dois ambientes em que esta racionalidade se desenvolve: o momento da criação do direito e o da interpretação e aplicação do direito; com o objetivo de elaborar um quadro comparativo de quatro modelos distintos em que a racionalidade assume papéis variados e verificar em qual modelo o positivismo e a teoria da argumentação jurídica se enquadram. Idem. p. 646-648.

⁶¹ Idem. p. 647. "Cualquier positivista podría suscribir este planteamiento, es decir, afirmar que la racionalidad en el ámbito de la creación del Derecho es débil, pues se halla fundamentalmente ligada a um ejercicio de autoridad (aunque sea una autoridad democrática) y la argumentación jurídica debe intentar maximizar las posibilidades racionales de um sistema jurídico dado a la hora de su aplicación". Todavía, Figueroa afirma que essa concepção de racionalidade débil-forte não pode implicar na conversão de todo o direito em direito como argumentação. E concordamos com essa advertência de Figueroa, pois se o direito for reduzido ao estado de pura argumentação teremos um estado de indeterminação completa do direito e de sua definição apenas por meio de decisão judicial, o que nos levaria ao contexto do realismo jurídico. Na verdade, a argumentação jurídica como técnica de justificação das decisões deve exercer influência nos casos difíceis, notadamente, naqueles em que o decisor apela aos princípios e valores jurídicos para decidir entre as escolhas jurídicas válidas. Esta advertência deve ser levada a sério, eis que, na medida do possível, devemos respeitar e aplicar as regras tal como publicadas, como forma de defesa do Estado de Direito. No sentido aqui defendido é a posição de Humberto Ávila. "Neoconstitucionalismo": entre a "ciência do direito" e o "direito da ciência". **Revista eletrônica de Direito do Estado**. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 17, jan-mar. 2009. p. 1-19.

criação do direito, como afirma Figueroa, a dimensão neorealista⁶². Contudo, não obstante esta vinculação da interpretação dos direitos fundamentais pelos Tribunais constitucionais, não é possível afastar a dimensão forte da argumentação no que toca apenas ao momento da interpretação e aplicação do direito, reforçando a dimensão justificatória do direito, uma vez que ainda compete ao legislativo a edição dos parâmetros normativos de interpretação e seu necessário diálogo institucional com as decisões tomadas pela jurisdição constitucional do Estado.

Em outras palavras, os processos argumentativos devem se desenvolver a partir de premissas jurídicas, mas não se esgotam nelas, devendo, em casos problemáticos, ir além, momento em que se faz necessário a adoção de critérios que lhes confirmem racionalidade na justificação adotada nas decisões judiciais. Com o objetivo de se afastar o voluntarismo e arbitrariedade no tratamento dos problemas jurídicos⁶³.

Pois bem. O caráter argumentativo, ao contrário de ser uma antítese ao princípio do Estado de Direito, é um componente deste, ao revelar e fomentar o caráter dinâmico do direito, por meio da tutela do direito de defesa e da contestabilidade das premissas jurídicas, fundamento que, bem vistas as coisas, está compreendido dentro da ideologia do Estado de Direito, como proteção contra ação arbitrária de governos⁶⁴.

1.2.3 Caráter indeterminado do direito

Como demonstrado no tópico precedente, as teorias argumentativas do direito tem como objeto de preocupação a resolução dos chamados casos difíceis que exigem um raciocínio jurídico para além da dedução, para o campo da ponderação de valores, de regras em face de princípios e entre princípios, ou seja, casos que envolvem conflito de valores jurídicos constitucionais. A justificação da aplicação da regra não se

⁶² Idem. p. 648.

⁶³ MACCORMICK, Neil. La argumentación silogística: una defenza matizada. **Doxa - Cuadernos de Filosofía del Derecho**, n. 30, 2007. p. 321-334.

⁶⁴ MACCORMICK, **Retórica e Estado de Direito**..., p. 28.

encontra no texto legal em si, mas na verificação do significado da regra em face da justificação subjacente a esta e esta em face do sistema normativo como um todo.

Ocorre, no entanto, que a prática do direito é informada, em sua grande quantidade, por casos concretos mais simples, que demandam a mera aplicação da regra, sem exigência de juízos de ponderações e valorações em face da ordem constitucional⁶⁵, ou mesmo em face da razão subjacente da regra⁶⁶.

As regras infraconstitucionais, a bem da verdade, constituem o grande objeto da prática do direito, e sua vinculação com os princípios constitucionais apenas deve ocorrer em casos excepcionais, nos quais efetivamente se verifique a sua incompatibilidade ou irrazoabilidade com a finalidade do sistema. Desse modo, “o juiz não pode deixar de aplicar uma regra infraconstitucional simplesmente deixando-a de lado e pulando para o plano constitucional, por não concordar com a consequência a ser desencadeada pela ocorrência do fato previsto na sua hipótese”⁶⁷.

A aplicação e interpretação das regras infraconstitucionais, portanto, formam o cenário padrão do raciocínio jurídico no nosso ordenamento. E, dentro deste padrão, o objeto da prática do direito é feito dos chamados casos fáceis ou rotineiros. A denominação se justifica em razão da operação interpretativa que aqueles exigem para sua resolução. Uma única regra se afigura aplicável e claramente dá orientação inequívoca.

⁶⁵ Nesse sentido, Humberto Ávila argumenta que “não se pode afirmar categoricamente que os princípios são quantitativa e qualitativamente mais expressivos que as regras no ordenamento jurídico brasileiro. Pode-se apenas afirmar que há um ordenamento composto de regras e de princípios, com funções eficaciais complementares e diferentes. Assim, a assertiva feita de chofre de sem qualquer ressalva de que, no sentido de que o paradigma normativo passou ou deveria passar de ‘da regra ao princípio’, e o metodológico consequente do anterior, moveu-se ‘da subsunção à ponderação, não encontra corroboração no ordenamento jurídico brasileiro”. *op. cit.*, p. 7. Nesse sentido, também, MacCormick, que afirma que os casos fáceis são a regra na ordem normativa, enquanto que os casos difíceis são exceção. *Idem.* p. 30.

⁶⁶ Neste ponto, pertinente a crítica trazida por Schauer. Argumenta o autor que a regra enquanto atrincheiramento generalizado da instância subjacente deve ser aplicada tal como posta. E assim deve ser, porque a aceitação da produção de resultados subótimos é inevitável para um sistema que adote um modelo de decisão baseado em regras, que traz outros benefícios para o sistema. Pensar que o juiz pode, quando da resolução dos casos, verificar se a regra se adequa aos fatos particulares do caso ou mesmo que esta deve ser afastada em detrimento da aplicação direta da justificação subjacente é, na verdade, aceitar um modelo de tomada de decisão particularista, como o adotado no *common law*, porquanto o juiz pode em qualquer caso derrotar a regra em si. **Las reglas en juego: un examen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas en el derecho y en la vida.** Traducción de Claudina Orunesu e Jorge L. Rodríguez. Barcelona: Marcial Pons, 2004. p. 144-145.

⁶⁷ *Idem.* p. 23.

Podemos afirmar que a decisão é o resultado da mera aplicação da lei, que apenas precisou se socorrer de um raciocínio jurídico lógico dedutivo⁶⁸. Suponha que uma lei diz: "Se alguém faz A, então se aplica a consequência B." Alguém vem e descaradamente faz A, logo arcará com a consequência B.

Para ilustrar melhor tomemos um exemplo. As regras de controle de tráfego prescrevem limites de velocidade a serem obedecidos nas vias rodoviárias, quando este limite é ultrapassado incide sobre o cidadão a sanção de pagamento de multa, pelo guarda policial. Outros exemplos de casos rotineiros na aplicação do direito: a retenção de imposto de renda na olha de pagamento dos empregados, a incidência de juros no atraso de pagamento de obrigação contratual, a transmissão de herança para os herdeiros necessários, entre outros.

Entretanto, nem todas as regras são tão simples e determinadas na sua linguagem ou dentro do ordenamento jurídico, o que provoca uma aplicação também não tão simples. Como declara Alexy um sistema jurídico fundado sobre regras é sempre, por diversas razões, um sistema aberto, sobretudo, por conta da textura aberta da linguagem do direito, da possibilidade de conflitos entre as normas e a existência de casos não regulados⁶⁹.

Desse modo, vários são os tipos de dificuldades que podem surgir quando da aplicação das regras, que, por sua vez, tornam-a incerta. Tais dificuldades são os fatores que caracterizam a indeterminabilidade no direito⁷⁰. A indeterminabilidade pode ser revelada tanto nas regras de alcance específico e determinado quanto naquelas de alcance mais aberto, as quais têm a intenção deliberada de ser indeterminada. Vejamos esses fatores.

⁶⁸ "La relacion entre la norma y el hecho es similar a la de un objeto y su reflejo". AARNIO, Aulis. **Lo racional como razonable: Un tratado sobre la justificación jurídica**. Tradução de Ernesto Garzón Valdéz. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1991. p. 23.

⁶⁹ ALEXY, **Sistema jurídico...**, p. 139.

⁷⁰ Sobre o problema da indeterminação do direito e suas diferentes abordagens, dadas pelas diversas escolas, ver, por todos, SOLUM, Lawrence B., Indeterminacy. In: Dennis Patterson ed. **Companion to philosophy of law and legal theory**. Oxford, Blackwell Publishers, 1996. p. 479-492. Ainda, sobre a noção de indeterminabilidade no direito como o fenômeno da textura aberta da lei, a partir da perspectiva de Hart, ver SCHAUER, Frederick. **On the open texture of law**. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1926855>. Em especial, p. 4-16.

As regras com especificidade limitada são construídas com o objetivo de que sejam incorporadas todas as distinções e precisões relevantes. Os fatos selecionados são pontuais e as consequências também.

No entanto, a sua aplicação no caso concreto pode se revelar insuficiente, diante do questionamento da categorização do fato à regra. Em outras palavras, a categorização no direito se, de um lado ajuda na resolução de 80% dos casos (estatística livre), de outro acarreta situação de dúvida e incerteza⁷¹.

Exemplo clássico utilizado na literatura jurídica é o da regra de proibição de veículos no parque⁷². A regra é clara e determinada na sua estrutura: nenhum veículo pode parar no parque. Da análise da linguagem infere-se que carros e motos estão abrangidos pela classificação, no entanto, será que bicicleta e carrinhos de bebês, estão enquadrados na categoria de veículos? Será que um tanque de guerra colocado no parque como forma de celebração de algum evento militar está proibido?⁷³

De acordo com Hart, as situações de fato nem sempre nos esperam nitidamente destacadas e especificadas, tampouco suas respectivas qualificações jurídicas estão prontas à espera de serem lidas pelo juiz. Ao contrário, na aplicação das regras alguém deve assumir a responsabilidade de decidir o que as palavras dizem, se cobrem ou não o fato posto à mão com todas as consequências que possam advir⁷⁴.

E isso se torna mais evidente nos problemas que surgem fora do núcleo certo e determinado de aplicabilidade da regra aos fatos, os chamados problemas da zona de penumbra, os quais estão sempre presentes na prática do direito, como nos exemplos acima referidos. Nesses problemas, a aplicação da regra não pode ser resolvida por uma questão de dedução lógica e, portanto, de raciocínio dedutivo, eis que a lógica é

⁷¹ Sobre a questão da categorização no direito ver, SCHAUER, Frederick; SPELLMAN, Barbara. **Legal reasoning**. Virginia Public Law and Legal Theory Research Paper No. 2012-09. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2000788>. p. 17-21; e SCHAUER, Frederick. La categorización en el derecho y en el mundo. **Doxa - Cuadernos de Filosofía del Derecho**, n. 28, 2005. p. 307-320.

⁷² HART, Herbert. Positivism and the separation of law and morals. **Harvard Law Review**, vol. 71. 1958. p. 593-629, em especial, p. 602-603. Ver SCHAUER, Frederick. A critical guide to vehicles in the park. **New York University Law Review**, vol. 83. 2008. p.1109 -1134.

⁷³ Este exemplo do tanque de guerra foi dado por Lon Fuller no debate travado com Hebert Hart sobre a importância da linguagem das regras e o propósito na aplicação desta a um caso concreto, como forma de sustentar o argumento de que a linguagem da regra jurídica nunca pode determinar qualquer resultado legal, ao contrário da ideia defendida por Hart. Sobre o debate ver SCHAUER, *op. cit.*

⁷⁴ HART, *op. cit.*, p. 602.

silenciosa quanto à necessidade de classificação dos particulares (fatos), devendo ir além, criando a regra concreta, devido ao espaço de discricionariedade encontrado⁷⁵.

O juiz nesses casos deve analisar a justificação subjacente à regra para decidir se o particular revelado no caso concreto pode ou não ser acrescentado à categoria definida na regra pré-existente. Em outras palavras, a finalidade da regra “é proibido veículos no parque” reside na intenção de oferecer segurança aos cidadãos e afastar qualquer situação de perigo para as crianças que transitam no espaço público; se é assim um tanque de guerra colocado no parque como a representação de um monumento ou comemoração de um evento militar não transgredir a razão da regra, não devendo, pois, ser incorporado à categoria de “veículos proibidos”.

Outro fator que torna uma regra específica indeterminada é o uso de termos ou expressões ambíguas e imprecisas. Alguns textos legais são ambíguos (possuem dois ou mais significados distintos), outros são vagos, ou seja, usam conceitos que possuem aplicação indefinida para o caso particular. E alguns textos legais são vagos e ambíguos, ou seja, possuem múltiplos significados, alguns dos quais (ou até mesmo todos!) têm aplicação indefinida.

A ambiguidade, não obstante seja uma fonte genuína de interpretação, é pouco recorrente na estrutura das regras e facilmente resolvida na aplicação destas no caso concreto que, ao delimitar o contexto, revela o sentido a ser dado ao termo.

A imprecisão na regra, a seu turno, por recorrer a termos vagos ou indeterminados em si, trabalha com a noção de casos limítrofes. Um exemplo pode ilustrar melhor a ideia. Uma regra prescreve que o condutor de veículo deve dirigir com cuidado razoável na estrada X em época de nevoeiro. A conduta de dirigir acima de 120 km/h é totalmente desarrazoada, mas, por outro lado, dirigir a 55 km/h é conduta razoável?

Exemplo típico de imprecisão na regra se verifica nas cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, que são técnicas legislativas usadas intencionalmente pelo legislador para a construção de normas jurídicas mais fluidas, as quais prescindem de uma instanciação específica dos pressupostos (predicado fático) e a correlata indicação pontual e pormenorizada das consequências.

⁷⁵ Ibidem.

Segundo Judith Martins Costa, do ponto de vista da técnica legislativa, “a cláusula geral constitui uma disposição normativa que utiliza, no seu enunciado, uma linguagem de tessitura intencionalmente ‘aberta’, ‘fluida’ ou ‘vaga’, caracterizando-se pela ampla extensão do seu campo semântico”⁷⁶.

O recurso a este tipo de técnica legislativa de forma intencional deve-se à tomada de consciência por parte do legislador de que a técnica da regra específica e determinada no sistema acarreta a rigidez no direito e o rápido envelhecimento da ordem jurídica positivada, na medida em que a alteração das regras apenas por meio do processo legislativo se torna inviável e indesejável para o desenvolvimento do direito em conformidade com a evolução da sociedade. Desse modo, como forma de permitir certa flexibilidade no sistema e adaptabilidade às circunstâncias do caso concreto, o legislador lançou mão do uso das cláusulas gerais, cujo objetivo, então, é enviar o juiz para critérios aplicativos determináveis ou em outros espaços do sistema ou através de variáveis tipologias sociais, dos usos e costumes objetivamente vigentes em determinada ambiência social⁷⁷.

Como exemplos de cláusulas gerais na nossa ordem normativa, podemos indicar os conceitos jurídicos indeterminados como boa-fé objetiva, função social e razoabilidade.

Seguindo a mesma linha de raciocínio e estrutura, outro tipo de regra que acarreta maior flexibilidade na aplicação do direito são as cláusulas processuais abertas. Estas nada mais são do que regras jurisdicionais desnudas de regulação substantiva, ou seja, regras que, embora determinem que o juiz tenha que resolver determinado problema jurídico, não especificam como deve proceder. O conteúdo regulativo da norma, neste sentido, é aberto à valoração do decisor⁷⁸.

De acordo com Luiz Guilherme Marinoni, as normas processuais abertas, como a prescrita no art. 461, do CPC, “devem ser concretizadas a partir das necessidades reveladas no caso concreto, pois se destinam a dar ao juiz poder para dar efetividade ao direito material”. Assim, “o juiz tem o dever de encontrar uma técnica processual ou

⁷⁶ COSTA, Judith Martins. O direito privado como um “sistema em construção”. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**. Porto Alegre: Síntese, v. 15, 1998. p. 134.

⁷⁷ Idem. p. 135.

⁷⁸ SCHAUER, **Las reglas en juego...**, p. 235.

um modo processual que seja capaz de atender ao direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva”. Entretanto, “como esse ‘modo’ é a expressão da concretização de uma norma aberta (...), o juiz deve argumentar que o ‘modo’ encontrado, além de dar efetividade ao direito fundamental à tutela jurisdicional, é o que gera menos restrição possível ao demandado”⁷⁹.

Nas hipóteses de trabalho com cláusulas abertas, em razão da maior amplitude de discricionariedade, os juízes têm diante de si uma espécie de imperativo salomônico, algo como um guia, para a construção da melhor resposta jurisdicional, de acordo com as necessidades e circunstâncias do caso concreto⁸⁰.

Note que mesmo quando se dá aos juízes prescrições normativas mais estreitas e específicas para trabalhar, para resolver as disputas jurídicas, o grau no qual se instrui ou compele a esses juízes tratar essas prescrições como imperativas mais que como regras de experiência transparente (tipo de regra na qual que o juiz pode afastar em qualquer caso a instanciada atrincheirada em detrimento da justificação subjacente de primeira ou segunda ordem) está diretamente relacionado com o grau de discricionariedade optado pelo sistema jurídico, como método para restringir e controlar a atuação dos decisores⁸¹.

Nossa ordem normativa optou por um modelo de tomada de decisão baseado em regras de maleabilidade limitada, porquanto o juiz apenas pode afastar a aplicabilidade da regra, em favor da justificação subjacente, no caso de existirem elementos que lhe deleguem discricionariedade, tais como termos ambíguos, imprecisos, cláusulas abertas e problemas de categorização, e nas hipóteses de incompatibilidade da regra com os parâmetros normativos constitucionais, princípios e direitos fundamentais⁸².

⁷⁹ MARINONI, *op. cit.*, p. 132.

⁸⁰ De acordo com Schauer, quando os componentes de um sistema jurídico se encontram desprovidos em medida importante de regras que impõem uma grande exigência regulativa substantiva sobre os decisores dentro do sistema, dizemos exercem discricionariedade. Ou seja, se encontram limitados no que fazem, mas essencialmente livres no que respeita ao que podem fazer uma vez nesse espaço que se assemelha a moldura de um quadro. *Idem.* p. 235.

⁸¹ *Idem.* p. 235.

⁸² Neste ponto, interessante o argumento sustentado por Schauer, de que a principal diferença entre os sistemas de *civil law* e *common law* reside na forma de tratamento dado às regras, eis que ao passo que no *civil law* essas são canônicas e observadas na aplicação e resolução do caso concreto, no *common law* as regras são contingentes, de maleabilidade ilimitada, na medida em que os juízes tomam as decisões de acordo com as justificações subjacentes às regras, e não de acordo com a instanciada

De qualquer modo, o que nos interessa perceber e demonstrar neste tópico é a complexidade que o processo de aplicação do direito acarreta. A vida jurídica não é mais composta apenas por casos determinados, denominados como casos fáceis e rotineiros, nos quais nem a norma nem a comprovação dos fatos suscitam dúvidas razoáveis, e a justificação lógica dedutiva se apresenta suficiente.

A compreensão do caráter argumentativo e indeterminado do direito, bem como a dimensão procedimental do Estado desvelaram a presença dos casos difíceis na prática jurisdicional, nos quais o estabelecimento da premissa fática ou normativa resulta uma questão problemática ou ao menos contestável.

Como consequência, o espaço de incerteza, de imprevisibilidade e de angústias quanto ao comportamento a ser adotado pelos juízes na resolução de tais problemas se acentuou.

O problema da indeterminação do direito é uma das tendências mais importantes da teoria jurídica contemporânea, as quais conscientes de que a pretensão de construir teorias abstratas e gerais que reduzam essa indeterminação é uma quimera, deslocaram seu objeto de preocupação para o processo de tomada de decisão judicial⁸³, com o objetivo de pensar e construir critérios de argumentação que reduzam a arbitrariedade e irracionalidade no raciocínio jurídico.

generalizada da regra. Em suas palavras: “Lo que es primordial en el common law es que solo en un sentido muy peculiar puede considerarse regla aquello que previamente se pensó que lo era, porque ella se aplicará a casos futuros si, y sólo si, esa aplicación es consistente con el espectro completo de diretrizes y principios que, en un sistema de reglas más complejo, ocupan el mismo lugar que ocupaba las justificaciones en muchos de nuestros ejemplos simples. El common law parece constituir, en consecuencia, una forma de tomar decisiones de acuerdo con justificaciones en lugar de una forma de tomar decisiones de acuerdo con reglas.(...) Las reglas en el *common law* idealmente no son ni sub ni sobreincluyentes, dado que las zonas de posible sub e sobreinclusión de conformidad con cierta formulación que tiene sólo el carácter de regla de experiencia pueden solucionarse precisamente en el momento de la aplicación”. Idem. p. 240-241. Neste sentido, inclusive, é a crítica dirigida ao realismo jurídico norte americano, que trata o direito como indeterminado em si mesmo, porquanto seu sentido e significado apenas pode ser verificado quando da sua aplicação no caso concreto. Sobre o ponto, ver HART, Hebert. *American jurisprudence through english eyes: the nightmare and the noble dream. Georgia Law Review*, vol. 11, n. 5, september, 1977. p. 969-989. Sobre a concepção extrema do realismo jurídico norte americano do movimento Critical Legal Studies, que sustenta que o direito é sempre indeterminado e não serve para resolver as disputas jurídicas, eis que tudo é política, ver SOLUM, *op. cit.*

⁸³ CASALMIGLIA, *op. cit.*, p. 212-215.

1.3 O PAPEL DOS JUÍZES EM FACE DA COMPLEXIDADE DA APLICAÇÃO DO DIREITO. UMA PROPOSTA DE RECONCILIAÇÃO

O papel do direito está na condução do comportamento social. A obediência às normas jurídicas é o resultado do processo de socialização. Contudo, nem sempre se pode estar seguro acerca de qual norma há que se seguir. E isto ocorre porque as normas são expressas aos cidadãos por meio da linguagem, fato que deixa margem para a contestação, quando não, para a discricionariedade na apreensão do seu significado. Desse modo, o cidadão comum, nas situações em que não consegue identificar qual expressão quer significar determinada norma ou qual desta incide na regulação do fato, fica em um estado de indecisão, não sabendo que ação tomar na realização de suas atividades e negócios cotidianos e, portanto, fruir do seu pleno direito de liberdade e de dignidade. Se aos cidadãos cumpre conhecer as normas do ordenamento jurídico, imagine aqueles que as têm como objeto de trabalho, como juízes, advogados, funcionários do Poder Público, os quais se vêem permanentemente confrontados com o problema da indeterminação do direito⁸⁴.

O estado de indeterminação do direito, justamente por deixar em suspensão a regulação do comportamento social e da própria estrutura estatal, na medida em que torna desconhecido e intangível o significado da norma a ser observada nas relações travadas entre os particulares e entre estes e o Poder Público e entre os funcionários que atuam neste, acaba por provocar um estado de desordem, porquanto esvazia a função precípua das normas que é assegurar a previsibilidade, a igualdade e imparcialidade no trato dessas relações sociais.

Tudo o que pode ser afirmado pode ser questionado. Essa contestabilidade das afirmações nos processos judiciais põe em xeque as características das regras que sustentam o ideal do Estado de Direito, como princípio da nossa moralidade política e jurídica. Todavia, igualmente, o caráter argumentativo do direito é um valor a ser

⁸⁴ É certo que ao cidadão é atribuído a obrigação de conhecimento da ordem jurídica, não podendo praticar uma conduta ilícita ou deixar de praticar uma ação, ao argumento de que desconhece a regra incidente para o caso prático, haja vista a prescrição do art. 3º, da Lei de Introdução ao Código Civil: “Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece”.

defendido e incentivado, porquanto traduz nossa pluralidade enquanto sociedade e o instrumento para a correção dos atos legislativos que se desviam das finalidades tuteladas por nossa ordem normativa constitucional, bem como o respeito aos cidadãos, ao considerá-los centros ativos de inteligência.

O caráter argumentativo da norma e sua possível excepcionalidade incrementa a abertura do seu universal estático para o acolhimento dos particulares, para as dores e dinamicidade dos casos concretos e complexidade da sociedade, permitindo uma porta de entrada para a flexibilidade no desenvolvimento do direito.

Ambos, como afirma MacCormick, são lugares-comuns caros para o sustento de uma comunidade política plural e organizada, mas como ser possível acreditar em ambos? Seria a proposta de reconciliação um objetivo impraticável?⁸⁵

Em outras palavras, como conciliar o Estado de Direito com o caráter argumentativo do direito? Como conciliar a tensão entre os princípios assegurados pelo Estado de Direito (como a clareza, a imparcialidade, a justiça formal, a previsibilidade das normas) com a incerteza que surge justamente da aplicação das normas instituídas pelo próprio Estado de Direito?

Identificadas as causas que provocam a suspensão temporária do Estado de Direito, as quais atingem o núcleo da definição das normas, percebe-se que a dissolução do estado indesejável de indeterminação se encontra na devolução da definição dos direitos aos cidadãos, em um segundo momento. Tarefa esta que compete aos responsáveis pela aplicação do direito, ou seja, aos juízes, no segundo momento do ciclo.

Por que falamos em segundo momento? Como argumentado no início deste capítulo, o Estado de Direito tem por objetivo a estabilidade social, previsibilidade jurídica e a igualdade entre os seus cidadãos, a qual é atingida, com frequência, na medida em que exista um sistema jurídico composto principalmente de normas enunciadas de forma clara e inteligível, que operem de forma prospectiva, expressas em termos de categorias universais e não por comandos particulares dirigidos a indivíduos ou grupos tratados de forma especial⁸⁶.

⁸⁵ MACCORMICK, *Retórica e Estado de Direito...*, p. 23.

⁸⁶ *Idem.* p. 22.

A realização desses valores é objetivo do Estado de Direito no seu primeiro momento de atuação, qual seja, o da produção das normas jurídicas, do direito legislado. Neste desiderato, a ordem normativa dispõe de procedimentos a serem observados para a deliberação e promulgação das leis, estabelecidos na Constituição, os quais tratam pormenorizadamente das questões relativas à distribuição de competências, tipos de matérias pertinentes à cada espécie normativa, princípios a serem respeitados no decorrer do processo legislativo.

Todavia, quando os objetivos do Estado de Direito restam frustrados neste primeiro momento⁸⁷, deve o cumprimento desses ser tutelado pela prática jurisdicional, em um segundo momento, eis que é no espaço do julgamento, das decisões judiciais, que a deliberação argumentativa do direito se desenvolve, com o fim de se chegar a um acordo ou imposição de qual interpretação deve ser dada a norma jurídica em debate para a solução mais adequada dos casos e para a formação do sistema jurídico.

Desse modo, verificamos que a atividade jurisdicional tem duas funções principais a desenvolver e cumprir, quais sejam: a primeira se refere ao dever de resolução das disputas jurídicas, porquanto sociedades complexas como a nossa precisam de uma instituição que seja capaz de resolver conclusivamente os litígios decorrentes da reivindicação dos direitos e de sua aplicação e esta instituição corresponde aos tribunais; a segunda função concerne com o objetivo de enriquecimento do estoque das normas jurídicas. A função dos juízes e, com mais razão, dos tribunais de vértice do sistema, como veremos mais para frente, é promover a definição das normas jurídicas e a estabilidade da ordem normativa para reger as condutas sociais, função esta que deve ser desejável em si mesma⁸⁸.

⁸⁷ Com relação ao ponto, interessante o argumento levantado por Melvin Eisenberg: "Our society has an enormous demand for legal rules that private actors can live, plan, and settle by. The legislature cannot adequately satisfy this demand. The capacity of a legislature to generate legal rules is limited, and much of that capacity must be allocated to the production of rules concerning governmental matters, such as spending, taxes, and administration; rules that are regarded as beyond the courts competence, such as the definition of crimes; and rules that are best administered by a bureaucratic machinery, such as the principles for setting the rates charged by regulated industries. Furthermore, our legislature are normally not staffed in a manner that would enable them to perform comprehensively the function of establishing law to govern action in the private sector. Finally, in many areas the flexible form of a judicial rule is preferable to the canonical form a legislative rule". **The nature of the common law**. London: Harvard University press, 1988. p. 5.

⁸⁸ Melvin Eisenberg, ao tratar da função social dos tribunais, afirma que aos tribunais competem o exercício de duas funções, a de resolver disputas jurídicas e a de enriquecer o estoque das regras jurídicas (*enriching the supply of legal rules*), sendo que esta segunda função deve ser desenvolvida

Daí porque se apresenta e se faz necessário o estudo do processo de argumentação jurídica como processo de justificação das decisões judiciais.

Os juízes se apresentam na ordem normativa institucional como solucionadores imparciais de disputas entre cidadãos e entre estes e o poder público. E, por isso, o que os cidadãos e o Estado esperam minimamente dos juízes é que estes resolvam os problemas jurídicos de acordo com o direito (direito aqui entendido enquanto normas jurídicas) e não de acordo com suas convicções pessoais, sejam de ordem moral, religiosa, política ou social. Como argumenta MacCormick “as razões que divulgam ao público para suas decisões devem ser razões que (desde que sejam levadas a sério) (...) demonstrem que suas decisões garantem a ‘justiça de acordo com a lei’, e que sejam pelo menos nesse sentido razões justificatórias”⁸⁹.

A escolha da interpretação mais adequada é uma atividade difícil e exige muito do raciocínio jurídico tomado pelos juízes, pois, como regra, os argumentos levantados e defendidos pelas partes representam teses adequadas, expostas de forma persuasiva e coerente, o que faz com que a escolha se dê entre interpretações jurídicas igualmente válidas. A exigência que recai sobre os juízes, então, está na necessidade de uma justificação racional que exponha sua pretensão de resolução da disputa privada por meio de uma razão universalizável, que seja capaz de ser replicar nos demais casos semelhantes⁹⁰.

pelos tribunais como uma obrigação a ser observada, embora essa função ocorra mesmo nos contextos em que os tribunais assumem a única função de resolver disputas privadas. De acordo com o jurista norte-americano, “it is socially desirable that the courts should act to enrich the supply of legal rules that govern social conduct - not by taking on lawmaking as a free-standing function but by attaching much greater emphasis to the establishment of legal rules than would be necessary if the courts sole function was the resolution of disputes (...) Under the enrichment model, in contrast, the establishment of legal rules to govern social conduct is treated as desirable in itself – although subordinated in a variety of important ways of dispute-resolution – so that the courts consciously take on the function of developing certain bodies of law, albeit on a case-by-case basis”. *op. cit.*, p. 5-7. Este modelo de função requer que as regras jurídicas definidas sejam tratadas como vinculantes para os futuros casos semelhantes.

⁸⁹ MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. Tradução de Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 21.

⁹⁰ A expressão replicabilidade é usada por Melvin Einseberg para denotar um dos princípios fundamentais que deve governar a forma como a lei é estabelecida e modificada pelos tribunais. Nesse sentido o jurista americano argumenta que o princípio da replicabilidade tem como principal aspecto fornecer aos tribunais o emprego de uma metodologia consistente de resolução dos casos particulares, que afaste a arbitrariedade do direito. Em suas palavras: “Since the courts remain the final arbiters of law, if courts did not use a replicable process of reasoning the profession could not give reliable legal advice in planning and dispute-settlement, and planning and dispute-settlement on the basis of law would be frustrated. (...) if the courts employed one set of criteria for selecting relevant social propositions in some cases and a wholly different set of criteria in others, judicial reasoning would become nonreplicable

Nesse sentido, Aulis Aarnio sustenta que a importância da justificação se revela em duas dimensões. A primeira, nas situações dos casos difíceis, em que há mais de uma interpretação válida para a resolução do caso, que exige do juiz uma forte argumentação para justificar sua escolha, repercute no plano da recorribilidade das decisões. Isso porque, o litigante espera do juiz que este considere e pondere todos os argumentos sustentados e provas produzidas, de modo que, em situação de insatisfação com o resultado, tem o direito subjetivo de ver seus argumentos reavaliados e influenciar a tomada de decisão em outra direção. De outro lado, igualmente, o tribunal possui interesse na justificação do ponto de vista recursal, porquanto favorece o cumprimento do seu papel de autoridade na supervisão das decisões, em um franco diálogo entre os decisores. Isso é mais válido ainda quando os tribunais desempenham papel de Corte de precedentes⁹¹.

A segunda dimensão repercute na criação e fomento da confiança dos cidadãos nas decisões judiciais, eis que decisões adequadamente justificadas⁹², que argumentem boas razões, proporciona maior credibilidade na atuação dos juízes, que, ao se comprometerem com um modelo de justificação imparcial, previsível e igualitário, demonstram a responsabilidade assumida perante o Estado de Direito.

Por certo, os vícios do direito aqui identificados, como incerteza, obscuridade, confusão e dificuldade na verificação, não podem ser repetidos no segundo momento, que tem por função devolver aos cidadãos e ao Estado a definição dos direitos, sob pena de falência do ideal do Estado de Direito e, por conseguinte, de uma organização social justa.

Nesse cenário, portanto, é que o estudo do raciocínio jurídico, mais precisamente, da justificação das decisões judiciais se revela eticamente importante, de um lado, e juridicamente imprescindível⁹³, do outro, para a identificação dos critérios racionais na definição e alcance das normas jurídicas no processo de tomada de

unless there were clear principles that controlled which criteria were used in which cases". *op. cit.*, p. 11-12.

⁹¹ AARNIO, *op. cit.*, p. 29.

⁹² *Ibidem*.

⁹³ Como argumenta Aulis Aarnio: "Parece correcto afirmar que la decisión puede ser totalmente comprensible sólo sobre la base de razones justificatorias y – lo que es más importante – también la parte perdedora aceptará el resultado si la decisión está basada en razones adecuadas. Teniendo en cuenta

decisão, sem o esquecimento dos particulares, que nada mais são do que a razão primeira para o início de uma disputa judicial e razão última para determinar o seu desfecho.

1.4 VALORES DO ESTADO DE DIREITO A SEREM TUTELADOS NA APLICAÇÃO DO DIREITO PELOS JUÍZES?

Se aos juízes compete a tarefa de devolver à sociedade a definição dos direitos, eis que sobre esses recai o dever de decidir todas as disputas jurídicas que lhe sejam submetidas, não sendo, portanto, o exercício de uma faculdade judicial (o que consubstancia a inevitabilidade da decisão), deve o processo de tomada de decisão judicial se desenvolver em conformidade com os valores jurídicos que restaram frustrados no primeiro momento de aplicação do ideal do Estado de Direito.

Nessa linha, iremos analisar neste tópico três valores fundamentais que devem nortear a forma pela qual o direito é definido e modificado pelos juízes. Tais valores são a previsibilidade jurídica, a igualdade perante o direito e a imparcialidade.

1.4.1 Previsibilidade jurídica

Para que se possa falar em previsibilidade do direito, antes de tudo, é preciso que os cidadãos estejam em condições de saber qual é o direito vigente. Isso significa que não devem ser obrigados à ignorância jurídica, pela impossibilidade de conhecer com antecedência o significado das normas jurídicas às quais serão submetidos.

Há, aqui, uma relação direta com a própria efetividade da ordem normativa estatal, que tem como finalidade contribuir para o fortalecimento das expectativas individuais e para a redução da incerteza. Pode-se dizer, portanto, que em um sentido

objetivo, a tutela da certeza jurídica configura um bem social difuso, na medida em que a sua realização tutela a harmonia comum de uma determinada comunidade⁹⁴.

A falta da inteligibilidade do direito decorre do fato de que as fontes do direito, provenientes de uma pluralidade de órgãos estatais, são complexas e numerosas, o que dificulta que o cidadão conheça o direito. A falta de estabilidade, que pode ser atribuída principalmente à variação das decisões judiciais, associada à falta de previsibilidade, também relacionada a esta situação, dificulta a confiança do cidadão nas instituições jurídicas.

Nesse aspecto, cumpre observar que nem o alto grau de determinação das leis elimina o problema da insegurança jurídica, haja vista o problema da ambiguidade e imprecisão das normas. Tanto as normas jurídicas, vistas individualmente, como dentro de um sistema jurídico, sofrem do problema da indeterminação. As normas jurídicas individualmente consideradas são indeterminadas, em razão da sua textura aberta, o que implica que uma zona de sua incidência é incerta seja quanto aos fatos que abarca seja quanto às consequências que incidem. As normas vistas dentro de um sistema jurídico, por sua vez, também são indeterminadas porque não há certeza em relação às quais efetivamente pertencem ao ordenamento jurídico. Desta forma, não se tem como resolver o problema da insegurança apenas com a determinação dos pressupostos legais.

Em outras palavras, a determinação da linguagem não significa a inteligibilidade, confiabilidade e calculabilidade do direito. Pode-se contar com a linguagem como aliada, mas apenas através dela não se pode acabar com a insegurança, uma vez que o direito como linguagem não é algo acabado: precisa da atividade constitutiva do intérprete⁹⁵.

A contribuição específica dada pela “certeza” do direito – enquanto redução da insegurança diante dos riscos de natureza jurídica – é a possibilidade de que todos os cidadãos se dediquem com confiança aos próprios afazeres e reivindiquem, com uma

jurídico sea la teoría de la justificación de la decisión jurídica interpretativa”. Idem. p. 29-30.

⁹⁴ Como afirma Aulis Aarnio, o comportamento dos tribunais deve favorecer a criação de um ambiente juridicamente previsível, eis que essa exigência “es un requisito de cohesión social. Cuando impera la imprevisibilidad, la sociedad se disuelve en la anarquía que, a su vez, está reñida con toda fundamentación justa y jurídica”. Idem. p. 27.

⁹⁵ AVILA, Humberto. **Segurança jurídica**. São Paulo: Malheiros, 2012. p.

boa expectativa de sucesso, os próprios direitos. E isso é importante, porque o ponto central do Estado de Direito é o de que, por ser prospectivo, nos permite prever o que acontecerá diante da tomada de determinadas ações e, assim, nos permite planejar adequadamente nossas vidas em sociedade.

MacCormick chega a afirmar que entre os valores garantidos pelo Estado de Direito nenhum seria mais importante do que a certeza jurídica, “exceto talvez pelos princípios que a acompanham, a saber, a segurança de expectativas jurídicas e a garantia dos cidadãos contra interferências arbitrárias por parte do governo”⁹⁶. Para ele, uma sociedade que alcança tais ideais, permite aos seus cidadãos o gozo de uma vida autônoma em circunstâncias de mútua confiança.

Nessa perspectiva, a tutela do valor da previsibilidade jurídica encontra justificação até mesmo para além do direito, na moral. Uma justificação moral reside na necessidade humana da prática de certeza nas relações interpessoais e de determinação nas disputas à luz de normas de condutas preestabelecidas, apesar de nunca totalmente determinadas⁹⁷.

É certo que a capacidade reguladora do ordenamento jurídico, ou seja, o rendimento em termos de efetividade normativa das prescrições normativas, procedentes de diversos órgãos que desempenham – ou deveriam desempenhar – funções legislativas revela-se em crise.

Várias são as causas para este fenômeno. Embora não seja nosso objetivo identificar e examinar de forma pormenorizada cada uma delas, iremos citar algumas, a fim de ilustração.

A hipertrofia normativa, verificada em todos os setores do Direito (penal, tributário, administrativo, civil, entre outros) acarretou o aumento excessivo do poder dos aplicadores do direito, a ponto de se configurar um verdadeiro e próprio poder

⁹⁶ MACCORMICK, *op. cit.*, p. 23. Schauer sustenta que o argumento da confiança, como uma das razões a favor da tomada de decisão baseada em regras, ao promover a criação de um ambiente social em que os resultados são previsíveis e esperados nas ações tomadas pelos outros, constitui um componente de bem-estar psicológico, eis que ter alguma ideia do que sucederá amanhã é da natureza humana, do que a necessidade de confrontação permanente com o abismo da incerteza, já que este último estado poucos conseguem lidar. **Las reglas en juego...**, p. 202.

⁹⁷ Idem. p. . Sobre a tutela da previsibilidade das decisões, como decorrência da realização do ideal da certeza jurídica no Estado de Direito, e seu caráter ético, ver, MACCORMICK, **The ethics of legalism...** *op. cit.*

normativo das Cortes, de fato autorizadas a reescrever seletivamente os textos legislativos.

A necessidade de se tutelar a segurança jurídica nas relações intersubjetivas cotidianas se tornou discurso comum na literatura jurídica. Mas o que significa segurança jurídica? Qual a sua importância?

Aulis Aarnio afirma que os tribunais devem se comportar de maneira tal que os cidadãos possam confiar e, a partir daí, planejar suas ações e atividades sobre bases racionais, porquanto as decisões judiciais, em muitos casos, são a única razão propriamente dita para um planejamento futuro⁹⁸.

E é justamente nesses casos, em que a decisão se apresenta como único veículo de confiança justificada pelos cidadãos, que o juiz tem uma verdadeira responsabilidade, que é a de procurar realizar a expectativa da certeza jurídica. Responsabilidade esta que deve ser satisfeita na justificação da decisão judicial, que hoje se legitima mais nas razões do que na posição de autoridade do juiz⁹⁹.

Para Humberto Ávila, a segurança jurídica é um princípio jurídico que exige dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário a adoção de comportamento que contribuam para a existência, em benefício dos cidadãos e desde sua perspectiva, de um Estado de confiabilidade e calculabilidade do Direito¹⁰⁰.

Essa definição, segundo Ávila, ressalta dois fatores importantes. Em primeiro lugar, o princípio da segurança jurídica não tem um valor estritamente funcional, mas também instrumental, servindo, pois, como instrumento para a garantia dos direitos fundamentais da liberdade, igualdade e dignidade. A segurança jurídica só existe para realizar os direitos fundamentais da liberdade, igualdade e dignidade e, de outro lado, estes direitos só são realizáveis se houver segurança jurídica. Em outras palavras, o princípio da segurança jurídica é um instrumento para a realização dos demais princípios citados¹⁰¹.

E segundo, como a segurança jurídica é um princípio que fundamenta a validade e instrumentaliza a eficácia das demais normas no sistema jurídico, constitui-se como

⁹⁸ AARNIO, *op. cit.*, p. 26.

⁹⁹ *Idem.* p. 28.

¹⁰⁰ AVILA, *op. cit.*, p..

¹⁰¹ *Idem.* p.

verdadeira condição estrutural do direito. E como tal jamais pode ser excluído, em qualquer operação de ponderações de razões¹⁰².

Destarte, para Ávila, o princípio da segurança jurídica tem uma eficácia resistente (permanente) no sistema, porquanto defende que constituir um princípio não significa apenas e tão somente ser aplicável, mas sim ser fundamental e, portanto, não pode ser excluído¹⁰³.

A estabilidade almejada com a garantia da previsibilidade jurídica, efetivamente, é condição estruturante para a realização dos demais direitos, na medida em que o exercício adequado de qualquer direito depende de um ambiente confortável e seguro.

Fica evidente, portanto, que nossa ordem normativa constitucional não tolera uma indeterminação factual das decisões judiciais, que seria um estado em que a incerteza se verifica no plano da prática do direito, na medida em que não se sabe como juízes e tribunais irão decidir. O Direito enquanto um corpo de normas jurídicas, que tem como valores estruturantes a previsibilidade, imparcialidade e igualdade, não tolera um decisionismo por parte dos juízes.

1.4.2 Igualdade diante da norma jurídica e não igualdade diante da lei.

Como já visto, o princípio de que a lei deve ser geral e, portanto, deve ser aplicada igualmente a todos, sem distinção, é uma exigência fundamental da nossa moralidade jurídica, associada com o nosso ideal do Estado de Direito.

A lei exerce um papel fundamental na nossa vida, eis que cumpre a ela a função, por excelência, de regular as condutas travadas no espaço público e particular, bem como estruturar nossa organização política. E, é no cumprimento desse desiderato, que a lei deve ser elaborada com a “cara” da comunidade política que serve, não devendo ser fonte de privilégios ou perseguições. Esse caráter representativo da lei, que conforma a legitimidade do Estado de Direito, é tão ínsito na

¹⁰² Idem.

¹⁰³ Idem.

nossa concepção de organização social, que nos questionamos muito pouco sobre a necessidade de uma justificação racional para o seguimento de regras¹⁰⁴.

O caráter da generalidade da lei representa o próprio caráter heterônomo do Direito, que com o objetivo de criar uma ordem estável e unificada, restringe a arbitrariedade e a contingência das vontades individuais¹⁰⁵. Objetivo este que coincide com o ideal democrático liberal.

Desse modo, em cumprimento à exigência da moralidade jurídica e do ideal de um Estado submetido ao Direito, nossa ordem normativa constitucional erigiu o direito à igualdade ao status de direito fundamental, a ser observado por todos os poderes do Estado, legislativo, executivo e judiciário, bem como pelos particulares nas suas relações jurídicas¹⁰⁶, conforme prescrição do art. 5º, caput, que diz que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”.

Em razão do caráter fundamental atribuído ao direito à igualdade perante a lei, este assume a condição de um verdadeiro vetor de conformação da atuação do poder legislativo, que na produção das regras jurídicas deve dispensar tratamento igualitário entre os sujeitos que se encontrem nas mesmas circunstâncias fáticas e jurídicas, erigindo fatores de discriminação para as situações que exijam tratamento diferenciado, a fim de retomar a condição de equilíbrio e igualdade¹⁰⁷.

O direito à igualdade como vetor de conformação de atuação tem destinatário direito e principal o legislativo, eis que é o Poder público, por excelência, que tem a

¹⁰⁴ SCHAUER, *op. cit.*, Neste livro, Schauer propõe um exame filosófico do modelo de tomada de decisão baseada em regras, especificamente regras prescritivas, que é o objeto de sua análise. Ao definir o que entende por regra, numa análise isolada do contexto sistemático da ordem jurídica, Schauer argumenta as consequências indesejáveis que este modelo acarreta, mas que significam o preço a se pagar, em favor de outras razões que justificam e a prática do seguimento de regras. Em especial sobre os argumentos a favor, ver p. 197-228.

¹⁰⁵ BANKOWSKI, Zenon. **Vivendo plenamente a lei**. Tradução de Lucas Dutra Bortolozzo, Luiz Reimer Rodrigues Rieffel e Arthur Maria Ferreira Neto. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007. p.17.

¹⁰⁶ Com relação à eficácia dos direitos fundamentais e a exigência de se sua vinculação aos particulares e ao poder público, ver SARLET, Ingo. Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2009. p. 365-384.

¹⁰⁷ Um dos principais problemas que afligem e ou até mesmo obstaculizam a realização da igualdade é saber discernir quem são os iguais e quem são os desiguais, ou seja, identificar critérios seguros e racionais que permitam categorizar os grupos e circunstâncias em situações distintas. Reconhecemos esse problema, mas por se referir precisamente à problemas de políticas legislativas e de prioridade de políticas públicas, foge ao nosso objetivo uma investigação mais detida sobre a questão.

função de produzir regras jurídicas no nosso ordenamento. Nesse sentido, inclusive, nos induz a concluir o texto constitucional que fala de igualdade perante a “lei”.

Num primeiro momento, a igualdade perante a lei se confunde com o próprio caráter da generalidade desta, na medida em que o geral pretende atribuir tratamento jurídico homogêneo para uma classe de sujeitos ou ações universalizados na regra. Motivo pelo qual, se pode concluir que o ideal de igualdade se realiza na generalidade da regra, e, assim, se torna redundante arguir ou exigir o direito à igualdade perante a lei, eis que ela é elemento estrutural da regra. A igualdade nesta visão se traduz numa questão de lógica¹⁰⁸.

Em outras palavras, o princípio da igualdade perante a lei significaria nada mais do que a aplicabilidade abstrata de uma regra em seus próprios termos, que se basta em si na regulação das ações, independente das exigências de adequação aos fatos concretos. Nessa linha de raciocínio, a exigência de igualdade na aplicabilidade prática da lei, na resolução dos problemas jurídicos, seria totalmente supérflua, porquanto já estaria satisfeita na abstração e generalidade da regra. As regras devem ser aplicadas aos casos em que elas se referem abstratamente¹⁰⁹.

Ao juiz, na prática do direito, não interessa as exigências de justiça no tratamento e definição dos casos concretos, mas tão somente o respeito à lei, que se implicar qualquer tratamento desigual, justifica a atuação judicial, por fundamento na obediência à lei. Desse modo, as decisões judiciais apenas podem ser justificadas por dedução, na medida em que os conceitos jurídicos possuem uma lógica interna e abstrata de resolução dos problemas jurídicos.

Esse argumento de que a generalidade da regra satisfaz a exigência do tratamento igualitário entre as pessoas fundamentou a teoria positivista formalista do Estado legislativo liberal, que, ao acreditar na pretensão da generalidade da lei e na sua capacidade para regular de forma exaustiva os fatos e sujeitos da mesma forma, crença representada no ideal da completude do ordenamento jurídico, reduzido nos códigos, reduziu a atividade jurisdicional à mera metodologia de subsunção das regras (premissa maior) aos fatos (premissa menor), vedando que fosse realizada qualquer

¹⁰⁸ MIGUEL, Alfonso Ruiz. Equality before the law and the precedent. **Ratio Juris**. Vol. 10, n.4, 1997. p. 372-391, em especial p. 374.

¹⁰⁹ Idem. p. 374.

interpretação das regras. Na verdade, a atividade de interpretação das regras jurídicas se confundia com sua própria aplicação, ou seja, texto e norma eram considerados como sinônimos de uma mesma categoria.

As decisões judiciais, neste espaço temporal, não representavam nenhuma intervenção no mundo jurídico, eis que apenas declaravam o texto legal, e, portanto, afirmam a igualdade perante a lei. A racionalidade jurídica do sistema se apresentava amarrada fortemente às regras e códigos, eis que estes eram suficientes para promover aos cidadãos e funcionários públicos o acesso igualitário às regras, à segurança jurídica e à confiança de uma adequada protecção judicial ou administrativa¹¹⁰.

Entretanto, essa equivalência entre a legalidade e igualdade não mais se sustentou quando do impacto do constitucionalismo pós Segunda Guerra Mundial na conformação do nosso Estado de Direito, que trouxe consigo a juridicização dos princípios, direitos humanos e valores jurídicos, impondo ao legislador o dever de conformação legislativa de acordo com os parâmetros das normas constitucionais.

A lei que antes era inquestionável e absoluta em sua validade, agora passa a ser contestável na resolução dos problemas jurídicos, revelando o caráter argumentativo do direito, que não se contenta mais com uma aplicação mecânica da lei. As decisões judiciais não se justificam mais com a mera dedução, esta é vista como a primeira etapa interpretativa, que, para além, exige justificação de juízos de valor, demandando argumentação de ponderação.

Somado a este fator, a introdução no sistema de cláusulas abertas e o uso cada vez mais incidente de conceitos jurídicos indeterminados, revelam a falácia do ideal racional da completude dos textos legais e códigos, exigindo que a completude do ordenamento jurídico seja realizada na prática do direito, ou seja, pela jurisdição¹¹¹.

A atividade jurisdicional no Estado constitucional pouco tem que ver com aquela atividade pensada em um tempo em que se considerava que o direito coincidia com a vontade estatal expressa na lei e, portanto, como algo independente de qualquer

¹¹⁰ MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert. Introduction. In:_____.**Interpreting precedents: a comparative study**. Dartmouth: Ashgate, 1997. p. 04.

¹¹¹ Nicola Picardi. La vocazione del nostro tempo per la giurisprudenza. **Rivista trimestrale di diritto e procedura civile**. Milano: Giuffrè, marzo. 2004. p. 41-42. CHIARLONI, Sergio. Ruolo della giurisprudenza e attività creative di nuovo diritto. **Rivista trimestrale di diritto e procedura civile**. Milano: Giuffrè, 2002/1. Sobre as cláusulas abertas, ver, por todos, MARTINS-COSTA, *op. cit.*, p.129 e ss.

adequação aos casos. Ao contrário, a busca da regra aplicável ao caso resulta da análise dos fatos, das necessidades e peculiaridades do direito material que o informam¹¹².

Por isso, é no plano da prática do direito, sobre os órgãos judiciais, que o direito à igualdade como vetor de conformação de atuação deve igualmente incidir, eis que as decisões judiciais tem poder de intervenção no mundo jurídico, sendo verdadeiras fontes de criação de direito¹¹³. O direito à igualdade perante a lei não se esgota mais no processo legislativo e no seu resultado, as regras, este é o primeiro plano.

Desse modo, resulta bastante óbvio que, uma vez reconhecida a necessidade de interpretação das regras pelos juízes e tribunais, compete a estes identificar e definir a norma jurídica na resolução dos casos concretos¹¹⁴, em conformidade com o princípio da igualdade. Essa é uma demanda básica do Estado de Direito.

E não poderia ser diferente, afinal se a decisão judicial, ao resolver o caso concreto, estabelece a definição da interpretação de uma dada norma jurídica, por óbvio, que essa definição deverá ser adotada nos demais casos judiciais semelhantes, como forma de dar continuidade ao desenvolvimento de um direito coerente e consistente. Compromisso assumido pelo Estado de Direito, que se concretiza na atuação dos diversos poderes estatais.

Como falar em igualdade perante a lei se não podemos exigi-la dos órgãos jurisdicionais, que são os responsáveis por densificar e materializar o significado do

¹¹² ZAGREBELSKY, *op. cit.*, p. 132-133. “La jurisprudência em este momento, deberá ponerse al servicio de los dos señores: la ley y la realidad. Sólo através de l atensión entre estas dos vertientes de la actividad judicial se podrá respetar esa concepción práctica del derecho. (...) el caso no pude comprenderse jurídicamente si no es por referencia a la norma y ésta por referencia a aquél, pues no es sólo el caso que debe orientarse por la norma, sino también la norma que debe orientarse al caso”. *Idem.* p. 132. Neste sentido, MARINONI, *op. cit.*, p. 268-295. Que trata o direito de ação como o direito à técnica processual adequada à tutela do direito e ao caso concreto.

¹¹³ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993. p. 31-69. Nesta investigação científica, como Cappelletti assim denomina, ele apresenta as possíveis causas para a intensificação da criatividade jurisdicional e do aumento de atuação do papel do juiz na criação e definição do direito. “Embora a interpretação judiciária seja e tenha sido sempre e inevitavelmente em alguma medida criativa do direito, é um dado de fato que a maior intensificação da criatividade da função jurisdicional constitui típico fenômeno do nosso século”. p. 31. Igualmente. PICARDI, *op. cit.*, p. 42.

¹¹⁴ Aplicar o Direito implica interpretá-lo, dar-lhe sentido frente a uma controvérsia em concreto e, portanto, implica uma esfera de disposição ampla para atuar. Como argumenta Ricardo Guastinni, nos casos em que uma norma é discutível, o intérprete se vê não diante de um problema de vagueza, mas sim diante de um problema de ambiguidade em sentido amplo: não se trata, portanto, de definir o campo da aplicação da norma, mas antes de tudo identificar a própria norma jurídica. GUASTINI, Ricardo. Se i

texto legal dentro de um contexto fático? Aquele que vai aos tribunais espera, no mínimo, que seu caso não seja tratado de forma dissonante a outros semelhantes. Isso porque viver um Estado submetido ao Direito é poder exigir a não sujeição a interpretações arbitrárias e frívolas de um caso para outro¹¹⁵.

Nesse sentido, Marina Gascón, argumenta que a abordagem da igualdade na aplicação da lei, ao lado de proibir a introdução de elementos discriminatórios que a lei não deu relevância jurídica, quer proibir o uso arbitrário da liberdade de interpretação pelos órgãos jurisdicionais. “A igualdade na aplicação da lei, em sentido amplo, recorre tanto à exigência de que o intérprete não introduza elementos discriminatórios, como a de que se mantenha fiel ao seu próprio precedente”¹¹⁶.

As razões para a tomada de decisões pelos cidadãos, que antes se fundamentavam apenas nas leis, agora se fundamentam também nas decisões judiciais, que servem como verdadeiros instrumentos de orientações de conduta em sua função prospectiva.

O argumento de que o direito à igualdade perante a lei significa direito à igualdade perante as decisões judiciais e, portanto, igualdade perante do direito, justifica nosso modelo de tomada de decisão baseado em regras, sujeita ao domínio de um Estado de Direito.

A igualdade compreendia apenas perante a lei é uma razão, bem vistas as coisas, para não se seguir um modelo de Estado de Direito. Nesse sentido, é o argumento sustentado por Frederick Schauer.

giudici creino diritto. In: A Vignudelli (org.). **Istituzioni e dinamiche del diritto: I confini mobili della separazione dei poteri**. Milano: Giuffrè, 2009, p. 389-401.

¹¹⁵ Como argumenta MacCormick: “And clearly the promise of equality in one important sense, that of equality before the law, and the promise of commitment of the rule of law, entail promises of consistency and coherency in judicial decision-making. those who comes before the courts a demand in name of equality that the court shall not treat their cases differently, certainly not less favourably, than they have treated materially similar cases in the past. Those who seek to live under law are entitled to demand that the law not be subject arbitrarily varying interpretation from case to case. The same law in a similar interpretation should apply to my case as to yours; there should not be special interpretation of the same law, tailor made with reference to the person before the court, but not applied to others persons apparently similar situation”. MACCORMICK, Neil. The significance of precedent. **Acta juridica**, n. 187, 1998. p. 175.

¹¹⁶ Tradução livre de: “La igualdad en la aplicación de la ley, en sentido amplio, recoge tanto a la exigencia de que el interprete no introduzca elementos discriminatorios, como la de que se mantenga fiel a su propio precedente”. GASCON, Marina. Igualdad y respecto al precedente. **Derechos y libertad - Revista del Instituto Bartolomé de las Casas**, n. 2, 1993. p. 218.

Defende Schauer que a existência de regras numa ordem estatal obriga o agente decidir (fornece razão para tanto, pelo menos) em conformidade com o que prescreve a generalização atrincheirada (texto da lei), mesmo que esta aplicação acarrete resultados diferentes e inferiores àqueles obtidos na hipótese de aplicação direta da justificação subjacente à instanciação¹¹⁷. Isso porque, entende Schauer que este é o preço a se pagar pela escolha de um modelo de tomada de decisão baseado em regras, que implica uma inevitável sub e sobre-inclusão¹¹⁸. Ou seja, aceitar um regime de regras é tolerar uma margem de resultados errôneos e desiguais, que poderiam ser evitados nas situações de afastamento daquelas, em favor da razão substantiva que justificam seu seguimento¹¹⁹.

Motivo porque o argumento de que a generalidade das regras serve para realizar o princípio da igualdade, no qual os semelhantes devem ser tratados igualmente é vazio. Na verdade, as regras propiciam o incremento das desigualdades, eis que tratam de forma igual casos diferentes e vice versa¹²⁰.

Desta forma, quando se formula uma generalização não se favorece o objetivo de se tratar de forma similar os casos semelhantes e de maneira diferente os casos distintos. Ao contrário, quem reconheceria essas diferenças relevantes seria o modelo

¹¹⁷ SCHAUER, Frederick. **Las reglas en juego**..., p.197-200.

¹¹⁸ Para Schauer o caráter de sub ou sobre-inclusão das regras decorre da natureza probabilista das generalizações, que decorre da impossibilidade de restringirmos nossas ponderações de causa e efeito ou nossas concepções de verdades empíricas a enunciados universalmente corretos, haja vista as limitações de tempo e de entendimento. Desse modo, o predicado fático de uma regra, ao enunciar uma generalização probabilística de alguma justificação, pode se mostrar verdadeiros para a maioria dos casos previstos, ainda que não necessariamente para todos, bem como pode se revelar insuficiente para cobrir outras situações que resultariam compreendidas na justificação da regra, com a incidência das mesmas consequências. Em suas palavras: “Las reglas dependen, pues, de predicados fácticos que son (habitualmente) generalizaciones probabilísticas y subincluyentes respecto de las justificaciones de la regla. Puesto que las generalizaciones son necesariamente selectivas, las generalizaciones probabilísticas incluirían propiedades que en ciertos casos particulares serán irrelevantes y todas las generalizaciones, probabilísticas o no, excluirán propiedades que en ciertos casos particulares serán relevantes”. *Idem.*, p. 89-92.

¹¹⁹ O argumento defendido por Schauer não é novo no discurso jurídico. A possibilidade de verificação de deficiências na lei, em razão do seu caráter universal (ou geral), foi reconhecido por Aristóteles, quando tratou da equidade como uma espécie de justiça superior, ao ser elemento de correção da justiça legal. Todavia, o fato da lei ser universal e, por isso, não ser correta em relação a certos casos particulares, não elimina a validade do processo de produção das leis, eis que este só pode levar em consideração os casos mais frequentes, com a ciência de que erros podem decorrer dessa circunstância. Neste sentido, Aristóteles afirma que “o erro não se encontra na lei nem na legislação, e sim na natureza do caso particular, já que os assuntos práticos são, por natureza, dessa espécie”. ARISTÓTELES. **Ética a nicômaco**. São Paulo: Martins Claret, 2000. p. 125.

¹²⁰ SCHAUER, *op. cit.*, p. 197-200.

particularista (que rejeita o seguimento de regras), eis que no processo de tomada de decisão analisa todas as distinções e fatores de cada caso, e como não reconhece a moralidade ou autoridade da regra, resolve os casos com fundamento nas justificações substantivas de justiça. Segundo Schauer, se os casos são realmente semelhantes ou diferentes diante de uma teoria substantiva de decisão, então, as regras não se fazem necessárias para a tutela da igualdade¹²¹.

O que leva à conclusão de que não há nada de justo na tomada de decisão baseada em regras, bem ao contrário, há boas razões para se desconfiar desse modelo, na medida em que os fatores excluídos pela regra para apreciação de um caso particular poderiam se apresentar como relevantes e necessários para a obtenção de uma decisão justa e correta.

Para Schauer, a justiça substantiva não é alcançada por aqueles que seguem regras, mas sim por aqueles que possuem uma habilidade prática para perceber os fatos relevantes do caso que exigem solução (como aquela utilizada pelo rei Salomão para saber quem era a verdadeira mãe da criança). Assim é que outros argumentos devem ser buscados para se justificar o modelo de tomada de decisão fundado em regras¹²².

O argumento de Schauer, bem vistas as coisas, se assemelha àquele exposto com o defendido pelo positivismo formalista do Estado legislativo. E, efetivamente, não é uma mera coincidência, eis que o autor é um positivista assumido.

Feita esta advertência, vamos expor nossas razões, já que concordamos parcialmente com o argumento.

Com efeito, reconhecemos o caráter subótimo dos resultados obtidos com o processo de tomada de decisão baseado em regras, em virtude do caráter sub e sobre-incluyente dessas, na medida em que as regras não têm como dispor no seu texto a categorização de todas as ações e situações semelhantes, descrevendo ainda as exceções a que a generalidade não se aplicaria.

Esse caráter incompleto da regra, aliás, é até desejável para uma ordem que preze pela coerência e pela inteligibilidade do direito, eis que exigir do legislador que abarcasse no comando do texto da lei todos os casos com suas diversas exceções e

¹²¹ Ibidem.

diferenciações, implicaria na promulgação de textos confusos e internamente inconsistente¹²³. Incompletude esta reconhecida pelo legislador que delegou para o plano da prática de aplicação do direito a tarefa de complementação, como nas hipóteses das cláusulas abertas e dos conceitos indeterminados.

Todavia, o que não concordamos é com a aceitação inevitável da produção desses resultados errôneos na prática do direito.

Esse argumento não se sustenta quando entendemos as regras dentro de um sistema, no qual regras antagônicas regulam os mesmos fatos, em que a fragmentariedade das leis deixem os problemas jurídicos sem solução expressa, e, com mais razão, em que os princípios, valores jurídicos e direitos fundamentais servem como verdadeiros parâmetros de validade daquelas. Ou seja, as regras dentro de um Estado de Direito de feição assumidamente procedimental e argumentativa.

A interpretação e aplicação de uma regra no caso concreto não se satisfaz apenas com a metodologia da subsunção. Esta esgota a resolução dos ditos casos rotineiros ou fáceis, mas para os casos difíceis exige-se do juiz a análise dos fatos e circunstâncias do caso, numa relação de tensão entre este e a regra, para encontrar o melhor resultado normativo. E este resultado pode implicar o afastamento da regra que regulava o caso, em favorecimento da justificação subjacente da própria regra ou da interpretação desta com as demais normas jurídicas do sistema.

A derrotabilidade ou afastamento da regra na resolução de um caso, a fim de corrigir o caráter sub ou sobre-incluyente dessa que estava gerando uma situação de desigualdade, não implica na negação do Estado de Direito, tampouco o favorecimento de um modelo de tomada de decisão particularista¹²⁴. A interpretação atribuída à regra, de acordo com as particularidades do caso, deve ser feita em conformidade com as regras, só que regras aqui entendidas dentro de um contexto maior, como princípios, valores e direitos fundamentais.

Na verdade, é a tensão entre o caso concreto e a regra, que introduz inevitavelmente um elemento de equidade na vida do direito. Ou melhor, restaura essa relação essencial, depois do fracasso da pretensão do positivismo jurídico de eliminar

¹²² Idem. p. 200.

¹²³ Ob. Cit. p. 296. MACCORMICK, **Retórica e Estado de Direito...**, p. 309.

¹²⁴ ZAGREBELSKY, *op. cit.*, p. 133.

todo e qualquer vestígio dessa relação, em nome do valor absoluto de uma vontade legislativa homogênea. Segundo Zagrebelsky a separação positiva entre a jurisdição de equidade e jurisdição de direito correspondia à proposta de separação entre as essas duas noções e servia para identificar o direito apenas com a lei¹²⁵.

E o próprio Schauer reconhece a força do argumento aqui sustentado. No final do seu livro, o autor afirma que o positivismo que defende deve ser caracterizado como um positivismo presumido, no qual o seguimento às regras é dever primeiro a ser adotado pelo agente decisor, mas a compatibilização das regras com o sistema a que pertence pode dar razões, ainda jurídicas, para o seu afastamento no caso concreto¹²⁶.

Essas questões nos levam a um debate sincero sobre qual tipo de justiça nossa ordem normativa institucional tutela. Mais do que isso, qual tipo de igualdade é desejável e possível de realização no processo de tomada de decisão judicial norteado pelos valores caros a um Estado que pretenda ser de Direito.

De tudo quanto dito, fica evidenciado que o princípio da igualdade e, portanto, o dever de cumprimento deste ideal, enquanto direito fundamental incide sobre o responsável pela aplicação do direito, ou seja, sobre os órgãos jurisdicionais, cuja tarefa hoje consiste na retomada da unificação e coerência do direito, quando da resolução dos problemas jurídicos.

A justificação das decisões judiciais, portanto, deve favorecer a realização deste objetivo na prática do Direito.

1.4.3 Imparcialidade

¹²⁵ Idem. p. 148.

¹²⁶“Mi uso de ‘presuntivo’ se refiere en términos generales a la fuerza que poseen las reglas y, más específicamente, a un grado de fuerza tal que la regla há de ser aplicada a menos que puedan ofrecerse razones particularmente exigentes para no aplicarlas. Cuando se la usa de esta manera, la idea de presunción no tiene un contenido necesariamente epistémico, y sólo constituye un modo de describir un grado de prioridad fuerte pero derrotable dentro de un universo normativo en el cual las normas en conflicto pueden producir resultados mutuamente excluyentes. (...) Para que una presunción pueda ser alguna vez refutada o superada, sostiene este argumento, las consideraciones potencialmente refutadoras deben ser investigadas no sólo en aquellos casos en los que la refutación de hecho tiene lugar, sino en todos los casos”. SCHAUER, *op. cit.*, p. 267-268.

Na vida cotidiana, inúmeras são as situações em que as pessoas se negam a se submeter voluntariamente a um determinado regime jurídico, cumprir determinada ordem legal ou contratual, bem como a arcar com as consequências jurídicas da prática de um ato ilícito. Nesse cenário, torna-se necessária alguma forma de intervenção imparcial de um terceiro, com o fim de resolver o conflito surgido. A simples intervenção de um terceiro ou de árbitros escolhidos pelas partes pode algumas vezes ser suficiente para suprir essas necessidades e resolver o problema. Contudo, mesmo nestas situações em que há a intervenção desinteressada, ocorrerão hipóteses de recusa de submissão voluntária à resolução proposta para o problema, e aqui algo mais se faz necessário¹²⁷.

É preciso haver, então, algum modo de recorrer a uma pessoa ou grupo de pessoas com autoridade reconhecida para tomar decisões em casos como esses, e que, ao mesmo tempo, não apresentem interesses evidentes em relação a uma das partes, seja por questões de sentimentos pessoais (amizade ou desafeição) seja por questões de favorecimentos outros (econômicos, financeiros, políticos, morais).

Aqui temos a representação de um dos possíveis portões de entrada que marca o início de uma ordem normativa institucional. Os indivíduos, nesse cenário, se movem de uma ordem informal (ocorrida no mundo prático) para uma versão institucional de uma ordem normativa¹²⁸. Mais especificamente, a representação do portão de entrada da jurisdição, eis que àqueles cidadãos é vedado o exercício da autotutela.

Portanto, à jurisdição do Estado competirá a tarefa de resolução dos problemas não solucionados na vida prática. Para tanto serão selecionados, de acordo com a exigência de qualificações prévias, os indivíduos competentes para agir como julgadores, os quais exercerão sua competência nas circunstâncias autorizadas, em atenção às formalidades processuais exigidas para a formação, desenvolvimento e conclusão do processo judicial¹²⁹.

¹²⁷ MACCORMICK, *op. cit.*, p. 04.

¹²⁸ *Idem.* p. 05.

¹²⁹ A representação desenhada refere-se ao direito fundamental ao juiz natural, que embora não esteja prevista expressamente na Constituição Federal de 1988, é o resultado da conjugação da garantia da vedação de tribunais de exceção (art. 5º, XXXVII) e do direito ao devido processo legal (art. 5º, LIII). O direito fundamental ao juiz natural significa ter direito a um juiz devido. Ou seja, um juiz competente, independente e imparcial. Neste sentido, ver DIDIER, Fredie Junior. **Curso de Processo Civil**. vol 1.

É no espaço de identificação de quais formalidades se fazem necessárias para a conclusão de um julgamento isento de quaisquer vícios que se insere o elemento da imparcialidade que lida com a tentativa de garantir a existência de julgamentos imparciais e respeitados em casos que envolvam disputas ou controvérsias acerca do significado de uma norma jurídica em um dado contexto prático, ou, ainda, que envolvam a ideia de sua aplicação justa em determinado caso¹³⁰.

A imparcialidade é elemento essencial da jurisdição. O direito fundamental ao processo justo (art. 5º, XXXVII, CRFB) requer do Estado a prestação de uma tutela jurisdicional adequada e tempestiva, dentro de um estrutura normativa institucional estável e isenta de qualquer interesse. Neste desiderato, a Constituição erigiu à condição de direito fundamental os direitos processuais tais como o juiz natural, a representação técnica, o contraditório, a ampla defesa, a motivação das decisões judiciais, a prova, a assistência judicial gratuita. Dentro deste quadro institucional, a imparcialidade, independência judicial e competência se encontram como princípios estruturantes para o desenvolvimento de um julgamento adequado e conforme ao Direito, porquanto visam tutelar a integridade do espaço do julgamento.

Dessa maneira, a exigência da imparcialidade justifica a obrigação de o juiz se abster de atuar nos processos em que se verifiquem as condições de suspeição e impedimento, conforme prescrevem os arts. 134 e 135, do CPC¹³¹.

Como forma de tutelar essas situações de vícios do órgão jurisdicional, o legislador processual, como direito constitucional aplicado¹³², dispôs de instrumentos processuais de defesa, como a arguição de exceção de impedimento ou suspeição, ambas disciplinadas no art. 304, do CPC.

A não alegação dos motivos de suspeição via exceção, no prazo legal gera a preclusão temporal desta faculdade processual, eis que referidos motivos são tidos como menos graves e apenas dão azo à invalidade do ato processual se alegados. Ao contrário, a não alegação de impedimento não implica a perda da faculdade processual

Salvador: Juspodivm, 2011. p. 120-123; também, OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil**. vol 1. São Paulo: Atlas, 2010. p. 31-33.

¹³⁰ MACCORMICK, *op. cit.*, p. 04.

¹³¹ Sobre as hipóteses de suspeição e impedimento consulte-se MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Código de processo civil comentado artigo por artigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 179-182; ver DIDIER, *op. cit.*, p. 120-123.

de arguição deste vício a qualquer tempo e grau de jurisdição, porquanto é considerado um vício insanável que macula o julgado¹³³.

A tutela da imparcialidade do julgador é valor tão caro ao sistema, que os motivos de impedimento do juiz são tidos como elementos de validade das decisões produzidas no sistema jurídico¹³⁴, a ponto de servirem como hipótese de cabimento de ação rescisória, conforme prescreve art. 485, II, do CPC, ao lado da hipótese de prevaricação, concussão e corrupção do juiz (inciso I do mesmo artigo), que igualmente justificam a ideia do julgamento imparcial e de acordo com o Direito¹³⁵.

Dito isto, podemos considerar como fechado e resolvido o problema da defesa do princípio da imparcialidade tanto para os juízes, quanto para as partes, que agora podem quedar tranquilas quanto à possível atuação parcial dos juízes, pois têm ao alcance de suas mãos os remédios processuais necessários para invalidar os vícios de suspeição e impedimento que porventura acometam o julgado.

O curioso, no entanto, é que na aplicação do direito pelos juízes e tribunais, no sistema judicial real, existe outra causa para a tomada de uma decisão parcial que não se encontra abarcada pelos motivos formais de suspeição e impedimento legais, qual seja: a utilização arbitrária das razões dadas para a justificação das decisões, que resolvem o caso concreto, e que é negligenciada pela doutrina e jurisprudência como tal. Expliquemos nosso argumento.

A garantia da imparcialidade do juiz sempre foi uma das questões angulares no desenho dos limites do exercício da jurisdição, ou seja, no processo de diferenciação e respeito entre os poderes do Estado, em especial entre o Legislativo e o Judiciário. Ao judiciário, como poder vocacionado a aplicar as normas jurídicas no caso particular, sempre se deteve a preocupação teórica e prática para que este exercesse sua atividade de forma a tutelar os valores da comunidade política do seu tempo, dando continuidade e coerência ao ordenamento jurídico, e não aos valores e filosofias pessoais do corpo dos juízes.

¹³² MARINONI; MITIDIERO, *op. cit.*, p. 179.

¹³³ Idem. p. 316-317. DIDIER, *op. cit.*, p. 534-537.

¹³⁴ A imparcialidade como requisito processual de validade, ver DIDIER, *op. cit.*, p. 120-123.

¹³⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 120-124.

Essa necessidade de imparcialidade no exercício da atividade jurisdicional se caracterizou, no contexto do Estado liberal do século XIX¹³⁶, fundado no ideal do iluminismo, pela imagem técnica de um juiz neutro e imparcial, que apenas poderia encontrar a resposta adequada ao caso concreto no recurso à lei¹³⁷.

A resposta jurisdicional apenas poderia ser encontrada na lei, porque apenas ao legislador cabia a função de produção das normas gerais cujas repercussões, em razão precisamente do grau de generalidade e abstração atribuída a estas, não levava em consideração elementos particulares de favorecimento, seja para amigos ou inimigos, garantindo os postulados fundamentais do Estado de Direito, como a moderação do poder, a igualdade ante a lei e a separação dos poderes¹³⁸. Na lei, portanto, estava assegurado o tratamento igualitário e impessoal do Estado soberano; os favorecimentos e distinções de tratamento a determinados setores da sociedade apenas cabiam ao legislador, como representante homogêneo da ordem democrática soberana do Estado¹³⁹.

Desse modo, bastaria obrigar o juiz a cumprir fielmente as leis para impedir que este favorecesse aos amigos ou desfavorecesse aos inimigos quando da aplicação do direito na resolução das disputas judiciais. Dentre as muitas causas que erigiram o

¹³⁶ O problema da diferenciação entre o legislativo e o judiciário, que se representa na tensão entre o exercício do poder soberano, representado na figura do legislador, e seu controle pelo direito, em especial pela atividade jurisdicional se coloca em um cenário temporal extremamente amplo, que inclui tanto o mundo antigo quanto a cultura medieval, na medida em que a fórmula do Estado de Direito se propõe a ser a expressão da confiança que os indivíduos repõem no direito, ou seja, na norma objetiva, como forma de frear ou de qualquer modo regular a energia incontrolável da soberania. No entanto, por não ser objeto de nossa pesquisa o aprofundamento das características que identificam cada tempo histórico e a implicação da concepção na teoria da separação dos poderes, remetemos o leitor para a leitura do texto de Pietro Costa. *op. cit.*, p. 98. Ver também, ZAGREBELSKY, *op. cit.*, p. 21-24.

¹³⁷ Sobre a influência dos valores do Estado liberal e do positivismo jurídico sobre os conceitos clássicos de jurisdição formulados pela doutrina processualística, ver MARINONI, *op. cit.*, 25-41.

¹³⁸ “La generalidade es además la premisa para la realización del importante principio de la separación de poderes. Si las leyes pudiesen dirigirse a los sujetos considerados individualmente sustituirían a los actos de la Administración e a las sentencias de los jueces. El legislador concentraría en sí todos los poderes de lo Estado. Si el derecho constitucional de la época liberal hubiese permitido este desenlace, toda la lucha, del Estado de derecho contra el absolutismo del monarca habría tenido como resultado que la arbitrariedad del monarca fuese reemplazada por la arbitrariedad de una Asamblea y dentro de ésta por la de quienes hubiese constituido la mayoría política”. ZAGREBELSKY, *op. cit.*, p. 29.

¹³⁹ “La generalidade de la ley era, en fin, garantía de la imparcialidad del Estado respecto a los componentes sociales, así como de su igualdad jurídica. En todas las cartas constitucionales liberales del siglo XIX está recogido el importante principio de la igualdad ante la ley como defensa frente a los privilegios (etimológicamente: *leges privatae*) típicos de la sociedade preliberal del Antiguo régimen. Desde el punto de vista del Estado de derecho, sólo podía llamarse ley la norma intrínsecamente igual para todos, es decir, la norma general”. *Idem.* p. 29.

princípio da legalidade à categoria de valor estruturante do Estado de Direito¹⁴⁰, podemos identificar o elemento da desconfiança nos juízes, pois estes eram visto como inimigos da nova ordem estatal liberal burguesa, e se a eles fossem atribuída margem de interpretação na aplicação das leis poderiam subverter a ordem, em favorecimento dos ideais absolutistas ou particulares¹⁴¹.

Dentro dessa perspectiva, caberia ao legislador e não ao juiz, à lei e não à sentença, a prerrogativa de ditar a decisão, que quando muito poderia contar com o auxílio da lógica ou de algum outro método, não menos seguro, de interpretação. O tribunal então é concebido como um órgão executivo da competência legislativa, e a metodologia jurídica como simples dedução, na medida em que esta não toleraria desvios na operação de subsunção da lei à espécie concreta. E por isso se exigia o *référé législatif* (reconstrução da vontade do legislador) como recurso para os casos que apresentassem problemas de interpretação¹⁴².

Nesse cenário, resta evidente que a finalidade dessa vedação à atividade interpretativa do direito pelo juiz no processo de tomada de decisão judicial, frise-se, juiz que se encontrava vinculado à lei, residia na necessidade de controle de sua atuação, com o objetivo de afastar qualquer parcialidade nas razões de decidir judiciais, que, ainda que minimamente, pudessem violar a unidade e coerência estabelecida pelo princípio da legalidade.

O ordenamento jurídico, enquanto um ideal de sistema representativo de uma ordem política e social, mesmo que heterogênea, deve expressar uma coerência

¹⁴⁰ Sobre o significado e repercussões do princípio da legalidade no período do Estado legislativo liberal, ver GROTE, *op. cit.*, p. 6-7; ZAGREBELSKY, *op. cit.*, p. 24-33.

¹⁴¹ Zagrebelsky ao tratar da repercussão da homogeneidade do direito legislativo no Estado liberal no plano da organização jurídica do Estado afirma que: "Con respecto a la jurisdicción, se trataba de sancionar definitivamente la degradación de los cuerpos judiciales a aparatos de mera aplicación de un derecho no elaborado por ellos y la eliminación de cualquier forma de contrapeso activo, del tipo desarrollada en el Antiguo régimen por los grandes cuerpos judiciales". Ob. Cit. p. 30. Sobre o ponto ver também: CAPPELLETTI, Mauro. Repudiando Montesquieu. A expansão e a legitimidade da justiça constitucional. **Revista do Tribunal Regional Federal da 4ª região**. Porto Alegre, n. 40, 2001. p. 25-26; MARINONI, *op. cit.*, p. 28.

¹⁴² "La concepción del derecho propia del Estado de derecho, del principio de legalidade y del concepto de ley del que hemos hablado era el positivismo jurídico como ciência de la legislación positiva. La idea expresada por esta fórmula presupone una situación histórico-concreta: la concentración de la producción jurídica en una sola instancia constitucional, la instancia legislativa. Su significado supone una reducción de todo lo que pertenece al mundo del derecho –esto es, los derechos y justicia- a los dispuesto por la ley. Esta simplicificación lleva a concebir la actividad de los juristas como un mero servicio a la ley, se no

intrínseca, não o resultado de uma soma de decisões, regras e medidas dispersas, que não possam ser reconduzidas a princípios e valores substanciais unitários daquela ordem. Se assim não ocorre, se prepara o terreno para o surgimento de uma guerra civil no direito vigente, etapa primeira para a instalação da anarquia na vida social¹⁴³.

Entretanto, a realidade política, moral e social rapidamente contradisse a confiança demasiada no princípio da legalidade como único instrumento de regulação da sociedade e de aplicação do direito¹⁴⁴.

A realidade mostrou que o ideal de completude dos códigos e da legislação era ilusório, à vista da riqueza dos fatos da vida, bem como do constante processo de mudança dos fatos. O monopólio político-legislativo de uma classe social homogênea, que sustenta a unidade e coerência do direito apenas na lei, ruiu, dando lugar a um ambiente social plural de coalisão entre diferentes grupos sociais e políticos. Na verdade, essa pluralidade sempre existiu, no entanto, era abafada e violentamente marginalizada do processo político legislativo do Estado, através de expedientes institucionais como, por exemplo, a limitação de acesso ao direito de voto. A percepção da insuficiência da completude do ordenamento, representado nos códigos, ensejou a proliferação de leis contraditórias, ocasionais e fragmentárias, que implicaram a falta de cognoscibilidade e, portanto, previsibilidade do direito pelos cidadãos e pela própria administração do Estado.

Contudo, o fato mais relevante nesse quadro de mudanças está na transformação do Estado liberal em um Estado constitucional, que, após os horrores vivenciados no período da Segunda Guerra, acordou para a necessidade de controle da atuação do legislativo, que agora deveria condicionar a validade de suas leis aos parâmetros dos valores, princípios e direitos humanos juridicizados na ordem constitucional, configurando o caráter maleável das regras.

incluso como su simples exégesis, es decir, conduce a la pura y simple búsqueda de la voluntad del legislador". ZAGREBELSKY, *op. cit.*, p.33 e p. 131-134. Ver ainda MARINONI, *op. cit.*, p. 27.

¹⁴³ ZAGREBELSKY, *op. cit.*, p. 30-31.

¹⁴⁴ É certo, contudo, que podemos encontrar os efeitos ulteriores desta concepção hierárquica da divisão de poderes no processo de tomada de decisão pelos juízes e tribunais, especialmente naqueles países, como a França, que ainda é titubeante quanto à concretização do poder de controle de validade das leis e o apego às leis no processo de interpretação e aplicação do direito. E mesmo, no nosso país, onde ainda se encontram ecos que defendem a vinculação estrita do juiz à lei.

Essa nova configuração do Estado de Direito exigiu, por consequência, uma nova postura do cientista e/ou prático do direito que passou a se interessar pelas justificações de juízos de valor na aplicação do direito, consubstanciados nos princípios institucionalizados juridicamente, que possuem conteúdo idêntico aos valores morais.

Este novo cenário desvelou o mito da concepção do juiz como a mera boca da lei, e da aplicação do direito como um processo não interpretativo e silogístico. O processo de aplicação do direito agora exige do juiz o uso de uma argumentação racional que justifique a ponderação dos valores considerados no debate processual, quando envolvidos conflitos de normas constitucionais, bem como que justifique os argumentos que o levaram ao alcance de determinada interpretação e definição das normas jurídicas na resolução de um caso concreto, em que as regras eram conflitantes ou fragmentárias. O processo de tomada de decisão não envolve apenas o método puramente demonstrativo das razões, mas sim o método persuasivo dessas.

O reconhecimento da insuficiência tanto do silogismo jurídico, como método de inferência para a aplicação das regras jurídicas ao caso concreto, quanto do raciocínio dedutivista, propiciou a percepção de que o processo de tomada de decisão é mais complexo do que aparentava, na medida em que o caráter indeterminado e argumentativo do direito exige uma sofisticação que está além do silogismo e da dedução. Desse modo, é que se percebeu que o raciocínio jurídico desenvolvido na decisão, embora parta do método dedutivista, vai além para dele, finalizando-se no plano do peso dos argumentos jurídicos debatidos.

O fato é que a argumentação judicial, somada à dogmática, constituem hoje o paradigma da prática jurídica que, ao reconhecer o juiz como um verdadeiro sujeito criador de normas jurídicas, provocou a emergência de indagações quanto à legitimidade e quanto às formas de fiscalização de suas atividades¹⁴⁵.

E aí reside o ponto capital do problema. As decisões judiciais, tidas hoje como instrumentos do Estado de Direito para acertar o significado das normas jurídicas, por serem tomadas no contexto da argumentação jurídica, exigem do juiz uma justificação racional, que ocupe o lugar de discricionariedade. É na justificação das decisões que a

¹⁴⁵ CELLA, José Renato Gaziero. **Auto-precedente e argumentação racional**. Disponível em: www.cella.com.br. p. 6-7.

coerência e unidade do ordenamento jurídico é devolvida; mais que isso, é nessa esfera que ambas coerência e unidade, são efetivamente construídas!

Talvez a doutrina do direito processual não tenha dada a devida atenção ao elemento da justificação da decisão como problema relacionado à garantia da imparcialidade do decisor, porque a prática jurisdicional estava atrelada ao modelo de raciocínio estritamente dedutivo, que apenas declarava as palavras da lei, não as interpretava, tampouco tinha o poder de criar norma jurídica.

Ocorre que o reconhecimento da insuficiência desse modelo de jurisdição já foi percebido e denunciado há muito, notadamente a partir da compreensão da jurisdição no marco do Estado constitucional pós-Guerra, que está comprometido com a aplicação justa e adequada das normas jurídicas, em conformidade com a tutela dos direitos fundamentais e otimização dos princípios jurídicos¹⁴⁶.

Contudo, embora a doutrina processual já tenha despertado para esse caráter procedimental e argumentativo do direito, fato que se constata no reconhecimento do dever de colaboração do juiz para com as partes, que é uma autêntica representação institucional da estrutura comunicativa do raciocínio jurídico, não percebeu que a participação do juiz, nesse espaço dialógico, implica dever de imparcialidade no exercício das razões dadas na justificação da decisão.

Fica evidenciado, portanto, que o sistema deve sim voltar sua atenção para o plano das razões dadas na justificação da decisão judicial, mas também como medida vocacionada a tutelar a imparcialidade o direito fundamental ao processo justo.

Ora, qual o motivo que podemos usar como justificativa para a institucionalização de uma prática jurisdicional em que os juízes, ao decidirem os casos concretos, podem usar razões distintas e gerarem, portanto, resultados normativos distintos, para a resolução de casos que apresentam um quadro de premissas fáticas e normativas semelhantes? Ao nosso ver, fica evidente que isso é um uso arbitrário das razões, e, portanto parcial.

Um exemplo pode ilustrar melhor o argumento. Tomemos o caso do respeito às regras de trânsito. Prescreve a regra x que numa determinada via o limite de velocidade é de 60 km. Ocorre que um casal ultrapassou este limite e ocasionou um acidente,

¹⁴⁶ Sobre a jurisdição no Estado constitucional ver, amplamente, MARINONI, *op. cit.*, p. 93-143.

ferindo um pedinte. Argumentou o casal que o ilícito foi cometido porque a mulher estava em estado de trabalho de parto e precisava com urgência chegar ao hospital. Levando em consideração este argumento entendeu o juiz pela ausência de responsabilidade do casal no acidente, porque estavam em situação de estado de necessidade, argumento, portanto, apto a ensejar o afastamento da penalidade da regra (como o exemplo é hipotético descabem aqui maiores considerações sobre prova e responsabilidade civil).

No caso B, um casal ultrapassou o limite de velocidade estabelecido naquela via, porque a mulher havia desmaiado e precisa com urgência chegar a um hospital, e ocasionou um acidente, no entanto, o atingido aqui foi uma pessoa conhecida na alta sociedade, situação semelhante à descrita no caso A. O mesmo juiz ao resolver o caso concluiu pela responsabilidade do casal, justificando que o fato da mulher precisar ir ao hospital porque estava desacordada não configura estado de necessidade.

Analisando racionalmente os casos podemos verificar algumas premissas: a regra de limite de velocidade deve ser respeitada; a sua violação implica uma sanção equivalente ao pagamento de multa e indenização no valor x; esta regra pode ser afastada em situações excepcionais que configurem um estado de necessidade; o fato de uma pessoa precisar chegar com urgência ao hospital é classificado como estado de necessidade. Desse modo, podemos concluir que a razão justificadora da decisão é: estado de necessidade, como precisar ir ao hospital por questões de urgência, afasta a incidência da sanção da regra de respeitar o limite de velocidade.

Fica claro, então, que o tratamento desigual na resposta das disputas judiciais implica na verdade uma atuação parcial do juiz, na medida em que não aplicou a mesma razão justificadora da decisão em ambos os casos. O motivo que se revela como relevante para o uso de razões distintas é o fato da pessoa que foi atropelada no caso B ser reconhecida na sociedade, o que implica um favorecimento do juiz para com fatos que são estranhos àqueles tidos como relevantes para a resolução do caso.

A violação da igualdade perante as decisões judiciais, neste aspecto, implica a violação do princípio da imparcialidade do decisor. Pois, um julgador que diante de um caso A toma uma decisão X, por razões Z, e no caso B, que apresenta o mesmo problema jurídico, toma decisão Y, por razões W e não por razões Z, apenas pode

assim agir porque foi influenciado por fatores estranhos aos efetivamente relevantes do caso. Qual outro motivo seria capaz de explicar a diferença de tratamento entre partes que se encontram diante de problemas jurídicos semelhantes?

O argumento de que o juiz assim pode agir no processo de tomada de decisão porque tem liberdade e livre convencimento para a formação de suas razões é inválido. Primeiro, porque o livre convencimento está intimamente atrelado à produção e valoração das provas, neste espaço o julgador tem ampla liberdade para perquirir e se convencer sobre a ocorrência do fato, e não à aplicação das normas jurídicas como bem lhe aprouver. E aqui, adentramos ao campo do direito à liberdade do juiz. Segundo, porque a liberdade existe, mas isso não significa arbitrariedade. O julgador no nosso Estado de Direito está submetido ao apelo às regras jurídicas, devendo, por conseguinte, prezar pela aplicação das regras como promulgadas, apenas quando houver conflito entre as normas jurídicas ou contestabilidade quanto ao seu alcance que cabe a ele definir o alcance e interpretação desta para a adequada aplicação na resolução do caso concreto.

E quando assim for, na hipótese de criação de um resultado normativo, no qual resta definida o alcance e interpretação da norma jurídica, deve ser por meio de uma justificação universalizável, que seja aplicável em todos aqueles casos semelhantes. A prática jurisdicional não é uma brincadeira na qual os juízes podem testar a validade das suas decisões ao sabor de cada caso, tampouco um campo de afirmação de ideais pessoais. Um Estado de Direito que queira ser levado a sério deve ser estruturado sob um regime jurisdicional imparcial que, além de refutar e penalizar os vícios de suspeição e impedimento, deve responsabilizar e evitar a prática arbitrária de razões justificadoras das decisões.

Contudo, se faz evidente que antes que um juiz jurar fidelidade ao Estado de Direito, como um sistema, deve ele jurar fidelidade a si mesmo, assumindo a responsabilidade e comprometimento com suas decisões, ou seja, com as razões que justifica a tomada de decisão, e esse comprometimento sincero do juiz, por óbvio, exige dele uma atuação imparcial na aplicação do Direito na resolução das disputas judiciais.

Fidelidade e comprometimento que não podem ser alcançados em decisões contrárias sobre problemas jurídicos semelhantes¹⁴⁷.

A necessidade de uma razão justificadora da decisão que seja universalizável introduz a garantia de imparcialidade na atuação dos julgadores, ao possibilitar um controle sobre as mudanças injustificadas das decisões dos órgãos jurisdicionais. Uma exigência que se impõe diante do novo modelo de raciocínio jurídico, fundado na argumentação e no procedimento. De acordo com José Cella, a doutrina do auto-precedente (que é uma versão da razão universalizável) “traduz uma exigência de justiça argumentativa ou procedimental que se articula juridicamente mediante a proibição de que os órgãos jurisdicionais se afastem injustificada ou irracionalmente de seus próprios critérios anteriores em casos substancialmente iguais”¹⁴⁸.

A imparcialidade incide aqui como verdadeira norma de julgamento ao impor o dever (e favorecer o controle) de evitar o uso arbitrário das razões na aplicação do direito, indo além da mera vedação das hipóteses de suspeição e impedimento. O juiz deve atuar sem arbitrariedade; sua decisão deve ser fundamentada numa argumentação racional, segundo os critérios normativos vigentes no sistema e as concepções gerais de justiça consolidadas na coletividade. Questão que veremos com maiores detalhes no próximo capítulo.

Sem isso, podemos afirmar que, se de um lado nossa ordem normativa vedou o exercício da autotutela, de outro, institucionalizou o exercício da “autojurisdição”.

¹⁴⁷ GASCON, *op. cit.*, p. 214-215; CELLA, *op. cit.*, p. 27.

2 NO ESPAÇO DO JULGAMENTO: MODELOS DE JUSTIFICAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

2.1 O DEBATE ENTRE PARTICULARES E UNIVERSAIS NO RACIOCÍNIO JURÍDICO

São necessárias razões para justificar uma decisão judicial? As razões levadas em consideração na justificação devem apenas relacionar as propriedades do caso particular? O alcance da justificativa tomada numa decisão judicial deve resolver apenas o caso concreto ou resolver o caso concreto a partir de uma proposição normativa universal? Qual modelo de justificação das razões no processo de tomada de decisão judicial favorece a aplicação imparcial, igualitária e previsível do direito?

Essas são as questões que animam a discussão neste capítulo. Se, é na aplicação do direito pelos tribunais que os valores caros ao Estado de Direito são tutelados e realizados, na medida em que compete a esses devolver à sociedade a completude do ordenamento jurídico, é com o estudo da justificação das decisões que devemos nos comprometer, pois é no espaço do julgamento que são dadas as razões para a definição do alcance e interpretação das normas jurídicas.

Modelos de justificação das razões são propostos pelo universalismo e particularismo. Esses divergem sobre o alcance e a fonte da relevância das razões. Para o universalismo, a relevância das razões é uniforme para todos os casos em que as mesmas características e circunstâncias se apresentam. E, neste sentido, é universal porque as razões têm sua fonte em normas e estas são conteúdos de condições universais. Ao contrário, para o particularismo, a existência de razões é sempre relativa às propriedades que se apresentem relevantes num dado caso concreto, não a normas universais¹⁴⁹.

O problema na justificação das decisões judiciais pode se apresentar, então, como uma escolha entre a realização de uma justiça formal ou substantiva. Na primeira

¹⁴⁸ Idem. p. 26.

¹⁴⁹ REDONDO, Maria Cristina. Razones y normas. **Doxa - Cuadernos de Filosofía del Derecho**, n. 05, 2005. p. 29-66, em especial, p. 32-33.

concepção (relacionada ao universalismo) a justiça é realizada precisamente porque todos os cidadãos são tratados igualmente num regime de regras e direitos; na segunda concepção (afeta ao particularismo) a justiça é feita quando tomamos em consideração todos os objetivos e valores dos direitos num sistema e olhamos para eles para fazer a justiça em cada caso particular, os quais demandam um tratamento mais flexível das regras ou até mesmo o afastamento destas e, por conseguinte, a indeterminação factual das decisões judiciais. Neste sentido, essa segunda concepção tenta resolver a insuficiência da primeira, que parece ignorar a “dor do caso particular”¹⁵⁰.

Mas se somos flexíveis e concentrados nas circunstâncias do caso particular não perdemos a prospectividade e previsibilidade do Estado de Direito? Poderíamos, num Estado de Direito que tem como valores morais e jurídicos assumidos a segurança, previsibilidade e imparcialidade, adotarmos um modelo de justificação de decisão que se desloque da regra universal (ou universalizável) para uma regra do caso particular? Podemos dizer ou concluir que essas soluções opostas de modelo de justificação no raciocínio jurídico se excluem automaticamente? Essas questões justificam a importância teórica do debate entre os universais e particulares no processo de tomada de decisão judicial¹⁵¹.

Bem vistas as coisas, a questão de se saber como opera um bom sistema de julgamento também é uma realização prática de grande importância social. Na verdade, ela pode ser mais importante como uma questão prática concreta do que como um problema teórico. É o que veremos.

2.2 PARTICULARISMO

¹⁵⁰ BANKOWSKI, Zenon; MACLEAN, James. Introdução. In: BANKOWSKI, Zenon; MACLEAN, James (ed). **The universal and the particular in the legal reasoning**. Aldershot: Ashgate, 2006. p. xi-xii.

¹⁵¹ “Here we ask questions of how, under, a regime of rules, we can justify equal and universal treatment while at the same time paying due respect to each particular and their individual needs. And this is also the deep question of political theory, for it asks how we can be one community and the same time autonomous individuals. How do we unite the many and the one?” Ob. Cit. p. xii. Neste sentido, também, AMAYA, Amalia: “A hot debate in current legal theory concerns the interplay between the universal and the particular in legal justification. How can we justify equal and universal treatment by the law while at the same time paying due respect to each the specificities of each particular case? A theory of legal

Na vida cotidiana somos exigidos a tomar decisões a todo instante e, ao assim procedermos, mesmo que intuitivamente, sempre levamos em consideração todos os fatores particulares e circunstâncias presentes no caso para formarmos as nossas razões de decidir e escolher qual decisão tomar na resolução do problema. Ademais, agregamos à nossa percepção sobre as coisas particulares, emoções e valores morais. As razões para decidir, nesse julgamento prático, portanto, se revelam intrinsecamente particulares.

O que decidimos em um caso particular não nos obriga a decidir da mesma forma em outro caso, ainda que este apresente características semelhantes. Isso demonstra que os nossos julgamentos são sempre decisões sobre coisas particulares, porquanto as nossas razões são formadas a partir da nossa percepção sobre os fatos e circunstâncias que entendemos relevantes no caso particular que demanda decisão¹⁵².

O processo de tomada de decisão, a partir da abordagem particularista, revela-se intuitivo e sensível à percepção dos particulares por uma pessoa moralmente virtuosa. Quer isto dizer que embora existam regras ou princípios morais estes são insuficientes para justificar uma decisão. O julgamento prático não depende da apreensão adequada e correta dessas regras para aplicá-las na resolução do problema concreto, a essas é atribuído um papel secundário, auxiliar, que inclusive pode induzir a pessoa a incorrer em erros morais.

Nessa abordagem particularista, a determinação da correção ou incorreção das ações se deve principalmente ao foco na singularidade das circunstâncias da ação, que é onde a pessoa mobiliza a sua percepção para identificar a melhor postura a ser adotada diante das razões particulares apresentadas. A correção de uma ação ou decisão tomada nunca é encontrada externamente, ou seja, a partir das regras e princípios que orientam a sociedade, vez que estas sempre podem ser problematizadas e, em razão do seu caráter geral, não avaliam todas as características relevantes de um caso particular.

justification built around the notion of virtue may provide a fresh way to look at the debate between particularism vs. universalism in adjudication.” **The role of virtue in the legal justification...**, p. 18.

¹⁵² MACCORMICK, *op. cit.*, p. 103.

Essa abordagem particularista da razão prática centrada na virtude ética do decisor e na preponderância do particular em detrimento das regras é mais atribuída à Aristóteles, embora não de forma pacífica, haja vista que sua obra “Ética a Nicômaco” suscitou, e ainda suscita, divergências quanto ao seu estatuto normativo¹⁵³.

No entanto, embora a importância das virtudes éticas no direito tenha sido objeto de preocupações e estudos nos primórdios da filosofia jurídica, o mesmo não ocorreu na filosofia contemporânea, a qual, com algumas exceções, não desenvolveu teorias ou deu devida atenção às pesquisas que abordassem ou explicassem a normatividade a partir do modelo da ética das virtudes¹⁵⁴. A teoria jurídica contemporânea centrou seus esforços na construção de critérios racionais para a justificação das decisões judiciais, com o fim de minimizar o caráter subjetivo dessas¹⁵⁵.

E é justamente nesse processo de retomada, de renascimento da aplicação da ética das virtudes no âmbito da ciência jurídica¹⁵⁶, que Amalia Amaya argumenta em favor de uma abordagem que explica em termos aretaicos as condições em que as decisões judiciais devem ser justificadas¹⁵⁷.

¹⁵³ CRUZ, Arthur Piranema. **Ethica Nicomachea: uma leitura particularista**. Dissertação apresentada ao programa de pós-graduação da Universidade Federal de Pelotas. O autor apresenta as duas possibilidades de leitura da ética aristotélica, o particularismo moral e o universalismo normativo. Sendo que o particularismo acolhe uma divisão em particularismo extremo, o qual não admite convivência com qualquer tipo de regra, e o moderado, que admite a convivência, mas assume que o papel das regras é secundário na ação e tomada de decisão do agente moral.

¹⁵⁴ AMAYA, *op. cit.*, p. 01: “In law, however, with few exceptions, there has not been a comparable trend towards explaining normativity on the model of virtue theory. The concept of a virtue is a quite neglected one in contemporary philosophy of law. Nonetheless, the importance of the virtues in law was recognized from the very beginnings of the philosophical reflection about the law. Both Plato and, above all, Aristotle gave to virtues an important role in explaining law and adjudication. Virtues were also central to Aquinas’ theory of natural law, but their role has been at best marginal in contemporary natural law theories. In the dominant approach to philosophy of law in the 20th Century, i.e., legal positivism, virtues do not have any place within the theory”.

¹⁵⁵ Como abordado no tópico 2.2 do primeiro capítulo, as teorias jurídicas contemporâneas centram seus esforços e estudos no campo da aplicação do direito, ou seja, das decisões judiciais, eis o caráter prescritivo que essas crescem ao direito enquanto padrão de orientação de conduta. Desse modo, tais teorias tem por objetivo a construção de critérios racionais no raciocínio jurídico tomado nas decisões judiciais. Daí porque a denominação de teorias da argumentação jurídica, como exemplos “standard” podemos apontar as teorias de Neil MacCormick e Robert Alexy.

¹⁵⁶ Sobre a retomada do papel da ética das virtudes no raciocínio jurídico, ver ainda, MICHELON, Claudio. **Practical wisdom in legal decision-making**. University of Edinburgh School of Law Working Paper No. 2010/13. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1585929>; MACCORMICK, *op. cit.*, p. 104-116. SOLUM, Lawrence B. **The aretaic turn in the theory constitutional**. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=512882>. p. 15-21. SOLUM, Lawrence B. **Virtue Jurisprudence: A Virtue-Centered Theory of Judging**. *Metaphilosophy*, Vol. 34, N.º 1/2, p. 178-213, janeiro, 2003.

¹⁵⁷ AMAYA, *op. cit.*, p. 2 e 16-18. AMAYA, Amalia. **Virtue and reason in law**. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2064335>.

Isso porque, segundo a autora mexicana, a abordagem da argumentação jurídica contemporânea, fundada na relevância do papel das regras jurídicas na justificação das decisões judiciais, ignora os seguintes problemas: a) existem boas razões que indicam que o processo de justificação jurídica não é apenas governado por regras jurídicas, eis que inexiste um conjunto suficiente e completo de regras para responder a todos os problemas jurídicos, ademais as regras são sempre sujeitas à exceções e o apelo aos princípios não resolve o problema; b) o papel das emoções na tomada da decisão judicial é negligenciado, sendo visto como um componente que não tem qualquer influência no contexto da justificação; c) há uma lacuna significativa entre o afirmado pela teoria jurídica e aquilo que é efetivamente desempenhado na prática judiciária¹⁵⁸.

Amalia Amaya, ao propor a aplicação da teoria da virtude no âmbito do raciocínio jurídico, argumenta que essa concepção neo-aristotélica da razão prática revela alguns aspectos centrais do raciocínio jurídico que estão soterrados nas teorias contemporâneas da argumentação jurídica¹⁵⁹, tais como a relevância da particularidade, a centralidade da percepção, as dimensões emocionais dos argumentos jurídicos e a importância da descrição e especificação dos valores¹⁶⁰.

O primeiro dos elementos desvendado pela teoria neo-aristotélica da virtude refere-se à apreensão dos particulares num determinado caso para a tomada da decisão jurídica. Para Amalia Amaya o raciocínio jurídico, assim como o raciocínio prático, não pode ser explicado (ou justificado) apenas em termos de aplicação de

¹⁵⁸ Idem. p. 4.

¹⁵⁹ Notadamente as teorias desenvolvidas por Robert Alexy, Neil MacCormick e Frederick Schauer.

¹⁶⁰ AMAYA, Amalia. **Virtud y razón en el Derecho**: hacia una teoría neo-aristotélica de la argumentación jurídica. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2064298>. De acordo com a autora, a concepção de deliberação proposta pela teoria da virtude neo-aristotélica não tem por objetivo romper com a concepção dominante da argumentação jurídica, fundada no caráter formal, de aplicação de regras e princípios, mas de acomodar o alcance de sua teoria nesse espaço. Ainda sobre o ponto, ver AMAYA, Amalia. **Virtudes, argumentación jurídica y ética judicial**. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2064304>. p. 4-5. Aqui a autora retoma as ideias da teoria aretaica que sustenta e enfatiza o papel da ética judicial como uma das formas de valorar a argumentação jurídica. Em outras palavras, na perspectiva neo-aristotélica, a pessoa virtuosa, que é aquela que tem sabedoria prática para de identificar as características relevantes de um caso particular e tomar a decisão apropriada às circunstâncias, resulta central para a teoria da argumentação jurídica, uma vez que a correção de uma ação ou decisão não pode ser determinada senão apelando às ações e deliberações do juiz virtuoso, ou seja, uma boa decisão é aquela tomada por um bom juiz, haja vista que os critérios de correção não podem ser determinados por um conjunto de regras e princípios, pois estes são sempre problematizados e excepcionáveis em face das características

regras e princípios, por mais que um sistema seja complexo. Desse modo, o problema consiste em saber determinar em que consiste o raciocínio jurídico nas situações em que a mera aplicação das regras e princípios não é suficiente para se obter uma resposta jurídica satisfatória. Ademais, consiste em saber quando a concepção formal do raciocínio deve ser complementada ou até mesmo substituída por uma concepção substantiva¹⁶¹.

Identificado o problema da insuficiência da aplicação das regras na resolução dos casos jurídicos, Amalia propõe que, a partir da perspectiva aretaica, as virtudes, e não os princípios e regras, devem configurar como elementos centrais de uma teoria do raciocínio jurídico. Sendo que, dentre as virtudes, a que assume capital importância é a sabedoria prática¹⁶².

A sabedoria prática como virtude relaciona-se diretamente com os particulares, porquanto consiste na habilidade (habilidade aqui entendida como uma sensibilidade necessária) de uma pessoa em identificar as características relevantes de uma situação particular.

Desta forma, o juiz virtuoso é aquele que “tem as capacidades para analisar a situação de decisão em detalhe e está aberto às possibilidades de que possa haver um fator estranho e inesperado que leve a problematizar a aplicação da norma¹⁶³”.

Nessa perspectiva do raciocínio jurídico, percebe-se que o elemento fundamental para se alcançar uma decisão justificada é a identificação dos fatos

relevantes de um caso. Assim, é que assume importância a ética judicial, que trata do estudo da caracterização do juiz virtuoso.

¹⁶¹ AMAYA, **Virtud y razón en el Derecho...**, p. 01-02. AMAYA, **Virtue and reason...**, p. 3.

¹⁶² Idem. p. 02. Com relação à virtude da sabedoria prática, Claudio Michelon argumenta no artigo que escreveu para comentar o trabalho de MacCormick sobre o papel dos universais e particulares no raciocínio jurídico, que, não obstante concorde que com MacCormick quanto ao papel central que a universalidade joga na justificação das ações, essa universalidade não é suficiente em certos contextos. Ademais, a ideia da imparcialidade do decisor com forma de garantir um procedimento racional de decisão não é suficiente, residindo aí uma falha da teoria de MacCormick. Nessa linha, Michelon propõe a teoria da prudência como virtude, de Aristóteles, como uma complementação à teoria da percepção moral. Em suas palavras: “Indeed, I do not believe that is possible to devise any sort of rational procedure that is able in itself to bridge the gap between universal moral considerations and particular cases. Bridging the gap between universal considerations and particular cases depends on the development of a certain kind of *rational sensibility*”. Practical reason and character traits: remarks on MacCormick’s sentimental theory of moral perception. In: In: BANKOWSKI, Zenon; MACLEAN, James (ed). **The universal and the particular in the legal reasoning**. Aldershot: Ashgate, 2006. p. 122-126.

¹⁶³ Tradução livre de: “tiene las capacidades para analizar la situación de decisión en detalle y está abierto a la posibilidad de que pueda haber un factor extraño e inesperado que lleve a problematizar la aplicación de la norma”. AMAYA, **Virtud y razón en el Derecho...**, p. 02.

relevantes do caso particular, tendo as normas apenas uma função secundária, servindo de ferramenta para auxiliar o juiz na descrição fática do caso¹⁶⁴.

A argumentação jurídica, então, deixa de ser uma deliberação sobre as normas, sobre a aplicabilidade das regras e princípios na resolução do caso, para ser uma deliberação sobre os particulares, pois estes são os que irão fornecer as razões para a tomada da decisão jurídica.

Como a identificação dos particulares é o elemento central da virtude, torna-se evidente que o juiz virtuoso, que detém a sabedoria prática, se caracteriza por ter uma capacidade perceptual altamente refinada, motivo pelo qual todas as ações do caso estão sujeitas à sua visão perceptiva. Nas palavras de Amalia Amaya “o virtuoso não só tem a capacidade de apreciar todos os aspectos relevantes de uma situação, como também tem a habilidade de detectar quais – na situação concreta – são relevantes e constituem as razões para a decisão¹⁶⁵”.

A diferença então entre um bom e mal juiz consistiria na identificação de quem seria a pessoa dotada de uma intuição adequada ou uma sabedoria prática desenvolvida ao longo da experiência de trabalho, sabedoria esta que se revela na “disposição imparcial do juiz em não tomar qualquer decisão até que possua todas as razões relevantes relativas ao caso em particular”¹⁶⁶.

¹⁶⁴ “Indeed, if a virtue approach to legal reasoning were to imply the dispensability of rules it could not possibly count as a perspective on legal reasoning, but as a change of subject all together. However, the role that a virtue theory of legal reasoning accords to rules is more modest than the predominant conception of legal reasoning takes it to be as the appropriateness of solving a case by applying a rule is, ultimately, checked against the particulars of the case. Nonetheless, many of the virtues of rules may be perfectly recognized on an aretaic theory of legal reasoning. Furthermore, there is an important role that rules may serve in a system of law which comes to light when we analyze legal reasoning from within a virtue-based framework, namely, rules are extremely useful aids to perception. I have argued that the recognition of the salient factors of a situation is critical to good legal reasoning. Rules play an important role in legal reasoning insofar as they inform the description of a case and focus attention on relevant aspects of a situation which might otherwise go unnoticed.” AMAYA, **Virtue and reason...**, p. 6. Para uma argumentação contrária sobre o papel das regras no raciocínio jurídico, ver SCHAUER, **Las reglas en juego...**

¹⁶⁵ Tradução livre de: “el virtuoso no solo tiene la capacidad de apreciar todos los aspectos sobresalientes de una situación sino que tiene la habilidad de detectar cuáles – en la situación concreta – son relevantes y constituyen una razón para la decisión”. AMAYA, **Virtud y razón en el Derecho...**, p. 4. Quanto ao ponto, a autora refuta o argumento de que a virtude corresponderia a uma apreensão intuicionista, que é incompatível com o requisito público das decisões judiciais, defendendo que a capacidade do virtuoso deve ser entendida com uma sensibilidade que permite a pessoa apreciar as razões de uma ação particular e proporcionar as justificações pertinentes para sua decisão.

¹⁶⁶ “Um bom procedimento de tomada de decisão seria aquele que maximizasse as oportunidades de dar esse tipo de atenção cuidadosa a todos os pontos da situação-problema, e que atribuísse a tarefa de tomar decisões à pessoas certas”. MACCORMICK, *op. cit.*, p. 112.

No entanto, essa percepção que caracteriza o juiz virtuoso não é apenas cognitiva, mas sim inclusiva, uma vez que além dos elementos intelectuais deve possuir os emocionais. A essa altura, o leitor deve se perguntar o que significa esses elementos emocionais, qual a função que desempenham no raciocínio jurídico?

Apoiada na ideia aristotélica, Amalia Amaya argumenta que as virtudes não são tanto uma maneira de atuar, mas de sentir; nessa linha de raciocínio, sustenta que as emoções exercem um papel fundamental no processo de tomada da decisão jurídica, papel este de valor tanto epistêmico, na medida em que ajudam o virtuoso a detectar as características moralmente importantes de um caso concreto, como também constitutivo, porquanto uma resposta emocionalmente apropriada é parte constitutiva da percepção prática. Os elementos emocionais assumem uma importância tanta nessa teoria que sua ausência corresponde a uma decisão moralmente defeituosa¹⁶⁷.

Nessa dimensão, percebe-se que o juiz virtuoso deve possuir uma sensibilidade prática na percepção das dores e sofrimentos das partes envolvidas num caso particular, fato que contribui para a identificação das características realmente relevantes das ações praticadas no caso. Uma pessoa que não possua esse “olhar sensível” não tem capacidade para encontrar uma resposta moralmente aceita, e, portanto, desempenhar as tarefas de percepção dos particulares, ponto central para a argumentação jurídica entendida nesse contexto¹⁶⁸.

E é nesse cenário que outro elemento é sacado a luz pela teoria da virtude, a re-descrição. Para se construir um caso de maneira adequada é necessário prestar atenção nas características específicas deste, ou seja, compete ao juiz virtuoso esforçar-se por descrever detalhadamente o problema em questão. Isto porque, o raciocínio jurídico não começa da etapa da deliberação da aplicabilidade das normas e

¹⁶⁷ AMAYA, **Virtud y razón en el Derecho...**, p. 6.

¹⁶⁸ Idem. p. 6-7: “Por lo tanto, el juez que se enfrenta a un caso de una manera fría e imparcial no sólo se comporta de una forma no virtuosa, en cuanto que no tiene la respuesta emocional apropiada, sino que su percepción del caso será también defectuosa, dado que esta respuesta es una parte constitutiva de lo que significa reconocer y apreciar correctamente los particulares de un caso. Las emociones son ‘modos de ver’: uno no podría ver de ‘esa’ manera a menos que tenga ciertas emociones”. Igualmente, Claudio Michelon argumenta pela necessidade da adoção da teoria do “phronesis” no processo de tomada de decisão, como forma de complementar a teoria normativa de MacCormick. Todavia, o autor é enfático ao esclarecer que, nada obstante entenda necessária essa abordagem da virtude, esta não é necessariamente o julgamento moral completo, para tanto se faz necessário testar as características relevantes de um contexto, percebidas pela intuição do decisor, em face dos princípios universais. *op. cit.*, p. 122-123.

princípios, mas antes disso. A primeira etapa, então, deve consistir na análise de todos os particulares que constituem o caso concreto e, posteriormente, na percepção descritiva de todas as características relevantes, num processo exaustivo de ação, rediscussão e interpretação dos particulares¹⁶⁹.

A ênfase dada na re-descrição dos particulares tem por objetivo reforçar o argumento da virtude como elemento central para a argumentação jurídica e, portanto, para a justificação da decisão. O momento da eleição da melhor justificação acaba por ter menor importância no raciocínio jurídico desenvolvido, na medida em que, idealmente, a decisão, nesta concepção, é o resultado da correta descrição dos fatos do caso.

O que não afasta a possibilidade de discordância entre os juízes virtuosos nos casos difíceis. Mas nessas hipóteses de conflitos normativos, o valor a guiar o processo de tomada de decisão é a coerência. Quer isto dizer que, a resolução de um dado caso difícil depende de argumentos substantivos acerca de como se deve interpretar um caso, de quais características devem ser identificadas, de como os valores relevantes devem ser especificados e realizados num contexto particular¹⁷⁰. Portanto, a resolução dos casos difíceis, nesta abordagem da virtude ética, não leva em consideração o valor da coerência no âmbito da melhor interpretação da aplicação dos princípios e valores jurídicos em jogo no problema.

A justificação da decisão judicial, nessa perspectiva, centra-se na habilidade prática do juiz, uma vez que deriva do caráter virtuoso deste. É pensando como um juiz virtuoso procederia na resolução do caso, que se pode determinar o que deve ser feito. Desta forma, como nesse processo de tomada de decisão não há nenhuma conexão

¹⁶⁹ AMAYA, **Virtud y razón en el Derecho...**, p. 7-8.

¹⁷⁰ “El razonamiento jurídico es cualitativo –la cuantificación no es, de hecho, ni posible ni deseable, ya que no hay una métrica única que se pueda usar para comparar las distintas alternativas de decisión. La corrección de una elección deliberativa no depende de que ésta maximice una cantidad de un valor común, sino que su racionalidad depende de la especificación de los valores en juego y de su buen acoplamiento dentro de un sistema. Es, en otras palabras, la coherencia, y no la eficacia, el valor que debe guiar la toma de decisiones jurídicas en casos de conflicto normativo. Al final del día, la resolución de un caso difícil depende de argumentos substantivos acerca de cómo debe interpretarse un caso, de qué rasgos del mismo dan lugar a consideraciones que deben ser atendidas, de cómo los valores relevantes deben ser especificados y de qué es lo que exigiría la realización de los mismos en el contexto particular. No es posible usar un procedimiento formal para simplificar la compleja tarea de deliberar en casos de conflicto normativo. No hay ningún atajo que podamos tomar para llegar a una buena decisión: la descripción atenta de la situación y la especificación detallada de los valores involucrados están en el núcleo de la deliberación virtuosa”. Idem. p. 10.

próxima entre regra e decisão, a correção desta se deriva da percepção virtuosa do juiz¹⁷¹.

Esse foco no caráter moral do agente é normalmente conjugado com a visão de que o agente virtuoso reconhece a complexidade irreduzível da vida e as implicações morais da vida, rejeitando assim a noção de que as decisões devam seguir regras e princípios estabelecidos, os quais estão sempre sujeitos à problematizações e exceções¹⁷².

A crença incondicional na virtude aparenta, segundo Schauer, uma conduta não virtuosa, na medida em que não leva em consideração a humildade e o limite da capacidade humana em construir uma decisão justa, de acordo apenas com a percepção individual daquele tido como o agente virtuoso¹⁷³.

Ademais, contra essa visão do virtuoso podemos perguntar se este deve reconhecer que outras pessoas, individualmente consideradas ou em grupo, podem saber mais do que ele e, desta forma, reavaliar as suas razões¹⁷⁴. Ou talvez reconhecer que outros possuem uma experiência que ele não possui, ou mesmo reconhecer que ele é suscetível a várias formas de preconceitos, irracionalidades e outras incapacidades que sua consciência sequer percebe, tampouco transcende.

Para Schauer, uma consequência desta visão da humildade e modéstia do julgador sobre suas próprias capacidades, é que este, num exercício de auto-conhecimento, pode reconhecer que outras pessoas, que compartilham os mesmos objetivos, podem tomar decisões melhores.

¹⁷¹ “The correct legal decision is as the virtuous judge determines it. Thus, in a Neo-Aristotelian picture of legal reasoning, virtues play, as it were, a ‘constitutive’ role, in that the correctness of a decision is a matter of whether it is a decision in accordance with virtue, i.e., a decision a virtuous judge would have taken. It is the standard of practical reason as embodied in the practically wise that allows us to determine when the case is a “rule-case” or when, to the contrary, the rule’s applicability to the case ought to be questioned. Virtues are, in this sense, prior to rules in a theory of legal reasoning.” AMAYA, **Virtue and reason...**, p. 5-6.

¹⁷² Idem. p. 5.

¹⁷³ SCHAUER, Frederick. **Must virtue be particular?** Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1739920>. p 16-17.

¹⁷⁴ Segundo Schauer: “Recent research on implicit bias, for example, has suggested that some racial and gender Prejudices may exist in even the agent who recognizes them and seeks to avoid them. And much of the research on heuristics and biases has shown that some of the supposed irrationalities of human decision-making – anchoring, for example – are substantially resistant to debiasing techniques, including debiasing by awareness”. Ibidem.

E essa consequência permite um novo olhar sobre o caráter do virtuoso. Neste novo cenário, o juiz virtuoso pode duvidar que a decisão tomada com fundamento na sua sabedoria prática e percepção dos particulares seja melhor que aquela tomada nas regras gerais de conduta produzidas pelo Estado, que considerou um conjunto de casos semelhantes para decidir, e mais, que possa resolver pela inaplicabilidade dessas regras¹⁷⁵.

Por essas razões, Schauer argumenta que o virtuoso pode preferir aplicar uma regra estabelecida, de forma mecânica e literal, e ele pode assim preferir não por motivo de irracionalidade ou conduta não virtuosa, mas por deferência, modéstia e humildade, atitude que, ao contrário do que aparenta, revela uma postura virtuosa. Conclusão que nos leva a pensar que a virtude em seguir regras tem mais a dizer, no sentido próprio de virtude, do que o reconhecido pelos particularistas¹⁷⁶.

Nessa linha de argumentação, o particularismo jurídico implica uma postura não virtuosa, porquanto reflete uma arrogância no processo de tomada de decisão, ao depositar tamanha crença na certeza das percepções e capacidades de decisores virtuosos. Ademais, ignora o fato de que a decisão tomada com base em regras estabelecidas, através de um processo de deliberação pública de determinada comunidade, reflete um reconhecimento e desejo de que outras pessoas podem ter levado em consideração outros fatos e valores e, igualmente, ter tomado uma boa decisão¹⁷⁷.

E talvez a virtude da sabedoria prática dos profissionais do direito se encontre justamente aí, no saber reconhecer e viver plenamente o direito, atuando sob as suas regras, em ato de humildade, respeito e aceitação do processo de tomada de decisão democrática do direito produzido, mas, ao mesmo tempo, por ser profissional devoto de

¹⁷⁵ Idem. p. 18.

¹⁷⁶ "For all of these reasons she might prefer to apply a pre-existing rule literally, or formalistically, or mechanically. And she might prefer this not because of irrational and thus non-virtuous rule-worship or obsession with form, but because what looks to an outside observer (whose judgment may too be flawed) like irrational rule-worship may look to the rule-follower as a form of deference, humility, and modesty. To have such attitudes or the character that promotes them may not only be irrational, but may indeed be an important virtue. And as a result, there may be more to be said for the virtue of rule-following, in the proper sense of virtue, than Ho and many others seem inclined to recognize." Idem. p. 19.

¹⁷⁷ Ibidem.

uma vida dedicada ao Direito, saber reconhecer as circunstâncias particulares que lhe autorizam a transcender as regras¹⁷⁸.

Ou seja, a concepção da virtude enquanto sabedoria prática deve ser buscada dentro do contexto do raciocínio jurídico e das instituições jurídicas, não fora dela, à margem das regras, como se estas não tivessem nenhum valor em si mesmas ou um valor tangencial.

Nesse sentido, ao tratar da tensão existente entre o seguir as regras e saber quando transcendê-las, Bankowski argumenta que “nossa habilidade de saltar a ordem da máquina, quando necessária, repousa, em certa medida, no fato de seguirmos aquela ordem. Mas, ao mesmo tempo, seguir essa ordem é também a condição para se afundar nela sem nenhuma escapatória”¹⁷⁹.

A abordagem particularista, a partir da teoria neo-aristotélica da virtude, sem dúvida, oferece uma alternativa válida de modelo de justificação de decisão na aplicação do direito, bem como respostas pertinentes a problemas não identificados ou pouco pesquisados e enfrentados pelas teorias contemporâneas da argumentação jurídica. Na verdade, seu mérito principal se encontra justamente nesta revelação dos problemas e no convite para sua discussão.

Contudo, a proposta de realocação do papel da virtude da habilidade prática no raciocínio jurídico, deslocando-a da periferia para ser sua razão justificadora, não encontra tutela no desenho institucional do nosso Estado de Direito e do nosso sistema processual.

Nosso sistema jurídico está construído sob a base do princípio do Estado de Direito, o qual não representa apenas um ideal da moralidade política, mas sim um princípio estruturante e vinculante de nossa ordem normativa institucional. Nesta ordem, pois, os valores da estabilidade das expectativas dos cidadãos, previsibilidade e continuidade devem ser tidos em alta conta por nossas instituições jurídicas que definem os direitos e obrigações dos nossos cidadãos, não comportando um ideal de modelo de tomada de decisão particularista como o descrito.

Como vimos, a abordagem particularista enfatiza a subsidiariedade das regras ou princípios estabelecidos como componentes do raciocínio jurídico, motivo pelo qual

¹⁷⁸ BANKOWSKI, **Vivendo plenamente a lei...**

na tomada de decisão o agente decisor não deve levar em consideração as regras como parâmetro de partida da justificativa das razões, mas sim as características relevantes do caso (particulares) e a valoração dessas a partir da sua habilidade prática¹⁸⁰.

No mundo prático, com efeito, esse processo de tomada de decisão se afigura realizável, e desejável, eis que a decisão não necessita transcender o particular, tampouco suas razões devem ser justificadas em regras estabelecidas, pois as razões são criadas diante do fato ocorrido. Buscamos as razões para a ação na boa-fé e prudência, é um ato de confiança daquele que está submetido àquela decisão. Não há uma forma de controle ou impugnação quanto à correção da decisão.

E mesmo nesse contexto da razão prática, quando o ampliamos de decisões contingentes e particulares para um universo de casos, temos como resultado uma situação de caos e desordem. As ações não podem ser previstas e as razões não podem ser buscadas ou compreendidas.

Entretanto, um Estado submetido ao direito pretende justamente afastar essa configuração do mundo como um universo contingente e caótico de instâncias particulares desconexas, no qual as pessoas não possuem condições materiais de compreender as razões das ações tomadas e decididas, seja nas relações travadas com outros particulares, seja em face do Poder Público, para impor uma ordem racional.

Desse modo, o direito, ao sujeitar a conduta dos homens ao governo das normas estabelecidas, se apresenta como o meio de enfretamento e recusa ao governo de vontades arbitrárias, a fim de propiciar a realização de seu objetivo maior que é a

¹⁷⁹ Idem. p. 149.

¹⁸⁰ Neste sentido, o particularismo se apresenta como uma das versões do pragmatismo jurídico, que igualmente se centra na prioridade do particular em detrimento das generalizações. Lawrence Solum afirma que: "Another way to approach legal pragmatism is via the an idea that is sometimes called "the priority of the particular." This phrase is shorthand for the assertion that judgments (or intuitions or considered judgments) about particular cases have priority over theoretical judgments about broad classes or categories of cases. What does "priority" mean in this context? One answer to this question is that the priority of the particular means that our judgments about particular cases are firmer, more grounded, and less subject to revision than are our beliefs about theory. In other words, when a theory collides with a firmly held belief about what is right or wrong in a particular case, it is the theory and not the judgment about the case that will have to give way". Disponível em: http://lsolum.tyepad.com/legal_theory_lexicon/2006/09/legal_theory_le_1.html.

garantia da estabilidade social e da justiça entre as pessoas que vivem em uma comunidade organizada juridicamente¹⁸¹.

Mas, como demonstrado no capítulo anterior, o direito em razão do seu caráter indeterminado e argumentativo, não consegue por si só tutelar os valores do Estado de Direito, cabendo aos tribunais a sua aplicação séria e sincera. Nesta concepção, portanto, na qual o dever de um tribunal consiste em aplicar normas jurídicas estabelecidas, as razões justificadoras da decisão devem derivar, ao menos primeiramente, dessas premissas jurídicas¹⁸².

Um tribunal responsável e comprometido com o ideal do Estado de Direito não deve causar o caos na ordem jurídica. Ao contrário, deve criar o ambiente necessário para a sua realização, que, diante das escolhas de decisão deve optar por aquela que serve aos valores da previsibilidade, imparcialidade, continuidade e igualdade.

Nessa linha, MacCormick afirma que o dever que os juízes têm de mostrar fidelidade ao direito nos seus pormenores é mais bem realizado no contexto de justificações cuidadosamente desenvolvidas, que servem de fundamento das decisões judiciais. Isso por si só não garante fidelidade ao Direito, mas, certamente, tende a favorecê-lo¹⁸³.

¹⁸¹ Neste sentido, Humberto Ávila, afirma que "Costuma-se afirmar que a consideração de todas as circunstâncias do caso concreto, apesar das circunstâncias selecionadas pela regra legal, é algo necessariamente positivo, e a consideração das circunstâncias selecionadas pela regra legal, apesar das circunstâncias do caso concreto é algo necessariamente positivo. Essa concepção, no entanto, desconsidera a imprescindibilidade dos mecanismos de justiça geral numa sociedade complexa e pluralista. Numa tal sociedade, embora os cidadãos possam entrar em acordo abstrato a respeito dos valores fundamentais a serem protegidos, dificilmente concordam com a solução específica para um conflito concreto entre valores. A maioria concorda com a proteção da propriedade, da liberdade, da igualdade, mas discorda com relação aos modos mais justos e eficientes para proteger esses valores. Essa interminável divergência conduz a necessidade de regras, cuja função é precisamente eliminar ou substancialmente reduzir problemas de coordenação, conhecimento, custos e controle de poder. A justiça do mundo real, não do mundo ideal, exige a existência de regras". **Neoconstitucionalismo**..., p. 14.

¹⁸² Afirmamos que as regras devem ser primeiramente aplicadas, em razão do seu caráter presuntivo, pois, como veremos mais adiante, as regras, assim como as razões justificadoras da decisão judicial, podem ser superadas (derrotadas), quando confrontadas com outras normas ou valores jurídicos ou com fatos particulares que afastem a sua incidência.

¹⁸³ MACCORMICK, *op. cit.*, p. 371. É certo que não temos estudos acerca de métodos e técnicas que analisem e valorem a qualidade da argumentação jurídica construída nas decisões judiciais, o que se revela, infelizmente, uma falta grave e insensibilidade dos estudiosos do direito, que lutam pela realização do ideal moral do Estado de Direito. A qualidade da argumentação jurídica é elemento sobremaneira importante para tratarmos das decisões tomadas pelos tribunais superiores, que são os órgãos constitucionalmente responsáveis pela definição do direito, eis que indica a própria qualidade do nosso Estado de direito. As razões justificadas na decisão revelam quais os valores e princípios adotados na resolução do problema jurídico, se a interpretação atendeu a uma coerência normativa e narrativa,

Desta forma, ainda que se possa argumentar que o particularismo seja um ideal justificável para a argumentação e interpretação no Direito, não é possível defender que ele seja o elemento central para o raciocínio jurídico desenvolvido pelos juízes e tribunais, porquanto o recurso e respeito às normas estabelecidas e publicadas oficialmente é uma parte necessária da retórica na justificação no Estado de Direito.

O argumento da democracia representativa reforça esse compromisso, naquilo que diz respeito às normas editadas legislativamente nos Estados democráticos. Nosso Estado de Direito é edificado sob a base da democracia representativa e do princípio da legalidade¹⁸⁴, razão pela qual não compete àqueles que são responsáveis pela aplicação e realização do Direito subverter ou afastar a ordem sem qualquer razão qualificada para tanto. Tampouco lhes compete impor uma percepção moral individualizada ou segmentária sobre aquela juridicizada pelo Estado de Direito¹⁸⁵.

A decisão particularista, por se fundamentar no juízo de valoração dos fatos relevantes por agentes moralmente virtuosos, apenas pode ser coerente e justificável no interior de uma teoria complexa de justiça substantiva, bem como no interior de uma concepção privatística do processo, na qual o objetivo deste se reduziria apenas à resolução da controvérsia concreta, não lhe interessando a função pública de contribuição para com a estabilização e continuidade da ordem normativa¹⁸⁶, como elemento da prospectividade do direito.

Todavia, os argumentos aqui defendidos não implica dizer que neguemos a importância da virtude ética no raciocínio jurídico. Ao contrário, reconhecemos o seu valor, uma vez que a argumentação jurídica, tal como construída hoje no estágio do

bem como se observou as consequências jurídicas que podem acarretar como elemento de escolha para aquela decisão e não outra. Tudo isso como forma de indicar princípios de uma boa decisão e, mais importante, como forma do Estado dar boas razões para suas ações, evitando a arbitrariedade.

¹⁸⁴ Nesse sentido é o que está prescrito no art. 1º e art. 5º, inciso II, da Constituição Federal de 1988.

¹⁸⁵ “Meu dever de juiz talvez seja materializar em lei não as minhas aspirações, convicções e filosofia pessoais, mas as aspirações dos homens e mulheres do meu tempo”. CARDOZO, Benjamin N. **A natureza do processo judicial**. Tradução de Silvana Viera. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 128.

¹⁸⁶ Com relação ao papel da decisão judicial no sistema, Taruffo afirma que “la decisione giudiziaria non è un microcosmo chiuso o una monade che trova solo in se stessa le sue ragioni ed esaurisce sol in se stessa i suoi effetti. Se così fosse, ci si troverebbe di nuovo nella specifica e particularista soluzione del singolo caso, che ben potrebbe essere assolutamente arbitraria. (...) Ciò equivale a dire che l’attività creativa posta in essere dal giudice non si esaurisce in atti decisorii singoli ed isolati, ma deve ricongiungersi – per risultare accettabile – a parametri di ordine più generale in qualche senso esterni rispetto al contesto specifico della singola decisione”. TARUFFO, Michele. *Legalità e giustificazione della creazione*

pós-positivismo¹⁸⁷, não pode ser propriamente concebida em termos binários de certo ou errado. Mas sim, de melhor ou pior, de mais ou menos persuasivo, argumentação, portanto, que demanda virtudes como sabedoria, humanidade e bom senso do juiz para a escolha da melhor interpretação e aplicação do direito, notadamente nos casos difíceis.

Para ilustrar nosso raciocínio, tomemos em consideração o exemplo das cláusulas abertas e da colisão entre direitos fundamentais. A argumentação jurídica a ser desenvolvida pelo juiz nesses casos dependerá do recurso às regras de ponderação e proporcionalidade, processo decisório que, não obstante tenha a pretensão de estabelecer critérios objetivos para o alcance de uma interpretação coerente com os princípios e valores do sistema jurídico¹⁸⁸, nunca será completamente resolvido por meio de um raciocínio lógico dedutivo (demonstrativo), na medida em que o uso da coerência demanda, ainda que em grau periférico, uma habilidade prática do decisor para a percepção dos elementos relevantes do caso e sua conexão com os elementos universais contidos nas normas jurídicas¹⁸⁹.

giudiziaria del diritto. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. Milano: Giuffrè, ano LV, n. 1, mar. 2001. p. 22-23.

¹⁸⁷ A terminologia “pós-positivismo” aqui empregada no sentido afirmado por MacCormick. No mesmo sentido, o argumento de Albert Casalmiglia, sobre este ponto remetemos o leitor à nota n. 44 do primeiro capítulo.

¹⁸⁸ Quanto à coerência no contexto da justificação da interpretação dos enunciados normativos, afirma MacCormick que “a racionalidade jurídica moderna foca a legalidade em termos de sistema, ou de sua qualidade sistêmica. Sob o Estado de Direito, conformidade com uma norma jurídica significa conformidade com uma norma identificada como membro do sistema jurídico relevante.” Desse modo, neste cenário normativo institucional “a coerência, no seu sentido especificamente normativo, é altamente significativa para esse ideal de sistema”, vez que trabalha na “compatibilidade axiológica entre duas ou mais regras, todas justificáveis em vista de algum princípio ou valor comum”. *op. cit.*, p. 300-301.

¹⁸⁹ O papel que a coerência desempenha na justificação jurídica tem ocupado um lugar central nos estudos contemporâneos da filosofia do direito e é percebido de distintas formas pelas teorias da argumentação jurídica. Amalia Amaya afirma que é possível distinguir entre teorias fortes da coerência, nas quais a coerência é tida como condição necessária e suficiente da justificação jurídica (como a proposta por Dworkin), e teoria débil da coerência, na qual esta é condição necessária, mas não suficiente para a justificação de uma decisão judicial, na medida em que os argumentos de coerência permite identificar um conjunto de decisões justificáveis, mas a escolha entre essas se dá por argumentos consequencialistas (como afirma MacCormick) ou valorações subjetivas (como sustenta Pezzenik). Todavia, embora as teorias coerentistas ampliem o âmbito de aplicação da razão no direito, restringindo sobremaneira a discricionariedade judicial, ao exigir justificações coerentes com os valores e princípios que informam a ordem normativa, a decisão de escolha entre as respostas igualmente coerentes com o direito se dá por meio de um exercício subjetivo, ainda que fundada em argumentos consequencialistas, como propõe MacCormick. Sobre este ponto ver com mais detalhe AMAYA, Amalia. **La coherencia en el derecho**. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2049990>. p. 6-7. Ainda sobre o papel da coerência na justificação das decisões judiciais, ver MACCORMICK, *op. cit.*, p. 247-268.

No juízo de ponderação entre duas razões jurídicas prováveis, que se afiguram corretas para a resolução do conflito ou colisão de direitos, podemos justificar a escolha de uma das razões por meio de um raciocínio persuasivo, expondo as consequências e valores que pesam a favor ou contra, no entanto, ainda que este raciocínio seja assim demonstrável, sempre haverá o espaço do mistério para a escolha de uma razão em detrimento da outra, haja vista que a própria razão encontra em seus limites. Este espaço do mistério, talvez seja ineliminável do processo decisório, ao menos dos casos difíceis (eis que nos casos rotineiros não há discussão quanto à interpretação e aplicação da regra aos fatos ocorridos), pois, ao lado da racionalidade humana existem as emoções e preferências.

Neste sentido, o argumento de Peczenick:

“Como este processo chamado de ponderação de razões vai em cada caso particular? Eu acho que o sentimento de enigma e mesmo de mistério é o resultado de uma moderna expectativa de que todos os problemas são solúveis recorrendo a dados empíricos, lógica dedutiva e indução. Ponderação holística inclui esses três componentes, mas também inclui alguma coisa a mais; notadamente, a percepção de que o sistema de crenças, preferências e raciocínios que emergiu com a ponderação deve ser aceito. Essa percepção é espontânea, imposta por fatos e lógica sozinho. (...) Essa percepção é espontânea, assemelhando-se as emoções morais: a pessoa sente que o sistema trava juntos em vez da mesma maneira como se sente que uma ação é boa ou má. Se a moralidade é uma questão de paixão, tem também uma paixão por razões, ou talvez uma paixão de coerência: sentimos que uma resposta reflexiva, uma base sobre a coerência entre vários atos de ponderação, é superior a um não-reflexivo, irracional palpite. Esse sentimento pode nos enganar? Nenhuma lógica pode responder a isso, mas nós confio o sistema coerente: este é o mistério, mas o mistério não é de forma restrita a moralidade e raciocínio jurídico: é o mistério de todo o conhecimento”¹⁹⁰.

MACCORMICK, Neil. Coherence in legal justification. In: PECZENICK, Alexander et al. **Theory of legal science**. Dordrecht: D. Reidel Publishing, 1984. p. 235-251.

¹⁹⁰ Tradução livre de: “How does this process called weighing of reasons go on in each particular case? I guess that the feeling of puzzle and even mystery is the result of a modern expectation that all problems are soluble by recourse to empirical data, deductive logic ad induction. Holistic weighing includes those three componens but is also includes something more; namely, the insight that the system of beliefs, preferences and reasonings which has emerged from weighing is to be accepted. This insight is spontaneous, enforced by facts and logic alone. (...) This insight is spontaneous, resembling moral emotions: a person feels that he system hangs together in rather the same way as one feels that an action is good or evil. If morality is a matter of passion, one has also a passion for reasons, or perhaps a passion for coherence: we feel that a reflective answer, one based on the coherence of several acts of weighing, is superior to a non-reflective, irrational hunch. Can that feeling deceive us? No logic can answer this, yet we trust the coherent system: this is the mystery but the mystery is by no means restricted to morality and legal reasoning: it is the mystery of all knowledge” PECZENICK, Aleksander. Particulars and Universals in legal justification. In: BANKOWSKI, Zenon; MACLEAN, James (ed). **The universal and the particular in the legal reasoning**. Aldershot: Ashgate, 2006. p. 200.

Daí a importância do debate sobre a ética da virtude, de como ela deve ser compreendida e realizada no contexto do raciocínio jurídico desenvolvido no âmbito dos tribunais, o que reflete na atual discussão sobre o papel da moral na conduta do julgador¹⁹¹.

Discordamos, entretanto, quanto ao papel central destinado à virtude no raciocínio jurídico, pois, perfilhamos a teoria que entende que sua atuação equipara-se a de um verdadeiro guia do julgador nos casos difíceis (como a sabedoria de Salomão), mas nunca como substitutivo das regras¹⁹². Porquanto, o problema posto nas disputas jurídicas se trata da aplicação das normas e da identificação de qual o sentido dessas na resolução do caso, ou seja, trata-se de definir o direito e seu alcance, tarefa que deve ser feita em atenção à universalidade.

2.2.1 O espaço dos particulares no raciocínio jurídico

Mostramos nos parágrafos precedentes as razões para não se ter a virtude como elemento central da justificação da decisão judicial. Mas, e quanto aos particulares, qual sua real importância e papel no processo de tomada de decisão judicial?

¹⁹¹ Ver SOLUM, **Virtue Jurisprudence...**, Neste trabalho, Solum argumenta a favor do retorno de uma teoria jurídica centrada na virtude e na justiça, virtude entendida como uma habilidade prática (uma forma de "phronesis") do julgador para a aplicação das regras de acordo com os fatos relevantes do caso particular. Nesse desiderato, expõe o que considera ser vícios judiciais (como a covardia, a incompetência, corrupção mau temperamento, loucura) e virtudes naturais (o oposto dos vícios), as quais ao lado da justiça (virtude cardinal do julgador) devem ser o guia para a tomada de decisão num contexto particular.

¹⁹² MACCORMICK, **Retórica e o Estado de Direito...**, p. 104-116. Segundo Amalia Amaya, MacCormick parece ser simpático a esta visão sobre a justificação jurídica. Isso porque nos casos fáceis, MacCormick entende que basta uma justificação em que o juiz mostre que a conclusão deriva da aplicação das regras legais, num processo deducionista. No entanto, quando nos casos em que aplicação do direito torna-se problemática (por causa de problemas de interpretação, a relevância de prova, ou classificação) um juiz precisa da "sabedoria de Salomão", isto é, a capacidade de julgamento prático, um sentido moral que lhe permite fazer um acórdão dirigido as suas particularidades. As virtudes são essenciais, nessa visão, na medida em que são fundamentais para justificar decisões em casos difíceis, mas funcionam como auxiliares na justificação legal, e não como substitutas de regras. **The role of virtue in the legal justification...**, p. 10-12.

O argumento do particular, ao lado da virtude, é tido como elemento estruturante da teoria intuicionista (aretaica) no raciocínio jurídico. A identificação dos fatos materialmente relevantes do caso, que se dá por meio de um processo exaustivo de descrição e interpretação, aparece naquela como a própria deliberação para se formar as razões justificadoras da decisão. É este alcance e relevância pretendidos pela abordagem particularista que refutamos.

Para melhor exposição e defesa dos nossos argumentos, faremos duas distinções necessárias. A primeira, concernente à função que os particulares exercem no raciocínio jurídico desenvolvido no processo de tomada de decisão judicial e nos demais procedimentos previstos dentro do sistema jurídico¹⁹³. A segunda, referente aos diferentes papéis assumidos pelos particulares dentro do raciocínio jurídico formado no processo de tomada de decisão judicial.

Primeira distinção. Nossa ordem normativa institucional está fundada sob o princípio do Estado de Direito, o que implica dizer que o modelo de tomada de decisão adotado pelo nosso sistema judicial deve ser aquele baseado em normas jurídicas e não na percepção individual dos fatos relevantes de cada caso.

Ocorre que em determinado setores do nosso ordenamento jurídico, alguns desses valores podem não ser favorecidos por uma tomada de decisão restrita às regras. Isto não é em absoluto implausível e se explica em razão das peculiaridades sociais, econômicas e políticas de determinados setores e segmentos de nossa comunidade política, bem como da própria falibilidade do funcionamento do sistema de justiça. Como exemplo, tomemos o sistema da equidade, o procedimento do júri¹⁹⁴, o crescente uso de meios alternativos de resolução de conflitos como a arbitragem, mediação e conciliação e a experiência da justiça leiga.

Estes são uns poucos entre outros exemplos de formas de tomada de decisão previstas no sistema jurídico que dificilmente poderiam ser caracterizadas como

¹⁹³ SCHAUER, Frederick; SPELLMAN, Barbara. **Legal reasoning**. Virginia Public Law and Legal Theory Research Paper n. 2012-09. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract>. p. 5-6.

¹⁹⁴ SCHAUER, **Must be virtue particular...**, p. 5-15. Neste artigo, Schauer aborda a concepção particularista da virtude ética defendida por Ho, que argumenta que a decisão tomada no procedimento do júri é essencialmente particularista, porquanto cabe as razões são baseadas na percepção e atenção dos jurados sobre os aspectos particulares de casos particulares e, especialmente, sobre as características particulares de ambos os réus e para as vítimas de crimes.

fundamentadas em normas. O método de resolução desses casos fundamenta-se substancialmente na flexibilidade e na particularidade¹⁹⁵.

Quer isto dizer que os particulares assumem um papel central neste raciocínio jurídico, pois a decisão tomada se justifica de acordo com os fatos relevantes e circunstâncias peculiares de cada situação. Aqui interessa ao decisor a análise minuciosa de todos os elementos fáticos e circunstâncias, haja vista que não estão presos à interpretação e classificação de fatos já descritos no predicado fático de uma determinada norma.

Tais procedimentos, embora não sejam regulados em sua totalidade por normas, na medida em que estas apenas autorizam e legitimam sua a institucionalização, desempenhando um papel periférico de orientação de conduta e controle de atuação do decisor, possuem um alto valor para a perfectibilidade do nosso Estado de Direito, ao contrário do que possa parecer. Este valor se realiza na possibilidade de oxigenação e renovação das regras jurídicas, ao permitir a interface entre os universais (regras) e os particulares. E com isso permitir a entrada da autonomia individual no sistema heterônomo que é o direito¹⁹⁶.

Entretanto, os particulares não possuem o mesmo alcance e função no raciocínio jurídico desenvolvido pelos juízes no processo de tomada de decisão judicial. Neste modelo, as razões que justificam a decisão devem ser fundamentadas nas normas vigentes, como demonstrado.

Segunda distinção. Dentro do próprio processo de tomada de decisão judicial verificamos que os particulares assumem diferentes graus de importância. Ou seja, um exame mais aprofundado das características institucionais que envolvem o processo judicial mostra que a justificação da decisão envolve duas etapas de deliberação, nas quais os particulares são chamados a exercerem papéis distintos.

¹⁹⁵ SCHAUER, *Las reglas en juego...*, p. 68.

¹⁹⁶ "Much research shows that by and large systems of lay justice and juries operate within the parameters of the official justice system. But this is not to say that lay justice is thereby subverted. Rather, one could see the whole things as one, with the lay elements as the opening to the outside providing a constant stream of potential input. The same could also be said of juries. They have often been thought of as a way of injecting 'lay acid' into the system as much as instruments for arriving at the truth of the matter. (...) The lay elements could be seen as ways of randomly stopping the inexorable universal logic of the law and forcing the court to reconsider, to reconfigure the system in the event of a decision that seems to subvert the system". BANKOWSKI, Zenon. In the judgment space: the judge and the anxiety of the encounter. In:

Temos duas etapas de deliberação judicial, porquanto a justificação na decisão judicial não se refere unicamente à interpretação e aplicação das normas jurídicas aos fatos, a justificação igualmente refere-se à interpretação sobre os fatos¹⁹⁷. Como afirma MacCormick “pessoas que não questionam a existência de uma lei *Se p, então q*, nem qual seja sua interpretação correta, bem podem questionar se *p* ocorreu ou não¹⁹⁸” (grifos no original).

A justificação sobre as questões de fatos reclama um papel acentuado dos particulares. Esta é uma deliberação que tem por objeto averiguar a comprovação dos fatos relevantes de um caso singular, ou seja, de estabelecer verdades presentes sobre fatos passados. Uma típica atividade de impressão do juiz acerca da oitiva e leitura das provas. Nesse juízo, a justificação se centra nas razões dadas nas conclusões inferidas a partir das provas e das normas que determinam o que constitui ou não prova, na medida em que os fatos não são apresentados como evidentes.

Desse modo, a forma como será conduzida a audiência de oitiva das testemunhas, quais perguntas serão abordadas, dependerá muito da habilidade prática do juiz em perceber o estado dos fatos e das pessoas, e cada audiência realizada será única, eis que todas as ações e decisões aí tomadas dependerão das circunstâncias peculiares ao contexto particular. Competirá ao juiz a colheita de todos os elementos de prova que se fizerem pertinente para a elucidação do caso e formação do seu convencimento.

A justificação sobre a interpretação dos fatos descreve o processo de tomada de decisão de competência dos juízes de primeiro grau de jurisdição e, em menor grau (função residual), dos tribunais de segunda instância, e está diretamente relacionada com a realização dos princípios jurídicos da oralidade, do imediatismo, da livre valoração das provas e convencimento do juiz¹⁹⁹.

BANKOWSKI, Zenon; MACLEAN, James (ed). **The universal and the particular in the legal reasoning**. Aldershot: Ashgate, 2006. p. 39.

¹⁹⁷ “Come ha messo in lluce con particolare chiarezza l’analisi ermeneutica della decisione giudiziaria, la scelta della norma applicabile e la determinazione del suo significato avvengono in diretta conessione dialettica con l’individuazione dei fatti giuridicamente rilevanti; d’altra parte, questa determinazione dei fatti avviene in funzione della norma che il giudice ritiene applicabile e del significato che alla norma viene assegnato”. TARUFFO, *op. cit.*, p. 13.

¹⁹⁸ MACCORMICK, **Argumentação jurídica e teoria do direito...**, p. 112.

¹⁹⁹ “Anche nell’apprezzamento delle prove il giudice gode – negli ordinamenti moderni ispirati al principio della libre valutazione – di un potere largamente discrezionale, il cui esercizio si fonda – o dovrebbe

E, em razão deste caráter justificatório eminentemente particular, é que podemos afirmar que a resolução das questões de fato não faz precedente. Noutros termos, não obriga o juiz, por uma exigência de imparcialidade, a tomar as mesmas medidas para a descoberta e interpretação dos fatos em outro caso. Aqui, a singularidade do caso é que desvela ao juiz as possibilidades e necessidades de colheita de provas.

Como John Bell afirma na tomada de decisão sobre os fatos a justificação tem um papel limitado, especialmente quanto à própria determinação desses. Pois, desde que o decisor atue de acordo com as regras probatórias, a interpretação real dos fatos é uma questão de julgamento baseado na experiência²⁰⁰. O que não afasta o dever da aplicação da coerência pelo juiz na justificação das inferências sobre as questões de fato, como forma racional de sustentar a verdade provável sobre fatos e eventos ocorridos no passado²⁰¹.

No entanto, o mesmo não pode ser dito com relação à justificação concernente à interpretação e aplicação da norma jurídica. A razão que justifica a decisão tomada nesta etapa da deliberação judicial não depende dos fatos relevantes, estes já foram acertados no juízo deliberativo antecedente, nas hipóteses de disputa judicial que envolve questões de fato e de direito, ou, nas disputas em que a questão controversa é

fondarsi – su regole razionali, ma è comunque largamente dependente da scelte che il giudice compie in modo libero da vincoli o condizionamenti normativi.” TARUFFO, *op. cit.*, p. 14.

²⁰⁰ BELL, John. The institutional constraints on particularism. In: BANKOWSKI, Zenon; MACLEAN, James (ed). **The universal and the particular in the legal reasoning**. Aldershot: Ashgate, 2006. p. 50. Para uma análise ampla do juízo de valoração das provas e accertamento dos fatos, ver, por todos, MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz. **Provas**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

²⁰¹ A coerência na justificação das decisões sobre questões de fato, coerência narrativa como designado por MacCormick, “fornece um teste sobre a verdade ou a provável verdade de proposições sobre coisas e eventos não percebidos. Trata-se do teste sobre a possibilidade de explicar uma proposição dentro do mesmo esquema explicativo que explica as proposições consideradas verdadeiras com base na percepção (...) A história mais coerente entre histórias mutuamente inconsistentes é aquela que envolve o menor grau de improbabilidade por meio de tal teste”. **Retórica e Estado de Direito...**, p. 294. A justificação das inferências concluídas da análise das provas pelo juízo de fato por critérios de racionalidade, como a coerência, é própria condição de validade da decisão judicial, que para ser verdadeiramente justificada deve ser em sua inteireza. Como afirma Michele Taruffo: “No solo la scelta e l’interpretazione delle norme applicate debbono essere sorte da buoni argomenti. Anche il giudizio sul fatti deve essere fondato sugli elementi di prova per il tramite di inferenze logicamente valide e controllabili. La ‘logica del giudizio di fatto’ no è solo uno strumento euristico; essa è anzi principalmente uno strumento di controllo sull’attendibilità del giudizio di fatto. Gli apprezzamenti discrezionali e i giudizi di valore che condizionano la decisione vanno esplicitati e giustificati: standards, criteri, valori, regole d’esperienza e *background knowledges* vanno individuati, enunciati, e se occorre a loro volta giustificati”. (grifo no original). Il controllo di razionalità della decisione fra logica, retorica e dialettica. **Revista de processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano. 3, n. 143, jan. 2007. p. 77.

predominantemente de direito, não importam para a resolução do caso a deliberação do juízo de acerto dos fatos.

A justificação da decisão que soluciona a disputa jurídica refere-se ao alcance e interpretação da norma jurídica aplicada ao caso concreto, é a afirmação da razão pela qual se decide. E, justamente por consistir nas razões que solucionam o problema jurídico, que a justificação deve obedecer ao requisito da universalidade, para que seja considerada em si mesma como uma justificação, bem como para afirmar sua correção²⁰², ponto ao qual retornaremos com mais detalhe no próximo tópico.

Nada obstante, cumpre esclarecer que, muito embora a justificativa sobre a interpretação dos fatos não resulte em precedente a ser seguido, os fatos são importantes para a delimitação do âmbito de aplicação da norma jurídica, ou seja, são imprescindíveis para delimitação do campo de aplicabilidade da razão justificadora universalizável da decisão²⁰³.

Seguindo as distinções propostas para a correta compreensão das funções das justificações na decisão judicial, fica claro que a abordagem particularista se revela importante para o juízo de primeiro grau, na etapa da deliberação da determinação dos fatos.

²⁰² Quanto ao ponto interessante a colocação de Neil Walker sobre a relação do papel que os universais e particulares desempenham no âmbito da justificação da decisão judicial e da aplicação a um contexto específico, delimitado: “So, from a universalist perspective, legal decision making is irreducibly universal in its mode of justification, just as it is irreducibly particular in its context of application, and the two levels should never be confused. Thus, on the one hand, and striking at the heart of strong versions of particularism, it is simply incoherent to conceive of a particular mode of justification. The justification of a legal decision as a right decision is by reference to universal criteria or not at all. But, on the other hand, all species of normative legal theory, including universalist theories, must also concern themselves with the particular context of application and it is the existence of this common challenge that allows for the possibility of a certain, albeit limited, overlap of concerns and responses in both the socio-psychological and the institutional design domains between universalists and particularists.” *The burden of universalism*. In: BANKOWSKI, Zenon; MACLEAN, James (ed). **The universal and the particular in the legal reasoning**. Aldershot: Ashgate, 2006. p. 55.

²⁰³ Segundo Taruffo “il giudizio sui fatti è un aspetto importantissimo della decisione perchè guida e condiziona il giudizio sulle norme in ordine alla decisione finale, ma è a sua volta largamente creativo in quanto l'accertamento del fatto dipende dall'esercizio di importanti poteri discrezionali da parte del giudice”. *Ob. Cit.* p. 15. O professor de Pavia argumenta que a avaliação precisa dos fatos controversos de uma disputa jurídica é uma das três condições necessárias para o fundamento de uma decisão judicial que pretenda ser justa. As outras duas condições exigem que a decisão judicial seja o resultado final de um procedimento no qual sejam respeitadas as garantias processuais e o resultado de uma correta interpretação aplicativa da norma ao caso concreto. Esta última condição implica que a individualização da regra jurídica que fundamenta a decisão tenha ao menos dois requisitos, o da coerência e o da universalidade. Em propósito ver, *Idee per una teoria della decisione giusta*. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. Milano: Giuffrè, anno LI, n. 2. 1997. p. 315.

Já na justificação sobre a interpretação e aplicação das normas jurídicas para a resolução do caso, a abordagem particularista se revela insuficiente para o alcance de um julgamento racional e imparcial.

2.3 A UNIVERSALIZAÇÃO NA JUSTIFICAÇÃO

Toda disputa jurídica surge a partir de um problema que ocorreu num dado caso concreto; as disputas não são abstratas, ninguém vai a juízo reivindicar uma tutela jurisdicional sobre um fato ou problema jurídico que não tenha efetivamente acontecido ou tenha ameaça de acontecer, até porque o judiciário não exerce uma função consultiva, isso cabe a outros setores jurídicos. À exceção temos o processo de controle de constitucionalidade em abstrato das leis, que trata de outra questão, não objeto de nossa pesquisa.

Dessa maneira, o que podemos afirmar como universal (ou universalizável) no caso particular?

Para responder a esta pergunta é necessária a identificação dos tipos de problemas que a prática da resolução de disputas jurídicas envolvem, os quais, em regra, são: a) problemas de prova; b) problemas de classificação; c) problemas de relevância e d) problemas de interpretação²⁰⁴.

Os problemas de prova estão relacionados com a questão da determinação dos fatos, saber se um fato ocorreu ou não²⁰⁵. A exigência desta determinação no processo de aplicação do direito pode ser entregue ao próprio juiz, a um júri, ou outras pessoas dotadas de autoridade para tanto. Os problemas de classificação consistem na relação

²⁰⁴ A classificação dos problemas aqui adotada foi tomada de MACCORMICK, **Retórica e Estado de Direito...**, p. 65-101. Ver também ATIENZA, Manuel. Las razones del derecho. Sobre la justificación de las decisiones judiciales. **Isonomía - Revista de teoría e filosofía del derecho**, n. 1, 1994. p. 52-69.

²⁰⁵ Deixe-se claro aqui que a questão da determinação dos fatos não se refere a busca da verdade da ocorrência dos fatos, da prova sobre o fato a verdade tem como função servir de ideal a ser sempre perseguido pelo juiz na perquirição dos argumentos probatórios, eis que a determinação dos fatos se refere à comprovação das alegações de fato. Ou seja, às partes competem convencer o Estado-juiz da legitimidade das proposições feitas no processo, de acordo com os parâmetros de direito probatório. O objetivo do processo não é a realização da verdade e sim a estabilização dos conflitos jurídicos,

entre o fato acontecido e o que estabelece o predicado fático da norma. Por exemplo, podemos classificar a alimentação forçada como um ato de tortura ou tratamento humano degradante? Os problemas de relevância, por sua vez, aparecem quando existem dúvidas sobre qual norma deve ser aplicada para a resolução do caso concreto. Os problemas de interpretação, por fim, referem-se à dúvida sobre como deve ser aplicada uma determinada norma jurídica, em atenção à coerência que ela deve estabelecer com as demais normas e princípios do sistema.

Delineados os tipos de problemas percebemos sua estreita vinculação com os tipos de justificações apresentados no tópico antecedente, o que nos indica a dizer o que deve ser universalizável no caso particular.

Os problemas de determinação dos fatos (de provas), por exigirem uma avaliação das provas, favorecem uma justificação particularista ao caso e suas vicissitudes²⁰⁶. Nessa linha de raciocínio, MacCormick afirma que “o problema da comprovação dos fatos é um problema voltado para o estabelecimento de premissas menores que sejam de caráter particular, não premissas maiores que sejam universais”²⁰⁷.

Os demais problemas, como classificação, relevância e interpretação, por se referirem, de uma forma ou outra, ao alcance e definição do significado da norma jurídica demandam uma justificação universal ou universalizável.

conforme ensinam Luiz Guilherme Marinoni e Sergio Arenhart. **Manual do processo de conhecimento**. São Paulo: Revista dos tribunais. vol. 2, 2012. p. 261.

²⁰⁶ Quanto à aplicabilidade da universalidade na resolução dos problemas de prova, interessante o argumento sustentado por Manuel Atienza que, ao fim e ao cabo, trata mais da aplicação da coerência na justificação das decisões do que da ideia do universal: “En fin, como antes había sugerido, el principio de universalidad cabe aplicarlo también —aunque MacCormick no lo haga o, al menos, no lo haga explícitamente— a los problemas de prueba. Es obvio que los hechos del caso son siempre hechos específicos (la premisa fáctica del silogismo judicial es un enunciado singular o un conjunto de enunciados singulares), pero cuando existen problemas sobre el establecimiento de los hechos, parece claro que entre las premisas del razonamiento que se utilice tiene que existir —explícita o implícitamente— un enunciado universal. Así, a propósito del ejemplo antes puesto, para llegar a la conclusión de que *Louis Voisin mató a Emilienne Gerard* se necesita presuponer un enunciado de tipo universal (digamos, una máxima de experiencia) que podría formularse así: *Siempre que se den los hechos ‘X’, ‘Y’, ‘Z’, es razonable suponer que ‘A’ causó la muerte de ‘B’*”. ATIENZA, **Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica...**, p. 115. O pensamento de Manuel Atienza em verdade trata mais da aplicação da analogia do que do princípio da universalidade. Quanto ao ponto, interessante o argumento de MacCormick sobre o papel da analogia na resolução dos problemas de classificação de fatos, segundo o teórico escocês: “(...) ao menos que sucedam os mesmos fatores, exatamente com o mesmo peso no respectivo contexto, nenhuma decisão poderia ser um precedente vinculante para qualquer outra”. *op. cit.*, p. 277.

²⁰⁷ **Argumentação jurídica e teoria do direito...**, p. 118.

Uma justificação adequada e conforme com o ideal do Estado de Direito para a resolução destes últimos problemas, portanto, requer que sejam dadas razões que, ainda que sejam circunscritas aos particulares de um caso, sejam universalizáveis, no sentido de que deverão ser razões com pretensão de validade que não se esgote no caso específico em questão. Ou seja, que seja extensível a todos os casos com características semelhantes²⁰⁸.

MacCormick defende que para que uma razão constitua a justificação de uma decisão é preciso que ela seja considerada uma razão pela qual se decida qualquer outro caso análogo. É nesse sentido, portanto, que as razões são e devem ser universalizáveis. Racionalizar a resposta de alguém estabelecendo-a como uma razão em um sentido objetivo é implícita ou explicitamente o mesmo que afirmá-la em termos universais²⁰⁹.

Noutras palavras, a decisão é sempre sobre um caso concreto, pois colhe deste os fatos e argumentos relevantes, mas as razões que a justificam, por se fundamentar em normas jurídicas e por ser uma autêntica regra devem ser universalizáveis.

O universal no caso particular, desse modo, é a razão pela qual se decide uma disputa jurídica, o porquê que resolveu o problema²¹⁰. E assim deve ser, porquanto a razão da decisão é uma autêntica regra jurídica e como tal se dirige a tipos e não a casos particulares. Uma medida de realização da justiça formal que exige que casos semelhantes sejam tratados da mesma forma²¹¹.

²⁰⁸ Neste sentido, Manuel Atienza, analisando a proposta teórica de justificação de MacCormick afirma: “El requisito de universalidad, por cierto, está también implícito en la justificación deductiva. Este exige que, para justificar una decisión normativa, se cuente al menos con una premisa que sea la expresión de una norma general o de un principio (la premisa mayor del silogismo judicial). Por supuesto, cuando se justifica una determinada decisión, *d*, hay que ofrecer razones particulares, *A, B, C*, a favor de la misma, pero tales razones particulares no son suficientes; se necesita, además, un enunciado normativo general que indique que siempre que se de las circunstancias *A, B, C*, debe tomarse la decisión *d*”. ATIENZA, *op. cit.*, p. 116.

²⁰⁹ *Idem.* p. 117.

²¹⁰ MACCORMICK, *op. cit.*, p. 117.

²¹¹ De acordo com Bankowski: “Regras são assim. Para que sejam aplicáveis a todos igualmente, é preciso abstrair as particularidades de cada pessoa e torna-los apenas sujeitos de direito. Fazendo isso, o que acontece é que a pessoa verdadeira é perdida. A categoria jurídica é puxada para o ciclo auto-referencial do Direito e perde sua conexão com a pessoa real”. **Vivendo plenamente a lei...**, p. 187. Com efeito, a categorização no direito, por meio da generalização das regras legais e da universalização das razões na justificação da decisão judicial, nos assegura uma vida ordenada, previsível e igualitária, mas para conseguirmos este ambiente pagamos o preço de, algumas vezes, perder a verificação do particular e da justiça substancial. Nesse sentido, é o argumento de Schauer em favor de um modelo de decisão baseado em regras. **Las reglas en juego...**

Universalizar é um processo que faz parte da vida, pois as coisas, indivíduos e fatos, jurídicos ou não, sempre possuem certas propriedades semelhantes, o que impõe um tratamento uniforme a este conjunto, este universo formado. De acordo com MacCormick, para que “fatos particulares – ou motivos particulares - possam ser razões justificadoras, eles têm de ser subsumíveis a um princípio relevante de ação universalmente afirmado”²¹².

Para MacCormick no campo do raciocínio jurídico a universalização é uma verdade de razão, não só de fato, eis que esta fundada na ideia da racionalidade imparcial do julgador²¹³. Nesta dimensão, o juiz ao decidir uma causa deve atentar para todos os fatos do caso particular e resolvê-lo de acordo com as circunstâncias e regras incidentes. A razão justificadora deve ser aplicável igualmente em outro caso que satisfaça as mesmas qualificações e circunstâncias, porque se a justificação aplicada no caso A não puder ser aplicada no caso semelhante B é porque foi arbitrária e parcial.

O processo, enquanto espaço institucionalizado para a realização do diálogo jurídico entre as partes, entre estas e o juiz e entre este e a sociedade, assenta-se na premissa de um discurso racional e não na reflexão isolada de um só sujeito. Desse modo, o participante da discussão não pode invocar um juízo de valor ou argumento que ele mesmo não esteja disposto a generalizar para outros casos similares²¹⁴. E este é um dado importante porque o discurso jurídico, notadamente a decisão judicial, deve

²¹² MACCORMICK, **Retórica e Estado de Direito**..., p. 131.

²¹³ O autor escocês refuta a teoria intuicionista do julgador como teoria válida para oferecer uma proposta satisfatória de como justificar as decisões de forma objetiva. Entende que ao julgador faz-se importante e necessário a sabedoria prática, mas esta é derivada da experiência acumulada a partir dos processos de decidir e das reflexões dos seus resultados, e não da intuição subjetiva. *Ibidem*. p. 113-115. Quanto a este ponto é a divergência instaurada por Claudio Michelon, como afirmado na nota de n. 14. Para Michelon o desenvolvimento da teoria da prudência se revela importante para complementar a teoria da percepção moral de MacCormick, no entanto, essa sabedoria prática não advém tão somente da experiência do julgador, mas também do desenvolvimento de suas virtudes morais. *Idem*. p. 124-126.

²¹⁴ “Un participante en la discusión no puede invocar un juicio de valor que él mismo no está dispuesto a generalizar para cubrir otros casos similares. Roberto Alexy escribe: ‘Quien desea convencer a todos puede proponer sólo normas que cada qual puede aceptar’. (...) La violación de la regla de universalidade conduce al uso de razones que están solo conectadas con la situación en cuestión. Son, por así decirlo, argumentos ad hoc cuyo poder justificatorio no va más allá de una situación particular. Por esta razón, ellos tampoco satisfacen el requisito de racionalidad”. AARNIO, *op. cit.*, p. 256.

ser capaz de satisfazer as condições da aceitabilidade racional e objetividade, embora nem sempre satisfaça a aceitabilidade subjetiva da parte vencida²¹⁵.

A justificação de uma decisão, como resultado de um diálogo argumentativo, somente terá êxito se tiver convencido o seu destinatário imediato (parte no processo) e mediato (a sociedade) que é correto aceitar a interpretação oferecida, ou seja, que a decisão é racionalmente correta, porquanto justificada em termos universalizáveis²¹⁶.

E é nesse sentido que MacCormick sustenta que a qualidade universal de uma decisão representa o próprio fator de correção desta (correção aqui entendida no seu aspecto formal, não de justiça substantiva). Só podemos afirmar que a prática de uma ação tomada em virtude de certas características é correta, se esta ação for considerada correta em todas as outras situações nas quais as mesmas características se verificarem²¹⁷.

²¹⁵ Melvin Eisenberg ao tratar da função que os tribunais desempenham na nossa sociedade contemporânea (em especial, na figura do raciocínio jurídico do *common law*), marcada pela complexidade, impessoalidade e pluralidade, afirma que um dos princípios estruturantes que governam a forma em que o direito é definido e modificado, bem como que imprime legitimidade à atuação dos tribunais é o da objetividade. Isso porque este princípio impõe ao julgador o dever de resolver a disputa jurídica com fundamento em normas jurídicas que possam ser aplicadas em casos similares e não apenas no interesse das partes imediatas. Segundo o autor: “The principle of objectivity entails several related ideas. One is the concept of impartiality, which requires the courts to be free of ties to the parties. Another is the concept of universality, which requires the courts to resolve disputes by establishing and applying rules that are applicable not merely to the parties to the immediate dispute but to all those who are similarly situated.” *op. cit.*, p. 8-9.

²¹⁶ Quando a questão da correção da decisão judicial é posta em termos racionais, o cumprimento do requisito da universalidade se faz imprescindível, na medida em que oferece as razões de aceitabilidade racional da decisão. A parte pode discordar do resultado, por questões de interesses direcionados na resolução da disputa ou mesmo por interesses de valores pessoais que queria fossem refletidos na interpretação da norma jurídica, todavia, ela aceitará o resultado por ser uma regra geral a ser aplicada indistintamente para todos que se encontrem nas mesmas circunstâncias. À semelhança do que ocorre com a aceitabilidade de uma regra legal, os cidadãos podem até ser contrários, mas a aceitam e obedecem.

²¹⁷ MACCORMICK, **Retórica e Estado de Direito...**, p. 120. Em suas palavras: “Justificar um ato é mostrar que ele é correto. Mostrar que ele é correto é mostrar que, sob qualquer visão objetiva da matéria, o ato deveria ter sido praticado, ou mesmo deve ser praticado, considerando as características do ato e as circunstâncias do caso”. (...) Dizer: é correto fazer *v* porque este é um caso de fazer *v* nas circunstâncias *c* é dizer que ao menos *prima facie* alguém deveria fazer *v* sempre que *c* ocorrer. De fato, isso significa o mesmo que dizer: ‘Se *c* ocorrer, deve-se fazer *v*; *c* ocorreu, logo, deve-se fazer *v*’. *Idem*. p.129-130. Neste mesmo sentido, BAYÓN, Juan Carlos: “Carece de sentido calificar como correcta con arreglo al derecho las decisiones sobre un caso concreto se éste no se considera como al mismo tempo como instancia de una generalización que rige también más allá de este contexto particular. La justificación, por consiguiente, tiene un carácter subsuntivo; y se verdaderamente es posible (es decir, se el derecho no está sencillamente indeterminado), presupones metanormas convencionales de prioridad relativas a casos genéricos, esto es, susceptibles de universalización consistente.” ¿Por qué es derrotable el razonamiento jurídico. **Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho**. Alicante, n. 24, 2001. p. 58. Na mesma linha de raciocínio é o entendimento sustentando por CELLA, *op. cit.*, p. 25-26.

Aplicando este raciocínio no contexto da tomada da decisão judicial, temos que uma decisão apenas pode ser considerada correta se ela puder ser tomada em outra disputa jurídica que apresente o mesmo predicado fático e conjunto de características verificadas no contexto da decisão anterior, de forma a impor as mesmas consequências jurídicas.

A exigência de que o requisito da universalizabilidade seja aplicado no contexto do raciocínio jurídico se explica no fato de esse ser uma modalidade especial, altamente institucionalizada e formalizada, do raciocínio prático²¹⁸. Assim, as regras e princípios de racionalidade prática que guiam este raciocínio, como a universalidade²¹⁹, devem igualmente jogar um papel relevante na justificação das decisões judiciais.

A universalização enquanto critério de correção formal das decisões judiciais se faz tanto mais evidente e necessária no contexto atual de superação da concepção mecanicista de interpretação e de convivência de princípios jurídicos contrastantes entre si que podem conduzir a resultados contraditórios, favorecendo um ambiente de ampla discricionariedade de eleição entre as possíveis respostas judiciais; contribui, portanto, ainda mais para esse ambiente o caráter argumentativo do direito que revela ao intérprete mais de uma solução, igualmente válida, para os problemas jurídicos²²⁰. Isso porque, o requisito da universalizabilidade tem por objetivo racionalizar a argumentação jurídica no espaço onde não existe uma unidade de solução correta para o problema jurídico²²¹.

²¹⁸ MACCORMICK, *op. cit.*, p. 131. Sobre o discurso jurídico como a tese especial do discurso prático geral, ver ALEXY, **Los principales elementos de mi filosofía...**, p. 81-82.

²¹⁹ A teoria normativa da justificação proposta por MacCormick fundamentada no princípio da universalidade é uma declarada manifestação e adaptação ao campo do raciocínio jurídico do imperativo categórico Kantiano. Universalidade, com efeito, expressa um princípio fundamental do raciocínio prático kantiano segundo o qual se deve agir de acordo com critérios que, considerados como corretos, possam voluntariamente ser usados em caso futuros similares. Esta é a primeira formulação do imperativo categórico kantiano: "O imperativo categórico, que enuncia e uma geral o que é obrigatório, pode ser formulado assim: age segundo uma máxima que possa ao mesmo tempo ter valor de lei geral". Para Kant toda máxima que não seja suscetível dessa extensão é contrária à moral. KANT, Emmanuel. **Doutrina do direito**. Tradução de Edson Bini. 3ª ed. São Paulo: Ícone, 1993. p. 39-40.

²²⁰ "Aquí reside la virtualidade fundamental del *principio de universalización*, un principio que responde a la exigência ínsita en toda concepción de la justicia, en cuanto concepción formal, de tratar de igual manera aquello que es igual, y que acaso represente el mejor modo de garantizar la corrección de la decisión judicial cuanto ésta se enfrenta a una pluralidad de soluciones viables." (grifo no original). GASCON, Marina. Igualdad y respecto al precedente..., p. 213-214.

²²¹ "But the requirement of universalizability is particularly evident when judges act discretionarily; that is, when no conclusive or peremptory rules exist when solving a specific case; or which is the same, when all of the legal material available cannot offer the desired right answer. In these cases, here we need to those

Por certo, a universalidade, no contexto do raciocínio jurídico, não é o único critério para a adoção da solução mais correta e racional (não arbitrária), eis que o critério de vinculação à lei também proporciona resultados satisfatórios na resolução dos casos, notadamente os fáceis ou rotineiros, e nos demais ajudam na limitação do espaço discricionário judicial. Todavia, “se parte de que nem o Direito nem as mais refinadas técnicas de interpretação, garantem sempre a aludida unidade da solução correta, resulta ao final (...) que a universalização kantiana constitui a última garantia de racionalidade jurídica”²²².

Deixe-se claro aqui que o controle da atuação jurisdicional por meio do requisito da universalidade não incide sobre os critérios interpretativos utilizados pelos juízes na resolução dos casos, a escolha e manejo desses estão protegidos pela liberdade interpretativa ou de convencimento do juiz, mas sim sobre a correção do modo de julgar. Nesse sentido, Marina Gáscon sustenta que a função do precedente não consiste em alcançar a melhor solução, mas sim a mais racional possível²²³.

A universalidade como critério de correção, ou seja, como critério de verificação da plausibilidade das premissas usadas pelo julgador e da conclusão inferida, favorece o afastamento de seleção de fatores pessoais para o julgamento, pois se o juiz tiver a intenção de favorecer um grupo ou pessoa e para tanto se utilizar de uma premissa X, deverá usar a mesma premissa para resolver todos os casos que se encontrem naquele conjunto de características e circunstâncias. Constituindo, nesta perspectiva, uma verdadeira condição de aceitabilidade da decisão judicial²²⁴.

between different options for a specific problem, it would be said that the Kantian universalizability is almost only one guarantee of rationality”. GASCON, Marina. Rationality and (self) precedent: brief considerations concerning the grounding and implications of the rule of self precedent. [Archiv für rechts- und sozialphilosophie, ARSP. Beiheft, n. 133, 2012. p. 39.](#)

²²² Tradução livre de: “si se parte de que ni el Derecho positivo, ni las más refinadas técnicas de interpretación garantizan siempre esa anelada ‘unidad de solución correcta’ resulta al final (...) la universalización kantiana constituye la última garantía de racionalidad jurídica”. GASCON, **Igualdad y respecto al precedente...**, p. 215.

²²³ Idem. p. 225-226.

²²⁴ Quanto ao critério de correção da decisão, Marina Gascón argumenta, com base no princípio da prática Kantiana, que em um senso jurídico, o princípio da universalidade requer que os juízes e cortes, quando da resolução dos problemas jurídicos, tomem decisões de acordo com critérios e razões que possam ser tomadas nos futuros casos análogos, sob pena desta decisão ser considerada como moralmente inaceitável. “It is therefore an extremely formal ethical principle which binds all case: a non universalizable decision could not be considered morally acceptable.” **Rationality and self precedente...**, p. 39.

A imparcialidade aqui, bem vistas as coisas, é a outra face da igualdade. Não existe no sistema jurídico um princípio ou valor que afirme que o juiz deve decidir os casos semelhantes de forma diferente, que cabe a ele escolher os fatores que acha relevantes em cada caso, os quais podem estar afetos às questões e valores pessoais ou favorecimentos. O juiz deve definir a interpretação de uma norma jurídica e resolver a disputa de acordo com os valores morais e jurídicos do tempo e espaço que identificam a comunidade para a qual presta o serviço.

Do ponto de vista da argumentação, uma ideia há que ser esclarecida. O processo da justificação universalizável requer que o espaço argumentativo seja limitado pelas exigências do Estado de Direito e legalidade (legalidade aqui entendida no sentido amplo, na qual se incluem os princípios e valores jurídicos). Esta limitação se faz necessária para que possamos ter um espaço factível de resolução das disputas jurídicas em termos determinados e finais²²⁵.

Do ponto de vista da prática jurisdicional, a razão universalizável exige do juiz um ônus de grande importância, que é o de formular uma justificação específica e expressamente afirmada. A necessidade de objetividade e clareza na construção da proposição normativa universal se faz imprescindível para uma coerência e real previsibilidade do que seja o direito definido pelos tribunais. Caso contrário, se a prática dos tribunais insistir na formulação de razões justificadoras controversas ou confusas, a tutela da previsibilidade, da igualdade e da imparcialidade não passará de uma categoria de referência ilusória²²⁶, porquanto a regra judicial incorrerá no mesmo caráter indeterminado da regra legislada.

Assim, compete aos juízes e tribunais superiores transformar o julgamento em uma razão acessível ao público, aos potenciais litigantes que têm o dever de saber como se orientar em seus atos na sociedade. O julgamento, neste sentido, deve expor suas razões de forma a deixar suficientemente claro quais foram os fatos abordados, as

²²⁵ “O fato de que as justificativas precisam se circunscrever às regras jurídicas reduz o campo de argumentação entre as partes e da própria deliberação judicial. É isso que faz com que o uso de instituições jurídicas como agências de solução de disputas seja prático e conveniente, pois tal uso requer que as partes delimitem o conflito dentro de termos controláveis e restrinjam, minimamente, o âmbito das soluções justificáveis”. MACCORMICK, *op. cit.*, p. 200.

²²⁶ Este é um problema que a prática dos tribunais deve evitar ao máximo, se quisermos legitimar e construir um verdadeiro sistema de confiança justificada. Sobre o conceito de *ratio* como uma categoria

questões jurídicas debatidas, a forma e porquê foram resolvidas de determinado modo. Sem isso, a missão institucional de definição jurisdicional dos direitos restará frustrada.

Contudo, há que se deixar claro que dizer que a proposição normativa de uma decisão deve ser universal não significa afirmar que deve ser absoluta. Esta limitação da universalidade é reconhecida, em face da diversidade e complexidade do mundo prático e da vida social. Ou seja, outros casos, que à primeira vista aparentam as mesmas características daquele em que foi formada a proposição normativa, poderão apresentar fatores ou circunstâncias adicionais, que não foram consideradas na decisão, ou mesmo apresentar fatores que contrapõem o resultado obtido naquelas razões justificadoras, de modo tal que a decisão se torna inapropriada para a resolução do novo caso²²⁷.

Desta forma, o novo caso se apresenta como exceção àquele universo, devendo ser analisado e julgado diante de outros fatores e circunstâncias, obtendo novas razões do decisor. Todavia, a exceção não implica uma justificação particularista, não, as razões aqui igualmente deverão obedecer à lógica universalizável, ou seja, deverão fazer da exceção um outro conjunto universal. Nessa linha, MacCormick afirma que: “Nós teremos que estar lidando com algum conjunto adicional de relações que, a seu turno, se repetido, será utilizado para justificar a mesma exceção em um caso futuro semelhante”²²⁸.

A necessidade de se aplicar a qualidade universal no tratamento da exceção milita em favor do postulado da coerência que

“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

de referência ilusória ver STONE, Julius. The ratio of the ratio decidendi. **The modern law review**. Vol. 22, n. 6, 1959. p. 597-620, ver em especial p. 615-620.

²²⁷ “A variedade de circunstâncias humanas é tal que nunca podemos estar absolutamente certos de termos antevisto cada possibilidade, o que significa que estar abertos a surpresas (e a responder a elas de forma inteligente) é uma simples questão de sabedoria prática. Ninguém deveria contentar-se com a certeza *ex ante* de ter encontrado a regra da decisão perfeita e completa, capaz de estabelecer cada qualificadora concebível e cada condição capaz de modificar as conclusões quanto ao seu objeto”. MACCORMICK, *op. cit.*, p. 117 e 124.

²²⁸ *Idem*. p. 120.

considerados na hipótese normativa que justifiquem a formulação de uma exceção ou não-aplicação das consequências jurídicas ao caso concreto”²²⁹.

O caráter derrotável da proposição normativa universal, nesta dimensão, apresenta uma resposta ao espaço limitado da argumentação jurídica e à pretensão de factibilidade do processo de tomada de decisão. Uma disputa jurídica trata de um conflito entre dois polos litigantes, que possuem pretensões opostas para a resolução de um problema jurídico. Neste cenário, as partes sustentam todos os argumentos que entendem pertinentes para o acolhimento de suas respectivas teses, cabendo ao juiz analisar com cuidado cada argumento, além daqueles que vislumbra como possíveis, para se chegar à melhor interpretação da norma jurídica do caso concreto. Ocorre que, por uma questão de limitação do próprio campo da argumentação, nem todos os argumentos postos para apreciação serão analisados exaustivamente, tampouco conseguirá o juiz cotejar esses com o conjunto possível de fatos relevantes (e suas variantes). Exigir o exercício desta tarefa tornaria a tomada de decisão uma prática inacabável.

Assim, como uma decisão deve ser dada, e dentro de um processo de raciocínio factível, a razão justificadora universalizável deve ser formulada em atenção e respeito a estes limites variantes dos fatos e argumentos jurídicos discutidos. A ideia da universalidade se fundamenta na concepção da racionalidade, e como tal, admite como resultado de suas operações quase-certezas, sujeitas à revisões²³⁰.

Qualquer outra variante na premissa fática ou normativa debatida implica uma reanálise do caso, seja para a inclusão deste novo particular na proposição universal formada, seja para a criação de outro conjunto universal²³¹. Veremos esta questão com mais atenção no tópico 2.4.

²²⁹ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. **Teoria do precedente judicial. A justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais**. São Paulo: Noeses, 2012. p. 274.

²³⁰ MACCORMICK, *op. cit.*, p. 121-126.

²³¹ A razão universalizável por ser derivada diretamente dos argumentos e fatos debatidos no caso concreto está sujeita à revisão ou ampliação quando da apresentação de novos fatos particulares e argumentos jurídicos, impõe a necessidade de se repensar a regra da eficácia preclusiva da coisa julgada, prescrita no art. 474, do CPC, segundo o qual “passada em julgado a sentença de mérito, reputar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e defesas, que a parte poderia opor assim ao acolhimento como à rejeição do pedido”. Ora, a tese do julgamento implícito presente nesta regra não se coaduna com a ideia da regra do precedente que é circunscrito a um espaço de argumentação delimitado. Considerar que todas as alegações e defesas que poderiam ter sido formuladas reputam-se arguidas com o trânsito em julgado da decisão nega o objetivo de desenvolvimento do direito judicial

O requisito da universalidade está diretamente relacionado com a ideia da racionalidade e da imparcialidade, enquanto tradução da exigência prática de que os juízes devem universalizar suas próprias decisões. Desse modo, qualquer sistema jurídico que jure fidelidade ao princípio do Estado de Direito e à democracia está obrigado a adotá-la.

O respeito ao princípio do Estado de Direito é o fundamento estruturante da argumentação de Jeremy Waldron para justificar a necessidade do *stare decisis* nas decisões judiciais²³². Para Waldron o Estado de Direito exige a generalidade no trato das normas jurídicas, sejam estas de ordem legislativa ou judicial. No caso das decisões judiciais, não obstante estas sejam ordens específicas na resolução de disputas particulares, o raciocínio jurídico tomado na emissão da ordem específica deve se basear em normas gerais. Isso porque a decisão judicial deve ser apresentada como resultado da deliberação de normas gerais e não de normas elaboradas por uma pessoa particular. Generalidade esta que confere o elemento da impessoalidade na administração pública da justiça, na medida em que as decisões são tomadas por juízes que trabalham como partes integrantes de um corpo institucional coerente e estável²³³.

Nessa linha de raciocínio, o argumento de que pertencemos a um sistema derivado do *civil law* carece de qualquer fundamento. Tanto é assim que os principais

pretendido pelo precedente. Ponto, portanto, que necessita novo olhar. Professor Luiz Guilherme Marinoni, ao estudar com afinco os precedentes judiciais e sua recepção no direito brasileiro destacou essa questão e afirmou a incompatibilidade da eficácia preclusiva para a fundamentação do precedente, devendo vale apenas para a regra individual do caso concreto. Ver, **Precedentes obrigatórios**, *op. cit.* p. 450 e ss.

²³² Jeremy Waldron sustenta que a adoção do princípio do *stare decisis* necessita de justificação, eis que este princípio não é aceito de maneira uniforme por parcela da doutrina norte americana, bem como implica custos de elevado valor em termos de justiça substantiva e eficiência de más decisões. Nesse desiderato, então, considera um subconjunto de argumentos que entende ser suficientes para justificar o *stare decisis* em um Estado de Direito, como forma mesmo de garantir a realização e estabilidade deste ideal da nossa moralidade política. Argumentos estes que se traduzem na previsibilidade, na generalidade e na consistência, sendo que a generalidade é o principal deles, porquanto é o princípio que tutela a justiça de acordo com o direito e não com a vontade particular de juízes isolados em si mesmos. De modo que os precedentes se apresentam como um dos principais mecanismos de promoção da generalidade na aplicação das normas, contribui decisivamente para a realização do Estado de Direito. **Stare decisis and the rule of law**..., p. 2-9. Sobre a finalidade e o funcionamento do princípio do *stare decisis*, ver CONNORS, Jordan Wilder. Treating Like Subdecisions Alike: The Scope of Stare Decisis as Applied to Judicial Methodology. **Columbia Law Review**, v. 108, apr./2008.

²³³ A ideia da generalidade proposta por Waldron é similar à ideia da justificação universalizável de MacCormick e tem o mesmo objetivo, qual seja, a realização e tutela do ideal político do Estado de Direito. *Idem.* p. 15-29.

teóricos da argumentação jurídica que se debruçaram sobre o problema e estudo da justificação das decisões judiciais e da necessidade de controle da arbitrariedade das razões, em conformidade com as regras e princípios que presidem a argumentação prática, são de países em que os sistemas jurídicos estão vinculados à tradição do *civil law*, como Robert Alexy e Neil MacCormick, assim como seus seguidores, como Manuel Atienza, Marina Gascón, entre outros.

Por isso, fica fácil, e até óbvio, perceber que o nosso Estado Constitucional de Direito, ao adotar o modelo universal de justificação das decisões, adota a prática de seguir precedentes. “A racionalidade do sistema de precedentes depende dessa propriedade fundamental da justificação normativa, dentro de qualquer moldura justificatória: sua universalizabilidade”²³⁴.

Seguir precedentes é uma exigência do raciocínio humano prático, porquanto não existe nenhuma justificação racional para uma prática social sem uma aplicação imparcial e universal das regras jurídicas, uma aplicação igual das regras para todos os cidadãos que se encontrem diante de casos práticos semelhantes²³⁵.

Neste ponto do trabalho, uma objeção pode ser suscitada: ora mais é claro e até intuitivo a justificação particularista dos fatos e universalizável quanto à interpretação e definição do alcance das normas jurídicas num sistema jurídico construído sob a base do Estado de Direito. A objeção é correta eis que a teoria normativa da justificação universalizável é simples e óbvia. Entretanto, o problema

²³⁴ MACCORMICK, *op. cit.*, p. 120. Thomas Bustamante argumenta que: 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 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. *op. cit.*, p. 268. No mesmo sentido, José Cella sustenta que: “A ideia de precedente, em que deva ser aplicada a universalização, é a de comprometimento com as próprias decisões. É particularmente no auto-precedente que a regra da universalização proporciona um fundamento claro e compreensivo. Com efeito, a adoção de soluções uniformes por parte de um mesmo aplicador do Direito constitui exclusivamente uma regra de racionalidade cujo único fundamento reside na exigência de justiça formal que se traduz no requisito da universalização. CELLA, *op. cit.*, p. 23-24.

²³⁵ Quanto ao ponto interessante a crítica feita por MacCormick, quando chama a atenção de que um entendimento adequado dos precedentes exige uma teoria adequada da justificação. Em suas palavras: “Afirmar que a decisão judicial que firma o precedente serve como justificativa para uma nova decisão tem um a grande importância. É na condição de justificativas para decisões que os votos dos juízes são normativos, e apenas sendo normativos eles podem guiar a interpretação. Dessa maneira, parece duvidoso que um entendimento adequado do precedente (sua fonte) possa existir sem uma teoria adequada da justificação”. *op. cit.*, p. 192.

reside no modo como a questão é enfrentada pela literatura jurídica que complica ao máximo a compreensão e compatibilidade da adoção de um sistema de precedentes vinculantes no direito brasileiro. E aqui nos valemos do *insight* de MacCormick quanto à obviedade da sua teoria: “existe o seguinte mérito numa afirmação do que é simples e óbvio: ela pode indicar caminhos para respostas a questões que deixaram perplexos aqueles que as enfrentaram de modo mais complicado”²³⁶.

Antes de encerramos este tópico uma advertência há que ser feita. A justificação universalizável tratada aqui se relaciona com o aspecto da correção formal de qualquer decisão judicial. Em outras palavras, a universalização é uma regra formal que opera no plano da racionalidade da argumentação jurídica, “mas que não garante a justiça da decisão, e é por isso um critério apto para o tipo de controle que se projeta sobre o modo de adoção das decisões, e não sobre as regras materiais para a formação das mesmas”²³⁷.

Desse modo, pode-se recorrer ao conceito de justiça formal para argumentar que as decisões sejam fundamentadas de modo objetivo e imparcial, como base para prever como os juízes justificarão suas decisões e o que esperar das consequências jurídicas de suas condutas.

Outro problema, no entanto, é o que se relaciona com a justificação material da decisão, que trata de saber como identificar os melhores critérios interpretativos na escolha entre as proposições normativas universais defensáveis. Colocado em outros termos: o problema trata da questão de se saber como a proposição universal pode ser ela mesma justificada²³⁸.

A resposta para uma disputa jurídica caracterizada como difícil deve ser capaz de restar formuladas em termos jurídicos, “por meio da interpretação de leis ou precedentes, ou de princípios jurídicos desenvolvidos mediante reflexão sobre o Direito como uma ordem normativa coerente”²³⁹. E dessa reflexão, temos como resultado para

²³⁶ **Argumentação jurídica e teoria do direito...**, p. 105.

²³⁷ Tradução livre de: “pero que no garantiza la justicia del fallo, y es por eso un criterio apto para el tipo de control que se proyecta sobre el modo de adopción de las decisiones, y no sobre las reglas materiales para la formación de las mismas”. GASCON, *op. cit.*, p. 226.

²³⁸ MACCORMICK, **Retórica e Estado de Direito...**, p. 133.

²³⁹ *Ibidem.* p. 137: “Decidir um caso e justificar a decisão exige que essa decisão possa ser universalizada ao menos implicitamente, e que possa ser comparada qualitativamente com os méritos de outra proposição universal (ainda que pouco definida) que lhe seja rival”.

a solução do problema jurídico interpretações jurídicas opostas igualmente válidas e sustentáveis, cabendo ao juiz escolher entre boas argumentações, de acordo com as consequências que cada qual implica no sistema jurídico ou de acordo com outros critérios avaliatórios²⁴⁰.

Embora cientes desta segunda ordem de justificação da decisão, o objeto deste trabalho se restringe apenas ao estudo da justificação formal de primeira ordem, eis que o objetivo aqui perseguido é demonstrar que as razões subjacentes das decisões judiciais devem ser aplicadas igualmente para todos os casos que apresentem premissas fáticas e normativas semelhantes, independente de qual seja a escolha qualitativa e razoável da decisão.

E assim escolhemos, não por ser irrelevante o problema da justificação material, ao contrário esta é fundamental e complementar para a compreensão da aplicação do melhor direito e argumentação jurídica. Entretanto, o tratamento desta questão envolve a análise dos problemas referente à escolha de juízos avaliatórios²⁴¹ (teorias de justiça) e sua coerência e consistência com o sistema normativo, o que implica estudos que excederiam e muito nossas pretensões e possibilidades, no momento. Mas assim optamos, por sabermos que não há qualquer prejuízo para a pesquisa aqui desenvolvida, porquanto a exigência da justificação formal é independente da justificação material, no sentido de que a primeira é condição necessária, mas não suficiente para a segunda²⁴².

²⁴⁰ MACCORMICK, *op. cit.*, p. 136-159. Sobre a argumentação fundada em consequências como um critério avaliatório para a escolha entre deliberações jurídicas válidas rivais, ver, por todos, MACCORMICK, *op. cit.*, p. 127-164.

²⁴¹ Sobre a análise dos juízos avaliatório e bases informacionais, a partir das teorias da justiça, interessante o estudo feito por Amartya Sen que, embora tenha tido o propósito de estudar as teorias da justiça como forma de demonstrar qual o juízo avaliatório se adequada para o cumprimento da redução da pobreza e garantia da liberdade, se aplica no raciocínio jurídico que também enfrenta problemas de escolha entre decisões igualmente válidas. SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução de Laura Teixeira Motta. Rio de Janeiro: Companhia de bolso, 2010. p. 78-90.

²⁴² ATIENZA, *op. cit.*, p.111. Sobre o estudo da justificação externa, ver MACCORMICK, *op. cit.*, Capítulos 6, 9 e 10. Nestes, MacCormick argumenta em favor do raciocínio do consequencialismo jurídico como fundamento para a noção de aceitabilidade das decisões judiciais, bem como em favor da coerência e da razoabilidade. Argumentos com os quais concordamos. Todos estes argumentos, juntos com a universalidade, são propostos por MacCormick como um critério geral para a racionalidade das decisões nos problemas práticos e jurídicos. Ainda, sobre a questão do consequencialismo jurídico no raciocínio jurídico, ver SCHWART, Luis Fernando. Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e

2.3.1 O desenho institucional do processo na decisão

Outro argumento que apresentamos a favor do universalismo reside na própria forma como nosso processo civil é desenhado. Ao analisarmos com mais atenção as características das regras processuais concernentes ao julgamento podemos afirmar que o modelo universalista de justificação das decisões judiciais é tutelado, na medida em que o desenho do processo impõe verdadeiros constrangimentos institucionais sobre a abordagem particularista²⁴³.

Como lembra John Bell o processo pode não ser capaz de garantir a tomada de decisão mais correta, na maioria dos casos, mas, seguramente, torna mais provável que a decisão tomada seja a mais apropriada para a resolução do caso²⁴⁴. Ou seja, o processo pode não garantir a decisão correta, até porque a decisão tomada no âmbito de um conflito jurídico sempre será tida por injusta por uma das partes litigantes, mas, seguramente, é o responsável pela estabilização dos conflitos jurídicos.

Nesse desiderato, iremos apontar algumas características institucionais do processo que demonstram não só a importância da justificação da decisão ir além da resolução do caso particular, mas o compromisso da nossa ordem normativa processual com o universalismo²⁴⁵.

A primeira característica consiste no apelo às regras, as quais determinam a moldura na qual se fundamentam os argumentos levantados no litígio pelas partes. Cabe aos tribunais tomar decisões jurídicas sobre disputas jurídicas, desse modo, o

malandragem. **Revista de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Editora Atlas. Vol. 248, 2008. p. 130-158.

²⁴³ Nesse sentido, a proposta do artigo de John Bell, que, a partir da reflexão sobre as características institucionais do processo na tomada de decisão judicial, identifica o papel central que o universalismo assume no julgamento, haja vista que a decisão e o debate de argumentos entre as partes na relação processual tem por fim a produção de uma decisão de acordo com o direito e não apenas autorizado por este, como ocorre no caso da administração pública. The institutional constraints on particularism. In: *The universal and particular in the legal reasoning. op. cit.*, p. 43-47.

²⁴⁴ *Idem*. p. 44.

²⁴⁵ Como bem recordou John Bell: "I take from Onora O'Neill the valuable insight that our commitment to a certain value is reflected in the institutional structures we put in place to realize it and to make corrections when we have failed to realize it. Her concern was with truth, but I think the idea applies equally to universalism." *Idem*. p. 41.

autor, ao ingressar em juízo, deve mostrar ou tentar mostrar que seu pleito pode ser justificado com alguma base jurídica e que essa base tem relevância para os fatos que ocorreram e que envolvem a parte para o qual foi apresentado²⁴⁶.

Para ilustrar o raciocínio tomemos em consideração o exemplo apresentado por John Bell. Um trabalhador pode ter passado por diversas situações de constrangimento no ambiente de trabalho, como também ter várias reclamações e aborrecimentos, contudo estes fatos apenas podem ser sustentados em um pleito jurídico se puderem ser classificados como discriminação. E para conseguir enquadrar seu caso à regra deve provar os fatos relevantes já pinçados pela própria regra²⁴⁷.

As regras, portanto, definem o que é relevante para a resolução do caso. O predicado fático da norma jurídica já seleciona os fatos e circunstâncias relevantes que devem ser demonstrados e a consequência jurídica da sua não observância.

A generalização prescritiva da norma jurídica já impõe um limite à justificação particularista do decisor, que está submetido a proferir uma decisão de acordo com o direito, ou seja, está obrigado a justificar sua decisão de acordo com as normas e não com os fatos particulares que entende relevante.

O que não impede que o juiz num determinado caso concreto, ao considerar um fato relevante ou uma circunstância particular, resolva pela inaplicabilidade da regra, ao argumento de que esta não atende aos propósitos de sua justificação subjacente ou mesmo que não atende a um conjunto maior de interpretação jurídica do sistema. Mas, mesmo nesta hipótese de afastamento (derrotabilidade) da norma jurídica, cabe ao juiz justificar suas razões com maior ônus argumentativo, as quais devem estar fundamentadas em outros valores e princípios jurídicos. Ademais, ao justificar uma decisão excepcionável à regra deve o juiz dar razões que igualmente sejam universalizáveis, criando outro espaço universalizável. Veremos com mais detalhes esta questão no ponto. 2. 5.

A segunda característica institucional refere-se ao direito fundamental ao contraditório. Uma decisão para ser adequadamente justificada deve enfrentar os argumentos levantados por ambas as partes nas suas mais diversas perspectivas. Esse dever de responder aos argumentos levantados pelas partes, bem como de demonstrar

²⁴⁶ MACCORMICK, *op. cit.*, p. 195.

os respectivos pesos na formação das suas razões, acarreta o afastamento da tomada de uma decisão baseada apenas na percepção emocional do decisor²⁴⁸. A justificação da decisão deve estar circunscrita aos argumentos debatidos no campo do jogo. O que inclui também os argumentos e percepções exclusivas do juiz, porque este ao considerar argumentos próprios para a resolução da disputa deve antes debater com as partes, em franca atividade de colaboração para a obtenção da melhor resposta²⁴⁹.

Some-se a este argumento do contraditório a tendência para a qual se encaminha nosso sistema em abrir e pluralizar o debate sobre as questões jurídicas. Como exemplo notório dessa tendência, temos o instituto do *amicus curiae* que potencializa o carácter público da argumentação jurídica e a necessidade do seu controle, no que toca à interpretação e aplicação da norma jurídica, em franco reconhecimento do carácter universal da razão justificadora da decisão judicial, que irradia efeitos para além das partes do processo. Bem vistas as coisas, a função assumida pelo *amicus curiae* reside em examinar o caso concreto do ponto de vista da norma jurídica, a fim de relacionar o caso sob exame com a jurisprudência já consolidada nos tribunais e outros valores jurídicos, bem como pensar e analisar as implicações das soluções jurídicas possíveis para outras disputas jurídicas semelhantes²⁵⁰.

A terceira característica institucional é a possibilidade de correção da decisão. A abordagem particularista defende que as razões que justificam a decisão devem ser buscadas nos fatos relevantes que informam o caso concreto; o decisor, por meio de

²⁴⁷ BELL, *op. cit.*, p. 44.

²⁴⁸ "Hearing all interested parties makes the decision maker accountable to them and forced to test out first impressions, potential bias in terms of the arguments from the other sides of the case. It offers a deliberation process that is open to a variety of perspectives on the question and encourages a consideration of the implications of the decision, not only for the parties in question but also for others." *Idem.* p. 45.

²⁴⁹ Sobre o direito fundamental ao contraditório e o dever de colaboração do juiz e das partes no processo, por todos, MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 646-654. MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil – Pressupostos Sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

²⁵⁰ "If the process of public deliberation already forces the case into a framework of rules, viewed to a large degree from the perspective of the system as a whole, the accountability process of giving justifications also reinforces this universalism. To give justifications also reinforces this universalism. To give justification in a legal context is to engage various levels of accountability: to the parties and their lawyers, to the legal community and to the general public. By opening the decision to inspection in this

sua habilidade prática, é que identificará esses fatos, e não por mero apelo às prescrições normativas. Nessa perspectiva, a possibilidade de correção externa da decisão se torna inviável, porquanto não há parâmetros objetivos para saber se as razões justificadoras, da forma como consideradas, estão certas ou erradas. A parte insatisfeita com o resultado, nesse espaço de julgamento, fica “perdida”, na medida em que não sabe como controlar a plausibilidade das razões²⁵¹. Ora, a parte litigante só tem condições de recorrer se a ela forem oferecidos parâmetros objetivos de controle que indiquem se os argumentos e fatos foram analisados e categorizados de forma adequada. Este parâmetro, por óbvio, só pode ser alcançado por meio das regras. O apelo às regras (primeira característica abordada) é que cria o ambiente institucional para o controle das ações. Dito isto, fica fácil afirmar que a institucionalização de um sistema recursal não favorece a abordagem particularista.

E é nessa direção que nosso sistema recursal está desenhado. O tribunal, ao deliberar de forma colegiada acerca da interpretação e aplicação de uma determinada norma jurídica sobre um delimitado substrato fático, acaba por resolver a disputa para além do caso individual, na medida em que as justificações de um julgamento colegiado imprimem a força de uma regra de conduta, afirmando o parâmetro de resolução para os casos semelhantes futuros²⁵².

O raciocínio do tribunal é voltado para estabelecer uma doutrina jurídica que seja aplicável a todos os casos repetíveis, lançando mão de uma justificação mais

way, the justification forces some consideration of how the particular features of the case fit into a universal standard”. BELL, *op. cit.*, p. 46.

²⁵¹ Ideia semelhante é defendida por Michele Taruffo ao tratar da necessidade do apelo às regras, ou seja, da necessidade de uma decisão reter fundamentação em regras, como forma de estabelecer um controle racional e igualitário das razões do juiz, eis que uma decisão particularista não possibilita qualquer controle externo ante a ilimitada discricionariedade dada ao juiz, não se podendo afirmar o caráter legítimo, ilegítimo, justo ou injusto daquela. Il controllo de razionalità della decisione fra logica, retorica e dialettica. *op. cit.*, p. 66-67.

²⁵² A característica institucional da disponibilidade de recursos para o acesso aos tribunais revela a função de corte de precedentes desempenhada por estes, que tem como função precípua definir e estabilizar as orientações jurídicas sobre a interpretação das normas, o que justifica a exigência do requisito da colegialidade para o debate e formação das razões e a dispensa deste requisito nos casos de precedentes já firmados. Isso vale mesmo para os sistemas derivados da tradição do *civil law*, como o Brasil, na medida em que as questões jurídicas debatidas nos tribunais são objeto de súmulas persuasivas, ou vinculantes para as questões constitucionais, e a possibilidade de julgamento monocrático pelo relator nos casos já decididos. Sobre o duplo papel da justificação nos recursos, correção individual do caso e formação de precedentes, ver BELL, *op. cit.*, p. 47 e AARNIO, *op. cit.*, p. 29-30.

universal possível. E aqui não se trata apenas de uma questão de coerência²⁵³, mas também da sensação de que a decisão de um tribunal deve refletir algo além das opiniões individuais de cada decisor, para refletir a opinião do próprio Estado de Direito²⁵⁴, que tem o dever de tutelar a igualdade entre seus cidadãos e estabelecer o direito.

No entanto, uma objeção aqui poderia ser arguida. Alguém poderia sustentar que o direito ao recurso é informado pelo princípio dispositivo, tanto que é um meio de impugnação voluntário, não existindo no sistema a obrigação de recorrer. Com efeito, a objeção é correta. Mas o que deseja a parte quando recorre? Qual a razão para se reformar uma decisão? Entendemos que a razão reside justamente no desejo da parte em querer que o seu caso seja decidido de acordo com o direito, que a interpretação da norma jurídica atribuída na disputa jurídica que litiga seja aquela que está em conformidade com o que os tribunais decidiram. Ou demonstrar que seu caso apresenta fatos que o distingue da razão judicial estabelecida nos precedentes, e, por isso, merece uma nova resposta, que resolva a aplicação da norma jurídica neste novo predicado fático.

O particular quer ser afirmado como parte do universal, de um lado, e, de outro, quer, com parâmetro neste universal, afirmar que não pertence ao conjunto, devendo ser criado outro universo para ele. Melhor explicando: o direito ao recurso oferece à parte a oportunidade para que seu caso seja julgado de acordo com a razão universalizável formada nos tribunais, de um lado, mas, de outro, permite à mesma parte demonstrar que seu caso não preenche o substrato fático ou jurídico estabelecido no precedente, devendo obter outra razão jurídica, que será a razão para a formação de outro universo excepcionável, como veremos no próximo tópico.

As características aqui referidas ratificam o argumento de que o desenho do processo, tal como institucionalizado na nossa ordem normativa, tutela o valor do

²⁵³ “O uso de precedentes na argumentação jurídica apenas poderá reivindicar coerência se os conceitos e norma gerais empregados na justificação de um caso X puderem ser também empregados na solução do caso Y e de todos os demais que se apresentem como semelhantes nos aspectos considerados relevantes pelas normas adscritas na enunciação das razões ou fundamentos da decisão tomada no caso X”. (grifos do original). BUSTAMANTE, *op. cit.*, p. 275.

²⁵⁴ BELL, *op. cit.*, p. 47.

universalismo na justificação das decisões judiciais, na tentativa de tornar o processo de tomada de decisão o mais racional e imparcial.

2.4 DERROTABILIDADE NO RACIOCÍNIO JURÍDICO: UMA RETOMADA DOS PARTICULARES NO UNIVERSALISMO

A ideia de que a decisão judicial deve ser justificada por uma razão universalizável não induz a pretensão de ser uma razão absoluta. A impossibilidade de alcançarmos uma razão absoluta reside no caráter pragmático dos processos judiciais, na factibilidade da argumentação jurídica deliberada nesses e no conhecimento incompleto do direito.

Desse modo, qualquer aplicação de regras ou de proposições normativas universalizáveis está sujeita a ser afastada à luz das exceções explícitas ou implícitas, arranjo institucional que nos conduz ao estudo da derrotabilidade (*defeasibility*)²⁵⁵.

²⁵⁵ Sobre a lógica aplicável à derrotabilidade (se a lógica deontica clássica é capaz de tratar da derrotabilidade ou se faz-se necessário a mudança dessa lógica para a não monotônica), Serbena explica que: "A derrotabilidade, enquanto teoria lógica, surgiu inicialmente fora da ciência jurídica, no Departamento de Ciência da Computação da Universidade de Columbia Britânica, Vancouver, Canadá, com R. Reiter, e na Universidade de Stanford, Califórnia, Estados Unidos, com John McCarthy, em 1980. O objetivo inicial de ambos os autores foi, no âmbito da inteligência artificial, formular sistemas lógicos que possibilitassem a formulação de linguagens de programação computacional com características mais próximas da forma de raciocínio humano. A principal característica inovadora do trabalho de ambos os autores foi a criação dos chamados sistemas não monotônicos. A lógica clássica e a lógica silogística são monotônicas, no sentido que, de um conjunto de premissas, podemos deduzir um conjunto de conclusões, porém, quando adicionamos novas premissas ao conjunto inicial de premissas, as mesmas conclusões já deduzidas continuam valendo. Uma lógica não monotônica é uma lógica diferente da lógica clássica e da lógica silogística, uma vez que nela, de um conjunto inicial de premissas, deduzimos uma certa conclusão, mas, uma vez adicionada uma outra premissa ao mesmo conjunto inicial, as conclusões já deduzidas não continuam valendo necessariamente. Dependendo da premissa adicionada, ela pode 'derrotar' a conclusão original e proporcionar uma nova conclusão. Esta é a forma de pensar que os seres humanos utilizam na maioria das vezes em que é necessário raciocinar. Geralmente nos baseamos em premissas gerais, porém, estas podem ser facilmente excepcionadas, o que nos força a revisar nossas crenças e extrair novas conclusões. (...). Cerca de uma década mais tarde, nos anos 90 do século passado, alguns lógicos deonticos passaram a utilizar os formalismos de R. Reiter para a representação do raciocínio jurídico. Percebeu-se que o raciocínio jurídico é um típico exemplo de utilização da inferência não monotônica ou do raciocínio derrotável: basta pensar que o magistrado, ao partir de um conjunto inicial de fatos provados, pode mudar radicalmente sua convicção inicial frente a uma nova prova produzida ao final do processo e sentenciar de uma forma contrária à decisão inicialmente formulada mentalmente. Da lógica deontica não monotônica ou derrotável, a derrotabilidade migrou rapidamente para a teoria do direito." SERBENA, Cesar Antonio. Normas jurídicas, inferência e

Uma análise pormenorizada da técnica da derrotabilidade excede em muito os propósitos e possibilidades deste trabalho, razão porque nos basta aqui chamar a atenção para a relação entre o caráter derrotável da razão universalizável e a sua abertura para o diálogo com os particulares no espaço das decisões judiciais²⁵⁶.

MacCormick afirma que o que é relevante na questão da derrotabilidade é que um arranjo jurídico construído com base em regras poder ter uma aparência de validade que, no entanto, pode estar sujeito a algum tipo de intervenção que o invalide, ou seja, que provoque uma exceção²⁵⁷. Dito de outra forma, embora as normas jurídicas e a resolução dos problemas de interpretação destas sejam universais, estão sujeitas à exceção.

A universalidade das razões proposta por MacCormick se fundamenta na ideia de que sob determinadas circunstâncias ou novos argumentos tais razões podem ser contestadas e possivelmente afastadas.

A hipótese mais fácil de verificar esse cenário reside na derrotabilidade expressa, que decorre do fato de que uma disposição legal expressamente prescreve um resultado jurídico condicional. Como MacCormick explica: uma determinada regra sobre um direito X prevê expressamente as condições que devem ser satisfeitas para atribuir X a uma pessoa, no entanto, a mesma regra sujeita a concessão desse direito a algumas exceções ou ressalvas. Desse modo, a formulação das condições em relação a D é feita da seguinte forma: “se as condições c1, c2 e c3 são satisfeitas, então A pode opor D contra B, mas não se B mostrar que existe uma condição excepcional e1”²⁵⁸.

A derrotabilidade expressa, tal como delineada, tem impacto direto sobre as regras da distribuição do ônus da prova, fato que revela o caráter essencialmente pragmático dessa técnica de afastamento da razão universalizável²⁵⁹.

derrotabilidade. In: **Teoria da derrotabilidade: pressupostos teóricos e aplicações**. CURITIBA: Juruá, 2012. p. 14-15. Ver, ainda, ANDREONI, Fernando. **Hermenêutica jurídica e derrotabilidade**. Curitiba: Juruá, 2010. p. 66-74.

²⁵⁶ Sobre os pressupostos teóricos e a derrotabilidade das normas jurídicas, ver, amplamente, ANDREONI, *op. cit.*, p. 53-99.

²⁵⁷ MACCORMICK, *op. cit.*, p. 311.

²⁵⁸ *Idem.* p. 311-312.

²⁵⁹ *Idem.* p. 312. Giovanni Sartor critica esse enfoque essencialmente pragmático da derrotabilidade, tal como tratado por MacCormick, neste sentido afirma que: The aspect which could undergo a critical scrutiny is the direct link which MacCormicks establishes between defeasibility and pragmatics, both the pragmatics of legislative texts (where a defeasible formulation may contribute to clarity) and the pragmatics of judicial decision-making (where defeasibility is connected to the burden of proof). I believe

De acordo com a regra do ônus da prova, regulada no art. 333, do CPC, os elementos presentes no antecedente normativo que concorrem para se determinar um resultado jurídico são divididos em dois grupos: o primeiro, referente aos elementos que precisam ser comprovados (fatos constitutivos); o segundo, referente aos elementos que não devem ser provados (fatos impeditivos, modificativos e extintivos). Dessa maneira, a parte interessada em obter o resultado normativo X tem o ônus de provar os fatos do primeiro tipo (as condições c1, c2, e c3), de modo que não cabe ao autor do pleito mostrar que a situação é excepcional. Por outro lado, compete à parte contrária provar os fatos excepcionais do segundo tipo para invalidar o pleito do autor, ou seja, para afastar a aplicação da norma X ao caso concreto.

Todavia, embora as hipóteses da derrotabilidade expressa representem os exemplos mais fáceis para se perceber a aplicação do afastamento dos universais, essas não captam os casos mais interessantes, que pertencem ao tipo da derrotabilidade implícita²⁶⁰. Existem situações em que uma consequência jurídica, embora declarada de forma explícita na previsão do texto legal, não incide no caso concreto porque o recurso às condições não previstas na referida regra, como os princípios e valores jurídicos, autorizam o seu afastamento²⁶¹. Ou seja, uma regra que *prima facie* se afigura clara e determinada na regulação de uma dada conduta pode se sujeitar a novas interpretações quando confrontada com algum princípio, ou mesmo em face da sua compatibilização com as demais regras do sistema, em algumas circunstâncias relativamente incomuns.

that it is possible to give a broader account of defeasibility which distinguishes three different aspects of it, which I shall consider in the following sections, namely, ontic defeasibility, cognitive defeasibility, and procedural defeasibility. **Syllogism and Defeasibility: A Comment on Neil MacCormick's Rhetoric and the Rule of Law.** EUI-LAW Working Papers. European University Institute (EUI), Department of Law n. 23, 2006. p. 10. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=963324>.

²⁶⁰ Schauer trata da derrotabilidade implícita como técnica de correção equitativa das falhas da decorrentes da generalidade das regras, neste sentido, para o autor: "The key to the idea of defeasibility, therefore, is the potential for some applier, interpreter, or enforcer of a rule to make an ad-hoc or spur-of-the-moment adaptation in order to avoid a suboptimal, inefficient, unfair, unjust, or otherwise unacceptable rule-generated outcome. Sometimes the method of adaptation may be an equitable override by the same or another institution, sometimes it will be the power to engraft a new exception to a rule in order to prevent a bad outcome, and sometimes it will be the modification of a rule at the moment of its application". **Is Defeasibility an Essential Property of Law?** In: Law and Defeasibility, J. Ferrer, C. Ratti, eds., Oxford University Press, 2012. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1403284>. p. 10-11.

²⁶¹ De acordo com MacCormick, mesmo nos casos de derrotabilidade expressa, pode haver derrotabilidade implícita, por trás das exceções explícitas. *op. cit.*, p. 313.

O exemplo muito utilizado pela doutrina para ilustrar o fenômeno da derrotabilidade implícita de uma regra é o do legatário homicida, tratado no caso Riggs vs. Palmer. Os fatos são bem conhecidos: o testador Riggs instituiu como beneficiário do seu testamento seu neto Elmer Palmer, e este com o objetivo de evitar qualquer alteração nos termos do testamento, bem como acelerar o recebimento da herança assassinou seu avô. A regulação jurídica do caso é simples e determinada pela regra sucessória do testamento que prescreve a qualidade de herdeiro do neto Elmer e seu direito a herança. Deste modo, bastava Elmer provar os fatos constitutivos do seu direito: que era neto e que foi instituído como beneficiário no testamento. No entanto, a qualidade de herdeiro foi contestada pelos demais familiares com fundamento no princípio jurídico de quem ninguém deve se beneficiar da própria torpeza, motivo pelo qual a regra, antes clara, deveria ser interpretada à luz deste princípio²⁶².

E foi justamente este argumento que o tribunal utilizou para justificar a limitação da incidência da regra ao caso, em favor de um princípio jurídico mais amplo. Assim, um “arranjo desenhado para atingir certos efeitos jurídicos deixa de operar para atingir tais efeitos por causa da ocorrência de circunstâncias anômalas”²⁶³.

MacCormick entende que a derrotabilidade implícita, e mesmo a atual visão sobre esta técnica, está diretamente ligada ao processo de formulação das regras, na medida em que este não pode e sequer tem como levar em consideração todas as possíveis exceções existentes. A uma, porque seria uma tarefa impossível de se exigir do legislador, a duas, porque se esta fosse exigível, acarretaria consigo o comprometimento da clareza e concisão dos textos legais²⁶⁴.

É certo que o direito precisa ser formulado em termos gerais (universalizáveis), mas as condições genericamente formuladas são sempre capazes de omitir referência a algum elemento que pode se tornar o fato operativo-chave num dado caso

²⁶² SCHAUER, *Las reglas en juego*..., p. 252.

²⁶³ MACCORMICK, *op. cit.* p. 311.

²⁶⁴ *Idem.* p. 315. “A dificuldade de previsão de todas exceções diz respeito à multiplicidade de condições possíveis que surge da interação entre diferentes partes do Direito, entre regras explicitamente editadas ou reelaborações doutrinárias das regras articuladas com seus princípios e valores. Seria extremamente difícil, talvez impossível, tentar uma formulação de todas as precondições concebíveis de validade em cada enunciado de cada regra”. Raciocínio, ressalte-se, desde logo, que se aplica ao precedente, que para ser inteligível deve ser limitado a um universo específico.

particular²⁶⁵. É nesse sentido, então, que a derrotabilidade está conectada com o problema da limitação do conhecimento do direito, seja este formulado na perspectiva do legislador ou do juiz (precedentes).

Na perspectiva da formulação judicial do direito, ou seja, dos precedentes, a limitação do conhecimento do direito se torna mais evidente, na medida em que toda decisão jurídica está limitada a um caso concreto, desse modo por mais que a deliberação sobre a interpretação e alcance da regra tenha pretensão de universalidade, esta abarcará apenas o conjunto dos fatos e argumentos ali discutidos²⁶⁶. Fato que nos autoriza a concluir que o raciocínio jurídico levado a cabo pelos juízes nos casos concretos se apresenta como completo na formulação da razão universalizável, de um lado, e incompleto, por outro, na medida em que não elimina a possibilidade de qualquer imprevisto²⁶⁷.

Outro fator que contribui para a limitação da aplicabilidade da razão universalizável é a questão da referência temporal, elemento inerente a qualquer interpretação. Nessa dimensão, a razão universalizável de uma decisão judicial N exclui a possibilidade de que, dadas suas condições de aplicação no T1 e no T2, ela constitua uma razão em T1 e não em T2²⁶⁸ e, por outro lado, autoriza a aplicação de uma nova razão em T3, eis que as condições neste podem revelar outras circunstâncias e valores jurídicos que demandam nova decisão.

Desta forma, a razão universalizável justificadora de uma decisão judicial se mostra completa para a resolução de todos os casos semelhantes, todavia como o caráter prescritivo dessa razão é o produto necessário e suficiente da deliberação do conjunto dos argumentos, fatos e defesas debatidos no caso X, está sujeita a qualquer exceção expressa ou a fatos excepcionadores (*defeating factors*).

²⁶⁵ Ibidem.

²⁶⁶ Ressalve-se o controle abstrato de constitucionalidade das leis, previsto no ordenamento jurídico brasileiro, notadamente, em razão da chamada “causa de pedir aberta” das ações de controle principal de constitucionalidade.

²⁶⁷ Na resolução de um caso concreto temos interesse prático em determinar se certa ação ou pretensão está ou não justificada de acordo com o direito. Todavia, ainda que em teoria pudéssemos identificar exaustivamente as exceções a qualquer norma jurídica, nos faltariam informações tanto sobre o direito quanto sobre os fatos relevantes para assim fazer. E isso se deve tanto pelo nosso conhecimento incompleto do direito (as interações hermenêuticas possíveis entre as regras e os valores e princípios jurídicos do sistema) quanto da nossa incapacidade de antever ou descrever todas as características sobre um fato.

²⁶⁸ REDONDO, *op. cit.*, p. 36.

As exceções, nessa dimensão, são formuladas quando eventos particulares põem em operação algum princípio ou valor jurídico de suficiente importância para revogar a suficiência presumível das condições expressamente afirmadas na razão universalizável²⁶⁹.

Aqui, como lembra MacCormick, verificamos a característica identificada no âmbito da derrotabilidade expressa, que é o aspecto pragmático dos problemas jurídicos e do processo de tomada de decisão judicial²⁷⁰. Afinal seria absurdo pensar que o autor de um pleito pudesse levantar e refutar todas as condições possivelmente excepcionáveis, bem como que um juiz pudesse trabalhar com todos os argumentos e exceções, eis que para que uma decisão seja adequada e inteligível, tal como uma regra legal, deve ser necessária e presumivelmente suficiente para a resolução do problema jurídico, sob pena de restar frustrada a dimensão prospectiva e regulativa da decisão.

O ônus argumentativo (que segue a lógica da regra da distribuição do ônus da prova), portanto, para o afastamento da proposição normativa universal é da parte que tem interesse na sua não incidência, ao fundamento de que fatos particulares ao caso X demandam uma nova decisão, decisão esta que deve, igualmente, ser universalizável para este novo conjunto excepcionado. A exigência de se observar o critério da universalidade na situação de exceção, bem vistas as coisas, favorece que a distinção seja feita apenas quando fatos materialmente relevantes se configurem e não qualquer fato.

E é nessas hipóteses de afastamento da razão universalizável que reside a face virtuosa do universalismo, eis que reconhece as suas limitações, enquanto produto da razão prática, bem como oferece instrumentos técnico e teórico aptos a contribuir para a evolução do sistema jurídico, ao revelar a falácia da pretensão de que as decisões judiciais podem dominar qualquer problema do futuro.

²⁶⁹ MACCORMICK, *op. cit.* p. 316.

²⁷⁰ *Idem.* p. 316-317.

Bem vistas as coisas, a derrotabilidade nada mais é do que a justificação teórica da técnica do *distinguishing*²⁷¹, na medida em que sua aplicação na prática judicial institucionaliza o dever de distinção dos casos.

Neste ponto, cumpre fazermos uma ressalva. Quando afirmamos aqui que não é apenas desejável, mas necessária a institucionalização da técnica da derrotabilidade, com o objetivo de afastar a razão universalizável daqueles casos que apresentam circunstâncias e fatos que o distinguem, assim o fazemos porque referida técnica se mostra compatível com os valores tutelados pelo Estado de Direito, se revelando como uma técnica de aperfeiçoamento e evolução do sistema jurídico²⁷².

Entretanto, a derrotabilidade não pode ser usada como razão para se afastar a aplicação de um precedente, ao argumento de que a decisão tomada é injusta ou errada. O universalismo ao exigir que tribunais e juízes conformem seus julgados com decisões anteriores tomadas sobre a mesma questão implica que aqueles sigam essas decisões mesmo nas situações em que entendem serem injustas ou erradas. O argumento de que o universalismo assim caracterizado resulta em um ideal contraditório, porquanto, se de um lado é moralmente justificado, em vista dos valores que assegura, de outro obriga a prática de um ato moralmente errado, é inválido, configura uma petição de princípio.

O raciocínio jurídico, como já longamente sustentado, se desenvolve e é articulado dentro do sistema jurídico, a partir de premissas legais, ou seja, de normas jurídicas derivadas do Estado de Direito, sejam elas regras ou princípios. Este arranjo institucional normativo, em razão da abertura propiciada pelos princípios e direitos fundamentais, trouxe para dentro do sistema os valores morais que inspiram e norteiam

²⁷¹ Para uma leitura mais detida sobre a técnica do *distinguishing* na aplicação dos precedentes judiciais, ver, amplamente, MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 331-352. EISENBERG, *op. cit.*,. MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedente: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

²⁷² Neste sentido, Marinoni afirma: “É interessante perceber que o sistema de precedentes, quando visto a partir da técnica da distinção, sem perder a sua função de preservação da estabilidade torna-se maleável e capaz de permitir o desenvolvimento do direito, dando conta das novas realidades e das situações que, embora antigas, não foram anteriormente tratadas, sem que, com isto, seja preciso o rompimento do sistema ou a revogação do precedente que ainda é necessário e suficiente para tratar das situações que contemplou desde a sua origem. Portanto, realizar distinção para aplicar ou deixar de aplicar um precedente é algo que milita, em um só tempo, para a estabilidade e para o desenvolvimento do direito”. **Precedentes obrigatórios...**, p. 334.

a nossa comunidade política. Desse modo, o processo de tomada de decisão tem como objeto a deliberação justamente do alcance e interpretação da regra jurídica já de acordo com os parâmetros e valores jurídicos do nosso sistema. Desta forma, a questão da imoralidade ou não das decisões dentro do sistema não tem pertinência.

Pensar de outra forma é forçar o favorecimento da abordagem particularista, na qual a decisão correta é aquela de acordo os valores morais pessoais do decisor, e, por isso, tem do seu lado argumentos para não obedecer às decisões precedentes, ainda que estas tenham sido tomadas por tribunais superiores. De mais a mais, a derrotabilidade de uma decisão universalizável tomada pelo tribunal superior que definiu o “direito”, por razões de injustiça ou equívoco, deve ser revista pelo próprio tribunal ou pelo Poder Legislativo, que tem o ônus de deliberar institucionalmente com o Judiciário a respeito da “justiça” daquela interpretação definida²⁷³.

Dito isto, finalizamos o presente tópico afirmando que particularismo e universalismo são apenas facetas de como tomamos decisões em um ambiente institucional ao longo do tempo. A decisão judicial deve ter a pretensão de ser universalizável, mas sempre haverá uma dialética entre as normas jurídicas definidas e os novos conjuntos de fatos e argumentos que se apresentam. E isso faz parte do desenho institucional do processo, que, ao contrário de ter a pretensão de abolir ou

²⁷³ Aqui temos o problema do diálogo institucional entre os Poderes. Caso a definição dos direitos dada pelo tribunal superior não se coadune com os anseios e valores da comunidade política, cabe ao Poder Legislativo, com representante democrático direto do povo, deliberar no parlamento e expor argumentos que superem as razões dadas pelo Judiciário para que uma lei seja aprovada em sentido contrário. Advirta-se, contudo, que essa tensão deve ser evitada ao máximo no sistema, cabendo ao juiz se esforçar para emitir decisões que sejam razoáveis, e, portanto, aceitas pelos cidadãos, demais juízes e pelo Legislativo, tarefa inglória de ser atingida numa sociedade pluralista. Neste sentido, Perelman afirma que: El juez [...] deberá juzgar no inspirándose en su visión subjetiva, sino tratando de reflejar la visión común tanto de los miembros esclarecidos de la sociedad en la que vive, como las opiniones y tradiciones dominantes en su medio profesional. En efecto, el juez [...] debe esforzarse por tratar de efectuar juicios que sean aceptados tanto por los tribunales superiores, la opinión pública esclarecida, como —cuando se trata de decisiones de la Corte de Casación— por el legislador, que no dejará de reaccionar si las decisiones de la Corte Suprema le parecen inaceptables. (apud, Manuel Atienza. **Las razones del derecho...** *op. cit.*, p. 212).” O problema do equilíbrio entre opiniões dissidentes sempre haverá, mesmo nas situações em que sejam dadas razões para o alcance de uma decisão razoável. Isto porque, o conceito do que seja razoável, de que a melhor decisão foi tomada num caso difícil, é impreciso. Sempre teremos, ainda que delimitados a um contexto histórico e social, soluções igualmente possíveis e razoáveis. O que fará a decisão prevalecer é a sua aceitação pelo público, que se convenceu das razões dadas. Sobre o tema, por todos, ver MENDES, Conrado, Hubner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese apresentada no departamento de ciência política da USP, 2008.

negar o particular, favorece o permanente diálogo entre a pretensão universal e os particulares²⁷⁴, retomando estes para a criação de novos espaços universais.

2.5 O QUE VALORAMOS NO UNIVERSALISMO

A pergunta que agita este tópico é: Por que valoramos o universalismo como o modelo de justificação das razões da decisão judicial a ser adotado no nosso Estado de Direito?

Sustentamos, no primeiro capítulo, que os juízes ao aplicarem o direito, ao lado da função de solucionar a disputa jurídica do caso concreto, tem a função proeminente de estabilizar e definir o próprio direito. Isso porque aos juízes, notadamente aos tribunais (como veremos no próximo capítulo), é atribuído o dever e função de devolver à comunidade política a tutela dos valores caros ao Estado de Direito, perdidos no momento da produção legislativa das normas jurídicas e da sua interação com a realidade social e prática judiciária, haja vista o caráter indeterminado e argumentativo do direito.

Então para exercer a sua função de definição dos direitos, ou seja, de definição da interpretação e alcance das normas jurídicas, devem os juízes e tribunais justificar suas razões de forma a criar um ambiente institucional de realização dos valores caros ao Estado de Direito, porque somente assim conseguiremos encerrar o ciclo da aplicação do direito, em conformidade com os anseios dos cidadãos e com os princípios jurídicos que informam nossa ordem normativa institucional constitucional. Ora, um sistema jurídico que tenha a intenção de ser um ordenamento verdadeiramente democrático deve operar a serviço dos cidadãos de sua comunidade.

E é nesse desiderato que acreditamos no universalismo como o modelo de justificação de decisão a ser buscado, uma vez que os valores alcançados nesse modelo se igualam àqueles defendidos pelo Estado de Direito.

²⁷⁴ BELL, *op. cit.*, p. 51.

Vejam os valores. Primeiro, temos a imparcialidade. Os juízes devem justificar sua decisão de tal forma a mostrar que eles não estão sendo influenciados por fatores particulares que não foram objeto de consideração da norma jurídica ou da sua razão subjacente. Um sistema jurídico imparcial deve ser aquele em que os juízes devam ser capazes de apontar a culpa do resultado da disputa jurídica nas normas e não em si mesmos. Como afirma John Bell: “a justificação que apela a uma regra e mostra como ela se aplica corresponde a esse tipo de teste de imparcialidade”²⁷⁵.

O professor de Cambridge sustenta inclusive que a imparcialidade é o valor mais importante, dentre aqueles tutelados pelo universalismo, na medida em que nossa preocupação com o processo de tomada de decisão judicial está voltada para garantir que “as decisões não devam ser inclinadas para determinados indivíduos e grupos por causa de motivos que nada têm a ver com a administração correta da lei”²⁷⁶.

Qualquer compromisso com a imparcialidade entre diferentes indivíduos e diferentes casos exige que os fundamentos para o julgamento de um caso sejam tidos como repetíveis em casos futuros semelhantes. Como argumenta MacCormick “num estado moderno com muitos juízes e muitas cortes, e uma hierarquia estruturada de recursos, as mesmas regras e soluções devem orientar a decisão, independentemente de quem forem as partes do caso e de quem está julgando”²⁷⁷.

Na outra face da imparcialidade reside o segundo valor, a igualdade. A razão universalizável, ao impor uma justificativa uniforme para a resolução dos casos semelhantes, garante uma resposta jurisdicional igualitária, ou seja, um tratamento igualitário pelo Estado em face dos seus cidadãos. Dando máxima eficácia ao direito fundamental ao direito à igualdade perante a lei (leia-se igualdade perante o Direito).

Ademais, o universalismo na justificação permite ao julgador o restabelecimento da equidade por meio da aplicação do direito na decisão judicial, equidade aqui vista como técnica de adequação da regra às especificidades do caso concreto, na medida em que a introdução de uma exceção na regra geral, com o fim de evitar um resultado

²⁷⁵ Tradução livre de: “A justification that appeals to a rule and shows how it applies matches this kind of test of impartiality”. Idem. p. 42.

²⁷⁶ Tradução livre de: “The strongest of these arguments is impartiality. We are rightly concerned that decisions should not be biased towards particular individuals and groups because of motives that have nothing to do with the proper administration of the law”. Idem. p. 42.

²⁷⁷ MACCORMICK, *op. cit.*, p. 191. MacCormick sustenta que dentre as razões para seguir precedentes,

injusto ou incoerente com o sistema como um todo e com o caso particular, não tutela o decisionismo particularista, mas sim a criação de um novo conjunto de casos semelhantes que deve ser regulado de forma igualitária.

“Afirmar, como realmente pode ser afirmado, que em alguns casos a estrita aplicação de normas existentes do direito positivo seria contrária aos méritos do caso não deveria nos levar a acreditar em algum misterioso conceito de equidade”²⁷⁸ exclusivo e restrito ao caso, mas sim nos levar a reafirmar que a decisão aí tomada deve ser a mesma a ser tomada em todos os casos semelhantes, como forma de realização da correção substantiva.

Como dissemos no capítulo precedente, a equidade dirige-se contra o caráter geral da regra, não contra o requisito da universalização das razões justificadoras da decisão, que, bem vistas as coisas, serve como técnica de correção das injustiças derivadas da generalidade abstrata da lei.

Desta forma, a objeção de que o princípio da universalidade negligencia a possibilidade de decisões proferidas em conformidade com equidade carece de plausibilidade. Contra essa objeção, afirma MacCormick “que não se pode entender a equidade como algo particular em comparação com a universalidade da justiça”, ao contrário “a equidade é tanto quanto a justiça uma questão daquilo que é universalizável”²⁷⁹.

A soma da tutela dos valores da imparcialidade e da igualdade resulta na concretização do valor da justiça no seu aspecto formal.

A realização da justiça formal é o argumento principal utilizado por MacCormick na defesa do universalismo enquanto requisito necessário e central na justificação da decisão judicial²⁸⁰. Para MacCormick justificar um ato é mostrar que este ato é correto e mostrar que ele é correto é mostrar que ele deveria ter sido praticado e deve ser em todos os casos que apresentem as mesmas circunstâncias e características. Em outras

²⁷⁸ MACCORMICK. **Argumentação jurídica e teoria do direito**..., p. 125.

²⁷⁹ Idem. p. 125-126.

²⁸⁰ “A tese aqui defendida é portanto clara e direta. É a de que a noção de justiça normal exige que a justificação de decisões em casos individuais seja sempre fundamentada em proposições universais que o juiz esteja disposto a adotar como base para determinar em outros casos semelhantes e de decidi-los de modo semelhante ao caso atual” Idem. p. 126.

palavras, a exigência da justiça formal consiste em tratarmos casos semelhantes de modo semelhantes e casos diferentes de forma diferentes.

Ainda quanto à tutela dos valores da imparcialidade e da justiça formal, pertinente o argumento sustentado por Rafael Akanmidu. Defende o autor que o uso do precedente na prática jurisdicional revela um valor moral em si mesmo a ser tutelado no sistema jurídico, na medida em que esse se revela como a ferramenta que molda o caráter geral do Poder Judiciário. Isso porque, o princípio do precedente, ao introduzir objetividade na justificação das decisões judiciais e permitir o controle das disposições e temperamentos do juiz individual, assegura o funcionamento do Judiciário enquanto instituição unificada comprometida com a realização da justiça²⁸¹.

Terceiro valor é a previsibilidade jurídica. A universalização das razões ao formar uma orientação de conduta e de julgamento por parte dos tribunais, na interpretação e alcance de sentido de uma norma jurídica, favorece a criação de um ambiente previsível, que garante a confiança justificada dos cidadãos na atividade jurisdicional. A contribuição específica dada pela previsibilidade do direito – enquanto redução da insegurança diante dos riscos de natureza jurídica – é a possibilidade de que todos os cidadãos se dediquem com confiança aos próprios afazeres e reivindiquem com uma boa expectativa de sucesso os seus próprios direitos.

Quarto valor é o da racionalidade. O universalismo, enquanto regra da racionalidade e, portanto, regra da argumentação aplicada no raciocínio jurídico, influencia o comportamento a ser adotado pelos juízes na justificação das suas decisões, na medida em que já não vale mais qualquer razão para fundamentar uma decisão particular, senão aquela que possa ser universalizada para todos os casos

²⁸¹ Nas palavras do autor: “A reflection on a hypothetical scenario in which the doctrine of precedent is disregarded in the adjudication of cases, is that justice will have many names in the face of law. Furthermore, the judiciary will not function as a unified institution in the commitment to justice (...) This procedure constitutes some basis for the moral importance of precedent in law. In the first place, this process regulates the individual dispositions of the judges because there is a precedent through which substantive elements can be used in the process of deciding on a case for all of them. In this way, precedent serves as a regulator of the dispositions of the judges by blocking the avenue for the possible use of these factors to promote self-interest to the disadvantage of facilitating justice. Second, there is no room for erratic deviation from the path of justice. (...) This point further strengthens the distinction that exists between the relativistic understanding of morality and its evaluative expression. From the point of view of these positions, the principle of precedent becomes the moral tool that moulds the general character of the judiciary.” **The Morality of Precedent in Law**, Ratio Juris. Vol. 14 No. 2. June 2001, p. 247-248.

semelhantes, como critério de criação de uma regra jurídica²⁸². Regra esta que favorece a fidelidade do juiz a ele mesmo, na medida em que proíbe que este se afaste injustificadamente ou irracionalmente dos seus próprios critérios interpretativos.

Por último, podemos apontar o valor da responsabilidade judicial, na perspectiva do dever de prestação de contas (*accountability*). O juiz ao resolver disputas jurídicas, assim o faz em nome do Estado, no exercício de uma função de caráter público, como forma de prestar o serviço público da justiça aos cidadãos. E porque o exercício de tal função está regulada por normas jurídicas, com o objetivo de atender a um fim estatal, a óbvia consequência é a responsabilização daqueles que, em tal exercício, violem as regras e princípios a que estão submetidos²⁸³.

E esse dever de prestação de contas aumenta na mesma proporção em que se aumenta a criatividade da função judiciária, fenômeno característico da nossa ordem normativa institucional, que cada vez mais se utiliza de cláusulas abertas e conceitos indeterminados, como forma de permitir uma maior flexibilidade na aplicação do direito. E, por uma questão de lógica, quanto mais poder mais responsabilidade.

Assim, o juiz ao emitir seu julgamento deve fornecer razões como mecanismo de prestação de contas do exercício do seu poder público²⁸⁴. Mas, claro que aqui não falamos em quaisquer razões, as razões devem ser de acordo com as regras e princípios que informam o sistema jurídico. A criação, aplicação e efetivação do direito sempre requerem o exercício de vontade. A questão, no entanto, é saber se a vontade é guiada pela razão, efetivamente governada por ela, ou se é simplesmente uma vontade arbitrária, parcial²⁸⁵. Nesse sentido, podemos afirmar que o dever de motivar as decisões judiciais está intimamente ligado com o dever da imparcialidade.

²⁸² É neste sentido que Marina Gascón sustenta que a universalidade enquanto regra da racionalidade e, portanto, da argumentação jurídica deve ser adotada por todos os juízes e tribunais, independente de qualquer previsão legal. Em suas palavras: "The rule of self precedent acts merely as a rationality check in solving the case, obliging the court to adopt universalizing criteria but not dictating what the criteria must be. (...) The characterization of the self-precedent rule as the obligation of universalizing ones own decisions entails, secondly, that it is not confined to a certain particular group of judges and courts. Mainly being a rule of legal argumentation which guarantees rationality, it binds every judges and court, regardless of any legal prevision." **Rationality and (self) precedent** ..., Op. Cit. p. 40-41.

²⁸³ Sobre o tema da responsabilidade do juiz, ver amplamente e por todos, CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes irresponsáveis?** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989.

²⁸⁴ BELL, *op. cit.*, p. 42.

²⁸⁵ Por óbvio, que ao defendermos aqui que o exercício do poder público deve estar justificado em razões, não significa que o mero dar razões e acordo com o direito seja o suficiente para se afastar a atuação de um estado arbitrário (como exemplo dos estados totalitários). Na verdade, quando

Nesse espaço de deliberação jurídica, ocorrida nos tribunais em processos públicos, é que MacCormick explica o significado da sua teoria sobre a justificação: “essa apresentação de razões como razões públicas utilizadas por agentes estatais comprometidos com uma justiça imparcial em todos os casos necessariamente é caracterizada pela universalidade, ainda que excepcionável (*defeasible*)”²⁸⁶.

Isso nos conduz a buscar um sincero debate sobre como os juízes devem justificar suas razões, para que cumpram e respeitem a força normativa da nossa ordem constitucional²⁸⁷.

Reconhecemos as limitações e responsabilidades do universalismo como modelo de justificação, porquanto implica a consequência inevitável de resultados sub-ótimos em nome da universalidade²⁸⁸. Ganhamos racionalidade e previsibilidade, mas perdemos a individualidade, a justiça do particular²⁸⁹. Sabendo deste risco, e, na tentativa de reduzi-lo, defendemos a técnica da derrotabilidade.

Ainda assim, resultados errôneos serão produzidos, mas, como ocorre com toda escolha, assumimos os riscos e erros que com ela podem advir, e assim fazemos porque igualmente temos consciência que o problema de unir o melhor dos dois mundos de forma completa é objetivo inatingível, na medida em que temos as limitações da falibilidade humana²⁹⁰. Ademais, o direito, por ser uma prática social, é

argumentamos que as razões devem ser conformes ao direito, temos como fundamento subjacente a crença no valor moral do princípio do Estado de Direito, bem como de que nosso sistema, ao se fundar numa ordem normativa constitucional, que tutela direitos fundamentais e recebe como de aplicabilidade imediata direitos humanos, que obedeçam aos requisitos formais, já possui os valores morais mais caros ao ser humano juridicizados.

²⁸⁶ MACCORMICK, Neil. **Retórica e Estado de Direito...**, *op. Cit.*, p. 132.

²⁸⁷ HESSE, Konrad. **Temas fundamentais do direito constitucional**. Textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 123-146.

²⁸⁸ Quanto à questão dos limites e ônus do universalismo como requisito necessário da justificação da decisão judicial como proposto por MacCormick, pertinente o trabalho de Neil Walker. *Op. Cit.*

²⁸⁹ MacCormick reconhece essa tensão e a dificuldade na resolução da escolha entre perpetuar uma decisão anterior que tenha sido significativamente injusta, ou indesejável por alguma outra razão, para satisfazer a justiça formal ou garantir a correção substantiva da decisão ao custo do sacrifício da justiça formal conforme aplicada às partes do caso presente e àquelas de casos semelhantes futuros. No entanto, apresenta razões para sua escolha, que tem como fim a defesa do ideal de um Estado de Direito, em detrimento de um Estado arbitrário de vontade autônomas. *Idem.* p. 94-126, em especial p. 97-98. No mesmo sentido, é a observação feita por Neil Walker. *op. cit.*, p. 59-67.

²⁹⁰ É justamente por reconhecermos que a adoção da razão universalizável da decisão judicial, premissa teórica do princípio dos precedentes, implica custos evidentes na ordem normativa, em termos de justiça substantiva, de convivência com más decisões e de esforços argumentativos envidados para a distinção dos casos, que entendemos ser necessário o debate sincero das justificativas para tanto. Nessa linha, é a advertência feita por Jeremy Waldron, ao afirmar que justificar a necessidade do *stare decisis* não é

formado justamente por esta perene tensão entre o universal e o particular, entre a restrição e dominação da contingência e a defesa da heteronomia democrática.

O que podemos afirmar é que acreditamos nas razões defendidas da nossa escolha, por oferecem melhores argumentos na defesa da realização do nosso Estado Constitucional de Direito.

3 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA ENQUANTO CORTE DE VÉRTICE NA ORDEM JURÍDICA

3.1 COLOCAÇÃO DO PROBLEMA

Partimos da premissa, no capítulo precedente, de que aos juízes compete a função de reconciliar os valores e objetivos do Estado de Direito enquanto ideal da nossa moralidade política e jurídica com a sua dimensão procedimental, que se desenvolve por meio do direito de acesso aos tribunais e do direito ao devido processo, bem como com o caráter argumentativo que é inerente à disciplina do direito.

Ao processo de aplicação do direito pelos juízes, portanto, se entrega a dupla tarefa de resolver a disputa jurídica concreta e a de atribuir o significado às normas jurídicas, definindo os direitos e deveres dos cidadãos, como forma de completar as lacunas deixadas no ordenamento jurídico, enriquecendo o seu estoque normativo²⁹¹.

As decisões judiciais, nessa perspectiva, assumem a genuína função de servirem como elementos de prescrição normativa na ordem jurídica, como resposta à dinâmica que o ordenamento exige, na medida em que o legislativo não consegue dar conta da demanda por regulação dos fatos sociais de forma adequada e satisfatória, na velocidade em que a sociedade se desenvolve.

Desse modo, podemos declarar que “a dinâmica do ordenamento jurídico é produzida, em última instância pelos juristas práticos. Deste ponto de vista, o criador, mais importante do sistema – mais do que o legislador – é o juiz, especialmente os juízes da Corte Suprema”²⁹². Este fato revela a cumplicidade e responsabilidade que deve haver entre os poderes legislativo e judiciário na atividade de produção das normas jurídicas.

²⁹¹ A expressão enriquecimento do estoque legal é tomada da classificação atribuída por EISENBERG às funções sociais que as cortes desempenham, quais sejam, “*resolution disputes*” e “*enrichment of the supply of legal rules*”. *op. cit.*, p. 4-5.

²⁹² Tradução livre de: “la dinámica del ordenamiento jurídico es producida, en última instancia, por los juristas prácticos. Desde este punto de vista, el ‘creador’ más importante del sistema es - además del

A função normativa que recai sobre as decisões judiciais exige o estudo de uma teoria adequada da justificação, porquanto é “na condição de justificativas para decisões que os votos de juízes são normativos, e apenas normativos eles podem guiar a interpretação”²⁹³. Daí, porque o processo de tomada de decisão judicial deve ser orientado pelos mesmos valores que densificam o princípio do Estado de Direito, em especial aqueles concernentes à produção das normas jurídicas.

Nesse desiderato, argumentamos as razões pelas quais o universalismo representa a teoria mais adequada para uma conta da justificação da decisão judicial em conformidade com os princípios da igualdade, imparcialidade e racionalidade. Justificação esta que se restringe à etapa do raciocínio judicial sobre a deliberação do alcance e interpretação das normas jurídicas, na medida em que no juízo sobre a deliberação dos fatos prevalece a justificação particularista.

A manifestação do princípio da universalidade traduz a exigência prática da realização da justiça formal (tratar os casos semelhantes de forma igual), bem como de imprimir à argumentação jurídica o elemento da racionalidade, evitando tomada de decisões judiciais arbitrárias e parciais.

A universalidade, ao impor sobre todo juiz ou Corte o dever de seguir seus próprios precedentes, pressupõe que uma resposta certa existe para cada juiz ou tribunal individualmente, mesmo que não possamos dizer que uma resposta certa exista no direito e possa ser encontrada²⁹⁴.

Na verdade, o princípio da universalidade é justamente a afirmação de que uma resposta certa não existe no direito, na medida em que serve como critério de

legislador – el juez, especialmente los jueces de la Corte Suprema”. Lo racional como razonable. AARNIO, *op. cit.*, p. 183.

²⁹³ MACCORMICK, **Retórica e Estado de Direito**... p. 192.

²⁹⁴ Sobre a discussão da ideia da resposta correta na interpretação jurídico-dogmática ver, por todos, AARNIO, *op. cit.*, p. 209-236. Robert Alexy, quanto ao problema da impossibilidade de se justificar a tese da única resposta correta para cada questão prática, afirma que: “não significa que o conceito de correção tenha um caráter absoluto sob todos os pontos de vista. Só possui caráter absoluto enquanto ideia reguladora. Como ideia reguladora, o conceito de correção não pressupõe que exista para cada resposta prática uma resposta correta que deve ser descoberta. Uma única resposta é a finalidade a que se deve aspirar. Os participantes em um discurso prático, independente de haver uma única resposta correta, devem formular a pretensão de que sua resposta é a única correta. Caso contrário, seriam sem sentido suas afirmações e justificações”. ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 308.

racionalidade e de justiça formal na justificação da escolha que o juiz faz entre respostas jurídicas igualmente válidas apresentadas na resolução dos casos difíceis.

Como afirma Marina Gáscon, a garantia da racionalidade, por meio de uma resposta certa assegurada institucionalmente, se deve justamente ao fato de o domínio natural das regras ser constituído pela discricionariedade jurídica²⁹⁵.

A ideia da resposta certa, portanto, assume o caráter de um objetivo a ser perseguido por todo raciocínio jurídico que pretenda ser correto e justo, na sua dimensão formal. Entretanto, a busca por este objetivo no plano individual se, por um lado, assegura a justificação da decisão tomada pelo juiz ou corte, de outro, acarreta o problema da convivência com distintas razões justificadoras universalizáveis.

Ora, por certo, que o Estado de Direito não pode conviver com razões normativas universalizáveis distintas que resolvem um mesmo problema jurídico de interpretação, classificação ou relevância. A exigência da universalidade se fundamenta exatamente na necessidade de tratamento uniforme aos casos concretos semelhantes, como medida de realização do princípio da justiça e da generalidade das normas jurídicas.

Como coordenar e unificar as razões universalizáveis, como meio de se obter uma resposta uniforme sobre o alcance e interpretação da norma jurídica? A resposta a este problema pode ser viabilizada pela regra da distribuição do poder jurisdicional, ou seja, na organização hierárquica da jurisdição.

Como uma resposta certa não existe e uma ordem jurídica não pode conviver com distintas soluções sobre a interpretação de uma mesma norma, aquela deve ser garantida institucionalmente pelo tribunal de maior hierarquia na organização judiciária. E assim deve ser, porque ao tribunal de vértice é dado o poder e dever de unificar a jurisprudência e devolver ao Estado de Direito a definição da norma jurídica contestada, contribuindo com o desenvolvimento do direito²⁹⁶.

²⁹⁵ Em suas palavras: "But the requirement of universalizability is particularly evident when judges have a discretionarily; that is, when no conclusive or peremptory rules exist when solving a specific case; or which is the same, when all of the material available cannot offer the desired right answer (...); It is due to the fact that the natural domain of the rules is that of legal discretionarily, the rules becomes meaningless where institutionally one right answer is guaranteed." **Rationality and (self) precedent...** p.39. No mesmo sentido, CELLA, *op. cit.*, p. 23.

²⁹⁶ Com relação à necessidade de se atribuir força vinculante às decisões dos tribunais superiores, pertinente o argumento trazido por Calmon de Passos: "A convivência social põe para o indivíduo ou para

Nesse sentido, MacCormick argumenta que o fato de não conseguirmos determinar, por meio de uma argumentação jurídica racional e razoável (haja vista que a coerência e consistência possuem um papel limitado na interpretação), a solução correta ou definitiva sobre os problemas mais controversos no direito, não deixa outra opção senão aceitar a autoridade de uma opinião investida de autoridade²⁹⁷. “Isso não significa dizer, contudo, que tal opinião é, para todos os fins, autocertificadora e racionalmente incorrigível”²⁹⁸.

Motivo pelo qual se faz necessário e inadiável o trabalho de investigação sobre como nossos tribunais estão decidindo, sobre a qualidade da argumentação jurídica desenvolvida, mais: como as razões usadas como justificação são coerentes e consistentes com o sistema jurídico como um todo²⁹⁹.

E este argumento da autoridade, concretizado na estrutura hierárquica do Poder Judiciário, é precisamente instituído nos mecanismos legais desenhados com o objetivo de levar as decisões ao tribunal superior, a fim de unificar a jurisprudência.

os indivíduos, em cada situação concreta em que se situem, um complexo de alternativas de comportamento. Figuremos um exemplo. Deseja-se solução para o problema do inaproveitamento das terras que sejam da propriedade de particulares. Não há, para esse problema, uma solução *única*, inelutável, impositiva. Inúmeras podem ser pensadas. Reduzir essa indeterminação de modo a se emprestar previsibilidade ao comportamento individual e segurança de sua efetividade, reclama se defina, dentre a gama de possibilidades de *ser* que a situação em foco contém, uma que se revista do caráter de um *dever ser* institucionalmente em condições de obrigar e concretamente ordenar o comportamento social. Essa primeira opção é de natureza política e deve ser formalizada pelos órgãos responsáveis pela função legislativa. Esse *dever ser enunciado*, porque linguagem, discurso, jamais será capaz de ensejar *uma única e necessária* interpretação, eliminando toda e qualquer possibilidade de subseqüentes alternativas, conduzindo sempre, em toda e qualquer situação concreta de conflito, a um só *tipo* de decisão. Há, por conseguinte, a necessidade de uma nova redução de complexidade, colocada, agora, a cargo do administrador e do particular destinatários da norma. Caso disso decorra algum conflito, ou algum conflito se mostre potencialmente possível, a tarefa é transferida para os órgãos da função jurisdicional, que formularão o entendimento redutor, com impositividade, no caso concreto. (...) Por via de conseqüência, e conclusão necessária, inexistindo no sistema um processo mediante o qual se empreste, no máximo possível, unidade nessa segunda redução de complexidade, gerando-se maior previsibilidade e mais segurança, nega-se quanto antes afirmado, disfuncionalizando-se o sistema como um todo”. PASSOS, J.J. Calmon de. Súmula vinculante. **Revista do Tribunal Regional Federal 1a. Região**. Brasília. Jan-marc.1997, v. 9. p. 171-172.

²⁹⁷ MACCORMICK, *op. cit.*, p. 360-361.

²⁹⁸ *Idem*. p. 361.

²⁹⁹ Aqui interessante fazer uma nota referente à observação feita por Andrés de la Oliva. O professor da Universidade de Madri, afirma, na mesma linha de raciocínio adotada por Michele Taruffo, que a convergência entre os sistemas jurídicos do *civil law* e *common law*, consistente, fundamentalmente, no uso dos precedentes obrigatórios, apenas se sustenta e vale na medida em que “es un precedente dotado de autoridade intrínseca, basada na calidad del análisis y en la racionalidade y buen sentido de la justicia y de la equidad que se aprecia en la respuesta judicial al problema jurídico de que se trate”. Un modelo de casación civil eficaz para el tribunal supremo de España. p. 273.

A instituição de um precedente vertical, que obriga a sua aplicação pelos juízes de instância inferior, poderia então contradizer a exigência do princípio da universalidade na justificação de suas decisões, eis que o raciocínio jurídico já seria constrangido por precedentes do tribunal superior, fato que limitaria a atuação discricionária por parte deles. Entretanto, essa objeção é incorreta, pois a obrigação do juiz é decidir de acordo com o direito, e se este já foi definido por tribunais superiores, cabe a ele seguir os precedentes; apenas nas hipóteses em que resta um espaço de discricionariedade na resolução do problema jurídico é que será exigido daquele a prática de uma justificação universal. Veremos melhor este ponto adiante.

Por outro lado, como fica evidente, o tribunal superior tem de cumprir a exigência da universalidade na justificação de suas decisões judiciais, a fim de garantir que, ao definir a “resposta certa” que irá ligar os demais tribunais e juízes, está agindo de forma racional e igualitária. Ora, um tribunal superior que não respeita seus próprios precedentes, além de agir incorretamente, mina a legitimidade de suas razões normativas³⁰⁰.

Em resumo: os tribunais de instância superior, pela sua posição de vértice no ordenamento jurídico, devem agir como verdadeiro regulador judiciário da uniformidade da interpretação jurisdicional, na medida em que a colocação desses no vértice do sistema judiciário implica o poder-dever de controle da atividade interpretativa dos juízes inferiores³⁰¹.

³⁰⁰ GASCÓN, *op. cit.*, p. 39.

³⁰¹ Ideia similar é apresentada por Elisabetta Silvestri, com fundamento nos ensinamentos de Piero Calamandrei, para reconstruir o significado da função pública da Corte Suprema como reguladora judiciária da uniformidade da interpretação jurisprudencial. De acordo com a professora italiana: “Alla corte, isomma, spetta il monopolio di enunciare la única interpretazione ufficialmente coforme alla legge, interpretazione che appare nello Stato come la única interpreazione della legge, di fronte alla quale tutte le interpretazioni giuridiche da essa discordanti sono dichiarate false ed illegali. (...) Si potrebbe parlare di funzione pubblica della corte suprema solo a condizione che il suo operato e, più precisamente, il controllo che essa esercita sulle decisione dei giudici inferiori, siano diretti a realizzare innanzi tutto il valore della certezza uniforme dell’interpretazione della legge”. Corti supremei europee: accesso, filtre e selezione. p. 110. De outro lado, Michele Taruffo afirma que a função de uniformidade da jurisprudência aparece de forma evidente na maior parte das modernas cortes supremas europeias. Ou seja, tais cortes se transformaram, ou estão nessa direção, em verdadeiras cortes de precedentes, porquanto sua principal função consiste no estabelecimento de precedentes, por meio da definição da interpretação correta da lei, que forma formuladas nas referidas decisões, como modo de servirem como referência para as decisões sucessivas nos casos iguais ou semelhantes. Una reforma della Cassazione civile? Milano: **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, n. 3, set, 2006. p. 761.

3.2 FUNÇÃO DAS CORTES SUPREMAS: FINALIDADE PÚBLICA E/OU PRIVADA? (*IUS CONSTITUTIONS X IUS LITIGATORIS*)

Temos, agora, como centro de nossa atenção e discussão uma instituição específica, qual seja: as cortes de vértice do sistema jurídico, mais comumente denominadas Cortes Supremas. A fim de averiguar qual a função que essas devem assumir num Estado de Direito, que, no espaço do julgamento, tem como valores a tutela da igualdade, imparcialidade e previsibilidade, e como objetivo a coordenação uniforme das razões universalizáveis dos juízes de instância inferiores, analisaremos os tipos de funções que se pode atribuir a uma Corte Suprema.

Por certo, não nos cabe, neste espaço, traçar um quadro analítico sobre os principais modelos de Cortes Supremas (*cassation*, *appeal* e revisão)³⁰², por fugir dos nossos objetivos e por ser uma premissa prescindível para compreender as principais funções que tais cortes exercem, haja vista que, na realidade, a função que cada corte desempenha concretamente no sistema jurídico é que fornece os contornos da sua estrutura e modelo³⁰³.

Michele Taruffo identifica como traço comum nas funções que as diversas Cortes Supremas desenvolvem nos ordenamentos jurídicos contemporâneos, não obstante as inúmeras diferenças que se fazem presentes, a tutela e promoção da legalidade, de modo que esses são os dois principais objetivos que o autor tenta definir³⁰⁴.

De acordo com Taruffo o termo “legalidade” é determinado em uma dupla direção. Ou seja, por um lado, no contexto da função desenvolvida pelos órgãos jurisdicionais, legalidade pode ser entendida como a “correta aplicação do direito”,

³⁰² Para um quadro comparativo sobre os três principais modelos de Cortes Supremas: cassação, de origem francesa e amplamente recepcionado pelo direito italiano; *appeal*, originada dos países de *common law*, notadamente, na Inglaterra e atualmente exercida nos países escandinavos, e de revisão, de origem alemã, ver, por todos, JOLOWICZ, John Anthony. *The Role of the Supreme Court at the National and International Level*, a General Report. In: Yessiou-Faltsi (ed). **The Role of the Supreme Courts at the National and International Level**. Thessaloniki: Sakkoulas, 1998. p. 50-56.

³⁰³ SILVESTRI, *op. cit.*, p. 105.

concentrando-se a atenção na finalidade aplicativa da interpretação do direito, mais do que na finalidade interpretativa propriamente dita³⁰⁵.

De outro lado, a atividade objetivada com a correta aplicação do direito pode ser desempenhada de modos diversos, o que conduz a pelo menos três conceitos principais de “legalidade”, que orientam de forma diversa as funções exercidas pelas Cortes Supremas³⁰⁶.

Definido o significado do termo legalidade, podemos analisar o que Taruffo quer dizer com as funções de tutela e de promoção.

Propõe Taruffo que a tutela da legalidade diz respeito à chamada função *reativa* da corte, a qual se explica nas hipóteses em que uma violação do direito é verificada e a intervenção da corte serve para dar uma resposta concreta à violação, com sua eliminação ou com a neutralização de seus efeitos³⁰⁷.

A tutela da promoção da legalidade, por sua vez, diz respeito a uma função *pró-ativa* da corte, eis que se dá quando a decisão da corte tem por finalidade conseguir um efeito futuro, seja o de prevenir uma violação futura da legalidade, seja o de favorecer a evolução e transformação do direito³⁰⁸.

Dentre os significados atribuídos ao termo “legalidade”, um particularmente importante é o que conduz ao controle da legitimidade da decisão no caso concreto. Este controle, que equivale a função de tutela da legalidade, significa que a função da corte consiste essencialmente em verificar se a lei foi corretamente aplicada no juízo de mérito. Fato que configura particular relevo à função reativa da corte, na medida em que o fundamento para o acesso a corte consiste na alegação de uma violação da lei. A este propósito, podemos falar, portanto, de uma função privada³⁰⁹.

³⁰⁴ TARUFFO, Michele. Le funzioni delle Corti supreme: cenni generali. In: **Annuario di Diritto Comparato e di Studi Legislativi**. Nápoles: Edizione Scientifiche Italiane, 2011. p. 14.

³⁰⁵ Idem. p. 15.

³⁰⁶ Ibidem.

³⁰⁷ Idem. p. 14.

³⁰⁸ Ibidem.

³⁰⁹ De acordo com Taruffo, a função reativa da corte é importante na caracterização da natureza do órgão das cortes de cassação do tipo franco-italiano e espanhol, mas não é exclusiva destas cortes. Também as cortes que se definem como de “terceira instância” (porque decidem definitivamente o mérito da controvérsia), como a corte de *Revision* alemã, têm uma função reativa de controle da legitimidade. Elas, de regra, não podem valorar novamente a prova, mas veem se o juiz inferior aplicou corretamente a lei (e, em caso negativo, pronunciam uma decisão de mérito que substitui a decisão viciada). Entre os modelos de cassação e revisão há substanciais diferenças (sobretudo historicamente, dado que às vezes as diferenças se reduzem, como ocorre na Itália – art. 384 do CPC), mas em ambos os modelos as

A tipologia “função privada” foi elaborada por John Anthony Jolowicz, no relatório geral apresentado no Colóquio da Associação Internacional de Direito Processual que teve por objeto discutir o papel das Cortes Supremas no nível nacional e internacional. O professor de Cambridge, ao analisar o papel das Cortes Supremas nos mais diversos países da Europa continental, formulou uma distinção entre os dois tipos principais de objetivos que são exercidos por essas, quais sejam, finalidade pública e finalidade privada³¹⁰.

Para Jolowicz, inúmeros objetivos servem à finalidade pública de uma Corte Suprema, todavia, o objetivo mais relevante e que por si só caracteriza a função pública consiste na estabilidade, uniformização e desenvolvimento do direito³¹¹.

Por outro lado, a finalidade privada de uma Corte se satisfaz na resolução de disputas jurídicas concretas. E, quanto ao ponto, o autor ressalta uma diferença pertinente, qual seja: o interesse dos litigantes que se configura no direito de recorrer às Cortes de hierarquia superior, não serve apenas a fins egoísticos e individuais desses, mas também ao interesse de obter uma resposta jurisdicional de acordo com o direito³¹². O que não significa afirmar que a resolução da disputa jurídica se dá em nome da paz social, como uma garantia estatal oferecida em contrapartida a autotutela³¹³.

cortes têm por função verificar se a lei foi corretamente aplicada na decisão do caso concreto que lhe é submetida a exame. Idem. p. 17.

³¹⁰ *Op. cit.*, p. 39-42. Essa classificação das finalidades prevalentes na função das Cortes Supremas já havia sido objeto de discussão pelo mesmo autor, quando da fez um estudo comparado sobre as características entre os recursos que dão acesso as cortes de cassação que caracterizam o modelo franco-italiano, a corte mexicana, por meio do amparo e as cortes do *common law*, por meio do *appel*. Appeal, cassation, amparo and all that: what and why? In: **Estudios en homenaje al doctor Hector Fix-Zamudio en sus treinta años como investigador de ciencias jurídicas**. Tomo III. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1988. p. 2045-2047. No mesmo sentido, considerando a distinção entre a finalidade pública e privada como instrumento teórico para a elaboração da função e objetivo das Cortes Supremas, KERAMEUS, Konstantinos. Corti supreme a confronto: stato dele cose e linee evolutive. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedure Civile**. Milamo: Giuffrè, anno LIII, 1999. p. 145-146.

³¹¹ **The role of the supreme court...** p. 39.

³¹² Idem. p. 41.

³¹³ Ibidem. Jolowicz reconhece que a original finalidade da resolução de uma disputa é prover um estado de paz social na comunidade, como resposta à proibição do exercício da autotutela. Nesse sentido, o direito de ação, tal como Eduardo Couture designou, é uma autêntica substituição civilizada ao ato de vingança pelas próprias mãos, de forma que essa finalidade é mais pública, por ser objetivo do Estado promover a paz, do que privada. Como argumenta o autor: “It follows that it must Always be a purpose and a public purpose of nay court, but specially of a Supreme Court, to maintain public confidence in the system; if such confidence is lacking, the peace-keeping purpose itself will fail”. Idem. p. 40-41.

No mesmo sentido da formulação feita por John Jolowicz, se insere a tipologia feita por Elisabetta Silvestri, que classifica as funções que se podem atribuir a uma Corte Suprema em pública e privada, sendo que nesta o papel que a corte exerce é de o último garantidor da justiça e correção da decisão no caso concreto, ao passo que naquela o papel é o de defensor por excelência de um interesse superior, ou seja, o de garantir a unidade do direito positivo e a realização do princípio da igualdade na aplicação da norma jurídica³¹⁴.

A função reativa da corte, tal como apontado por Taruffo, é importante na caracterização da natureza do órgão das cortes de cassação do tipo franco-italiano e espanhol, mas não é exclusiva destas cortes. Também as cortes que se definem como de “terceira instância” (porque decidem definitivamente o mérito da controvérsia), como a *Revisiongericht* alemã, têm uma função reativa de controle da legitimidade. Essas, de regra, não podem valorar novamente a prova, mas verificam se o juiz inferior aplicou corretamente a lei (e, em caso negativo, pronunciam uma decisão de mérito que substitui a decisão viciada). Entre os modelos de cassação e revisão há substanciais diferenças (sobretudo historicamente, dado que às vezes as diferenças se reduzem, como ocorre na Itália – art. 384 do CPC), mas em ambos os modelos as cortes têm por função verificar se a lei foi corretamente aplicada na decisão do caso concreto que lhe é submetida a exame³¹⁵.

Essa função também é desenvolvida pelas cortes do sistema da *common law*: as Suprema Cortes dos Estados Unidos e da Inglaterra decidem o caso concreto verificando se o direito (*statute* ou precedente) foi ou não corretamente aplicado pela corte inferior prolatora da decisão impugnada. Desse modo, fica visível o desempenho de uma função reativa de verificação da legitimidade da decisão³¹⁶.

Todavia, o exercício da função privada e reativa não impede que a pública e *pró-ativa* seja também desenvolvida pela mesma corte na mesma decisão, em verdade, ambas funções aparecem como as faces de uma mesma moeda³¹⁷. Nada obstante, Taruffo entende que a distinção permanece válida sob o aspecto analítico, na medida

³¹⁴ SILVESTRI, *op. cit.*, p. 106.

³¹⁵ TARUFFO, *op. cit.*, 16.

³¹⁶ *Idem.* p. 17.

³¹⁷ JOLOWICZ, *op. cit.*, p. 59-60.

em que evidencia aspectos diferentes do fenômeno, bem como porque nem sempre as duas funções são desenvolvidas juntas. Em outras palavras, pode existir uma decisão reativa sem observar o futuro, bem como uma decisão proativa independente de violação de direito. Além do mais, as duas funções podem ser exercidas em intensidades diferentes³¹⁸.

No caso da Corte de Cassação italiana, por exemplo, o controle da legitimidade da decisão no caso singular se afigura como essencial, porquanto é a última instância de justiça do caso concreto. Orientação que é enfatizada seja pela atual redação do art. 111.7 da Constituição italiana, seja pela interpretação que desde 1953 a Corte deu ao recurso de cassação³¹⁹.

Entretanto, esse modelo concreto da legitimidade das decisões judiciais passa a ser apenas um papel secundário das Cortes Supremas quando o acesso a estas deixa de ser generalizado, ou seja, deixa de ser um direito subjetivo para qualquer parte em qualquer processo. É o que ocorre quando a interposição do recurso tem sua admissibilidade condicionada à autorização da Corte *a quo* ou da própria Corte Suprema. Nesse caso, o interesse subjetivo do recorrente não é decisivo, motivo pelo qual para se ter acesso à Corte se faz necessária a presença de um interesse maior, que seja configurado como um direito de fundamental importância, que esteja além da

³¹⁸ Idem. p. 17.

³¹⁹ Idem. p.18. Essa visão da tutela do *ius litigatoris*, ou seja, de tutela da legalidade, como precípua da Corte de Cassação italiana é objeto de severas críticas pela doutrina italiana, em razão da crise que ocorre nessa, devido ao elevado número de recursos e ao tratamento desigual na tutela da interpretação da norma jurídica. De acordo com Proto Pisani, o art. 111, 7, da Constituição italiana, segundo o qual “è sempre ammesso ricorso in Cassazione per violazione di legge”, não obstante garanta o direito de todo cidadão de recorrer a Corte de Cassação italiana contra a sentença ou outros provimentos decisórios, por motivo de violação de norma de direito, trata antes de tudo de um valor, e como todo valor constitucional deve ser ponderado com outros valores constitucionais, em especial, os valores da duração razoável do processo e da igualdade perante as decisões. Desse modo, a ponderação entre tais valores constitucionais, impõe, com urgência, a reestruturação do sistema de impugnação civil, com a introdução de um filtro de acesso à Corte, a fim de que essa assuma a função pública de tratamento uniforme da jurisprudência. PISANI, Andrea Proto. Principio d’egualianza e ricorso per cassazione. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 191, jan.2011. p. 205-208. Cf, também, PISANI, Andrea Proto. Crisi dela Cassazione: la (no più rinviabile) necessità di una scelta. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 157, mar.2008. p.260-266. Na mesma linha de argumentação, ver CAPONI, Remo. **La modifica dell’art. 360, 1 comma, n.5 c.p.c.** Disponível em: www.academia.edu. Sobre o problema da reforma da cassação, ver, por todos, TARUFFO, **Una riforma della Cassazione civile...**, p. 755-785.

aplicação do direito no caso concreto (como se dá na Suprema Corte inglesa e no *Revisiengericht* alemão e austríaco³²⁰).

Neste último modelo, a Corte Suprema – admitindo o recurso – verifica se o direito foi corretamente aplicado no caso concreto, mas essa não é mais a única e exclusiva função desempenhada pela Corte ao apreciar o recurso, seu interesse, na verdade, está em definir uma orientação uniforme sobre a interpretação da norma jurídica para ser aplicada nos casos futuros iguais ou semelhantes³²¹.

A função da promoção da legalidade, tal como definido por Taruffo é, talvez, a principal função das modernas Cortes Supremas e é uma função tipicamente *pró-ativa*, na medida em que fundamentalmente o que justifica apreciar o recurso são fatores orientados essencialmente ao futuro. Este tipo de decisão é capaz de orientar decisões futuras em questões jurídicas de relevância além da individual, nisto se verificando uma função “pública” desempenhada pelas cortes³²².

Ideia similar é sustentada por Ovídio Baptista. Segundo ele, “a moderna função dos tribunais supremos deve ser a de um instrumento voltado para o futuro, que visa à unidade do Direito, não à uniformidade da jurisprudência dos tribunais ordinários, não a de fiscal do passado”³²³.

³²⁰ TARUFFO, **Le funzione dele Corti Supremi...** p. 20. Com relação ao acesso a Corte Suprema alemã, o art. 543, 2, da ZPO (código de processo civil alemão), aletado pela reforma ocorrida em 27 de julho de 2001, previu um filtro de admissibilidade, segundo o qual o recurso a Corte Suprema apenas é autorizado quando a questão trata de direito de fundamental importância ou quando a evolução do direito a tutela da uniformidade da jurisprudência requer uma decisão. De acordo com esta definição legislativa, não resta dúvida quanto à opção do direito alemão em tutelar a função do *ius constitutions*. Opção esta que foi confirmada pela Corte Constitucional alemã, que no julgamento da legitimidade de referido artigo (sentença de 8 de janeiro, de 2004, BvR 864-03), entendeu que a Constituição não impõe a previsão de um mecanismo que garanta o acesso ilimitado à impugnação, deixando o legislador infraconstitucional livre para disciplinar sobre o sistema de filtro recursal. Le corti supreme in Europa: le regole per l'accesso. Ufficio del Massimario della Corte Suprema di Cassazione. Disponível em: http://www.cortedicassazione.it/Documenti/Relazione%20Corti%20Supreme_08.pdf. p. 9-10.

³²¹ TARUFFO, *op. cit.*, p. 20.

³²² Idem. p. 32.

³²³ A função dos tribunais superiores. Disponível em: baptistadasilva.com. p. 8-9. Em crítica à função exclusivamente reativa e privada exercida pelas cortes superiores brasileiras, Ovídio afirma que “nossas Cortes Supremas, quando julgam recursos extraordinários estão preocupados com o caso, nunca com a ‘unidade do ordenamento jurídico’, ou com a defesa da lei em ‘tese. Nossos tribunais aplicam o que defensores das cortes de cassação condenavam, a lei ‘*in hypotesis*’, a lei do caso concreto, não a lei ‘*in thesis*’”. (grifos no original). Idem. p. 10. Como exemplo de parcela da outrina processual brasileira que defendia a função reativa da Corte, podemos apontar Enrico Liebmann, que, embora reconhecesse a força criativa da jurisprudência, entendia que a principal distinção entre a legislação e jurisdição residiria na qualidade do objeto a respeito do qual são chamados a se pronunciarem: “problemas abstratos para o legislador; problemas concretos para o juiz, com a natural consequência de que o ato legislativo resolve e

Todavia, a promoção da função pública da corte suprema não significa dizer que a tutela do interesse da parte (o chamado *ius litigatoris*) é de menor importância, eis que a aplicação correta do direito na resolução da disputa jurídica concreta sempre deve ser assegurada, na medida em que o Estado é obrigado a dar uma resposta jurisdicional adequada e efetiva aos problemas jurídicos.

A função pública e proativa fica evidenciada, portanto, quando: a) o acesso à corte suprema é subordinado a uma seleção³²⁴; b) a atividade da corte é orientada principalmente a produzir e administrar precedentes.

Nessa perspectiva, como adverte Jolowicz, o problema que afeta as condições de trabalho das Cortes Supremas é o pequeno número de casos nos quais há genuíno interesse público em detrimento de um grande número de casos concretos que demandam a correção da decisão por violação a lei, fato que inevitavelmente sacrifica o papel proativo da Corte³²⁵.

Em resumo: da análise da experiência do direito comparado, podemos afirmar que duas são as principais funções que podem ser atribuídas a uma Corte Suprema, uma pública consistente na tutela da uniformidade da jurisprudência, por meio da criação dos precedentes (justiça formal), e na promoção do desenvolvimento do direito; outra privada configurada na tutela da correção da decisão do caso concreto, por meio da realização de uma justiça substantiva. A tendência que podemos verificar nos últimos anos, a qual parece colocar-se em nível geral, revela que a função tradicional reativa de tutela da legalidade no caso concreto cede espaço para o desempenho da função proativa na evolução do direito, de modo que, com poucas exceções, a finalidade pública e prospectiva está se revelando a função de maior importância, caracterizando-se como o aspecto decisivo (e às vezes o único) da maior parte das cortes supremas³²⁶.

é eficaz para uma série de casos futuros, enquanto o ato jurisdicional põe fim a uma controvérsia e é eficaz só em relação a esta (...) Assim é para os países de *Civil Law* e para nosso ordenamento". A força criativa da jurisprudência e os limites impostos pelo texto da lei. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 43, jul-set, 1986. p. 59.

³²⁴ Para uma ampla e criteriosa pesquisa de direito comparado sobre a regra de acesso às Cortes Supremas europeias, ver o relatório feito pelo Ofício do Massimario da Corte de Cassação italiana, citado na nota n. 29.

³²⁵ JOLOWICZ, *op. cit.*, p. 60.

³²⁶ Para uma visão geral sobre o papel assumido pelas Cortes Supremas no direito comparado atual, ver: OTEIZA, Eduardo. A função das Cortes Supremas na América Latina. História, paradigmas, modelos,

3.3 CONVIVÊNCIA ENTRE AS FUNÇÕES PRIVADA E PÚBLICA

Correndo o risco da redundância, retomamos aqui, por outra forma e outros argumentos, as reflexões precedentes, para deixar as ideias aqui sustentadas bem delimitadas.

Como visto no capítulo anterior, é certo que toda disputa jurídica surge a partir de um problema que ocorreu no caso concreto e, por isso mesmo, a função de resolução de disputas é imprescindível na atuação jurisdicional. Desse modo, o desempenho da função privada é ínsita a qualquer função jurisdicional.

Por outro lado, o exercício da função pública, na dimensão de criação de normas jurídicas, também é exercido pela Corte Suprema quando esta resolve uma disputa jurídica particular, eis que para tanto devem explicar o significado atribuído às normas em litígio, a aplicação e as consequências jurídicas decorrentes, mesmo que não haja uma norma previamente estabelecida. Aos órgãos jurisdicionais é imposto dever de decidir, mesmo nas hipóteses de omissão legislativa, contexto em que deve recorrer à analogia, costumes e princípios gerais de direito.

A Corte Suprema, portanto, sempre exercerá tanto a finalidade pública quanto a privada, vez que ambas estão presentes na função elementar de um tribunal: resolver disputas jurídicas.

O problema, então, para se definir o papel de uma Corte Suprema e, por conseguinte, seu perfil de acordo com o desenho (estrutural e valorativo) da ordem

contradições e perspectivas. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 35, n. 187, set.2010. p. 181-230; CADIET, Löic. Le juge de cassation en europe. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 37, vol. 209, julho 2012. p. 403-430. STÜRNER, Rolf. The New Role of Supreme Courts in a Political and Institutional Context from the German Point of View. In: **Annuario di Diritto Comparato e di Studi Legislativi**. Nápoles: Edizione Scientifiche Italiane, 2011. p. 335-358; LINDBLÖM, Henrik. The role of the Supreme Courts in Scandinavia. **Scandinavian studies in law**, n. 39, 2000. p. 337-349. Este artigo é uma versão atualizada do relatório regional apresentado no Colóquio internacional, da Associação Internacional de Direito Processual, ocorrido em Thessaloniki no ano de 1997, sobre o papel das Cortes Supremas, o mesmo que originou o relatório geral de Jolowicz. Na perspectiva, do direito supranacional, ver TROCKER, Nicolò, L'Europa delle Corti sovrane: una storia di judicial activism tra tutela dei singoli ed integrazione degli ordinamenti giuridici. In: **Annuario di Diritto Comparato e di Studi Legislativi**. Nápoles: Edizione Scientifiche Italiane, 2011. p. 91-128.

jurídica, é transferido para o campo de como a disputa jurídica concreta é resolvida, em outras palavras, como o processo de tomada de decisão é desenvolvido no cumprimento da finalidade pública de produção de normas jurídicas.

Quanto ao ponto, nos valem da explicação de Melvin Eisenberg. Para o autor, dois modelos são possíveis no papel do tribunal de estabelecimento de normas jurídicas. No primeiro, chamado de “*by-product model*”, as proposições normativas são criadas de forma incidental e instrumental, revela-se um subproduto da resolução do litígio concreto. A justificação na formulação de tais proposições se dá apenas na medida do necessário para a resolução da disputa, não lhe interessando seu efeito futuro. O segundo modelo, designado como *enrichment model*, por seu turno, trata o estabelecimento de normas jurídicas como seu objetivo principal, assume a posição de um regulador das condutas sociais, ou seja, não obstante desenvolva o direito, por meio da resolução de casos concretos, assim o faz de acordo com a criação de uma norma geral que atenda ao papel de referência futura³²⁷.

Nessa perspectiva, Eisenberg destaca que a tomada de posição por um dos modelos pelos tribunais se afigura imprescindível, na medida em que reflete diretamente na forma como as decisões são formuladas e publicadas, e principalmente, nas expectativas dos cidadãos³²⁸.

Bem vistas, as coisas, os modelos propostos por Eisenberg seguem a mesma linha de raciocínio e de objetivos dos modelos de justificação das decisões propostos pelo universalismo e particularismo, tal como aqui estudado, com a diferença de que o *subproduct model*, não obstante seja voltado para a resolução do conflito particular, se fundamenta e justifica em normas, e tem consciência do resultado, ainda que instrumental, da criação destas.

A criação de normas jurídicas na abordagem do *subproduct model* dá-se de forma secundária. O seu objetivo principal é a revisão das decisões e a realização da justiça no caso concreto, fato que marginaliza os demais objetivos de cunho nitidamente público, como o de unificação da jurisprudência e definição dos direitos, servindo, pois, aos propósitos de tribunal de revisão de terceira instância.

³²⁷ *op. cit.*, p. 5-7.

³²⁸ *Ibidem*.

Todavia, tais fins não justificam a criação e manutenção de uma Corte Suprema que deve assumir uma postura inversa: a de definir a “resposta certa” no sistema jurídico, isto é, o alcance e a interpretação da norma jurídica, por meio da criação do precedente. Daí porque podemos afirmar que o *enrichment model* é o modelo que está em conformidade com a exigência do princípio da universalidade e comprometido com os valores do Estado de Direito³²⁹.

Cumpra-se, entretanto, para a circunstância da importância que o caso concreto assume para o cumprimento da finalidade pública. Todo precedente é criado a partir de um conjunto determinado de fatos e argumentos discutidos. A razão universalizável justificadora da decisão é tomada a partir de um espaço de julgamento factível, no qual tanto os fatos quanto os argumentos jurídicos são definidos como forma de facilitar e tornar claro o elemento normativo vinculante para as decisões futuras, de um lado, e, de outro, para possibilitar o desenvolvimento do próprio precedente, seja através da criação de novos universais seja com seu próprio agigantamento³³⁰.

E isso se torna relevante para o adequado exercício da finalidade pública pela Corte Suprema, na medida em que o caso concreto é que dará o “tom” para a percepção de quais problemas normativos já foram ou não resolvidos pela Corte.

Posto isso, esclarecemos o problema de como a finalidade pública é realizada no raciocínio jurídico tomado pelas cortes Supremas. Como argumenta Taruffo, o modo de desempenho da função de criação e evolução do direito pelas Cortes Supremas tem apoio na eficácia de precedente esperada de suas decisões, porquanto é esta eficácia

³²⁹ Nesse sentido, o argumento de Eisenberg: “The function of resolving disputes faces toward the parties and the past. The function of enriching the supply of legal rules faces toward the general society and the future. As I will show, a major objective of the institutional principles of common law adjudication is to reconcile the tensions that may arise out of the difference in orientation between these two functions.” *op. cit.*, p. 7.

³³⁰ Michele Taruffo, com fundamento da teoria da universalidade de MacCormick, destaca a importância que o caso particular adquire para a formação do precedente, na medida em que este é circunscrito a uma *fattispecie* específica. Segundo o Professor de Pavia: “Esso attiene alla circostanza che poiché il precedente è sempre una decisione relativa ad un caso particolare, occorre che il significato della regola giuridica usata come criterio di decisione venga ‘concretizzato’ per riferirlo alla soluzione del caso particolare: il precedente no se comprende se l’interpretazione della norma che in esso è stata applicata non viene connessa direttamente con la fattispecie concreta che è stata decisa”. TARUFFO, Michele. Precedente e giurisprudenza. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. Milano: Giuffrè, anno 61, n. 3, 2007. p. 796.

que projeta para o futuro o que a Corte afirma. Igualmente, se projeta para o futuro e se realiza através de precedentes a função de unificação da jurisprudência³³¹.

A projeção para o futuro esperada pelo precedente e o tratamento igualitário entre os casos, por meio da unificação da jurisprudência, apenas pode ser conseguida com uma conta universal da justificação da decisão judicial, teoria esta que nada mais é do que uma exigência teórica e prática de qualquer Estado que pretenda ser de Direito.

Aqui, uma ressalva há de ser feita. A projeção esperada do precedente para o futuro, a função *pró-ativa*, tal como denominada por Taruffo, não representa um abandono das decisões passadas, da função *reativa*. A coerção da justiça formal implica uma um dever de mão dupla, ou seja: o dever que o juiz tem de tratar casos semelhantes de modo semelhante implica o dever de decidir o caso de hoje com fundamentos que esteja disposto a adotar para as decisões futuras, na mesma medida em que implica o dever de levar em consideração decisões anteriores tomadas no passado³³².

Nesse sentido, MacCormick afirma que “as duas implicações são implicações de adesão ao princípio da justiça formal; e quem quer que concorde quanto ao dever dos juízes de acatar o princípio da justiça formal esta comprometido com essas duas implicações”³³³.

Desse modo, as Cortes Supremas só conseguirão atingir sua finalidade pública de criação de uma jurisprudência uniforme e prospectiva se os efeitos de suas decisões obrigarem o processo de tomada de decisão para além do caso concreto e para os

³³¹ TARUFFO, *op. cit.*, p. 25-26. “Va inoltre considerato che la nomofilachia che si realiza per mezzo dle precedente è evidentemente rivolta verso il futuro: vero è, infatti, che la decisione che stabilisce il precedente resolve un caso passato, mas si trata di una decisone che si rivolge verso il futuro perché si propone come un modelo per decisioni successive”. TARUFFO, **Una reforma della cassazione civile...** p. 763. No mesmo sentido, TARUFFO, Michele. TARUFFO, Michele. Le corti supreme europee: acceso, filtri e selezione. In: **Le Corti Supreme: atti del convegno svoltosi a Perugia il 5-6 maggio 2000**. Centro Studi Giuridici e Politici della Regione Umbria. Centro Internaionale Magistrati “Luigi Severini”. Milão: Giuffrè Editore, 2001. p. 95-104. Nesse último artigo, Taruffo para justificar a função pública das Cortes Supremas, por meio da criação de precedentes, se vale da teoria geral da interpretação proposta por MacCormick sobre a universalidade.

³³² MACCORMICK, **Argumentação e teoria do direito...** p. 95.

³³³ Idem. p. 96. “Por banal que seja o fato de que as exigências da justiça formal estabelecem no mínimo uma razão presumível para a observância dos precedentes, não é menos verdadeiro, embora seja observado com menor frequência, que essas exigências impõem sobre a decisão de disputas levadas a juízo, coerções tanto voltadas para o futuro como para o passado”. Ibidem.

juízes subsequentes, sejam estes da mesma hierarquia sejam de jurisdição inferior, a estes com mais razão.

3.4 FUNÇÃO PROSPECTIVA E O JUIZ SUBSEQUENTE: CONFORMIDADE COM A EXIGÊNCIA DO ESTADO DE DIREITO

Até este momento do trabalho, buscamos demonstrar como a razão normativa universalizável deve servir de critério na justificativa das escolhas interpretativas abertas ao juiz na resolução de casos concretos, cabendo à Corte Suprema definir qual a razão universal deve prevalecer como correta, sendo, portanto, responsável pela constituição do precedente que servirá de referência para os casos futuros. Nesta perspectiva, questão que assume importante relevo é do comportamento do juiz subsequente (ou sucessivo), que é quem determina como as decisões passadas devem ser aplicadas aos casos presentes.

Jeremy Waldron coloca a questão da seguinte forma: quando um caso concreto semelhante ao decidido pelo tribunal superior chega às mãos de um juiz subsequente (seja este de primeiro grau ou mesmo um tribunal de instância inferior), qual o comportamento que este deve adotar? Deve tratar o caso da mesma forma como fez o juiz antecessor, ou seja, pelo fato do direito existente não regular direta ou explicitamente o problema jurídico, o enfrentou com a criação de uma proposição normativa universalizável? Ou, então, deve tomar o caso como um problema que já possui uma regra aplicável no sistema, devendo identificá-la e articulá-la na sua resolução? Como o juiz subsequente deve considerar a norma universal?

Como já longamente demonstrado, o juiz sucessivo frente a um precedente formado pelo tribunal superior ou do qual ele faça parte, deve, como ato de sua responsabilidade, tratá-lo como expressão de uma norma positiva, e não como um referencial no mundo³³⁴. Esse comportamento é o que o Estado de Direito exige: o respeito pelo precedente como genuína norma jurídica do sistema. O que revela o

³³⁴ Idem. p. 25.

porquê o critério da universalidade no precedente deve ser levado a sério pelos juízes subsequentes³³⁵.

De acordo com Waldron, o princípio da universalidade (ou generalidade como denomina), ao exigir que juízes trabalhem em conjunto na tarefa da definição das normas jurídicas, como integrantes de um corpo coerente (não como a soma de vontades individuais), assume função elementar para a construção do Estado de Direito³³⁶. Motivo pelo qual, na situação do juiz subsequente, a proposição normativa universal deve permanecer íntegra, devendo ser usada como justificativa para a resolução do caso concreto. Somente com a adoção desta postura pelo juiz sucessivo é que a justiça formal efetivamente encerra seu ciclo, tratando os casos semelhantes de forma igual, e o princípio do Estado de Direito se realiza.

Em outras palavras: quando o juiz sucessivo resolve o problema jurídico no caso x precedente, com fundamento em outras razões, as quais entende corretas e pertinentes para a adequada resolução da disputa, e desconsidera o efeito construtivo do precedente, desfaz ele a unidade do ordenamento jurídico, criando decisões incoerentes sobre problemas jurídicos iguais, ainda que o resultado concreto, para a parte, seja igual àquele que obteria se a razão universalizável já fixada tivesse sido reafirmada.

A recusa no uso do precedente pelos juízes na justificação das decisões judiciais, bem vistas as coisas, acarreta uma mudança na natureza do raciocínio do juízo precedente, no caso aqui tratado a Corte Suprema, que deixa de ser universal para ser um argumento por analogia³³⁷. E aqui alguns esclarecimentos devem ser feitos.

O argumento por analogia e argumento por precedente não são faces de um mesmo fenômeno. Como explica Frederick Schauer, é comum que equiparações sejam

³³⁵ Ibidem.

³³⁶ Idem. p. 23-26. Nesse sentido, Calmon de Passos destaca que o juiz de hierarquia inferior assim deve agir, não porque é um subalterno do juiz superior, mas porque é servidor público, e o seu comportamento contrário deve acarretar as mesmas consequências que a violação a lei impõe aos magistrados. Nas palavras do Professor baiano: "O juiz inferior não é subalterno do juiz superior, pois que ambos detêm o mesmo poder e só se distinguem em termos de competência. O juiz é, entretanto, um servidor do cidadão, dos membros do grupo social que o instituiu politicamente como agente de uma função pública, que por destinação e origem é e só pode ser serviço". *op. cit.*, p. 173.

³³⁷ Sobre o papel do argumento por analogia na argumentação jurídica, MACCORMICK, *op. cit.*, p. 268-278.

feitas entres ambos argumentos, vez que a analogia é prevista em lei e geralmente é usada como referência de apoio para os argumentos tomados nas decisões. Todavia, essa equiparação, não obstante seja compreensível, é um grave erro, haja vista ignorar diferenças substanciais³³⁸.

Argumento por analogia é usado na justificação como razão de reforço para o real entendimento do juiz, tal como um exemplo³³⁹, e não como critério de restrição. No raciocínio analógico, a decisão anterior é tomada como exemplo, no qual o juiz identifica semelhanças entre os casos e tenta convencer na sua justificação a tomada da mesma conclusão, ou seja, o juiz acha atraente o argumento do caso anterior e tenta se convencer das razões ali adotadas. Todavia, o argumento por precedente trata de uma restrição imposta sobre o raciocínio que obriga a tomada de decisão em conformidade com aquela tomada anteriormente³⁴⁰.

Melhor explicando: argumento por analogia envolve a seleção de uma fonte análoga, que não necessariamente é um caso decidido anteriormente, e serve como elemento de persuasão e não de correção da justificação; já o argumento por precedente não é uma questão de escolha é verdadeira restrição na justificação que a configura como correta e imparcial. Assim, se há caso concreto que já foi decidido por um tribunal superior ou mesmo pelo próprio juiz, não há uma “escolha”, uma opção argumentativa, para o juiz sucessivo decidir da mesma forma, mas sim um dever. Esta é a ideia do precedente: ser tomado como razão normativa da decisão, mesmo que o juiz sucessivo discorde das razões substantivas³⁴¹.

Um precedente apenas deve ser tomado como argumento por analogia quando for de origem de um juiz de hierarquia inferior. Neste caso, o precedente será usado

³³⁸ SCHAUER, Fredrick. **Precedent**. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1836384>.p. 5-6. Também sobre a questão das diferenças que a analogia e o precedente assumem no raciocínio jurídico ver. SCHAUER, Frederick. **Why Precedent in Law (and Elsewhere) Is Not Totally (or Even Substantially) About Analogy**. (August 2007) KSG Working Paper N. RWP07-036. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1007001>.

³³⁹ Sobre a diferença entre precedente e exemplo, TARUFFO, Michele. Precedente ed esempio nella decisione giudiziaria. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. Milano: Giuffrè, anno, 48, n. 1, mar.1994. p. 19-36.

³⁴⁰ Idem. p. 7.

³⁴¹ Idem. p. 8. Sobre as virtudes que a restrição do precedente impõe no raciocínio jurídico do juiz sucessivo, ver, por todos, SCHAUER, Frederick. **Precedent**. **Stanford Law Review**, n. 571, 1987. p. 16-20. As virtudes do precedente acompanham os principais argumentos que Schauer usa para a tomada de decisão com fundamento nas regras. **Las reglas en juego...** p. 198-220.

nas razões de decidir não como a justificação em si, mas como uma boa razão para se decidir daquela maneira, haja vista tratar de uma orientação que predomina no discurso jurídico dos tribunais e juízes inferiores.

Claro que a ideia do uso do precedente não implica um regime judiciário autoritário e engessado. Não. Por óbvio, que o juiz subsequente pode afastar a razão universalizável imposta a ele, mas, para tanto, deve oferecer boas razões, que devem demonstrar que o caso atual não trata do mesmo problema ou que possui fatos relevantes que o distinguem ou exigem um tratamento jurídico diverso, ou, ainda, que a decisão precedente está equivocada³⁴². Trata-se aqui das técnicas do *distinguishing* e do *overruling*³⁴³, que tem como principal função permitir a oxigenação do sistema e desenvolvimento do direito judicial.

Interessante perceber que nos casos em que o precedente não serve, seja por haver circunstâncias ou fatos particulares que os distinguem seja por qualquer outro motivo, a decisão precedente atua como um argumento por analogia. Isso porque o juiz vai demonstrar que, embora o caso seja distinto, aquela razão universal pode ser adotada com alguns ajustes, operação que favorece a expansão e contração dos precedentes. Analogias, portanto, são fundamentais para o desenvolvimento do direito, “ou seja, de estender ou reafirmar uma regra ou um princípio jurídico para que ele cubra, ou para mostrar como ele cobre, novas situações tais como as que Joseph Raz chama como casos não –regulados”³⁴⁴.

3.5 A IMPORTÂNCIA SOCIAL DA PROTEÇÃO DO ORDENAMENTO JURÍDICO ATRAVÉS DA CRIAÇÃO DE UMA JURISPRUDÊNCIA UNIFORME

³⁴² Afinal não se defende aqui a pretensão de que o judiciário seja um órgão com a sabedoria de Salomão, de que não julga equivocadamente. A questão da decisão errada, portanto, é de crucial importância, tanto para se reconhecer os limites da razão argumentativa quanto para chamar a atenção para o estudo das técnicas de correção de tais decisões.

³⁴³ Para uma visão ampla sobre as técnicas do *distinguish* e *overruling*, ver MARINONI, **Precedentes obrigatórios**... p. .

³⁴⁴ MACCORMICK, *op. cit.*, p. 269.

A finalidade pública da Corte Suprema tem como principal objetivo tutelar a integridade do ordenamento jurídico. Ou seja, devolver ao Estado de Direito a prospectividade, estabilidade, cognoscibilidade e generalidade das normas jurídicas, que foram objeto de discussão nos processos jurisdicionais, e aos cidadãos a definição dos seus direitos e deveres, com o fim de favorecer o desenvolvimento igualitário e racional de uma dada comunidade política.

A este argumento objetivo a favor da função pública, podemos adicionar outro, de caráter nitidamente social e ético, na medida em que os precedentes influenciam diretamente na vida dos cidadãos.

O tratamento uniforme dispensado pela jurisprudência na resolução dos casos concretos (com os olhos voltados para o futuro) tem como consequência a previsibilidade dos resultados das decisões judiciais, de um lado, e a confiança justificada nos cidadãos e atores sociais quanto às consequências jurídicas de suas ações, de outro, consequência esta que se faz imprescindível para a criação de um ambiente econômico favorável.

Ninguém discorda que a falta de uma jurisprudência uniforme acarreta insegurança jurídica e esta é inegavelmente um elemento desfavorável, por exemplo, para o estabelecimento das relações comerciais e econômicas em um dado país.

O índice de confiança na atuação do Poder Judiciário é um dos fatores que influenciam diretamente no índice de desenvolvimento econômico, embora, por óbvio, não seja o fator principal na determinação deste.

Qualquer empresa ou instituição privada que atue no mercado, seja quando contrata empregados, quando elabora o planejamento dos custos de seus serviços e produtos ou o cálculo de riscos, assim o faz com fundamento e confiança no que dizem os tribunais, mais do que com base na própria legislação, eis que esses se apresentam como a real medida de definição dos direitos e deveres.

Nesse sentido, Jordi Nieva Fenoll chega a declarar que o mau funcionamento dos tribunais de cassação na Europa tem um reflexo importante nas economias nacionais que ainda não foi devidamente destacada. No desiderato de demonstrar seu argumento, aponta que umas das principais causas da depressão econômica em muitos países se deve à falta de investimentos estrangeiros, e essa ausência de

operações comerciais estrangeiras, em muitas vezes, ocorre em razão da falta de confiança na atuação dos tribunais³⁴⁵.

Ora, empresas multinacionais ou de grande capital apenas operam transações comerciais com os riscos calculados e planejamento de custos e impostos estruturados. Se um país não oferece um ambiente institucional jurídico seguro, por certo afastará o investimento, porquanto demonstra claramente que as resoluções das disputas jurídicas se dão com margem na corrupção ou favorecimento em favor de agentes estatais.

Situação oposta, de tutela da segurança jurídica e confiança nos tribunais atrai investidores internacionais³⁴⁶ e, por consequência, aumenta os índices de

³⁴⁵ FENOLL, Jordi Nieva. La relevancia social de la casación: la importancia del *ius litigatoris*. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 32, n. 147, maio. 2007. p. 116.

³⁴⁶ As aspirações dos cidadãos por um Poder Judiciário imparcial e previsível, ou seja, pela realização dos valores caros ao Estado de Direito, se afinam com o discurso do Banco Mundial, que no documento técnico n. 319, propôs os seguintes objetivos para a reforma do Poder Judiciário nos países da América Latina: “A reforma econômica requer um bom funcionamento do judiciário o qual deve interpretar e aplicar as leis e normas de forma previsível e eficiente. Com a emergência da abertura dos mercados aumenta a necessidade de um sistema jurídico. (...) As novas relações comerciais demandam decisões imparciais com a maior participação de instituições formais. Todavia, o atual sistema jurídico é incapaz de satisfazer esta demanda, forçando, conseqüentemente, as partes a continuar dependendo de mecanismos informais, relações familiares ou laços pessoais para desenvolver os negócios. Algumas vezes isto desestimula as transações comerciais com atores desconhecidos possivelmente mais eficientes gerando uma distribuição ineficiente de recursos. Esta situação adiciona custos e riscos as transações comerciais e assim reduz o tamanho dos mercados, e conseqüentemente, a competitividade do mercado. Além disso, o crescimento da integração econômica entre países e regiões demanda um judiciário com padrões internacionais. Por exemplo, o WTO, MERCOSUL e o NAFTA requerem certos princípios para decidir questões comerciais. A integração econômica exige uma grande harmonização de leis, que por sua vez requer que elas sejam constantemente aplicadas pelos membros dos países. Os países membros dos mercados comuns devem ter a certeza de que as leis serão aplicadas e interpretadas de acordo com padrões regionais e internacionais. Dessa forma, os países ao redor do mundo devem modernizar o seus judiciários para acomodar estas demandas e prover um nível adequado para a arena internacional (....) Neste contexto, um judiciário ideal aplica e interpreta as leis de forma igualitária e eficiente o que significa que deve existir: a) previsibilidade nos resultados dos processos; b) acessibilidade as Cortes pela população em geral, independente de nível salarial; c) tempo razoável de julgamento; d) recursos processuais adequados”. Disponível em: <http://www.sinjusc.org.br/admin/uploads/baixar/DOCUMENTO%20TECNICO%20NUMERO%20319.doc>. Bem por isso, nossa preocupação em analisar a argumentação jurídica adotada nos tribunais, a fim de que estas não sejam meros recados de finalidade internacionais e atendam aos valores e princípios que informa todo o sistema jurídico, tanto o desenvolvimento econômico quanto a dignidade humana. Por fim, quanto ao ponto, ressaltamos que a adoção de uma reforma do judiciário como forma de promoção da realização do Estado de Direito, que exige um tratamento racional, imparcial e igualitário perante as leis e decisões judiciais, não é apenas um produto da política de desenvolvimento conhecida como *neoliberalismo*, tal como é sustentado. Insistir nesta ideia é negar a autonomia do próprio direito e de sua finalidade que é a realização da justiça e não o mero desenvolvimento econômico, fato que comprova este argumento é a tutela e promoção dos direitos humanos, exigência ao Estado de Direito como forma de realizar uma justiça mais digna e que atenda aos reclamos das minorias a fim de dar cabo à realização do ideal democrático, tão caro ao Estado de Direito. De modo que o silogismo mercado –

desenvolvimento e riqueza no país, o que reflete diretamente no padrão financeiro dos seus cidadãos³⁴⁷.

Por certo, a atuação coordenada e previsível dos tribunais e juízes inferiores reflete o trabalho desempenhado pela Corte Suprema do país, na medida em que um sistema de respeito aos precedentes se realiza, primeiramente, na atuação daqueles responsáveis pela sua criação. Um tribunal que não se respeita, não tem como exigir uma postura de fidelidade dos demais, até porque suas decisões serão em si mesmas divergentes.

E este argumento do desenvolvimento econômico não é de menor importância ou mesmo de “encomenda capitalista”; bem ao contrário, trata de um dos objetivos de nossa República Federativa, tal como prescreve o art. 3º, da Constituição Federal. A bem da verdade, o funcionamento correto e previsível dos órgãos jurisdicionais ao propiciar um ambiente de desenvolvimento econômico contribui para a expansão e garantia das liberdades substantivas dos indivíduos. Como afirma o economista Amartya Sen, o fim principal do desenvolvimento é a expansão da liberdade, na medida em que elimina os fatores de privação que limitam as escolhas e oportunidades das pessoas de exercerem conscientemente sua condição de agente³⁴⁸. Para Sen, a eliminação das privações é constitutiva do próprio desenvolvimento, o qual, por sua vez, favorece o gozo da liberdade econômica³⁴⁹.

Ademais, como bem sublinha Jordi Nieva Fenoll, a história nos ensinou que a atuação corrupta e arbitrária dos órgãos jurisdicionais desestabiliza a sociedade, podendo ser uma das causas de um momento revolucionário. Recorde-se, com as devidas ressalvas históricas, que a situação consolidada no Ancién Regime francês fez surgir enorme desconfiança nos magistrados, fato social que justificou a adoção de uma

regulação – Estado de Direito implica relações outras mais complexas. Nessa linha, ver FISS, Owen. La autonomía del derecho. In: **Estado de derecho y democracia: Un debate acerca del Rule of Law**. Buenos Aires: SELA 2000. p. 51-60.

³⁴⁷ Neste ponto, fazemos a ressalva de que não consideramos a questão da distribuição de renda, eis que esta trata de matéria de política pública e justiça social, objetivos que não de interesse direto dos empresários, tampouco do Poder Judiciário. Igualmente, reconhecemos que o índice de riqueza de um país não reflete necessariamente o padrão de riqueza de todos os cidadãos, mas, com certeza, oferece um padrão mínimo de desenvolvimento econômico. Desse modo, deixamos claro que as políticas de justiça social são de competência do Estado, não do Poder Judiciário, este deve contribuir com as armas que tem, como a criação de um ambiente institucional previsível e justo (justiça na acepção formal).

³⁴⁸ SEN, *op. cit.*, p. 10-11.

³⁴⁹ *Ibidem*.

teoria forte de separação dos poderes pelo movimento revolucionário francês no século XVIII³⁵⁰.

3.6 O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA COMO CORTE DE PRECEDENTES

Na ordem normativa constitucional brasileira, o tribunal que assume a posição de vértice na jurisdição ordinária é o Superior Tribunal de Justiça. Dentre as principais competências que lhe são atribuídas pela Constituição Federal, no art. 105, III, está a de resolver, em última instância, os problemas jurídicos afetos à interpretação das leis federais infraconstitucionais³⁵¹.

Prescreve o art. 105, III, da Constituição Federal, que ao Superior Tribunal de Justiça compete julgar, em recurso especial, as causas decididas pelos Tribunais de Justiça ou Regionais Federais quando, em única ou última instância: i) negam vigência ou contrariam lei federal ou tratado; ii) julgam válido ato de governo legal contestado em face de lei federal; ou, ainda, iii) dão à lei federal interpretação divergente daquela atribuída a outro tribunal.

O referido dispositivo constitucional revela a finalidade pública da Corte consistente na observância uniforme da interpretação da lei, isto é, da norma jurídica, garantindo unidade ao direito objetivo federal nacional e o respeito ao limite de divergência jurisprudencial que pode existir³⁵².

³⁵⁰ Idem. *op. cit.*, p. 118. Cf. CAPPELLETTI, **Repudiando Montesquieu?**... *op. cit.*

³⁵¹ Não se descarta que o constituinte conferiu diversas atribuições ao Superior Tribunal de Justiça no art. 105, da Constituição Federal (entre elas, por exemplo, a de processar e julgar, originariamente, crimes comuns de determinadas autoridades públicas, ou, ainda, de julgar recursos ordinários, quando funciona como verdadeiro “tribunal de apelação”). Entretanto, isso não é suficiente para afastar o reconhecimento de que sua principal função dentro do arranjo institucional brasileiro é o de ser verdadeira Corte de definição de direitos e, dessa forma, no sentido defendido no presente estudo, ser uma Corte de precedentes. Análise similar, feita em relação ao grande número de atribuições do Supremo Tribunal Federal não ser suficiente para descaracterizá-lo como Corte Constitucional, pode ser encontrada em VIERA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. Revista de Direito GV, n. 4. São Paulo: FGV, jul-dez. 2008, p. 448 e ss.

³⁵² Essa concepção da finalidade pública como atividade fim do Superior Tribunal de Justiça não é novidade e já foi reconhecida por alguns de seus ministros, mas o problema da prática deste tribunal reside justamente nisso: no fato de que a percepção da função de Corte de precedentes é de alguns ministros e não da instituição, motivo porque a jurisprudência é marcada por profunda e constante

Entretanto, há que se preceber que a norma constitucional diz muito pouco ao falar que compete à Corte assegurar que decisões que “contrariem a lei” ou “dêem a ela interpretação divergente” não podem prevalecer no ordenamento jurídico.

Conforme Luiz Guilherme Marinoni argumenta, “o texto constitucional, lido em sua dimensão literal, fez prevalecer o costume de se interpor recurso especial alegando-se, simplesmente, que a decisão contrariou a lei federal”, contexto prático e teórico que “impediu à Corte exercer de forma adequada, até hoje, a sua missão constitucional”³⁵³.

insegurança. Quanto ao ponto, elucidativo o voto-vista proferido pelo Min. Humberto Gomes no julgamento do AgRg n. 382.736-SC: “O Superior Tribunal de Justiça existe e foi criado para dizer o que é a lei infraconstitucional. Ele foi concebido como condutor dos tribunais e dos cidadãos Bem por isso, a Corte Especial proclamou que: ‘PROCESSUAL - STJ - JURISPRUDÊNCIA – NECESSIDADE DE QUE SEJA OBSERVADA. O Superior Tribunal de Justiça foi concebido para um escopo especial: orientar a aplicação da lei federal e unificar-lhe a interpretação, em todo o Brasil. Se assim ocorre, é necessário que sua jurisprudência seja observada, para se manter firme e coerente. Assim sempre ocorreu em relação ao Supremo Tribunal Federal, de quem o STJ é sucessor, nesse mister. Em verdade, o Poder Judiciário mantém sagrado compromisso com a justiça e a segurança. Se deixarmos que nossa jurisprudência varie ao sabor das convicções pessoais, estaremos prestando um desserviço a nossas instituições. Se nós – os integrantes da Corte – não observarmos as decisões que ajudamos a formar, estaremos dando sinal, para que os demais órgãos judiciários façam o mesmo. Estou certo de que, em acontecendo isso, perde sentido a existência de nossa Corte. Melhor será extingui-la’(AEREsp 228432).”

³⁵³ Idem. O problema da ausência de parâmetro normativo jurisdicional para a interposição do recurso especial, com fundamento na “violação literal de lei”, também afeta a adequada compreensão da admissão da ação rescisória, com base na “violação literal à lei”. Nada obstante, o problema verificado na prática, o Superior Tribunal de Justiça, pelo menos quanto à hipótese da ação rescisória, resolveu o problema de forma acertada ao mudar sua orientação quanto à aplicação da súmula 343 “1. A súmula 343/STF, editada antes da Constituição de 1988, tem origem na doutrina (largamente adotada à época, inspiradora também da súmula 400/STF) da legitimidade de interpretação razoável da norma, ainda que não a melhor, permitindo assim que a respeito de um mesmo preceito normativo possa existir mais de uma interpretação e, portanto, mais de um modo de aplicação. 2. Ao criar o STJ e lhe dar a função essencial de guardião e intérprete oficial da legislação federal, a Constituição impôs ao Tribunal o dever de manter a integridade do sistema normativo, a uniformidade de sua interpretação e a isonomia na sua aplicação. O exercício dessa função se mostra particularmente necessário quando a norma federal enseja divergência interpretativa. Mesmo que sejam razoáveis as interpretações divergentes atribuídas por outros tribunais, cumpre ao STJ intervir no sentido de dirimir a divergência, fazendo prevalecer a sua própria interpretação. Admitir interpretação razoável, mas contrária à sua própria, significaria, por parte do Tribunal, renúncia à condição de intérprete institucional da lei federal e de guardião da sua observância. (...)Por todas essas razões e a exemplo do que ocorreu no STF em matéria constitucional, justifica-se a mudança de orientação em relação à súmula 343/STF, para o efeito de considerar como ofensiva a literal disposição de lei federal, em ação rescisória, qualquer interpretação contrária à que lhe atribui o STJ, seu intérprete institucional. A existência de interpretações divergentes da norma federal, antes de inibir a intervenção do STJ (como recomenda a súmula), deve, na verdade, ser o móvel propulsor para o exercício do seu papel de uniformização. Se a divergência interpretativa é no âmbito de tribunais locais, não pode o STJ se furtar à oportunidade, propiciada pela ação rescisória, de dirimi-la, dando à norma a interpretação adequada e firmando o precedente a ser observado; se a divergência for no âmbito do próprio STJ, a ação rescisória será o oportuno instrumento para uniformização interna; e se a divergência for entre tribunal local e o STJ, o afastamento da súmula 343 será a via para fazer prevalecer a interpretação assentada nos precedentes da Corte Superior, reafirmando, desse modo, a sua função

Ora se não houver parâmetro normativo seguro, fruto de uma razão universalizável que densifique os termos do que significa a “lei federal”, tanto o sistema quanto o cidadão ficam reféns da retórica e da argumentação dos advogados, que, ao interpretar a lei, podem sempre adequar as hipóteses restritas de cabimento do recurso especial ao caso concreto em que atuam³⁵⁴. Desse modo, conforme explica Marinoni, “o parâmetro fundamental para a interposição do recurso especial só pode estar nas próprias normas jurídicas fixadas pela Corte Suprema”³⁵⁵.

Conforme arcabouço teórico construído até o momento na presente pesquisa, chega-se ao seguinte questionamento: a quem compete a fixação dessa norma jurídica, construída após o processo interpretativo, e fruto da razão justificadora universalizável? Outra resposta não se apresenta que aquela que vê o Superior Tribunal de Justiça como verdadeira Corte de Precedente, dando cumprimento à importante função de observância uniforme das normas jurídicas federais infraconstitucionais³⁵⁶.

Assim, se ao STJ incumbe a função própria de uma Corte Suprema que é assegurar a uniformidade da jurisprudência, como elemento indispensável para a realização do direito fundamental à igualdade perante o direito, o acesso a esta corte deve se dar por motivos que estejam em conformidade com os valores tutelados por ela.

Explica-se: o STJ deve se dedicar a resolver apenas recursos especiais interpostos em face de decisões que tenham sido proferidas em sentido contrário à jurisprudência firmada pelo próprio STJ ou quando inexistir uma doutrina jurisprudencial (leia-se um estoque de razões universalizáveis de normas jurídicas) já produzida pelo próprio STJ sobre leis que ainda não foram objeto de análise³⁵⁷.

constitucional de guardião da lei federal.” Resp. n. 1026234-DF, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, julgado em 27.05.2008, publicado no Dje 11.06.2008.

³⁵⁴ “A indistinção entre texto legal e norma jurídica transformou o recurso especial num recurso cabível contra toda e qualquer decisão que interpretou a lei federal, em que basta ao recorrente argumentar de modo a evidenciar que a interpretação conferida pelo tribunal ordinário não é correta, ou melhor, não é aquela que atende aos interesses da parte”. MARINONI, Luiz Guilherme. O Superior Tribunal de Justiça enquanto Corte Suprema. De Corte de revisão para Corte de precedentes. No prelo.

³⁵⁵ Ibidem.

³⁵⁶ Ibidem. Neste artigo, o Professor Luiz Guilherme Marinoni propõe, com fundamento já na sua teoria dos precedentes obrigatórios, a releitura da função do STJ para que este assumira sua função precípua de caráter pública e prospectiva, na condução da uniformização e desenvolvimento coerente do direito federal infraconstitucional.

³⁵⁷ Esse modelo processual de acesso à Corte Suprema foi tomado do proposto por Andrés de la Oliva Santos para o juízo de cassação do Tribunal Supremo espanhol, proposta esta que coincide com a que

Com essa percepção da finalidade pública, pretende-se superar, portanto, a visão tradicionalmente compreendida à generalidade da doutrina processual civil brasileira de que a norma constitucional que prevê as hipóteses específicas de cabimento do recurso especial tutela apenas as partes litigantes, como resposta a um suposto direito subjetivo de acesso à Corte por motivo de revisão e correção do caso concreto³⁵⁸.

O novo desenho institucional para o recurso especial privilegia de forma notória a prevalência do *ius constitutions* sobre o *ius litigatoris*, na medida em que deixa claro que o cidadão não tem o direito subjetivo ilimitado de revisão do seu caso, mas sim que a revisão apenas será configurada como direito quando se estiver verdadeiramente diante de hipótese de violação da norma jurídica já fixada pela Corte em seus precedentes ou de uma “lei nova” e de divergência jurisprudencial.

À rigor, atribuir função de ampla revisão de casos ao STJ significa desprivilegiar o trabalho dos Tribunais de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais, os quais têm o dever de reanalisar matéria fática em razão da ampla devolutividade do recurso de apelação³⁵⁹, em clara função reativa e de correção da decisão.

foi adotada pelo art. 447, da nova *Lei de Enjuiciamiento civil* da Espanha. Segundo o autor: “el Tribunal Supremo de dedique en España a resolver recursos de casación por infracción de leyes sustantivas (sin revisión de los hechos ni de presuntas infracciones de leyes procesales) siempre que concurra un interés general determinado por la necesidad de establecer doctrina jurídica interpretativa de las fuentes del Derecho dotada de especial autoridad. Ese interés general, concretamente, el *interés casacional*, debería prevalecer absolutamente sobre el *ius litigatoris* y se consideraría existente, no por arbitrio del mismo Tribunal Supremo, sino por la oposición de la sentencia recorrida a doctrina jurisprudencial del mismo tribunal, por la existencia de jurisprudencia contradictoria de los tribunales de segunda instancia o por la inexistencia de doctrina autorizada sobre normas y preceptos materialmente nuevos, al margen de la *summa gravaminis* de los casos.” (grifos no original). SANTOS, Andrés de la Oliva. Un modelo de casación civil eficaz para el tribunal supremo de España. p. 277-279.

³⁵⁸ Para uma visão ampla do argumento proposto, consulte-se: MOREIRA, *op. cit.*, p. 592-594.

³⁵⁹ A bem da verdade, o modelo de organização judiciária “ideal” para o bom desenvolvimento da justiça civil, de acordo com os princípios que informam o Estado de Direito e os direitos fundamentais, de há muito já foi percebido e proposto. Todavia, ainda insistimos em reforma de detalhes, como Mauro Cappelletti. Sobre a questão, ver CAPPELLETTI, Mauro. Dictamen iconoclastico sobre la reforma del proceso civil italiano. In: **Proceso, ideologías, sociedad**. Tradução de Santiago Santís Melendo e Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: EJEA, 1980. p. 273-284; DENTI, Vittorio. Riforma o controriforma de processo civile? Un progetto per la giustizia civile. Rivista di Diritto Processuale. Padova: Cedam, vol XXV, II serie, 1970. p. 434-443. No direito brasileiro, as ideias foram introduzidas e defendidas por Luiz Guilherme Marinoni, eis que o estudo da prestação de uma tutela efetiva e adequada, na qual a sentença de primeiro grau goze de executividade imediata, é objeto central de suas pesquisas. Cf, também, MITIDIERO, Daniel. Por uma reforma da justiça civil no Brasil. **Revista de Processo**. São Paulo: RT, vol. 199, setembro 2011. p. 83-99.

Como afirmou John Jolowicz se estamos certos na crença de que uma Corte Suprema deve servir vários objetivos na sua função pública, então, embora o “para que” e “por que” continuam a serem consideradas questões importantes, haja vista a dinamicidade da vida social e, por conseguinte, jurídica, devemos prestar atenção, ainda, em como essa função pode e deve ser desenvolvida³⁶⁰, ou seja, a pergunta que importa então é “como”.

E esse debate se torna ainda mais relevante quando compreendemos que para qualquer mudança normativa na estrutura de nosso processo e de nossas instituições faz-se necessário termos bem delineados os objetivos e valores que queremos tutelar e se os mesmos são conformes com o nosso ideal de Estado de Direito. Sem isso, qualquer pretensão de reforma legislativa ou teórica se fundamentará apenas em argumentos pragmáticos e imediatistas, o que, por certo, não resolverá de forma verdadeira os problemas.

Todavia, a investigação para se responder a pergunta “como” não faz parte do nosso objeto nesta pesquisa, haja vista que nossos propósitos aqui, tal como advertido na introdução, é compreender qual é a função que uma Corte Suprema deve assumir no Estado de Direito, a partir de uma justificação teórica. Daí porque a necessidade de um intercâmbio entre a teoria do direito e a prática do direito.

De tudo o quanto dito, evidencia-se que a necessidade de se pensar em reformas legislativas e constitucionais em relação ao recurso especial deve estar pautada diretamente na precípua função que deve ser atribuída ao STJ pela Constituição brasileira. Assim, a um só tempo, devem as reformas estar conectadas com os ideais do Estado de Direito e com o verdadeiro imperativo constitucional, de modo que se construam técnicas e práticas que permitam a realização do STJ como Corte de precedentes.

³⁶⁰ *op. cit.*, p. 63.

CONCLUSÃO

No presente trabalho, concluiu-se que as razões para que o Superior Tribunal de Justiça assumira a função de Corte de precedentes está para além dos argumentos pragmáticos de redução de carga de trabalho. A bem da verdade, a questão sobre como diminuir a sobrecarga de recursos deve ser feita depois de se discutir e consolidar as respostas sobre qual é a genuína função de uma Corte de vértice no Estado de Direito. E este ponto trata de uma importante distinção a ser feita, porque, por muitas vezes, a questão de como diminuir o número de recursos se disfarça na questão sobre o papel da Corte, disfarce que acarreta uma visão equivocada do problema, na medida em que este é tratado a partir de suas consequências e não de sua causa ou finalidade, o que, por consequência, provoca soluções equivocadas.

Certos de que as premissas aqui desenvolvidas e as conclusões inferidas são apenas introdutórias e provisórias, haja vista o caráter persuasivo dos argumentos no direito, exporemos as principais inferências obtidas:

- a) o Estado de Direito, enquanto ideal da nossa moralidade política e jurídica, tem por objetivo controlar toda a atividade do poder político por meio do direito, como forma de garantir um ambiente mais favorável aos cidadãos;
- b) o controle por meio do direito requer que as normas jurídicas sejam claras, prospectivas, determinadas, inteligíveise impessoais;
- c) a dimensão procedimental do Estado de Direito, bem como o caráter argumentativo do direito são elementos estruturantes daquele e não um valor contrário, na medida em que disponibiliza aos cidadãos instrumentos de defesa em face de uma atuação arbitrária do Estado ou de particulares;
- d) a complexidade que a aplicação das normas jurídicas acarreta na prática jurisdicional e na sociedade gera um estado de imprevisibilidade, ininteligibilidade do direito e insegurança; o direito que era antes era certo se torna incerto ou ao menos contestável;
- e) a reconciliação entre os valores do Estado de Direito e do seu caráter argumentativo se dá no plano da prática jurisdicional, recaindo sobre os

órgãos jurisdicionais a responsabilidade de realizar os valores prometidos pelo Estado de Direito, que consiste precipuamente na devolução do significado dos direitos.

- f) as decisões judiciais se apresentam como elementos normativos prescritos o que requer o estudo das teorias da justificação, a fim de se perceber qual modelo está em conformidade com os valores tutelados pelo Estado de Direito;
- g) modelos de justificação são oferecidos pelo universalismo e particularismo;
- h) a universalidade na justificação impõe sobre o processo de tomada de decisão a restrição do uso dos precedentes, como técnica capaz de assegurar o tratamento uniforme de todos os casos semelhantes, assim como é o modelo que se revela tutelado pelo desenho institucional do processo;
- i) afirmar que a proposição normativa de uma decisão deve ser universal não significa que ela deve ser absoluta. Esta limitação da universalidade é reconhecida, em face da diversidade e complexidade do mundo prático e da vida social. Ou seja, outros casos, que à primeira vista aparentam as mesmas características daquele em que foi formada a proposição normativa, poderão apresentar fatores ou circunstâncias adicionais, que não foram consideradas na decisão, ou mesmo apresentar fatores que contrapõem o resultado obtido naquelas razões justificadoras, de modo tal que a decisão se torna inapropriada para a resolução do novo caso.
- j) o tratamento das exceções deve ser de acordo com o princípio da universalidade;
- k) a convivência entre as razões universalizáveis no sistema jurídico devem ser coordenadas e uniformizadas pela Corte de vértice;
- l) o tribunal superior tem de cumprir a exigência da universalidade na justificação de suas decisões judiciais, a fim de garantir que, ao definir a “resposta certa” que irá ligar os demais tribunais e juízes, está agindo de forma racional e igualitária;

- m) a finalidade pública da Corte Suprema deve prevalecer em detrimento da finalidade privada;
- n) as Cortes Supremas só conseguirão atingir sua finalidade pública de criação de uma jurisprudência uniforme e prospectiva se os efeitos de suas decisões obrigarem o processo de tomada de decisão para além do caso concreto e para os juízes subsequentes, sejam estes da mesma hierarquia sejam de jurisdição inferior, a estes com mais razão.
- o) a concepção de que a função do Superior Tribunal de Justiça é de uma corte de revisão e, portanto, deve responder aos recursos interpostos de forma individual, entregando apenas a prestação jurisdicional do caso concreto não responde aos valores e princípios que informam o Estado de Direito, tampouco respeita o desenho institucional do processo e mais ainda a obrigação constitucional que recai sobre o STJ.

REFERÊNCIAS

AARNIO, Aulis. **Lo racional como razonable: un tratado sobre la justificación jurídica**. Tradução de Ernesto Garzón Valdéz. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1991.

AKANMIDU, Raphael A. The Morality of Precedent in Law. **Ratio Juris**, v. 14, n. 2, jun./2001.

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

ALEXY, Robert. Balancing, constitutional review and representation. **Oxford University Press and New York University School of Law**. Vol. 3, n. 4, 2005, pp. 572–581

ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. Tradução de Zilda Hutchinson. Martins fontes: São Paulo, 2011.

ALEXY, Robert. Los principales elementos de mi filosofía del Derecho. **Doxa - Cuadernos de Filosofía del Derecho**, n. 32, 2009. p. 67-84.

ALEXY, Robert. Sistema jurídico, princípios y razón práctica. **Doxa - Cuadernos de Filosofía del Derecho**. n. 5, 1988. p. 139-151.

ANDREONI, Fernando. **Hermenêutica jurídica e derrotabilidade**. Curitiba: Jurúa, 2010.

AMAYA, Amalia. **La coherencia en el derecho**. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2049990>.

AMAYA, Amalia. **The Role of Virtue in Legal Justification** (May 21, 2012). Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2064301>.

AMAYA, Amalia. **Virtudes, Argumentación Jurídica y Etica Judicial** (May 21, 2012). Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2064304>

AMAYA, Amalia. **Virtud y Razón en el Derecho: Hacia una Teoría Neo-Aristotélica de la Argumentación Jurídica** (May 21, 2012). Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2064298>.

AMAYA, Amalia. **Virtue and reason**. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2064335>.

ATIENZA, Manuel. El derecho como argumentación. **Isegoría**, n. 21, 1999. 37-47.

ATIENZA, Manuel. **El derecho como argumentación**. Barcelona: Ariel, 2006.

ATINEZA, Manuel. **Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica**. México: Instituto de investigaciones jurídicas, 2005.

ATIENZA, Manuel. Las razones del derecho. Sobre la justificación de las decisiones judiciales. **Isonomía - Revista de Teoría e Filosofía del Derecho**, n. 1, 1994. p. 52-69.

AVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: entre a ciência do direito e o direito da ciência. **Revista eletrônica de Direito do Estado**. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 17, jan-mar. 2009. p. 1-19.

ARISTÓTELES. **Ética a nicômaco**. São Paulo: Martins Claret, 2000.

BANKOWSKI, Zenon. **Vivendo plenamente a lei**. Tradução de Lucas Dutra Bortolozzo, Luiz Reimer Rodrigues Rieffel e Arthur Maria Ferreira Neto. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

BANKOWSKI, Zenon; MACLEAN, James. Introdução. In: BANKOWSKI, Zenon; MACLEAN, James (ed). **The universal and particular in legal reasoning**. Aldershot: Ashgate, 2006. p. xi-xii.

BANKOWSKI, Zenon. In the judgment space: the judge and the anxiety of the encounter. In: BANKOWSKI, Zenon; MACLEAN, James (ed). **The universal and the particular in the legal reasoning**. Aldershot: Ashgate, 2006. p. 25-40.

BAYÓN, Juan Carlos. ¿Por qué es derrotable el razonamiento jurídico. **Doxa - Cuadernos de Filosofía del Derecho**, n. 24, 2001. p. 58-.

BELL, John. The institutional constraints on particularism. In: BANKOWSKI, Zenon; MACLEAN, James (ed). **The universal and particular in the legal reasoning**. Aldershot: Ashgate, 2006. p. 41-52.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. **Argumentação contra legem**: uma teoria do discurso e a justificação dos casos mais difíceis. Renovar, 2005.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. **Teoria do precedente judicial. A justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais**. São Paulo: Noeses, 2012.

CADIET, Löic. Le juge de cassation en Europe. **Revista de Processo**. São Paulo: RT, ano37, vol. 209, julho 2012. p. 403-430.

CANNOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CANTOR, Ernesto Rey. Control de convencionalidad de las leyes. In: Mac-Gregor, Eduardo Ferrer e Lello de Larrea, Arturo Zaldívar (coords.). **La ciencia del derecho procesal constitucional**: estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Unam/Marcial Pons, 2008, p. 225-262

CARDOZO, Benjamin N. **A natureza do processo judicial**. Tradução de Silvana Viera. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

CARPI, Federico. L'accesso alla Corte de Cassazione italiana e alle Corti Supreme dei paesi europei. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 204, fevereiro. 2012. P. 195-207.

CAPPELLETTI, Mauro. Dictamen iconoclastico sobre la reforma del proceso civil italiano. In: **Proceso, ideologías, sociedad**. Tradução de Santiago Santís Melendo e Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: EJE, 1980. p. 273-284.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes irresponsáveis?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993.

CAPPELLETTI, Mauro. Repudiando Montesquieu. A expansão e a legitimidade da justiça constitucional. . Porto Alegre: **Revista do Tribunal Regional Federal da 4ª região**, n. 40 , 2001. p. 25-26.

CAPONI, Remo. **La modifica dell'art. 360, 1 comma, n.5 c.p.c.** Disponível em: http://www.academia.edu/2117693/Remo_Caponi_2012_La_modifica_dellart._360_1_comma_n._5_c.p.c.

CASALMIGLIA, Albert. Pospositivismo. **Doxa - Cuadernos de Filosofía del Derecho**, n. 21, 1998, p. 212-215.

CELLA, José Renato Gaziero Cella. **Auto-precedente e argumentação racional.** Disponível em: www.cella.com.br.

CHIARLONI, Sergio. Ruolo della giurisprudenza e attività creative di nuovo diritto. Milano: **Rivista trimestrale di diritto e procedura civile**, anno LVI, n. 1, mar.2002. p. 1-16.

CONNORS, Jordan Wilder. Treating Like Subdecisions Alike: The Scope of Stare Decisis as Applied to Judicial Methodology. **Columbia Law Review**, v. 108, apr./2008.

COSTA, Judith Martins. O direito privado como um “sistema em construção”. Porto Alegre: **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, v. 15, 1998. p. 134.

COSTA, Pietro. O estado de direito: uma introdução histórica. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Org.). **O estado de direito, história, teoria, crítica**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 96.

CRUZ, Arthur Piranema. **Ethica Nicomachea: uma leitura particularista**. Dissertação apresentada ao programa de pós-graduação da Universidade Federal de Pelotas.

DENTI, Vittorio. Riforma o controriforma de processo civile? Un progetto per la giustizia civile. **Rivista di Diritto Processuale**. Padova: Cedam, anno XXVIII, II serie, n. 2, 1973. p. 284-294.

DIDIER, Fredie Junior. **Curso de Processo Civil**. vol 1. Salvador: Juspodivm, 2011.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípios**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

EISENBERG, Melvin Aron. **The Nature of the Common Law**. Cambridge: Harvard University Press, 1998.

FENOLL, Jordi Nieva. La relevância social de la casación: la importância del *ius litigatoris*. **Revista de Processo**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, ano 32, n. 147, maio.2007. p. 97-122.

FERRARESE, Maria Rosaria. Dal “verbo” legislativo a chi dice l’“ultima parola”: le Corti costituzionali e la rete giudiziaria. In: **Annuario di Diritto Comparato e di Studi Legislativi**. Nápoles: Edizione Scientifiche Italiane, 2011. p. 63-90.

FIGUEROA, Alfonso García. El derecho como argumentación y el derecho para la argumentación. **Doxa - Cuadernos de Filosofía del Derecho**, n.24, 2001. p. 646.

FISS, Owen. La autonomía del derecho. In: **Estado de derecho y democracia**: Un debate acerca del *Rule of Law*. Buenos Aires: SELA 2000. p. 51-60.

GROTE, Rainer. Rule of Law, Etat de Droit and Rechtsstaat – The Origins of the Different National Traditions and the Prospects for their Convergence in the Light of Recent Constitutional Development. In: C. Starck. **Constitutionalism, Universalism, and Democracy**. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft . 1999. p. 269-306.

GUASTINI, Ricardo. Implementing the Rule of Law, in P. Comanducci, R. Guastini (eds.), *Analisi e diritto 2001. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Giappichelli, Torino, 2002, pp. 95-103

GUASTINI, Ricardo. Se i giudici creino diritto. In: A Vignudelli (org.). **Istituzioni e dinamiche del diritto: I confini mobili della separazione dei poteri**. Milano: Giuffrè, 2009, p. 389-401.

HART, Herbert. Positivism and the separation of law and morals. **Harvard Law Review**, vol. 71. 1958. p. 593-629,

HESSE, Konrad. **Temas fundamentais do direito constitucional**. Textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes, Inocência Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009.

HITTERS, Juan Carlos. Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? **Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional**. México: Porrúa, n. 10. Jul-dec, 2008, p. 131-155.

GASCON, Marina. Igualdad y respecto al precedente. **Derechos y libertad - Revista del Instituto Bartolomé de las Casas**, n. 2, 1993. p. 211-228.

GASCON, Marina. **Rationality and (self) precedent**: brief considerations concerning the grounding and implications of the rule of self precedent. [Archiv für rechts-und sozialphilosophie, ARSP. Beiheft](#), n. 133, 2012. p. 35-50.

JOLOMICZ, John Anthony. Appeal, cassation, amparo and all that. In: **Estudios en homenaje al doctor Hector Fix-Zamudio en sus treinta años como investigador de ciencias jurídicas**. Tomo III. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1988. p. 2045-2074.

JOLOMICZ, John Anthony. The role of the supreme court at the national and international level, a general report. In: Yessiou-Faltsi (ed). **The Role of the Supreme Courts at the National and International Level**. Thessaloniki: Sakkoulas, 1998. p. 47-63.

KANT, Emmanuel. **Doutrina do direito**. Tradução de Edson Bini. 3ª ed. São Paulo: Ícone, 1993.

KERAMEUS, Konstantinos. Corti supreme a confronto: stato delle cose e linee evolutive. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedure Civile**. Milano: Giuffrè, anno LIII, 1999. p. 143-148.

LIEBMAN, Enrico Tulio. A força criativa da jurisprudência e os limites impostos pelo texto da lei. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 43, set. 1986. p. 57-60.

LINDBLOM, Henrik. The role of the Supreme Courts in Scandinavia. **Scandinavian studies in law**, n. 39, 2000. p. 325-366.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil. Teoria Geral do Processo**. v. 1. 4ª ed. São Paulo: RT, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz. **Prova**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. **O Superior Tribunal de Justiça enquanto Corte Suprema. De Corte de revisão para Corte de precedente**. No prelo.

MARMOR, Andrei. Should like cases be treated alike? **Legal Theory**, vol. 11, Mar/2005.

MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. Tradução de Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MACCORMICK, Neil. Coherence in legal justification. In: **Theory of legal science**. Ed. PECZENICK, Alexander et al. Dordrecht: D. Reidel Publishing, 1984. p. 235-251.

MACCORMICK, Neil. Ethical Positivism and the Practical Force of Legal Rules. In: Tom Campbell, Jeffrey Goldsworthy (eds) **Judicial Power, Democracy and Legal Positivism**. Aldershot: Dartmouth, 2000. p.37-57.

MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert. Introduction. In:_____. **Interpreting precedents: a comparative study**. Dartmouth: Ashgate, 1997.

MACCOMICK, Neil. La argumentación silogística: una defenza matizada. **Doxa - Cuadernos de Filosofía del Derecho**, n. 30, 2007. p. 321-334.

MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de Direito**. Uma teoria da argumentação jurídica. Tradução de Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MACCORMICK, Neil. The ethics of legalism. **Ratio Juris**, vol. 2, n. 2, 1988. p 184-193.

MACCORMICK, Neil. The significance of precedent. **Acta Juridica**, n. 187, 1998. p. 174-187.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes**. O desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo. Rio de Janeiro, Renovar, 2008.

MICHELON, Claudio. **MacCormick's Institutionalism between theoretical and practical reason**. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1585894>.

MICHELON, Claudio. **Practical wisdom in legal decision-making**. University of Edinburgh School of Law Working Paper No. 2010/13. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1585929>.

MICHELON, Claudio. Practical reason and character traits: remarks on MacCormick's sentimental theory of moral perception. In: BANKOWSKI, Zenon; MACLEAN, James

(ed). **The universal and particular in the legal reasoning**. Aldershot: Ashgate, 2006. p. 115-128.

MIGUEL, Alfonso Ruiz. Equality before the law and the precedent. **Ratio Juris**, vol. 10, n.4, 1997. p. 372-391.

MITIDIERO, Daniel. Por uma reforma da justiça civil no Brasil. **Revista de Processo**. São Paulo: RT, vol. 199, setembro 2011. p. 83-99.

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no Processo Civil – Pressupostos Sociais, lógicos e éticos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

NOVAIS, Jorge Reis. Direitos fundamentais. Trunfos contra a maioria. Coimbra: Editora Coimbra, 2006.

OCCHIOCUPO, Nicola. La Corte Costituzionale come giudice di “opportunità” delle leggi. In: _____. **Costituzione e Corte Costituzionale**: percorsi di un rapporto “genético”, dinâmico e indissolubile. Milão: Giuffrè Editore, 2010. p. 97-150.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil**. vol 1. São Paulo: Atlas, 2010.

OTEIZA, Eduardo. A função das Cortes Supremas na América Latina. História, paradigmas, modelos, contradições e perspectivas. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 35, n. 187, set.2010. p. 181-230.

PÁRAMO, Juan Ramón de. Entrevista a H. L. A. Hart. **Doxa - Cuadernos de Filosofía del Derecho**, n. 5, 1988. p. 339-361.

PASSOS, J.J. Calmon de. Súmula vinculante. **Revista do Tribunal Regional Federal 1a. Região**. Brasília. Jan-marc. 1997, v. 9. p. 163-176.

PECZENICK, Aleksander. Particulars and Universals in legal justification. In: BANKOWSKI, Zenon; MACLEAN, James (ed). **The universal and the particular in legal reasoning**. Aldershot: Ashgate, 2006. p. 191-201.

PICARDI, Nicola. Nicola Picardi. La vocazione del nostro tempo per la giurisdizione. Milano: Giuffrè. **Rivista trimestrale di diritto e procedura civile**, anno LVIII, n. 1, mar.2004. p. 41-42.

PISANI, Andrea Proto. Crisi della cassazione: la (no più rinviabile) necessità di una scelta. **Revista de Processo**. São Paulo: RT, vol. 157, março 2008. p. 261-268.

PISANI, Andrea Proto. Principio d'egualianza e ricorso per cassazione. *Revista de Processo*. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, vol. 191, janeiro 2011. p. 201-210.

PIZZORUSSO, Alessandro. Un'invenzione che ha cambiato il modo di concepire il diritto: la giustizia costituzionale. In: **Annuario di Diritto Comparato e di Studi Legislativi**. Nápoles: Edizione Scientifiche Italiane, 2011. p. 37-62.

REDONDO, Cristina. Sobre razones y normas. **Doxa - Cuadernos de Filosofía del Derecho**, n. 05, 2005. p. 29-66.

SADURSKI, Wojciech. La crescita delle Corti costituzionali nei paesi dell'Europa centrale e orientale dopo la caduta del comunismo: alla ricerca del monopolio sulla giustizia costituzionale. In: **Annuario di Diritto Comparato e di Studi Legislativi**. Nápoles: Edizione Scientifiche Italiane, 2011. p. 305-334.

SANTOS, Andrés de la Oliva. Un modelo de casación civil eficaz para el tribunal supremo de España. In: **Annuario di Diritto Comparato e di Studi Legislativi**. Nápoles: Edizione Scientifiche Italiane, 2011. p. 249-280.

SARTOR, Giovanni. **Syllogism and Defeasibility**: A Comment on Neil MacCormick's Rhetoric and the Rule of Law. EUI-LAW Working Papers. European University Institute (EUI), Department of Law n. 23. p. 10, 2006. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=963324> .

SCHAUER, Frederick. **Why Precedent in Law (and Elsewhere) Is Not Totally (or Even Substantially) About Analogy** (August 2007). KSG Working Paper N. RWP07-036. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1007001>.

SCHAUER, Frederick. La categorización en el derecho y en el mundo. **Doxa - Cuadernos de Filosofía del Derecho**, n. 28, 2005. p. 307-320.

SCHAUER, Frederick. A critical guide to vehicles in the park. **New York University Law Review**. Vol. 83. 2008. p.1109 –1134

SCHAUER, Frederick. **Las reglas en juego**. Un examen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas en el derecho y en la vida cotidiana. Madrid: Marcial Pons, 2004.

SCHAUER, Frederick. **Institutions and the concept of law**: A reply to Ronald Dworkin (with some help from Neil MacCormick). Law as institutional normative order: essays in honour of Sir Neil MacCormick, M. Del Mar, ed., Ashgate, 2009. Disponible em: <http://ssrn.com/abstract=1403311>

SCHAUER, Frederick; SPELLMAN, Barbara. **Legal reasoning**. Virginia Public Law and Legal Theory Research Paper No. 2012-09. Disponible em: <http://ssrn.com/abstract=2000788>.

SCHAUER, Frederick, **Must Virtue Be Particular?** (January 13, 2011). LAW, VIRTUE & JUSTICE, A. Amaya, H. L. Ho, eds., Oxford, Hart Publishing, 2010; Virginia Public Law and Legal Theory Research Paper No. 2011-01. Disponible em: <http://ssrn.com/abstract=1739920>.

SCHAUER, Frederick. Is Defeasibility an Essential Property of Law? (October 12, 2008). In: JFERRER, Jordi, RATTI, C. eds. **Law and defeasibility**. Oxford University Press, 2010 . Disponible em: <http://ssrn.com/abstract=1403284>.

SCHAUER, Frederick. **On the open texture of law**. Disponible em: <http://ssrn.com/abstract=1926855>.

SCHAUER, Frederick. Precedent. **Stanford Law Review**, vol. 39, n. 3, feb./1987.

SCHAUER, Frederick. **Precedent**. Disponible em: <http://ssrn.com/abstract=1836384>.

SCHWART, Luis Fernando. Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem. **Revista de direito administrativo**. São Paulo: Atlas, v. 248, 2008. p. 130-158

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução de Laura Teixeira Motta. Rio de Janeiro: Companhia de bolso, 2010.

SERBENA, Cesar Antonio. Normas jurídicas, inferência e derrotabilidade. In: **Teoria da derrotabilidade: pressupostos teóricos e aplicações**. Curitiba: Juruá, 2012.

SILVESTRI, Elisabetta. Corti supreme europee: acceso, filtri e selezione. In: **Le Corti Supreme: atti del convegno svoltosi a Perugia il 5-6 maggio 2000**. Centro Studi Giuridici e Politici della Regione Umbria. Centro Internazionale Magistrati "Luigi Severini". Milão: Giuffrè, 2001. p. 105-116.

SILVESTRI, Gaetano. Le Corti Supremi negli ordinamenti costituzionali contemporanei. In: **Le Corti Supreme: atti del convegno svoltosi a Perugia il 5-6 maggio 2000**. Centro Studi Giuridici e Politici della Regione Umbria. Centro Internazionale Magistrati "Luigi Severini". Milão: Giuffrè Editore, 2001. p. 35-50.

SOLUM, Lawrence B., Indeterminacy. In: Dennis Patterson (ed). **Companion to philosophy of law and legal theory**. Oxford, Blackwell Publishers, 1996.

SOLUM, Lawrence B., **Virtue Jurisprudence: A Virtue-Centered Theory of Judging**. *Metaphilosophy*, vol. 34, No. 1/2, pp. 178-213, janeiro, 2003.

SOLUM, Lawrence B. **The aretaic turn in the theory constitutional**. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=512882>

STÜRNER, Rolf. The New Role of Supreme Courts in a Political and Institutional Context from the German Point of View. In: **Annuario di Diritto Comparato e di Studi Legislativi**. Nápoles: Edizione Scientifiche Italiane, 2011. p. 335-358.

STONE, Julius. The Ratio of the Ratio Decidendi, **The Modern Law Review**, 1959, v. 22.

SUMMERS, Robert S. The formal character of law. **Cambridge Law Journal**. Vol. 51, n. 2. Julho, 1992. p. 242-262.

SILVA, Ovídio Baptista. **A função dos tribunais superiores**. Disponível em: www.baptistadasilva.com.br.

TARUFFO, Michele. Il controllo di razionalità della decisione fra logica, retorica e dialettica. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 32, n. 143, jan. 2007. p. 65-77.

TARUFFO, Michele. Idee per una teoria della decisione giusta. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. Milano: Giuffrè, anno LI, n. 2. 1997. 1997. p. 314-320.

TARUFFO, Michele. Le corti supreme europee: acceso, filtri e selezione. In: **Le Corti Supreme: atti del convegno svoltosi a Perugia il 5-6 maggio 2000**. Centro Studi Giuridici e Politici della Regione Umbria. Centro Internazionale Magistrati "Luigi Severini". Milão: Giuffrè Editore, 2001. p. 95-104.

TARUFFO, Michele. Le funzioni delle Corti supreme: cenni generali. In: **Annuario di Diritto Comparato e di Studi Legislativi**. Nápoles: Edizione Scientifiche Italiane, 2011. p. 11-36.

TARUFFO, Michele. Legalità e giustificazione della creazione giudiziaria del diritto. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. Milano: Giuffrè, anno LV, n. 1, mar.2001. p. 11-31.

TARUFFO, Michele. Precedente ed esempio nella decisione giudiziaria. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. Milano: Giuffrè, anno, 48, n. 1, mar.1994. p. 19-36.

TARUFFO, Michele. Precedente e giurisprudenza. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. Milano: Giuffrè, anno 61, n. 3, 2007. p. 795-810.

TARUFFO, Michele. Una reforma dela Cassazione civile? **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. Milano: Giuffrè, n. 3, set, 2006. p. 755-786.

TROCKER, Nicolò, L'Europa delle Corti sovranazionali: una storia di judicial activism tra tutela dei singoli ed integrazione degli ordinamenti giuridici. In: **Annuario di Diritto Comparato e di Studi Legislativi**. Nápoles: Edizione Scientifiche Italiane, 2011. p. 91-128.

VERDÚ, Pablo Lucas. **A luta pelo Estado de Direito**. Tradução de Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007.

WALKER, Neil. The burden of universalism. In: BANKOWSKI, Zenon; MACLEAN, James (ed). **The universal and particular in legal reasoning**. Aldershot: Ashgate, 2006. 53-68.

WALDRON, Jeremy. **The Rule of Law and the importance of procedure**. NYU School of Law, Public Law Research Paper N. 10-73, outubro, 2010. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1688491>.

WALDRON, Jeremy. **Stare decisis and the Rule of Law: a layered approach**. NYU School of Law, Public Law Research Paper n. 11-75. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1942557>.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. Ley, derechos y justicia. 8ª ed Tradução de Marina Gáscon. Madrid: Trotta, 2008.