

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

MAIRA PORTES

O DESENVOLVIMENTO JURISPRUDENCIAL DO DIREITO: ASPECTOS DA
TEORIA DOS PRECEDENTES SOB A PERSPECTIVA DA TEORIA DA
ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA DE ROBERT ALEXY

CURITIBA
2013

MAIRA PORTES

**O DESENVOLVIMENTO JURISPRUDENCIAL DO DIREITO: ASPECTOS DA
TEORIA DOS PRECEDENTES SOB A PERSPECTIVA DA TEORIA DA
ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA DE ROBERT ALEXY**

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

MAIRA PORTES

O DESENVOLVIMENTO JURISPRUDENCIAL DO DIREITO: ASPECTOS DA
TEORIA DOS PRECEDENTES SOB A PERSPECTIVA DA TEORIA DA
ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA DE ROBERT ALEXY

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. Tit. Dr. Luiz Guilherme Marinoni

Universidade Federal do Paraná

Prof. Dr. César Antonio Serbena

Universidade Federal do Paraná

Prof. Dr. Jorge de Oliveira Vargas

Universidade Tuiuti do Paraná

Curitiba, 25 de abril de 2013

Para minha querida Bethinha, sempre, por tudo.

AGRADECIMENTOS

Os agradecimentos são importantes porque são, em grande parte, uma justificação para as pessoas que amamos da razão pela qual nos ausentamos todo esse tempo. E, principalmente, porque num mundo em que se respeita a individualidade alheia, devemos sempre lembrar que as pessoas que estão conosco, estão porque o querem. Ninguém é obrigado a permanecer, e se permanecem, só temos que agradecer.

Meu agradecimento vai, portanto, aos que, podendo ir, resolveram ficar.

Primeiro, aos que me trouxeram para esta vida, meus pais Elizabeth e Luiz Antonio.

Ao meu pai, agradeço pela intensa troca de ideias, que começou quando ainda nem as tinha direito na cabeça; agradeço pelas nossas conversas sobre a vida e pelas discussões sobre política, religião, arte, porque afinal, a vida não é só ciência.

Não é só, mas é muito ciência também. E o gosto pela pesquisa não poderia ter sido herdado de outra pessoa, senão da melhor pesquisadora que conheço, que desde pequena incentivou minhas incursões nesse mundo, respondendo meus porquês e me dando mais e mais subsídios para que eu pudesse continuar perguntando. Agradeço à minha mãe, exemplo de ser humano.

Agradeço à família que me ajudou a ser o que sou hoje: à minha avó querida, Tea, por ser minha segunda mãe, por cuidar de mim e me acompanhar em minhas empreitadas estudantis, desde o vestibular até o mestrado, e por dedicar todo seu amor à nossa formação e à nossa vida. Aos tios Christian e Guilherme, um pouco de irmãos, pais e amigos, que foram e ainda são essenciais para minha formação como pessoa. À minha irmã Thayana, por ser minha companheira de vida. E aos que já se foram, mas que tenho certeza que também teriam optado por ficar.

Não posso esquecer da família que escolhi para mim: os amigos. Claro que esquecerei alguém importante, mas eles compreenderão, pois é isso que amigos fazem: nos conhecem e gostam de nós do jeito que somos. Às amigas de sempre do Medianeira, Mariana, Barbara, Caroline, Beatriz e Ana Paula. Aos amigos queridos da PUC, Graziela, Vanessa, Rosa, Marina e Adriano. Aos amigos companheiros do mestrado, Maurício, Adriano, Melanie, Renata, Juliana, Christian, Luiz Henrique e, em especial, à minha dupla acadêmica Paula, com quem dividi praticamente todos os momentos de alegria e angústia desses dois anos. À Marília, Felipe, Rossano e Afonso, amigos-surpresa, que chegaram ao acaso e ficaram para sempre e, especialmente, à Andreia, pela paciência imensa de ler este trabalho e me ajudar a arrumar as ideias e confiar no tema.

Assim como devo agradecer ao meu chefe, que conheci juiz, e hoje atende por Desembargador Jorge Vargas, exemplo profissional, exemplo acadêmico, pessoa de caráter límpido e coração imenso, que incentivou meus estudos e ajudou a iniciar esta nova etapa de vida. Não existem palavras que possam expressar minha gratidão a ele e sua família, em especial sua esposa, D. Martha, e seu filho, Jorge Neto, por terem sido luz em momento de escuridão. Aqui, agradeço também ao Dr. Eurolino Reis, pelo apoio incondicional. A essas pessoas, todo meu agradecimento jamais será suficiente.

Ao meu orientador, Professor Luiz Guilherme Marinoni, por ter acreditado em mim, me apresentado a um novo mundo de conhecimento, e me apoiado por toda essa caminhada, bem como pelos ensinamentos de valor inestimável, que procurarei fazer que continuem dando frutos.

Aos professores do Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal do Paraná, em especial aos professores César Antonio Serbena, Ricardo Marcelo Fonseca, Sérgio Cruz Arenhart, Luiz Fernando Lopes Pereira e Vera Maria Jacob de Fradera, por me apresentarem novas formas de olhar não só para o tema estudado, fornecendo subsídios para que elas frutificassem, mas também, e principalmente, para o papel do acadêmico na construção de uma realidade menos difícil para as pessoas.

Às sempre muito atenciosas funcionárias do Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal do Paraná, que nos apoiaram em todos os momentos de dúvida e desespero, o meu especial agradecimento. Também aos funcionários da Biblioteca do Setor de Jurídicas da UFPR, que ajudaram na difícil tarefa de compreender o mundo dos trabalhos acadêmicos e das bases de dados internacionais, e à Elaine e ao Emerson, os salvadores da pátria do xerox da biblioteca, sempre ágeis e prontos para ajudar.

Aos meus colegas de trabalho, tanto os companheiros de muitos anos já, quanto os novos integrantes da equipe, pelo especial apoio e pela compreensão e paciência em me ouvir falar sobre um tema só durante dois anos.

A Deus, cuja forma e representação ainda não me são bem certas, mas que desconfio representar essa inteiração de vidas em direção ao benefício mútuo.

E por último, mas não menos importante, ao Paulo, meu amor, que, desde o primeiro momento, mesmo tendo sido alertado do difícil caminho que nos esperava até o final desta minha caminhada, decidiu trilhá-la comigo. São essas opções que me fazem feliz todo dia por tê-lo encontrado.

Você sabe melhor do que ninguém, sábio Kublai, que jamais se deve confundir uma cidade com o discurso que a descreve. Contudo, existe uma ligação entre eles. Se descrevo Olívia, cidade rica de mercadorias e lucros, o único modo de representar a sua prosperidade é falar dos palácios de filigranas com almofadas franjadas nos parapeitos dos bifores; uma girândola d'água num pátio protegido por uma grade rega o gramado em que um pavão branco abre a cauda em leque. Mas a partir desse discurso, é fácil compreender que Olívia é envolta por uma nuvem de fuligem e gordura que gruda na parede das casas; que na aglomeração das ruas, os guinchos manobram comprimindo os pedestres contra os muros. Se devo descrever a operosidade dos habitantes, falo das selarias com cheiro de couro, das mulheres que tagarelam enquanto entrelaçam tapetes de ráfia, dos canais suspensos cujas cascatas movem as pás dos moinhos: mas a imagem que essas palavras evocam na sua iluminada consciência é o movimento que leva o mandril até os dentes da engrenagem repetido por milhares de mãos milhares de vezes nos tempos previstos para cada turno. Se devo explicar como o espírito de Olívia tende para uma vida livre e um alto grau de civilização, falarei das mulheres que navegam de noite cantando em canoas iluminadas entre as margens de um estuário verde; mas isso serve apenas para recordar que, nos subúrbios em que homens e mulheres desembarcam todas as noites como fileiras de sonâmbulos, sempre existe quem começa a gargalhar na escuridão, dá vazão às piadas e aos sarcasmos.

Pode ser que isto você não saiba: que para falar de Olívia eu não poderia fazer outro discurso. Se de fato existisse uma Olívia de bifores e pavões, de seleiros e tecelãs de tapetes, canoas e estuários, seria um mero buraco negro de moscas, e para descrevê-la eu teria de utilizar as metáforas da fuligem, dos chiados de rodas, dos movimentos repetidos, dos sarcasmos. A mentira não está no discurso, mas nas coisas.”

Ítalo Calvino, *As cidades invisíveis*.

RESUMO

Buscou-se com este trabalho estudar o precedente judicial na perspectiva da teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy. Este estudo procura investigar o precedente judicial tanto relativamente ao seu papel como limitador da argumentação na decisão judicial, no qual desempenha a função de elemento de justificação externa, quanto em relação ao seu papel oxigenador do ordenamento jurídico, na medida em que a argumentação ocorrida no âmbito do precedente permite que a norma adquira novos significados na medida em que ocorrem mudanças políticas e sociais. Com base no estudo histórico das tradições de *common law* e *civil law*, buscou-se determinar a origem do distanciamento teórico entre as tradições que justificaria a mitigação do uso do precedente como elemento do raciocínio judicial nos países de *civil law*. Em um segundo momento, o estudo do fundamento da autoridade dos precedentes judiciais nos países de *common law* serviu para demonstrar como se deu a construção da noção de vinculação obrigatória dos juízes ao conteúdo dos precedentes nesses países e porque ele se demonstra insuficiente para a legitimação dos precedentes em um contexto pós positivista. Tais noções lançam base para a abordagem do precedente sob o ponto de vista da racionalidade do direito, exigência que surge com o advento do Estado Constitucional e que se consubstancia em imperativo de justiça, retomado pela inserção de normas de caráter moral, aliada à proposta de inversão do ponto de vista do direito de Hebert Hart para o ponto de vista interno, ou seja, do julgador. Partindo dessa perspectiva, a ideia de Robert Alexy de que ao decidir, o juiz tem uma pretensão de correção, e que essa pretensão deve ser universalizável, o precedente judicial se consubstancia em critério de racionalidade da decisão judicial, sendo que seu respeito caracteriza elemento de coerência para o sistema jurídico. Através desses mecanismos de aferimento da racionalidade, é possível notar que o direito produzido pelos juízes, através dos instrumentos de divergência do precedente, o *distinguishing* e o *overruling*, se consubstancia em fator de desenvolvimento do direito como um todo.

Palavras-chave: precedente judicial – argumentação jurídica – *distinguishing* - *overruling*

ABSTRACT

We tried with this study to address the judicial precedent in view of the theory of legal argumentation of Robert Alexy. This essay investigates the judicial precedent both in its role as a limiting argument in court, which serves as the element of external justification, and in relation to its role oxygenator the legal system, to the extent that the argument occurred in under the previous standard allows acquires new meanings to the extent that political and social changes occur. Based on the study of the historical traditions of common law and civil law, we sought to determine the origin of the gap between the theoretical traditions that justify the mitigation in the use of precedent as part of judicial reasoning in civil law countries. In a second step, the study of the basis of the authority of judicial precedents in common law countries served to demonstrate how was the construction of the notion of binding force of precedent in these countries and because it is insufficient to demonstrate the legitimacy of in a previous post positivist context. Such notions launch base for the previous approach from the point of view of the rationality of the law, the requirement that arises with the advent of the Constitutional State and which is embodied in the imperative of justice, adopted by the insertion of standards of moral character, coupled with the Hebert Hart's proposed reversing the viewpoint of the right to the internal point of view, the judge. From this perspective, the theory of Robert Alexy that by deciding, the judge has a claim to fix and that such a claim must be universalized, the judicial precedent is embodied in the criterion of rationality judgment, and his respect characterizes element coherence to the legal system. Through these mechanisms, assessing the rationality, it is possible to note that the law made by judges, through the instruments of divergence of precedent, the distinguishing and the overruling, is embodied factor in development of law as a whole.

Key words: precedent - legal argumentation - Distinguishing - overruling

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	14
1. ASPECTOS HISTÓRICOS DAS TRADIÇÕES JURÍDICAS DE <i>CIVIL LAW</i> E <i>COMMON LAW</i>	19
1.1. As origens romanas e o desenvolvimento das tradições de <i>common law</i> e <i>civil law</i> na Idade Média.....	21
1.2. A expansão do direito romano pela Europa continental e sua rejeição na Europa insular: origem da diferenciação entre as tradições jurídicas.....	25
1.2.1. A autoridade dogmática do direito romano medieval.....	29
1.3. Lei, costume e precedente na tradição de <i>common law</i>	32
1.4. A influência moderna no desenvolvimento das tradições jurídicas: codificação e <i>stare decisis</i>	40
1.4.1. A modernidade para o <i>civil law</i> : o império da lei.....	40
1.4.2. A modernidade para o <i>common law</i> : a doutrina do <i>stare decisis</i>	46
1.5. <i>Judge-made law</i> x juiz <i>bouche de la loi</i>	50
1.6. As diferenças históricas e o desenvolvimento de uma teoria de precedentes aplicável ao <i>civil law</i> : diálogo necessário entre autoridade e racionalidade.....	53
2. A AUTORIDADE DO PRECEDENTE JUDICIAL	60
2.1. O passado útil: o papel do precedente no raciocínio jurídico.....	62
2.2. As teorias sobre a autoridade do precedente judicial: do jusnaturalismo da teoria declaratória ao positivismo da teoria constitutiva.....	71
2.3. A teoria positivista contemporânea do precedente judicial e a conjugação entre autoridade e racionalidade.....	84

2.3.1. Métodos de delimitação da <i>ratio decidendi</i> e da <i>obiter dicta</i> de um precedente judicial.....	86
3. A RACIONALIDADE DO PRECEDENTE JUDICIAL.....	97
3.1. A mudança nos paradigmas do Estado de Direito e da legalidade estrita e sua importância para a teoria de precedentes.....	99
3.1.1. Do Estado de Direito ao Estado Constitucional.....	101
3.1.2. <i>Rule of law</i> : o Estado de Direito no contexto do <i>common law</i> e a influência positivista na teoria dos precedentes.....	108
3.2. Da norma fundamental à regra de reconhecimento ou como o positivismo encontrou a razão prática.....	112
3.2.1. Razão e direito no Estado Constitucional.....	116
3.3. O princípio da motivação das decisões judiciais.....	118
3.4 A racionalidade do precedente judicial: contribuição da teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy.....	122
3.4.1. Argumentação jurídica e o controle da racionalidade da decisão judicial.....	124
3.4.2. O discurso jurídico como caso especial do discurso prático geral: justiça como correção.....	126
3.4.3. A legitimidade da decisão judicial como solucionadora dos conflitos sociais e o papel da fundamentação.....	128
3.5. O controle da racionalidade das decisões judiciais através do precedente: a universalidade e a inércia como razões prático-gerais.....	130
3.5.1. O princípio da universalidade.....	132
3.5.2. O princípio da inércia.....	134

3.6. A racionalidade do precedente judicial: uma exigência do Estado Constitucional.....	135
4. O DESENVOLVIMENTO JURISPRUDENCIAL DO DIREITO: O PAPEL DA DIVERGÊNCIA DO PRECEDENTE JUDICIAL.....	139
4.1. Breve apresentação dos instrumentos para divergir de precedentes no sistema de <i>common law</i>	142
4.2. A técnica do <i>Distinguishing</i>	144
4.3. A revogação de precedentes: <i>overruling</i>	150
4.4. Princípios que norteiam as técnicas de revogação do precedente no <i>common law</i>	157
4.5. A questão dos efeitos da revogação do precedente no tempo: retroatividade e prospectividade.....	165
4.6. Crítica da doutrina a respeito do <i>overruling</i>	171
4.7. Outras técnicas de divergência do precedente.....	171
4.7.1. <i>Transformation</i>	171
4.7.2. <i>Drawing of Inconsistent Distinctions</i>	173
4.7.3. <i>Overriding</i>	175
4.8. Considerações sobre o <i>distinguish</i> e o <i>overruling</i> na perspectiva da autoridade do precedente.....	176
4.9. O precedente e o controle da racionalidade das decisões judiciais. A carga argumentativa da divergência de precedentes no <i>distinguish</i> e no <i>overruling</i>	181
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	185
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	188

INTRODUÇÃO

Karl Larenz se refere à atividade do juiz quanto ao processo decisório como o “desenvolvimento judicial do direito”, no sentido de que ao extrair o significado da norma jurídica, o juiz dá um passo adiante em relação ao *status quo*, o que é fixado no ordenamento por meio do precedente judicial.¹

Nessa perspectiva, o precedente judicial representa a ideia de movimento, principalmente se contrastado com a ideia da lei escrita, estática e de caráter permanente. Ao mesmo tempo, representa a permanência de determinada interpretação e sua repetição em outros casos semelhantes, sendo, assim, um fenômeno complexo.

A complexidade do direito judicial, (ou direito jurisprudencial, como se escolheu referir neste trabalho por questão de correspondência com o termo “jurisprudência”, mais frequentemente utilizado para designar a atividade de julgar) reside, também, no fato de que, de um lado, se trata de um aspecto eminentemente prático do direito, intimamente ligado à realidade e às mudanças da sociedade, e de outro, está intrinsecamente ligado ao caráter ideal e à formulação teórica de seu funcionamento. Inicialmente, portanto, é necessário, conforme ressalta Michelle Taruffo, distinguir as dimensões teórica e prática como diferentes instâncias de análise do fenômeno jurídico precedente, para, dessa forma, ser possível realizar as devidas mediações.²

Assim, um primeiro esclarecimento é o de que o assunto será abordado neste trabalho sob as duas perspectivas: inicialmente se apresentará um breve histórico das tradições jurídicas e dos fatores marcantes de suas diferenças e, posteriormente, aspectos práticos da aplicação de precedentes, com base nas teorias construídas no âmbito do *common law*, a fim de examinar o precedente sob a perspectiva de sua autoridade. Em um segundo momento, a proposta é passar para uma análise teórica, do precedente sob o ponto de

¹ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1997. p. 519.

² TARUFFO, Michelle. **Precedente y jurisprudencia**. Disponível em: http://bibliotecadigital.icesi.edu.co/biblioteca_digital/bitstream/item/2184/1/04.pdf

vista de sua racionalidade. Com suporte na teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy, analisar-se-á o papel do precedente como elemento de justificação externa e, para investigar sua colaboração para o controle de racionalidade da decisão judicial, principalmente quando esta se apresenta como elemento de desenvolvimento do direito, como é o caso das hipóteses de divergência, em especial o *distinguish* e o *overruling*.

Justifica-se o trabalho conjunto com as duas perspectivas, prática e teórica, representadas, respectivamente, pela autoridade e pela racionalidade, uma vez que a proposta do autor aqui estudado é justamente a aproximação das dimensões ideal e institucional do direito, como forma de maior controle sobre o conteúdo normativo.

Tome-se como exemplo a realidade brasileira: a falta de coerência entre os julgamentos proferidos pelo Poder Judiciário brasileiro é algo já incorporado no imaginário popular e na rotina forense: acostumou-se, no Brasil, a não se poder esperar que o julgamento de determinada questão de direito veiculada em determinada ação ocorra em um sentido ou em outro, uma vez que temos como corolário da independência judicial o princípio do livre convencimento motivado, consolidado, na esfera civil, no artigo 131 do Código de Processo Civil.

Para explicar essa situação, que em um plano prático se demonstra esdrúxula aos olhos dos juristas, e injusta aos olhos dos jurisdicionados, recorre-se à característica principal da tradição jurídica de que somos tributários, ou seja: em um sistema derivado da tradição de *civil law*, a interpretação judicial está vinculada exclusivamente à lei e as diferentes interpretações são aceitas como desvios normais do sistema.

Nesse cenário, a adesão ao precedente judicial soa muitas vezes como um contrassenso: o respeito ao precedente é característica exclusiva da tradição de *common law*, e entende-se que ele só existe em sistemas nos quais se desenvolveu a teoria do *stare decisis* e, por consequência, um método de interpretação diverso do método dedutivo. Além do que, a admissão do precedente como limitador do raciocínio jurídico implicaria a aceitação de uma

pluralidade jurídica incompatível com a tradição civilista, adepta da lei como única fonte do direito.

Contudo, ao se abandonar essa perspectiva puramente positivista, e olhar para as mudanças implementadas no direito com o advento do constitucionalismo a partir da segunda metade do século XX e a importante aproximação entre direito e moral, essa perspectiva se mostra anacrônica, diante da exigência de racionalidade que decorre dessa nova forma de encarar o direito.

Dessa maneira, exigir que o direito seja racional significa também, e impreterivelmente, exigir que haja racionalidade nas decisões judiciais, ou seja: independentemente da tradição jurídica, é necessário que a decisão judicial esteja em consonância tanto com o sistema jurídico a que pertence quanto com critérios práticos que permitam que o direito seja aplicado conforme critérios morais objetivos.

Essa é a função da argumentação jurídica: fornecer critérios minimamente objetivos para uma aplicação racional do direito, de maneira que seja possível controlar, por meio do conhecimento, as razões que levam um juiz a decidir de determinada forma, bem como se essas razões são coerentes com o sistema e com os critérios mínimos da moral, aqui entendida como razão prática.

Assim, os objetivos deste trabalho são demonstrar como o uso dos precedentes judiciais, principalmente sob a perspectiva da teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy, pode ser aplicado mesmo num sistema jurídico de tradição civilista, como o brasileiro; e, diante dessa perspectiva, como ele pode oportunizar o desenvolvimento do direito pela via da decisão judicial e das principais técnicas de discordância do precedente: o *distinguish* e o *overruling*.

Como o fio condutor é a presença da racionalidade em ambas as tradições jurídicas (*common law* e *civil law*), o primeiro passo é estabelecer as raízes históricas comuns e o ponto em que essas tradições se separaram, a fim de demonstrar que a adoção do precedente como auxiliar do raciocínio judicial

independe do método eleito como principal para a interpretação. Como não há possibilidade de esgotar o histórico do tema, por se tratar de questão que permeia praticamente toda a história do direito ocidental, a prioridade é pelo estudo da racionalidade dos sistemas, passando pelo aspecto conformador da teoria de fontes de cada um: a lei, no *civil law*, e a jurisprudência, no *common law*.

O breve retrospecto tem por objetivo principalmente demonstrar que as diferenças históricas e estruturais entre as tradições jurídicas não significaram diferença relevante no papel da jurisprudência no processo de interpretação e aplicação do direito em uma e em outra tradição, de maneira que a ideia de uma teoria de precedentes aplicável em sede de *common law* não significaria (ou não deveria significar) a sua inaplicabilidade em um país adepto da tradição civilista.

No segundo capítulo, adentrar-se-á no estudo do precedente sob a perspectiva da autoridade, o que implica a verticalização do tema para a abordagem da doutrina do *stare decisis* como fio condutor da noção de respeito ao precedente no âmbito do *common law*, apresentando também as teorias a respeito da obrigatoriedade do precedente desenvolvidas nesse contexto.

Em um terceiro momento, a partir das mudanças implementadas com o advento do Estado Constitucional e da teoria de Hart a respeito da perspectiva interna do direito, buscar-se-á delimitar algumas diferenças importantes das perspectivas positivista e constitucionalista (pós-positivista) das principais teorias de precedentes, com destaque para a diferença entre se fundamentar o uso de precedentes como fonte de direito, e, portanto, com base na sua autoridade e de se fundamentar na racionalidade, com vistas a se demonstrar que, em um contexto de superação da estrita legalidade e da exclusividade do método dedutivo, fundamentar o uso de precedentes exclusivamente na autoridade permite a formação de uma lacuna indesejável no raciocínio jurídico.

Aqui, apresentar-se-á brevemente a teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy e a sua contribuição para fundamentar racionalmente o uso do precedente judicial, mediante o resgate de conceitos simples e fundamentais

da razão prática, como o princípio da universalidade (*universability*), e o desenvolvimento de conceitos relativamente novos da teoria da argumentação, como o princípio da inércia, tratado por Chaim Perelman. Com esses subsídios, o intuito é demonstrar que a norma construída na decisão judicial pode ser legitimada pela argumentação jurídica, sendo imperioso o seu respeito para a manutenção da coerência do sistema jurídico.

Demonstrada a necessidade de respeito ao precedente como requisito de racionalidade do sistema jurídico, o que se buscará finalmente é demonstrar que a coerência do sistema obtida pelo respeito ao precedente judicial não significa seu engessamento, pelo contrário: quando se entende que a norma construída para o caso concreto deve ser objeto de argumentação nas decisões posteriores sobre a mesma questão de direito, abre-se a possibilidade de revisão desta norma, e, assim, de oxigenação do próprio sistema, algo que não é possível no caso das normas legislativas, o que é melhor representado pelas técnicas de divergência desenvolvidas no âmbito do *common law* do *distinguishing* e do *overruling*.

1. ASPECTOS HISTÓRICOS DAS TRADIÇÕES JURÍDICAS³ DE *COMMON LAW* E *CIVIL LAW*

“Como a rainha do xadrez, pode mover-se em qualquer direção”⁴

A noção geral quando se imerge no estudo das famílias jurídicas, mais especificamente no estudo comparado da técnica do precedente judicial nas tradições de *common law* e *civil law*, é a de que a organização das fontes do direito que caracterizam uma e outra família são diametralmente opostas: de um lado, observa-se na tradição de *common law* o grande prestígio dos juízes, do Poder Judiciário, e, de consequência, a desenvoltura no uso do precedente judicial como fundamento para as decisões nos casos concretos; e, de outro, a tradição civilista e seu apego quase religioso à lei escrita, e, em especial, aos Códigos, havendo pouco espaço para o uso de outras fontes de direito (embora

³ O uso do termo “tradição jurídica”, neste primeiro momento, vai ao encontro do posicionamento de MERRYMAN e PÉREZ-DOMO no sentido de que remete a uma perspectiva mais ampla do que o termo “sistema jurídico”, englobando não apenas as normas, procedimentos e instituições jurídicas de determinado país, mas colocando toda a concepção de direito de determinados povos em uma perspectiva cultural. Uma tradição jurídica, ou uma família jurídica, se refere não a um, mas a vários sistemas jurídicos que compartilham de características comuns no que diz respeito ao funcionamento do direito. Em um segundo momento, ao se deixar o âmbito da história e se adentrar na teoria jurídica, o termo utilizado será o de “sistema jurídico”, justamente para reduzir o campo de pesquisa para os países ali estudados: “*A legal tradition, as the terms implies, is not a set of rules of law about contracts, corporations, and crimes, although such rules will almost Always be in some sense a reflection of that tradition. Rather, it is a set of deeply rooted, historically conditioned attitudes about the nature of law, about the role of law in the society and the polity, about the way law is or should be made, applied, studied, perfected, and taught. The legal tradition relates the legal system to the culture of which it is a partial expression. It puts the legal system into cultural perspective.*”. In MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-DOMO, Rogelio. **The civil law tradition**. Stanford: Stanford University Press, 2007. p. 2.

Já segundo Zweigert & Kotz, a divisão em tradições jurídicas tem o escopo científico de permitir o estudo comparativo, de maneira mais ou menos ordenada: “*The theory of ‘legal families’ seeks to provide the answer to several distinct questions in comparative law. Can we divide the vast number of legal systems into just a few large groups (legal families)? How do we decide what these groups should be? And, supposing we know what the groups should be, how do we decide whether a particular legal system belongs to one group rather than another? We make these groupings primarily for taxonomic purposes, so as to arrange the mass of legal systems in a comprehensible order. But there is another way in which this may make the comparatist’s task easier. If one or two legal systems prove representative of each of these large groups, then the comparatist can, under certain conditions, concentrate on those systems, at any rate at the present stage of comparative law.*” ZWEIGERT, Konrad & KOTZ, Hein. **Introduction to comparative law**. Clarendon Press, Oxford. 1998, p. 63-64.

⁴ “*Like a queen in chess, it can move in any direction*”. Os autores referem-se à maleabilidade do conceito de certeza quando colocado em uma perspectiva histórica. Tradução livre. MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-DOMO, Rogelio. **The civil law tradition...** p. 48.

elas existam e sejam previstas oficialmente), em especial, os precedentes judiciais.

Contudo, o uso de precedentes judiciais como fundamento das decisões é também uma prática dos países adeptos da *civil law*. Feita de maneira mais tímida e menos sofisticada, é verdade, o uso das regras jurídicas elaboradas no interior das decisões judiciais anteriores ao caso em julgamento nos países de tradição civilista é uma realidade que, a princípio, vai contra o núcleo legalista dessa tradição.

Assim como nos países de *common law* a lei escrita é oficialmente a fonte de direito de mais alto grau na hierarquia institucionalizada, e esse é um fato estranho à noção geral que se tem de que o direito nesses países é feito, eminentemente, pelos juízes.

Dessa forma, o intuito do breve retrospecto histórico que aqui se propõe é apresentar alguns aspectos relevantes na construção das duas principais tradições jurídicas da atualidade, bem como identificar a origem das principais diferenças no processo de interpretação e aplicação do direito.⁵

Questiona-se, dessa forma, se haveria alguma diferença nos métodos de interpretação usados nas duas tradições jurídicas que justificasse um argumento de impossibilidade de aplicação da técnica do precedente judicial como limite à interpretação, próprio, a princípio, da tradição de *common law*, em um contexto civilista, como é o caso do Brasil.

O estudo histórico permite observar o movimento circular que as instituições jurídicas fazem ao longo do tempo, e o sentido evolutivo dessas mudanças oscila, como se verá, entre a busca de maior certeza, no sentido de que o direito proporcione maior estabilidade nas relações jurídicas, e a busca de flexibilidade, de maneira que, embora estável, possa adaptar-se às mudanças da sociedade.⁶

⁵ Os conceitos de interpretação e aplicação do direito dizem respeito aos campos da argumentação jurídica descritos por Manuel Atienza, a saber: a produção de normas, a interpretação e aplicação, e a dogmática jurídica. O campo da interpretação e aplicação refere-se, aqui, à atividade dos juízes no que tange à aplicação das normas para a solução de casos, e à interpretação do direito nos chamados “casos difíceis”, ou seja, naqueles em que a simples aplicação das normas é insuficiente para responder o problema jurídico posto. ATIENZA, Manuel. **Las razones del derecho**. Universidad Autónoma del México, 2005. p. 18-19.

⁶ É nesse sentido que John-Henry Merryman e Rogelio Pérez-Domo aduzem, como se mencionou anteriormente, que a certeza é um dogma para o *civil law*, um “valor jurídico abstrato”, cujo significado pode ser manipulado de acordo com as necessidades do momento histórico: “*Certainty is, of course, an objective in all legal systems, but in the civil law tradition it*

Importante ressaltar, portanto, que o estudo das tradições jurídicas em sua perspectiva histórica demonstra que não existe uma história linear de determinado instituto jurídico: ao longo dos séculos, o direito se alterna entre a certeza e a flexibilidade, conforme as necessidades sentidas pela sociedade em determinado momento histórico, a fim de obter o maior grau possível de segurança jurídica, aqui compreendida como a busca pela estabilidade ou a paz social.⁷ Não se entendeu possível nem desejável traçar uma linha cronológica exata dos acontecimentos e mudanças sociais que originaram as diferenças marcantes e as pontes invisíveis entre as duas famílias jurídicas, contudo, resta apontar que é possivelmente essa alternância que afasta a noção primária que se tem de que o predomínio da lei na tradição de *civil law*, ou a valorização dos precedentes no *common law* significam a cristalização de determinado tipo de raciocínio jurídico.⁸

1.1. As origens romanas e o desenvolvimento das tradições de *common law* e *civil law* na Idade Média

has come to be a kind of supreme value, an unquestioned dogma, a fundamental goal. Even though most civil lawyers would recognize that there are competing values whose preservation might require some sacrifice of certainty, the matter is usually not discussed in these terms. In the civil law world it is always a good argument against a proposed change in the legal process that it will impair the certainty of the law. In Italy under Mussolini, for example, some attempts of the Fascists to make the law into an instrument of the totalitarian state were successfully resisted by jurists in the name of certainty in the law. After the fall of Fascism and the establishment of the republic, many desirable reforms in the Italian legal system were resisted by other jurists, again in the interests of certainty. It is an abstract legal value. Like a queen in chess, it can move in any direction.” Idem. p. 48.

É certo que os autores falam a respeito da tradição civilista, mas a noção de estabilidade, como se verá adiante, também permeia a tradição de *common law*, sendo sua forma mais representativa o estabelecimento do *stare decisis*.

⁷ “No decorrer de sua história secular, os grandes sistemas jurídicos chegam a um ponto em que a virtude da flexibilidade se volta contra eles mesmos, sob a forma de incerteza do direito: a adaptação a situações socioeconômicas antagônicas provoca a adoção de disposições igualmente antagônicas, enquanto a permanência de disposições então inúteis ofusca uma clara percepção das normas ainda válidas. A adaptabilidade do direito desemboca, assim, na incerteza jurídica, e o legislador se vê obrigado a restabelecer o equilíbrio aumentando sua certeza em detrimento da flexibilidade.” LOSANO, Mario. **Os grandes sistemas jurídicos**. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 34-35.

⁸ Com esse questionamento Thomas da Rosa de Bustamante inicia sua abordagem da autonomia metodológica do *common law* em relação ao *civil law* europeu: “Em especial, quando o jurista do *common law* e o jurista da tradição romano-germânica aplicam um precedente judicial eles adotam técnicas interpretativas e métodos de aplicação do Direito substancialmente diferentes?”. BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais**. São Paulo: Noeses, 2011 p. 10.

O costume é, por excelência, a primeira fonte do direito, e é nele que se encontra a origem comum de grande parte das tradições jurídicas. A sua posterior cristalização, por meio da lei ou dos precedentes judiciais, é que deu forma ao Direito tal qual é concebido hoje, e é nele que se encontra a origem comum das tradições jurídicas aqui estudadas. É nos costumes romano-germânicos vigentes na Europa da Idade Média que se desenvolveram a *civil law* e a *common law*, sendo que a dicotomia bem marcada entre ambas que se conhece hoje em dia teve início apenas no século XI, com a conquista da Grã-Bretanha por Guilherme, o Conquistador, duque da Normandia, que veio a se tornar rei da Inglaterra e promoveu a reorganização e a centralização da administração da justiça.⁹

Até meados do século XII não havia uma separação clara entre o chamado Direito continental, que veio a dar origem à *civil law*, e o Direito inglês, a raiz da *common law*, uma vez que no início da Idade Média ambos faziam parte mesma “família jurídica, germânica e feudal na substância e no processo”.¹⁰

Com a conquista da Grã-Bretanha pelos normandos e a sua unificação política (com exceção da Escócia) nos idos do século XI, teve início também a unificação do direito e a formação de um “direito comum”, terminologia que deu origem à expressão *common law*: um direito comum, geral, em substituição aos direitos particulares, diversos, que lá vigiam anteriormente.¹¹ Esse direito comum era composto, além das normas consuetudinárias germânicas, em vigor entre os normandos, também pelo direito romano clássico incrustado no direito germânico.¹²

⁹ LOSANO, Mario. **Os grandes sistemas jurídicos....** p. 318.

¹⁰ “O momento em que surgiu esta dicotomia pode ser localizado com certa precisão. Foi no reinado de Henrique II, quando foram levadas a efeito certas reformas na organização e no processo judicial que modernizaram o Direito inglês antes que o Direito romano entrasse em cena, com sucesso tão amplo e imediato que, nos séculos seguintes, quando o modelo neorromano tornou-se disponível, não foi sentida a necessidade de renunciar ao sistema nativo.” Van CANAEGEM, Raoul. **Juízes, Legisladores e Professores**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 80.

¹¹ Que significava o direito comum à toda Inglaterra (“*law common to the whole of England*”). Criscuoli *apud* Raatz, p. 170.

¹² Segundo Losano, “[a]ntes do ano 1000 d.C., coexistiam no território britânico normas de origem germânica (ligadas também à dominação dinamarquesa na parte oriental da ilha) e normas de direito romano e canônico, introduzidas no momento da cristianização (664 d.C.) e destinadas a permanecer em vigor até os nossos dias para as matérias matrimonial e sucessória. A esses direitos e aos diferentes usos locais em vigência nos vários Estados das

Dois momentos são ilustrativos da formação do *common law* inglês: a atuação de Guilherme, o Conquistador, na unificação política e jurídica dos territórios da Grã-Bretanha; e o reinado de Henrique II, seu sucessor, que promoveu reformas na organização da justiça de maneira a blindar o direito inglês da influência eminente do direito romano, que viria a estender seus domínios por toda a Europa continental, constituindo, assim, um direito intimamente ligado à política e às tradições inglesas.¹³

No reinado de Guilherme I, nos idos do século XI, o processo de unificação do direito iniciou-se com a unificação dos costumes do território da Grã-Bretanha e com a centralização da jurisdição, que era antes atribuída aos senhores feudais, estando agora sob o domínio do rei. A *Curia Regis* (corte do Rei Guilherme I) era o centro da vida administrativa e jurídica, e ao seu redor “logo se condensou uma classe profissional forense muito homogênea, da qual saíam os juízes que, com suas sentenças, acabaram criando o *common law*.”¹⁴

LOSANO aponta para o que virá a constituir uma das principais diferenças do direito inglês em relação ao direito Europeu continental: o costume que vai se tornar fonte do direito não é originado dos comportamentos e tradições populares, mas sim da criação e do comportamento dos juízes em relação a esses costumes. Os juízes vão, assim, paulatinamente tornando-se uma espécie de casta da sociedade inglesa, arrogando-se no papel de criadores do direito.¹⁵

O reinado de Henrique I deixou como legado a fortificação da justiça itinerante: juízes que percorriam o reino e realizavam julgamentos em nome do rei, reduzindo, assim, o poder dos senhores feudais e a importância das cortes feudais, fortalecendo as cortes régias. Mas foi com Henrique II, já no século XII, que o *common law* se consolidou como direito geral, comum: com a expansão da justiça itinerante, de maneira a cobrir todo o território do reino, o julgamento dos recursos das cortes feudais era feito a partir dos costumes locais, ao mesmo tempo que aplicavam o que consideravam os melhores usos do direito

duas maiores ilhas britânicas se sobrepôs em 1066 o direito introduzido pela conquista normanda.” LOSANO, Mario. **Os grandes sistemas jurídicos...** p. 323-324.

¹³ RAATZ, Igor. Considerações históricas sobre as diferenças entre *common law* e *civil law*: reflexões iniciais para o debate sobre a adoção de precedentes no direito brasileiro. **Revista de Processo**. Ano 36, v.199, set-2011. p. 163.

¹⁴ LOSANO, Mario. **Os grandes sistemas jurídicos...** p. 325.

¹⁵ Idem. p. 325.

(*common law*), expandindo os costumes consolidados e fundindo os direitos locais com o direito comum.¹⁶

Outro fator importante para a consolidação do *common law* foi o uso dos *writs*, que, em linhas gerais, constituíam ordens do rei para que um funcionário local, o xerife, agisse no sentido de satisfazer o direito daquele que houvesse pleiteado o *writ*.¹⁷ Com o tempo, os *writs* tornaram-se verdadeiras ações judiciais endereçadas à Coroa, e podiam ser obtidos para se iniciar qualquer tipo de ação, o que acabou por redirecionar muitos litígios das cortes feudais para as cortes reais.

Em 1258, os senhores feudais, em busca de uma estabilidade jurídica mínima, pressionaram o rei para que padronizasse a concessão dos *writs*, o que levou à edição das Provisões de Oxford. Essa ocasião ilustra, como assevera LOSANO, um dos momentos em que a sociedade abriu mão da flexibilidade para consolidar instituições jurídicas, privilegiando, dessa forma, a certeza.¹⁸

Essa espécie de consolidação acabou por privilegiar o rito processual em detrimento do direito material, uma vez que só poderiam ser concedidos *writs* que estivessem expressamente previstos nas Provisões, sendo impossível a propositura de ação para as situações que não estivessem amparadas por algum dos *writs* elencados no rol oficial.¹⁹ Essa rigidez foi posteriormente atenuada pelo *Statute of Westminster*, que permitia a concessão de novos *writs* para pretensões análogas às já acolhidas pelos *writs* oficiais, permitindo, assim, que o direito continuasse a evoluir, porém em termos mais conservadores.²⁰

DAVID descreve a concentração do direito inglês no processo pela expressão *remedies precede rights*: a existência de uma variedade de *writs*, voltados à formulação das questões que seriam postas ao júri, marcou a preeminência do processo no direito inglês, considerando o autor, inclusive, que a preocupação do sistema de *common law* inglês não era a realização da

¹⁶ RAATZ, Igor. **Considerações históricas...** p. 166.

¹⁷ MATTEI *apud* RAATZ. p. 168.

¹⁸ LOSANO, Mario. **Os grandes sistemas jurídicos...** p. 329.

¹⁹ RAATZ, Igor. **Considerações históricas...** p. 169.

²⁰ LOSANO, *op. cit.* p. 329-330.

justiça, mas sim aglomerar mais e mais processos com o intuito de resolver os litígios.²¹

Nesse ponto, o aparato jurídico da Grã-Bretanha havia se consolidado de maneira irreversível, com uma justiça centralizada, ligada à figura do governante, relativamente homogênea, que contava com um direito comum que se expandia com as interpretações conferidas aos costumes pelos juizes ligados ao reino, consolidando, assim, suas fontes de direito, e contando com instrumentos relativamente eficazes, o que certamente era fator de credibilidade da justiça nos termos em que estava posta.²²

1.2. A expansão do direito romano pela Europa continental e sua rejeição na Europa insular: origem da diferenciação entre as tradições jurídicas

A formação da *civil law* como tradição jurídica teve como ponto principal a expansão do direito romano pós-clássico pela Europa continental. O fim da Idade Média, marcado pelo Renascimento e pelo desenvolvimento comercial, evidenciou a insuficiência das instituições políticas e jurídicas da época para gerenciar as mudanças em curso. Diante do aumento da complexidade das relações sociais, com o surgimento da burguesia, uma nova classe social que viria a se tornar absolutamente relevante pouco tempo depois, e da maior mobilidade social decorrente do surgimento dessa nova classe, a jurisdição concentrada na vontade do Príncipe não era mais suficiente para tutelar as questões jurídicas.²³

Foi nesse contexto que no século XII teve início a chamada Escola de Bolonha, movimento intelectual jurídico cujo intuito era resgatar as raízes do Direito na antiguidade clássica, em especial as raízes romanas, mediante o estudo crítico e a reconstrução do *Digesto* de Justiniano, convertido na

²¹ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 364-365.

²² Conforme ensina LOSANO, o direito inglês a partir daí passou a ser regulado por quatro sistemas normativos: o *common law*, o *Law Merchant*, relativamente ao direito comercial e marítimo, aplicado por tribunais especiais; o direito canônico, inicialmente aplicado pela Igreja de Roma, e posteriormente absorvido pelo *common law* quando da Reforma Protestante; e a *equity*, alternativa à rigidez dos *writs* do *common law*, que permitia o julgamento com base em normas morais. LOSANO, Mario. **Os grandes sistemas jurídicos...** p. 328 e 330.

²³ RAATZ, Igor. **Considerações históricas...** p. 171.

“Vulgata do Digesto”, o qual se tornaria o texto básico para o ensino do *ius civile* romano no continente europeu.²⁴

Também chamada Escola dos Glosadores, esse movimento foi ilustrativo do contexto jurídico e político da Europa continental da época: embebida na ideia de unificação e centralização, encontrou no Sacro Império Romano-Germânico em expansão e na Igreja Católica os instrumentos principais para alcançar a almejada unificação, o que se mostrava mais benéfico do que a manutenção dos Estados e ordenamentos fragmentários, tanto para a política quanto para a economia, que se especializavam, se institucionalizavam e formavam organizações cada vez mais complexas. Assim, o direito romano pós-clássico se apresentava como um direito de instrumentos mais sofisticados e adequados do que aqueles oferecidos pelo direito medieval, além de se apresentar, ao lado do direito canônico, como a base adequada para um direito comum a toda Europa, o chamado *jus commune*.²⁵

A não recepção do direito romano na Grã-Bretanha, com a conseqüente não adoção do *ius commune*, explica-se pela inviabilidade de se adotar um direito comum externo, quando a unidade jurídica, a centralização judiciária e a existência de uma classe forense forte e homogênea já haviam constituído um direito comum para a região. Mais do que não recepcionado, o direito romano foi rejeitado pelos ingleses, uma vez que, dentre outras razões, ele remetia a tudo aquilo que se quis afastar com os movimentos revolucionários: o absolutismo e a Igreja Católica, o que explica, também, a insistência das dinastias Tudor e Stuart na sua recepção.²⁶ Essa rejeição foi

²⁴ Idem, *ibidem*.

²⁵ “O direito romano oferecia a uma sociedade mercantil instrumentos jurídicos mais adequados que os dos direitos romano-bárbaros de alta Idade Média. Ao Império Romano-Germânico, por sua vez, ele fornecia não apenas um direito unitário e comum, mas também um direito apresentado unicamente como manifestação da vontade de Justiniano, sem interferências por parte da Igreja. Essa natureza voluntarista atribuída ao direito permitia afastar as pretensões da Igreja, desejosa de consolidar seu poder temporal após a separação do império, ocorrida em 1075. Estavam, assim, presentes as condições para uma vigorosa retomada do estudo do direito romano.” LOSANO, Mario. **Os grandes sistemas jurídicos...** p. 51.

²⁶ “No contexto institucional do século XVI, a competição entre *civilians* e *common lawyers* assumiu séria relevância político-institucional, pois os primeiros eram vistos como próximos às políticas absolutistas perseguidas por Tudor (e seus sucessores), enquanto a tradição do *common law*, por sua vez, ‘assume o valor de símbolo das liberdades civis, ao lado das políticas parlamentares’ [Moccia 2005: 883-884]: ‘Na disputa, então, entre Parlamento e Monarquia ingleses, as políticas absolutistas dos soberanos da Era Tudor, inicialmente, e dos Stuart, posteriormente, cuja ‘causa’ vem esposada particularmente pela maioria dos *civilians*,

fundamental para marcar a ruptura que deu origem, em um primeiro momento, à tradição de *common law*, e, em um segundo momento, com a consolidação do direito romano pela Escola de Bolonha, à tradição de *civil law*, as quais posteriormente vieram a constituir as duas maiores famílias jurídicas do mundo.²⁷

Cabe pontuar que, mesmo que a expansão do direito romano que acontecia por toda extensão da Europa continental não tenha encontrado solo fértil na Grã Bretanha, é inegável que a *common law* (como tradição jurídica) está eivada de elementos romanistas do período clássico, principalmente na sua estruturação como direito construído por ações (*writs*), de natureza judicial e casuística.²⁸

A ruptura promovida pela não recepção do direito romano na Grã-Bretanha, acompanhada pela expansão do Sacro Império Romano Germânico por quase toda Europa, pode ser considerada como marco inicial da tradição de *common law*, pois foi a partir dessa ruptura que se tornou possível identificar a tradição de *common law* como portadora de um conceito de direito, de procedimentos e de uma racionalidade diversos daquela veiculada pelo direito romano.²⁹

foram associadas a [uma] concepção do Direito continental Romano Justiniano (*Roman civil law*), a funcionar como instrumento e forma de legitimação de tais políticas. Desse modo, a posição do Parlamento, em cujas fileiras se alinhava boa parte das corporações de *common law*, sob a guia de *Sir Edward Coke*, adquiriu o significado não apenas de revolta contra o despotismo real, mas também de recusa (sobretudo ideológica) ao 'Direito romano', enquanto seu suposto veículo de transmissão". MOCCIA apud BUSTAMANTE. p. 57.

²⁷ "A unidade jurídica, a centralização judiciária e a homogeneidade da classe forense explicam por que o direito romano não foi adotado na Grã-Bretanha, mesmo sendo favorecido pelas dinastias dos Tudor e dos Stuart. Enquanto na Alemanha a divisão em pequenos Estados tornava indispensável aceitar o direito romano como mínimo denominador comum jurídico, a Grã-Bretanha já possuía o seu direito comum. Nesse sentido, costuma-se contrapor o Common Law ao Civil Law, entendendo por este último o direito continental de origem romanística. LOSANO, Mario. op. cit. p. 327-328.

²⁸ "Mas talvez o ponto que mais chame atenção quanto à presença de elementos romanistas na tradição de *common law*, seja a sua estrutura como um direito de ações em que prevalece uma perspectiva casuística e judicial, ao ponto de confundir-se o direito material e o processo, justificando um paralelo com o sistema romano da *legis actiones*, alicerçado na lógica de que tem direito quem tem uma ação." RAATZ, Igor. **Considerações históricas...** p. 175.

²⁹ Cumpre destacar a conclusão de Van Canaegem no sentido de que a ruptura que se observou no direito medieval foi muito mais por parte da Europa continental, que adotou um modelo de racionalidade e rompeu com os antigos padrões jurídicos, ao contrário da Inglaterra, que optou por desenvolver seu direito de acordo com o que era gradualmente decidido nos tribunais: "É surpreendente, e provavelmente único que o mundo medieval tenha repentinamente aceitado como sua autoridade final o grande livro de Direito de uma sociedade que se fora séculos antes e reformulado inteiramente o seu próprio Direito por meio das glosas, disputas e comentários escolásticos sobre essa venerável relíquia de um mundo desaparecido.

É também o marco inicial da tradição civilista, uma vez que, com a expansão do direito romano e a sua consolidação como *jus commune* da Europa continental, os direitos locais tornaram-se cada vez menos relevantes ante a generalidade e flexibilidade do direito romano, os quais foram mantidos de maneira precária e cujo restabelecimento só veio a ser novamente discutido com o advento da Revolução Francesa.³⁰

Com a expansão e a consolidação da ideia de um direito geral, aplicável a uma diversidade de ordenamentos jurídicos, é possível então se falar do *civil law* como tradição jurídica.

O direito romano clássico, que compreende o período entre o século II a.C. e o século III d.C., era marcado pela ausência de um corpo de regras gerais e abstratas, e a presença de uma classe de intérpretes autorizados a desenvolver o direito casuística e gradualmente, os jurisconsultos.³¹ Com o passar do tempo, a vocação para o direito judicial observada no período clássico vai dando lugar a um direito sistematizado, que posteriormente dará

Vista sob essa luz, parece muito mais normal a maneira inglesa de desenvolver as regras existentes, modernizando os tribunais e seu processo e gradualmente erigindo nova casuística ou recorrendo ocasionalmente ao legislador, mas, quanto ao resto, permitindo que os profissionais realizem sua tarefa diária de arguir e julicar. Portanto, parece que – se houve divergência ou mesmo desvio – foram os continentais que divergiram e os ingleses que seguiram o caminho comum.” Van CANAEGEM, Raoul C. **Juízes, Legisladores...** p. 88.

³⁰ “*The reception of the jus commune in European nations eventually aroused a nationalistic concern for the identification and preservation – and in some cases the glorification – of indigenous legal institutions. The coutumes of the various French regions generally classified as the pays de droit coutumier (regions of customary law) – in contrast to those regions generally classified as pays de droit écrit (regions of written law), where Roman law was the dominant influence – became a source of national pride and scholarly interest as France became self-consciously a nation-state. After the Revolution, an effort was made during codification to include institutions from the coutumes in the new centralized legal order*”. MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-DOMO, Rogelio. **The civil law tradition...** p. 12-13.

³¹ É comum a comparação entre o direito romano do período clássico e a *common law* inglesa, no sentido da inexistência de uma noção primordial da lei geral e abstrata como fonte principal do direito, bem como do desenvolvimento do direito através das decisões judiciais: “O caráter extremamente concreto e casuístico das *responsa prudentium* oferecidas pelos jurisconsultos romanos dos dois primeiros séculos da era cristã. (bem como a suposta ‘repulsa’ do jurista romano por construções abstratas ou por qualquer tipo de pensamento sistemático ou conceitual como o que predominou no Continente Europeu pós-Revolução Francesa) faz com que os comparatistas encontrem uma impressionante similitude entre o Direito dos *juristas* de Roma e dos *juízes* da Inglaterra, pois em ambos os casos predominaria um modo de pensamento tópico: ao invés de procurar – dedutivamente – a resposta para cada problema jurídico em um sistema de regras prévias estabelecidas pelo legislador, o juiz do *common law* e o jurista romano parecem recorrer a um sistema de *topoi* que podem ser livremente empregados pelo aplicador do Direito: no *common law*, os precedentes; em Roma, as *responsa* dos juízes autorizados.” BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial...** p. 5-6.

vida a um direito legislativo. Há, portanto, uma mudança na racionalidade que prevalecia anteriormente, no sentido de que o direito que era construído caso a caso, de acordo com os costumes e conforme a interpretação deles conferida pelo juiz, passará a ser subsidiário em relação a outro direito, o direito estabelecido por uma autoridade legislativa, sob a forma de comandos gerais e abstratos, vigentes para todos.

1.2.1. A autoridade dogmática do direito romano medieval

A influência do direito romano no mundo ocidental foi notória, iniciando-se sua expansão, como já se disse, com o estudo da compilação ordenada por Justiniano pela Escola de Bolonha e os Glosadores nos séculos XI e XII, formando uma classe de juristas que depois veio a aplicar o conhecimento sistematizado que o *Digesto* proporcionava nos tribunais e na administração.³² Ele foi o direito vigente na Europa continental desde a sua consolidação como *jus commune* até o século XIX.³³

O estudo do código justinianeu pela Escola de Glosadores, segundo WIEACKER, se deu em circunstâncias que podem ser descritas como um “composto, estranho à atitude espiritual moderna, de crença na autoridade e de formalismo intelectual.” A “paixão científica” pelo estudo do *Digesto*, como o autor define a obstinação dos juristas medievais no estudo das leis romanas é explicada por dois fatores: de um lado, um pensamento profundamente influenciado pela Igreja e pela Escolástica, no sentido de que a verdade carecia de um fundamento de autoridade sagrado, incontestável; de outro, a adoção da cultura antiga como esse fundamento de verdade, tratando das obras de Aristóteles e do próprio *Corpus Juris Civilis* não como testemunhos históricos da verdade e da realidade, mas sim como “a verdade e a realidade em si mesmas”.³⁴

³² LOSANO, Mario. **Os grandes sistemas jurídicos...** p. 55.

³³ Idem, p. 58.

³⁴ WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno.** Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1967. p. 43.

Dessa forma, o código de Justiniano revestiu-se da autoridade necessária para se converter no material básico para os juristas cultos da Europa, e, posteriormente, em uma fonte de direito abrangente e duradoura. Nas palavras de WIEACKER, “O *Corpus Iuris* gozava da mesma autoridade no pensamento jurídico – em virtude da crença na origem providencial do império -, constituindo mais do que um jogo de palavras o dizer-se que ele teve sobre o sentimento jurídico medieval a força de uma revelação no plano do direito.”³⁵

A partir do momento em que o direito romano adquire autoridade por ser expressão de uma espécie de “direito divino”, e que seu fundamento se encontra em verdades tradicionalmente estabelecidas, é possível afirmar que seu estudo e desenvolvimento pela Escola de Glosadores, e, posteriormente, pelos Comentadores, tinha pretensão dogmática³⁶, pois era baseada em um “processo cognitivo, cujas condições e princípios fundamentais estão predeterminados através de uma autoridade”³⁷. A autoridade do direito romano decorre, assim, de premissas preestabelecidas, ligadas a um carácter sagrado que se conferiu ao Império Romano durante a Idade Média.³⁸

Nos séculos XIV e XV, a Escola de Glosadores foi gradualmente sucedida pela Escola de Comentadores, os quais também partiam da premissa de que o direito romano constituía a *ratio scripta*, mas tinham maior liberdade

³⁵ Idem, ibidem.

³⁶ “As intenções desta exegese textual, que, à primeira vista, parece serem as mesmas da actual hermenêutica teológica, filológica e jurídica, são, apesar disso, diferentes, já nas suas premissas. Quando os glosadores interpretam os seus textos e procuram ordená-los num edifício harmônico, partilham na verdade, com as modernas teologia e jurisprudência, as intenções de uma *dogmática*, i. e., de um processo cognitivo, cujas condições e princípios fundamentais estão predeterminados através de uma ‘autoridade’ (ao contrário do que, por exemplo, acontece na investigação filológica ou histórica e ainda no domínio da história religiosa ou da história jurídica dos nossos dias). De resto, eles queriam, em geral, pouco do que a ciência moderna quer: nomeadamente, não queriam nem provar a ‘justeza’ da afirmação do texto perante o *fórum* de razão não pré-condicionada, nem fundamentá-lo ou compreendê-lo do ponto de vista histórico, nem tão pouco, ‘torná-lo útil para a vida prática’. O que eles queriam era, antes comprovar com o instrumento da razão – que, para eles, era constituído pela lógica escolástica – a verdade irrefutável da autoridade. Esta relação entre autoridade e razão com que os intelectuais medievais se ocuparam tão incansavelmente remonta, em última análise, ao idealismo grego, nomeadamente ao platónico; e, originariamente, à esperança, provindo da filosofia eleática, de que a todo o objecto pensado deveria corresponder um ente metafísico. Só numa tal ideia se pode compatibilizar a veneração absoluta dos textos revelados ou tradicionais com o formalismo lógico que a escola medieval tinha herdado da baixa antiguidade.” WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno...** p. 47-48.

³⁷ Idem, p. 43

³⁸ “Se o Império Romano clássico era laico, o novo Império Romano era ‘Sacro’: a cidade terrena era apenas a antecipação e a prefiguração da Cidade de Deus.”. LOSANO, Mario. **Os Grandes sistemas jurídicos...** p. 57.

em antes buscar o sentido do conteúdo do *Corpus Juris Civilis* do que apenas destacar seus pontos importantes. Entendia-se que o conjunto de princípios do código justiniano deveria ser estudado e adaptado à realidade de cada Estado³⁹

Mais do que a transição entre a glosa e o comentário interventivo, a transição entre a Escola de Glosadores e a Escola de Comentadores representou a modificação gradual do raciocínio jurídico: se em um primeiro momento a leitura dos textos jurídicos estava inevitavelmente atrelada à exegese textual, de influência direta da prática religiosa de se preservar o sentido do texto em homenagem a um fundamento sagrado, com a atividade dos Comentadores essa leitura passa a receber uma interpretação mais livre, que acaba extraindo outros significados do texto legal a fim de adaptá-lo às diferentes realidades dos Estados europeus.⁴⁰

Não só o aparato teórico-filosófico da Igreja Católica foi o vetor para a difusão e estabelecimento do direito romano pela Europa continental (uma vez que era ela que controlava as Universidades, principais locais de produção e transmissão do conhecimento da época), como também o direito canônico estava intimamente ligado a esse movimento de expansão, compondo ao lado do direito romano desenvolvido pelos italianos (Escola de Glosadores) e pelos franceses (Escola de Comentadores) o chamado *jus commune*, o qual, a partir do século XV, tornou-se o direito prevalecente em toda Europa ocidental. Esse “direito comum” era de particular importância em territórios compostos por pequenos Estados fragmentários, como era o caso do que hoje se conhece por Alemanha, pois era utilizado para regular as relações entre esses Estados, sendo essa uma das razões apontadas por LOSANO para o sucesso da

³⁹ Idem, p. 53.

⁴⁰ “Os Comentadores viam no direito romano a *ratio scripta*, ou seja, um conjunto de princípios que deviam ser adaptados à realidade de cada Estado por meio de intervenções que os Glosadores teriam considerado inadmissíveis. Assim, a exegese cede cada vez mais lugar à interpretação. Todavia, os princípios inquestionáveis dos quais esta última deve partir são fornecidos pelo direito romano restaurado pelos Glosadores. A continuidade das duas escolas está nesse referência comum ao *Corpus juris*; a contribuição inovadora dos Comentadores está na interpretação dos textos de acordo com as regras da dialética aristotélica.” LOSANO, Mario. **Os grandes sistemas jurídicos...** p. 54.

incursão e do estabelecimento do direito romano-canônico nos Estados alemães.⁴¹

O estabelecimento do direito romano-canônico no território alemão é um exemplo de que o fundamento da autoridade do *Corpus Juris Civilis* residia em sua força como verdade tradicionalmente estabelecida, sendo possível dizer até sagrada, como acontecia com a Bíblia e com os escritos de Aristóteles. Curiosamente, o fato, de que o direito romano-canônico passou a influenciar e se expandir sobre o território alemão por meio dos juristas formados nas universidades italianas, os quais difundiam o conhecimento das leis de Justiniano não pela atividade legislativa, mas pela atividade judicial, foi por muito tempo encoberta pela lenda de Lotário (ou a doutrina da *translatio imperii*).⁴²

A compreensão dogmática do direito romano como a razão escrita (*ratio scripta*) permanece ainda com o fim do Sacro Império Romano-Germânico, agora sob a égide do humanismo, que apesar de deixar para trás a chamada “ideia de Roma”, mantém a concepção de que os padrões da civilização foram estabelecidos pela antiguidade, mantendo um padrão de racionalidade intelectual e contemplativo. É somente com o racionalismo prático moderno que a ideia de uma *ratio scripta* é superada, e o fundamento da autoridade do direito positivo passa a ser a ordem do soberano e a vontade política geral da nação, permitindo, assim, que se abandonasse o culto ao texto do *Corpus Juris Civilis* para que pudessem se ater ao cumprimento dos objetivos individualmente traçados.⁴³

1.3. Lei, costume e precedente na tradição de *common law*

⁴¹ Idem, p. 55.

⁴² A lenda de Lotário consiste em uma ficção criada para justificar a incursão do direito romano nos territórios alemães: “Dizia-se que o imperador Lotário III, em sua campanha na Itália, descobrira em 1137, na região de Amalfi, um exemplar manuscrito do *Digesto* que depois transferira para a Alemanha, onde lhe foi conferida validade jurídico-formal e a categoria de lei imperial. Essa teoria foi denominada ‘doutrina da *translatio imperii*’ e de fato fornecia um fundamento jurídico-formal à exigência política de apresentar o Sacro Império Romano-Germânico como a continuação do Império Romano.” LOSANO, Mario. **Os grandes sistemas jurídicos...** p. 56.

⁴³ WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno...** p. 49-50.

Na dinâmica das fontes do direito, o costume é tratado como fonte de menor relevância, tanto no contexto da *common law* quanto no contexto da *civil law*. Conforme já se aventou, é a fonte de direito mais antiga, mas também a de aplicação mais dificultosa diante de sua natureza inexata e subjetiva, e, principalmente, por não ser decorrente da autoridade estatal. No contexto da *common law* inglesa, por exemplo, considera-se fonte de direito o costume de “tempos imemoráveis”, classificação que requer prova positiva de difícil produção, razão pela qual a partir do século XVI, grande parte dos costumes acabou sedimentada na forma de precedentes judiciais e perdeu, assim, sua legitimidade como fonte autônoma.⁴⁴

Ao lado do precedente, a lei constitui importante fonte do direito na tradição de *common law*.⁴⁵ O senso comum de que apenas os precedentes judiciais exercem influência direta no sistema jurídico desses países é uma ideia equivocada, uma vez que a produção legislativa é tão grande quanto nos países de tradição civilista, por vezes, até maior.⁴⁶ Como assevera MERRYMAN, não é a ausência da codificação das leis que determina a diferenciação entre a *common law* e a *civil law*, mas sim a crença de que a lei escrita organizada em códigos é suficiente para garantir a segurança jurídica.⁴⁷

A crença em um texto abstrato e geral como gerador de maior certeza na aplicação e na interpretação do direito é oriunda da Revolução Francesa. A necessidade de limitar os poderes do juiz e, assim, acabar com os privilégios de uma aristocracia togada, que detinha o poder sobre o que dizia a letra da lei promulgada legitimamente pelo Parlamento eleito foi um fenômeno

⁴⁴ LOSANO, Mario. **Os grandes sistemas jurídicos...** p. 333.

⁴⁵ Mario Losano classifica por ordem crescente de importância o costume, a lei e o precedente judicial como as fontes de direito na Grã-Bretanha. Contudo, ainda que o direito judicial tenha expressivo destaque, principalmente em relação aos países de *civil law*, a prevalência do precedente judicial sobre a lei é relativa, uma vez que, mesmo no contexto inglês, esta prevalece sobre o precedente em caso de conflito. *Idem*, p. 334.

⁴⁶ MERRYMAN e PÉREZ-DOMO apontam para o caso do Estado da Califórnia, nos Estados Unidos, que possui mais códigos que muitas nações de tradição civilista: “California has more codes than many civil law nations, but California is not a civil law jurisdiction. Codes do exist in most civil law systems, but bodies of systematic legislation covering broad areas of the law and indistinguishable in appearance from European or Latin American codes also exist in a number of common law nations.” MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-DOMO, Rogelio. **The civil law tradition...** p. 27.

⁴⁷ *Idem*, p. 28.

eminentemente da Europa continental, não tendo sido observado nem na Inglaterra, berço da tradição de *common law*, nem nos Estados Unidos, principal ilustração da expansão desta tradição além-mar.⁴⁸

O domínio dos juízes como classe jurídica e até mesmo social prevaiente na Inglaterra desde a conquista normanda influenciou, também, a relação do jurista inglês com a lei: se na tradição de *civil law* o legislador tem o papel preponderante como o detentor das razões subjacentes ao texto legal, cabendo ao juiz, mediante a interpretação, tentar buscar essas razões por meio de processos intelectivos de dedução, na *common law* inglesa as razões do texto legal devem ser extremamente claras e bem definidas, pois ao juiz não é dado senão aplicar o texto frio da lei, sendo vedada a sua interpretação.

Essa é a chamada “regra de exclusão”, herança de um tempo em que os juízes eram consultados pelos legisladores para a elaboração das leis, e da concepção de que “[o] legislador é um monstro de muitas cabeças e é difícil descobrir as reais intenções das centenas de parlamentares que votaram a favor de uma lei, mas o texto desta (...) é incontrovertido e pétreo.” Segundo CANAEGEM, essa noção vem perdendo espaço,⁴⁹ porém, influenciou longos séculos de aplicação do direito e favoreceu a prevalência do precedente judicial, na medida em que, proibidos de interpretar a lei, os juízes se viam diante da necessidade de construir a solução jurídica para o caso concreto, em processo em que poderiam até partir da lei, mas no qual não estavam estritamente vinculados aos seus termos.⁵⁰

Essa técnica de aplicação influenciou, segundo LOSANO, a técnica de redação de leis na *common law* inglesa: ao contrário da lei sintética e de expressões de abrangência geral da tradição civilista, à qual é possível subsumir o maior número de casos possíveis, a lei na *common law* é analítica, pois deve conter todos os detalhes relativos aos casos aos quais se destina sua regulação, uma vez que eventuais imprecisões não poderiam ser adequadas pela atividade do juiz. Nesse sentido, o autor aponta que essa

⁴⁸ Sobre a teoria entusiasta da codificação do direito inglês, de Jeremy Bentham, ver cap. 2.

⁴⁹ O autor aqui fala a partir dos anos 70, data em que foi escrita sua obra, sendo dedutível que esse processo já esteja em estágio avançado nos dias de hoje.

⁵⁰ Van CANAEGEM, Raoul C. **Juízes, Legisladores...** p. 88.

técnica legislativa favoreceu a consolidação de um sistema de precedentes: uma vez que a lei não se aplicasse exatamente ao caso em tela, o juiz estaria autorizado a afastá-la e a aplicar os precedentes judiciais cabíveis, os quais, estes sim, poderão ser interpretados de maneira muito mais ampla.⁵¹

O papel preponderante do precedente judicial na Inglaterra, portanto, é facilmente identificado nesse contexto: em um país onde o direito é desenvolvido essencialmente por juízes, o respeito ao precedente significa a manutenção dessa supremacia, uma vez que, ao contrário das leis, uma decisão judicial apenas se perpetua no tempo quando é reiteradamente lembrada e discutida, e seus termos reanalisados para a aplicação a novos casos.⁵² Assim, o direito inglês se apresenta, conforme a terminologia forjada por Van CANAEGEM, como uma “trama inconsútil”, uma continuidade que, ao mesmo tempo que confere coerência com o passado, legitima a prática dos tribunais.⁵³

Conforme a definição precisa de LOSANO, “[o]s precedentes, ou seja, as decisões de casos análogos àquele em exame, contém o direito vigente em forma não codificada.”⁵⁴ Assim, a decisão do caso concreto parte, inicialmente, da pesquisa acerca das decisões anteriores de casos análogos, os chamados *declaratory precedents*; não havendo, cabe ao juiz construir a solução com base na legislação e nos princípios gerais do direito, e é esse manejo dos princípios gerais que o autor aponta como a principal razão de a *common law*

⁵¹ “Como o precedente jurisprudencial é a principal fonte do Common Law, os juízes sempre interpretavam de modo restritivo a legislação (Statute Law), limitando ao máximo a incidência desta no Common Law. Essa restrição leva o juiz inglês a aplicar apenas aquilo que está inequivocamente expresso no texto de lei, segundo uma técnica interpretativa que é bem diferente da utilizada na Europa continental. Consequentemente, também a técnica da redação das leis é diferente da europeia continental. Enquanto nesta última busca-se a expressão sintética, na qual o juiz possa subsumir o maior número de casos concretos, o órgão legislativo inglês deve especificar até nos mínimos detalhes os casos e as modalidades que pretende regular, sabendo bem que a falta de indicação de um caso em especial não será suprida pelo juiz mediante o recurso ao mais amplo *genus* regulado pela mesma lei. O juiz, ao contrário, verá nesse silêncio legislativo o elemento técnico que lhe permite desaplicar a disposição legislativa e continuar a aplicação dos precedentes judiciais àquele caso concreto em especial.” LOSANO, Mario. **Os grandes sistemas jurídicos...** p. 334-335.

⁵² Idem, p. 335.

⁵³ Van CANAEGEM, Raoul C. **Juízes, Legisladores...** p. 90.

⁵⁴ LOSANO, Mario. op. cit. p. 336.

inglesa prezar pela homogeneidade de sua classe jurídica do ponto de vista sociocultural.⁵⁵

Nesse contexto, o papel do Parlamento inglês era o de preservar e garantir o desenvolvimento do direito nos limites do *common law*,⁵⁶ o qual representava a Constituição não escrita do povo inglês.⁵⁷ E o papel do juiz era garantir o cumprimento do *common law*, preservando os direitos adquiridos com o passar do tempo, por meio do desenvolvimento do sistema de *writs*.⁵⁸

Essa espécie de legitimidade democrática dos juízes pode ser explicada pelo papel exercido na transição para a modernidade, época em que se consolidou definitivamente o *common law* como substrato jurídico e eixo constitucional do povo inglês, quando a arbitrariedade religiosa dos regimes absolutistas foi substituída por um sistema de limites legais que operou a mudança na cultura e transformou o direito no novo eixo ideológico da sociedade, para o bem do estabelecimento da burguesia como nova classe social e sua crescente hegemonia. Nesse sentido, é a lição de SANTORO:

De certo, como sublinha Douglas Hay, as conquistas da revolução foram essenciais para a proteção da *gentry*, ou seja, da burguesia enriquecida que, no decorrer do século XVII, tinha começado a disputar o domínio da sociedade inglesa com os proprietários de terra, contra a avidez e a tirania do monarca. Uma das principais conquistas dos revolucionários foi a criação de um quadro normativo que garantia a certeza dos direitos em setores fundamentais, como os das transações civis, das transferências de propriedade, das heranças inalienáveis, dos contratos, dos testamentos e das citações em juízo. A estabilidade dessas conquistas foi, porém, imensamente favorecida pela circunstância de que elas se inseriram sobre a já secular tradição do *common law*.⁵⁹

O *common law* tinha se caracterizado muito cedo como um sistema de ações judiciais (*writs*) predispostas como garantia das relações entre cidadãos dispostos sobre o mesmo plano. Um inglês do século XVII tinha, portanto, a impressão de que a sua vida se desenvolvia

⁵⁵ Idem, ibidem.

⁵⁶ O sentido da expressão *common law*, nesse ponto, é o de direito comum vigente, construído com base nos costumes e consolidado através dos precedentes. Refere-se mais à noção de sistema jurídico do que de tradição jurídica.

⁵⁷ SANTORO, Emilio. Rule of law e “liberdade dos ingleses”: a interpretação de Albert Venn Dicey. In COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. **O Estado de Direito: história, teoria, crítica**. São Paulo: 2006, Martins Fontes. p. 204.

⁵⁸ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. p. 365.

⁵⁹ SANTORO, Emilio. op. cit. p. 203.

em uma rede de relações jurídicas horizontais entre cidadãos formalmente iguais.

O ponto principal desse processo foi o estabelecimento da ideia de igualdade perante a lei, na qual todos os ingleses seriam titulares de direitos, independentemente de suas classes sociais, o que ajudou a construir a sensação de que “a Justiça estava assegurada até mesmo ao mais pobre dos homens.”⁶⁰

À ideia de supremacia ou soberania do Parlamento, por sua vez, correspondia a teoria desenvolvida inicialmente por John Austin, e consolidada por Albert Venn Dicey, de que o Estado deveria contar com um órgão soberano, sem competência predefinida e cujo poder não se submeta a nenhum limite. Consiste, em última análise, no poder de fazer e revogar leis, estabelecendo a seu gosto o direito novo, o qual deve ser respeitado pelas cortes.⁶¹

O poder do Parlamento, contudo, era limitado pela cláusula de legalidade estabelecida como *Rule of law*, a qual determinava a possibilidade de modificar as leis a qualquer tempo, desde que obedecidos critérios formais mínimos e, principalmente, que a ação legislativa não violasse os princípios do *common law*. Dessa forma, a dinâmica entre os Poderes do Estado inglês era pautada pela preservação do eixo ideológico do direito tradicionalmente estabelecido, o que permitiu o reconhecimento da classe dos juízes como preponderante na regulação dos direitos, e promoveu certo equilíbrio entre o direito legislado e o direito judicial. Não houve, como se sabe, a conhecida disputa entre Judiciário e Legislativo que se ouve falar no âmbito da tradição civilista, mas sim a manutenção de uma pluralidade de fontes, com apoio da burguesia. Nas palavras do autor:

A relação entre Parlamento, Governo e corpo judicial desenvolveu-se na Inglaterra a partir de um choque que viu reunidas as Cortes e o Parlamento contra a Coroa. Esse choque teve o seu momento mais agudo no século XVII e culminou na vitória da aliança entre

⁶⁰ SANTORO, Emilio. op. cit. p. 204.

⁶¹ Idem, p. 217.

Parlamento e Corte que, a partir do século XVIII, tiveram liberdade para desenhar a ordem constitucional. Esses acontecimentos fizeram com que, como sublinha Dicey, o Parlamento pudesse mostrar uma tendência em proteger a independência dos juizes da mesma forma que os soberanos pretenderam garantir os funcionários públicos no exercício dos seus poderes.⁶²

Assim, observa-se que a tradição de *common law* comporta, desde suas origens, uma pluralidade de fontes sem o apego metafísico a uma delas, muito embora seja evidente a preponderância das decisões judiciais, na forma de precedentes, como fonte melhor consolidada, principalmente diante de sua legitimidade como direito “tradicional” do povo inglês, e não imposto por uma minoria governante.

Nos Estados Unidos, o desenvolvimento do *common law*, como herança da metrópole, se deu por outro caminho. Cada uma das colônias era regida por uma Carta, um documento com feições de Constituição que estabelecia o regramento mínimo daquele território, e permitia que este aprovasse suas próprias leis, desde que não contrariassem as leis inglesas, transportando, assim, o princípio da supremacia do parlamento inglês para a realidade colonial.⁶³

No século XVIII, os colonos entraram em conflito com a metrópole em razão dos altos encargos cobrados pelo governo inglês. Considerando que não tinham representação no parlamento, e que a prática do governo inglês violava princípios tributários por eles mesmos estabelecidos, ocorreu aí uma violação ao “*due process*”, o que propiciou a revolta contra a Inglaterra baseada na noção de que qualquer ato do parlamento inglês contrário à equidade – aqui entendida como uma série de princípios herdados justamente da metrópole inglesa – seria nulo. Esse foi o cerne de uma ideologia de necessidade de imposição de limites à legislatura por meio de uma lei maior, e somente pode se desenvolver graças à atividade dos juizes, que realizavam o controle da adequação da lei com esses princípios gerais.⁶⁴

⁶² SANTORO, Emilio. **Rule of law...** p. 218.

⁶³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. P. 44-45.

⁶⁴ GROTE, Rainer. **Rule of Law...** p. 283.

Após a independência, em 1776, foram estabelecidas as Constituições para cada Estado da nação estadunidense, e a prática de controlar a adequação das leis coloniais às leis inglesas, com a decretação da nulidade daquelas, apenas foi adaptada para que o controle agora tivesse como parâmetro as Constituições dos Estados independentes. Contudo, as leis dos Estados Unidos, como colônia, eram submetidas ao controle de adequação não exatamente às leis da Grã-Bretanha, mas sim ao *common law* inglês, e nesse aspecto, o surgimento do *judicial review* configurou-se muito mais uma continuidade do que uma ruptura, afinal, o *common law*, em seu sentido sistêmico e normativo, pode ser considerado a Constituição não escrita da Inglaterra, conforme assevera MARINONI.⁶⁵

A principal cisão em relação à tradição britânica foi a adoção de uma constituição escrita como elemento de soberania, no caso dos americanos, do povo, para dispor acerca da estrutura básica do Estado e sobre as garantias individuais. Com ela, adquiriu força também a concepção de um sistema jurídico baseado em uma hierarquia de normas, no qual a constituição ocuparia o posto de lei maior, assim como a de um sistema de separação de poderes no Estado, que se auto controlariam através de um sistema de “freios e contrapesos” (*checks and balances*), cumprindo ao judiciário garantir o equilíbrio desse sistema.⁶⁶

A tradição de *common law*, assim, é moldada nos Estados Unidos conforme o *judicial review*, o federalismo e uma doutrina de separação de poderes dinamicamente diferente do que ocorre na Inglaterra. A existência de autonomia entre os Estados da federação permite que existam micro-ordenamentos jurídicos inseridos em um ordenamento jurídico nacional, o que é harmonizado por um texto constitucional de caráter aberto e semirrígido. Tal harmonia é garantida por um Poder Judiciário fortalecido e institucionalmente separado do Poder Legislativo, situação esta que não acontecia na Inglaterra, e dotado de atribuições reguladoras que permitem concluir previamente que, se na Inglaterra os juízes detêm o poder de dizer o que é o *common law*, nos

⁶⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 45.

⁶⁶ GROTE, Ranier. op. cit. p. 283.

Estados Unidos eles detêm o poder de dizer o teor do texto constitucional, e de declarar a nulidade da lei contrária a ele.

1.4. A influência moderna no desenvolvimento das tradições jurídicas: codificação e *stare decisis*

A ideia que permeia a modernidade é a racionalidade. No âmbito do *civil law*, essa racionalidade é representada, no Direito, pela codificação e pelo método da exegese, como tentativa de esvaziar os poderes da aristocracia; no *common law*, a elaboração de uma teoria dos precedentes, cuja representação máxima é a doutrina do *stare decisis*, ilustra o intuito de tentar racionalizar um sistema difuso e complexo de leis e julgados. Ambos têm por objetivo salvaguardar a segurança jurídica dos cidadãos, que se torna o valor mais importante do Direito, como reflexo da hegemonia burguesa e a necessidade de um sistema jurídico estável e previsível para viabilizar o fluxo de negociações crescentes.⁶⁷

É com base nessas premissas que se investigará o estabelecimento, durante o período da Idade Moderna, de teorias que visavam suprir uma necessidade premente da sociedade de cristalizar certos conceitos jurídicos, desenvolvidos anteriormente por meio de um direito ligado à tradição e extremamente fluido, como era o caso do direito consuetudinário, de maneira a consolidar um sistema jurídico que primasse, principalmente, pela certeza e estabilidade do direito: não apenas das relações jurídicas, mas também da interpretação e aplicação do direito.

1.4.1. A modernidade para o *civil law*: o império da lei

⁶⁷ ZAGREBELSKI, Gustavo. El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia. Madrid: Editorial Trotta, 2009. P. 15.

O conceito de *ratio scripta* para designar o fundamento de autoridade de determinada fonte do direito positivo deu lugar à concepção racionalista de que a origem de sua autoridade deve ser identificável por meio de processos lógico-racionais, sendo inaceitável a fundamentação em argumentos teológicos ou metafísicos, como era o caso do direito romano-canônico ao longo da Idade Média.⁶⁸

O marco histórico da mudança do paradigma teológico (direito romano-canônico e *ratio scripta*) para o paradigma racional foi a Revolução Francesa no século XVIII, a qual fez parte de uma onda de processos revolucionários na Europa continental e nos Estados Unidos. A noção de que a lei é fonte do direito por excelência, e que sua legitimação decorre da autoridade do órgão de qual foi emanada, foi construída ao longo do processo revolucionário europeu, destacando MERRYMAN quatro fatores fundamentais para a modificação do paradigma jurídico que permanece vigente nos países herdeiros da tradição civilista, dadas as devidas proporções, até os dias atuais: a doutrina do direito natural, a teoria da separação de poderes, o racionalismo e o nacionalismo.

Um dos fundamentos intelectuais da Revolução, o direito natural, representou a ruptura com o direito romano-canônico medieval na medida em que delimitou a existência de um rol de direitos inerentes a toda e qualquer pessoa, estabelecidos pela história e pela tradição, que garantiriam que todos os homens fossem tratados iguais. Esse rol de direitos constou de declarações escritas, como a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão francesa, e tinha a função de consolidar a ideia de que todos os homens eram portadores de um direito natural à propriedade, à liberdade e à vida, cabendo ao governante não se imiscuir em seu gozo, mas sim reconhecê-los e assegurá-los.⁶⁹

Esse era um dos fundamentos jurídicos do Estado liberal, no qual as instituições políticas da sociedade só se justificariam com uma atuação tal que

⁶⁸ “The effect of the revolution was not, however, limited to public law. It also had a profound influence on the form, the method of application, and, to a lesser extent, the content of the basic codes derived from Roman and *jus commune* sources. The intellectual revolution produced a new way of thinking about law that had important consequences for the organization and administration of the legal system and for rules of substantive and procedural law.” MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-DOMO, Rogelio. **The civil law tradition...** p. 15.

⁶⁹ MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-DOMO, Rogelio. **The civil law tradition...** p. 16.

permitisse que os cidadãos fossem livres para viver suas vidas como melhor entendessem, com especial atenção para a classe burguesa e a necessidade de assegurar sua liberdade de contratar.⁷⁰

Tais ideias eram incompatíveis com o feudalismo e suas instituições, em especial com a aristocracia. Não havia, no contexto liberal, espaço para uma classe dotada de privilégios decorrentes exclusivamente da propriedade da terra, concedidos por qualquer entidade que não a vontade popular através de seus representantes legitimamente eleitos. Nesse contexto, a “aristocracia togada” era alvo de ataques ainda mais ferrenhos, uma vez que dava suporte jurídico às demais subclasses da aristocracia e trabalhava contra os interesses revolucionários, especialmente a centralização do Estado francês, o que fazia através da recusa em aplicar as novas leis pós-revolução, o que denotava a ausência de uma separação clara da função judicial em relação à função legislativa.⁷¹ Essa atitude reacionária dos juízes serviu de substrato para a formulação e desenvolvimento da doutrina da separação de poderes na medida em que revelou a necessidade de estabelecer a separação entre a atividade legislativa e a atividade judicial, de maneira que suas atuações não fossem confundidas, como forma de garantir o cumprimento das metas estabelecidas na Revolução, transformadas em lei. Nascia, assim, a figura do juiz *bouche de la loi*, consagrada por Montesquieu em sua obra “O espírito das leis”, o qual era desprovido de qualquer função que não fosse a de aplicar estritamente os termos da lei.⁷²

⁷⁰ RAATZ, Igor. **Considerações históricas...** p. 180-181.

⁷¹ “In France the judicial aristocracy were targets of the Revolution not only because of their tendency to identify with the landed aristocracy, but also because of their failure to distinguish very clearly between applying law and making law. As a result of these failings, efforts by the Crown to unify the kingdom and to enforce relatively enlightened and progressive legislative reforms had frequently been frustrated. The courts refused to apply the new laws, interpreted them contrary to their intent, or hindered the attempts of officials to administer them.” MERRYMAN, John Henry. *The civil law tradition*. p. 17.

⁷² “Deve-se ter presente que, na França, a aristocracia judicial foi um dos alvos da revolução. Como os tribunais se recusavam a aplicar as novas leis, interpretando-as conforme seus interesses, Montesquieu propôs-se um modelo de separação de poderes capaz de impedir os abusos do judiciário, o qual ficaria restrito a aplicar a lei criada pelo legislador. Nascia então a figura do juiz *bouche de la loi*. Havia, pois, um forte controle estatal sobre o juiz no momento de decidir, uniformizando rigorosamente o comportamento dos juízes às orientações políticas do governo, usando todos os instrumentos lícitos ou ainda ilícitos, como pressões de arrecadações e sanções burocráticas ou disciplinares sobre aqueles que ousassem se comportar de modo independente. Obtinha-se, dessa forma, uma ampla ingerência sobre as

A influência do racionalismo e do nacionalismo desenharam a forma e a abrangência da lei na tradição civilista tal qual se conhece hoje. O racionalismo rechaçava qualquer fundamento para a autoridade da lei que não fosse decorrente de processos lógico-rationais. A racionalidade substituía a fé como fundamento da autoridade, e o direito romano perde sua autoridade como *ratio scripta*, muito embora o conteúdo do *Corpus Juris Civilis* seja o substrato da legislação codificada que será implementada na Europa continental.

O respeito ao direito individual à propriedade operou a mudança no paradigma do *status* para o contrato, e o sistema jurídico, outrora complicado e fragmentário, passou a ser enxuto e de simples entendimento pela codificação.⁷³ A ideia era a de que o Código Civil francês fosse um documento acessível a todos os cidadãos, e guiasse as condutas individuais na esfera da vida privada, assim como a Bíblia na esfera religiosa.⁷⁴

O nacionalismo, por sua vez, cumpriu a função de delimitar o espaço de atuação da lei, e, assim, assegurar a independência de cada nação para decidir seus próprios rumos e legislar conforme os objetivos traçados. A centralização do poder do Estado em um ambiente de decisão parlamentar, com o fim do poder real e da aristocracia em suas mais diversas vertentes, promoveu a centralização do direito na figura da lei emanada do Legislativo, pois apenas ela estaria revestida da autoridade necessária para constituir fonte do direito, eis que proferida pelo órgão representante da vontade geral.

Dessa forma, o antigo regime é suplantado e a figura da lei passa a ocupar o lugar central do sistema jurídico dos países da Europa continental. A lei é, nesse contexto, sinônimo de justiça, e essa noção perdurará até meados do século XX, sendo superada, ainda que parcialmente e não contando com a unanimidade da opinião dos juristas, apenas com o advento das teorias da

decisões tomadas pelos juízes, de modo a garantir a supremacia da legislação.” RAATZ, Igor. **Considerações históricas...** p. 182.

⁷³ MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-DOMO, Rogelio. **The civil law tradition...** p. 18.

⁷⁴ Van CANAEGEM, Raoul. **Juízes, legisladores...** p. 63.

justiça fundamentadas em Kant e com o constitucionalismo pós Segunda Guerra Mundial.⁷⁵

A lei que se conhece hoje tem a forma e a abrangência que o ambiente revolucionário francês delimitou: a lei escrita, fundamentada na autoridade racionalmente estabelecida do parlamento, que deveria representar a vontade popular, cuja vigência não ultrapassa os limites do território nacional, e, ao mesmo tempo, consiste na representação dos objetivos determinados pela sociedade daquele Estado nacional, o que também vem a contribuir decisivamente para a construção do conceito de soberania.⁷⁶

No campo da interpretação e da aplicação do direito, a hegemonia da lei pode ser sentida principalmente pelo sucesso da Escola da Exegese (1804), que difundiu a ideia de que a interpretação é um ato de conhecimento objetivo, com o intuito de extrair o único e verdadeiro significado da lei. Sua premissa fundamental era a de que a lei possui apenas um significado verdadeiro, e, assim, o ato de interpretar só poderia ser um ato de conhecimento objetivo, alheio a qualquer outro julgamento de valor por parte daquele a quem cabia interpretar o texto legal.⁷⁷

A Corte de Cassação, conforme idealizada pelo modelo francês, era o exemplo claro de que a interpretação das leis não era uma tarefa própria do Judiciário. O estilo da redação das decisões, o chamado estilo *phrase unique* desenvolvido e aplicado pela jurisprudência da Corte de Cassação francesa, se utilizava de uma racionalidade dedutiva, e o modelo interpretativo ressalta que a pesagem dos valores é feita exclusivamente pelo legislador. Sobre a relação entre o estilo de redação das sentenças da Corte de Cassação francesa e a racionalidade jurídica vigente:

⁷⁵ “Daí ser possível dizer que a ideia de lei surgida com a revolução francesa é uma tentativa de colocar fim ao modelo de estado jurisdicional que existia ao tempo do *ancien regime*. O moderno conceito de lei, portanto, rompe com essa estrutura e institui um novo espaço institucional no qual as decisões públicas passam a ser tomadas em um ambiente parlamentar que expressa o conteúdo da vontade geral: ‘não mais uma única pessoa representaria a personificação do poder, mas um corpo legislativo de representantes de um novo ator político chamado *povo* (que, no contexto da revolução francesa, serão os burgueses)’. Acreditava-se assim que o direito desempenharia a sua intenção de justiça: a justiça racional da universalidade e igualdade.” RAATZ, Igor. **Considerações históricas...** p. 181.

⁷⁶ ZAGREBELSKI, Gustavo. **El derecho dúctil...** p. 29.

⁷⁷ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial...** p. 20.

O estilo judiciário é evidentemente revelador de uma determinada forma de aprender o próprio Direito, de uma ideologia do processo judiciário. Diferentemente do que ocorre no *common law*, 'desde o momento em que se passa a conceber a ordem jurídica como um sistema de regras hierarquizadas e fechadas, onde a interpretação corresponde, por consequência a uma racionalidade dedutiva, a pesagem dos valores é relegada à periferia; as escolhas ideológicas, sociais ou econômicas, pertencem nessa ótica apenas ao domínio político, ou seja, do legislador.⁷⁸

O papel de desenvolvimento do Direito, que nos sistemas de *common law* é tradicionalmente atribuído ao juiz, através do precedente judicial, nos países de *civil law* é atribuído, principalmente na França, à doutrina. Caberia aos acadêmicos, em geral aos professores universitários, ao elaborarem críticas e comentários aos textos legais, provocar novas interpretações, o que é examinado pelos juízes ao analisarem as causas. Assim, muito embora a doutrina não seja considerada fonte formal de Direito, é com base nela que os juízes da tradição civilista francesa, por exemplo, devem se pautar se quiserem imprimir interpretação diversa da interpretação sistemática.⁷⁹

A centralidade dos códigos também deve ser destacada como fator preponderante da formação da racionalidade jurídica do *civil law*. MERRYMAN destaca que os efeitos da Revolução Francesa puderam e ainda podem ser sentidos em grande parte do mundo civilista, principalmente em função da expansão da influência do Código Civil de Napoleão, o qual serviu de base para a elaboração de grande parte dos códigos civis dos países de tradição de *civil law*. A teoria da separação de poderes, em especial, desenhou a rejeição à figura do juiz e orientou a formulação de um sistema de Cortes Administrativas (como foi o caso da França e da Alemanha), de maneira a limitar os poderes interpretativos do juiz e delegar a tarefa de revisão do texto legal à instituições

⁷⁸ TOUFFAIT-TUNC apud BUSTAMANTE, p. 18.

⁷⁹ Sobre as atuais definições de fonte formal e fonte material, ver LORENZETTI, Ricardo. **Teoria da decisão Judicial: fundamentos de direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 77 – 78.

diversas do Poder Judiciário, para que o pesadelo da aristocracia de toga não mais retornasse.⁸⁰

Dessa forma, é possível dizer que a modernidade representou para os países adeptos da tradição de *civil law* a redução das fontes de direito a uma única fonte dotada de legitimidade, ou seja, classificada como fonte material de direito: a lei escrita; e, muito embora a aplicação do direito continuasse sendo uma atividade dos juízes, a eles seria vedada a interpretação, cabendo ao legislador extrair os significados possíveis da norma.

1.4.2. A modernidade para o *common law*: a doutrina do *stare decisis*

Stare decisis et non quieta movere: mantenha o que foi decidido e não altere o que já foi estabelecido.⁸¹

A ideia de um sistema jurídico baseado em precedentes judiciais causa a primeira impressão de que a vinculação dos juízes às decisões dos casos anteriores é uma prática que nasceu com a *common law*, o que não é verdade. A teoria dos precedentes vinculantes nos países de *common law* consolidou-se apenas na Inglaterra do século XIX, para justificar a prática que vinha se instalando de manutenção, pelas decisões posteriores, do que havia sido estabelecido como regra nas decisões precedentes, seja verticalmente

⁸⁰ “This development profoundly affected the revolutionary reforms in France, and since the revolutionary law of France has been extremely influential outside of France, the legal systems in many parts of the civil law world show the effects both of the fervent utopianism that characterized the French Revolution and of reactions against it. The emphasis on separation of powers led to a separate system of administrative courts, inhibited the adoption of judicial review of legislation, and limited the judge to a relatively minor role in the legal process. The theory of natural rights led to an exaggerated emphasis on individual rights of property and contract and to an oversharp distinction between public and private law. Glorification of the state, nationalism, and rationalism combined to produce a peculiar civil law theory of what law is and to determine the form and style of the basic codes.” MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-DOMO, Rogelio. **The civil law tradition...** p. 19.

⁸¹ DUXBURY, Neil. **The nature and the authority of precedent.** Cambridge University Press, 2008. p. 12.

(decisões das cortes superiores vinculando as decisões das cortes inferiores), seja horizontalmente (vinculação das cortes às próprias decisões).⁸²

A origem dessa doutrina remonta à prática iniciada no século XV dos juízes ingleses das mais diversas Cortes de se reunirem na *Exchequer Chamber* para discutir os casos mais importantes e difíceis antes que esses fossem julgados pelas respectivas Cortes. Há o registro de que em uma dessas ocasiões, no ano de 1483, em um julgamento por maioria o juiz presidente da *Common Pleas* declarou que, mesmo discordando da decisão ali tomada, sentia-se obrigado a adotar a decisão da maioria, o que acabou sendo tomado como ilustrativo da prática dos juízes de, quando se deparassem com casos que tratassem de questões já decididas em casos anteriores, adotarem estas decisões como vinculantes.⁸³

Inicialmente, no decorrer dos séculos XVI e XVII, apenas as decisões da *Exchequer Chamber* eram dotadas de eficácia vinculante, sendo que as outras Cortes se consideravam livres para desconsiderar os precedentes – inclusive a *House of Lords*.

O estabelecimento de uma verdadeira doutrina de precedentes aconteceu nos idos do século XIX, em 1833, quando no julgamento do caso *Mirehouse v. Rennel* o juiz James Parke manifestou-se pela aplicação do precedente como forma de promover a uniformidade, a consistência e a certeza:

O nosso sistema de *common law* consiste na aplicação de novas combinações de circunstâncias às regras de direito que derivam de princípios legais e jurisprudenciais, e para o objetivo de atingir a consistência, uniformidade e segurança, temos que aplicar essas regras, onde não forem claramente irracionais e inconvenientes, a todos os casos que surgirem, e não temos a liberdade de rejeitá-los, e abandonar todos os casos análogos a eles, aqueles aos quais não tenham sido judicialmente aplicada, porque pensamos que as regras

⁸² ODAHARA, Bruno Periolo. Um rápido olhar sobre o *stare decisis*. In MARINONI, Luiz Guilherme. **A força dos precedentes**. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 53.

⁸³ DRUMMOND, Paulo Henrique Dias. CROSETTI, Priscila Soares. Formação histórica, aspectos do desenvolvimento e perspectivas de convergência das tradições de *Common Law* e *Civil Law*. In MARINONI, Luiz Guilherme. **A força dos precedentes**. Salvador: JusPodivm, 2010. p. 24.

não são tão convenientes e razoáveis como poderíamos ter concebido.⁸⁴

Importante salientar, ainda que nos dias de hoje pareça óbvio, que a adoção das razões expendidas em julgamentos anteriores dependia do registro adequado e permanente daqueles julgamentos, o que não era uma realidade comum à época. Assim, de extrema importância para a viabilização da doutrina da vinculação dos precedentes judiciais foi a implantação de um sistema institucional de elaboração de relatórios dos casos julgados, os chamados *Law Reports*, que vieram a substituir a antiga prática dos Relatórios Particulares, quando o registro dos casos era feito por advogados interessados em atuar em determinada Corte e elaboravam, de acordo com seus próprios critérios, relatórios dos julgamentos, os quais, após passarem pela análise de um membro da Corte, se convertiam nos registros oficiais dos julgamentos. Agora, devidamente registrados os julgamentos por meios institucionais, era possível adotá-los com maior segurança como razões de decidir os próximos casos.⁸⁵

Há que se observar, contudo, que o estabelecimento do *stare decisis* não modificou a característica plural do sistema jurídico do *common law* inglês: muito embora o precedente judicial constitua importante fonte de direito, a lei ainda ocupa o papel de fonte do direito de maior relevância. Assim, a elaboração da doutrina dos precedentes obrigatórios fundamentou-se também na necessidade de estabelecer os princípios jurídicos extraídos das decisões das Cortes como fontes primárias de direito, até que estes viessem a ser

⁸⁴ Tradução livre de: “Our common law system consists in the applying to new combinations of circumstances those rules of law which we derive from legal principles and judicial precedent; and for the sake of attaining uniformity, consistency and certainty, we must apply those rules, where they are not plainly unreasonable and inconvenient, to all cases which arise; and we are not at liberty to reject them, and to abandon all analogy to them, in those to which they have not been judicially applied, because we think that the rules are not as convenient and reasonable as we ourselves could have devised.” in BARBOZA, Estefania Maria de Queiroz. **Stare Decisis, integridade e segurança jurídica.** Disponível em: http://www.biblioteca.pucpr.br/tede/tde_arquivos/1/TDE-2011-06-20T092503Z-1547/Publico/Estefania.pdf, p. 166.

⁸⁵ A partir de 1535, os Relatórios Particulares eram elaborados por pessoas interessadas em atuar em determinadas Cortes e anotavam os resultados dos julgamentos e os argumentos manejados pelos advogados. Essas anotações eram revisadas e publicadas como *Law Reports*. Em 1865, originou-se um sistema mais institucionalizado de registro dos casos julgados, sendo a origem das *Law Reports* propriamente ditas, as quais eram elaboradas por um conselho jurídico formado por advogados e estudantes de direito. DRUMMOND, Paulo Henrique Dias. CROCKETTI, Priscila Soares. **Formação histórica...** p. 24.

substituídos por decisões das Cortes superiores ou pela legislação, consolidando-os ou revogando-os.⁸⁶

O *stare decisis* inglês passou por algumas modificações desde o século XIX: após uma fase de extrema rigidez, em que se entendia pela absoluta impossibilidade de se julgar de forma diversa daquela presente no precedente judicial (o que, segundo CROSS e HARRIS, era uma verdade parcial, pois, no fim das contas, os juízes manipulavam os argumentos e os fatos para divergir do precedente sem que isso lhes custasse qualquer repreensão)⁸⁷, experimentou-se uma fase de relativa flexibilidade, com a edição do *Practice Statement* pela *House of Lords* em 1966, o qual estabeleceu a possibilidade de esta discordar de seus precedentes e revogá-los. É isso que evidencia a consciência de que a aderência rígida aos precedentes pode perpetuar decisões injustas e impedir que o direito se desenvolva, afastando-se, assim, de uma de suas principais funções, que é justamente ser um direito flexível e sensível às mudanças sociais.⁸⁸

Assim, o esquema de vinculação dos precedentes que se desenhou ao longo do século XX é descrito por CROSS e HARRIS da seguinte maneira: a decisão de uma Corte superior é considerada um precedente, ainda que isolada. Para as Cortes a ela superiores, constitui um precedente persuasivo; para as Cortes inferiores, um precedente vinculante. E todas as Cortes são vinculadas às suas decisões anteriores, com exceção da *House of Lords*.⁸⁹

Nos Estados Unidos, a doutrina do *stare decisis* carrega a noção de que o precedente judicial tem força de lei, e sua força se estende para além das partes envolvidas, alcançando o poder público, os advogados e os tribunais. Dois foram os casos emblemáticos que representaram o estabelecimento da doutrina em terras estadunidenses: o caso *Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey*, que decidiu por manter o entendimento anteriormente firmado em *Roe v. Wade* garantindo o direito ao

⁸⁶ Idem, ibidem.

⁸⁷ CROSS, Rupert e HARRIS, J. W. **Precedent in English Law**. Clarendon Press, Oxford, 1991. p. 66

⁸⁸ BARBOZA, Estefania Maria de Queiroz. **Stare decisis, integridade...** p. 170.

⁸⁹ CROSS, Rupert; HARRIS, J.W. **Precedent in English Law...** p. 66.

aborto; e a discussão acerca da possibilidade dos tribunais federais de adotar precedentes que não haviam sido publicados nos *Law Reports*.⁹⁰

Aqui, DUXBURY pontua que nunca houve uma aplicação extremista do *stare decisis*⁹¹, tanto que se afigura normal que os juizes deixem de seguir determinados precedentes, sem que essa relativa facilidade indicasse a violação ou enfraquecimento da sua força vinculante (*binding force*)⁹².

Pode-se concluir previamente, portanto, que, muito embora a doutrina do *stare decisis* seja a representação da prevalência do precedente judicial nos países de *common law*, não é correto afirmar que ela fundamenta uma vinculação ou obrigatoriedade absoluta e eterna. Essa compreensão vai ao encontro da necessidade de preservação do caráter flexível do direito jurisprudencial, uma vez que é a sua adaptabilidade às novas situações e concepções sociais que justifica sua presença como elemento oxigenador do ordenamento jurídico.

A preservação do caráter dinâmico do *common law* depende, portanto, da existência de instrumentos capazes de conferir aos tribunais a possibilidade de revogar precedentes aos quais estariam vinculados pelo instituto do *stare decisis*, seja por que, ao reanalisar a questão tratada em caso anterior, a Corte tenha entendido que o julgamento se deu de forma equivocada, de maneira a, eventualmente, suplantam o direito da parte; seja em face da alteração de instituições sociais, o que implicaria no exame dos fatos sob uma nova ótica.

1.5. *Judge-made law* x *juiz bouche de la loi*

⁹⁰ BARBOZA, Estefania Maria de Queiroz. **Stare Decisis, Integridade...** p. 173.

⁹¹ DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent...** p. 111.

⁹² “That judges often will not follow, and will be entirely within their rights not following, precedents can make it seem odd (even if not technically incorrect) to talk of a doctrine of binding precedent. It would be a mistake, nevertheless, to think that the judicial capacity to act appropriately by not following a precedent necessitates the conclusion that precedent are a weak form of authority.” DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent.** p. 111-112.

O ambiente revolucionário da modernidade impulsionou, na Europa Continental, um movimento dos institutos jurídicos no sentido de estabelecer uma segurança jurídica mínima, capaz de gerar confiança em um novo sistema jurídico, apartado do poder político e dependente da atividade legislativa, conduzido por juízes cuja liberdade interpretativa, agora, estava sujeita a um controle rigoroso. Já na Europa insular e nos Estados Unidos, o *common law* experimentou o enrijecimento do sistema de precedentes judiciais, como forma de conferir maior certeza e estabilidade ao ordenamento jurídico, reduzindo o campo de discricionariedade do juiz por meio da doutrina da vinculação obrigatória ao precedente judicial. O ponto comum que se pode observar é que o processo de enrijecimento de ambos os sistemas jurídicos teve em comum a busca da redução da capacidade do juiz de interpretar a lei e conferir significado ao direito. Esse processo foi menos rigoroso nos países de *common law* do que nos países de *civil law*, e isso se deve, como se viu, ao papel do juiz no organograma jurídico-político daqueles países, cuja configuração abarcava a permanência de uma figura com poderes amplos, como o juiz, sem que isso representasse uma efetiva ameaça aos demais poderes do Estado.

Portanto, o exame do papel do juiz em um e em outro contexto será útil para delimitar as condições em que se apresentam as supostas diferenças de aplicação do precedente judicial no *common law* e no *civil law* no que tange à liberdade de interpretação e aplicação do direito.

Com a centralização do poder na figura do rei nos idos dos séculos XI e XII, momento do estabelecimento do *common law* como direito comum a toda Inglaterra, organizaram-se em torno da *Curia Regis* quatro organizações corporativas de juristas, cuja função era preparar os bacharéis em direito para a profissão forense: as *Inns of Court*, as quais são apontadas como uma das principais razões do caráter fechado e homogêneo da comunidade jurídica inglesa. Os juízes representavam, assim, uma classe extremamente fechada, uma espécie de “casta”, encarregada da função de conhecer e elaborar as tradições comuns nos julgamentos.⁹³

⁹³ Aponta-se, inclusive, para o fato de que desde o século XI até os idos do século XVIII a linguagem falada utilizada nos tribunais ingleses era uma espécie de francês arcaico, enquanto os documentos eram escritos em latim, o que representava um movimento no sentido de isolar

É inegável, portanto, o protagonismo dos juizes na história da tradição de *common law*. Se em um primeiro momento foram figuras essenciais na unificação do Estado inglês, ao longo da história foram encarregados de manter as peculiaridades da tradição inglesa a salvo das mudanças operadas pelo ambiente revolucionário estabelecido com a Queda da Bastilha. Nesse sentido, é a lição de RAATZ:

(...) no *common law* não havia pretensão alguma de abolir o passado, nem os juizes eram vistos como inimigos. Na Inglaterra, assim como nos Estados Unidos, os juizes se constituíram em uma força progressiva ao lado dos indivíduos contra o abuso de poder do governante, exercendo importante papel na centralização do poder governamental e na destruição do feudalismo. (...). Além disso, a revolução inglesa, ocorrida cerca de cinquenta anos antes da francesa, redundou no fortalecimento do *common law* produzido por juizes, uma vez que estes estiveram ao lado do Parlamento nas disputas com o poder real. O clima mental da Revolução inglesa ainda equiparava Direito bom ao Direito velho, enquanto a fé do século XVIII no progresso produziu a crença de que Direito velho significa Direito ruim e que apenas Direito novo era Direito bom.⁹⁴

Isso significou manter a proximidade entre os poderes Legislativo e Judiciário, sem necessidade de prestar qualquer homenagem à teoria da separação estrita de poderes advogada por Montesquieu. Salvo algumas mudanças recentes na composição e funcionamento do Judiciário, os *Law Lords* e o *Lorde Chancellor* exercem tanto funções jurídicas quanto funções administrativas e políticas, e isso não é objeto de desconfiança por parte do povo inglês. Assim constata LOSANO: “Nesse amálgama de formas judiciárias e parlamentares, encontra sua expressão mais plástica a característica fundamental do *Common Law*: a de ser um direito feito sobretudo pelos juizes.”⁹⁵

A realidade na Europa continental era outra. A tomada do poder aristocrático que era atribuído ao juiz em um contexto absolutista constituía necessidade de primeira ordem para a Revolução, uma vez que a implementação das mudanças trazidas pela nova legislação aprovada

a classe dos juizes dos demais do povo. Ver LOSANO, Mario. **Os grandes sistemas jurídicos...** p. 327. Também Van CANAEGEM, Raoul C. **Juizes, Legisladores...**

⁹⁴ RAATZ, Igor. **Considerações históricas...** p. 169.

⁹⁵ LOSANO, Mario. **Os grandes sistemas jurídicos...** p. 333.

“democraticamente” dependia de que a sua interpretação não lhe retirasse toda eficácia, como vinha acontecendo com os julgamentos proferidos pelos juízes oriundos do antigo regime. Ao se perceber que interpretar a lei constituía uma forma de poder, foi necessário retirá-lo das mãos dos remanescentes do antigo regime e mantê-lo fora do alcance dos próximos juízes, como forma de preservar a integridade do conteúdo da lei.

Assim, se na Revolução Francesa o estabelecimento de um novo sistema jurídico representava a ruptura com um sistema político indesejado, caracterizando, então, a necessidade de uma separação de poderes extrema, que limitasse o quanto possível o poder dos juízes, no âmbito inglês é possível observar que os tribunais nunca representaram riscos às liberdades individuais, muito pelo contrário: o Judiciário esteve ao lado do Parlamento em toda luta contra o absolutismo, sendo que a continuidade do sistema jurídico representa, para os ingleses, a garantia da estabilidade política.

1.6. As diferenças históricas e o desenvolvimento de uma teoria de precedentes aplicável ao *civil law*: diálogo necessário entre autoridade e racionalidade

Como se pode notar do breve retrospecto histórico, *common law* e *civil law* constituem, além de diferentes tradições jurídicas, diferentes *sistemas jurídicos*.⁹⁶ A compleição histórica de cada um gerou uma noção amplamente difundida de que os sistemas guardam entre si uma diferença abismal, principalmente no que tange à dinâmica das fontes de direito e ao raciocínio jurídico empregado nas decisões judiciais, conforme se depreende da noção exposta por STRECK:

⁹⁶ Claus-Wilhelm Canaris, ao definir o direito como sistema, refere-se tanto ao prisma do conhecimento quanto ao do objeto do conhecimento, supondo a existência de uma certa ordenação e unidade, num arranjo axiológico e teleológico que denomina como adequação valorativa. CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. p. 19-23. A reformulação dessa ideia, em síntese apertada, pode ser vista na doutrina brasileira em GRAU, Eros Roberto. O direito posto e o direito pressuposto. p. 21-23.

Pode-se dizer que, na atualidade, coexistem duas modalidades de sistemas de Direito Positivo: o da tradição romanística, também conhecido como *civil law*, em que as normas ou modelos jurídicos se apresentam sob a forma de diplomas legislativos, emanados dos órgãos competentes, e o da tradição anglo-americana, conhecido como sistema da *common law*, segundo o qual, consoante diz Reale (...), o Direito se revela muito mais pelos usos e costumes e pela jurisdição do que pelo trabalho abstrato e genérico dos parlamentares. No mesmo sentido, Pereira (...) assevera que outros sistema, de Direito não-escrito, têm o seu Direito objetivo em princípio declarado pelas cortes judiciárias com fundamento em uma tradição imemorial (sistemas da *common law*) ou regulam as atividades do indivíduo na sociedade pelos costumes observados tradicionalmente.⁹⁷

As diferenças, evidentemente, existem, e marcam a segmentação do sistema de *common law* em relação ao *civil law*, sendo este, hoje, o mais difundido. Porém, no que diz respeito ao objeto de estudo deste trabalho, o precedente como decisão judicial e como limite à discricionariedade do julgador, interessa destacar a noção também amplamente reproduzida de que as diferenças entre os métodos utilizados para a interpretação e aplicação do direito (no *common law*, utiliza-se o método dedutivo para interpretar e aplicar o direito, enquanto no *civil law*, utiliza-se o método indutivo), igualmente marcantes dessa separação absolutas entre os sistemas. Nas palavras de BUSTAMANTE:

O jurista do *civil law* naturalmente raciocina de princípios a instâncias, ao passo que o do *common law* de instâncias a princípios. O jurista de *civil law* põe fé em silogismos, o do *common law* em precedentes; o primeiro silenciosamente pergunta a si mesmo cada vez que surge um novo problema: 'O que devemos fazer dessa vez?'; enquanto o segundo indaga em voz alta, na mesma situação: 'O que nós fizemos da última vez?'.⁹⁸

É certo que o raciocínio dedutivo e o raciocínio indutivo representam dois métodos diversos para se extrair a regra que vai solucionar o caso concreto. Nos países de *common law*, é mais clara a necessidade de se extrair

⁹⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Súmulas no Direito brasileiro: eficácia, poder e função: a ilegitimidade constitucional do efeito vinculante**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 35.

⁹⁸ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial...** p. 11.

dos precedentes judiciais a regra de direito que vai solucionar o caso concreto, destacando-se a atividade de interpretação dos precedentes.⁹⁹ Ao se considerar que o raciocínio jurídico, em relação aos precedentes, parte da decisão concreta para dela extrair uma regra geral novamente aplicável a outro caso concreto, deparar-se-á com um método indutivo, casuístico, baseado em *standards* jurídicos reproduzíveis caso a caso.¹⁰⁰

Contudo, esse tipo de raciocínio não é o único utilizado no âmbito do sistema jurídico de *common law*, uma vez que o próprio estilo de redigir as decisões judiciais comporta uma variedade de argumentos, destacando BUSTAMANTE que nem sequer é possível dizer que o raciocínio a partir de precedentes predomina sobre os demais, muito embora permaneça como o raciocínio característico para um sistema baseado em *case laws*. Isso decorre, como aduz o autor, de um sistema jurídico adversarial, no qual, ao contrário do que se pensa comumente, o juiz assume uma postura eminentemente passiva diante da argumentação apresentada pelas partes, sendo dever destas apresentar, por exemplo, os precedentes aplicáveis ao caso:

Não há nas decisões judiciais inglesas a predominância de qualquer modo ou padrão típico de raciocínio, mas várias formas de argumentação que se complementam, tais como argumentos lógico-dedutivos, argumentos por princípios, por indução e analogia, argumentos consequencialistas, por *reduction ad absurdum* e, especialmente, por precedentes. (...) Inclusive no que se refere aos argumentos jurídicos, o ônus de produzi-los é das próprias partes: a regra *curia novit legem* 'nunca foi e não é parte do direito inglês', pois o juiz normalmente hesitará em se apoiar em um caso que não tenha sido citado pelos advogados ou não tenha sido submetido ao debate oral.¹⁰¹

⁹⁹ Muito embora seja possível inferir que no *common law* o raciocínio que se faz é muito mais de analogia do que de interpretação, principalmente quando se pensa no contexto do *stare decisis*. Nesse sentido: BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial...** p. 14.

¹⁰⁰ "A tópica jurídica de Viehweg parte da utilização dos 'tópicos', que são argumentos extraídos dos princípios gerais, de decisões de jurisprudência que expressam certo consenso enfocado na solução de problemas. Não se utiliza a dedução a partir das normas, já que este método permite completar o vazio hermenêutico, senão que se recorre a soluções ensaiadas ou praticadas historicamente e que constituem esses lugares comuns e aceitos. Viehweg não propõe o consenso como critério legitimador ou assegurador da decisão jurídica, nem sequer um consenso ideal de modo referente a um padrão último." LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial.** p. 177.

¹⁰¹ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial...** p. 44.

Da mesma forma, o raciocínio dedutivo, ou silogístico, emblemático de um sistema que se baseia em leis abstratas e gerais, não é o único utilizado nos países de *civil law*, pois, conforme aduz o autor, citando CANIVET, mesmo na França, o berço do silogismo, a prática judicial desempenha atualmente papel de relevância para o desenvolvimento do direito, reconhecendo-se a atuação conjunta da Corte de Cassação com o Legislativo no desempenho do papel de criação do direito como forma de manter uma certa “bipolaridade no exercício da função judicial”. Ademais, o juiz do *civil law*, especificamente citado pelo autor o juiz francês, tem consciência da função normativa de suas decisões, sendo ingênuo pressupor que há, ainda nos dias de hoje, uma aplicação do silogismo nos moldes descritos pela Escola da Exegese.¹⁰²

Conforme se viu, é questionável a existência de uma clivagem tão acentuada quanto nos faz parecer o senso comumente difundido no âmbito jurídico. Para além dessa conclusão provisória, cumpre trazer a lição de LORENZETTI, que além de não admitir a separação estrita entre os tipos de raciocínio jurídico, entende, que os raciocínios indutivo e dedutivo (por ele tratados como casuístico e sistemático) são complementares, uma vez que, tanto um quanto outro referem-se à necessidade de se agrupar as normas cabíveis na solução de determinado caso, modificando-se apenas a forma com que esse agrupamento é feito, e quando uma ou outra forma sobejam, ou seja, quando há predominância da casuística ou do pensamento sistemático, corre-se o risco de expor a decisão judicial aos vícios de um e de outro método de raciocínio, sendo que a complementação é a forma de equilíbrio visualizada pelo autor.¹⁰³

Afirma-se, assim, que as duas formas de raciocínio jurídico estão presentes tanto em um quanto em outro sistema, apenas havendo maior ou

¹⁰² Relativamente à noção de bipolaridade no exercício da função judicial, o autor esclarece que consiste em compreender que, de um lado, a decisão judicial está sujeita a uma certa fluidez, devido às mudanças empreendidas pelo progresso técnico e científico (lembrando que a doutrina, nesse contexto, tem o papel de elaborar novas teses jurídicas); de outro, é tributária da estabilidade proporcionada pelos valores fundamentais da sociedade. *Idem*, p. 26-27.

¹⁰³ A tese da complementaridade de Ricardo Lorenzetti visa, principalmente, fornecer subsídios para a argumentação em um Estado Constitucional, no qual o método dedutivo demonstra-se insuficiente para extrair todo conteúdo possível das normas constitucionais, sendo necessária a instalação de uma prática judicial de raciocínio a partir de precedentes judiciais. LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial**. p. 76.

menor preponderância de determinados elementos de acordo com a tradição jurídica.

Nessa mesma linha de raciocínio, BUSTAMANTE levanta os seguintes questionamentos:

(...) será que as diferenças de estilo implicam necessariamente que os juízes do *common law* e da tradição jurídica continental-europeia adotam métodos de raciocínio diferentes, especialmente quando lidam com precedentes judiciais? Será que, para além disso, os tipos de argumento que têm maior ou menor força para fundamentar as decisões judiciais variam tanto nessas diferentes tradições jurídicas?¹⁰⁴

Segundo o autor, a resposta positiva a esses questionamentos encerraria qualquer discussão sobre a possibilidade de se pensar uma teoria de precedentes aplicável tanto ao *common law* quanto ao *civil law*, uma vez que estabelece que, sendo o raciocínio dedutivo uma exclusividade dos sistemas de *common law*, o desenvolvimento de uma teoria de precedentes em um país adepto da tradição civilista jamais seria viável, diante da inaptidão de seus juristas para o manejo do precedente por meio daquela forma de raciocínio. A viabilidade de se construir uma teoria de precedentes única, aplicável a ambos os sistemas, depende da compreensão de que tanto o raciocínio dedutivo quanto o raciocínio indutivo fazem parte de apenas um processo hermenêutico, tendo a argumentação jurídica como o único tipo de discurso de justificação possível:

Se respondermos negativamente a essas duas últimas perguntas – e, portanto, compreendermos o raciocínio jurídico como um único processo hermenêutico e a argumentação jurídica como um único tipo de discurso de justificação de decisões –, então, será possível cogitar de uma única teoria dos precedentes judiciais, que poderá vir a ser universalmente empregada para o fim de verificar a racionalidade dos discursos de justificação e de aplicação de regras jurisprudenciais em geral.¹⁰⁵

¹⁰⁴ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial**. p. 15.

¹⁰⁵ Idem, *ibidem*.

A complementaridade dos raciocínios, aliada à noção de que a argumentação jurídica é o método discursivo aplicável a qualquer sistema jurídico, independentemente da tradição jurídica, viabilizaria, em princípio, a adoção desta teoria única de precedentes, que BUSTAMANTE denomina de “teoria normativa do precedente judicial”, em contraposição às teorias descritivas desenvolvidas no âmbito do *common law*.¹⁰⁶

A possibilidade de êxito dessa perspectiva depende, dentre outros fatores, de que se elucide a noção preestabelecida de que o uso do precedente judicial como elemento do raciocínio jurídico esbarra no fato de este não ser reconhecido formalmente como fonte do direito.¹⁰⁷

De acordo com LORENZETTI, as fontes do direito, aqui consideradas tanto as fontes formais, já mencionadas, quanto as fontes materiais, que dizem respeito àquelas “(...) que carecem de obrigatoriedade, mas são importantes porque fixam o conteúdo do direito”¹⁰⁸, são aquelas que fornecem critérios de correção para a decisão judicial, e seu respeito se deve ou pela autoridade, como é o caso das fontes formais, ou pela razoabilidade, como é o caso das fontes materiais.¹⁰⁹

Nos próximos passos, analisar-se-á o precedente judicial sob essas duas perspectivas, da autoridade e da racionalidade, com o intuito de demonstrar que o fato de não ser reconhecido como fonte formal do direito não retira do precedente sua legitimidade como fonte em termos racionais.¹¹⁰ Essa investigação será amparada no exame do contexto de *common law*, no qual a

¹⁰⁶ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial**. p.15.

¹⁰⁷ “As fontes de direito são os critérios de objetividade aos quais recorrem os órgãos comunitários, para a solução dos conflitos, ou os integrantes do grupo social, para a escolha das condutas que por sua objetividade facilitem o entendimento coletivo.” RUA apud LORENZETTI, p. 77. O conceito de fonte formal, por sua vez, é retirado dos ensinamentos de Ricardo Lorenzetti: “A doutrina identifica as fontes formais de um sistema de direito, que são aquelas que resultam obrigatoriamente de uma norma de reconhecimento.” LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial...** p. 76.

¹⁰⁸ Idem, p. 77.

¹⁰⁹ LORENZETTI, Ricardo Luis. Teoria da decisão judicial. p. 78.

¹¹⁰ A duplicidade de perspectivas é amparada também por Michelle Taruffo, que trata do precedente nas perspectivas prática e teórica, e que se referem igualmente ao precedente quanto a sua autoridade, bem como quanto a sua racionalidade, ou razoabilidade, como consta na tradução do livro de Ricardo Lorenzetti. Aqui se faz a ressalva pessoal de que o termo “razoabilidade” pode remeter a um critério de ponderação de valores, que muito embora esteja presente em muitas decisões judiciais, não é verificável em todos os casos, sendo mais adequado o termo racionalidade, empregado por Thomas da Rosa de Bustamante.

discussão acerca da autoridade do precedente e a legitimidade do estabelecimento de uma vinculação obrigatória dizem respeito, em última análise, ao seu reconhecimento como fonte do direito, a fim de fornecer subsídios para uma teoria de precedentes aplicáveis em um sistema de *civil law*.

2. A AUTORIDADE DO PRECEDENTE JUDICIAL

“O precedente é uma mãe judia. Você não precisa fazer o que ela manda, mas ao não fazer você se sentirá terrivelmente mal.”¹¹¹

Conforme se viu no capítulo anterior, a característica que pode ser considerada marcante dos sistemas de *common law*¹¹² é o fato de estes haverem se estruturado sobre as decisões judiciais e do direito desenvolvido por meio delas (muito embora não seja a característica que determina a diferença central entre as tradições jurídicas)¹¹³. Essa forma de estruturar o direito, em que os juízes ocupam lugar de destaque, deu origem a um tipo de sistema jurídico no qual certas decisões judiciais exercem função que exaspera a entrega da tutela jurisdicional e assumem caráter de verdadeira fonte do direito, ainda que não formal.¹¹⁴ Tais decisões são chamadas precedentes judiciais, e constituem elemento de suma importância para a manutenção dos sistemas de *common law*.

Conforme já se aduziu, TARUFFO sinaliza que a questão do precedente judicial pode ser tratada em suas dimensões teórica e prática. A dimensão teórica do precedente judicial diz respeito ao seu papel no âmbito da

¹¹¹ No texto original: “Precedent is a Jewish mother. You don’t have to do what it tells you, but it makes you feel terrible about not doing it.”. SEDLEY apud DUXBURY, p. 23.

¹¹² Utiliza-se a expressão “o” *common law* para designar uma forma de organizar o direito nacional que, sendo tributário da tradição de *common law*, desenvolveu-se e adquiriu características próprias. Assim, é possível dizer que o sistema desenvolvido na Inglaterra e nos Estados Unidos, apesar de oriundos da mesma tradição, tem características próprias, o que não permite que sejam identificados apenas pela origem comum.

¹¹³ Conforme se tentou pontuar no breve resumo da história das tradições jurídicas – capítulo 1.

¹¹⁴ O conceito clássico de fonte formal e fonte material do direito pode ser encontrado na doutrina de Ricardo Lorenzetti: “A doutrina identifica as fontes formais de um sistema de direito, que são aquelas que resultam obrigatoriamente de uma norma de reconhecimento. Possuem este caráter a lei, bem como os princípios gerais do direito, o costume – nos casos reconhecidos pelo ordenamento – e a jurisprudência obrigatória. (...) As fontes materiais são as que carecem de obrigatoriedade, mas são importantes porque fixam o conteúdo do direito, e são, da mesma forma que a doutrina e a jurisprudência, não obrigatórias.” In LORENZETTI, Ricardo. **Teoria da decisão judicial...** p. 77.

A discussão acerca da existência ou não de uma regra de reconhecimento do precedente (trazido por Lorenzetti como “jurisprudência”) como fonte dos sistemas de *common law* é um tema recorrente entre os doutrinadores dos países anglo-saxões, sendo frequentemente relatada a existência de tal regra e a legitimidade do precedente como fonte de direito. Nesse sentido: DUXBURY, Neil. **The nature and authority of common law.**; McCormick, Neil. **Can stare decisis be abolished?**

argumentação jurídica, como fator condicionante do raciocínio judicial, na medida em que representa um limite ao processo de interpretação e aplicação do direito, sendo irrelevante para essa forma de abordagem se o precedente é ou não fonte do direito. Já o significado prático do precedente judicial como fenômeno jurídico refere-se ao seu uso, pelo julgador, como “instrumento de trabalho”, ou seja, como elemento de autoridade para fundamentar a decisão judicial.¹¹⁵

Tanto na dimensão teórica quanto na dimensão prática, o precedente judicial constitui elemento do raciocínio jurídico, porque é ferramenta utilizada pelos julgadores no processo de tomada de decisão.¹¹⁶ O que separa as duas formas de abordagem é a questão do fundamento da vinculação do julgador ao que foi decidido anteriormente: se em uma dimensão teórica esta vinculação é fundamentada no fato de que o direito deve obedecer a critérios mínimos de racionalidade para ter legitimidade, e aqui se fala em legitimidade discursiva¹¹⁷, na esteira dos ensinamentos das teorias da argumentação jurídica desenvolvidas em meados do século XX; na dimensão prática, a obrigatoriedade em se respeitar o precedente judicial decorre de uma justificativa institucional: a autoridade conferida institucionalmente para que o precedente seja utilizado como elemento de limitação e coordenação da decisão judicial em face do sistema jurídico vigente.

A opção feita neste trabalho é o exame sucinto de ambas as abordagens, partindo da premissa de que é possível uma teoria de precedentes judiciais em que se considere tanto seu aspecto prático, de autoridade, quanto seu aspecto racional, e que a legitimidade de seu emprego como instrumento para o raciocínio jurídico pode ser extraída dessa conjugação de fatores, sem que haja necessidade de se construir fundamentos alheios à prática cotidiana dos tribunais para legitimar o uso do precedente judicial.¹¹⁸ Basta uma singela busca na doutrina dos países adeptos do sistema de *common law* para perceber que autoridade e racionalidade são temas

¹¹⁵ TARUFFO, Michelle. **Precedente y Jurisprudencia...** p. 86.

¹¹⁶ DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent...** p. 1.

¹¹⁷ ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica.** Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 30.

¹¹⁸ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial...** Introdução. p. XXVI.

recorrentes e que se fundem nas diversas análises do emprego prático do precedente. Não há, portanto, como ignorar o fato de que são dimensões igualmente importantes para uma compreensão, ainda que primária, da questão do uso do precedente judicial no raciocínio jurídico.

A questão da autoridade do precedente foi e ainda é tema de diversos debates na doutrina do precedente judicial desenvolvida nos países de *common law*. Desde o início do desenvolvimento das teorias a respeito da necessidade de se respeitar obrigatoriamente o precedente judicial, até o estabelecimento do *stare decisis* como instituição jurídica apta a constranger e direcionar a metodologia de julgamento dos juízes e o seu desenvolvimento como espécie de norma não escrita, mas imperativa, busca-se explicar de onde vem a autoridade do precedente judicial.

O objetivo deste capítulo não é apresentar uma resposta definitiva para a questão relativa à origem da autoridade do precedente judicial, mas apresentar brevemente as principais teorias desenvolvidas a respeito e buscar identificar os traços comuns e eventuais inconsistências, de maneira a demonstrar a insuficiência da abordagem da questão apenas sob esse ponto de vista prático, e, assim, lançar as bases para a investigação sob o outro aspecto mencionado, o aspecto da racionalidade.

2.1. O passado útil: o papel do precedente no raciocínio jurídico

Conforme já se disse, o uso do precedente como ferramenta do raciocínio lógico é amplamente adotado, não apenas no ambiente jurídico, mas em diversos aspectos do pensamento. A doutrina traz diversos exemplos do uso do raciocínio por precedente fora do raciocínio jurídico: uma criança que deseja não vestir calças curtas para ir à escola, sob o argumento de que seu irmão mais velho pode usar calças compridas quando tinha a mesma idade, ou

a resposta dada por um burocrata a alguém que solicita uma consideração especial de que aquilo nunca foi feito antes.¹¹⁹

O precedente constitui, de outro lado, um fundamento robusto para os processos de tomada de decisão, que busca legitimar as escolhas presentes em eventos passados, seja para realizar algum critério mínimo de justiça, seja para fundamentar a escolha em uma decisão já tomada, ainda que muitas vezes se esteja consciente de que tais escolhas pudessem estar equivocadas. A dinâmica dessa forma de raciocínio foi descrita por DUXBURY, a partir da experiência pessoal de exercer cargo de chefia acadêmica na Universidade de Manchester:

Escrevi esse livro enquanto atuava como vice reitor da faculdade de direito e como diretor dos programas de admissão para a graduação em direito na Universidade de Manchester. Nos dois cargos eu, como muitos ao meu redor, tentei investir um argumento de autoridade dizendo – se não quase sempre mostrando – que estava sustentado por um precedente. Enquanto participava de comissões e realizava tarefas administrativas eu me encontrava cada vez mais tentando encontrar sentido para aquele comportamento. As vezes, apontar para um precedente era claramente um caminho para tentar ser justo. Mas outras vezes eu estava certo que era covardia ou uma desculpa para a inércia.¹²⁰

Em linhas gerais, raciocinar pela via do precedente significa levar em consideração eventos do passado como justificativa para as ações do presente e utilizar o que é aprendido no presente para embasar as ações futuras.¹²¹ O

¹¹⁹ “*Think of the child who insists that he should not have to wear short pants to school because his older brother was allowed to wear long pants when he was seven. Or think of the bureaucrat who responds to the supplicant for special consideration by saying that ‘we’ve never done it that way before’. I countless instances, out of law as well as in, the fact that something was done before provides, by itself, a reason for doing it that way again.*” SCHAUER, Frederick. Precedent. **Stanford Law Review**, February 1987. (39 Stan. L. Rev. 571). p. 1-2.

¹²⁰ Tradução livre de: “*I wrote this book while serving as the deputy head of the law school and the director for all the undergraduate law admissions programmes at the University of Manchester. In both roles I, like many of those around me, would often try to invest an argument more authority by saying – if not always quite showing – that it was backed by a precedent. While sitting in committee rooms and carrying out administrative chores I found myself increasingly trying to make sense of such behaviour. Sometimes, pointing to a precedent was clearly a way of trying to be fair. But at other times I was sure it was the coward’s way out or an excuse for inertia.*” DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. p. ix, “Preface”.

¹²¹ “*Understanding precedent therefore requires an explanation of how past events and present actions come to be seen as connected. We often see a connection between past events and present actions, and regard the former as providing guidance for the latter, when they are alike:*

precedente, assim, fornece tanto uma visão retrospectiva do problema abordado na decisão judicial, na medida em que recorre a eventos passados, quanto uma visão prospectiva, uma vez que a sua elaboração requer a projeção de determinada regra para eventos semelhantes que ainda poderão acontecer.¹²²

É pela passagem do tempo, entre passado, presente e futuro, que o precedente vai sendo reformulado pelas constantes reanálises, as quais vão paulatinamente alterando seu significado original de maneira a melhor adaptá-lo à realidade atual.¹²³ O raciocínio pelo precedente, assim como o raciocínio pela experiência, constitui um elo temporal que permite que a justificativa lógica seja buscada em elementos empíricos e, no caso do raciocínio jurídico, institucionais.¹²⁴

Essa compreensão do precedente como elemento do raciocínio jurídico, ou como forma de tomada de decisão,¹²⁵ constitui conceito básico para qualquer abordagem que se queira fazer do precedente judicial, pois ela estabelece a diferença entre raciocinar por meio do precedente judicial e outras formas de raciocínio jurídico possíveis, como o raciocínio pela experiência e o raciocínio pela analogia.¹²⁶

O uso da experiência como ferramenta do raciocínio é uma das formas mais comuns de se amparar uma tomada de decisão, uma vez que utilizar as

if, in doing Y, we are repeating our performance of X, we may as well look back to X for guidance when doing Y. However, our recognition that the act we are about to perform is one we have undertaken before does not always lead us to treat the past event as a guide for present action. We might now see that our performance of X was wrong: the experience of X has taught us that when crossing the road, it makes sense first to look both ways. Or it may just be that our tastes have changed: our notion of what makes for clever behaviour or a good cup of coffee might alter over time, so that past attempts at impressing others and coffee making now strike us not as wrong but as unsophisticated. Often, we repeat actions without feeling any commitment to performing them in the same way as we did before. A past event, in other words, may be just that, no matter that our present action replicates it.” Idem, p.1

¹²² Nesse sentido, Frederick Schauer aponta para o fato de que um sistema de precedentes envolve uma certa responsabilidade por parte do julgador, na medida em que, ao elaborar o precedente, investe-se do poder de comprometer o futuro. SCHAUER, Frederick. **Precedent...** p. 2.

¹²³ O autor faz uma comparação deste processo com o da brincadeira do telefone sem fio: cada um que escuta, interpreta e reproduz conforme a própria compreensão da mensagem. SCHAUER, Frederick. **Precedent.** p. 3.

¹²⁴ DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent.** p. 2.

¹²⁵ Idem, p. 1.

¹²⁶ Idem, p. 2.

lições aprendidas com os acontecimentos passados para decidir de que forma agir no presente é uma das formas de decidir mais comum que existe.¹²⁷ Transposta para o âmbito jurídico, esse tipo de raciocínio serve de base para a compreensão do raciocínio por meio de precedentes, tendo em vista que utilizar um precedente judicial como fundamento da decisão nada mais é que se valer do aprendizado passado para determinar as condutas do presente.

Porém, autores como Neil Duxbury e Frederick Schauer apontam que o raciocínio pelo exemplo ou pela experiência não se confunde com o raciocínio a partir do precedente judicial porque, ao se utilizar a experiência como fundamento para a tomada de decisão, é comum que se avalie sobre a validade daquela experiência como a melhor solução para o caso presente, o que nem sempre acontece com o precedente.

Para esses autores, o uso da experiência se diferencia do uso do precedente porque naquele caso, os fatos e as conclusões alcançadas nas situações anteriores não têm nenhum valor quando apartadas da lição extraída daquilo para o presente; no caso do precedente, apenas o fato de algo já ter sido decidido de determinada forma é, por si só, fundamento suficiente para o seu uso, independentemente do juízo de valor que se faz dessa decisão passada no presente. Nas palavras de SCHAUER:

Quando se raciocina pela experiência, os fatos e conclusões a respeito do passado não tem nenhum significado além do que eles nos ensinam sobre o presente. A probabilidade de que o presente seja igual ao passado, concomitantemente, determina e exaure o valor da experiência prévia. Se acreditamos que o caso presente deve ser decidido de forma diferente, nenhum resíduo puramente do precedente permanece no cálculo. Além disso, se agora acreditamos que a decisão prévia estava incorreta, rejeitaremos completamente o valor da experiência. Mas se estamos mesmo argumentando a partir do precedente, então o fato de que algo foi decidido anteriormente lhe confere valor independentemente de nossa crença atual de que a decisão anterior estava errada. (...) Se o precedente é visto como uma regra direcionada ao julgador para que este leve em conta decisões anteriores, então segue-se que um argumento puro a partir do precedente, diferente do argumento pela

¹²⁷ LEVI, Edward H. **An introduction to legal reasoning**. Chicago: University of Chicago, 1949, p. 11.

experiência, depende apenas dos resultados dessas decisões, e não da validade dos argumentos que embasam esses resultados.¹²⁸

DUXBURY se baseia na teoria de SCHAUER para afirmar que o precedente, diferentemente da experiência, tem valor como forma de raciocinar e decidir independentemente da qualidade do raciocínio estabelecido anteriormente, ou seja, ele serve como suporte da decisão atual independentemente do fato de ser considerado certo ou errado:

Quando tomamos uma decisão com base na experiência, estamos avaliando a experiência pelo que ela nos ensina. Quando tomamos uma decisão com base em um precedente, consideramos significativo o fato de que nossa situação foi enfrentada anteriormente, mas não necessariamente avaliamos o precedente pelo que ele nos ensina. As vezes, devemos até mesmo seguir precedentes que não aprovamos.¹²⁹

Para esses autores, da mesma forma, o raciocínio por analogia não se equipara ao raciocínio a partir de precedentes, por lhe faltar o elemento de autoridade que permita sua aplicação independentemente de qualquer análise do valor do caso paradigma com o caso análogo. Mesmo que se considere que seguir um precedente signifique estabelecer uma relação de analogia entre decisões judiciais, o que permite até que se defina o raciocínio jurídico de maneira geral entre os doutrinadores do *common law* como um raciocínio

¹²⁸ Tradução livre de: “*When reasoning from experience, the facts and conclusions of the past have no significance apart from what they teach us about the present. The probability that the present will be like the past both determines and exhausts the value of the previous experience. If we believe that the current case ought to be decided differently, no purely precedential residuum remains in the calculus. Moreover, if we now believe that the previous decision was incorrect, we will completely reject the value of the experience. But if we are truly arguing from precedent, then the fact that something was decided before gives it present value despite our current belief that the previous decision was erroneous. (...) If precedent is seen as a rule directing a decisionmaker to take prior decisions into account, then it follows that a pure argument from precedent, unlike an argument from experience, depends only on the results of those decisions, and not on the validity of the reasons supporting those results.*” SCHAUER, Frederick. **Precedent**. p. 3-4.

¹²⁹ Tradução livre de: “*When we make a decision on the basis of experience, we are valuing experience for what it teaches us. When we make a decision on the basis of precedent, we consider significant the fact that our current predicament has been addressed before, but we will not necessarily value the precedent for what it teaches us. Sometimes, we might even follow precedents of which we do not approve.*” DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. p.2

análogo realizado caso a caso, tais formas de raciocínio não se confundem.¹³⁰

Além de ser uma forma de raciocínio, o precedente é compreendido, ainda, como um padrão estabelecido, um exemplo a ser seguido pelos demais em seus posteriores processos de tomada de decisão.¹³¹ Contudo, como aponta DUXBURY, o fato de constituir um exemplo, um *standard* jurídico, não apresenta justificativa suficiente para explicar a origem de sua autoridade.¹³²

O que se observa, portanto, é que a partir da diferenciação entre os tipos de raciocínio parte da doutrina delimita o conceito de precedente judicial em sua perspectiva de autoridade. É ela, afinal, que diferenciaria o precedente das outras formas de raciocínio, e é nesse sentido que se investigará a origem da autoridade dos precedentes nos sistemas de *common law*.

Na Inglaterra, o debate que se destaca acerca da autoridade dos precedentes judiciais é o que foi estabelecido quando dos preparativos para a promulgação do *Practice Statement* na Inglaterra, no ano de 1966. O *Practice Statement* consistiu em uma decisão da *House of Lords*, cujas características peculiares serão examinadas no último capítulo, que dispunha acerca da possibilidade dos *Law Lords* de não serem obrigados a seguir os precedentes da própria *House of Lords*, o que suscitou o debate acerca do fundamento da obrigatoriedade de tal conduta por parte daqueles juízes, em respeito ao *stare decisis*.

É nessa linha de raciocínio que MACCORMICK, em seu artigo intitulado “*Can stare decisis be abolished?*”, levanta uma série de questionamentos sobre a autoridade do *stare decisis* e sobre o futuro do sistema judicial da Inglaterra por ocasião da possível quebra do paradigma da vinculação obrigatória do precedente judicial, uma vez que abriu a possibilidade

¹³⁰ DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. p.2.

¹³¹ O raciocínio pelo exemplo é, nas palavras de Edward Levi, o padrão de raciocínio por excelência, pois a partir dele se desenvolvem outras formas de se conduzir um processo de tomada de decisão, como a analogia e a experiência. LEVI, Edward H. **An introduction to legal reasoning...** p. 11.

¹³² “*The fact that a particular precedent provides a good example, however, is not sufficient to explain why that precedent is treated as authoritative, for we often admire an example that has been set – and may even recognize it as the epitome of decency, good manners, healthy living or whatever – without feeling compelled to follow it.*” DUXBURY, Neil. op. cit. p.7.

de se divergir do precedente desde que apresentadas razões suficientes para tanto. A possibilidade da divergência, afirma o autor, representou importante mudança: o *Practice Statement* se consubstanciava na garantia de que nenhum *Law Lord* seria obrigado a seguir um precedente apenas em função da sua autoridade, o que representava a principal quebra no paradigma do *stare decisis* inglês, deslocando, assim, o centro da discussão da questão para a questão da racionalidade, viabilizando o debate em torno da suficiência da autoridade e da hierarquia para explicar a legitimação do uso de precedentes.

¹³³ Nesse sentido, uma das conclusões parciais do autor foi de que a hierarquia judicial seria apenas parte do sistema, uma parte importante, claro, mas não suficiente para explicar e, principalmente, legitimar todo o sistema de precedentes.¹³⁴

Inicialmente, é possível extrair que a noção de hierarquia é um aspecto importante na construção do conceito de autoridade do precedente judicial e do próprio conceito de *stare decisis*. É a partir da noção de que todo sistema jurídico deve contar com um mecanismo que permita estabelecer uma decisão final a respeito de uma questão que se apresenta uma justificativa inicial para a vinculação obrigatória do *stare decisis*: algum juiz, dentro do sistema jurídico, deve deter o poder de dizer a última palavra a respeito de determinada questão, e esse juiz é, em regra, aquele que ocupa o mais alto grau da hierarquia judicial.¹³⁵

¹³³ Atente-se para o fato de que os termos do *Practice Statement* referiam-se especificamente ao dever da *House of Lords* de observar obrigatoriamente os próprios precedentes, o que justifica de maneira mais robusta o deslocamento do foco da autoridade para a racionalidade, na medida em que autoriza a divergência com base em razões substanciais. Contudo, a tão só possibilidade de divergência estabelecida institucionalmente foi suficiente para abrir a discussão acerca da autoridade e da hierarquia nos mais diversos níveis de aplicação do precedente, conforme se denota do teor do artigo de Neil MacCormick e da quantidade de referências trazidas por ele acerca dessa discussão.

¹³⁴ O autor afirma que, mesmo na Escócia, a hierarquia judicial é uma parte considerável do sistema, mas não o sistema em si. MacCORMICK, Neil. **Can stare decisis be abolished?** *Juridical Review*, 1966. p. 198.

¹³⁵ “*At any given time in the life of a legal system there ought to be some reasonably final way of settling between judges’ or Divisions’ discrepant views of the law on some particular point. This is a plain requirement of legal policy and of justice. It would be bizarre if a judge whose opinion had been rejected by a larger or higher tribunal could nevertheless continue to hold to it in his judgments thereafter. Moreover, the availability of an appeal would make this exercise of individuality pointless and merely expensive for litigants*”. MacCORMICK, Neil. **Can stare decisis be abolished?** P. 199.

Nessa perspectiva, que também é compartilhada pela doutrina estadunidense, o precedente judicial vincula os juízes posteriores e de hierarquia inferior independentemente de qualquer juízo de valor que se faça acerca do seu conteúdo. A autoridade, assim, constitui razão por si só a justificar a obrigatoriedade da vinculação, independentemente de qualquer conteúdo.¹³⁶

Nesse sentido, a autoridade do precedente judicial, tal como aduz SCHAUER, não decorre das formas comuns de raciocínio e tomada de decisão, nas quais a autoridade, ou a força do argumento se sustentam em razão de seu conteúdo ser mais ou menos adequado. Nas palavras do autor: “[a] força de uma diretiva autoritária vem não de seu conteúdo, mas sim de sua fonte. E isso contrasta com nossos processos normais de tomada de decisão e de raciocínio. Geralmente, a razão para uma ação, para uma decisão, ou para uma crença é aquela que está baseada no conteúdo da razão”.¹³⁷

Decorre, assim, que no âmbito do *stare decisis* o precedente judicial tem autoridade para vincular obrigatoriamente as decisões posteriores independentemente de seu conteúdo, tão somente porque foi proferido por uma fonte específica, neste caso, por um juiz hierarquicamente superior ao juiz que está aplicando o precedente.¹³⁸ Dessa forma, não há, *a priori*, necessidade de que o precedente convença o julgador de sua racionalidade, ou seja, de *persuadi-lo* no sentido de ser o argumento mais adequado a se adotar, pois a simples noção da autoridade, seja em função da anterioridade, seja em função da hierarquia, constitui fundamento suficiente para que o juiz compreenda que, em face de sua posição no sistema jurídico, está obrigado a seguir o precedente da Corte superior.

¹³⁶ A expressão em língua inglesa utilizada por Schauer para designar esse tipo de razão é *content-independent reason*. SCHAUER, Frederick. *Authority and authorities*. **Public Law and Legal Theory Law School**. University of Virginia Law School. Disponível em: http://law.bepress.com/uvalwps/uva_publiclaw/art92. p. 7.

¹³⁷ “The force of an authoritative directive comes not from its content, but from its source. And this is in contrast to our normal decisionmaking and reasoning processes. Typically, the reason for an action, for a decision, or for a belief is one that is grounded in the content of the reason.” SCHAUER, Frederick. *op. cit.*, p. 6.

¹³⁸ A respeito, Schauer aponta para a incongruência de falar em autoridade persuasiva: ou um precedente é autoritário, ou ele é persuasivo, eis que são duas noções baseadas em diferentes tipos de razões. SCHAUER, Frederick. **Authority and Authorities**. p. 14.

Além da hierarquia, outro fator fundamenta a autoridade independentemente de conteúdo, o que sustenta a noção de vinculação obrigatória subjacente ao *stare decisis*: a criação do direito pelo juiz. A discussão empreendida pelos teóricos do *common law*, desde a idealização do *stare decisis* como sistema autoritário até os dias atuais, parte do questionamento sobre a natureza da decisão judicial no que diz respeito à criação do direito: ao decidir um caso e criar um precedente judicial, o juiz está criando direito novo, no sentido de que sua interpretação estabelece regra de direito de observância obrigatória, ou está simplesmente declarando o direito que já existe, realizando apenas a interpretação do significado da norma já posta.

Com o escopo de responder a esses questionamentos foram elaboradas duas teorias acerca da natureza da decisão judicial: a teoria constitutiva, pela qual o juiz cria o direito quando decide o caso concreto, e a teoria declaratória, que reduz a atividade judicante à mera declaração do direito preexistente, sem que o juiz assuma qualquer função que se assemelhe à função legislativa.¹³⁹

De antemão, autores como Neil Duxbury, Peter Wesley-Smith e Gerald Postema afirmam que a resposta a este questionamento não é capaz de fornecer, por si só, uma resposta robusta para o questionamento do porquê os precedentes vinculam obrigatoriamente.¹⁴⁰ Como afirma DUXBURY, mesmo a abordagem do precedente na perspectiva da autoridade, atualmente, admite que o precedente judicial forneça razões que fundamentam o julgamento, ou seja, que os argumentos nele presentes sirvam para robustecer a justificação na decisão do caso atual. Não há, dessa forma, a justificação puramente pela autoridade, mas sim uma relação contingente entre autoridade e racionalidade.¹⁴¹

¹³⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**, p. 24.

¹⁴⁰ DUXBURY, Neil. The nature and authority of precedent; WESLEY-SMITH, Peter. Theories of adjudication and the Status of Stare Decisis; POSTEMA, Gerald J. Some roots of our notion of precedent.

¹⁴¹ DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. p.2

Dada essa problemática, investigar-se-ão em seguida as teorias sobre a autoridade do precedente judicial no âmbito do *stare decisis*, relativamente à função jurisdicional e ao papel do precedente no sistema jurídico.

2.2. As teorias sobre a autoridade do precedente judicial: do jusnaturalismo da teoria declaratória ao positivismo da teoria constitutiva.

O conceito-chave do *stare decisis* é o de que casos iguais devem ser tratados igualmente – *like cases must be treated alike*.¹⁴² Esse conceito guarda duas noções importantes para a compreensão das teorias do precedente judicial: o conceito de *case-law* e o conceito de precedente com força vinculante obrigatória – *binding force precedent*.

O *case-law*, cuja tradução se abstém de ser feita para não reduzir ou desnaturar o significado da palavra, consiste no conjunto de normas (regras e princípios) declarados e aplicados pelo juiz quando proferida a decisão judicial, e que deve ser considerado ao se julgar novamente um caso análogo.¹⁴³

Esclarece EVANS que o sistema baseado nos *case laws* não foi uma criação do *common law*, mas uma consequência da prática implementada gradualmente de se adotar as razões das decisões anteriores em casos semelhantes como fundamento da decisão judicial. Foi um sistema construído gradualmente, em um tempo em que as decisões eram vistas como evidências do direito costumeiro, e a sua criação “acidental” dificultou, em um primeiro momento, a identificação dos casos paradigmas e dos métodos utilizados para a aplicação dos precedentes.¹⁴⁴

É por causa dessa estruturação em torno das decisões dos casos concretos, dos *case-law*, própria dos sistemas de *common law*, que se pode dizer que as decisões judiciais constituem *precedentes judiciais*, e não meras

¹⁴² CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. **Precedent in English Law**. p. 3.

¹⁴³ Idem, *ibidem*.

¹⁴⁴ EVANS, Jim. Change in the doctrine of precedent during the nineteenth century. In GOLDSTEIN, Laurence. **Precedent in law**. Oxford: Clarendon Press, 1987. p. 36.

decisões relativas à prestação da tutela jurisdicional ao caso concreto, pois aqueles representam a veiculação e a consolidação de normas que devem ser reproduzidas nos casos semelhantes.¹⁴⁵

Em uma concepção conservadora do *stare decisis*, principalmente do *stare decisis* inglês, o fato de que o juiz deve “levar em consideração” o precedente quando da solução do caso atual não significa que ele tem a liberdade de tomar conhecimento, analisar o conteúdo e decidir se o precedente é aplicável ou não, se a norma nele inserta é adequada ou correta, ou se é conveniente reproduzir aquela solução para o caso em tela. O juiz deve considerar o precedente no sentido de aplicar, obrigatoriamente, a regra de direito ali contida, caso seja verificada a congruência entre as situações, de fato ou de direito.¹⁴⁶

Ainda que tal força vinculante não seja observada tradicionalmente com a mesma intensidade em todos os países adeptos do *common law*,¹⁴⁷ ela constitui a principal característica do *stare decisis*, e representa a autoridade do precedente no sentido de direcionar a fundamentação para que venha a convergir com o que já foi decidido anteriormente. Para explicar, assim, essa força vinculante, ou, conforme a expressão utilizada nos países de *common law*, a *binding force* do precedente judicial, desenvolveram-se duas linhas de raciocínio ao longo da existência do *common law* e, posteriormente, do *stare decisis*: a teoria declaratória e a teoria constitutiva (ou positivista).

A teoria declaratória deita raízes na característica eminentemente consuetudinária do direito inglês, uma vez que se baseia na existência de um direito pressuposto, estabelecido previamente aos juízes, presente nas leis e extraído das decisões judiciais, sendo que o papel do juiz seria o de

¹⁴⁵ CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. **Precedent in English Law**. p. 4.

¹⁴⁶ “‘Case-law’ consists of the rules and principles stated and acted upon by judges in giving decisions. In a system based on case-law, a judge in a subsequent case must have regard to these matters; they are not, as in some other legal systems, merely material which he may take into consideration in coming to his decision. The fact that English law is a largely system of case-law means that the judge’s decision in a particular case constitutes a ‘precedent’.” Idem, p. 3.

¹⁴⁷ Idem, *ibidem*.

meramente declarar seus termos, trazendo a lume o que já existia em um plano oculto da compreensão jurídica.¹⁴⁸

A difusão e consolidação da teoria declaratória do precedente pode ser atribuída principalmente à doutrina de William Blackstone em sua obra “*Commentaries on the law of the England*”, na qual defende que os juízes exercem o papel de declarar o direito preexistente¹⁴⁹ em suas decisões, abstendo-se de qualquer função criativa, uma vez que a autoridade que lhes é delegada pelo poder estatal limita-se a expor e manter o direito, e não alterá-lo.¹⁵⁰

A partir dessa teoria é que se estabeleceu a concepção amplamente difundida no *common law* inglês de que o precedente judicial não constitui direito, mas sim a declaração judicial do que ele é.¹⁵¹ Assim, a lealdade exigida pela obrigatoriedade em se seguir o precedente judicial não seria direcionada à decisão anterior, mas sim ao direito previamente estabelecido.¹⁵²

Esse entendimento de que a autoridade do juiz era limitada por um direito pressuposto constituía, também, uma forma de controle da discricionariedade,¹⁵³ e representava certa segurança para os juízes, os quais, confortavelmente, não se responsabilizavam pela regra de direito inserta no precedente, eis que esta seria derivada do direito preestabelecido e não de um processo racional de tomada de decisão passível de controle por parte do julgador.¹⁵⁴

¹⁴⁸ WESLEY-SMITH, Peter. Theories of Adjudication and the Status of *Stare Decisis*. In GOLDSTEIN, Laurence. **Precedent in law**. Oxford: Clarendon Press, 1987. p. 73.

¹⁴⁹ O direito pressuposto, o espírito do *common law*, o direito preexistente são expressões do que Peter Wesley-Smith denominou “*the law of the land*”, ou seja, os costumes locais que foram paulatinamente sendo substituídos por um direito comum (outro significado para a expressão *common law*) e convertidos em direito institucionalizado através das decisões judiciais, os quais serviriam de limite à criatividade judicial por se considerar uma espécie de direito latente, que já existe mas que aguarda a conversão em direito institucionalizado, seja na forma de lei, seja na forma de precedente judicial. Idem, ibidem.

¹⁵⁰ Idem, ibidem.

¹⁵¹ CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. **Precedent in English Law**. p. 26.

¹⁵² WESLEY-SMITH, Peter. op. cit, p. 74.

¹⁵³ Idem, ibidem.

¹⁵⁴ “*Judges have good reason to remain attracted to the declaratory theory, if only because it deflects the charge that decisional law is retrospective and undemocratic and it absolves them of personal responsibility for what they do.*” WESLEY-SMITH, Peter. **Theories of adjudication and the Status of Stare Decisis**. p. 76.

Ao lado de Blackstone, outros dois juristas contribuíram para o desenvolvimento da teoria declaratória, que também recebe a denominação de “teoria tradicional do *common law*”, de cunho eminentemente jusnaturalista: Edward Coke e Matthew Hale.

Se é possível dizer que, de um lado, Blackstone estabeleceu as bases para uma doutrina de precedentes judiciais fundada na necessidade de se reproduzir o conteúdo dos direitos costumeiramente estabelecidos,¹⁵⁵ de outro, a teoria de Hale estabeleceu o fundamento adicional da autoridade no uso e na aceitação daqueles costumes convertidos em direito a partir das decisões judiciais, os quais deveriam ser compreendidos como parte de uma experiência coletiva, formando, assim, uma espécie de memória formal do povo inglês.¹⁵⁶

Do diálogo entre Thomas Hobbes e Edward Coke é que se pode depreender melhor como a teoria declaratória foi, paulatinamente, cedendo espaço a uma nova concepção do precedente judicial, originando, em um contexto positivista, a chamada teoria constitutiva.

A doutrina de Coke se sustenta na mesma premissa que a de Blackstone, no sentido de que a autoridade do precedente judicial reside no fato de que este é nada mais do que a representação fenomênica do direito subjacente ao *common law*, o qual sempre existiu independentemente da vontade ou atuação dos juízes. Para o autor, esse direito é representado pela figura da razão, no sentido de ser uma espécie de sabedoria acumulada através dos tempos, e por ser o veículo dessa razão “acumulada”, o precedente judicial goza de autoridade suficiente para se denominar obrigatório.¹⁵⁷

É justamente em relação ao conceito de razão para o *common law* que Hobbes ataca a teoria de Coke: admitir que o direito reside nesse tipo de

¹⁵⁵ Como já se ressaltou, o costume a que se faz menção quando se fala da teoria de precedentes inglesa não é o costume vigente entre as pessoas, mas sim o costume estabelecido pelas decisões judiciais. BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial**. p. 73.

¹⁵⁶ POSTEMA, Gerald. **Some roots of our notion of precedent**. p. 16.

¹⁵⁷ Nesse aspecto, não só o precedente, mas o direito em geral seriam equivalentes à razão. Explica Postema: “Coke, speaking in defence of common law doctrine, sought to equate law and precedent with reason. ‘Reason is the life of the law,’ he declares with typical bravado, ‘nay Common Law itself is nothing else but reason.” POSTEMA, Gerald. **Some roots of our notion of precedent**. p. 11-12.

sabedoria que representa a razão de cada pessoa seria não só perigoso, como contraditório. Dessa forma, Hobbes esclarece que não é a razão de cada um que confere autoridade ao direito, mas a própria autoridade que define o que é o direito. A autoridade, aqui, decorre do poder do soberano de fazer prevalecer sua razão, e a obrigatoriedade da lei, assim como do precedente, decorre de sua autoridade, e não sabedoria. Para o autor, a lei é autoritária, pois sua simples existência determina que seja obedecida, e é peremptória, pois não se questionam os méritos de suas ações.¹⁵⁸

A réplica de Coke, no sentido de que não se referia a uma razão individual, mas sim a razão artificial, adquirida pelo estudo e experiência, não foi suficiente para desbancar a teoria de Hobbes de que, uma vez que não existem “padrões racionais universalmente aceitos”, admitir a prevalência de cada uma das razões individuais levaria à guerra de todos contra todos. Por isso, a única razão que deve ser considerada é a razão do soberano, inserta na lei, e sua autoridade decorre unicamente dessa origem soberana, e não de qualquer outra razão.¹⁵⁹

A teoria de Hobbes, assim, sustenta que, se a lei advém da autoridade do soberano, e este delega autoridade às Cortes para julgar, estas são dotadas de autoridade para declarar a lei nas lacunas, quando não houver declaração expressa do soberano.¹⁶⁰

Essa origem estatal da autoridade da lei, baseada na teoria de Hobbes, é que confere o adjetivo positivista à teoria constitutiva, em contrapartida à

¹⁵⁸ “*Why takes the sovereign’s reason as ‘right reason’, the standard of reason and right? Because, Hobbes argues, there are no universally accepted standards of reason, and if each individual acts on his or her own lights the inevitable result is the individually and collectively disastrous ‘war of all against all’. The only escape from this condition is for each to recognize the self-defeating character of the demand to judge all matters according to his or her own lights, and to take up the reason, judgement, and will of the sovereign. ‘The law’, he argues, ‘is all the right reason we have.’*” Idem, *ibidem*.

¹⁵⁹ Idem, p. 12.

¹⁶⁰ “*Although Hobbes himself was contemptuous of the prevailing notion of precedent, his theory provides the materials for a distinctively positivist interpretation of this notion. All law is command, an all law-making authority rests ultimately in the sovereign, but the sovereign delegates his authority (either explicitly or implicitly) to the courts. Where the law is silent, where there is no directly declared will of the sovereign, judges are authorized to declare law in his name, doing so, of course, in the course of adjudicating particular cases. (...) Through the exercise of their own ‘natural reason’ in the course of deciding the particular cases they establish new rules of law, rules which are thereby authoritative and peremptory in the same way as the sovereign’s commands are.*” POSTEMA, Gerald J. **Some roots of our notion of precedent.** p. 13.

evidente característica jusnaturalista da teoria declaratória. Nas palavras de POSTEMA:

Apesar do próprio Hobbes desprezar a noção prevalecente de precedente, sua teoria fornece subsídios para uma distinta interpretação positivista dessa noção. Todo direito é comando, e toda autoridade legislativa repousa em última análise na soberania, mas a soberania delega sua autoridade (explícita e implícita) às Cortes. Onde a lei silencia, onde não há vontade soberana diretamente declarada, os juízes são autorizados a declarar o direito em seu nome, fazendo isso, claro, no decurso do julgamento dos casos particulares. Fazendo isso os juízes imitam o soberano. Pelo exercício de sua própria 'razão natural' ao decidir casos particulares eles estabelecem novas regras de direito, regras que são autoritárias e peremptórias da mesma forma que os comandos do soberano o são.¹⁶¹

Na esteira da teoria de Hobbes, mas afastando-se de seu viés contratualista, a teoria positivista clássica, ou constitutiva, despontou ao longo do século XIX com as obras de Jeremy Bentham e John Austin, principais representantes da chamada jurisprudência analítica, a qual, empenhada na construção de uma filosofia jurídica genuinamente inglesa, desenvolveu métodos e conceitos para que os advogados e juízes conseguissem identificar as decisões judiciais como portadoras de regras aplicáveis a outros casos (não que tais ferramentas tenham sido amplamente aceitas pelos juízes, como se verá adiante, mas esse era o intuito dos teóricos).¹⁶²

Bentham era absolutamente cético em relação à visão metafísica do direito subjacente à teoria declaratória. Seu desprezo pela noção de que o direito era “descoberto” pelos juízes quando da decisão judicial era tamanho que, para ele, o *common law*, nesses termos, se equiparava aos métodos

¹⁶¹ “Although Hobbes himself was contemptuous of the prevailing notion of precedent, his theory provides the materials for a distinctively positivist interpretation of this notion. All law is command, and all law-making authority rests ultimately in the sovereign, but the sovereign delegates his authority (either explicitly or implicitly) to the courts. Where the law is silent, where there is no directly declared will of sovereign, judges are authorized to declare law in his name, doing so, of course, in the course of adjudicating particular cases. In doing so judges mimic the sovereign. Through the exercise of their own ‘natural reason’ in the course of deciding the particular cases they establish new rules of law, rules which are thereby authoritative and peremptory in the same way as the sovereign’s commands are”. Idem, *ibidem*.

¹⁶² DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. p. 37-38..

utilizados pelos donos para adestrar seus cães, não passando de uma espécie de “*dog law*”:

Bentham desprezava, às vezes sem se preocupar com a elegância, a teoria tradicional e os ensinamentos de homens como Coke, Blackstone e Hale, e acreditava que o *case law* produzido pelos juízes ingleses era fruto de um puro ato de vontade – de arbítrio – que poderia ser explicado através de uma analogia grosseira com a forma pela qual um adestrador cria normas para serem obedecidas por um cachorro: ‘São os juízes (como já vimos) que fazem o *common law*. Você sabe como eles o fazem? Do mesmo modo que um homem faz leis para o seu cão. Quando o seu cão faz algo que você quer evitar que ele faça, você aguarda até que ele repita, e então lhe bate por isso. Esse é o modo pelo qual você faz leis para o seu cachorro; e esse é o modo pelo qual os juízes fazem leis para mim e você. Eles não irão dizer de antemão a um homem o que é que ele não deve fazer (...). Eles esperam até que ele tenha feita algo que eles dizem que o homem não deveria ter feito, e então eles o enforcam por isso. De que modo então, pode qualquer homem tomar ciência dessa *dog-law*? Apenas observando os seus procedimentos: observando em quais casos eles enforcaram um homem, em quais casos ele foi mandado para a cadeia, em quais casos eles tomaram suas posses, e assim por diante.’¹⁶³

Alguns pontos da afirmação acima parecem paradoxais: como uma teoria positivista do direito poderia defender a ideia de que o juiz tem o poder de criar o direito para o caso concreto? Como a visão cética em relação ao que era o *common law* poderia servir de base para a consolidação da doutrina do *stare decisis*, difundindo a ideia de que o precedente judicial deveria vincular a decisão nos casos posteriores?

O fio condutor da teoria de Bentham era a necessidade de se conferir ao sistema jurídico maior segurança jurídica. A busca pela certeza no *common law* inglês era uma luta constante do autor, que chegou a advogar a necessidade de sua codificação.¹⁶⁴

Assim, sua teoria parte da noção de que a autoridade dos precedentes decorre do fato de que os juízes são delegatários do poder soberano, e, assim, ao decidir um caso e expor as regras de direito a ele aplicáveis, ele não está

¹⁶³ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial**. p. 73.

¹⁶⁴ Idem, *ibidem*.

declarando um direito preexistente, mas criando-o.¹⁶⁵ O precedente vincula, dessa forma, não por suas razões, mas por ser o direito estabelecido judicialmente.¹⁶⁶

Era necessário, ao seu ver, estabelecer uma rede estável de regras publicamente reconhecidas, capaz de proporcionar certeza e direcionar a expectativa do cidadão e do poder oficial.¹⁶⁷ Em suas palavras: “[u]ma lei pode ser definida como um conjunto de signos declarativos de uma vontade concebida ou adotada pelo soberano em um Estado, concernente à conduta a ser observada em certo caso por uma certa pessoa ou classe de pessoas, que no caso em questão estão ou devem estar sujeitas ao seu poder.”¹⁶⁸

A contribuição de Austin segue a mesma linha do direito como fruto da vontade do soberano e não de uma sabedoria ancestral, e sua análise do direito judicial como possível fonte do direito, ao lado do direito legislado, mesmo com todas as contingências que decorrem do desafio de se classificar a decisão judicial como fonte de direito, consolida a noção de que o juiz cria o direito, e isso não representa qualquer ingerência indevida no campo do legislador.¹⁶⁹

Acidentalmente, o ceticismo de Bentham contribuiu com a consolidação do *stare decisis* porque em sua teoria o direito não tem origem consuetudinária, mas sim no comando do soberano dotado de autoridade. Dessa forma, ainda que o autor não admitisse a legitimidade de um direito criado judicialmente, o que decorre de sua teoria é que o juiz, como delegatário da soberania estatal, não declara, mas cria o direito para o caso concreto e esse direito servirá de modelo para resolver outros casos semelhantes, conferindo maior segurança jurídica ao sistema de *common law*.¹⁷⁰

Na teoria declaratória, havia sempre a possibilidade do equívoco do juiz quanto à existência da norma costumeira, ou, ainda, não ter sido capaz de

¹⁶⁵ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial**. p. 74.

¹⁶⁶ POSTEMA, Gerald J. **Some roots of our notion of precedent**. p. 14.

¹⁶⁷ “*The task of law, on Bentham’s view, is to define a stable framework of publicly recognized rules which provide a focus for expectations regarding the behaviour of both citizens and officials, and thereby successfully co-ordinate all such behaviour.*” Idem, *ibidem*.

¹⁶⁸ BENTHAM apud BUSTAMANTE, p. 71

¹⁶⁹ DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. p. 39.

¹⁷⁰ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial**. p. 89.

compreender com acuidade o seu sentido, o que levava à conclusão de que os precedentes vinculavam os casos futuros de maneira frágil, estando sempre sujeitos à correção destas imperfeições.¹⁷¹

Houve, inicialmente, certa resistência quanto aos termos da teoria positivista, pois, como afirma MacCORMICK, a teoria declaratória reduzia significativamente a responsabilidade direta destes em relação à correção da decisão, representando uma zona de conforto que lhes permitia optar por adotar as razões do precedente ou legislar, conforme sua vontade.¹⁷² Contudo, a busca pela certeza levou a uma aplicação extremada da teoria positivista, no sentido da autoridade quase absoluta do precedente judicial, relativamente à impossibilidade de ser afastado senão em restritíssimas situações de má interpretação da lei, situação esta que perdurou desde a metade do século XIX até o ano de 1966, em que foi promulgado o *Practice Statement*.¹⁷³

De outro lado, a ideia inicialmente paradoxal de uma teoria positivista que defende que os juízes criam o direito é perfeitamente coerente ao se pensar na noção subjacente de que as regras de direito formuladas no precedente têm autoridade por se tratar de direito estabelecido, posto - positivo. Independentemente da valoração de seu conteúdo, a autoridade do precedente decorre simplesmente do fato de ter sido proferido pelo órgão judicial competente, e deve ser seguido porque representa o direito positivo, do que decorre a intenção de se estabelecer um sistema que privilegia a certeza e a previsibilidade das decisões.¹⁷⁴

Certeza e previsibilidade eram predicados que não pertenciam à teoria declaratória, e aí se observa que o fato de não ser adepta do viés

¹⁷¹ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial**. p. 89.

¹⁷² MaCCORMICK, Neil. **Can stare decisis be abolished?** P.204-205.

¹⁷³ “A teoria do precedente do século XIX, portanto, ao ser alimentada pelo Positivismo radical de Bentham, criou condições para que fosse dado um passo a mais e que se passasse a negar expressamente a teoria de Blackstone, segundo o qual o precedente injusto ou manifestamente irracional não faz parte do *common law*. Como o juiz está necessariamente vinculado ao *common law*, inclusive às regras que são produzidas quando a corte cria normas injustas ou irracionais, ele deve obediência a elas, da mesma forma.” BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. op. cit. P. 89.

¹⁷⁴ POSTEMA, Gerald J. **Some roots of our notion of precedent**. p. 14.

jusnaturalista, tal qual aquela, aproximaria definitivamente a teoria constitutiva do positivismo.¹⁷⁵

A grande diferença entre as teorias está, portanto, nas hipóteses em que é possível divergir do precedente judicial: na teoria declaratória, aceita-se a possibilidade de que o juiz, ao elaborar o precedente, tenha interpretado de maneira equivocada o costume judicialmente estabelecido, ou, ainda, que tenha aplicado precedente que não amolda exatamente ao caso, dentre outras situações possíveis. Isso porque a autoridade do precedente, aqui, reside na qualidade de suas razões, e aqui o termo “razão” refere-se não à razão moderna, como processo intelectual de se chegar a conclusões por via de premissas preestabelecidas, mas sim à “razão dos ingleses”: a compreensão do que é justo, que ordena beneficentemente a sociedade, cabendo, dessa forma, ao juiz determinar se o precedente veicula essas razões satisfatoriamente.¹⁷⁶

Muito embora se argumente no sentido de que a teoria declaratória constituía uma espécie de limitação aos atos do Parlamento inglês, na medida em que controlava os termos legislativos com base no *common law*,¹⁷⁷ não parece que essa forma de tratamento do precedente judicial lograsse grande êxito no controle da discricionariedade judicial, tendo em vista que esse tipo de argumento seria facilmente manipulável. Aliás, essa é a principal crítica que se faz ao equivalente da teoria declaratória nos Estados Unidos, o chamado realismo jurídico: a teoria de que o juiz deve decidir conforme as convicções próprias, desenvolvida no início do século XX por uma parte da magistratura estadunidense composta por nomes de destaque como Benjamin Cardozo, Oliver Wendell Holmes e Jerome Frank, na qual se busca a realização, em primeiro lugar, da “justiça” conforme ditames morais, e que proporciona um grau de liberdade argumentativa tão grande que se questiona se tal liberdade não excederia a seara da discricionariedade, avançando inevitavelmente no campo da arbitrariedade.¹⁷⁸

¹⁷⁵ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial**. p. 89.

¹⁷⁶ EVANS, Jim. **Precedent in the nineteenth century**. p. 38.

¹⁷⁷ DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. p. 40.

¹⁷⁸ A teoria declaratória é recorrentemente comparada ao realismo jurídico por conta dessa perigosa liberdade argumentativa. BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial**. p. 89.

Também se pode observar que a teoria declaratória, muito embora tenha lançado as bases para uma doutrina de precedentes vinculantes, não contribuiu de forma substancial para o estabelecimento do *stare decisis*, diante da liberdade dos juízes em divergir do precedente, pelas mais diversas razões. Nesse sentido, MacCORMICK aponta que a superação da teoria declaratória era condição para o estabelecimento definitivo do *stare decisis*.¹⁷⁹

Já a teoria constitutiva, ou o positivismo clássico, ao restringir demasiadamente as possibilidades de divergência e, também dessa forma, de revogação dos precedentes, permitiu que se consolidasse nos tribunais a noção de que o precedente deveria ser respeitado mesmo que parecesse ao juiz, no momento da aplicação, incorreto, injusto ou inadequado ao caso.

O grande problema da coexistência dessas teorias, de acordo com WESLEY-SMITH, não era a prevalência de uma ou de outra teoria: era que os juízes oscilavam entre uma e outra, legislando ou declarando sua vinculação ao precedente conforme interessava a formatação do caso concreto.¹⁸⁰

A teoria declaratória, em seu formato original idealizado por Blackstone, Coke e Hale, já não é mais amplamente observada, nem mesmo no contexto inglês. Mesmo a teoria constitutiva, tal como idealizada pelo positivismo clássico inglês e suas variantes no sistema estadunidense, não pode se sustentar no fundamento da autoridade conferida pelo soberano ao Judiciário, pois ela explica tão somente que existe tal fundamento de autoridade, mas não a razão pela qual os juízes sentir-se-iam obrigados a seguir os precedentes judiciais quando a decisão não lhes parecesse, por qualquer motivo, adequada ao caso atual. Isso porque, conforme ressalta DUXBURY, apoiado nos argumentos de C.K. Allen, quem decide se o precedente coaduna-se ou não ao caso é o juiz atual, e esse espaço de

¹⁷⁹ MacCORMICK, Neil. **Can stare decisis be abolished?** p. 204-205.

¹⁸⁰ “One could almost say, in Stone’s terms, that the fundamental theories of judicial decision-making constitute the ultimate category of illusory reference, since judges are free to choose one or the other as it suits them. At least in the practice of the courts, the declaratory theory and the positivist theory are conterminous, despite their mutual contradiction; they are alternative weapons in the judicial armoury. In one respect they seem to be complementary, resort being had to the one to justify deliberate change, to the other to calculate the consequence; that is, positivism provides authority for law-making, the declaratory theory for the application of new judge-made rules to prior events.” WESLEY-SMITH, Peter. **Theories of adjudication and the Status of Stare Decisis.** p. 77.

decisão não é contemplado pela teoria constitutiva na perspectiva do positivismo clássico. Nas palavras do autor:

A “força obrigatória” do precedente, de acordo com Allen, tornou-se, através de uma repetição constante e por vezes impensada, um tipo de frase sagrada que contém uma grande carga de ficção. O juiz é treinado para acreditar que ‘a lógica mais conclusiva é a analogia de casos antecedentes, especialmente se tiverem sido decididas pelos Tribunais de jurisdição superior que a sua própria. Por isso dizemos ‘está obrigado’. Mas está obrigado apenas intelectualmente... É ele mesmo quem decide se o precedente tem autoridade ou não”¹⁸¹

Tampouco é possível comparar a força vinculante do precedente com a obrigatoriedade da lei escrita, ainda que ela seja o parâmetro de obrigatoriedade de condutas estabelecido pela modernidade, tanto nos sistemas de *civil law* como nos sistemas de *common law*, ainda que nestes não figure como *única* fonte obrigatória de direito, conforme já se tratou no Capítulo 1. Poder-se-ia argumentar, dessa forma, que o fato de o fundamento de autoridade não ser suficiente para justificar uma vinculação forte ao precedente judicial não ocorre por uma falha intrínseca ao próprio precedente, mas sim por lhe faltar o caráter sancionatório próprio da lei escrita, ou, em outras palavras, porque não há sanção efetiva contra um juiz que escolha não seguir um precedente judicial. Continuando com a lição do autor:

A noção de que os juizes são ‘intelectualmente’ vinculados parece ascender à alegação inútil de que ‘precedentes devem sempre ser seguidos com exceção de quando não devem’ (...) A asserção ‘que as Cortes não são realmente vinculadas pelas decisões anteriores’ apenas é válida se intencionamos dar à palavra ‘vinculado’ um significado estritamente literal, imaginando que estar vinculado a um *case law* envolva alguma espécie de compulsão psicológica que remove a necessidade de decidir ou a possibilidade de escolha, como se ao se estar atado por cordas sofresse de alguma compulsão psicológica. Mas o argumento de Allen não exige que sejamos tão literais. Seu argumento é perfeitamente compreensível, antes, como

¹⁸¹ Tradução livre de: “*The ‘binding force’ of precedent has’, according to Allen, ‘through constant and often unthinking repetition, become a kind of sacramental phrase which contains a large element of fiction’. A judge is trained to believe ‘that the most conclusive logic is the analogy of antecedent cases, especially if they have been decided by Courts of higher jurisdiction than his own. By these we say he is ‘bound’. But he is only bound intellectually.... It is he himself who must decide wheter the precedent is authoritative or not’*”. DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent.** p.14.

um esforço para esclarecer a inabilidade da jurisprudência do positivismo clássico para sustentar a noção de precedente vinculante: ao precedente falta a genuína capacidade de vincular não porque ele não obriga o juiz literalmente falando no processo decisório, mas porque eles não equivalem às leis que são seguidas por medo das prováveis consequências em caso de não cumprimento. Os juízes do *common law* não sofrem sanções por não seguir precedentes, e então os precedentes não constroem os juízes na concepção do positivismo clássico.¹⁸²

De outro lado, é de se observar que a vinculação imposta pelo precedente é diferente da vinculação imposta pelas leis na medida em que estas vinculam de maneira plena e absoluta, enquanto aqueles vinculam gradualmente, o que explicaria a razão pela qual se fala em termos de autoridade, e não de validade, como é o caso das leis. E, conforme ainda assevera DUXBURY, a autoridade aumenta conforme a implementação de algumas situações, como o fato de o precedente ter sido fruto de uma decisão unânime ou apoiado em fundamentos amplamente consolidados no meio jurídico, o prestígio dos juízes que decidiram o caso ou até mesmo se a solução apresentada já foi testada anteriormente, e seus resultados apresentaram-se satisfatórios.¹⁸³

O argumento da falta de sanção foi contestado pela teoria desenvolvida por HART, já no século XX, de que a compreensão geral de que a prática do

¹⁸² Tradução livre de: “*The notion that judges are ‘intellectually’ bound looks to amount to the unhelpful claim that ‘precedents ought always to be followed except when they should not.’ (...)* The assertion ‘that courts are not really bound by earlier decisions’ only holds good so long as we are intent on giving the word ‘bound’ a too literal meaning, and imagining that being bound by case law involves some sort of psychological compulsion which removes the need for decision or the possibility of choice, in the way in which being bound by cords involves a physical compulsion. But Allen’s argument does not require that we be quite so literal. His argument is perfectly understandable, rather, as an effort to highlight the inability of classical positivist jurisprudence to account for the notion of binding precedent: precedents lack genuine capacity to bind not because they do not literally fetter judges in the process of decision-making, but because they are not equivalent to legal rules which are followed for fear of the likely consequences in the event of non-compliance. Common law judges are not sanctioned for declining to follow precedents, and so precedents do not constrain judges in the classical positivist sense.” DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent.** p.14.

¹⁸³ “*But the reality is that precedents, unlike statutes, do not bind judges in an all-or-nothing fashion, that the binding force of a precedent is best explained not in terms of its validity (this being a non-scalar concept) but in terms of its authority (of which there can be degrees).* (...) If judges were bound by precedents much as they are bound by statutes, the opportunities for judge-made law to evolve would be considerably limited; but if precedents had absolutely no capacity to constrain, there would be no point to the doctrine of *stare decisis*. The idea of precedents having authority is meant to capture the fact that the truth lies somewhere between these two extremes, that the law that the courts create is the law they often feel obligated and are obligated to follow.” DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent.** p.23-24.

juiz vincular-se ao precedente judicial constitui o fundamento suficiente para justificar sua autoridade. Ou seja: o juiz não segue o precedente por medo de sofrer alguma sanção, mas porque aquela constitui uma prática por ele considerada correta, e essa é uma teoria que somente se justifica quando se muda a perspectiva do estudo do direito para uma perspectiva interna, partindo do ponto de vista do julgador.¹⁸⁴

No item que segue, tratar-se-á da teoria positivista contemporânea e seu papel na inserção da racionalidade como elemento essencial para a compreensão do precedente judicial, bem como da agregação de importância, por este ponto de vista, à análise dos elementos que compõem o precedente judicial: a *ratio decidendi* e os *obiter dictum*, cujo papel ocupa posição de destaque na referida teoria.

2.3. A teoria positivista contemporânea do precedente judicial e a conjugação entre autoridade e racionalidade

A construção teórica de HART, no sentido de que o fundamento de autoridade do precedente judicial estaria, em verdade, no fato de que seguir o precedente seria uma prática consolidada, vai ao encontro de que o estabelecimento do *stare decisis*, que aconteceu no fim do século XIX e início do século XX, se deu justamente porque havia uma necessidade latente de se conferir maior certeza e estabilidade ao direito nos países de *common law*, o que se apoiava, principalmente, nas doutrinas de Bentham e Austin.¹⁸⁵

Conforme assevera DUXBURY, diante do estabelecimento de uma doutrina que advogava a vinculação obrigatória, não era de se espantar que o problema da força vinculante do precedente judicial não fosse mais uma preocupação recorrente dos teóricos do positivismo clássico. Partindo então da

¹⁸⁴ Um exame mais acurado da teoria de Hart quanto à mudança da perspectiva de observação do direito, de uma perspectiva externa para a perspectiva interna, bem como da construção do conceito do direito como prática social e sua contribuição para o desenvolvimento da análise do precedente sob a perspectiva da argumentação jurídica será feito no capítulo 3.

¹⁸⁵ DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. p.18.

premissa já bem consolidada de que os juízes estariam vinculados aos precedentes, o questionamento direcionou-se para a raiz dessa vinculação. A hipótese da vinculação intelectual, refutada pelos teóricos do positivismo, deu lugar à hipótese de que a vinculação explicar-se-ia, em parte, pelo fato de que o precedente fornece razões para a decisão do caso concreto, sendo este um dos fundamentos de sua autoridade.¹⁸⁶

Ao se adentrar na questão das razões do precedente judicial, o ponto que se colocou, principalmente com o estabelecimento do *stare decisis*, foi delimitar quais elementos, dentro da estrutura do precedente, efetivamente vinculam o julgador. Essa investigação levou à discussão sobre a *ratio decidendi* como a razão essencial para que se tenha decidido em determinado sentido, bem como a importância de diferenciá-la do que constitui *obiter dictum*, ou seja, as razões adjacentes que não influenciaram no resultado do julgamento. Isso porque, uma vez que se reconhece que o precedente judicial obriga também porque ele fornece as razões para que se decida tal caso em tal sentido, torna-se evidente que não é apenas em função da autoridade que o precedente tem valor em um sistema jurídico, mas também por se consubstanciar em parte da fundamentação da decisão judicial, mormente em um sistema jurídico baseado em *case laws*, como o *common law*.¹⁸⁷

DUXBURY aponta que, mesmo antes do estabelecimento do *stare decisis*, as razões da decisão sempre foram importantes no processo decisório. A principal contribuição nesse sentido está na doutrina de Hobbes, que já no século XVII defendia que os juízes não tem autoridade apenas para emitir comandos, mas também para fornecer as razões para eles. Nas palavras do autor:

De todos os esforços dos positivistas clássicos para explicar o que consolidou a doutrina de precedentes, esse último argumento – o argumento de Hobbes – parece ser o mais promissor. Isso não porque exista algo especialmente plausível acerca da hipótese de que o empenho dos juízes em reproduzir a razão do soberano, mas porque Hobbes reconheceu que o uso da razão era integralmente difundido no processo decisório no século dezessete. Por esse ponto

¹⁸⁶ DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent.** p.24.

¹⁸⁷ Idem, p.18-21.

na história, como se pode notar, os juízes ingleses estavam cada vez mais atentos mesmo considerando que o *stare decisis* ainda não era uma doutrina estabelecida. A pista para explicar essa atenção reforçada está em Hobbes: a autoridade delegada aos juízes não era meramente a autoridade para emitir comandos mas também autoridade para oferecer razões. As razões que os juízes forneciam para as decisões que eles proferiam, representassem ou não a vontade do soberano, tinham força diretiva.¹⁸⁸

A autoridade do precedente também reside, portanto, no fato de que é portador de razões que podem servir de fundamentação para a decisão de casos que se assemelhem a ponto de reclamar a aplicação da mesma regra, sob as mesmas condições fáticas. Ao proporcionar essa aplicação homogênea do direito, a doutrina de precedentes obrigatórios contribui com a consistência do sistema jurídico e facilita a difusão de uma noção de justiça mais uniforme no processo decisório.¹⁸⁹

Considerando, assim, a importância desses elementos para o estudo da teoria do precedente judicial sob a perspectiva de uma teoria positivista contemporânea, tratar-se-á adiante dos métodos desenvolvidos pela doutrina no *common law* para identificação e delimitação da *ratio decidendi* e dos *obiter dicta* do precedente.

2.3.1. Métodos de delimitação da *ratio decidendi* e da *obiter dicta* de um precedente judicial

Com o estabelecimento do *stare decisis*, parte da discussão acerca do fundamento de autoridade do precedente foi mitigada pela preocupação latente

¹⁸⁸ “Of all the classic positivists efforts to explain why the doctrine of precedent materialized, this last argument – Hobbes’s argument – seems to be the most promising. This is not because there is anything especially plausible about the assumption that judges endeavour to replicate the reasoning of the sovereign, but because Hobbes recognized that the use of reason was integral to judicial-decision making in the seventeenth century. By this point in history, as we have noted, English judges were increasingly paying attention to precedents even though *stare decisis* was not yet an established doctrine. The clue to the explanation for this increased attention is there in Hobbes: the authority delegated to judges was not merely authority to issue commands but also authority to provide reasons. The reasons that judges provide for the decisions that they reach, whether or not they represent the will of the sovereign, have directive force.” DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent.** p.48.

¹⁸⁹ Idem, p.24.

com a compreensão e classificação da estrutura da decisão judicial, de maneira a se definir critérios que viabilizassem a identificação dos argumentos contidos no precedente que efetivamente vinculariam as decisões posteriores, ou seja: quais, dentre as várias razões expendidas por um julgador, deveriam ser consideradas as normas do *case law* que vinculariam, obrigatoriamente, os julgamentos futuros.¹⁹⁰

Muito embora se tenha notícia de que a distinção entre as razões importantes e as razões laterais fosse um assunto em pauta para os juristas do *common law* desde o século XVI, foi com a consolidação do *stare decisis* que as doutrinas de identificação da *ratio decidendi* passaram a ocupar lugar de destaque entre os juízes e advogados, constituindo verdadeiras *metanormas* sobre a estrutura e o funcionamento do precedente judicial.¹⁹¹

Essa busca está tão intrinsecamente ligada ao *stare decisis* que a própria noção de *stare decisis* remete à ideia de que a vinculação se dá em relação às razões veiculadas pelo precedente, conforme esclarece CRUZ E TUCCI: “[a] submissão ao precedente, comumente referida pela expressão *stare decisis*, indica o dever jurídico de conformar-se às *rationes* dos precedentes (*stare rationibus decidendi*).”¹⁹²

Assim, entende-se que o precedente judicial é composto por dois tipos de argumentos (ou razões): a *ratio decidendi*, que representa a tese jurídica formulada pela análise das questões de direito referentes ao caso concreto; e os *obiter dicta*, argumentos laterais ao argumento principal ou simples opiniões emitidas ao longo da análise do caso.¹⁹³ Importante ressaltar aqui dois

¹⁹⁰ Rupert Cross apresentou a problemática como “familiar” aos estudantes do direito inglês, bem como derivada da diversidade de formas de julgamento praticada pelos juízes: “*To revert to cases in which reasons are given for the decision, every English law student is familiar with the difficulty of differentiating those parts of the leading judgements that are ratio from those that are mere dicta, and disagreements over the distinction lie at the root of a number of legal controversies. These difficulties and disagreements are largely, if not entirely, due to the elaborate and varied forms in which English judgments are delivered.*” CROSS, Rupert. **Precedent in English law**. p. 42.

¹⁹¹ DUXBURY, Neil. **The nature and the authority of precedent**. p. 67-68.

¹⁹² CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 175.

¹⁹³ Idem, p. 176-177. A prática dos juízes de se consignar opiniões pessoais nas decisões judiciais é comum entre os juízes do *common law*, diante da maior liberdade de estilo de escrita das decisões, sendo pouco comum entre os juízes de *civil law* em razão da herança francesa da redação das sentenças no estilo *phrase unique*, que preza pela precisão dos argumentos

aspectos: primeiro, de que muito embora tanto a *ratio* quanto os *dicta* façam parte da fundamentação da decisão, com ela não se confundem; e segundo, que os argumentos formulados lateralmente, classificados como *obiter dicta*, não vinculam as decisões posteriores, tendo, no máximo, força persuasiva, mas nunca obrigatória.¹⁹⁴

No direito estadunidense, a *ratio decidendi* é classificada também como *holding*, definida como a “norma, extraída do caso concreto, que vincula os tribunais inferiores; o princípio jurídico que o tribunal estabeleceu para decidir; a regra necessária para solução do caso.”¹⁹⁵. Contudo, como assevera DUXBURY, existem diversas classificações como essa que procuram definir as categorias em uma escala de relevância argumentativa que parte das razões principais (*ratio*) até as razões adjacentes (*dicta*) em ordem decrescente de relevância, e que representam a mesma diferença entre os argumentos, razão pela qual se opta por permanecer com a classificação em *ratio decidendi* e *obiter dicta*.¹⁹⁶

Muito embora a classificação busque fornecer critérios mais ou menos exatos para orientar juízes e advogados no trabalho com precedentes, é pacífico na doutrina que essa classificação é extremamente problemática, sendo enumerados pelo menos cinco aspectos controvertidos acerca da delimitação da *ratio* e da separação entre ela e os *obiter dicta*.¹⁹⁷

Em primeiro lugar, não são raras as situações em que *ratio decidendi* e *obiter dicta* se confundem. Isso porque, conforme lembra CARDOZO, nem sempre os *obiter dicta* são identificados como tal, reconhecíveis, assim, à

lançados na decisão. V. BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial**. p. 55.

¹⁹⁴ “A razão de decidir, numa primeira perspectiva, é a tese jurídica ou a interpretação da norma consagrada na decisão. De modo que a razão de decidir certamente não se confunde com a fundamentação, mas nela se encontra. Ademais, a fundamentação não só pode conter várias teses jurídicas, como também considerá-las de modo diferenciado, sem dar igual atenção a todas. Além disso, a decisão não possui em seu conteúdo apenas teses jurídicas, mas igualmente abordagens periféricas, irrelevantes enquanto vistas como necessárias à decisão do caso.” MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. p. 221.

¹⁹⁵ MELLO, Patrícia Perrone Campos. Precedentes e vinculação: instrumentos do stare decisis e prática constitucional brasileira. **Revista de Direito Administrativo**, julho/setembro 2005, p. 180.

¹⁹⁶ DUXBURY, Neil. **The nature and the authority of precedent**. p. 68.

¹⁹⁷ Idem, p. 68-76.

primeira vista,¹⁹⁸ bem como muitas vezes estes constituem parte indissociável da *ratio decidendi*, fornecendo razões adjacentes, porém essenciais à estruturação da norma do *case law*.¹⁹⁹ Nesses casos, os *obiter dicta* têm efeito persuasivo forte, recebendo da doutrina denominações diversas como *judicial dictum* e *gratis dictum*, e seu caráter periférico é extremamente mitigado. Nesse sentido é a lição de MARINONI:

A *obiter dictum* que se aproxima da *ratio decidendi*, embora não tenha efeito obrigatório, tem efeito persuasivo bastante forte. Recorde-se que, ao analisar *Perry v. Kendrick's Transport*, Cross chega a dizer que é difícil acreditar que um juiz de primeiro grau possa se sentir livre para negar o que a Corte decidiu e favor do apelado, embora esta, reconhecendo o argumento do réu-apelante, tenha lhe dado ganho de causa no *appeal*. Diante da diferença entre essas *obiter dicta*, a doutrina fala em *judicial dictum* e em *gratis dictum*. Atribui-se tais denominações ao *obiter dictum* com grande efeito persuasivo, reservando-se o tradicional título *obiter dictum* às proposições que tratam de questões não relevantes e periféricas.²⁰⁰

De outro lado, em alguns casos é impossível a separação entre os dois tipos de argumento porque não há como delimitar a *ratio decidendi*. DUXBURY descreve o caso do julgamento de *Central Asbestos v. Dodd* perante a *House of Lords*, no qual se discutia o prazo prescricional para o ajuizamento de ação indenizatória decorrente dos danos corporais causados pela exposição contínua ao asbesto, e cuja decisão, por maioria, assemelhava-se a um diagrama de Venn: não havia dois entendimentos completamente convergentes a respeito do início do prazo prescricional, sendo que a maioria aqui considerada foi a convergência entre os argumentos de dois dos cinco juízes que participaram do julgamento. Não havia, dessa forma, como identificar uma regra jurídica preponderante, o que levou a uma decisão sem uma *ratio decidendi* determinável.²⁰¹

¹⁹⁸ CARDOZO apud DUXBURY. p. 69.

¹⁹⁹ DUXBURY, Neil. op. cit. p. 70.

²⁰⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. p. 238.

²⁰¹ “*Dodd might have been settled by a majority of three to two, but in terms of reasoning the judgment resembled a Venn diagram, with Lord Pearson agreeing with Lords Reid and Morris that the respondent had issued a writ for damages within the limitation period but taking a view similar to that of Lords Salmon and Simon regarding the state of affairs that marked the beginning of that period. In these circumstances, Stephenson L. J. argued, ‘I do not think that*

Semelhante ao problema dos casos que não têm nenhuma *ratio* é o dos casos em que existem múltiplas *rationes*. Podem ser observadas duas situações diversas: a primeira, quando se identifica mais de uma *ratio* relevante para a compreensão da tese jurídica formulada para a solução do caso concreto, e elas não são divergentes, apenas tratando de questões diferentes dentro do mesmo caso; e a segunda, na qual há divergência entre os juízes de um colegiado sobre os fundamentos para a decisão, mas não sobre o resultado do julgamento.²⁰²

O precedente que possui mais de uma *ratio* pode enfrentar problemas de legitimidade e autoridade, e perder parte de sua força vinculante obrigatória devido à dissidência e à dispersão do raciocínio na formulação da regra para o caso concreto. Isso porque se observa, em relação à primeira hipótese, que, em existindo mais de uma *ratio*, por vezes caberia ao juiz no momento de aplicar o precedente escolher a parte do precedente aplicável ao caso em tela, abrindo-lhe um indesejável espaço criativo, excedente à discricionariedade. E, em relação à segunda hipótese, a existência de *rationes* divergentes para um mesmo resultado ocasionaria a redução de sua autoridade como precedente, diante da incerteza quanto à robustez do argumento.²⁰³

Inclusive, o problema que se coloca quanto à escolha, pelo juiz no momento da aplicação do precedente, de qual *ratio* dentre várias seria aplicável ao caso concreto, estende-se também aos casos em que há apenas uma *ratio*: qual juiz decide o que, dentro da decisão judicial, constitui *ratio*? O juiz que prolatou a decisão convertida em precedente judicial, ou o juiz que vai dele se utilizar como ferramenta racional?²⁰⁴

De um lado, tem-se que é impossível estabelecer previamente qual das razões utilizadas em um julgamento demonstrou-se como principal para alcançar o resultado, pois mesmo que ela já constasse delimitada no caso, caberia ao juiz que aplica o precedente dizer se aquela solução seria adequada

we can treat the reasoning of the majority – Lord Reid and Lord Morris of Borth-y-Gest – as the ratio decidendi of the House. It is the ratio given by only two out of five. DUXBURY, Neil. **The nature and the authority of precedent.** p. 72.

²⁰² DUXBURY, Neil. **The nature and the authority of precedent.** p. 73.

²⁰³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios.** p. 243-244.

²⁰⁴ CROSS, Rupert. **Precedent in English law.** p. 42.

ao caso em tela; e de outro lado, delegar ao juiz da aplicação o poder de delimitar a *ratio* do precedente significa concedê-lo também o poder de determinar o grau de autoridade do precedente judicial, o que não seria igualmente desejável. A inclinação da doutrina é no sentido da última hipótese, ou seja: cabe ao juiz da aplicação definir quais dentre as razões apresentadas constitui a razão principal da construção da regra do caso concreto, mesmo que se admita que, na prática, é irrelevante determinar quem vai definir o alcance da autoridade do precedente.²⁰⁵

Também, ainda que seja considerado um ato discricionário, é certo que nos casos em que o juiz se veja diante da situação de escolher uma entre várias *rationes*, ou de selecionar uma *ratio* que, a primeira vista, não parece ser a regra utilizada pelo juiz que proferiu a decisão, as situações dissidentes estão sujeitas ao ônus argumentativo.²⁰⁶ Ademais, o espaço de discricionariedade é limitado pela noção de que, no âmbito do *stare decisis*, a aplicação de precedentes envolve muito mais um processo analógico do que interpretativo, restando, dessa forma, limitado o âmbito de escolha do juiz que aplica o precedente.²⁰⁷

Os adeptos do realismo jurídico estadunidense adotam, em relação ao poder de distinção da *ratio*, o posicionamento extremista de que não existe tal distinção, sendo uma discricionariedade do juiz destinatário delimitar qual, dentre os fundamentos utilizados no precedente, lhe serve como melhor *ratio* para embasar sua decisão²⁰⁸.

Delimitar o conceito de *ratio decidendi* e localizá-la na estrutura do precedente judicial também são problemas identificados pela doutrina, e, muito

²⁰⁵ “The only significant point that emerge from this puzzle seem to be that the ratio can be determined as much by the interpreter as by the speaker, and that when judges excavate rationes from past decisions they are likely to influence if not determine how that precedent is conceived as authority in the future.” DUXBURY, Neil. **The nature and the authority of precedent.** p. 75.

²⁰⁶ DUXBURY, Neil. **The nature and the authority of precedent.** p. 74.

²⁰⁷ DUXBURY, Neil. **The nature and the authority of precedent.** p. 75.

²⁰⁸ “The rule is quite simple, if you agree with the other bloke you say it is part of the ratio; if you don’t you say it is obiter dictum, with the implication that he is a congenital idiot.” O autor aduz em tom jocoso que os realistas levaram a sério esta piada feita por Lord Asquith em determinado julgamento. CROSS, Rupert. **Precedent in English law.** p. 50.

embora não sejam idênticos, estão relacionados porque, para identificar a *ratio decidendi*, é necessário, antes de tudo, saber o que ela é.²⁰⁹

Alguns métodos foram desenvolvidos pela doutrina para a delimitação da *ratio* de um precedente, dentre os quais os mais conhecidos são o teste de Wambaugh e o método do Dr. Goodhart, e é por meio do seu exame que a questão da dificuldade de se definir o conceito de *ratio decidendi* será melhor examinada.

Para Eugene Wambaugh, a *ratio decidendi* poderia ser definida como a proposição jurídica necessária para que se tenha alcançado determinado resultado no julgamento. Sua delimitação seria feita aplicando-se o que se denominou na doutrina como “teste de Wambaugh”, o qual consiste em separar aquilo que se considerou como principal proposição jurídica do precedente (suposta *ratio decidendi*) e inserir uma palavra que inverta o seu significado. Se, mesmo com essa inversão, o resultado do julgamento permanecer o mesmo, a proposição isolada não constituía proposição principal, devendo ser descartada como *ratio*. Entretanto, se tal inversão operar também a modificação do resultado do julgamento, então se terá a razão principal, sem a qual o caso seria decidido em outro sentido.²¹⁰ Nas palavras do autor:

Deixe-o então inserir na proposição uma palavra que inverta seu significado. Deixe-o então questionar, se a Corte houvesse considerado essa nova proposição como boa e exata para ligar ao caso, a decisão poderia ser a mesma. Se a resposta for afirmativa, então não importa o quão boa a proposição original possa ser, o caso não é um precedente para essa proposição.²¹¹

A imprecisão do teste de Wambaugh para determinar a *ratio* de um precedente pode ser verificada nos casos em que há mais de uma *ratio*, nos

²⁰⁹ DUXBURY, Neil. op. cit. p. 75-76.

²¹⁰ “In short, when a case turns only on one point the proposition or doctrine of the case, the reason for the decision, the *ratio decidendi*, must be a general rule without which the case must have been decided otherwise.” CROSS, Rupert. **Precedent in English law**. p. 52.

²¹¹ Tradução livre de: “Let him then insert in the proposition a word reversing its meaning. Let him then inquire wheter, if the court had conceived this new proposition to be good and to be the point upon which the case ought to turn, the decision could have been the same. If the answer be affirmative, then, however excellent the original proposition may be, the case is not a precedent for that proposition.” WAMBAUGH apud DUXBURY, p. 76.

quais a inversão de uma delas levará à falsa conclusão de que não há nenhuma *ratio*, mas apenas *dicta*.²¹² Não só Wambaugh, mas os demais doutrinadores que conceituam a *ratio decidendi* como o elemento necessário para justificar o resultado do julgamento incorrem nesta imprecisão, como é o caso de Rupert Cross, o qual, muito embora tenha ampliado o conceito de *ratio* para incluir “qualquer regra, expressa ou implicitamente, tratada pelo juiz como um passo necessário para alcançar sua conclusão, seguindo a linha de raciocínio por ele traçada”²¹³, não especifica de que forma o juiz pode realizar essa escolha da regra necessária. Dessa forma, classificar a *ratio decidendi* como a proposição jurídica necessária implicaria em determinar como se afere essa necessidade, quais os critérios objetivos para se dizer que uma proposição jurídica foi realmente necessária sem que se deixe ao alvitre do julgador escolher as proposições que melhor convirem a sua linha de raciocínio; escolha esta que, pela ausência de critérios, demonstra-se arbitrária.²¹⁴

O segundo método identificado como relevante pela doutrina é o método do Dr. Goodhart. Arthur Goodhart publicou um artigo em 1928, intitulado “*Three Cases on Possession*”, no qual, ao analisar três casos relativos a questões de direitos reais, formulou a hipótese de que era possível “descobrir” a *ratio decidendi* daqueles casos, se elas existissem, mediante a elucidação das razões que fundamentaram os julgamentos.²¹⁵ Seu método consiste em isolar no julgado precedente os fatos considerados pelo juiz prolator como *materialmente relevantes* para que o resultado tenha sido em determinado sentido, bem como o que foi decidido em relação a eles. Não há relevância, portanto, em se identificar as opiniões do juiz, a regra de direito aplicada ao caso ou as considerações feitas sobre os demais casos: a *ratio*

²¹² “[w]here a court bases its decision on two alternative grounds, taking either ground and reversing its meaning of one of the grounds sufficient to support the decision has thereby been reversed, the other one is undisturbed and so the decision stands. where a case contains two independent operative rationes, in other words, the inversion test decrees that there are only obiter dicta, for neither ratio is necessary to the decision.” DUXBURY, Neil. **The nature and the authority of precedent.** p. 75

²¹³ CROSS apud DUXBURY, p. 77.

²¹⁴ DUXBURY, Neil. **The nature and the authority of precedent.** p. 78.

²¹⁵ Idem, p. 81.

decidendi é definida pela forma como o julgador tratou os fatos materialmente relevantes.²¹⁶

Tendo sido comparada sua teoria com as ideias do realismo jurídico estadunidense, diante da importância demasiada conferida aos fatos, bem como da liberdade do juiz em identificar as questões que, a seu ver, pareciam materialmente relevantes, Goodhart parece ter aceitado as críticas e reformulado sua teoria sobre a *ratio decidendi*. Sob a influência de Joseph Francis, professor da Universidade de Oklahoma, o autor modificou sua teoria inicial para afirmar que a *ratio* não está nas razões fornecidas pelo juiz, nem tampouco nos fatos materialmente relevantes, mas pode ser delimitada ao se observar, mediante a fundamentação, quais foram os fatos materialmente relevantes que levaram a determinado resultado. A mudança pode parecer imperceptível, mas sua relevância está em promover a reconexão do conceito de *ratio decidendi* com o de *stare decisis*, na medida em que estabeleceu um parâmetro importante para a comparação e diferenciação entre os casos: “qualquer Corte que se considere obrigada pelo precedente deve chegar a mesma conclusão alcançada no caso anterior, a menos que no caso atual algum fato que se intentava tratar como material no caso anterior esteja ausente.”²¹⁷

Mesmo reformulada, a teoria de Goodhart manteve a negligência em relação aos argumentos utilizados na decisão, recebendo novamente duras críticas por deixar de lado talvez o aspecto mais importante do precedente judicial: o que levou o juiz a julgar em determinado sentido. Seu mérito, contudo, permanece o de destacar a importância de se identificar as questões de fato consideradas relevantes pelo juiz que elaborou o precedente.²¹⁸

A doutrina atual, ao tratar da estrutura do precedente e da *ratio decidendi*, bebe da fonte das teorias inglesas que, muito embora possam hoje parecer utópicas e deslocadas, foram de suma importância para o estudo da

²¹⁶ “It follows that our task in analysing a case is not to state the facts and the conclusion, but to state the material facts as seen by the judge and his conclusion based on them. It is by his choice of the material facts that the judge creates law.” CROSS, Rupert. **Precedent in English law**. p. 64-65.

²¹⁷ DUXBURY, Neil. **The nature and the authority of precedent**. p. 83.

²¹⁸ Idem, p. 84.

estrutura do precedente judicial e a elaboração de critérios mais ou menos objetivos para sua aplicação. Observa-se, portanto, que as teorias de Wambaugh e Goodhart exerceram grande influência, por exemplo, na classificação da doutrina italiana quanto aos elementos que compõem a *ratio decidendi*: indicação dos fatos relevantes; o raciocínio lógico-jurídico e o juízo decisório.²¹⁹

Conclui-se, provisoriamente, que nas decisões proferidas em um sistema adepto do *stare decisis* o relatório e a fundamentação da decisão tem relativa importância, o que contrasta com a ideia difundida no sistema de *civil law* de que o dispositivo, por ser a parte que faz lei entre as partes, constituindo a coisa julgada, seria a parte mais importante da decisão. No sistema de *common law*, os outros elementos da decisão judicial compõem a regra de direito (*rule of law*) que pode ser extraída daquele caso e aplicada aos casos posteriores, o que faz com que a decisão precedente constitua fonte de conhecimento da interpretação judicial do direito vigente em determinada época e lugar e, assim, possibilite a continuidade dessa interpretação para os casos futuros.²²⁰

Das teorias estudadas também se pode concluir que a definição da *ratio decidendi* permite que se controle a discricionariedade e impõe um ônus argumentativo ao julgador que quiser discordar do precedente, o que significa uma espécie de reconciliação das naturezas dinâmica e estática do *common law* e do *stare decisis*.

O estudo da *ratio decidendi* evidencia, de outro lado, que a autoridade do precedente não é suficiente para justificar sua manutenção como elemento primordial do *common law* e do *stare decisis*. Para que se compreenda a importância do precedente, bem como a viabilidade de um sistema de precedentes judiciais em um país adepto do *civil law*, como é o caso do Brasil, é necessário compreendê-lo também em sua perspectiva racional, como

²¹⁹ Conforme notícia autor brasileiro também estudioso dos precedentes judiciais: “Sob o aspecto analítico, três são os elementos que a integram: a) a indicação dos fatos relevantes (*statement of material facts*); b) o raciocínio lógico-jurídico da decisão (*legal reasoning*); e c) o juízo decisório (*judgment*). CRUZ e TUCCI, José Rogério. **Precedente Judicial como fonte do direito**. p. 175.

²²⁰ CRUZ e TUCCI, José Rogério. **Precedente Judicial como fonte do direito**. p. 176.

elemento de justificação da decisão judicial imprescindível na busca de um ordenamento jurídico coerente. Com essas considerações, encerra-se a abordagem da autoridade do precedente judicial, por ora, para se adentrar no estudo de parte das teorias que sustentam a racionalidade do precedente judicial.

3. A RACIONALIDADE DO PRECEDENTE JUDICIAL

O Estado não cria direito, o Estado cria leis, e Estado e leis estão abaixo do direito.²²¹

A divisão proposta neste trabalho, de abordar a questão do precedente do ponto de vista tanto de sua autoridade, quanto do ponto de vista de sua racionalidade, tem por objetivo, como já se disse, demonstrar a viabilidade do desenvolvimento de uma teoria de precedentes mesmo em um sistema de *civil law*, e, a partir dessa viabilidade, como esse sistema de precedentes pode contribuir para o desenvolvimento do direito por meio da atividade judicial.

A perspectiva da autoridade do precedente, como se viu, apenas pode ser analisada mais a fundo a partir das discussões desenvolvidas nos países em que se admite que a decisão judicial considerada como precedente goze de maior legitimidade como fonte do direito, ainda que não haja consenso sobre isso, conforme se depreende do capítulo anterior.

A principal função da exposição da perspectiva da autoridade, ilustrada pelo *stare decisis* como doutrina de vinculação obrigatória dos precedentes, para este trabalho, é justamente demonstrar a insuficiência desse argumento de legitimidade perante o sistema jurídico, seja de qual tradição for, e a necessidade da sua conjugação com o exame da racionalidade da decisão judicial, a fim de que esta adquira força de precedente, desde que preenchidos critérios lógico-objetivos mínimos, o que é feito de maneira discursiva por meio dos métodos fornecidos pela teoria da argumentação jurídica, cuja vertente aqui adotada é a teoria de Robert Alexy.

Trata-se, assim, do precedente em sua dimensão teórica, como ensina TARUFFO:

A dimensão teórica atenta à circunstância de que o recurso ao precedente caracteriza de forma peculiar a estrutura da argumentação jurídica em ordem à interpretação da regra de direito e de sua justificação, seja quando o precedente é invocado para análise doutrinária, seja quando é absoluto (*si fa capo*) no âmbito da interpretação judicial do direito. Sem abordar aqui o problema da jurisprudência ser ou não ser fonte do direito, é certo que ela é um fator essencial e decisivo no tocante à interpretação e aplicação do direito. Este fator condiciona a estrutura da argumentação jurídica

²²¹ KAUFMANN, Erich. *Die Gleichheit vor dem Gesetz*, 1927. Retirado da epígrafe do livro de GROSSI, Paolo. **Primeiras lições sobre direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

porque esta possui não uma estrutura silogístico-dedutiva, nem uma estrutura dogmático-sistemática, mas uma estrutura tópica, no sentido esclarecido por Viehweg, em *Topik und Jurisprudenz*. Os precedentes representam de fato os *tópoi* (categorias que ajudam a delinear a relação entre as ideias, do grego *topos*) que orientam a interpretação da norma na complexa fase dialética da *Rechtsfindung*,²²² e dão suporte à interpretação adotada como válida no âmbito da argumentação justificativa (por exemplo, na motivação da sentença). Há um outro aspecto, talvez menos evidente mas não menos relevante, sob o qual a referência ao precedente influi na estrutura da argumentação jurídica. Isso relaciona-se com a circunstância de que, uma vez que o precedente é sempre uma decisão relativa à um caso particular, o significado da regra jurídica usada como critério de decisão vem 'concretizado' por referir-se à solução do caso particular: o precedente não se inclui se a interpretação da norma que tem sido aplicada não esta diretamente conexa com o caso concreto que foi decidido. Por um lado, a correlação entre o precedente e uma norma geral que pretende ser interpretada consiste em analisar a norma sob a luz da sua atual ou eventual aplicação ao caso concreto. Por outro lado, e se trata talvez do perfil mais relevante, a decisão que reza sobre precedente pode espalhar efeitos em qualquer modo, prescritivos ou normativos, sobre a decisão dum caso sucessivo, contanto que do precedente específico possa extrair uma regra aplicável também a outro caso, ou seja – nas palavras de MacCormick – desde que a decisão formulada em juízo sobre um caso precedente seja universalizável.²²³

Em um primeiro momento, esclarece-se que a racionalidade que se pretende examinar aqui, em relação ao precedente judicial, diz respeito à determinadas regras procedimentais para organização dos argumentos que compõem a decisão judicial, as quais não decorem de afirmações metafísicas, mas sim de práticas sociais e históricas.²²⁴

O principal objetivo de se estudar o precedente sob o ponto de vista da racionalidade é, portanto, delinear quais seriam essas regras mínimas do discurso aptas a conferir à decisão a legitimidade suficiente para figurar como precedente, e, assim, como direito judicialmente (ou jurisprudencialmente) construído; e, de outro lado, como o precedente em si caracteriza elemento limitador do espaço argumentativo, conferindo maior estabilidade à interpretação e aplicação do direito.

Também os conceitos de interpretação e aplicação aqui utilizados devem ser minimamente esclarecidos. Eles dizem respeito especificamente ao

²²² Declaração do direito (tradução livre).

²²³ TARUFFO, Michele. **Precedente y Jurisprudencia**. p. 2.

²²⁴ LIMA, Newton de Oliveira. **A teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy: pressupostos e paradigmas para o neokantismo jurídico**. Disponível em: <http://jusvi.com/artigos/37101>. p. 3.

método dedutivo, e fazem parte da formulação da premissa maior, o chamado elemento normativo. O processo de estabelecimento da premissa maior é descrito por LORENZETTI:

O raciocínio dedutivo tem sido o modo característico do raciocínio legal, ainda que nunca tenha sido exclusivo nem excludente. O método dedutivo requer três passos: a) identificar o conjunto de premissas jurídicas válidas que permitam formular um enunciado normativo geral (elemento normativo – premissa maior); b) delimitar um suporte fático relevante por aplicação das regras processuais (elemento fático – premissa menor); c) deduzir a solução do caso a partir da premissa maior aplicável à premissa menor.

O elemento normativo requer, por sua vez, aplicação e interpretação:

- aplicação: identificação de uma norma válida conforme o critério de hierarquia, especialidade e temporalidade. Admite-se que há uma norma que deriva de outra superior até chegar a uma norma final fundante de todo sistema, que a especial tem prioridade sobre a geral e que a lei posterior não se aplica retroativamente.

- interpretação: uma vez determinada a norma aplicável, deve ser estabelecido seu sentido.²²⁵

Observa-se, portanto, que aplicação e interpretação são conceitos inerentes ao silogismo.

Em complementação a esse raciocínio, a argumentação jurídica conta com a importante noção de justificação, que consiste em apresentar evidências lógicas da veracidade de determinado argumento, extraído daí seu significado.²²⁶

Delimitados primariamente esses conceitos básicos, importante esclarecer que para falar da racionalidade da decisão, e, portanto, da sua inevitável vocação para a justiça, é necessário anteriormente traçar um breve retrospecto da trajetória do conceito das perspectivas de estudo do direito, para que se elucide em que ponto tornou-se possível desvencilhar-se da visão puramente descritiva do positivismo jurídico e agregar a essa perspectiva o elemento discursivo, de maneira a viabilizar a discussão da racionalidade da decisão judicial, e, por consequência, do precedente.

3.1. A mudança nos paradigmas do Estado de Direito e da legalidade estrita e sua importância para a teoria de precedentes.

²²⁵ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial**. p. 171.

²²⁶ ATIENZA, Manuel. **Las razones del derecho...** p. 4

A trajetória da doutrina do *stare decisis* nos países de *common law* talvez seja a melhor representação da abordagem do precedente judicial nos últimos tempos, bem como o parâmetro mais claro e completo para quem estuda a possibilidade do estabelecimento de uma doutrina de precedentes judiciais também nos países de *civil law*.

Conforme é possível notar, ela acontece integralmente em um contexto positivista, sendo que as principais discussões giram em torno da autoridade do precedente como fonte de direito e da delimitação da regra de direito que vinculará o julgamento dos casos futuros, buscando, em última análise, determinar uma forma de manejo dos precedentes judiciais que confira o maior grau de certeza possível ao Direito. É esse raciocínio que subjaz, por exemplo, a teoria da vinculação absoluta dos precedentes desenvolvida na Inglaterra do século XIX.

É também em um contexto positivista que o desenvolvimento da doutrina da legalidade estrita nos sistemas civilistas floresce, e a codificação se consolida como a forma mais genuína de preservação da certeza do Direito, ao se restringir a interpretação judicial à repetição da letra da lei e ao se conceber o Código como um sistema completo, com regras próprias, metassistemáticas, para resolver suas inconsistências, as “lacunas”, o que, por si só, já representa a noção de um sistema fechado e completo.

A preservação da certeza jurídica, tanto no *common law* quanto no *civil law*, seja por meio de uma doutrina rígida de vinculação dos precedentes, seja pela redução do Direito à letra da lei, remete a uma necessidade de estabelecimento de critérios rígidos, a fim de garantir o Direito como sistema independente e autossuficiente.

Contudo, esse contexto sofreu modificações substanciais com o advento da Segunda Guerra, no qual a legalidade estrita, sustentada por um modelo de Estado Liberal, legitimou a atuação de governos totalitários, que vieram a se mostrar tão autoritários quanto aqueles que o próprio Estado Liberal lutou contra, uma vez que, na moldura do Estado de Direito, qualquer conteúdo era possível.

A retomada da discussão da questão da justiça como uma questão jurídica, ilustrada pela “fórmula de Radbruch” da norma injusta²²⁷, evidenciava a insuficiência do princípio da legalidade para conter os arbítrios do poder e proporcionar segurança jurídica ao cidadão. Essa insuficiência foi sentida principalmente nos processos de interpretação e aplicação do Direito, ou seja: na necessidade de que os juízes, interpretadores e aplicadores do Direito, fundamentassem a decisão judicial em argumentos não apenas formais e sistemáticos, o que levou ao desenvolvimento de teorias que, baseadas em uma concepção democrático-discursiva, propuseram a construção de critérios de razão prática como forma orientar uma aplicação racional do Direito.

Parte-se, dessa forma, de uma análise das mudanças paradigmáticas, tanto no conceito de Estado de Direito quanto na metodologia da interpretação jurídica, de maneira a demonstrar seu papel no surgimento das teorias da argumentação jurídica do século XX e da concepção de que o Direito deve contar com uma racionalidade mínima para ser considerado justo; e, com base nessas mudanças, investigar o papel do precedente judicial como critério de razão prática, e a forma de manejo proposta pela teoria de Robert Alexy.

3.1.1 Do Estado de Direito ao Estado Constitucional: a reinserção dos valores morais nos ordenamentos jurídicos

A noção de Estado de Direito remete a um modelo de Estado desenhado no século XIX para substituir os antigos modelos de Estado absolutista. Muito embora tenha sido um processo experimentado por toda Europa, a transição do Estado absoluto para o Estado de Direito, e depois para

²²⁷ “Se os melhores argumentos falassem a favor de uma primazia rigorosa do decretado de acordo com a ordem e da eficácia social sobre a correção quanto ao conteúdo, a famosa proposição de Kelsen ‘por isso, cada conteúdo qualquer pode ser direito’ seria exata em sua totalidade. Radbruch objetou contra isso, após 1945, que o conflito entre a justiça, portanto, a correção quanto ao conteúdo, e a segurança jurídica, sem dúvida, fundamentalmente, deve ser solucionado a favor da segurança jurídica, mas isso não vale ilimitadamente. A primazia do decretado e do eficaz sobre o correto bate em um limite, quando a contradição de uma lei positiva com a justiça obtém uma ‘medida insuportável’. Isso deixa trazer-se à fórmula concisa: Antijuridicidade extrema não é direito.” ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 31-32.

o Estado Constitucional, é amplamente ilustrada na doutrina pela situação vivida na Alemanha, razão pela qual também será utilizada neste trabalho.²²⁸

O *Rechtstaat*, termo usado no idioma alemão para designar o conceito de Estado de Direito, foi concebido como a contraposição ao *Machtstaat*, o Estado de força vigente no século XVII, e ao *Polizeistaat*, o Estado de Polícia idealizado pelo despotismo esclarecido e que esteve em vigor durante o século XVIII, sendo, por definição, o “Estado sob o regime do Direito”, cujo objetivo era eliminar as arbitrariedades daqueles regimes mediante a inversão da relação entre poder e Direito: se em um Estado absolutista o Direito é submetido ao poder político, no Estado de Direito ocorre a inversão do vetor de submissão, partindo este do Direito em direção ao Poder.²²⁹ Ao fazer essa ponderação, ZAGREBELSKI ressalta que é ínsito ao conceito o valor da eliminação da arbitrariedade, e o apontar de apenas uma direção quanto ao desenvolvimento do Estado: “O valor é a eliminação da arbitrariedade no âmbito da atividade estatal que afeta os cidadãos. A direção é a inversão da relação entre poder e direito que constituía a quintessência do *Machtstaat* e do *Polizeistaat*: não mais *rex facit legem*, senão *lex facit regem*.”²³⁰

O conceito de Estado de Direito, é, contudo, um conceito aberto no que tange ao seu conteúdo, e por essa razão, representava a forma perfeita para qualquer conteúdo que se quisesse atribuir. Poderia ser utilizado, inclusive, pelos regimes absolutistas, o que teria sido a ideia inicial ao se conceber um Estado baseado na razão, por exemplo, o que o tornaria perfeitamente consonante com o despotismo esclarecido. Não era incompatível com nenhuma orientação político-constitucional, e o fato de ser uma fórmula desprovida de conteúdo o tornou o carro-chefe das Constituições liberais, que concediam plena liberdade ao poder político ao não definir qualquer sentido para as finalidades e os limites do Estado.²³¹

²²⁸ Rainer Grote, Gustavo Zagrebelski, Ricardo Lorenzetti, são alguns dos autores que usam o exemplo da Alemanha para ilustrar a evolução das formas de Estado nos últimos três séculos.

²²⁹ ZAGREBELSKI, Gustavo. *El derecho dúctil*. p. 21.

²³⁰ Tradução livre de: “*El valor es la eliminación de la arbitrariedad en el ámbito de la actividad estatal que afecta a los ciudadanos. La dirección es la inversión de la relación entre poder y derecho que constituía la quintaesencia del Machtstaat y del Polizeistaat: no más rex facit legem, sino lex facit regem.*” Idem, p. 21

²³¹ Idem, p. 22.

Não havendo qualquer limitação de seu conteúdo, a moldura do Estado de Direito foi amplamente utilizada para a legitimação dos regimes totalitários do início do século XX, uma vez que, sob a égide de um regime de legalidade formal, era possível estabelecer leis de qualquer conteúdo, inclusive de conteúdo discriminatório, pois era o próprio poder político que definia a finalidade e as funções do Estado, conformando a lei à sua vontade.²³²

A conotação substantiva do Estado de Direito apenas começou a se delinear com o liberalismo e a ideia de que sua função era a de desenvolver as capacidades da sociedade, no qual se definiram os principais ideais desse modelo: a administração pública subordinada à lei, a subordinação exclusivamente à lei dos direitos do cidadão, e a existência de juízes independentes com competência para aplicar tão somente a lei. Condiciona-se, assim, a autoridade do Estado à liberdade da sociedade, delineando-se o princípio da legalidade.²³³

Na Europa continental, o conteúdo do princípio da legalidade refere-se ao caráter supremo da lei no que tange à sua inafastabilidade, mesmo diante do poder do soberano, bem como à sua separação de fundamentos religiosos ou morais. A lei, geral e abstrata, protegia os cidadãos da opressão do soberano, uma vez que a igualdade formal garantia que todos recebessem o mesmo tratamento legal, independentemente de quaisquer outros fatores. Nas palavras de ZAGREBELSKI:

O princípio da legalidade, em geral, expressa a ideia da lei como ato normativo supremo e irresistível a que, em linha de princípio, não é

²³² “Con un concepto tal de Estado de derecho, carente de contenidos, se producía, sin embargo, un vaciamiento que omitía lo que desde el punto de vista propiamente político-constitucional era, en cambio, fundamental, esto es, las funciones y los fines del Estado y la naturaleza de la ley. El calificativo de Estado de derecho se habría podido aplicar a cualquier situación en que se excluyese, en línea de principio, la eventual arbitrariedad pública y privada y se garantizase el respeto a la ley, cualquiera que ésta fuese. Al final, todos los ‘Estados’, por cuanto situaciones dotadas de un orden jurídico, habrían debido llamarse genéricamente ‘de derecho’. Llegaba a ser irrelevante que la ley impuesta se resolviese en medidas personales, concretas y retroactivas; que se la hiciera coincidir con la voluntad de un Fuhrer, de un Soviet de trabajadores o de Cámaras sin libertades políticas, en lugar de con la de un Parlamento libre; que la función desempeñada por el Estado mediante la ley fuese el dominio totalitario sobre la sociedad, en vez de la garantía de los derechos de los ciudadanos.” ZAGREBELSKI, Gustavo. **El derecho dúctil**. p. 22.

²³³ Idem, p. 23.

oponível nenhum direito mais forte, qualquer que seja sua forma e fundamento: nem o poder de exceção do rei e de sua administração, em nome de uma superior 'razão de Estado', nem a inaplicação por parte dos juízes ou a resistência dos particulares, em nome de um direito mais alto (o direito natural ou o direito tradicional) ou de direitos especiais (os privilégios locais ou sociais).²³⁴

Os reflexos do princípio da legalidade eram sentidos de maneira diversa em relação a cada um dos poderes do Estado: em relação ao Poder Legislativo, o caráter geral da lei era a garantia de igualdade e imparcialidade do Estado em relação aos cidadãos, e o seu caráter abstrato, de certeza e previsibilidade, sendo ambos garantia contra a atuação arbitrária do legislador, seja na elaboração de leis *ad hoc*, seja na aplicação retroativa de leis; em relação ao Poder Executivo, de regular o princípio do privilégio da administração, que tinha como objetivo assegurar a proteção dos interesses públicos, de maneira que este não se subvertesse em privilégios arbitrários; e, em relação aos juízes, o princípio da legalidade foi sentido na redução dos poderes judiciais à mera aplicação do Direito, que, nesse contexto, equivaleria dizer à mera aplicação da lei.²³⁵

O panorama jurídico-político do Estado de Direito liberal remetia, portanto, a um contexto de homogeneidade: a lei geral e abstrata, aprovada por uma assembleia eleita, porém, não por escrutínio universal, revestia de legalidade a atuação política de apenas um grupo social, a burguesia, e conformava seus acordos com as monarquias remanescentes.²³⁶

O monismo político refletia-se inevitavelmente no monismo jurídico, que não tinha pretensões de coerência do ordenamento jurídico, mas sim de que as leis representassem a vontade do Estado, e é com base nessa noção que é construída a ideia da unidade da legislação, do Direito como um corpo completo e coerente, do qual o intérprete seria capaz de extrair toda e qualquer

²³⁴ Tradução livre de: "*El principio de legalidad, en general, expresa la idea de la ley como acto normativo supremo e irresistible al que, en línea de principio, no es oponible ningún derecho más fuerte, cualquiera que sea su forma y fundamento: ni el poder de excepción del rey y de su administración, en nombre de una superior 'razón de Estado', ni la inaplicación por parte de los jueces o la resistencia de los particulares, en nombre de un derecho más alto (el derecho natural o el derecho tradicional) o de derechos especiales (los privilegios locales o sociales).*" ZAGREBELSKI, Gustavo. **El derecho dúctil**. p. 24.

²³⁵ Idem, p. 31.

²³⁶ Idem, *ibidem*.

resposta por meio da indução ou da analogia, uma vez que tal edifício legal teria sido construído com base nos valores e princípios pressupostos do Estado liberal. Essa noção de sistema jurídico como um corpo de normas legisladas, que ofereceriam resposta para toda questão jurídica, deu origem à interpretação sistemática, na qual as respostas para as questões deveriam ser encontradas no próprio sistema, em virtude de uma necessidade de coerência com o próprio corpo legislativo, e o modelo de sistematicidade, completude e coerência era o Código, em especial o Código Civil de Napoleão.²³⁷

O conceito de Direito que se amoldava a esse contexto era o positivismo jurídico: em um Estado de Direito, submetido ao princípio da legalidade, a lei era a única fonte de Direito admitida, concentrando-se nela toda produção jurídica, com a redução dos elementos do mundo jurídico ao disposto na lei, incluindo, aqui, a noção de justiça. A atividade do juiz, nesse contexto, era a de extrair, principalmente pelo método da exegese, a vontade do legislador²³⁸, e é nesse ponto que a mudança do paradigma do Estado de Direito para o Estado Constitucional, juntamente com as modificações que irá operar em relação ao conceito de Direito, interessa ao estudo do precedente judicial, especialmente no que tange aos métodos de interpretação e de aplicação.

O fenômeno da transição entre o Estado de Direito e o Estado Constitucional é de grande importância para a compreensão da configuração do Direito a partir da metade do século XX. Em se tratando de um fenômeno amplo e profundo, o recorte teórico escolhido foi o estudo da influência dessa virada paradigmática para a teoria dos precedentes judiciais em termos de racionalidade, proporcionando a revisão de métodos de interpretação e

²³⁷ “Sobre la base de esta premisa, la ciencia del derecho podía mantener que las concretas disposiciones legislativas no eran más que partículas constitutivas de un edificio jurídico coherente y que, por tanto, el intérprete podía recabar de ellas, inductivamente o mediante una operación intelectual, las estructuras que lo sustentaban, es decir, sus principios. Éste es el fundamento de la interpretación que, en presencia de una laguna, es decir, de falta de una disposición expresa para resolver una controversia jurídica, permitían individualizar la norma precisa en coherencia con el ‘sistema’. La sistematicidad acompañaba, por tanto, a la ‘plenitud’ del derecho. (...) La ley por excelencia era entonces el código, cuyo modelo histórico durante todo el siglo XIX estaría representado por el Código civil napoleónico. En los códigos se encontraban reunidas y exaltadas todas las características de la ley.” ZAGREBELSKI, Gustavo. **El derecho dúctil**. p. 32.

²³⁸ Idem, p. 33.

aplicação do Direito ao se conceber o sistema jurídico como um sistema angulado por uma Constituição composta de valores eleitos pela comunidade como valores morais essenciais para a realização das finalidades e funções do Estado.

Tendo como marco o pós Segunda Guerra Mundial, o Estado Constitucional teve como principal foco de desenvolvimento teórico a Alemanha, palco dos horrores nazistas, que assistiu ao desenrolar de um regime autoritário sob a égide de um Estado de Direito, no qual se revestia de legalidade qualquer ato do poder político. A transição do Estado de Direito para o Estado Constitucional, assim, pode ser sentida em diversos aspectos: em primeiro lugar, a necessidade de inserção de princípios morais nos textos constitucionais, o que levou à ideia dos direitos fundamentais como forma de limitação ao poder do Estado ante as liberdades individuais, bem como à criação de mecanismos de promoção de direitos e liberdades (direitos fundamentais de segunda geração – direitos sociais), conferindo ao Estado a função de promover o bem-estar social. Em segundo lugar, a necessidade de estabelecimento de um tribunal apto a realizar a revisão judicial da lei com base nesses princípios, o que culminou na criação do Tribunal Constitucional.²³⁹

Em terceiro lugar, o estabelecimento de uma democracia parlamentarista, o que impõe a adição do caractere “democrático” à expressão Estado Constitucional, com o objetivo de destacar a fragmentação do poder político e a sua submissão às instituições democráticas. Esse aspecto é de suma importância, tanto que ele retira o sentido prático do Estado de Direito como conceito isolado: só é possível falar de Estado de Direito em um contexto em que se estabeleça uma Constituição dirigente, e que se assegure o exercício da democracia como regime de governo.²⁴⁰

²³⁹ 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. 270.

²⁴⁰ Tanto este conceito como o da segurança jurídica ou do princípio da não retroatividade das leis somente fazem sentido quando conjugados à realização dos direitos fundamentais, e, com o passar do tempo, outros princípios surgiram pela atuação do Tribunal Constitucional Federal,

E, em quarto lugar, a necessidade de subordinação da lei à Constituição, pelo fenómeno da constitucionalização dos direitos. Em um Estado Constitucional Democrático, não apenas a forma, mas também o conteúdo da lei está subordinado às limitações impostas pela Constituição. É, segundo ZAGREBELSKI, a substituição da soberania do Estado pela soberania da Constituição, como forma de acomodar os intentos de uma sociedade pluralista e de um pluralismo jurídico.²⁴¹

FERRARESE destaca que a transição do Estado de Direito para o Estado Constitucional operou, também, a mudança do vetor da legislação: no Estado de Direito, a centralidade da lei fazia com que a Constituição assumisse um carácter centrípeto dentro do ordenamento jurídico, ou seja, a Corte Constitucional reproduzia o que os termos da lei diziam; já no Estado Constitucional, a Constituição assume um carácter centrífugo, uma vez que a interpretação da lei decorre de seus termos.²⁴²

O Estado Constitucional de Direito é, assim, adepto da racionalidade. Isso porque em um Estado Constitucional em que se pressupõe a construção democrática das instituições públicas, tal construção somente pode se dar por meio das regras e dos procedimentos discursivos, cujo controle somente pode ser feito no plano da racionalidade dos argumentos.²⁴³ E disso decorrem duas consequências: a primeira, que a lei só pode ser válida quando for produto de um processo de elaboração reconhecido pela Constituição, e seu conteúdo não violar as normas consagradas constitucionalmente, em um processo discursivo construído pela argumentação; e segundo, que as decisões judiciais devem ser fundamentadas, não apenas como critério de validade formal, mas como

como a subordinação da administração ao parlamento e o princípio da proporcionalidade. Idem, *ibidem*.

²⁴¹ “*Esta es la naturaleza de las constituciones democráticas en la época del pluralismo. En estas circunstancias, hay quin ha considerado posible sustituir, en su función ordenadora, la soberanía del Estado (y lo que de exclusivo, simplificador y orientador tenía por la soberanía de la Constitución.*” In ZAGREBELSKI, Gustavo. **El derecho dúctil**. p. 13

²⁴² “*In altri termini, mentre l’organizzazione giuridica centrata sulla legislazione aveva carattere centrípeto, il sistema giuridico affidato alle Corti verte piuttosto su chi dice l’ultima parola, come gli organismi esecutivi, amministrativi, e specialmente giudiziari. Esso tende a sacrificare il centro alle periferie, disegnando un conteso giuridico di tipo centrifugo, sempre più affollato di casi giuridici specifici e concreti, che danno risposte mirate, e non sempre generalizzabili, a specifici problemi.*” FERRARESE, Maria Rosaria. Dal “verbo” legislativo a chi dice l’ultima parola”: le corti costituzionali e la rete giudiziaria. **Annuario di diritto comparato e di studi legislativi**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2011. p. 67.

²⁴³ ZAGREBELSKI, Gustavo. *op. cit.* p. 15.

requisito de validade material, preenchendo, assim, os critérios mínimos de racionalidade.²⁴⁴

3.1.2. *Rule of law*: o Estado de Direito no contexto do *common law* e a influência positivista na teoria dos precedentes

No contexto inglês, o Estado de Direito assumiu contornos diversos. O *rule of law*, como era designado, significava não apenas a primazia da lei representada por uma Assembleia soberana, como nos Estados da Europa continental, mas sim a consolidação do *common law*, aqui entendido como sistema: o corpo de costumes convertidos em Direito pelos precedentes judiciais, como garantia dos direitos do povo inglês diante do poder soberano, tendo no Parlamento a garantia de que o poder político não se imiscuiria nesse corpo jurídico historicamente consolidado. A lei, aqui, era apenas mais um elemento de um sistema jurídico complexo, o que também explicaria o desenvolvimento paralelo dos raciocínios indutivo e dedutivo de aplicação do direito: o primeiro, desenvolvido para a aplicação dos precedentes, e o segundo, para a aplicação das leis.²⁴⁵

O problema da obrigatoriedade da vinculação dos precedentes judiciais, conforme se viu na exposição sobre as teorias do *stare decisis*, também está ligado à consolidação do Estado moderno no ambiente político inglês, e, muito embora não seja possível fazer um paralelo estreito com a ruptura com o absolutismo que significou o advento do Estado de Direito nos Estados da Europa continental, é possível identificar que o estabelecimento das doutrinas positivistas do *stare decisis*, com a discussão sobre a autoridade e a racionalidade do precedente judicial, significava a necessidade de estabelecer um sistema que conferisse maior certeza e estabilidade ao Direito, à semelhança do que aconteceu com o princípio da legalidade estrita.²⁴⁶

²⁴⁴ LORENZETTI, Ricardo Luiz. Teoria da decisão judicial. p. 160.

²⁴⁵ ZAGREBELSKI, Gustavo. El derecho dúctil. Leys, derechos, justicia. p. 25.

²⁴⁶ “Se aqui se trata de voltar-se contra o antigo regime e os seus originários marcos medievais; se aqui se quer construir um edifício jurídico completamente novo (ou pretensamente novo), rompendo com o passado que é condenado ao sótão das velharias, na Inglaterra a história

Essa diferença na implementação da modernidade no Estado inglês se justifica, em parte, pelo princípio da supremacia do Parlamento inglês. Tal princípio envolve, em contrapartida à supremacia, a responsabilidade de preservação dos direitos individuais contra a ingerência indevida do Estado pela preservação dos princípios do *common law*. Uma vez que esses princípios se convertem em lei, pela atuação do Parlamento que estava tradicionalmente adstrito ao *common law* no processo de elaboração das leis,²⁴⁷ o controle das decisões judiciais e das normas construídas no processo de interpretação e aplicação do Direito era uma necessidade de garantia da igualdade e da segurança jurídica, sem que fosse preciso recorrer a sistemas de controle social externos, como a moral ou a religião, mediante a construção de uma doutrina basicamente descritiva do Direito, como a extremamente influente teoria analítica de Jeremy Bentham, que prescindia desse conteúdo histórico-jurídico que é o *common law* para descrever o Direito inglês.²⁴⁸

Relativamente à autoridade do precedente, conforme já se afirmou no capítulo 2, pode-se extrair dessa análise primária que a discussão sobre se o juiz cria o direito ou se ele apenas o declara, presente de maneira significativa na pauta do jurista de *common law*, não influencia de sobremaneira o papel do precedente judicial como fator condicionante da fundamentação do juiz ao decidir o caso concreto. Tanto é que, como DUXBURY afirma, essa discussão vem sendo deixada de lado, concentrando-se os juristas muito mais em estudar e definir teoricamente maneiras de delimitar as razões contidas nos precedentes (*ratio decidendi*).²⁴⁹ Isso porque nem uma, nem outra conseguiram construir um fundamento robusto o suficiente para justificar a autoridade absoluta do precedente,²⁵⁰ além daquela que justifica pela posição hierárquica

jurídica corre sob a insígnia da continuidade, e sobretudo a Idade Média persiste a viver no auge da Idade Moderna com seus valores intactos e com o seu inconfundível modo de intuir e exprimir a juridicidade.” GROSSI, Paolo. Primeira lição sobre direito. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 55.

²⁴⁷ 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. 272.

²⁴⁸ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do Precedente Judicial**. p. 71.

²⁴⁹ DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. p. 19.

²⁵⁰ WESLEY-SMITH, Peter. **Theories of Adjudication and the Status of *Stare Decisis***. p. 73.

superior de determinado tribunal, como é o caso da *House of Lords* na Inglaterra.²⁵¹

A noção de que as razões contidas no precedente judicial constituem fundamento para o julgamento de casos posteriores semelhantes não decorre apenas de sua autoridade, do fato de ser ou não fonte de direito institucionalizada, reconhecida juridicamente: decorre, também, de se consubstanciar em limites racionais à interpretação e à aplicação do direito. Assim, o fundamento para a obrigatoriedade de o juiz seguir um precedente, em qualquer nível de vinculação que se possa considerar, é, em última análise, um fundamento racional, conforme ensina DUXBURY:

A principal razão para a emergência do *stare decisis*, devo argumentar, é a mudança na estrutura do julgamento durante o século dezesseis: as partes lançavam sua argumentação antes da audiência, deixando para após o veredito os argumentos relativos à suficiência daquelas alegações. Uma consequência deste desenvolvimento foi a de que os juízes começaram a produzir mais regularmente decisões fundamentadas e não apenas orientar as partes para um acordo sobre o que deveria. Na medida em que os juízes passaram a produzir decisões fundamentadas mais regularmente, a jurisprudência (*case law*) passou a se tornar cada vez mais parecida com o que conhecemos hoje como precedente judicial. (...) O primeiro e crucial estágio no desenvolvimento do *stare decisis* foi que os julgamentos passaram a ser fundamentados. Parte da explicação para a autoridade do precedente judicial, então, é de que ele fornece razões para uma decisão.²⁵²

Conforme já se viu, é evidente a insuficiência da teoria positivista clássica para explicar a vinculação obrigatória dos precedentes, uma vez que a comparação da necessidade de vinculação aos precedentes à vinculação obrigatória dos termos da lei escrita esbarra no elemento sanção: a vinculação da lei escrita se dá pela previsão de uma sanção em seu não cumprimento, e no caso do precedente, tal sanção efetivamente não existe. Aponta que mesmo

²⁵¹ “(...) ‘A decision of the House of Lords is final not because it is right but because no one can say it is wrong’”. Idem, p. 77.

²⁵² Tradução livre: “The principal reason for the emergence of *stare decisis*, I shall argue, is the change in the structure of the trial during the sixteenth century: parties began to settle pleadings in advance of the hearing, thus leaving arguments concerning the sufficiency of those pleadings to be addressed post-verdict. A consequence of this development was that judges began more regularly to produce reasoned decisions rather than merely steer parties towards agreement on what should be pleaded. As judges began more regularly to produce reasoned decisions, case-law began increasingly to take the form of what we nowadays recognize to be judicial precedent. (...) The first and crucial stage in the development of *stare decisis* was that judgments came to be supported by reasons. Part of the explanation for the authority of judicial precedents, then, is that they provide reasons for a decision.” DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent.** p. 25.

as sanções mais severas, previstas no ordenamento jurídico inglês, como a exoneração do juiz que se negar veemente e constantemente a seguir os precedentes da *House of Lords*, não são aplicadas com frequência, e o fato de o juiz ser alvo de críticas pelos seus pares ou pela comunidade jurídica não chega a constituir uma sanção efetiva, em crítica ao posicionamento de CROSS e HARRIS:

A ideia da doutrina do precedente criar uma oportunidade para o desrespeito judicial da lei é tratado por Cross e Harris com certa perplexidade. A questão sobre o que deve ser feito com o juiz que flagrantemente abusa da doutrina não lhes afeta pela simples razão de que os juízes não se comportam dessa maneira. Apesar de uma sanção formal poder ser aplicada a um juiz por desviar de um precedente, a possibilidade disso acontecer é remota porque diz respeito a questões como a reputação e o medo das críticas informais, o que motiva os juízes a tratar os precedentes como se estivessem vinculados a eles. Juízes, para colocar as coisas de maneira clara, tendem a considerar prudente estabelecer limites ao próprio comportamento concordando com a autoridade dos precedents. (...) Se os juízes não querem seguir um precedente, comumente se presume que eles irão realizar o *distinguishing* ou o *overruling*, apresentando razões especiais para tanto. Nem juízes, nem juristas prestam muita atenção na questão do que deveria acontecer ao juiz que regular e manifestamente desrespeita e negligencia o precedente, provavelmente porque esse juiz raramente existe, se é que existe, fora da literatura de ficção.²⁵³

Quando as teorias desenvolvidas no *common law* justificam a necessidade de respeito ao precedente exclusivamente no argumento da autoridade institucional, definindo-o como um ato emanado do juiz competente, elas o equiparam à lei. E nos ordenamentos jurídicos em que o precedente não goza de tal autoridade, como naqueles países tributários da tradição de *civil law*, a exemplo do Brasil, a dificuldade em se compreender a necessidade de

²⁵³ Tradução livre de: “*The idea of the doctrine of precedent creating an occasion for judicial lawbreaking is treated by Cross and Harris with near bewilderment. The question of what ought to be done about a judge who flagrantly abuses the doctrine does not tax them for the simple reason that judges do not behave thus. Although a formal sanction could be applied to a judge for eschewing precedent, the likelihood of this occurring is remote because concerns about matters such as reputation and fear of informal criticism motivate judges to treat precedents as binding upon them. Judges, to put the matter bluntly, are likely to consider it prudent to set limits on their own behavior by according precedents authority. (...) Where judges do not wish to follow a precedent it is commonly assumed that they will either distinguish the precedent from the present case or overrule the precedent on the basis of an especially compelling reason or set of reasons. Neither judges nor jurists pay much attention to the question of what should happen to the judge who is regularly and manifestly disrespectful towards and neglectful of precedent, probably because that judge rarely if ever exists outside fictional literature.*” DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent.** p. 16.

respeito aos precedentes decorre, principalmente, desse vácuo institucional. Em outras palavras: se apenas a lei tem autoridade para orientar condutas, apresentando-se como única fonte de direito realmente vinculante, o respeito ao precedente torna-se uma liberalidade do julgador, ignorando-se a necessidade lógica de se consolidar a decisão do caso concreto que represente norma jurídica aplicável a outros casos semelhantes.²⁵⁴

O interesse em apresentar a problematização do conceito de Estado de Direito também nos sistemas de *common law* reside em deixar claro que, quando se fala aqui da modificação do paradigma positivista pelo advento do Estado Constitucional, não se está fazendo referência especificamente ao positivismo formalista da Europa continental, mas sim às várias formas de positivismo que condicionaram, e ainda condicionam, o modo de conceituar o Direito, baseado em um fundamento único: o fundamento da neutralidade. O que tanto a teoria positivista continental quanto a teoria positivista de *common law* tem em comum é “a tese de que o conceito de Direito e a validade de suas normas podem ser definidos prescindindo-se do seu conteúdo”, afastando-se de qualquer fundamento que não seja o próprio Direito, especialmente qualquer fundamento moral, o que, em um Estado Constitucional, demonstra-se absolutamente insuficiente.²⁵⁵

3.2. Da norma fundamental à regra de reconhecimento ou como o positivismo encontrou a razão prática

²⁵⁴ “O problema dessas teorias está na falsa afirmação de que o precedente deve ser observado apenas na função da autoridade do juiz que o estabeleceu. (...) Nos casos em que se exige o respeito ao precedente com base em alguma ideia sobre o sistema de recursos jurisdicionais, explica a professora de Castilla – La Mancha [citando Marina Gascón Abellán], ‘a submissão ao precedente não difere do que justifica a submissão à lei’: obedece-se ao precedente porque já uma norma que exige esse comportamento. É justamente nos casos em que não há qualquer exigência de respeito aos precedentes – não há qualquer ato de autoridade a estabelecer a força vinculante para os precedentes – que se pode ver com mais clareza o erro do Positivismo.” BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do Precedente Judicial**. p. 267.

²⁵⁵ “Noutros termos, ‘a tese central do Positivismo’, que é defendida por igual por Kelsen, Hart, Ross, Austin e Bentham, entre vários outros, é a de que ‘o Direito é um fenômeno social que pode ser identificado e descrito por um observador externo sem recorrer a considerações acerca de sua justificação e valor moral ou acerca do dever moral de lhe obedecer e o aplicar’”. NINO *apud* BUSTAMANTE, p. 71.

Para apresentar a teoria da argumentação jurídica de Alexy e a funcionalidade de seus métodos para o estudo do precedente judicial, será necessário, antes, visitar o momento em que se operou a mudança paradigmática no seio da teoria positivista, qual seja, a virada teórica proporcionada pela regra de reconhecimento de Herbert Hart.²⁵⁶

O positivismo jurídico como modelo teórico foi consolidado por Hans Kelsen. Em linhas generalíssimas, a proposta de Kelsen era a de que o direito deveria ser estudado e concebido exclusivamente de maneira descritiva, vazia de conteúdo, e de que a vigência das normas em determinado sistema jurídico deveria ser analisada exclusivamente sob a perspectiva da sua validade.

Para explicar um sistema jurídico vazio de qualquer conteúdo, o fundamento do Direito como ordem normativa, ou seja, a explicação do porquê tal norma “vale” (é vigente), não poderia ser outra coisa senão uma norma. Para o autor, seria ilógico fundamentar a ordem jurídica, que existe no plano do *dever ser*, em um fato pertencente ao plano do *ser*; logo, “[o] fundamento de validade de uma norma apenas pode ser a validade de uma outra norma”²⁵⁷. As normas retiram sua validade de outras normas, em uma relação de hierarquia na qual a norma tida por superior constitui fundamento de validade da norma inferior, e da operação silogística que se opera entre elas chega-se à conclusão, que é a solução jurídica para o caso concreto.²⁵⁸

Essas normas são estabelecidas por um órgão investido de autoridade, o legislador, e o fundamento desta autoridade reside em uma norma superior, à qual se confere o poder de emanar as demais normas: a norma fundamental. Sendo o fundamento de validade do sistema, é pressuposta, pois não pode ser fruto de qualquer outro ato de autoridade; assim como não é passível de questionamentos.²⁵⁹

²⁵⁶ A “virada hartiana” é considerada por autores como Thomas da Rosa de Bustamante e Ricardo Luiz Lorenzetti, a exemplo de Robert Alexy, como o ponto de viragem do paradigma positivista, que viabilizou o desenvolvimento das teorias da argumentação jurídicas depois de Kant e sua aplicação pelos ordenamentos jurídicos de todo mundo.

²⁵⁷ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 215.

²⁵⁸ Idem, *ibidem*.

²⁵⁹ “Apenas uma autoridade competente para estabelecer normas válidas; e uma tal competência somente se pode apoiar sobre uma norma que confira poder para fixar normas. A esta norma se encontram sujeitos tanto a autoridade dotada de poder legislativo como os indivíduos que devem obediência às normas por ela fixadas. (...) Mas a indagação do

A noção de que o direito seria uma ordem descritiva, cuja validade é retirada de uma norma fundamental hipotética, influenciou de sobremaneira os ordenamentos jurídicos do mundo todo. O direito como “dever-ser” não carecia de fundamentos morais: pelo contrário, os resquícios dos desmandos governamentais efetivados sob a égide da teoria do direito natural levaram à rejeição de Kelsen de qualquer influência da moral no direito, entendendo que o conteúdo das normas não seria exatamente um problema da ciência jurídica.

Por sua vez, a teoria desenvolvida por Hart para justificar o fundamento de validade de um ordenamento jurídico é a de que haveria uma regra de reconhecimento primária identificável pelas regras de reconhecimento secundárias, a qual se assemelha à norma fundamental de Kelsen por ser uma norma básica, única e hipotética, que serviria de fundamento e de parâmetro de validade para todas as demais regras do sistema jurídico.²⁶⁰

Contudo, ela representa muito mais uma ruptura do que a continuidade da teoria de Kelsen, na medida em que a regra de reconhecimento, diferentemente da norma fundamental, tem caráter empírico, eis que baseada em uma prática social, e não em uma norma pressuposta.²⁶¹

fundamento de validade de uma norma não pode, tal como a investigação da causa de um determinado efeito, perder-se no interminável. Tem de determinar numa norma que se pressupõe como a última e mais elevada. Como norma mais elevada, ela tem de ser pressuposta, visto que não pode ser posta por uma autoridade, cuja competência teria de se fundar numa norma ainda mais elevada. A sua validade já não pode ser derivada de uma norma mais elevada, o fundamento da sua validade já não pode ser posto em questão. Uma tal norma, pressuposta como a mais elevada, será aqui designada como norma fundamental (*Grundnorm*). (...) O dato de uma norma pertencer a uma determinada ordem normativa baseia-se em que seu último fundamento de validade é a norma fundamental desta ordem. É a norma fundamental que constitui a unidade de uma pluralidade de normas enquanto representa o fundamento de validade de todas as normas pertencentes a essa ordem normativa.” KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. p. 216-217.

²⁶⁰ “A regra (secundária) de reconhecimento ‘é aceita e usada para a identificação das regras (primárias) de conduta [*primary rules of obligation*].” Onde quer que seja aceita uma regra de reconhecimento R, tanto os indivíduos privados quanto as autoridades competentes para aplicar o Direito são providos de critérios institucionais para identificar as regras primárias de comportamento: ‘Podemos simplesmente dizer que a afirmação de que uma regra particular é válida significa que ela satisfaz todos os critérios providos pela regra de reconhecimento.’”. BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do Precedente Judicial**. p. 128-129.

²⁶¹ “Diferentemente do que ocorre em relação à norma fundamental kelseniana, a questão da existência e do conteúdo da regra de reconhecimento hartiana, ou seja, de ‘quais são os critérios de validade e qualquer sistema jurídico’, é vista como ‘uma empírica – embora complexa – questão de fato’. A regra de reconhecimento, ao invés de uma hipótese lógica, ou de um pressuposto de ordem transcendental – como a norma fundamental de Kelsen -, é uma norma última, já que consiste em uma prática social.” Idem, p. 130.

O direito como prática social, para HART, consiste em se modificar o foco de abordagem, de uma perspectiva externa, e, portanto, meramente descritiva, para uma perspectiva interna, que leva em consideração não só a carga autoritária advinda do poder soberano, como também aquela que é agregada pela aceitação da norma pela sociedade, na obediência progressiva a um comando normativo. Nas palavras do autor:

...para que exista uma norma social, é preciso que pelo menos algumas pessoas encarem o comportamento em questão como um padrão geral a ser seguido pelo grupo como um todo. Uma norma social tem um aspecto 'interno', além do aspecto externo que compartilha com um hábito social e que consiste no comportamento costumeiro e uniforme que um observador poderia registrar.²⁶²

A “virada hartiana” proporcionou, portanto, a mudança da perspectiva da compreensão do direito, de uma perspectiva descritiva, e, portanto, externa, para uma perspectiva normativa, interna. Não se trata do abandono da perspectiva externa, mas sim a adoção de uma visão mais abrangente: o Direito, aqui compreendido como construção social, deve ser descrito não apenas partindo das suas normas e estruturas jurídicas, mas também dos enunciados formulados pelos seus operadores, no caso, os juízes, sendo que a validade de suas normas depende, em última análise, dessas razões apresentadas quando da análise de determinada norma.²⁶³

A teoria de Hart abriu caminho, ao tratar da diferença entre as perspectivas externa e interna da abordagem do Direito, para as teorias da argumentação jurídica desenvolvidas a partir das últimas três décadas do século XX, cujas propostas consistem na elaboração de teorias de justificação racional das decisões judiciais e, relativamente à teoria geral do direito, a investigação da ideia positivista de que o Direito somente pode ser analisado como um fato social, determinado pelas decisões de uma autoridade cujos poderes estão institucionalizados.²⁶⁴

²⁶² HART, Hebert L. A. **O conceito de direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 75.

²⁶⁴ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do Precedente Judicial**. p. 131.

São as teorias conhecidas por (e, muitas vezes, autodenominadas, como é o caso de Robert Alexy) pós-positivistas, que antes de representarem uma completa superação do paradigma positivista do Direito sob o ponto de vista do observador, visam analisá-lo também sob a óptica interna, do aplicador. E é nesse sentido que talvez consista a superação da teoria positivista por teóricos do último século, como Neil MacCormick, Ronald Dworkin, e Robert Alexy, cuja pesquisa no campo da argumentação jurídica relacionada à racionalidade do uso dos precedentes judiciais consiste em um dos objetos desta pesquisa.

Feitas essas considerações, observa-se a necessidade de que o tema do precedente judicial seja tratado não apenas do ponto de vista do observador, com fundamento na autoridade, mas também do ponto de vista do participante, buscando-se o fundamento de racionalidade que sustenta a tese de que o precedente judicial deve ser respeitado como fundamento para a decisão judicial, de maneira a estabelecer critérios lógicos mínimos que, de um lado, orientem a atividade de aplicação do direito e, de outro, forneçam limites racionais à argumentação dentro da decisão judicial.²⁶⁵

3.2.1. Razão e direito no Estado Constitucional

Dizer que as Constituições após meados do século XX trouxeram para dentro do ordenamento jurídico normas de caráter aberto, carregadas de valores axiológicos, significa dizer que o problema da justiça tornou a ser um problema do direito, o que não acontecia desde a derrocada do direito natural. A inclusão de normas de conteúdo notadamente moral como sói ser as normas constitucionais excede a noção formalista do positivismo, no sentido que a correção do conteúdo das normas não pode mais ser verificado exclusivamente sob o ponto de vista de sua validade.²⁶⁶

²⁶⁵ Idem, Introdução. p. XXI.

²⁶⁶ Alexy define o positivismo como a teoria que constrói o conceito de direito sem levar em conta o conteúdo de suas normas: "Quem exclusivamente direciona para a decretação de acordo com a ordem e a eficácia social, à correção quanto ao conteúdo, portanto, na definição

A proposta das teorias da argumentação jurídica desenvolvidas a partir do contexto do Constitucionalismo parte da ideia de que a validade e a eficácia das normas só podem definir o conceito de direito quando aliadas a uma ideia de correção. Procuram promover, dessa forma, uma complementação da teoria positivista, na medida em que não só a descrição das normas e do ordenamento jurídico importam, mas também a análise do seu conteúdo.²⁶⁷

Consistem, na lição de ATIENZA, na compreensão de que as decisões jurídicas devem ser justificadas, o que significa dizer que as teorias nela contidas devem ser confrontadas com os fatos a fim de se demonstrar sua validade, o que se faz por meio de argumentos lógicos. Nesse sentido, representam uma alternativa tanto ao determinismo metodológico, que dispensa a justificação pela fato de as decisões ou serem fruto de uma autoridade legítima, ou por serem produto da simples aplicação das normas, quanto ao decisionismo metodológico, que entende que as decisões não podem ser justificadas por serem simples atos de vontade. Nas palavras do autor:

“A teoria padrão da argumentação jurídica se situa precisamente nessa segunda perspectiva, isto é, no contexto de justificação dos argumentos, e em geral, costuma ter pretensões tanto descritivas quanto prescritivas; trata-se, portanto, de teorias (como as de Alexy ou de MacCormick, abordadas mais adiante neste livro) que pretendem mostrar como as decisões jurídicas se justificam de fato e também (e ao mesmo tempo, pois segundo eles os dois planos em geral coincidem) como deveriam elas ser justificadas. Tais teorias partem do fato de que as decisões jurídicas devem e podem ser justificadas, e nesse sentido se opõem tanto ao determinismo metodológico (as decisões jurídicas não precisam ser justificadas porque procedem de uma autoridade legítima e/ou são o resultado de simples aplicações de normas gerais) quanto ao decisionismo

do direito, não atribui nenhum peso, representa um conceito de direito positivista.” ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. p. 19.

²⁶⁷ “Por isso, parece correto afirmar que mesmo quando se visualiza o Direito da perspectiva do participante não é viável um conceito puramente normativo de Direito, na medida em que os critérios positivistas de identificação do Direito pecam, na verdade, pela insuficiência (o Direito não é apenas um sistema de normas validamente produzidas e socialmente eficazes), mas não pela inutilidade (pois na maioria das vezes é suficiente definir o Direito como não mais que um sistema de normas validamente produzidas e socialmente eficazes). Um conceito de Direito adequado às pretensões metodológicas do Pós-Positivismo há de reunir, portanto, tanto elementos descritivos quanto elementos normativos.” BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do Precedente Judicial**. p. 133.

metodológico (as decisões jurídicas não podem ser justificadas porque são puros atos de vontade).²⁶⁸

É a aproximação das dimensões fática ou institucional às dimensões ideal ou discursiva que ALEXY traz ao iniciar a explicação de sua teoria da argumentação jurídica:

A questão decisiva para a adequabilidade do conceito de direito não é, por conseguinte, se a correção quanto ao conteúdo em vez da decretação de acordo com a ordem e eficácia social deve definir o direito, mas antes esta, se ela deve fazer isso ao lado delas. O decretado e o eficaz formam o lado fático e institucional do direito, o correto, a sua dimensão ideal ou discursiva. Minha tese é que um conceito de direito adequado, somente então, pode nascer, quando ambos os lados são enlaçados.²⁶⁹

Assim, pode-se dizer que a relação entre razão e direito no âmbito do Estado Constitucional se dá por intermédio do discurso, e é perceptível sob dois aspectos: primeiro, relativamente ao fato de os participantes se reconhecerem mutuamente no discurso em termos de igualdade e liberdade no que tange à construção da argumentação, uma vez que a teoria da argumentação se baseia na igualdade de possibilidades e argumentos, o que serve de base para os direitos fundamentais; e, segundo, o Estado Constitucional Democrático é o melhor substrato para conectar argumentação e decisão, no que diz respeito aos ideais discursivos de liberdade e igualdade, pois, quando estabelece regras para o processo legislativo, garantias, regras processuais, procedimentos etc., institucionaliza a razão prática.²⁷⁰

3.3. O princípio da motivação das decisões judiciais

²⁶⁸ ATIENZA, Manuel. **Las razones del derecho...** p. 24.

²⁶⁹ ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo.** p. 20.

²⁷⁰ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do Precedente Judicial.** Introdução. p. XXII.

A adesão ao precedente é uma operação básica da racionalidade, conforme dispõem MacCORMICK e SUMMERS: “Precedentes são decisões anteriores que funcionam como modelos para decisões futuras. Aplicar lições do passado para solucionar problemas presentes e futuros é um elemento básico da racionalidade humana.”²⁷¹

No contexto do Estado Constitucional, essa racionalidade encontra-se institucionalizada por meio da exigência das constituições contemporâneas de que as decisões sejam fundamentadas, sob pena de nulidade.²⁷² Essa exigência não se restringe à justificação interna, mediante a aplicação do método silogístico, mas compreende também a justificação externa, ou seja: a decisão judicial deve ser coerente não apenas no que tange à conformação entre fato e norma, mas também em relação ao sistema jurídico ao qual ela pertence, mais especificamente em relação ao texto constitucional.

A necessidade de motivação das decisões judiciais de que trata o Estado Constitucional representa, segundo ATIENZA, o afastamento do determinismo metodológico, ou seja, da ideia de que as decisões não precisam ser justificadas por derivarem de autoridade legítima, uma vez que tal concepção demonstra-se insuficiente para os objetivos de racionalidade do direito a partir da modernidade. Portanto, a motivação, para o autor, consiste em tornar a decisão aceitável em termos racionais, o que se faz por intermédio da justificação de seus argumentos:

A primeira dessas duas posturas [determinismo metodológico] parece insustentável, especialmente no contexto do Direito moderno, no qual a obrigação estabelecida de ‘motivar’ – justificar – as decisões contribui não só para torná-las aceitáveis – e isso é particularmente relevante nas sociedades pluralistas que não consideram como fonte

²⁷¹ MacCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. Introduction. **Interpreting Precedents**. Brookfield: Ashgate Publishing Company, 1997. p. 11.

²⁷² BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do Precedente Judicial**. Introdução. P. XXIII. Na Constituição brasileira, a norma que dispõe sobre a obrigatoriedade da fundamentação das decisões judiciais é o art. 93, IX: “Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios(...) IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.”

de legitimidade ou de consenso coisas tais como tradição ou autoridade –, como também para que o Direito possa cumprir a sua função de guia da conduta humana...²⁷³

A partir da noção de racionalidade como elemento de coesão do sistema jurídico, Robert Alexy, adotando como premissa os três elementos principais de sua teoria, quais sejam, fundamentação, correção e coerência, sustenta a ideia de que a racionalidade das decisões judiciais é um corolário do Direito, sendo um dever dos juízes trabalhar no sentido de justificar racionalmente suas decisões judiciais, levando em consideração a potencialidade de legitimação dessa decisão de acordo com os critérios de racionalidade prática.²⁷⁴

Fundamentação e coerência são conceitos que guardam estreita relação entre si. Para o autor, a coerência pode ser definida como as relações de fundamentação que constroem as conexões positivas dentro de uma classe de declarações, o que se entende também por sistema: “[q]uanto melhor é a estrutura da fundamentação de uma classe de declarações, tanto mais coerente é essa classe de declarações.”²⁷⁵

O que se propõe aqui é o estudo da tensão entre faticidade e validade, entre razão e autoridade, de que se ocupa Thomas da Rosa de Bustamante ao elaborar sua teoria normativa do precedente judicial, o qual, com base também na teoria de Robert Alexy, propõe a aproximação entre a dimensão ideal e a dimensão institucional como forma de controle da racionalidade do direito, em especial das decisões judiciais.

A autoridade como fundamento para o respeito ao precedente judicial, nesse contexto, não se mostra suficiente para preencher o requisito de racionalidade, o qual somente pode ser suprido mediante o emprego de técnicas argumentativas, no sentido de se buscar a solução que melhor preencha o critério de correção. O critério da autoridade sustentou a teoria positivista do *stare decisis*, e, assim, conforme assevera Goodhart, o direito

²⁷³ ATIENZA, Manuel. **Las razones del derecho...** p. 25.

²⁷⁴ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do Precedente Judicial.** Introdução. p. XXI.

²⁷⁵ ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo...** p. 119.

judicial inglês se baseou por, aproximadamente, 100 anos na premissa de que os juizes da *House of Lords* não cometiam erros, uma vez que suas decisões eram absolutamente vinculantes, noção essa que foi superada em parte apenas com o advento do *Practice Statement* de 1966 e a possibilidade de os juizes divergirem dos precedentes judiciais, sendo autorizados a revogar os próprios precedentes.²⁷⁶

Os requisitos de racionalidade, por pertencerem a um plano teórico e não possuírem ligação senão com a coerência de um sistema cujo vértice normativo é a Constituição, não fazem distinção quanto à tradição jurídica. Ou seja: é possível se pensar no uso do precedente judicial como critério de racionalidade tanto em termos de *common law* quanto em termos de *civil law*, pois, como já demonstrado, não há nenhum óbice metodológico à aplicação dos critérios lógico-objetivos de razão prática.²⁷⁷

Assim, partindo das premissas de que o precedente é, antes de tudo, uma decisão judicial; de que em um Estado Constitucional, e em uma perspectiva constitucionalista, a decisão judicial deve ser fundamentada, de maneira a permitir o debate democrático; de que o fundamento de autoridade, por si só, é insuficiente para legitimar a obrigatoriedade em se seguir precedentes; e de que é necessário, para além dessa autoridade, estabelecer critérios lógico-objetivos para se aferir a racionalidade da decisão, passa-se ao exame de alguns elementos da teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy no que diz respeito ao papel do precedente no controle da racionalidade das decisões judiciais.

Cumpra esclarecer que a análise será feita sob dois enfoques: primeiro, relativamente ao controle racional dos argumentos contidos na decisão judicial, de maneira a garantir que seus termos obedeçam a critérios

²⁷⁶ Idem, p. 117.

²⁷⁷ “A própria doutrina do precedente vinculante – que durante longo tempo foi descrita como a principal diferença entre o *common law* e o *civil law* [Goodhart 1934] – teve raízes na exasperação do elemento *autorictas* promovida pelo Positivismo Jurídico do século XIX. Pode-se concordar com Goodhart em que toda doutrina do precedente (sob o Positivismo Jurídico inglês) é baseada na teoria de que os juizes ‘não cometem erros, seja de fato ou de direito’ [Goodhart 1931:25]. Apenas aceita essa premissa é que a *House of Lords* pode sustentar, durante mais de um século – se considerarmos o período compreendido entre o caso ‘*Beamish vs. Beamish*’, de 1861, e o *Practice Statement*, de 1966 – que o *case law* vinculava a própria *House of Lords* e só podia ser reformado por ato legislativo de origem parlamentar.” Idem, *ibidem*.

mínimos de racionalidade, aqui considerada como razão prática, estabelecendo parâmetros tais que permitam que os argumentos contidos nessa decisão possam ser reproduzidos em casos semelhantes; e segundo, quanto ao papel do próprio precedente no controle dessa racionalidade, de maneira a limitar o campo argumentativo do julgador como elemento de justificação externa.

3.4. A racionalidade do precedente judicial: contribuição da teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy

Considerando que, em um Estado Constitucional, a legitimação pela autoridade deve estar atrelada à legitimação discursiva do precedente, ou seja, pela sua racionalidade, cumpre delimitar então que critérios podem ser utilizados para definir essa racionalidade. Há também que se observar que o problema do precedente, aqui, estende-se para duas situações diversas: a primeira, controlar a racionalidade do precedente judicial em sua perspectiva vertical, ou seja, aquele que goza de autoridade em função de sua posição hierárquica; e a segunda, controlar as razões apresentadas em precedentes proferidos pelo próprio órgão julgador, os chamados precedentes horizontais ou autoprecedentes.²⁷⁸

Também há que se considerar que a racionalidade em relação ao precedente pode ser analisada sob duas vertentes: a primeira, relativamente aos argumentos que compuseram a norma elaborada para o caso concreto, no sentido de avaliar se a decisão foi feita com vistas a um certo critério de justiça; e a segunda, relativamente ao papel do precedente como forma de argumentação que restringe o campo de discricionariedade do julgador.

²⁷⁸ Há autores que não admitem o controle da racionalidade em relação a precedentes verticais, sob o fundamento de que o objetivo desse tipo de argumento é mais proporcionar a uniformidade do direito do que cumprir uma exigência de racionalidade. Contudo, em um Estado Constitucional, de legitimidade discursiva, não se vê como é possível não realizar uma análise das razões apresentadas pelos órgãos julgadores de mais alto grau de hierarquia do sistema jurídico, pelos próprios órgãos ou por impulso das cortes inferiores, como requisito de legitimidade do discurso ali veiculado. ABELLAN, Marina Gascón. Igualdad y respecto al precedente. *Revista Derechos e Libertades*, p. 211-227.

Esses problemas são enfrentados por Robert Alexy em sua obra “Teoria da Argumentação Jurídica: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica”, na qual propõe o controle da racionalidade das decisões judiciais mediante a elaboração de critérios lógico-objetivos extraídos de uma concepção do discurso jurídico como espécie do discurso prático, identificando aqueles argumentos mais propensos a alcançar a verdade. A verdade, aqui, deve ser entendida em contexto argumentativo, e é alcançada por meio das regras do discurso jurídico que redundam em um enunciado correto. Alexy parte, portanto, de um conceito de verdade (justiça) como correção, que somente pode ser alcançada pelo exercício da argumentação em direção ao consenso, ainda que ideal.

Partindo de breve análise da teoria da argumentação jurídica do autor, na qual se observa o intuito de demonstrar que o discurso jurídico é oriundo do discurso prático geral, voltado à correção de seus enunciados, buscar-se-á demonstrar como, com a utilização de elementos normativos e empíricos suscetíveis de valoração, é possível realizar o controle de racionalidade do precedente, tanto quanto à racionalidade dos argumentos empreendidos como em relação ao precedente como condição limitadora do discurso.

Para isso, serão analisados dois elementos essenciais para a caracterização da racionalidade do precedente dentro do discurso jurídico: o princípio da universalidade, pelo qual o argumento presente na interpretação tida como correta deve ser aplicável a todos os casos que apresentem as mesmas condições de relevância do caso paradigma; e o princípio da inércia, pelo qual o afastamento de uma interpretação estabelecida anteriormente como correta pressupõe uma fundamentação relevante e suficiente por parte do intérprete.

O intuito deste tópico é lançar as bases para a última parte do trabalho, que é, partindo da teoria da argumentação jurídica e da viabilidade do controle de racionalidade do precedente judicial, analisar a função argumentativa do precedente sob o prisma de dois instrumentos lógico-procedimentais utilizados para sua revogação nos países de *common law*: o *distinguishing* e o *overruling*, de maneira que se possa demonstrar que a divergência do precedente constitui

processo argumentativo baseado na universalidade e na inércia, e que esse processo é essencial para garantir o precedente como elemento de desenvolvimento do direito.

3.4.1. Argumentação jurídica e o controle da racionalidade da decisão judicial

A ideia de que o silogismo, ou o método dedutivo, é o método por excelência para extrair a norma do caso concreto por meio de enunciados gerais e abstratos, hegemônico em um contexto positivista formalista,²⁷⁹ é o que a teoria da argumentação jurídica tenta superar quando propõe que este método deve ser aliado à argumentação para que seja possível fundamentar, de maneira racional, a decisão judicial. Para Alexy, consiste na aproximação necessária entre o discurso e o direito: “[o] discurso precisa do direito para obter realidade e o direito do discurso para obter legitimidade.”²⁸⁰

Isso significa admitir que a tarefa de interpretação e aplicação do direito implica, também, a tomada de decisões sobre juízos de valor, o que se observa principalmente nas decisões judiciais. Não é possível extrair todas as conclusões das premissas normativas postas pelo legislador. E, uma vez que esses juízos de valor não poderiam ser justificados pelo silogismo, nem por nenhum outro método racional, tais decisões seriam, na concepção positivista de Kelsen, irracionais, constituindo a chamada *aporia kelseniana*: não existiria um método racional capaz de proporcionar o descobrimento da verdade semântica, e, assim, orientar as escolhas valorativas.²⁸¹

²⁷⁹ COSTA, Alexandre Araujo. **Direito e método: diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica**. Disponível em:

http://repositorio.bce.unb.br/bitstream/10482/1512/1/2008_AlexandreAraujoCosta.pdf, p. 190.

²⁸⁰ ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. p. 33.

²⁸¹ Idem, p. 193. “Para avaliar as consequências práticas desse tipo de posicionamento, tomemos, por exemplo, o caso limite do aborto de fetos anencefálicos. Vários juristas defendem que esse tipo de intervenção ofende o direito à vida, na medida em que a vida dos fetos é juridicamente protegida. Outros afirmam que a ausência de atividade cerebral afasta a incidência do direito à vida. Outros, ainda, reconhecem a presença do direito à vida, mas consideram que nesse caso a dignidade da mãe prevalece sobre a vida do feto. Em um caso como esse, qual é a solução correta?”

A teoria da argumentação jurídica, nesse sentido, representa uma terceira via entre o jusnaturalismo e o positivismo²⁸²: mediante a releitura da retórica aristotélica, do pensamento tópico de Viehweg e da teoria do discurso de Perelman e Habermas, para citar apenas alguns dos marcos teóricos, busca construir um modelo de racionalidade pragmático. Pelo uso da linguagem, seria possível exceder os limites formais impostos pela lógica sistemática para reconstruir, pela via da lógica discursiva, o conceito de razão. E, nessa lógica discursiva, o conceito de razão coincide com o conceito de razão prática, aquela que é construída não só por premissas normativas, mas também por elementos pragmáticos, da experiência social, determinada de maneira discursiva e que é determinante do conteúdo valorativo das normas. A superação da lógica semântica e a adoção da lógica discursiva para o discurso jurídico requerem, assim, a superação do conceito de verdade tradicionalmente empregado aos enunciados empíricos, o da verdade como correspondência, elaborado por Aristóteles, no qual para um enunciado ser considerado verdadeiro, ele deve corresponder a um fato, ou seja: deve expressar um estado de coisas que existe fisicamente falando.²⁸³

Nem sempre as premissas lógicas são facilmente identificáveis: as conclusões que podem ser extraídas de um texto legal muitas vezes não são baseadas nas premissas explícitas, cabendo ao julgador identificar aquelas premissas que somente podem ser extraídas por meio de um processo de identificação de valores.²⁸⁴

A insuficiência dessa teoria em relação aos enunciados normativos consiste na percepção de que estes só podem ser qualificados, adquirir

Kelsen diria: não há uma solução correta a se buscar, mas apenas uma decisão a ser tomada, mediante uma escolha discricionária efetuada por uma autoridade constituída. Não se trata de descobrir o sentido correto da norma, porque não existe um sentido correto a ser buscado por via interpretativa. Esse tipo de postura, que Dworkin chama de ceticismo externo, causa um estranhamento muito grande nos juristas, pois o seu discurso prático continua apresentando a sua atividade como uma espécie de busca da interpretação correta.”

²⁸² ROVER, José Aires [et al...]. **Conexões entre moral e direito sob um ponto de vista lógico**. Disponível em: <http://pt.scribd.com/doc/15091163/Conexoes-entre-moral-e-direito-sob-um-ponto-de-vista-logico>. p. 2

²⁸³ ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. p. 108.

²⁸⁴ “O juiz não pode decidir... somente com base na capacidade de extrair logicamente conclusões válidas. Ele deve poder argumentar racionalmente também quando não há os pressupostos da demonstração lógica.” ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*. p. 39.

predicados, pelo acordo potencial a respeito desses predicados, o que se dá no âmbito da linguagem. Assim:

‘Uma proposição é verdadeira se está justificada a pretensão de validade dos atos de fala com que afirmamos qualquer proposição mediante o uso de enunciados.’ A fundamentação de uma proposição, portanto, não deve depender da verdade da proposição, como se supunha tradicionalmente, porém, ao contrário, a verdade da proposição depende da fundamentação da proposição. O conceito de verdade é, se se quer, transferido do nível da semântica para o nível da pragmática.²⁸⁵

Pela teoria consensual, a verdade de uma proposição normativa somente pode ser alcançada por um processo de argumentação. A validade dos argumentos relativos a juízos de valor, por sua vez, depende do cumprimento, pelo interlocutor, de seu ônus de fundamentação, uma vez que esses argumentos contêm uma pretensão de verdade – correção.²⁸⁶

A correlação entre a fundamentação e a verdade de uma proposição, dessa forma, requer a elaboração de critérios pragmáticos para o controle da validade dos argumentos valorativos. E essa construção teórica só tem sentido quando se admite que a verdade não é um elemento estático e definitivo, mas sim uma construção teórica aberta, que admite uma pluralidade de sentidos, na medida em que é construída pelos argumentos que a fundamentam.²⁸⁷

3.4.2. O discurso jurídico como caso especial do discurso prático geral: justiça como correção

²⁸⁵ ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. p. 110.

²⁸⁶ Idem, p. 130.

²⁸⁷ “(...) a linguagem deve possuir um fim pragmático: só existem verdades construídas num horizonte criticável, não certifica, aberto a sínteses, falível, todavia atreladas previamente a idealizações e pressuposições linguísticas gerais para comunidade dos falantes (intersubjetividade linguística criticável; verdade consensual falível).” LIMA, Newton de Oliveira. **A teoria da argumentação jurídica...** p. 5

A afirmação de que o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático, que Alexy busca justificar ao longo de sua “Teoria da Argumentação Jurídica”, refere-se à necessidade de um procedimento racional para a justificação dos enunciados normativos, tal como acontece no discurso prático geral²⁸⁸: a racionalidade é alcançada mediante a criação de regras procedimentais para organização dos argumentos que irão compor o discurso, as quais são extraídas da prática social e histórica, e não de deduções ou afirmações metafísicas.²⁸⁹

Ao considerar o discurso jurídico como parte do discurso prático, Alexy buscou elaborar um “modelo construtivista de racionalidade pragmática”²⁹⁰, voltado à elaboração de regras de razão prática capazes de definir o procedimento a ser seguido na argumentação, de maneira que esta pudesse ser considerada racional.²⁹¹

A racionalidade do discurso depende, portanto, da observância de determinadas regras preestabelecidas, as quais devem ser observadas pelos falantes.²⁹² Nesse contexto, as decisões judiciais podem ser racionalmente justificadas se obedecidos estes critérios racionais de argumentação.²⁹³ Isso quer dizer que, ao obedecer determinados critérios práticos, uma decisão pode ser entendida como justificada, e, assim, “correta” – justa -, no sentido de haver

²⁸⁸ ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. p. 165.

²⁸⁹ “A argumentação pragmática volta-se para a necessidade de uma ética cognitivista e racional, e não como dedução ou metafísica, mas como racionalidade processual pragmática.” LIMA, Newton de Oliveira. p. 6

²⁹⁰ Idem.

²⁹¹ COSTA, Alexandre Araujo. **Direito e método**. p. 220.

²⁹² Relativamente ao discurso prático geral, as regras básicas são: 1) Nenhum falante pode contradizer-se; 2) Todo falante só pode afirmar aquilo em que ele mesmo acredita; 3) Todo falante que aplique um predicado F a um objeto A deve estar disposto a aplicar F também a qualquer objeto igual a A em todos os aspectos relevantes. 3') Todo falante só pode afirmar juízos de valor e de dever que afirmaria dessa mesma forma em todas as situações em que afirme que são iguais em todos os aspectos relevantes. 4) Diferentes falantes não podem usar a mesma expressão com diferentes significados. ALEXY, Robert. op. cit. p. 287.

²⁹³ “A explicação do conceito de argumentação jurídica racional se dá nessa investigação mediante a descrição de uma série de regras a serem seguidas e de formas que devem ser adotadas pela argumentação para satisfazer a pretensão que nela se formula. Se uma discussão corresponde a essas regras e formas, o resultado alcançado pode ser designado como ‘correto’. As regras e formas do discurso jurídico constituem por isso um critério de correção para as decisões jurídicas.” Idem, p. 285.

sido alcançada a verdade. Contudo, essa correção decorre de uma lógica discursiva, e, portanto, provisória.²⁹⁴

Para Alexy, portanto, o objetivo do discurso jurídico é buscar a correção dos enunciados normativos, sendo esse seu critério de justiça: se a busca pela justiça é a busca pela verdade, eis que esta é o mais alto critério de valoração de uma proposição normativa, a justiça, em Alexy, corresponde à correção.²⁹⁵

3.4.3. A legitimidade da decisão judicial como solucionadora dos conflitos sociais e o papel da fundamentação

A importância do controle da racionalidade das decisões judiciais pelo estabelecimento de critérios objetivos válidos para que se tenha determinada decisão como devidamente justificada é colocada por Alexy na apresentação dos questionamentos iniciais propostos:

A pergunta é onde e em que medida são necessárias valorações, como deve ser determinada a relação dessas com os métodos da interpretação jurídica e com os enunciados jurídicos e como podem ser racionalmente fundamentadas ou justificadas essas valorações. A resposta a essas perguntas é de grande importância teórica e prática. Dela depende, ao menos em parte, a decisão sobre o caráter científico da jurisprudência. Ela tem, além disso, um relevante peso em relação ao problema da legitimidade da regulação dos conflitos sociais mediante decisões judiciais. Isso porque, quando subjazem valorações às decisões dos tribunais (ainda que essas valorações não se possam fundamentar racionalmente), as convicções normativas faticamente existentes, ou melhor, as decisões de um grupo profissional formam a base, em muitos casos, não

²⁹⁴ Idem, p. 286.

²⁹⁵ “La definición de la justicia como corrección lleva a la luz un elemento de relieve: el concepto de justicia pertenece a una familia más amplia de conceptos, atinentes a los más altos criterios de valoración relativos a ámbitos determinados. El más importante analogon del concepto de justicia es el concepto de verdad. Así como la verdad es el más alto criterio de valoración de la corrección de proposiciones que vierten en torno a aquello que ocurre, del mismo modo la justicia es el más alto criterio de valoración de la corrección de distribuciones e compensaciones.” ALEXY, Robert. **Justicia como corrección**. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/obra/justicia-como-correccion-0/>. p.163.

ulteriormente legitimada nem legitimável, de tais regulações de conflitos.²⁹⁶

Para que as decisões judiciais possam figurar como elemento solucionador dos conflitos sociais, é necessário que sejam legitimadas perante o ordenamento jurídico, no sentido que dele se possam extrair as razões sobre as quais se construiu sua fundamentação e não sejam, assim, arbitrárias, ancoradas em fundamentos obscuros externos ao direito vigente. Exige-se, portanto, que a decisão atenda tanto ao critério de *legalidade* quanto ao critério de *legitimidade*.²⁹⁷

A argumentação constitui, dessa forma, instrumento de controle da racionalidade das decisões judiciais, na medida em que permite, pelo uso de critérios práticos, identificar os argumentos discursivamente válidos e que conduzam o processo de aplicação da norma de maneira mais justa – e justiça, aqui, é compreendida como a prevalência do argumento discursivamente correto por estar em consonância com os critérios morais vigentes -, diante da evidente insuficiência do apelo exclusivo aos textos legais.²⁹⁸

²⁹⁶ ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. p. 24.

²⁹⁷ Para Thomas da Rosa Bustamante, a teoria de Alexy adequou o papel da legitimidade na teoria discursiva de Habermas ao cenário da jurisdição atual: “*In order to play its part in these processes of social integration, law must mediate or minimize the tension between facticity and validity, in such a way as to warrant a social regulation that is rational while taking into account the positive law valid here and now. In order to stabilize this tension, he tries to vindicate a concept of legal validity (of a norm) which means ‘that both things are guaranteed at the same time: legality but also legitimacy. (...) Nonetheless, when we focus on the actual practice of adjudication, Alexy’s thesis of the claim to correctness can reconcile the principles of legality and legitimacy in a more promising way. (...) As Alexy puts it, this claim to correctness embedded in legal discourse is at the same time a claim that the decision ‘is correctly substantiated if one presupposes the established law, whatever it may be’ and a claim that ‘the established law on which the decision is based is just and reasonable.*” BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. **Principles, Precedents and their Interplay in Legal Argumentation: How to Justify Analogies between Cases**. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1593606. p.

²⁹⁸ Sobre a importância da argumentação, interessante a definição do Tribunal Constitucional Alemão sobre a necessidade da racionalidade: “o Direito... não se identifica com o conjunto de leis escritas”. O juiz não está, portanto, ‘constrangido pela Lei Fundamental a aplicar ao caso concreto as indicações do legislador dentro dos limites do sentido literal possível’. A tarefa da aplicação do Direito pode ‘exigir, em especial, evidenciar e realizar valorações em decisões mediante um ato de conhecimento valorativo em que não faltam elementos volitivos. Tais valorações são imanentes à ordem jurídica constitucional, mas não chegam a ser expressas nos textos das leis ou foram apenas parcialmente. O juiz deve atuar sem arbitrariedade; sua decisão deve ser fundamentada em uma argumentação racional. Deve ter ficado claro que a lei escrita não cumpre sua função de resolver um problema jurídico de forma justa. A decisão judicial preenche então essa lacuna, segundo os critérios da razão prática e as concepções

3.5. O controle da racionalidade das decisões judiciais por meio do precedente: universalidade e inércia como razões prático-gerais

A teoria de Alexy aponta para a insuficiência do discurso legislativo para o processo de interpretação e aplicação do direito, voltado à solução dos conflitos sociais pela decisão judicial. O texto da lei é insuficiente, bem como o método lógico criado para extrair suas razões, o silogismo, o qual é incapaz de demonstrar de maneira racional os juízos de valor contidos na interpretação de determinado enunciado normativo.

Isso acontece, segundo o autor, em razão da vagueza da linguagem jurídica, da possibilidade de conflitos entre normas, da existência possível de casos que não encontrem regulação nas normas vigentes, bem como da possibilidade de se decidir casos considerados especiais de maneira contrária ao texto de lei, criando, assim, um vazio interpretativo que, para o autor, pode se tentar preencher através de outras formas discursivas, por meio do processo argumentativo.²⁹⁹

O controle de racionalidade da decisão judicial envolve, assim, o preenchimento do vazio discursivo ocasionado pela interpretação silogística, por meio de critérios prático-gerais que permitem a identificação e ponderação das premissas dos juízos de valor constantes nos enunciados normativos.

gerais de justiça consolidadas na coletividade.” ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. p. 39-40.

²⁹⁹ “As normas jurídicas surgidas do processo da legislação não solucionam todos os problemas. Tem-se evidenciado numerosas vezes que de maneira nenhuma determinam de forma completa a decisão jurídica. Enunciam-se quatro razões para isto: (1) a vagueza da linguagem do Direito, (2) a possibilidade de conflitos normativos, (3) a possibilidade de casos que exigem uma regulação jurídica, inexistente nas normas vigentes e (4) a possibilidade de decidir em casos especiais contra a literalidade da norma. Se se quer sempre preencher o campo de indeterminação que surge desta forma unicamente por meio da argumentação continuarão afetando a decisão jurídica em um grau considerável. Por isso, mostra-se racional a introdução de formas e regras especiais da argumentação jurídica, sua institucionalização como Ciência do Direito e sua inclusão no contexto dos precedentes. Dessa forma, na área de incerteza deixada pelas normas jurídicas, pode-se limitar ainda mais na área do possível discursivamente.” ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. p. 280.

Nesse aspecto, interessa abordar o papel do precedente como elemento de controle da racionalidade da interpretação e aplicação do direito ao caso concreto, como condição limitadora do discurso jurídico explicitado pela fundamentação.

A natureza discursiva da fundamentação, em Alexy, tem suas raízes teóricas na regra geral da fundamentação elaborada por Habermas, que, baseada no conceito de condição ideal de fala, delimita seus três aspectos essenciais: igualdade de direitos, universalidade dos argumentos e ausência de coerção.³⁰⁰

Por se tratarem de critérios ideais, subjaz a noção de que não podem ser realizados plenamente³⁰¹; de outro lado, demonstram a natureza flexível do discurso, que permite que a valoração de um enunciado normativo adquira feições diferentes de acordo com a variação desses aspectos, levando a diferentes resultados. A maioria das normas, para o autor, é apenas discursivamente possível; por essa razão, sua fundamentação não é definitiva, eis que submetida constantemente às variações das condições ideais de fala.³⁰²

Dos aspectos apontados, interessa aqui investigar a universalidade, teoria desenvolvida por Hare que caracteriza uma das regras básicas da argumentação moral, ao lado do princípio da prescritividade.

³⁰⁰ “Quem fundamenta algo admite aceitar ao outro, ao menos no que se refere à fundamentação, como interlocutor com os mesmos direitos que ele, e admite não exercer pessoalmente coerção nem apoiar-se na coerção exercida por outros. Também, pretende poder defender sua asserção frente a qualquer um. Os jogos de linguagem em que não se admite cumprir pelo menos essas exigências não podem ser considerados fundamentações.” ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. p. 133.

³⁰¹ A condição ideal desses aspectos indica a impossibilidade de realização plena, o que, por se tratar de uma teoria do discurso, não implica qualquer objeção substancial. Para Alexy, embora a teoria do discurso não garanta a validade dos resultados, constitui critério de exclusão dos argumentos absurdos, o que já é suficiente para evidenciar sua importância. Idem, p. 33.

³⁰² “O ponto de partida do discurso é formado pelas convicções normativas, interesses e interpretações de necessidades dadas (isto é, existentes faticamente), assim como pelas informações empíricas dos participantes. As regras do discurso indicam como se pode chegar a enunciados normativos fundamentados com base nesse ponto de partida, mas sem determinar completamente cada passo para isso. Visto que são possíveis, como ponto de partida, convicções normativas, interesses e interpretações de necessidades completamente diferentes, e visto que não está determinado pelo menos como se entrecruzam as interpretações de necessidades, como devem ser modificadas as convicções normativas e como os interesses devem ser limitados, conclui-se que são possíveis diferentes resultados.” Idem, *ibidem*.

Paralelamente, o precedente funciona como condição limitadora do discurso jurídico veiculado na decisão judicial também no que diz respeito à preservação dos argumentos contra os quais não foram formuladas objeções substanciais, como forma de evitar a oscilação injustificada dos argumentos presentes na fundamentação.

Esse é o teor do princípio da inércia formulado por Perelman, pelo qual determinado argumento somente pode ser alterado se forem apresentadas razões suficientes para isso.

Para Alexy, o uso dos precedentes na argumentação racional pode ser fundamentado nesses dois princípios.

3.5.1. O princípio da universalidade

A teoria de Hare a respeito da argumentação moral diz respeito à diferenciação entre o significado descritivo e o significado prescritivo ou valorativo de um enunciado, a qual se utiliza do princípio da universalidade e do princípio da prescritividade como regras básicas de argumentação moral para orientar essa diferenciação.³⁰³

Inicialmente, o princípio da universalidade a que o autor se refere está ligado ao significado descritivo do enunciado, o qual determina que proposições de natureza descritiva aplicadas a um determinado objeto devem ser aplicadas a todos os outros objetos que apresentem os mesmos aspectos relevantes. Se determinada proposição é entendida como “boa” para a descrição de um objeto, logo deve ser utilizada para descrever todos os outros objetos que apresentem essa característica.³⁰⁴

Essa afirmação de que determinada característica é “boa”, e, assim, deve ser utilizada para definir todos os outros casos, constitui, para Hare, uma regra moral que conecta os conceitos de razão e regra: se A é a regra em

³⁰³ ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. p. 73.

³⁰⁴ Idem, p. 75.

determinada situação, logo, A é bom.³⁰⁵ Essas regras são, para o autor, princípios morais, que detêm um grau mínimo de generalidade, e são caracterizados pela ausência de menção a qualquer identificação singular, como a uma pessoa determinada.³⁰⁶

O objetivo deontológico da argumentação, que é buscar a correção dos enunciados, e, em especial, dos enunciados normativos, nesse aspecto, depende de serem tomadas essas regras lógicas como ponto de partida, juntamente com as proposições descritivas.³⁰⁷

Não basta, no entanto, que determinada regra seja boa. É necessário que ela seja também devida. O princípio da universalidade, como critério lógico de valoração, deve ser conjugado com o princípio da prescritividade, pelo qual se deve considerar não só a correção das proposições, mas também as consequências de sua aplicação, de maneira a contemplar o maior conjunto possível de interesses. Implica dizer que a pessoa que julga deve estar disposta a sofrer as consequências da regra aplicada, e, paralelamente, aplicar essa mesma regra a todos os outros casos posteriores, de maneira que aceitar uma norma signifique aceitar que esta regra está moralmente justificada.³⁰⁸

Do ponto de vista da teoria do discurso jurídico, observar o precedente judicial tem por fundamento o princípio da universalidade, regra do discurso prático geral pela qual “[t]odo orador que aplique um predicado F a um objeto A tem de estar preparado para aplicar F a todo outro objeto que seja semelhante a A em todos os aspectos relevantes”³⁰⁹.

³⁰⁵ “Essa conexão consiste numa regra moral segundo a qual o fato de que algo tenha certas características é uma razão para chamá-lo de ‘bom’. A conexão entre o conceito de razão e o de regra é claramente expressa nas seguintes palavras de Hare: ‘Quando fazemos um juízo moral sobre Igo, fazemo-lo porque possui certas propriedades não morais. Assim, ambas as perspectivas conduzem ao fato de que os juízos morais sobre coisas potenciais se fazem por razões; e a noção de razão, como leva sempre consigo a noção de uma regra que afirma que algo é uma razão para outra coisa.’” Idem, p. 74-75.

³⁰⁶ É o que o autor chama de “regra mínima de universalidade”: “(...) ao menos sempre é possível dizer que todos os casos como A devem ser tratados como A.”. ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. p. 75.

³⁰⁷ Idem, p. 76.

³⁰⁸ “Igualmente importante é a concepção de Hare sobre o teste ou a comprovação dos juízos morais. Quem faz um juízo moral deve estar disposto a aceitar quaisquer restrições aos interesses requeridos pela regra pressuposta no juízo, mesmo se essas restrições se aplicarem a ele próprio. Aqui ‘aceitar’ significa ‘aceitar como moralmente justificado’”. Idem, p. 83-85.

³⁰⁹ Idem, p. 268 e 287.

Trata-se de um predicado de igualdade, do cumprimento da máxima de isonomia de tratar os iguais de maneira igual (e, intuitivamente, os desiguais de maneira desigual na medida de sua desigualdade), própria, segundo Alexy, a qualquer concepção de justiça.

Uma das principais dificuldades apontadas pelo autor é definir o que seriam as circunstâncias relevantes capazes de diferenciar um caso do outro, e, assim, permitir a não aplicação da argumentação construída no caso precedente; e, ainda que presente a identidade de circunstâncias relevantes entre um caso e seu precedente, é possível que se entenda necessário modificar os argumentos, apresentando-se, para tanto, outras razões práticas que apontem para uma argumentação logicamente mais correta.³¹⁰

A necessidade de cumprimento do princípio da universalidade como predicado da pretensão de correção, nesse último caso, redundando no cumprimento de outro predicado importante, responsável pela noção de estabilidade necessária para assegurar que não serão apresentados argumentos aleatórios e desvinculados da questão valorativa em tela: o princípio da inércia.

3.5.2. O princípio da inércia.

A argumentação apresentada em determinada decisão deve ser seguida sempre que houver a identidade das circunstâncias relevantes entre um caso e seu precedente, conforme dispõe o princípio da universalidade.

Quando essa regra de universalização é quebrada, com o distanciamento da argumentação contida no precedente, cabe ao intérprete justificar, além das razões de fato e de direito que fundamentam a decisão, o motivo pelo qual se afastou dos argumentos formulados no precedente.

O princípio da inércia, formulado por Chaim Perelman, assim, dispõe que a argumentação só deve ser modificada se apresentadas razões

³¹⁰ ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. p. 268.

suficientes para que os argumentos anteriores sejam considerados menos corretos que os argumentos atuais, recaindo sobre quem faz a argumentação posterior a carga argumentativa.³¹¹

Não significa que a argumentação não deve ser contestada, mas que os argumentos apresentados devem permanecer hígidos enquanto não forem opostas razões que lhes retirem a carga de correção necessária. Isso porque, de acordo com esse princípio, quando determinada argumentação torna-se habitual, ela se converte em norma, e seu afastamento deve ser justificado.³¹²

O princípio da inércia, assim, diz respeito à necessidade de uma estabilidade mínima da argumentação, de maneira que não seja possível argumentar infinitamente, limitando o campo da justificação àquilo que é colocado em dúvida, exigindo-se, para tanto, que sejam apresentadas as devidas razões.³¹³

3.6. A racionalidade do precedente judicial: uma exigência do Estado Constitucional

³¹¹ “O princípio da inércia diz que uma ideia que tenha sido aceita uma vez não pode ser rejeitada sem um motivo suficiente. Por isso, tem o caráter de uma regra de carga da argumentação: a apelação a uma práxis existente não requer nenhuma justificação, ‘somente a mudança exige justificação’. Esse princípio constitui, segundo Perelman, ‘o fundamento da estabilidade de nossa vida intelectual e social’. Serve de base à apelação ao precedente e às normas aceitas na ética e na Ciência do Direito.” Idem, p. 171.

³¹² “Trata-se do princípio de inércia muito bem delineado por PERELMAN, para quem a tarefa de justificar se liga ao princípio racional da inércia, que por sua vez é decorrente de uma tendência natural do nosso espírito para considerar como normal e racional e, portanto, sem a exigência de nenhuma justificação suplementar, um comportamento conforme aos precedentes; dito de outra maneira, o princípio de inércia, que transforma em norma toda a maneira habitual de proceder, está nas bases das regras que se desenvolvem espontaneamente em toda a sociedade. O princípio de inércia desempenha, assim, um papel estabilizador indispensável na vida social. Isso não quer dizer que tudo o que está deva permanecer imutável, mas que não há lugar para o mudar sem razão: só a mudança deve ser justificada.” CELLA, José Renato Gaziero. **Técnica do auto-precedente e controle das decisões judiciais**. In VII CONGRESSO BRASILEIRO DE FILOSOFIA, João Pessoa, PB: 2002. Disponível em: http://www.cella.com.br/conteudo/conteudo_105.pdf. p. 26.

³¹³ Alexy destaca que “[d]e grande interesse é, ademais, que Perelman, por um lado, oriente a argumentação racional de acordo com a ideia de universalidade, mas a vincule, por outro lado, ao estado social e historicamente dado das concepções e atitudes. A argumentação não pode partir do nada nem começar em qualquer ponto. Busca chegar, a partir do faticamente dado como concepções e atitudes, mediante um processo de elaboração racional, a resultados aceitáveis de maneira geral.” Alexy, Robert. op. cit. p. 172.

A argumentação como procedimento lógico está presente em grande parte da vida das pessoas. Desde a argumentação mais simples até a mais complexa, o ato de justificar as razões pelas quais se toma determinada decisão, buscando a concordância dos interlocutores, é um ato normal da vida, visto com bons olhos: com os olhos da racionalidade. Em um contexto de democracia deliberativa, a confusão entre razão e autoridade não é mais bem aceito: a razão deve residir na vitória do argumento melhor elaborado e mais bem aceito.

Transportado para a decisão judicial, o procedimento argumentativo se apresentou, mais do que como alternativa, como complemento ao procedimento silogístico puramente formal, uma vez que viabilizou o exame do texto legal não apenas em seu plano semântico, mas também no plano pragmático, trazendo, assim, à luz da racionalidade, aspectos morais antes ignorados pelo formalismo legal. Cumpre ressaltar que, no entanto, a argumentação não prescinde do silogismo: ele permanece como método primário, aplicável às situações que não apresentam a necessidade de argumentar.

A teoria formulada por Alexy, que tem a correção da decisão como critério de justiça, buscou elaborar critérios objetivos para a leitura pragmática dos enunciados jurídicos, e, com base na teoria da linguagem, construir um método de aplicação do direito mais compatível com a sistemática dialética da democracia.

Como teoria, e, principalmente, como teoria de justiça, impossível mensurar seu grau de “sucesso”, pois não há como fazer uma verificação empírica da justiciabilidade das decisões supostamente elaboradas de acordo com esses critérios lógicos (a menos que se use o critério eleito pelo autor, o critério moral da correção, que, como se sabe, não é o único critério de justiça existente). Posteriormente, outras teorias críticas da teoria de Alexy trouxeram novos argumentos ao debate sobre o melhor método de aplicação do direito por meio de uma lógica deôntica, dentre as quais merece absoluto destaque a crítica de Buligyn quanto à natureza qualificadora e classificatória do critério de

correção, no sentido de que a correção não pode ser utilizada como critério de qualificação de um sistema jurídico.³¹⁴

Não se olvida, contudo, a importância do estudo de Alexy para o desenvolvimento da teoria da argumentação, principalmente no campo dos direitos fundamentais, uma vez que a lógica pragmática se demonstrou instrumento útil à interpretação e aplicação das normas fundamentais, por serem normas carregadas de conteúdo valorativo, o qual não pode ser ignorado, sob pena de esvaziar o propósito para o qual foram criadas.³¹⁵

Nessa perspectiva, o precedente judicial constitui elemento de controle da racionalidade da decisão judicial porque oferece meios para o fechamento lógico do sistema, constituindo, dessa forma, justificativa lógica para a argumentação.

O trabalho com o princípio da universalidade demonstra a pretensão normativa do precedente judicial. Não no sentido de que a decisão judicial deva ser considerada como norma geral e abstrata, mas sim como norma específica e concreta, aplicável sempre que as circunstâncias relevantes que conduziram o processo argumentativo do precedente forem observadas em outros casos concretos. A universalidade veicula, também, a pretensão de correção dos argumentos, de maneira que aqueles que foram considerados corretos estejam autorizados a se repetir nos próximos julgamentos.

De outro lado, o princípio da inércia representa a limitação à modificação dos argumentos, a qual deve ser justificada. Isso se deve à necessidade de estabilidade mínima do sistema, de maneira que as pessoas não estejam sujeitas à modificação injustificada das razões que levam à determinada conclusão, podendo, assim, supostamente orientar suas condutas de acordo com o entendimento atualmente concebido como correto. Pode-se entender essa necessidade de estabilização como um predicado da segurança jurídica e da proteção da confiança do cidadão.

³¹⁴ Sobre a discussão Bulygin x Alexy: ALEXY, Robert; BULYGIN, Eugenio. **La pretensión de corrección del derecho - La polémica Alexy|Bulygin sobre la relación entre derecho y moral**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001.

³¹⁵ Ver a teoria de Thomas da Rosa de Bustamante sobre a importância da teoria da argumentação de Alexy para a aplicabilidade dos princípios.

Os precedentes, assim, constituem regra de justificação externa da decisão, na medida em que oferecem critérios de correção das premissas, que, em uma dinâmica argumentativa, não são preestabelecidas, mas sim construídas. Caracterizam, também, o limite à modificação dos argumentos, de maneira a promover a distribuição da carga argumentativa entre quem elaborou o precedente e quem dele pretende se desviar, ficando este com o ônus de fundamentar sua decisão de utilizar argumentos diversos dos utilizados no precedente.

E, a partir dessa perspectiva normativa do precedente, é possível defender a aplicabilidade de uma teoria de vinculação aos precedentes também aos sistemas de *civil law*, não nos moldes do *stare decisis*, mas de maneira a considerar o controle da racionalidade, e, assim, evitar que se perpetuem entendimentos contrários à noção de correção vigente.

4. O DESENVOLVIMENTO JURISPRUDENCIAL DO DIREITO: O PAPEL DA DIVERGÊNCIA DO PRECEDENTE JUDICIAL

“O mesmo homem não pode atravessar o mesmo rio, porque o homem de ontem não é o mesmo homem, nem o rio de ontem é o mesmo de hoje.”³¹⁶

A primeira etapa na utilização de precedentes judiciais como parte da fundamentação da decisão judicial é verificar se os precedentes são ou não aplicáveis ao caso presente. Essa escolha se dá por meio de um raciocínio analógico, o qual verifica, entre outros requisitos, a compatibilidade entre a questão a ser resolvida e a *ratio decidendi*, bem como a congruência entre os fatos. Não havendo tais congruências, a prática dos sistemas de *common law* desenvolveu métodos para justificar a não aplicação do precedente, que em linhas gerais podem ser definidos como o *distinguish* e o *overruling*.³¹⁷

De um lado, a elaboração de técnicas para justificar racionalmente a escolha do juiz em não aplicar determinado precedente é evidência de um sistema jurídico no qual se reconhece o caráter vinculante da decisão judicial que, ao interpretar determinada lei ou por força de raciocínio próprio, cria norma judicial, ou seja: se não se atribuísse força ao precedente, não seria necessária a existência desses instrumentos.³¹⁸

De outro lado, essas técnicas revelam o caráter maleável do direito judicial, o qual, como observa CARDOZO, requer a adoção de técnicas jurídicas adaptáveis à sua natureza, de limites menos definidos do que se gostaria, de maneira a permitir sua evolução.³¹⁹

Tal evolução representa, inclusive, a principal diferença entre precedente e lei: o precedente deve estar sempre sujeito à novas condições de justificação da norma jurídica, mantendo, assim, seu caráter dinâmico. A lei geral e

³¹⁶ Heráclito de Éfeso.

³¹⁷ Daniel Mitidiero propõe a seguinte tradução dos termos: distinção, para designar o *distinguish* e superação para designar o *overruling*. Neste trabalho, optou-se por manter os termos em seu idioma original, a fim de preservar a precisão do texto. MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e precedente – dois discursos a partir da decisão judicial. **Revista dos Tribunais**, ano 37, vol 206, abril de 2012, p. 72.

³¹⁸ SUMMERS, Robert S. ENG, Svein. Departures from Precedent. **Interpreting Precedents**. Brookfield: Ashgate Publishing Company, 1997. p. 519.

³¹⁹ CARDOZO, Benjamin Nathan. **A natureza do processo e a evolução do direito**. Porto Alegre: Coleção Ajuris, AGE, 1978, p. 148.

abstrata é estática: pode-se até interpretá-la e modificar esta interpretação nos limites que a sua literalidade e constitucionalidade permitirem, bem como impingir-lhe modificações para adaptá-la às novas condições sociais, mas apenas sua revogação implicará o estabelecimento de novo regime jurídico.³²⁰

E é justamente para manutenção do caráter dinâmico do precedente que os teóricos dos sistemas de *common law* desenvolveram, principalmente a partir de práticas consolidadas pelos tribunais, instrumentos jurídicos para que fosse possível identificar situações em que a vinculação do precedente não se mostra adequada, em face da verificação de que a regra de direito formulada anteriormente não se enquadra no caso presente, bem como para identificar os casos em que a regra de direito formulada no precedente não é adequada em termos de conformação com o sistema jurídico (erro de julgamento), ou não é congruente com os padrões sociais atuais, tendo sofrido processo de obsolescência.

Imperioso ressaltar que, ao se tratar de precedentes judiciais em um ambiente de *stare decisis*, é possível destacar duas formas: o precedente vertical, que é aquele que obriga em razão de sua superioridade hierárquica, ou seja, em razão de ter sido proferido por uma Corte relativamente superior à outra, sendo vinculante em relação às decisões desta Corte; e o precedente horizontal, ou autoprecedente, que consiste na decisão anterior proferida pela própria Corte.³²¹ Essa observação é importante no que diz respeito à impossibilidade de uma Corte hierarquicamente inferior realizar o *overruling* de um precedente de uma Corte superior, o que não impede que esta se desobrigue da utilização do precedente ao realizar o *distinguish*, ou simplesmente alegar que não há conexão entre as *rationes* dos casos, sendo que a definição depende em grande parte do empenho dos advogados interessados na aplicação ou não do precedente.³²² A questão do *overruling*,

³²⁰ MacCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. Introduction. **Interpreting Precedents**. p. 4-5.

³²¹ Também é possível falar em termos de precedente vertical, quando há essa relação de hierarquia, e precedente horizontal, quando se tratar do autoprecedente. SCHAUER, Frederick. **Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning**. Harvard University Press, 2009. p. 57.

³²² "Although it might be said that a binding precedent from a higher court simply obliges the lower court to follow it, it would be more accurate to say that a binding precedent obliges a lower court to follow it or to distinguish it from the instant case. In practice, a great deal of legal argument involves the attempt by one side to claim that some higher court case controls the result in the instant case, while the other side insists that there is a sufficient distinction between

assim, prepondera em relação ao autoprécédente, enquanto o *distinguish* pode ser tratado em relação a ambos os modelos. O principal objetivo aqui é enfrentar as questões angulosas em relação à necessidade de justificação quando o juiz decide afastar-se do precedente.

Em termos de coerência discursiva, se a racionalidade em seguir um precedente consiste em se manter a coerência do ordenamento jurídico, obedecendo-se a determinados critérios de ordem objetiva, com vistas à correção da decisão judicial, então é possível dizer também que o foco na correção implica, de outro lado, a possibilidade de se divergir de um precedente judicial quando as razões de decidir que ali constam não se coadunam com as características do caso e não conduzirão a um resultado correto.

Inicia-se o último capítulo deste trabalho com uma visão geral sobre os instrumentos para divergir de precedentes desenvolvidos no sistema de *common law*, cujo rigor teórico pode ser atribuído principalmente à doutrina estadunidense, talvez em razão da necessidade de se criar padrões de julgamento em resposta à excessiva liberdade galgada pelo realismo jurídico, o que veio a conferir caráter democrático mais acentuado da doutrina de *stare decisis* lá desenvolvido, em comparação com a doutrina inglesa, que não via grandes dificuldades em aceitar a escolha arbitrária empreendida em grande parte pelos juízes da *House of Lords* em razão da incomum autoridade que lhes era atribuída.³²³

O estudo das técnicas de divergência dos precedentes remete à ideia de que estas foram elaboradas com base em uma noção peculiar desenvolvida nesses sistemas de que o direito deve ser coerente não apenas em relação à aplicação da lei, mas também em relação à sua interpretação consolidada na decisão judicial e às regras formuladas integralmente pelas decisões judiciais, e com base nisso, apresentar-se-á os conceitos de congruência social e consistência sistêmica. Aproximando-se esses conceitos do conceito de coerência elaborado pela teoria do direito, será possível observar se há ou não pontos de congruência, e se as doutrinas de precedentes vinculantes do

the two that the outcome in the precedent case need not be the outcome in the instant case."
Idem, p. 57-58

³²³ CROSS, Rupert; HARRIS, J.W. **Precedent in English Law**. p. 126.

common law aproximam-se da exigência de coerência também em um plano discursivo.

Por fim, passar-se-á para o exame do papel da argumentação jurídica como sustentáculo teórico para a legitimação, no plano discursivo, das técnicas de não aplicação do precedente, de maneira que a escolha em não se seguir, ou em se revogar um precedente, seja racionalmente justificada na fundamentação, de forma a se manter a coerência com o ordenamento jurídico e, assim, possibilitar que o direito se desenvolva a partir de critérios objetivos, lógicos e alcançáveis pela racionalidade, e não por meio de escolhas que, ao ultrapassar os tênues limites da discricionariedade, revelam-se arbitrárias.

4.1. Breve apresentação dos instrumentos para divergir de precedentes no sistema de *common law*

O que leva um juiz de *common law* a divergir de um precedente, geralmente, é a constatação de que a regra de direito construída para o caso concreto estava errada, e sua correção é imperiosa na medida em que a replicação de uma norma errada pode comprometer a integridade de todo sistema jurídico. Não se confunde com o reexame da causa provocado pelas partes interessadas, tratando-se do reexame da regra de direito elaborada pela corte quando do julgamento de determinada questão, cujo erro reside, geralmente, no excesso à discricionariedade praticado pela corte prolatora.³²⁴

Boa parte dos autores afirma que a razão de os sistemas de *common law* desenvolverem critérios racionais, convertidos em técnicas jurídicas para a justificação da não aplicação de precedentes, seja pela não conformação ao caso, seja em virtude de sua superação, reside no fato de nesses países vigorar a doutrina do *stare decisis*.³²⁵ Nesse sentido, entende-se que o sistema jurídico não abarca somente as normas legislativas, mas também as normas judiciais, e então a coerência do sistema não depende apenas da conformação

³²⁴ DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. p. 118 - 119.

³²⁵ Neil MacCormick e Robert Summers; Melvin Eisenberg; Neil Duxbury; Frederick Schauer; Svein Eng, entre outros.

das normas infraconstitucionais entre si e entre estas e o conteúdo constitucional, como acontece nos países de *civil law*; mas depende, em grande parte, de que as decisões judiciais sejam coerentes entre si, não só sistemicamente, no sentido de que a interpretação fixada pelo tribunal competente seja respeitada e não haja proliferação de interpretações diversas acerca da mesma norma em relação aos mesmos fatos, mas também historicamente, no sentido de que as decisões judiciais atuais reflitam, se for o caso, a interpretação consolidada nas decisões passadas.³²⁶

Trata-se de uma concepção do direito como sistema complexo, no qual o equilíbrio é mantido não apenas pela lei escrita, mas por uma pluralidade de fontes. Nesse painel, é possível precisar a importância do precedente judicial para a estrutura do sistema jurídico nos países de *common law* pela afirmação de Neil Duxbury, de que quando um juiz se recusa a seguir um precedente, essa recusa pode ser equiparada ao não cumprimento de uma obrigação moral: é possível, desde que sejam apresentadas razões suficientes.³²⁷

Essa mesma concepção sistêmica que norteia a aplicação do *stare decisis* também orienta as técnicas para não aplicação de precedentes, no sentido de viabilizar o desenvolvimento do direito, seja pela evolução da sociedade, seja pela elaboração de novos raciocínios jurídicos, sem que isso represente qualquer ruptura no sistema jurídico. Antes de ser uma ruptura, a

³²⁶ Gerald Postema aponta para a importância da dimensão histórica no reconhecimento da autoridade do precedente, baseado nas lições de Bentham: “*Thus, the conviction of the authority or ‘wisdom’ of the law rests on the sense that the rules and practices of the common law at present are continuous with and expressive of the common life and history of the people whose law is. The historical dimension of the law contributes to the authority of law, not because of its demonstration of the law’s likely truth or justice, but because of its links to the people’s sense of civic identity. This is a history which situates individuals in their community and relates them to each other by directing each to a received, recognized and collective past. The law, then, is thought not only to define a framework for social interaction – a set of rules and institutions facilitating orderly pursuit of private aims and purposes – but also to articulate publicly the social context within which the pursuit of such aims takes on meaning for members of the community. Law is the reservoir of common ways and experience expressive of the nature and will of the people themselves. Arise from custom and confirmed by a long usage, the law is ‘incorporated into [the] very Temperament’ of the people and has become the ‘Constitution’ of the commonwealth.*” POSTEMA, Gerald J. **Some roots of our Notion of Precedent.** p. 18-19.

³²⁷ “*If a judge says that the precedent should not be followed, it is expected that he will say why it should not be followed. Refusal to follow a precedent is thus analogous to refusal to comply a moral obligation, such as keeping a promise: the obligation is not absolute, but a justifiable refusal to comply must be supported by certain kinds of reasons.*” DUXBURY, Neil. **The nature and the authority of precedent.** p. 113.

decisão do juiz em não aplicar precedentes ultrapassados ou errados, ou em razão da sua não congruência com o caso em questão, representa, em verdade, a continuidade do *common law* e a sua sintonia com a *statute law*.³²⁸

CARDOZO entende, ainda, que se trata de uma forma de controle da discricionariedade do juiz, no sentido de conduzir o julgador a decidir dentro dos limites de sua competência.³²⁹ A divergência eventual de alguns precedentes faz parte do exercício coerente da discricionariedade, pois o papel do juiz é fazer a escolha do precedente que deve ou não ser aplicado, que deve ou não ser revogado, considerando que isso não é uma faculdade, mas sim uma imposição, decorrente de sua função de manter a coesão interna e externa que o precedente ocupa no sistema jurídico.³³⁰ É, ademais, importante medida para os casos em que a corte observe o exercício impróprio desta discricionariedade, de maneira a evitar discrepâncias que possam afetar a noção de coerência necessária para a manutenção do sistema.³³¹

4.2. A técnica do *Distinguishing*

A comparação entre decisões judiciais é procedimento básico para a aplicação de precedentes como fundamento para a solução do caso concreto. Tal comparação se dá em relação às *rationes decidendi* de um caso e o caso precedente cuja regra de direito se entende aplicável à situação fática e jurídica

³²⁸ Sobre a dualidade do sistema jurídico dos Estados Unidos, cf. “Introdução ao estudo do direito inglês e norte americano”, de Roland Sèroussi, p. 89-90.

³²⁹ CARDOZO apud DUXBURY, p. 120.

³³⁰ O dever do juiz de zelar pelo sistema jurídico como um todo coerente é exposto por Larenz: “Se a interpretação ou concretização da lei contida no precedente é correcta, porém, é ponto que cada juiz há-de, em princípio, decidir por si próprio e em cada novo caso, visto que o precedente não lhe pode tirar a responsabilidade pela correcção de sua decisão. O juiz não tem por apenas o direito, está até obrigado a divergir de um precedente, sempre que chegue à convicção de que ele traduz uma incorrecta interpretação ou desenvolvimento da lei, ou de que uma questão, então correctamente resolvida, deve hoje – mercê de uma mudança de significado da norma ou de uma alteração fundamental das circunstâncias relevantes para a sua interpretação – ser resolvida de outro modo.”. LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. p. 497.

³³¹ DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. p. 121-122.

ali descrita, em uma técnica argumentativa amplamente conhecida como analogia.³³²

Comparar os elementos essenciais dos casos permite que se verifique a viabilidade de aplicação do precedente ao caso atual, por serem portadores de *rationes decidendi* semelhantes e, assim, reclamarem a mesma regra de direito para a solução do caso; e, ao mesmo tempo, que se verifique a existência de diferenças relevantes entre as situações de fato e as razões de direito que justifiquem a recusa na aplicação do precedente que teoricamente carregaria a norma jurídica aplicável ao caso.³³³

Nessa perspectiva, o uso da analogia para identificar as diferenças entre os casos e, assim, fundamentar a medida em que o precedente deve ser aplicado, ou até mesmo a recusa na sua aplicação é, em linhas gerais, o que descreve o *distinguishing* como técnica jurídica apta a determinar se precedente judicial serve ou não à fundamentação do caso presente, e em que amplitude isso deve acontecer.³³⁴

Para EISENBERG, ele consiste na recusa à aplicação de um precedente a um caso atual em decorrência de peculiaridades deste, as quais impedem a convergência entre os fatos (fatos relevantes – *material facts*) e a conformação da fundamentação (*substantive rationale*) utilizada no caso predecessor ao caso atual.³³⁵

GENNAIOLI, ao apresentar as formas de revogação de precedentes, conceitua o *distinguish* como a primeira e mais frequente forma de se divergir de um precedente, uma vez que se trata de medida menos extrema que o *overruling*, mas que permite, sem se esvaziar o conteúdo do precedente, recusar a sua aplicação ao caso quando não se verificarem as condições

³³² A analogia nesse caso consiste exatamente na comparação entre os elementos essenciais do caso precedente e do caso a ser resolvido pela regra estabelecida no precedente, de maneira a se determinar se os casos se assemelham, e, assim, se a regra de direito exposta no precedente é aplicável ao caso em tela. BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Principles, Precedents...** p. 8.

³³³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios.** p. 326.

³³⁴ Idem, *ibidem*.

³³⁵ EISENBERG, Melvin A., **The nature of the Common Law.** p. 186.

necessárias, permitindo, ainda, a construção de nova regra jurídica baseada nos elementos relevantes considerados diferentes.³³⁶

Na concepção de DUXBURY, o *distinguishing* consiste, principalmente, da aplicação limitada do precedente, a qual se dá de acordo com a convergência dos fatos materialmente relevantes, e em função de determinadas hipóteses, tais como: i) conflito com normas derivadas de outros precedentes; ii) existência de regra vinculante baseada em claro e inadvertido erro; iii) reconhecimento de situações em que a corte prolatora claramente não queria abranger quando fixou a regra; iv) constatação de existência no caso a ser decidido, de peculiaridades fáticas que justificam o tratamento diferenciado.³³⁷

O autor entende que essa técnica pode ser empreendida relativamente a um único caso, para separar os fatos que constituem a *ratio decidendi* daqueles que constituem *obiter dictum*, separando os fatos relevantes para a decisão; assim como entre dois casos, a fim de demonstrar porque a *ratio* do caso precedente não se aplica satisfatoriamente ao caso atual. Essa incongruência pode ser dar em diversos níveis, o que implica admitir que a aplicabilidade do precedente pode ser mais ou menos ampla, dependendo da gama de fatores envolvidos. Dessa forma, pode-se dizer que o *distinguishing* representa uma espécie de divergência parcial, com vistas a adaptar o que foi decidido no precedente ao caso atual, ressaltando-se as referidas incongruências.³³⁸

Contudo, a técnica tanto pode ser utilizada para restringir a aplicação de um precedente quanto para estendê-la: quando o caso posterior apresenta

³³⁶ “The first, and more typical, is distinguishing, whereby an appellate court accepts the previous precedent, but limits the scope of its applicability and establishes a new rule for the circumstances in which the previous precedent no longer applies.” GENNAIOLI, Nicola; SHLEIFER, Andrei. Overruling and the instability of law. **Journal of Comparative Economics**, Elsevier, vol. 35(2), p. 309-328, Junho de 2007.

³³⁷ DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. p. 113-114.

³³⁸ Esta dinâmica foi ilustrada por Neil Duxbury da seguinte maneira: “If a court decided in *Black v. Black* that X should be the outcome when facts A, B and C are the operative facts in *White v. White*, we can expect the outcome to be X. But imagine that in *Grey v. Grey* the court distinguishes *Black v. Black* by deciding that X should be the outcome when A, B, C and E be the outcome despite the presence of the material facts that led to it being the outcome in the earlier case-law. By adding to the conditions necessary for X, the court in *Grey v. Grey* is narrower – it will be applicable in fewer instances, since it requires the presence of more material facts – than that in *Black v. Black*.” Idem, p. 115.

fatos adicionais, além daqueles que são congruentes entre precedente e caso em julgamento, há necessidade de se reelaborar a *ratio decidendi* neste caso, a fim de que ela abarque também essas situações adicionais.³³⁹ Nas palavras de MARINONI: “a ideia de extensão ou de incremento do precedente exige a consciência de que se aplica o direito impresso no precedente a caso constituído por elementos fáticos que se agregaram aos tomados em consideração no caso anterior”.³⁴⁰

Nesse sentido, o *distinguishing* pode ser considerado como espécie de poder legislativo limitado e necessário conferido ao Poder Judiciário, com o objetivo de, através da modificação da *ratio decidendi*, permitir ao juiz decidir o caso da melhor forma. Não se trata de uma prática que se possa dizer constante, mas que vem sendo usada pelos julgadores para conformação do precedente de maneira a conferir melhor resultado prático ao caso atual.³⁴¹

Evidencia-se, nesse ponto, a importância da delimitação da *ratio* de um julgado, da sua fundamentação e do registro, no corpo da decisão, das circunstâncias fáticas que levaram à construção das premissas jurídicas que originaram a proposição jurídica do caso precedente. Conforme assevera MARINONI, “[o] precedente tem o objetivo de regular o futuro e, assim, uma das questões centrais de qualquer teoria dos precedentes deve estar na aplicação da *ratio decidendi* aos novos casos”.³⁴²

A extensão e a natureza das diferenciações também é um fator de extrema relevância. Trata-se da possibilidade de delimitar as diferenças fáticas elementares, aquelas que efetivamente influenciaram na construção da *ratio* do caso concreto, não devendo ser contabilizadas para efeitos de recusa as diferenças constantes nas partes da decisão judicial consideradas *obiter dicta*.³⁴³

Para SCHAUER, descrever e classificar adequadamente os fatos, de maneira a tornar visível a separação entre *ratio decidendi* e *obiter dicta* é

³³⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. p. 329.

³⁴⁰ Idem, p. 328.

³⁴¹ DUXBURY, Neil. **The Nature and the Authority of Precedent**. p. 115.

³⁴² MARINONI, Luiz Guilherme. op. cit. p. 326.

³⁴³ Idem, p. 327.

essencial para que o juiz do caso posterior possa definir claramente as similitudes entre este e o precedente, e principalmente entre os fatos que embasam o caso atual e o precedente; constitui, de outro lado, fator fundamental para que se escolha de maneira racional pela aplicação ou recusa, parcial ou total, do precedente.³⁴⁴

Para que seja considerada suficiente, a categorização deve ser feita considerando o que o autor classifica como “regra de relevância”, ou seja, a categorização deve levar em conta que os eventos descritos no precedente servirão como parâmetro de comparação em casos futuros, e, assim, abarcar os elementos da realidade (que o autor denomina de “fatos e elementos de nosso mundo”), de maneira a se delimitar a especificidade do caso.³⁴⁵

Outro fator importante para o bom funcionamento da técnica é o registro adequado das circunstâncias fáticas: a descrição correta e precisa dos fatos vai facilitar a delimitação da *ratio decidendi*, na medida em que torna mais fácil a visualização da especificidade do caso, e, assim, da extensão da regra de direito criada para ele. Não obstante, SUMMERS e ENG afirmam a possibilidade de identificação das circunstâncias fáticas mesmo quando estas não são adequadamente descritas e classificadas no precedente, o que se faz mediante a análise somente da regra formulada para o caso, o que se dá em termos abstratos e gerais, e menos específicos do que aconteceria caso fosse possível individualizar os fatos.³⁴⁶

A ausência desses elementos, para as teorias do precedente desenvolvidas no *common law*, torna a técnica do *distinguishing* entre dois casos inócua: ausente a delimitação correta da *ratio*, não há como confrontá-la com a proposição do caso atual; o registro insuficiente ou errado das circunstâncias fáticas acarreta na confrontação errônea com as circunstâncias fáticas do caso atual; e a fundamentação deficiente, ambígua ou inexistente

³⁴⁴ SCHAUER, Frederick. **Precedent**. p. 5.

³⁴⁵ “A rule of relevance may also be explained as a choice among alternative characterizations. (...) Thus, one who worries about establishing a precedent, or for that matter one who wants to establish a precedent, has in mind a characterization that the future will give to today’s action, some category within which tomorrow’s decisionmaker will place today’s facts. The issue is one of assimilation, how we will group the facts and events of our world. The power of precedent depends upon some assimilation between the event at hand and some other event.” Idem. p. 6.

³⁴⁶ SUMMERS, Robert S.; ENG, Svein. **Departures from Precedent. Interpreting Precedents**, Brookfield: Ashgate Publishing Company, 1997. p. 521.

pode acarretar na revogação total do precedente (ou na sua manutenção), restando impossibilitado o *distinguishing*.

O *distinguishing* constitui, dessa forma, a técnica de divergência, total ou parcial, que pode implicar a recusa na aplicação de precedente, na limitação de sua abrangência ou na extensão de sua regra jurídica, e, diante da sua polivalência, é a técnica mais comum para a divergência do precedente nos sistemas de *common law*. Diferente do *overruling*, suas consequências variam de acordo com a maior ou menor estabilidade da jurisprudência em determinada área do Direito, no que diz respeito à dependência dos litigantes futuros em relação ao que foi decidido anteriormente,³⁴⁷ e não equivale a uma constatação de que a regra do precedente foi erroneamente formulada ou que ele deve ser revogado por qualquer outra razão, mas sim que ele não é aplicável à situação em tela, muito embora o fato de determinado precedente submeter-se a diferenciações com uma certa frequência indique a perda da sua credibilidade e autoridade, tornando-se, por consequência, frágil e mais sujeito à revogação.³⁴⁸

4.3. A revogação de precedentes: *overruling*

O *overruling* consiste na revogação de um precedente, no sentido de que o juiz do caso atual apresenta suas razões para não segui-lo, entendendo pela necessidade de se construir nova regra judicial para contexto idêntico. Nas palavras de DUXBURY: “quando os juízes revogam um precedente eles estão recusando-se a segui-lo e declarando que, pelo menos, quando se depararem

³⁴⁷ “The consequences of distinguishing might vary according to the field of law: in some areas of law, for example, a body of consistent and largely undisturbed precedent or a well-established, landmark decision (...) might induce a particularly high degree of reliance on the part of prospective litigants, and so distinguishing in these areas might cause more discontent than it would in areas where the decision to litigate is less influenced by the predictability of outcomes.” DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. p. 113-114.

³⁴⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. p. 327.

com fatos materialmente idênticos ao caso em tela, uma nova regra deve ser formulada.”³⁴⁹

A principal razão para se recusar a aplicação do precedente e, adicionalmente, entender por sua revogação e pela necessidade de elaboração de uma nova regra para o caso concreto semelhante fática e materialmente é o entendimento de que o precedente judicial veicula uma decisão errada, como já citado anteriormente.³⁵⁰

Nesse ponto, mais uma vez, cabe o destaque à questão da dicotomia entre precedente vertical e precedente horizontal. Quando se refere às relações hierárquicas estabelecidas no caso do precedente vertical, o *overruling* geralmente só pode ser feito por uma Corte superior à Corte prolatora da decisão a ser revogada. Essa prerrogativa é compatível com o *stare decisis*, na medida em que, falando-se em termos de autoridade, o poder de revogação pertence à Corte superior à prolatora do precedente, como forma de manutenção da hierarquia entre os tribunais e da coerência no desenvolvimento do direito, de forma que as inovações doutrinárias sejam aplicadas, inicialmente, pelas Cortes superiores, para que gradualmente sejam adotadas pelas Cortes inferiores.³⁵¹

Tanto nos Estados Unidos quanto na Inglaterra, estabelece-se o sentido do vetor da revogação de precedentes em consonância com a vinculação ao precedente da Corte superior, o que constitui uma espécie de princípio que tem por objetivo disseminação das doutrinas jurídicas pelos diversos patamares do sistema.³⁵²

³⁴⁹ “When judges overrule a precedent they are declining to follow it and declaring that, at least, where the facts of a case materially identical to those of the case at hand, a new ruling should be followed instead.” DUXBURY, Neil. **The Nature and Authority of Precedent**. p. 117.

³⁵⁰ Idem, p. 118.

³⁵¹ Nos Estados Unidos, admite-se que uma Corte se abstenha de aplicar um precedente oriundo de outra Corte de igual hierarquia, mas não que revogue tal precedente. CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. **Precedent in English Law**. p. 127 e DUXBURY, Neil, **The nature and the authority of precedent**. p. 118.

³⁵² Quanto ao precedente vertical e o sistema de revogação nos Estados Unidos: KNIFFIN, Margaret N. *Overruling Supreme Court precedents: anticipatory action by United States Courts of Appeals*. **Fordham Law Review**, outubro/1982. Já em relação à Inglaterra: CROSS, Rupert; HARRIS, J.W. **Precedent in English law**. p. 127.

A revogação dos precedentes produzidos pela própria Corte, que diz respeito à vinculação no sentido horizontal, é, contudo, uma questão um pouco mais angulosa. A preservação do *stare decisis*, e, assim, da autoridade do precedente judicial como fonte do direito, justifica uma visão restrita quanto à possibilidade de um tribunal revogar seus próprios precedentes, uma vez que se entende que a disseminação dessa prática, no sentido da possibilidade de se revogar um precedente sempre que se considere que a regra de direito que ele carrega estaria equivocada, levaria a uma flexibilização indesejável da doutrina dos precedentes obrigatórios. Assim, a revogação de um precedente pelo próprio tribunal que o proferiu requer a justificação em um nível bem mais aprofundado do que a simples alegação de se tratar de uma decisão errada, o que tem por escopo preservar a integridade do sistema jurídico sob o *stare decisis*. Nesse sentido, a lição de SCHAUER:

Apesar de as cortes, ocasionalmente, revogarem suas decisões prévias, isso requer mais do que a crença de que a decisão prévia estava errada. Se isso fosse tudo que seria necessário, o *stare decisis* perderia o sentido, porque é precisamente a definição do *stare decisis* de que a Corte deve tratar sua decisão anterior como vinculante pelo simples fato de existir, e não porque a entende correta. Se toda vez que a corte acreditar que uma decisão anterior está errada revogá-la, então não há que se falar em *stare decisis*.³⁵³

Ainda que a teoria aponte para certa rigidez quanto às condições para a revogação do autoprecedente, DUXBURY assinala que, na prática, dada a natureza mais flexível da regra do *stare decisis* nos Estados Unidos, tem-se notícia de que a possibilidade de uma Corte revogar seus próprios precedentes lá existe de longa data (desde meados do século XIX), tendo sido aberta esta prerrogativa pela Suprema Corte, e, posteriormente, adotada pelos tribunais subordinados.³⁵⁴

³⁵³ “Although courts may occasionally overrule their own previous decisions, doing so requires more than just the belief that the previous decision was in error. If that were all that were necessary, *stare decisis* would become meaningless, because it is precisely the point of *stare decisis* that a court should treat a previous decision as binding just because of its existence and not because it is perceived to be correct. If every time a court believed an earlier decision to be mistaken it could overrule that decision, then there would be no principle of *stare decisis* at all.” SCHAUER, Frederick. **Thinking like a lawyer...** p. 60.

³⁵⁴ DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent.** p. 123.

Na Inglaterra, com a predominância da teoria constitutiva, os tribunais permaneceram por muito tempo inseguros a respeito da possibilidade de revogar seus próprios precedentes. Nem mesmo a *House of Lords* era capaz de estabelecer uma linha de raciocínio coerente em seus julgamentos, e que fosse capaz de orientar as Cortes a ela subordinadas a respeito dessa possibilidade, tendo se pronunciado, por bastante tempo, no sentido de que os precedentes deveriam ser mantidos mesmo quando verificadas falhas jurídicas e processuais, a fim de preservar a segurança jurídica dos futuros litigantes, declarando, assim, sua imunidade à revogação do autopercedente.³⁵⁵

A mudança de posicionamento foi anunciada com a elaboração do *House of Lords' Practice Statement*, em 1966. Trata-se de uma declaração judicial amplamente controvertida no meio jurídico inglês, a qual estabeleceu, por meio de uma decisão de características peculiares,³⁵⁶ que a Câmara dos Lordes poderia discordar de seus precedentes e revogá-los, desde que preenchidos determinados requisitos.³⁵⁷

Os requisitos para a revogação do autopercedente são: i) a Corte deve estar convencida de que o novo posicionamento acerca da questão tratada pelo precedente significará uma evolução no direito; ii) não será revogada decisão quando, muito embora o contexto atual aponte para uma solução mais adequada, o contexto da decisão não permitia tal solução (o erro de julgamento deve recair sobre algum princípio fundamental, evitando-se, assim, a revogação em decorrência de, por exemplo, modificação no quórum de julgamento); iii) a revogação não pode recair sobre precedente amplamente

³⁵⁵ DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. p. 124-125.

³⁵⁶ Segundo Rupert Cross, o *Practice Statement* foi estabelecido através de uma decisão proferida pela Câmara dos Lordes inglesa, desvinculada de qualquer case law e sem submeter-se a qualquer processo legislativo. CROSS, Rupert; HARRIS, J.W. **Precedent in English Law**. p. 104.

³⁵⁷ O texto do Practice Statement é o seguinte: "*Their Lordships regard the use of precedent as an indispensable foundation upon which to decide what is the law and its application to individual cases. It provides at least some degree of certainty upon which individuals can rely in the conduct of their affairs, as well as a basis for orderly development of legal rules. Their Lordships nevertheless recognize that too rigid adherence to precedent may lead to injustice in a particular case and also unduly restrict the proper development of the law. They propose, therefore, to modify their present practice and, while treating former decisions of this House as normally binding, to depart from a previous decision when it appears right to do so. In this connection they will bear in mind the danger of disturbing retrospectively the basis on which contracts, settlements of property and fiscal arrangements have been entered into and also the especial need for certainty as to the criminal law. This announcement is not intended to affect the use of precedent elsewhere than in this House.*" Idem, p. 104-105.

utilizado pelos cidadãos para orientar suas condutas sem que haja forte razão para isso, a fim de preservar-se a confiança dos jurisdicionados; iv) deve-se observar se o precedente não serviu de base para a promulgação de lei, constituindo presunção de validade do direito declarado; v) a revogação não deve recair sobre alguma questão que não tenha interesse prático, mas tão somente acadêmico.³⁵⁸

Essa declaração dividiu as opiniões dos juristas ingleses, e as críticas direcionaram-se principalmente contra a autoridade e a constitucionalidade do *Practice Statement* para delimitar regras de aplicação de precedentes.

Julius Stone argumentou no sentido de que o estatuto proferido pela Câmara dos Lordes não possuía força obrigatória porque elaborado fora da atividade judicante, a qual, segundo este autor, seria a fonte de autoridade para as regras emanadas pelos tribunais. Neil Duxbury rebate a crítica de Stone em três aspectos: no sentido de que não existe exigência no fato de que a autorregulamentação de uma Corte (no caso, a *House of Lords*) seja feita exclusivamente por uma declaração dos magistrados no julgamento de um *case law*, não havendo razões para desconstituir a força obrigatória do *Practice Statement*; em relação à natureza legislativa da Câmara dos Lordes; e que o argumento baseia-se em uma visão extremamente legalista, que significa dizer que a declaração feita pelos componentes daquela Corte não tem força obrigatória por ser formalmente inadequada, mesmo que, na prática, a Corte tenha abandonado a antiga sistemática de vinculação estrita aos precedentes.³⁵⁹

Assim também se manifestou Rupert Cross, ao argumentar no sentido de que a constitucionalidade e, por consequência, a autoridade do *Practice Statement* derivam da prerrogativa inerente à Corte de regulamentar a aplicação prática dos precedentes,³⁶⁰ sendo que a vedação ocorreria apenas se tratasse de regra processual em sentido estrito, o que não seria o caso das regras acerca dos precedentes.

³⁵⁸ CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. **Precedent in English Law**. p. 140-142.

³⁵⁹ DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**, p. 131-132.

³⁶⁰ CROSS *apud* DUXBURY, p. 132.

A visão de Cross, no entanto, foi criticada pelo atualizador de sua obra, J. W. Harris, que aponta a inconstitucionalidade do *Practice Statement* em decorrência de dois fatores: inicialmente, a noção de “prática” invocada por Rupert Cross é demasiadamente ampla, apontando para a impropriedade de se diferenciar regras sobre precedentes e regras processuais comuns; em face da impossibilidade da *House of Lords* em modificar o entendimento amplamente consolidado de vinculação obrigatória aos seus precedentes se não por meio da legislação, como orienta a prática reiterada na Inglaterra. Ao final, pondera que o *Practice Statement*, mesmo tendo sido alvo de diversas críticas, equiparou a Inglaterra aos outros países de *common law* que admitem a revogação dos precedentes pelas próprias Cortes de recurso, mas ressalta que da mesma forma que se estabeleceu a liberdade de discordar e revogar precedentes de sua lavra, a *House of Lords* abriu a possibilidade de, a qualquer momento, modificar também esta posição.³⁶¹

Se em termos de autoridade a revogação do autoprecedente pode ser considerada como fator de incerteza e instabilidade para um sistema jurídico baseado no *stare decisis* e na continuidade do precedente, em termos de racionalidade ele representa a necessidade, em seu maior grau, do julgador apresentar argumentos racionais para justificar, de maneira robusta, a decisão de revogar um precedente, o que será tratado com maior rigor na última parte deste trabalho.

No que diz respeito à declaração da revogação, observa-se que esta pode ser classificada como explícita ou implícita.

Admite-se que um precedente foi implicitamente revogado quando do resultado de determinado julgamento for possível depreender que a decisão precedente a ele foi revogada, sem que isso conste expressamente dos seus termos³⁶²; sendo possível, também, que a revogação implícita recaia apenas

³⁶¹ CROSS, Rupert; HARRIS, J.W. **Precedent in English law**. p. 107.

³⁶² Rupert Cross exemplifica o overruling implícito da seguinte forma: “*The notion of an implied overruling seems to be mainly dependent on recent practice. In 1922 the Court of Appeal followed a previous decision of its own which was admittedly inconsistent with the reasoning of a later decision of the House of Lords because the decision of the Court of Appeal had not been expressly overruled; but the possibility of an implied overruling was a pivotal point in the judgment of the Court of Appeal in Young v. Bristol Aeroplane Co. in 1944, and, in holding in*

sobre determinada questão abordada sob determinado ponto de vista, sem que isso afete o tratamento dispensado às demais questões objeto do julgamento ou sobre diferentes pontos de vista nele expostos.³⁶³

SUMMERS e ENG descrevem algumas possíveis formas de *overruling* implícito:

Por exemplo, uma Corte subsequente pode, conscientemente, ignorar um precedente. Ou uma Corte subsequente pode, de boa fé, achar que um precedente não é devidamente semelhante, quando de fato, é. (...) Ou uma Corte subsequente pode divergir do precedente porque ele reconceitua ou reformulada a 'holding' ou *ratio decidendi* do precedente em termos não realmente fiéis ao seu ao seu verdadeiro significado. Ou uma Corte subsequente pode recharacterizar os fatos de um precedente, ou revisar os fatos do próprio caso que está sendo decidido (ou ambos), parecendo assim escapar ao verdadeiro comportamento do precedente. Ou a Corte subsequente pode simplesmente 'colocar vinho novo em garrafas velhas', dependendo, então, de ficções. Ou a Corte subsequente pode reinterpretar uma série de precedentes para extrair um significado diferente daquele para o qual eles foram feitos. Ou a Corte subsequente pode 'explicar e distinguir' ostensivamente precedentes conflitantes que realmente deveriam ser determinantes. Em todos esses casos (e em outros tantos), o resultado é a divergência do precedente pela Corte subsequente, mesmo que a Corte subsequente não o faça expressamente, e talvez permaneça inteiramente silente sobre o que é claramente uma decisão que diverge do precedente.³⁶⁴

Os autores ressaltam que a prática do *overruling* implícito é algo comum em muitos países, inclusive em países de *civil law*.³⁶⁵ Entretanto,

1949 that a decision of the Court for Crown Cases Reserved had been implied overruled by the House of Lords." CROSS, Rupert; HARRIS, J.W. **Precedent in English law**. p. 128.

³⁶³ Idem, p. 129.

³⁶⁴ "For example, a subsequent court may, consciously ignore a precedent. Or a subsequent court may, in good faith, think a precedent is not appropriately similar when in fact it is. (...) Or a subsequent court may depart from precedent because it reconceptualizes or reformulates the 'holding' or *ratio decidendi* in the precedent in terms not really faithful to its true thrust. Or a subsequent court may recharacterize the facts of a precedent, or revise the facts of the very case being decided (or both), thereby appearing to escape the true bearing of the precedent. Or the subsequent court may simply 'pour new wine into old bottles' and thus rely on fictions. Or the subsequent court may reinterpret a series of precedents to mean something different from what they truly stand for. Or the subsequent court may 'explain and distinguish' ostensibly conflicting precedent that really should be determinative. In all such instances (and still others), the result is a departure from precedent by the subsequent court, even though the subsequent court does not itself expressly so view matters and may even be entirely silent about what is clearly a decision that departs from precedent." SUMMERS, Robert S.; ENG, Svein. **Departures from precedents. Interpreting Precedents**. p. 522.

³⁶⁵ SUMMERS, Robert S.; ENG, Svein. **Departures from precedents**. p. 523.

apesar de ser uma prática amplamente aceita, a ausência de clareza quanto à ocorrência da revogação pode tornar nebuloso o processo de justificação da revogação, revelando-se, assim, uma técnica falha em termos de racionalidade, conforme se verá adiante.

A revogação explícita, por sua vez, consiste em o tribunal expor um conflito interno na norma jurídica do precedente, apresentando-o muitas vezes como razão principal para a construção de nova norma para o caso concreto. Também é possível que se faça o *overruling* por meio da reconstrução do raciocínio empregado em uma linha de precedentes, com o intuito de estabelecer uma nova regra para aqueles casos.³⁶⁶

Em conclusão provisória, pede-se escusas para retomar o tema da razão pela qual se revoga um precedente. Muito mais do que apenas construir nova regra jurídica no lugar de regra anterior considerada errada, o *overruling*, à semelhança do *distinguish*, representa o esforço dos tribunais em afastar a obsolescência do precedente, de maneira a mantê-lo sempre atual, como reflexo do direito vigente.

Além disso, a revogação carece do implemento de certas condições favoráveis, como a acessibilidade dos juízes aos precedentes, tanto em termos de compreensão racional quanto em termos de acesso a possíveis divergências na construção do precedente³⁶⁷; o volume de precedentes também é fator importante, na medida em que o excesso de decisões a serem analisadas dificulta o processo de exame da norma do caso concreto; a frequência com que se recorre em face do precedente, o que leva a questão a debate perante a Corte; a composição do órgão julgador, que determina a homogeneidade do julgamento e, assim, a força do precedente; a atividade legislativa, no sentido de as normas judiciais serem substituídas por normas legisladas; a permissividade das Cortes quanto à não aplicação de

³⁶⁶ Idem, p. 523.

³⁶⁷ Destaca-se aqui que em alguns países, como na Alemanha, não se confere publicidade ao voto divergente, sendo o precedente judicial constituído sob a áurea da homogeneidade. Nesse sentido: ALEXY, Robert; DREIER, Ralf. *Precedent in the Federal Republic of Germany*. MCCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert. **Interpreting Precedents: a comparative study**. Vermont, USA: Ashgate Publishing Company, 1997.

precedentes; as críticas acadêmicas e o perfil independente do juiz, no sentido de não se inclinar à maioria sem a devida justificação.³⁶⁸

4.4. Princípios que norteiam as técnicas de revogação do precedente no *common law*

A ideia de divergência de precedentes tratada nesse trabalho restringe-se ao exame dos institutos do *distinguish* e *overruling*, pelas razões já expostas acima, muito embora existam diversas outras técnicas para afastar a aplicação de um precedente, as quais serão apenas descritas sucintamente. Inicialmente, a abordagem se voltará aos princípios que regem o *overruling* em específico, com a descrição de algumas técnicas que derivam dele e implicam, de alguma forma, na revogação parcial do precedente; apenas em um segundo momento adentrar-se-á na questão relativa ao *distinguish*, como técnica de justificação para a não aplicação do precedente, sem que haja a sua revogação. Como a finalidade prática das técnicas é diferente, tendo em vista que uma é voltada à revogação ou superação, e, assim, à exclusão do precedente como norma a ser seguida no sistema jurídico, e a outra é voltada à não aplicação do precedente em virtude da não congruência entre os fatos relevantes do precedente e do caso em questão, a opção pelo tratamento em separado em um momento inicial, em que se expõem as peculiaridades práticas observadas e desenvolvidas pela doutrina, tem por finalidade preparar o texto para a abordagem sob o ponto de vista argumentativo, no qual os institutos do *distinguish* e do *overruling* cumprem funções ligeiramente diversas no panorama do raciocínio jurídico.

Feitas as considerações iniciais, adentra-se na exposição dos princípios relativos à revogação de precedentes com a constatação de que eles se baseiam em duas máximas do *common law*: a congruência social e a consistência sistêmica. Essa classificação foi extraída da doutrina de Melvin

³⁶⁸ SUMMERS, Robert S.; ENG, Svein. **Departures from precedents**. p. 527.

Eisenberg, e, ao lado da estabilidade doutrinária (*doctrinal stability*), constituem os três *standarts* do sistema de *common law*.

As ideias de congruência social e consistência sistêmica fazem parte do que o autor define como “modelo da dupla coerência”: o sistema jurídico, baseado em proposições sociais (*social propositions*)³⁶⁹, deve ser coerente tanto no que diz respeito à integração dos elementos sociais e culturais da sociedade, com base em valores e princípios ideológicos congruentes, quanto deve ser coerente no sentido de que o conjunto de regras jurídicas deve ser idealizado no sentido de conferir tratamento adequado a essas proposições sociais. A primeira situação corresponde à congruência social, tratando da noção da coerência como congruência, e a segunda corresponde à consistência sistêmica, na qual a exigência de coerência é abordada sob o aspecto da consistência.³⁷⁰

Já a estabilidade doutrinária (*doctrinal stability*) refere-se à característica inerente ao *stare decisis* de que as teses judiciais devem ser mantidas, em respeito à imparcialidade, à universalidade e à proteção da confiança justificada, sendo que a sua revogação ou superação deve ser acompanhada de argumentos suficientes e do cuidado necessário para não infringir esses princípios.³⁷¹

³⁶⁹ As proposições sociais enumeradas pelo autor são: as normas morais, as políticas e as proposições de experiência. A revogação de precedentes está intrinsecamente ligada às normas morais, que se apresentam como proposição do sistema do *common law* no sentido de que a decisão judicial acaba por ter que manejar o conteúdo moral inerente à toda norma que carregue uma noção de condutas como certas ou erradas, e a interpretação desse conteúdo moral pode ser revista quando o juiz entender que foi inadequada. Ver EISENBERG, Melvin. **The Nature of the Common Law**. p. 14-26.

³⁷⁰ “The term coherence has several senses, depending on the type of material to which it is applied. One sense of the term is the ‘integration of social and cultural elements based on a consistent pattern of values and a congruous set of ideological principles’ – or coherence as congruence. A second sense is a ‘systematic or methodical connectedness or interrelatedness [especially] when governed by logical principles’ – or coherence as consistency.” Idem, p. 44.

³⁷¹ Esse *standart* pertence, segundo o autor, a outra esfera denominada “*the real-world model*”, em contrapartida ao modelo da dupla coerência, uma vez que aquela esfera, e não esta, determina se a manutenção ou revogação de um precedente foi correta. Uma norma pode se apresentar fora dos padrões e congruência social e consistência sistêmica, e, ainda assim, ser mantida em razão da necessidade de se manter a estabilidade da tese judicial. Nesse sentido: “In the real-world a model of the common law must incorporate not only the standards of social congruence and systemic consistency, but also the standard of doctrinal stability. As a result, criticisms of a legal rule that are based on the model of double coherence may not be conclusive as to legal reasoning that applies the rule in a particular case. So, for example, we might criticize a legal rule on the ground that some alternative rule would be more congruent with applicable social propositions and more consistent with other legal rules, and yet conclude

Aqui, observa-se que a revogação de precedentes (*overruling*) deve servir à manutenção da coerência dentro do *stare decisis*, de maneira que a utilização de precedentes socialmente ultrapassados, juridicamente equivocados ou que estejam fadados ao esquecimento pela evolução das teses judiciais em determinado ramo da ciência do direito seja afastada por meio de técnicas de divergência desenvolvidas pela doutrina e pelos tribunais, como forma de evitar que, em havendo a perfeita congruência entre o desenho fático do precedente e o caso em julgamento, se mantivesse dada solução jurídica que não representa a melhor solução para o caso em tela.³⁷²

O primeiro princípio que rege a revogação de precedentes no *common law* estadunidense é exposto por EISENBERG da seguinte maneira:

O primeiro princípio que rege o *overruling* é o seguinte: uma doutrina deve ser revogada se (i) falhou substancialmente em satisfazer os padrões de congruência social e consistência sistêmica, e (ii) os valores que sustentam o padrão da estabilidade doutrinária e o princípio do *stare decisis* – valores de igualdade, proteção justificada da confiança, prevenção da surpresa injusta, universabilidade e sustentabilidade – não servirão melhor à preservação de uma doutrina do que à sua revogação. A isso se denomina o princípio básico do *overruling*.³⁷³

O desvio dos padrões de congruência social e consistência sistêmica é ilustrado pelo autor pelo funcionamento das *jagged doctrines*, que seriam teses judiciais já desgastadas em face da inconsistência apresentada na aplicação da regra judicial em determinado contexto social e em comparação com outras

that under the standard of doctrinal stability a court reasoned properly in applying the rule." EISENBERG, Melvin. **The Nature of the Common Law**. p. 49.

³⁷² Esta preocupação foi externada pelo juiz norte-americano Benjamin Cardozo: "A conclusão da maioria do tribunal, certa ou errada, é interessante como prova do espírito e da tendência de subordinar o procedimento judiciário à justiça. Como conciliar esta tendência, que é crescente e, na maioria dos casos, saudável, com a necessidade de certeza e uniformidade, eis um dos nossos maiores problemas que defrontam os juristas e juizes de nossos dias." CARDOZO, Benjamin Nathan. **A natureza do processo e a evolução do direito**. p. 148.

³⁷³ Tradução livre do seguinte trecho: "*The first principle that governs overruling is as follows: A doctrine should be overruled if (i) it substantially fails to satisfy the standards of social congruence and systemic consistency, and (ii) the values that underlie the standard of doctrinal stability and the principle of stare decisis – the values of evenhandedness, protecting justified reliance, preventing unfair surprise, replicability, and support – would be no better served by the preservation of a doctrine than by its overruling. Call this the basic overruling principle.*" EISENBERG, Melvin A. op. cit. p. 105.

teses.³⁷⁴ MARINONI refere-se a elas como precedentes controversos, os quais são socialmente incongruentes, o que os torna inconsistentes em relação ao sistema jurídico, seja em face das exceções pouco consistentes, seja em face da sua conjugação dificultosa com outros precedentes.³⁷⁵

Como exemplo, EISENBERG relata a trajetória da teoria da excludente de responsabilidade civil das instituições de caridade por danos causados aos seus beneficiários: até os anos 40, prevalecia o entendimento de que essas instituições não tinham o dever de indenizar seus beneficiários, por razões como a assunção dos riscos pelos serviços recebidos por parte destes, a inaplicabilidade da responsabilidade indireta às instituições sem fins lucrativos e a preservação dos fundos de caridade. Na metade do século XX, os fundamentos constantes do precedente foram paulatinamente derrubados por uma nova concepção de responsabilidade, na qual não se podia impor aos beneficiários que assumissem implicitamente os riscos, diferenciando-os das demais pessoas, bem como houve mudanças nas políticas públicas em relação às instituições de caridade e na concepção moral desse tipo de serviço, o que fez com que os custos relativos às indenizações passassem a integrar a relação de despesas normais dessas instituições.

A derrubada das proposições sociais que sustentavam a tese judicial inicial firmada nos anos 40 tornou a regra de direito do precedente inconsistente diante das novas condições sociais e das teses judiciais e doutrinárias formuladas com base nessas novas condições. Por essas razões, a manutenção deste precedente, ainda que preservasse a continuidade da jurisprudência, seria inútil à solução dos casos que se colocassem para além daquelas condições sociais postas no precedente.³⁷⁶

Outro caso que se enquadra no conceito de *jagged doctrine* e, assim, constitui tese judicial sujeita à revogação, é aquele em que o precedente não

³⁷⁴ EISENBERG, Melvin A., **The nature of the Common Law**. p. 105.

³⁷⁵ “Os precedentes controversos preenchem a primeira condição para o *overruling*, pois são socialmente incongruentes e, em virtude disso, acabam se sujeitando a exceções inconsistentes, bem como se tornando inconsistentes com outros precedentes. Ou seja, os precedentes controversos são socialmente incongruentes e, por isso, tornam-se sistematicamente inconsistentes, seja em razão da sua inconsistência com as exceções, seja em virtude da sua inconsistência com outros precedentes.” MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. p. 392.

³⁷⁶ EISENBERG, Melvin. op. cit. p. 106-110.

mais se coaduna com os valores informadores do *stare decisis*, dentre os quais destaca o autor a proteção justificada da confiança, a prevenção da surpresa injusta, a replicabilidade e a sustentabilidade.

A proteção justificada da confiança diz respeito tanto à confiança especial quanto à confiança geral. Em seu aspecto especial, a proteção à confiança refere-se ao litigante que planejou sua conduta de acordo com uma regra legal, e que espera que esta seja preservada em eventual demanda, desde que justificada e legalmente fundamentada. Não caracteriza quebra da confiança geral erros advindos de orientações imprecisas ou erradas dos juristas. A confiança geral, por sua vez, corresponde à confiança depositada pela sociedade, compreendida também por seus membros não litigantes, que planeja suas condutas com base no sistema legal vigente.³⁷⁷

A prevenção da surpresa injusta significa que aqueles que ajuizaram ações baseadas em precedentes que sabiam carecer de congruência social e consistência sistêmica não podem alegar que a revogação de tais precedentes representa uma surpresa injusta, uma vez que já seria possível prever que as teses expostas nestes precedentes seriam derrubadas em algum momento por outras mais consistentes e socialmente coerentes³⁷⁸.

Tais aspectos exigem dos juristas, em especial os advogados, que estejam sempre atualizados acerca da situação dos precedentes relativos às causas que atuam nas Cortes, uma vez que, alerta o autor, se a tese judicial foi revogada em certo número de jurisdições, ela paulatinamente passa a se tornar insustentável nas demais.³⁷⁹

A replicabilidade e a sustentabilidade do precedente são os dois últimos aspectos do primeiro princípio da revogação de precedentes: se uma doutrina padece de congruência social e consistência sistêmica, não serve mais como elemento para a fundamentação, sustentação da tese em um novo julgado, ainda que tenha servido para o caso precedente. E, por essa razão,

³⁷⁷ EISENBERG, Melvin. **The Nature of the Common Law**. p. 48

³⁷⁸ Nas palavras de Eisenberg: "Even if some actors were to be surprised by the overruling, it is unlikely the surprise would be unfair, because characteristically the actors will have acted in a manner that they knew or should have known did not conform to moral norms and policies with substantial social support." Idem, p. 113.

³⁷⁹ Idem, págs. 113 e 127.

não pode mais ser reproduzida na fundamentação para a solução de outros casos.³⁸⁰

Apesar do refinamento teórico, o reconhecimento da existência dessas teses, das *jagged doctrines*, ainda é escasso nos Estados Unidos, uma vez que muitas destas teses judiciais ainda são vigentes devido à estabilidade adquirida ao longo do tempo.³⁸¹

O segundo princípio que rege a revogação de precedentes é o da ponderação do binômio necessidade de adequação do precedente para o preenchimento dos padrões de congruência social e consistência sistêmica e preservação da estabilidade e do *stare decisis*.

Considerando que existem áreas do direito nas quais se utiliza a jurisprudência com mais frequência e ênfase, como é o caso do direito da propriedade no direito estadunidense, observa-se uma maior necessidade de se manter a estabilidade da jurisprudência, ainda que os precedentes sejam socialmente incongruentes e sistemicamente inconsistentes, uma vez que muitas das regras aplicadas nessas áreas são extraídas dos *case laws*.³⁸²

Quando a revogação é a única alternativa, é posta em prática a *técnica da sinalização*, a qual consiste em a Corte seguir determinado precedente no julgamento do caso atual, noticiando, entretanto, que este precedente não poderá mais ser seguido a partir daquele julgamento.³⁸³ O objetivo é preparar a comunidade jurídica e a sociedade em geral para a revogação de um precedente, preservando sua aplicação para o caso em julgamento em respeito à confiança justificada das partes em sua autoridade. Uma vez que a Corte pronuncia-se no sentido de abandonar um precedente, as condutas praticadas e as ações propostas com base na regra de direito que está prestes a ser revogada não podem mais reclamar a proteção da confiança justificada, pois a

³⁸⁰ EISENBERG, Melvin. *The Nature of the Common Law*. p. 115.

³⁸¹ *Idem*, p. 117.

³⁸² *Idem*, p. 122

³⁸³ *Idem*, *ibidem*.

expectativa plausível é a de que tal regra perderá força, em razão da revogação do precedente.³⁸⁴

Nas Cortes inglesas a prática de se alertar quanto à futura revogação de um precedente é denominada *undermining*, e consiste em alertar sobre o esvaziamento da autoridade de um precedente para, a partir daí, desobrigar os juízes dos casos posteriores a segui-lo no que diz respeito ao resultado do julgamento originário: se neste a causa foi decidida a favor do autor, a partir do *undermining* do precedente os juízes estarão absolutamente livres para decidir em favor do réu.³⁸⁵

Outra hipótese em que é perceptível a preocupação com a aplicação do precedente correto é a do *anticipatory overruling*, na qual as Cortes de Apelação dos Estados Unidos deixam de aplicar determinado precedente da Suprema Corte por entender, com base na observação de decisões recentes relativas às questões tratadas no caso em tela, que esta está prestes a realizar o *overruling* daquele precedente.³⁸⁶ Nesse caso, a equivalência com o termo *overruling* entendido como revogação é imprecisa, uma vez que se trata, em verdade, da escolha justificada pela não aplicação do precedente ao caso.³⁸⁷

Os fundamentos apontados como justificativas plausíveis para a realização do *anticipatory overruling* são o desgaste do precedente, a existência de novas tendências a respeito do assunto, externadas por decisões

³⁸⁴ “The court nevertheless refused to overrule *Norcross*, on the ground that the ‘fact of bar reliance in the past... must be given weight where a rule affecting real estate is involved,’ and that ‘in this case, as in probably numerous other past transactions, there may reasonably have been reliance’ on *Norcross and Shade*.” O exemplo trazido pelo autor é o da regra vigente nos casos de arrendamento parcial da terra em relação à concorrência. No julgamento do caso *Norcross v. James*, em 1855, restou fixado que o arrendante poderia dispor de parcela minoritária da área da forma que bem entendesse, ainda que significasse abrir concorrência com a parcela majoritária, desde que o privilégio da área maior não constasse do contrato feito entre arrendante e arrendatário (*touch and concern*). Esta doutrina foi amplamente criticada pela comunidade jurídica, bem como teve sua aplicação afastada em outros Estados, e, nos anos 60, em *Shell Oil Co. v. Henry Oullette & Sons Co.*, a Corte Suprema de Massachusetts sinalizou sua discordância com a doutrina do precedente, mas aplicou-o em respeito à confiança justificada nele depositada pelos litigantes. Uma segunda sinalização ainda foi feita antes da revogação do precedente, no julgamento do caso *Whitinsville Plaza, Inc. v. Kotseas*, quando, então, nova regra a respeito da questão da concorrência em arrendamentos parciais foi formulada, com efeitos retroativos em relação aos contratos entabulados a partir da primeira sinalização. EISENBERG, Melvin. **The Nature of the Common Law**. p. 123.

³⁸⁵ CROSS, Rupert; HARRIS, J.W. **Precedent in English law**. p. 129-130.

³⁸⁶ KNIFFIN, Margaret N. *Overruling Supreme Court precedents: anticipatory action by United States Courts of Appeals*. **Fordham Law Review**, outubro/1982. p. 22.

³⁸⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. p. 402.

incompatíveis com o precedente, e a consciência de que a Suprema Corte apenas aguarda um caso apropriado para realizar a revogação do precedente.

388

O desgaste do precedente e o conhecimento da existência de novas tendências nas teses desenvolvidas na Suprema Corte refere-se tanto à recusa na sua aplicação quanto à prolação de decisões que se utilizam de fundamentos incongruentes àqueles utilizados no precedente. Quanto à “consciência” de que aqui se trata, esta traduz-se em um critério objetivo de que a Suprema Corte deve anunciar, no julgamento de um caso, que pretende revogar determinado precedente, não podendo ser baseado em mera “intuição” da Corte de Apelação.³⁸⁹

MARINONI faz um paralelo com a técnica da sinalização, uma vez que ambas consistem na revogação diferida no tempo. A diferença reside no fato de que, no caso da sinalização, adia-se o *overruling* com base na proteção da confiança justificada, enquanto no *anticipatory overruling* se antecipa o entendimento provável a ser adotado pela Suprema Corte, como forma de garantir que a causa seja solucionada com base em critérios atuais de justiça. Em ambos os casos, a preocupação é que o precedente adotado seja sistemicamente consistente e socialmente congruente, evitando-se, assim, a utilização de precedentes obsoletos como fundamento das decisões.³⁹⁰

Interessa aqui frisar, conforme observa MARINONI, que a utilização do *anticipatory overruling* pode caracterizar um lapso na estabilidade do *stare decisis*, na medida em que permite que um tribunal deixe de aplicar, declaradamente, um precedente da Suprema Corte, o que se justifica diante da necessidade de ponderação entre o valor estabilidade e outros valores, com destaque para o desenvolvimento do direito.³⁹¹

³⁸⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. p. 404.

³⁸⁹ Idem, p. 406.

³⁹⁰ Idem, p. 407.

³⁹¹ “Anota-se, ainda, que a estabilidade do direito pode sucumbir diante do *anticipatory overruling*. A decisão da Corte de Apelação, ao significar o salto de uma etapa, diminui a estabilidade. Porém, o valor da estabilidade deve ser analisado diante de outros fatores desejáveis, como o desenvolvimento do direito. Uma tensão entre este e a estabilidade surge quando o desejo por mudanças ponderadas e ordenadas – que caracteriza a estabilidade –

Existem casos, ainda, em que a aplicação do precedente deve observar a diferença existente entre uma regra formulada para um subsistema específico e a regra geral formulada para aplicação ao sistema geral. Para esses casos foi desenvolvida a técnica da *deep doctrinal distinction*, que consiste em verificar a existência dessa diferença quando se aponta para a incongruência social de determinado precedente, e se ela pode ser suprida com a aplicação conjunta de outras regras de direito.³⁹²

Entretanto, a justificativa encontrada por meio do raciocínio em busca da distinção doutrinária capaz de manter um precedente acaba por ser, geralmente, fraca, e a tendência é que as Cortes, com o passar do tempo, acabem por revogar o precedente que represente a incongruência social descrita acima.³⁹³

4.5. A questão dos efeitos da revogação do precedente no tempo: retroatividade e prospectividade

O efeito do passar do tempo na dinâmica do precedente pode ser sentido no que tange à discussão sobre se a sua revogação surtirá efeitos retroativos ou prospectivos. A noção de retroatividade da revogação soa estranha em um sistema acostumado com o manejo da lei escrita, como é o caso do *civil law*, a qual é, por natureza, sempre prospectiva. Contudo, há que se ter em mente que, ao se falar de revogação retroativa, o efeito que se

impede que o direito se desenvolva para atender às novas necessidades sociais.” MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. p. 413-414.

³⁹² O autor descreve essa prática empregando o seguinte raciocínio: considere-se R1 como a regra aplicável a um determinado subsistema e R como a regra geral aplicável ao sistema. O fato de R1 ser diferente de R não significa que R1 seja socialmente incongruente, e somente quando submetido ao raciocínio voltado à identificação das distinções doutrinárias (*deep doctrinal distinctions*) é que se pode observar se a diferença é justificada; se a aplicação da R1 em conjunto com outras regras do subsistema supre a falta de congruência social; se, na verdade, é a regra geral R que é incongruente, e se sua aplicação é, afinal, preferível em detrimento de R1, mesmo sendo incongruente. O raciocínio pretende demonstrar que, nos casos em que não resta clara a incongruência social de determinado precedente, a sua revogação não garante a consistência do resultado dos julgamentos futuros, uma vez que o preenchimento dos requisitos para a revogação acaba por ser obscuro. EISENBERG, Melvin. **The Nature of the Common Law**. p. 125.

³⁹³ Idem, p. 125-126.

espera é que a regra de direito considerada equivocada ou obsoleta não se aplicará a nenhuma relação jurídica que estivesse em curso à época da revogação, mas sim a regra de direito que passou a vigor com a revogação do precedente. Assim, a retroatividade da revogação constitui garantia de que o precedente equivocado ou obsoleto não será invocado para proteger nenhuma relação jurídica, devendo os advogados estar cientes de que a conduta com base nesses precedentes revogados não poderá ser tratada em termos de confiança.

Assim, em regra, quando uma corte revoga um precedente, esta decisão tem efeitos *retroativos*, ou seja: a regra de direito estabelecida com a revogação de um precedente é aplicável a todas as relações jurídicas ocorridas *antes* da decisão revogadora, assim como aos acordos entabulados antes desta decisão, mas que ainda estão sujeitos ao crivo judicial.³⁹⁴

A primeira situação é descrita como *retroatividade plena*, e significa que a decisão revogada se aplica a ações, eventos e transações anteriores à decisão acobertada pela coisa julgada. A segunda situação, por sua vez, refere-se à *retroatividade limitada*, pela qual a decisão revogada se aplica a ações, eventos e transações anteriores à decisão, por um determinado período de tempo.³⁹⁵

EISENBERG entende que as novas regras formuladas e anunciadas por ocasião da revogação de um precedente são fundamentadas em fontes doutrinárias e sociais acessíveis a todos (princípio da fundamentação – *principle of support*); e que o processo de construção de uma regra de direito pode ser reproduzido, difundido, antes mesmo do seu anúncio como nova regra, o que justificaria a aplicação retroativa da regra de direito formulada em substituição àquela que constava no precedente.³⁹⁶

Conforme aponta MARINONI, há consciência de que “a retroatividade de uma decisão que substitui precedente que, por certo período de tempo, pautou e orientou a conduta dos jurisdicionados e tão injusta quanto a

³⁹⁴ EISENBERG, Melvin A. **The Nature of the Common Law**. p. 127.

³⁹⁵ LEDERMAN, Howard Y. Judicial overruling: time for a new general rule. **Michigan Bar Journal**, setembro/2004, p. 22.

³⁹⁶ EISENBERG, Melvin A. op. cit. p. 127.

perpetuação do precedente judicialmente declarado injusto.”, sendo que, uma vez abalada a credibilidade do precedente, em face das formas de desgaste já expostas, a retroatividade deve ser aplicada.³⁹⁷

A retroatividade como regra nos Estados Unidos sofreu oscilações ao longo do final do século XX: tem-se notícia de que até os anos 80, as exceções à retroatividade eram mínimas, quando se iniciou um movimento doutrinário em favor da mitigação da regra da retroatividade. Em 1993, retomou-se na Suprema Corte o posicionamento de que a prospectividade deveria ser a exceção, retomando-se a visão de que a retroatividade era a regra. Antes disso, havia a possibilidade de uma espécie de prospectividade excepcional, a qual era verificada por meio de um teste para determinar em que casos a decisão deveria ser aplicada apenas prospectivamente, no qual se perquire sobre o grau de estabilidade do precedente e as consequências de sua aplicação prospectiva, ou seja, da não aplicação às situações anteriores à revogação.³⁹⁸

A doutrina aponta, entretanto, para uma mudança na concepção dos efeitos da revogação no início do século XXI, à semelhança daquela que se observou nos anos que seguiram 1980 até 1993, resgatando o posicionamento da Suprema Corte no qual a decisão revogadora deveria ter, em determinados casos, apenas efeitos *prospectivos*, não abrangendo as relações jurídicas entabuladas antes da sua prolação.³⁹⁹ Tal espécie de revogação seria aplicável aos casos em que as relações jurídicas anteriores foram estabelecidas com

³⁹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*, p. 421.

³⁹⁸ O teste consiste em perquirir:

1. Se a decisão revogada é nova, por haver: a) revogado precedente pacificado ou; b) decidido questão ainda não decidida, não havendo sequer um precedente que aborde esta questão.
2. Se a decisão revogada convergiu com uma das hipóteses descritas acima, qual seria o limite da retroatividade ou se a prospectividade é o efeito mais adequado, levando-se em consideração: a) a proposta de nova regra de direito; b) a medida da confiança depositada na antiga regra de direito; c) o efeito da retroatividade na administração da justiça.

Não se trata de critérios rígidos, sendo que a Suprema Corte analisa o caso sob as perspectivas da isonomia (*fairness*) e das políticas públicas em relação ao fato, com o objetivo de alcançar, mediante a revogação, uma solução justa e realista aos problemas ocasionados pela mudança. LEDERMAN, Howard Y. *Judicial overruling...* p 23.

³⁹⁹ EISENBERG, Melvin A. *The nature of the Common Law*. p. 127.

base em uma confiança justificável, diante da estabilidade do precedente e da inexistência de sinais de seu desgaste.⁴⁰⁰

A abrangência dos efeitos da revogação prospectiva é variável: há casos em que se aplica já ao caso presente, o que se denomina *prospectividade seletiva*; há outros, no entanto, que a decisão revogadora não se aplica ao caso presente, surtindo efeito apenas para demandas e relações jurídicas ocorridas após determinada data. Esta situação é denominada revogação prospectiva-prospectiva (*prospective-prospective overruling*), prospectividade completa (*complete prospectivity*)⁴⁰¹, ou ainda, prospectividade pura (*pure prospective overruling*).⁴⁰²

EISENBERG aponta a prospectividade como a melhor forma de se estabelecer os efeitos da revogação de um precedente no tempo, além de ser a alternativa mais adequada quando o valor confiança deverá prevalecer, em determinado caso, em detrimento da congruência social e da consistência sistêmica. Observa, porém, que a revogação prospectiva pode também consolidar decisões diversas sobre a mesma questão, redundando na inconsistência sistêmica que se busca eliminar.⁴⁰³

Em defesa da revogação retroativa em certos casos, demonstra-se como esta funciona para a preservação da consistência sistêmica, mediante o exemplo trazido pela revogação da regra da excludente de responsabilidade dos Municípios quanto aos danos causados aos beneficiários de seus serviços, por meio de ação movida por uma criança envolvida em um acidente com um ônibus escolar. Inicialmente, a doutrina da imunidade do Município havia sido revogada e a nova regra poderia ser aplicada apenas ao caso da criança litigante. Posteriormente, a aplicação da nova regra foi estendida a outras sete crianças que moviam processos em decorrência do mesmo evento. Assim, a revogação prospectiva apenas em relação à primeira criança representaria

⁴⁰⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. op. cit. p. 421.

⁴⁰¹ LEDERMAN, Howard Y. **Judicial overruling...** p. 22.

⁴⁰² EISENBERG, Melvin A. **The nature of the Common Law.** p. 127-128.

⁴⁰³ "Similarly, where the new rule is made applicable only as of some future designated date, cases involving persons Who engaged in comparable transactions just before the designated date will have outcomes different from those of cases involving persons who engaged in comparable transactions just after that date, although the court already will have announced that the treatment to be accorded the former cases is a bad treatment." EISENBERG, Melvin A. op. cit. p. 129.

uma falha na consistência sistêmica, ao passo que possibilitaria que as outras crianças obtivessem tutela jurisdicional diversa, embora suas demandas preenchessem as mesmas premissas fáticas e jurídicas.⁴⁰⁴

Argumenta-se, ainda, que a utilização da revogação prospectiva é necessária quando a Corte tem sérias razões para acreditar que determinada doutrina será revogada legislativamente, evitando, dessa forma, a diversidade de resultados oriunda do julgamento de casos acerca de eventos ocorridos antes da reforma da lei, e de casos julgados após a reforma, como aconteceria no caso de uma revogação retroativa.⁴⁰⁵

Entretanto, denota-se que a revogação para o futuro constitui questão aberta para os juristas norte-americanos, uma vez que a ponderação entre seus prós e contras ainda proporciona uma balança relativamente equilibrada.

Argumenta-se a favor da revogação prospectiva no sentido de se tratar de uma forma de preservação da confiança justificada dos litigantes quando a doutrina em questão representava entendimento consolidado sobre determinado assunto, bem como que as partes, geralmente, se beneficiariam da postergação da nova regra de direito formulada, em virtude da maior previsibilidade. Aqui é possível, ainda, realizar uma comparação com a técnica da sinalização, no sentido de que em ambos os casos posterga-se a revogação do precedente em homenagem à confiança justificada dos jurisdicionados na eficácia do precedente.⁴⁰⁶

De outro lado, no entanto, aduz-se que o uso reiterado da revogação prospectiva pode desestimular o uso da revogação retroativa, pelas razões expostas no parágrafo anterior, assim como implicaria a mudança de perspectiva dos advogados, no sentido de que estes deixariam, paulatinamente, de compreender o caráter dinâmico do direito, estimulando-se a orientação das condutas dos clientes com base em precedentes que carregam doutrinas ultrapassadas, prestes a serem revogadas.⁴⁰⁷ Também se aduz a questão do desestímulo para o litigante questionar as teses judiciais

⁴⁰⁴EISENBERG, Melvin. The nature of the Common Law. ' p. 128.

⁴⁰⁵MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes Obrigatórios, p. 423.

⁴⁰⁶MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes Obrigatórios, p. 423.

⁴⁰⁷EISENBERG, Melvin. The Nature of the Common Law, p. 131.

consolidadas, que é o que permite que a questão seja reanalisada e, assim, corrigidos eventuais erros na formulação da regra do precedente.⁴⁰⁸

Colhe-se da doutrina estadunidense que a reinserção da revogação prospectiva conta com o desenvolvimento de técnicas voltadas a minimizar os prejuízos acima descritos, como descreve LEDERMAN em relação à Corte de Michigan, na qual se criou, no início do século XXI, um sistema híbrido de revogação chamado P-R (*prospective-retroactive*): a regra da revogação passou a ser a prospectividade, utilizando-se da retroatividade apenas em casos esporádicos, quando requerido pela natureza da situação. Os fundamentos desse sistema são a preservação da obediência à regra jurídica do precedente, apesar de a decisão ter sido revogada, como forma de preservar a confiança da magistratura e da advocacia no sistema de precedentes; e a minimização dos impactos na administração da justiça, assegurando-se a confiança das partes. Sob outro aspecto, sustenta-se também que, mesmo sendo a modificação dos precedentes por meio da retroatividade plena uma prerrogativa do Poder Judiciário, a essência do processo judicial consiste na individualidade dos casos, e a decisão pela prospectividade ou retroatividade representa esta individualidade.⁴⁰⁹

Observa-se, dessa forma, que ao se determinar o alcance da revogação do precedente no tempo, busca-se, simultaneamente, que o manejo da decisão em seu aspecto de precedente não prejudique as partes que dependem dessa decisão como tutela jurisdicional, assim como que o estabelecimento da regra jurídica por meio do precedente não implique a aplicação de entendimentos obsoletos ou que estão fadados à obsolescência ou ao desgaste. Ainda, é possível aduzir que há relevante preocupação em se preservar a confiança do jurisdicionado, seja como destinatário atual da tutela jurisdicional, seja como eventual destinatário, sempre com os olhos voltados à consistência e à coerência do sistema jurídico.

⁴⁰⁸ “De outra parte, o *prospective overruling* pode ainda trazer outros problemas, especialmente em suas versões *pure prospective overruling* e *prospective prospective overruling*. Se a nova regra não vale ao caso sob julgamento, a energia despendida pela parte não lhe traz qualquer vantagem concreta, ou melhor, não lhe outorga o benefício almejado por todo litigante que busca a tutela jurisdicional. Isso quer dizer que o uso do *prospective overruling* pode desestimular a propositura de ações judiciais contra determinados precedentes.” MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. p. 424.

⁴⁰⁹ LEDERMAN, Howard Y. **Judicial overruling...** p. 24.

4.6. Crítica da doutrina a respeito da insegurança do *overruling*

Não obstante a refinada dogmática construída em torno do tema do *overruling*, há uma parte da doutrina que vê a técnica da revogação como uma forma de institucionalizar a prática de juízes adeptos da prática defendida pelo realismo jurídico de utilizar-se das convicções pessoais para construir a fundamentação de suas decisões e justificar racionalmente seus argumentos. Esse é o posicionamento de Nicola Gennaioli e Andrei Shleifer em conclusão da análise realizada em uma série de decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos e de algumas Cortes de apelação que determinaram a revogação de um precedente, os quais chegaram ao resultado de que grande parte das decisões que revogam um precedente são fundamentadas em razões pessoais, e a probabilidade de um precedente ser revogado aumenta na medida em que se tratar de caso de conteúdo político.⁴¹⁰

Os autores defendem a prevalência do *distinguish* sobre o *overruling*, de maneira que não se permita com relativa facilidade, como relatam que acontece nos Estados Unidos nas diversas instâncias do Poder Judiciário, que um juiz simplesmente inutilize uma regra construída judicialmente por razões pessoais, muitas vezes baseadas em preconceitos, o que reduz a eficiência do sistema jurídico.⁴¹¹

DUXBURY rechaça a visão deveras pessimista dos autores, os quais, acompanhados dos demais autores adeptos de uma teoria econômica do direito, partem do pressuposto de que todos os juízes são partidários de tal prática do realismo jurídico, o que significa simplificar excessivamente um quadro complexo, no qual a existência de tais comportamentos deve ser tratada como patologia, e não como regra. A regra, segundo o autor, é a de que os juízes entendam pela revogação do precedente em razão da aplicação

⁴¹⁰ GENNAIOLI, Nicola; SHLEIFER, Andrei. **Overruling and the instability of law**. p. 315.

⁴¹¹ O conceito de eficiência utilizado pelos autores é o de Robert Posner, e refere-se a uma análise econômica do direito, o que não se aprofundará neste trabalho por fugir ao seu objetivo.

equivocada de determinada lei, ou da superveniência de legislação que estabeleça novo regime jurídico para o tema tratado no precedente, sendo que a técnica do *overruling* mais se aproxima da visão de um juiz formalista do que de um juiz realista, o que parece mais coerente com a noção de que os precedentes são vinculantes, e não absolutamente vinculantes.⁴¹²

A possibilidade de se divergir do precedente, elaborando nova regra para a questão faz parte, assim, da dinâmica de uma teoria de precedentes vinculantes, razão pela qual o posicionamento de Duxbury parece melhor colocado em termos sistêmicos.

4.7. Outras técnicas de divergência do precedente

O *distinguish* e o *overruling* constituem as duas técnicas mais conhecidas e desenvolvidas para divergir de precedentes, representando os extremos da manutenção com afastamento para o caso e justificação para a criação de outra regra, e da revogação, com a exclusão da regra de direito formulada no precedente do mundo jurídico. Entre uma e outra, encontram-se outras técnicas para divergir de um precedente, as quais serão descritas a seguir.

4.7.1. Transformation.

A *transformation* ocorre quando a Corte, sem anunciar, revoga uma tese judicial já estabelecida em decorrência de um precedente anterior a ela, formulada em julgamento anterior.⁴¹³

⁴¹² O autor apresenta essa visão como o falso dilema exposto por Hart, no sentido de que a noção de que os precedentes devem ser ou absolutamente vinculantes, ou absolutamente não vinculantes é equivocada, pois o juiz, ao decidir, o faz nos limites de sua discricionariedade, o que implica, também, o poder de revogar precedentes. DUXBURY, Neil. **The Nature and authority of precedent**. P. 119.

⁴¹³ Idem, p. 132.

É uma espécie de revogação total e prospectiva do precedente⁴¹⁴, diferenciando-se do *overruling* pelo fato de que a revogação não é anunciada pela corte, e em razão de que na *transformation* a nova regra formulada não implica a modificação do resultado do julgamento no caso precedente, enquanto no *overruling*, em regra, a decisão tem natureza retroativa, atingindo, assim, a relação jurídica em questão.⁴¹⁵

A escolha entre uma forma e outra de revogação deve levar em conta que o *overruling* revela que uma nova doutrina está sendo substituída por outra, a qual vinculará as decisões futuras; e que na *transformation*, apesar de se haver revogado integralmente o precedente, permanece aberta a possibilidade de que ele venha a ser, eventualmente, reanalisado e revogado parcialmente em outros julgamentos. Cabe ao julgador decidir qual dessas possibilidades deve prevalecer, tendo em vista, ainda, duas questões importantes: i) o *overruling* implica a admissão da ocorrência de erro de julgamento, o que não ocorre na *transformation*; e ii) a manutenção da aparência de uma estabilidade jurisprudencial só é possível com a *transformation*.

A desvantagem no uso da *transformation* é a que se observa nos casos de revogação implícita: o risco de que os juízes das cortes inferiores não percebam que determinada doutrina foi revogada é grande, e, ainda, dá ensejo à pluralidade de entendimentos acerca da importância das observações tecidas, sendo o *overruling* mais claro no sentido de demonstrar a extirpação de certa doutrina do direito vigente.⁴¹⁶

4.7.2. *Drawing of Inconsistent Distinctions*

⁴¹⁴ Adotou-se aqui a posição de EISENBERG, no sentido de que tanto a *transformation* quanto o *overruling* constituem formas de revogação total do precedente (*fully overruling*). MITIDIERO, contudo, aponta para a *transformation* como forma de revogação parcial, ao lado do *overriding*.

⁴¹⁵ “Often, however, this difference is largely the result of stage management, because the apparent consistency, in transformation, between the newly announced rule and the results reached in the precedents is achieved only by singling out futures of the precedents that the precedent court did not themselves consider material.” EISENBERG, Melvin A. **The nature of the Common Law**, p. 133.

⁴¹⁶ DUXBURY, Neil. **The nature and the authority of common law**. p. 134.

A revogação de precedentes via de regra ocorre quando se apresentam fortes argumentos em favor da superação daquela regra de direito, realizando-se distinções entre o que o tribunal que julga o caso atual entende como decisão correta, e o que constitui a regra de direito formulada no precedente. Há casos, contudo, em que essas distinções não são tão evidentes, mas o tribunal opta por não aplicar o precedente e sinalizar a possível revogação com base em distinções fracas, inconsistentes, as chamadas *inconsistent distinctions*. A técnica da *drawing of inconsistent distinctions*, que pode ser traduzida como *elaboração das distinções inconsistentes*, assim, se traduz na ideia de o tribunal admitir expressamente que não tem argumentos fortes para a revogação, mas que por razões de preservação da congruência social e da consistência sistêmica, geralmente em face de mudanças sociais ocorridas entre a época da elaboração do precedente e sua aplicação posterior, optou por não aplicar e por sinalizar a revogação do precedente.⁴¹⁷

DUXBURY afirma ser uma forma de revogação parcial que se aproxima da *transformation* e do *overruling* (técnicas de revogação total) por se tratar da revogação de uma tese judicial com base em falhas na satisfação dos padrões de congruência social e consistência sistêmica.⁴¹⁸

A inconsistência de que se trata aqui, conforme aduz EISENBERG, refere-se ao conceito do direito como integridade desenvolvido por DWORKIN na obra “O império do direito”, e pode ser definida da seguinte maneira:

Conforme o direito como integridade, as proposições jurídicas são verdadeiras se figuram em ou derivam de princípios de justiça, isonomia (fairness), e constituem o devido processo pelo qual provêm a melhor construção interpretativa da prática jurídica da comunidade.⁴¹⁹

⁴¹⁷ MITIDIERO, Daniel. **Fundamentação e precedente...** p. 73.

⁴¹⁸ DUXBURY, Neil. **The nature and the authority of precedent**, p. 136.

⁴¹⁹ Tradução livre do seguinte excerto: “According to law as integrity, propositions of law are true if they figure in or follow from the principles of justice, fairness, and procedural due process that provide the best constructive interpretation of the community’s legal practice...”. DWORKIN apud EISENBERG, p. 137. Como o marco teórico deste trabalho não é o direito como integridade de Dworkin, restringe-se a abordagem à descrição da escolha do autor estadunidense a respeito de seu marco teórico argumentativo. Para maiores esclarecimentos acerca da teoria do precedente à luz da doutrina de Dworkin do direito como integridade, ver a

Para EISENBERG, a identificação das distinções inconsistentes implica a confrontação com o princípio da integridade na medida em que, uma vez identificadas, nenhuma regra poderá sustentar nem a regra do precedente, nem referidas distinções. Porém, o que se observa na prática é que, tanto a regra de direito quanto as distinções inconsistentes consistirão, simultaneamente, em direito aplicável.⁴²⁰

É uma técnica que preserva os valores do sistema jurídico em detrimento das razões contidas no precedente, o que contribui para a preservação da imagem de uma estabilidade jurisprudencial e viabiliza a rediscussão de pontos que não restaram bem esclarecidos para a Corte. Trata-se, portanto, da possibilidade de se conferir uma etapa provisória para a revogação do precedente, sob o pálio do princípio da provisoriedade, a formulação de uma exceção menos geral que o necessário, como o passo que antecede a formulação do conceito mais geral.⁴²¹

Assim, com o passar do tempo e por meio de outros julgamentos, será possível esclarecer os pontos que restaram obscuros e determinar aqueles em que houve acerto e os que representaram erro no julgamento, bem como será possível tornar o posicionamento provisório a favor do *overruling* definitivo, ou abandoná-lo em favor das exceções.⁴²²

4.7.3. *Overriding*

O *overriding*, que pode ser traduzido como *reescrita*,⁴²³ consiste no ato da corte em restringir o âmbito de aplicação de determinada tese judicial em

excelente obra de BARBOZA, Estefania Maria de Queiroz. **Stare Decisis, Integridade e Segurança Jurídica**. Disponível em: http://www.biblioteca.pucpr.br/tede/tde_arquivos/1/TDE-2011-06-20T092503Z-1547/Publico/Estefania.pdf.

⁴²⁰ EISENBERG, Melvin A. **The nature of the Common Law**, p. 137.

⁴²¹ Idem, p. 139.

⁴²² Idem, ibidem.

⁴²³ MITIDIÉRO, Daniel. **Fundamentação e precedente...** p. 73.

decorrência de uma nova regra surgida após o estabelecimento da tese no precedente, tratando-se de uma espécie de revogação parcial.⁴²⁴

Eisenberg aponta para o fato de que se trata de uma forma de analisar uma questão não abordada no precedente, de maneira independente, e considerando-se as condições sociais da época em que foi formulada a tese do precedente (mesmo que, na prática, muitas vezes a corte revogue parcialmente uma doutrina sob as mesmas condições que se encontrava o precedente).⁴²⁵

É considerando, também, uma espécie de *overruling* implícito, pois muitas vezes a parte da tese revogada acaba por inutilizar o precedente para uma aplicação posterior.

4.8. Considerações sobre o *distinguish* e o *overruling* na perspectiva da autoridade do precedente

O sistema de revogação de precedentes criado nos países adeptos da *common law* demonstra-se complexo quando comparado à realidade dos tribunais em países de *civil law*. Tal complexidade pode ser explicada em virtude da existência de uma doutrina rígida de adesão aos precedentes (*stare decisis*), o que faz com que as exceções a essa regra devam ser minuciosamente justificadas, pois, caso contrário, não haveria razão em se falar em um sistema de precedentes obrigatórios. A lição de SUMMERS e ENG é nesse sentido:

[s]e um sistema jurídico não fizesse nenhuma provisão para 'remediar' a divergência judicial dos precedentes ao menos nas Cortes inferiores, ou fizesse apenas provisões inadequadas, ou um sistema que não criticasse a divergência, então simplesmente não seria correto dizer que o precedente é formalmente vinculante, ou tem alguma força, ou oferece algum apoio, nesse sistema.⁴²⁶

⁴²⁴ EISENBERG, Melvin A. **The nature of the Common Law**. p. 135.

⁴²⁵ Idem, *ibidem*.

⁴²⁶ Tradução livre de: "[i]f a legal system were to make no provision for 'remedying' judicial departures from precedent at least in the lower courts, or only to make quite inadequate

Tanto é que se observou, em diversas passagens, que os doutrinadores apontaram para o fato de que, não obstante a existência de critérios para uma ou outra espécie de revogação, muitas vezes os tribunais optam pela manutenção do precedente em razão da confiança nele depositada pelos jurisdicionados e pela sociedade em geral, bem como para preservar a consistência do sistema jurídico.

Cumpra lembrar aqui que o fato de nesses países existir uma doutrina de precedentes vinculantes tão forte e arraigada quanto o *stare decisis* significa, em primeiro lugar, que não é uma tarefa fácil para o juiz desvencilhar-se do dever de aplicar os precedentes na fundamentação de sua decisão judicial. E, muito embora a divergência acerca da natureza do *stare decisis* não permita determinar, com segurança, quais os limites de sua influência, trata-se de doutrina extremamente cogente, que suscita nos juízes e na comunidade jurídica em geral o dever implícito, geral e quase moral de se utilizar o precedente como fundamento da decisão judicial, sob pena, inclusive, de ser alvo de críticas por toda comunidade jurídica, o que é visto como algo de difícil aceitação, conforme se extrai da lição de Neil Duxbury:

Stare decisis geralmente não é uma exigência constitucional ou legal, mas uma que as Cortes impõem a si mesmas. Quando um sistema de *common law* adota a doutrina do precedente, (...) isso efetivamente desenvolve uma estratégia de auto vinculação para proteger das injustiças, ineficiências e outras fraquezas que podem dificultar o processo de julgamento se os juízes repensassem todo ponto de direito, com completa discricionariedade e sem nenhuma garantia à sabedoria judicial duramente conquistada.⁴²⁷

provision, or if a system were to take no critical notice whatsoever of departures, then it would simply not be true that precedent is formally binding, or has any force, or provides any support, in that system." SUMMERS, Robert S.; ENG, Svein. **Departures from Precedent**. p. 519.

⁴²⁷ "*Stare decisis* is usually not a constitutional or a statutory requirement, but one which courts impose on themselves. When a common law system adopts a doctrine of precedent, (...) it effectively develops a strategy of self – binding to guard against the injustices, inefficiencies and other weaknesses that would beset the adjudicative process if judges reasoned every point of law afresh, with complete discretion and without any regard to hard-won judicial wisdom." DUXBURY, Neil. **The nature and the authority of precedent**. p. 116.

Em relação à autoridade do precedente, talvez a questão mais complexa seja aquela posta por SCHAUER é: em um sistema adepto do *stare decisis*, a decisão judicial está vinculada ao precedente, seja ele uma decisão considerada “boa” ou “ruim”, em um critério que se aproxima de uma medida de justiça. Ele está vinculado ao precedente mesmo quando não existe uma decisão anterior, ou seja: o julgador tem a dupla função de olhar para trás e seguir a regra do precedente aplicável ao caso, e olhar para frente ao construir a regra jurídica, principalmente em casos em que ainda não houver precedentes, de maneira a escolher adequadamente as categorias de assimilação, poupando, assim, o julgador do futuro de ter de realizar o *distinguishing* ou o *overruling*. O outro lado do *stare decisis*, assim, é o que autor chama de “custo do precedente”: para bem de se manter um sistema jurídico consistente também no que tange às decisões judiciais, é necessário absorver o ônus da existência de decisões subótimas, o que apenas pode ser amenizado com o cuidado extra a que ele se refere quando fala da necessidade de uma categorização precisa dos fatos; e, quando isso não ocorrer, com o emprego adequado das técnicas de divergência, das quais se destaca o *distinguishing* e o *overruling*.⁴²⁸

Dessa forma, a manutenção da consistência do sistema jurídico, para o autor, constitui um argumento de justiça, no sentido de que em um sistema em que se adota a doutrina de se tratar casos iguais de maneira igual (*treat like cases alike*), a discrepância do tratamento diverso é tratada como comportamento arbitrário do juiz, e, conseqüentemente, injusto. A consistência entre as decisões judiciais, assim, é representada pela figura do precedente judicial, da mesma forma que a consistência entre os indivíduos de uma sociedade é representada pela ideia de igualdade. Assim, precedente e igualdade são, em última análise, as dimensões temporal e espacial da ideia de consistência. Nas palavras do autor:

Among the most common justifications for treating precedent as relevant is the argument from fairness, sometimes couched as an argument from justice. The argument is most commonly expressed in terms of the simple structure, ‘Treat like cases alike.’ To fail to treat

⁴²⁸ SCHAUER, Frederick. **Precedent**. p. 12 e ss.

similar cases similarly, it is argued, is arbitrary, and consequently unjust or unfair. We achieve fairness by decisionmaking rules designed to achieve consistency across a range of decisions. Where the consistency is among individuals at the same time, we express this decisional rule as 'equality'. Where the consistency among decisions takes place over time, we call our decisional rule 'precedent'. Equality and precedent are thus, respectively, the spatial and temporal branches of the same larger normative principle of consistency.⁴²⁹

A consistência do sistema jurídico é, em outras palavras, equivalente à consistência entre as decisões, ou seja, a inexistência de divergências não justificadas entre elas. E, nesse ponto, a existência de técnicas que permitam ao juiz divergir justificadamente do precedente colabora para a manutenção da consistência entre as decisões judiciais. Essa equivalência entre precedente e consistência, bem como a sua relação com a moralidade e a universalidade, apresentada por SCHAUER remete à racionalidade do precedente judicial, e será objeto da próxima parte deste trabalho.

O argumento de parte da doutrina estadunidense anteriormente referido, no sentido de que as técnicas de divergência, especialmente o *overruling*, remetem a um indesejável realismo jurídico, evidencia que mesmo a elaboração das sofisticadas técnicas de divergência não inibem o medo do excesso de discricionariedade.⁴³⁰

Assim, se de um lado a consistência entre as decisões judiciais figura como verdadeiro requisito de justiça do sistema jurídico, de outro, a flexibilização do *stare decisis* permite que outros objetivos, diferentes da busca da consistência, se imiscuam no processo de aplicação dos precedentes, objetivos por vezes escusos amparados na decisão de cunho pessoal dos juízes.

O *distinguishing*, nesse ponto, é melhor aceito em virtude da sua natureza menos invasiva, uma vez que a diferenciação não tem o poder, na visão desses autores, de impor uma visão pessoal dos juízes na escolha dos precedentes, por não representar a revogação completa da norma judicial. É,

⁴²⁹ SCHAUER, Frederick. **Precedent**. P. 16.

⁴³⁰ GENNAIOLI, Nicola; SHLEIFER, Andrei. **Overruling and the instability of law**. p. 320.

assim, a forma mais suave e mais utilizada de se afastar a aplicação de um precedente, e que melhor representa a maleabilidade, ou utilizando a expressão consagrada por ZAGREBELSKI⁴³¹, a ductilidade exigida pelo direito judicial, como parte do direito apta a acompanhar com maior fidelidade as mudanças ocorridas na sociedade e no pensamento jurídico. É nesse sentido a lição de MARINONI:

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 isso, 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, a um só tempo, para a estabilidade e para o desenvolvimento do direito.⁴³²

A perspectiva da racionalidade, aqui, oferece luzes à questão no sentido de que o estabelecimento de critérios minimamente objetivos para a justificação das decisões judiciais, especialmente no que diz respeito à divergência do precedente, representa uma tentativa de reduzir a viabilidade de escolhas arbitrárias por parte dos juízes, especialmente no que tange à escolha de não aplicar ou de mitigar a aplicação de um precedente, na medida em que restringe seu campo de argumentação e estabelece um ônus argumentativo que deve ser cumprido pelo julgador. Importante ressaltar a reflexão de MARINONI acerca do assunto, inclusive a respeito da transposição dessa teoria para uma realidade brasileira:

Como a questão da eficácia obrigatória dos precedentes, embora fundamental ao nosso sistema, ainda não teve o seu estudo aprofundado, não é incomum ouvir falar que um sistema de precedentes obrigatórios impedirá o desenvolvimento do direito ou a sua acomodação aos novos tempos, dada a necessidade de as Cortes, especialmente as inferiores, terem de julgar mediante uma mera aplicação da mecânica dos precedentes, sem não poderem

⁴³¹ ZAGREBELSKI, Gustavo. **El derecho dúctil**. p. 16.

⁴³² MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. P. 332.

sequer tomar em conta as particularidades do caso em julgamento. Não é preciso dizer (...) que tudo isso não passa de uma lamentável falta de compreensão do modo como o direito se desenvolve no sistema precedentalista. Não só o *distinguished*, como também o *overruling* são peças vitais a qualquer sistema de precedentes obrigatórios, de modo que a ideia de aplicação irrefletida de precedentes não condiz com o que ora se propõe para o Brasil. Bem por isso, dado o preconceito em vincular os tribunais aos precedentes do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, torna-se oportuno deixar claro que, em hipóteses excepcionais, os próprios tribunais de justiça ou regionais federais podem deixar de aplicar precedentes dos tribunais superiores, contribuindo para a otimização do sistema e para o desenvolvimento do direito.⁴³³

Conforme se apresentará nos itens seguintes, a perspectiva da autoridade deve ser conjugada com a perspectiva da racionalidade, a qual permite, de certa forma, a conformação da noção de que o precedente judicial constitui fator de desenvolvimento do direito também por representar a sua aplicação de forma racional, na medida em que as técnicas de divergência do precedente demonstram que a adoção de um sistema de precedentes vinculantes, no qual se presume que tal vinculação seja obrigatória, não implica, necessariamente, o engessamento do raciocínio jurídico, pois a possibilidade da divergência justificada com base em critérios racionais permite que as teses judiciais preestabelecidas sejam revistas, sem que isso signifique atuação arbitrária do juiz.

4.9. O precedente e o controle da racionalidade das decisões judiciais. A carga argumentativa da divergência de precedentes no *distinguish* e no *overruling*

Divergir dos precedentes judiciais tem sido um problema espinhoso para os juízes do *common law* desde que a teoria positivista passou a ocupar lugar de destaque. Isso porque, em um contexto jurídico de vinculação obrigatória, como é o *stare decisis*, o fundamento de autoridade do precedente restringe a possibilidade de se discordar, não aplicar e até mesmo revogar a norma

⁴³³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. P. 404.

construída no precedente, em nome da manutenção da estabilidade e da uniformidade do direito. Não é a toa que a maior parte da doutrina, hoje, e grande parte da doutrina do século XX questionava a relação entre a correção do precedente e sua autoridade, contestando o conhecimento consolidado de que um precedente deve ser seguido, mesmo que a norma que ali se veicula esteja errada.

Questões levantadas como a coerência, a congruência social e a consistência sistêmica, além da amplamente difundida busca pela segurança jurídica, dizem respeito à exigências racionais do precedente judicial, e nesse ponto, as teorias da argumentação jurídica desenvolvidas ao longo do século XX podem fornecer algumas respostas a esses questionamentos.

Considerando o evidente fato de que o precedente judicial é, antes de tudo, uma decisão judicial, como tal ela deve ser justificada. E, no caso do precedente, a regra de direito ali consolidada deve ser universal, na medida em que os argumentos utilizados em sua fundamentação possam ser reproduzidos em um caso em que estejam presentes as mesmas circunstâncias relevantes do caso precedente.

Tal argumentação não deve ser afastada, a menos que se apresente motivos suficientes para isso. A argumentação de que se trata aqui é o que a doutrina do *stare decisis* nomeou de *ratio decidendi*. Se a decisão judicial é uma resposta com pretensão de correção, a *ratio decidendi* pode ser entendida como a norma formulada para o caso concreto mediante a aplicação do direito vigente, de maneira a veicular a solução mais “correta”, ou a que mais se aproxima de um dado conceito de justiça.

Nos países adeptos da tradição de *common law*, observa-se grande preocupação em se desenvolver técnicas de diferenciação entre a *ratio decidendi* e o *obiter dictum* (parte da decisão composta por alegações laterais, que não constituem o núcleo normativo da decisão), e uma das principais razões para isso é possibilitar a identificação daqueles argumentos fundamentais, capazes de justificar a escolha normativa do julgador, e, assim,

instrumentalizar o uso do precedente, principalmente no que tange à necessidade de afastar sua aplicação.⁴³⁴

As críticas doutrinárias a respeito da inutilidade em se definir a *ratio decidendi* trazidas no capítulo 2 devem ser aqui temperadas, uma vez que a sua função quanto ao controle da racionalidade do precedente judicial é importante, por consistir em critério mínimo de separação da norma de direito construída. Talvez seja mais importante ainda defender a possibilidade de existir mais de uma *ratio* para cada caso, isolando, dessa forma, as regras de direito do resultado do julgamento, e, assim, o aspecto universal do aspecto particular do precedente judicial.⁴³⁵

Alexy aponta que o papel argumentativo do precedente judicial torna-se evidente quando se trata das hipóteses de sua revogação, citando especificamente o *distinguish* e o *overruling*, uma vez que estes dependem da interpretação restrita da *ratio decidendi*, de maneira que se possa identificar a norma subjacente à decisão,⁴³⁶ a partir do momento em que é dado ao julgador alterar a *ratio decidendi* já estabelecida em um precedente, ele tem o poder de alterar a norma formulada para aquele contexto, diante da presença de alguma especificidade; e essa alteração tem fundamento justamente no critério de universalização, dado que determinado precedente não é exatamente adequado para a solução daquele caso, sendo necessária a construção de outra norma que, nos casos que apresentem a mesma especificidade, possa ser aplicada, e, assim, atenda ao requisito de universalidade.

A questão que subjaz as duas técnicas de superação do precedente é a necessidade de se fundamentar o afastamento da argumentação contida no precedente judicial. De um lado, a mudança na argumentação requer sua

⁴³⁴ Mesmo em países adeptos da tradição de *civil law*, como a Alemanha, mas que aplicam em certa medida a doutrina do precedente judicial, essa preocupação pode ser observada. Alexy, ao tratar do efeito vinculante dos precedentes das Cortes Supremas alemãs, retrata um pouco dessa preocupação. ALEXY, Robert; DREIER, Ralf. **Precedent in the Federal Republic of Germany**.

⁴³⁵ MacCormick, Neil. Retórica e o Estado de Direito. p.

⁴³⁶ “O uso de um precedente significa a aplicação da norma que subjaz a decisão do precedente. ‘O direito do precedente é também um Direito de normas’. A questão é o que se deve considerar como norma do ponto de vista do precedente.” ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**, p. 271.

justificação racional, em respeito ao princípio da inércia. De outro, justificar a alteração ou a superação de determinada *ratio decidendi* consiste, também, em se manter seu caráter universal, na medida em que a solução oferecida pela decisão possa ser aplicada aos demais casos.

Ao fazer esse controle da racionalidade, zelando pela estabilidade da argumentação e pela universalidade da norma subjacente à decisão, e, portanto, elegendo a inércia e a universalidade como critérios lógicos de racionalidade, o julgador exerce papel que se assemelha ao papel do legislador, na medida em que exerce o controle argumentativo sobre a norma criada para o caso concreto.⁴³⁷

É possível concluir, assim, que o respeito ao precedente pode ser entendido como critério de controle da racionalidade da decisão judicial, por limitar o âmbito argumentativo e exigir a justificação para a mudança na argumentação. Uma vez que a racionalidade da decisão depende, entre outros critérios, da justificação do afastamento da argumentação utilizada anteriormente para justificar determinada decisão, e da construção de raciocínio lógico aplicável aos demais casos, constitui procedimento de argumentação decorrente de exigências prático-gerais, como o princípio da universalidade e a distribuição da carga argumentativa.⁴³⁸

Esse é um processo aplicável independentemente da admissão do precedente como fonte do direito e da força de sua autoridade institucional. Claro que a conjugação da autoridade com a racionalidade fornece subsídios mais robustos para a manutenção da coerência do sistema jurídico, mas compreender que o uso do precedente é, antes de tudo, um requisito de racionalidade, permite concluir que a ausência de uma doutrina de vinculação, obrigatória nos limites da racionalidade, como é o caso dos países de tradição civilista, não é impeditivo para reconhecer o precedente como elemento essencial do raciocínio jurídico, podendo-se falar, quiçá, em determinação legislativa no sentido da obediência racional ao precedente.

⁴³⁷ ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. p. 270.

⁴³⁸ “O uso de precedentes se mostra assim como procedimento de argumentação exigido por razões prático-gerais (princípio da universalidade/regra da carga da argumentação), sendo, nessa medida, racional.” Idem, p. 271.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa direcionada ao estudo dos precedentes judiciais no Brasil é uma tarefa difícil, pois esbarra no que se costumou chamar de herança jurídica do *civil law*: a noção de que a lei, e apenas ela constituiria fonte legítima do direito.

Nos últimos anos, essa dificuldade tem sido amenizada por uma intensa produção doutrinária, capitaneada por Luiz Guilherme Marinoni, no sentido de investigar as raízes de nossa tradição jurídica e da tradição de *common law*, de maneira a se compreender melhor a dinâmica da interação entre ambas, desmitificando certos conceitos e permitindo a elaboração de novos, mais adequados à realidade jurídica que se apresenta.

O estudo do precedente mostra, em primeiro lugar, que volta e meia, a sociedade se vê obrigada a escolher entre a certeza e a flexibilidade do direito. É um movimento cíclico, de compensação: quando se estabelece uma racionalidade que preza excessivamente pela certeza, e, portanto, pela segurança jurídica, a sociedade ressenete-se de meios de flexibilização do direito, de sua adaptação às novas realidades; de outro lado, a prevalência de um direito extremamente maleável, construído caso a caso, acaba por evidenciar a necessidade de previsibilidade e segurança mínimas.

No Brasil, não há nem certeza, nem flexibilidade: temos um sistema rígido que não é respeitado, e o arbítrio judicial prevalece. O controle racional da decisão judicial é, portanto, assunto que merece ser debatido no meio jurídico.

Talvez seja importante ponderar que nem a lei, nem os precedentes foram ou são suficientes por si só para a garantia da certeza e da segurança jurídica. Como mostra a história, o direito oscile entre fases de extrema flexibilidade, geralmente caracterizadas por um direito judicial fortalecido e pelo desenvolvimento do pensamento jurídico por meio dos julgamentos, e fases de extrema rigidez, geralmente precedidas pelas fases de flexibilidade, nas quais

a necessidade de estabelecer parâmetros mínimos de certeza, de maneira a se garantir a segurança jurídica, suplanta a necessidade de desenvolvimento e acaba por originar sistemas de estabilização, como a lei, no caso da tradição de *civil law*, ou a doutrina do *stare decisis*, no caso da tradição de *common law*.

Além de ter por objetivo desmitificar o sistema de *common law*, o *stare decisis* e o precedente judicial, o estudo histórico também tinha por meta enfrentar certas definições românticas, estabelecidas pela construção doutrinária, como é o caso do uso da expressão “espírito do direito inglês” para fundamentar o prestígio dos juízes e do sistema judicial na Grã-Bretanha, como se fosse possível falar em uma espécie de sentimento coletivo para explicar uma situação jurídica estabelecida durante séculos. Não há que se falar em espírito ou sentimento comum para explicar tal situação, mas sim na construção de uma confiança artificial no Judiciário como garantidor das liberdades pessoais dos ingleses conquistadas nas Revoluções Burguesas, especialmente o direito à propriedade, o que, em um contexto insular, adquire relevância significativa.

Assim, se no contexto do *common law* a prática de seguir precedentes é legitimada por esse tipo de tradição jurídica, e sua autoridade deriva de fatores tão diversos quanto as teorias formuladas para sua explicação, no contexto de *civil law* a fundamentação da autoridade do precedente judicial deve ser melhor elaborada do que simplesmente referir ao papel de uma Corte suprema como detentora da última palavra a respeito da interpretação da lei, como sói acontecer no contexto inglês, por exemplo. Isso porque o paradigma da codificação como fonte suficiente do direito, que caracteriza o sistema continental, leva à rejeição de qualquer tentativa de se perscrutar acerca do papel de outras fontes e de considerá-las como fundamentos para o processo de interpretação e aplicação do direito, o que evidencia a confusão entre lei e direito tão marcante nesse tipo de sistema.

Essa rejeição à pluralidade de fontes consiste muito mais em uma espécie de preconceito do que o fruto de uma reflexão acerca da prática jurídica, uma vez que o espaço argumentativo nas decisões judiciais existe e é amplamente utilizado também pelos juízes dos países de *civil law*, principalmente em um contexto de Estado Constitucional. O problema aqui é que sob o manto da exclusividades das fontes gerais e abstratas, como a lei,

os juristas de *civil law* não se interessam pela argumentação que é construída todos os dias nos tribunais. Não se conhece como os juízes decidem – pois importa apenas que decidam conforme a lei. Nessa medida, não se conhece boa parte do sistema jurídico, que consiste nas interpretações conferidas nos casos concretos, e não existe interesse em se questionar e controlar a racionalidade dos argumentos empreendidos nas decisões judiciais, enfraquecendo, dessa forma, qualquer possibilidade de se estabelecer uma teoria de precedentes conformada a esse tipo de sistema.

A escolha da abordagem do precedente por meio da argumentação jurídica se deu, assim, pela percepção pessoal de que a compreensão apenas no âmbito da autoridade torna o precedente um instituto incompleto, percepção esta felizmente amparada pela obra de autores estrangeiros e brasileiros, com destaque para a proposta de uma teoria de precedentes judiciais obrigatórios, de Luiz Guilherme Marinoni, e de uma teoria normativa de precedentes judiciais, de Thomas da Rosa de Bustamante.

A noção de racionalidade está implícita em cânones comuns ao estudo do *stare decisis*, como a confiança justificada, a surpresa injusta, a previsibilidade, a razoabilidade, entre outros, os quais remetem, em última análise, a uma percepção de justiça, que aqui se buscou delimitar no critério de correção de Alexy.

Dessa forma, pode-se concluir de forma incipiente que o *stare decisis* não é um requisito para a existência de precedentes vinculantes, mas sim um acréscimo de autoridade que deve ser suprido pela racionalidade nos sistemas não adeptos da vinculação obrigatória.

Sob o ponto de vista da racionalidade prática, o precedente exerce dupla função: de fonte material e de elemento de justificação externa da decisão judicial, constituindo fator de desenvolvimento do direito, na medida em que o caráter discursivo da decisão judicial permite que o direito evolua “sem se romper” (conceito de direito dúctil de Zagrebelski), progressivamente, acompanhando as mudanças sociais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABELLAN, Marina Gascón. **Igualdad y respecto al precedente**. Revista Derechos e Libertades, p. 211-227.
- ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- _____. **Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- _____; DREIER, Ralf. Precedent in the Federal Republic of Germany. *In* MCCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert. **Interpreting Precedents: a comparative study**. Vermont, USA: Ashgate Publishing Company, 1997.
- _____; BULYGIN, Eugenio. **La pretensión de corrección del derecho - La polémica Alexy-Bulygin sobre la relación entre derecho y moral**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001.
- ATIENZA, Manuel. **Las razones del derecho**. Universidad Autónoma del México, 2005.
- BARBOZA, Estefania Maria de Queiroz. **Stare Decisis, Integridade e Segurança Jurídica**. Disponível em: http://www.biblioteca.pucpr.br/tede/tde_arquivos/1/TDE-2011-06-20T092503Z-1547/Publico/Estefania.pdf
- BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial**. São Paulo: Noeses, 2011.
- _____. **Principles, Precedents and their Interplay in Legal Argumentation: How to Justify Analogies between**

Cases. Disponível em:
http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1593606.

- Van CANAEGEM, Raoul. **Juízes, Legisladores e Professores**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

- CARDOZO, Benjamin Nathan. **A natureza do processo e a evolução do direito**. Porto Alegre: Coleção Ajuris, AGE, 1978.

- CANARIS, Claus-Whilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

- CELLA, José Renato Gaziero. **Técnica do auto-precedente e controle das decisões judiciais**. In VII CONGRESSO BRASILEIRO DE FILOSOFIA, João Pessoa, PB: 2002. Disponível em:
http://www.cella.com.br/conteudo/conteudo_105.pdf.

- COSTA, Alexandre Araujo. **Direito e método: diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica**. Disponível em:
http://repositorio.bce.unb.br/bitstream/10482/1512/1/2008_AlexandreAraujoCosta.pdf

- CROSS, Rupert. HARRIS, J.W. **Precedent in English law**. Clarendon Press, Oxford, 1991.

- CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

- DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. São Paulo: Martins Fontes, 2002

- DRUMMOND, Paulo Henrique Dias. CROCETTI, Priscila Soares. **Formação histórica, aspectos do desenvolvimento e perspectivas de convergência das**

tradições de *Common Law* e *Civil Law*. In MARINONI, Luiz Guilherme. **A força dos precedentes**. Salvador: JusPodivm, 2010.

- DUXBURY, Neil. **The nature and the authority of precedent**. Cambridge University Press, 2008.

- EISENBERG, Melvin A. **The nature of the Common Law**. Harvard University Press, 1988.

- EVANS, Jim. Change in the doctrine of precedent during the nineteenth century. In GOLDSTEIN, Laurence. **Precedent in law**. Oxford: Clarendon Press, 1987.

- FERRARESE, Maria Rosaria. Dal “verbo” legislativo a chi dice l’“ultima parola”: le corti costituzionali e la rete giudiziaria. **Annuario di diritto comparato e di studi legislativi**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2011.

- GENNAIOLI, Nicola; SHLEIFER, Andrei. Overruling and the instability of law. **Journal of Comparative Economics, Elsevier**, vol. 35(2), p. 309-328, Junho de 2007.

- GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

- GROSSI, Paolo. **Primeiras lições sobre direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

- 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.

- HART, Hebert L. A. **O conceito de direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.
- KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.
- KNIFFIN, Margaret N. Overruling Supreme Court precedents: anticipatory action by United States Courts of Appeals. **Fordhan Law Review**, outubro/1982.
- LIMA, Newton de Oliveira. **A teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy: pressupostos e paradigmas para o neokantismo jurídico**. Disponível em: <http://jusvi.com/artigos/37101>.
- LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1997.
- LEDERMAN, Howard Y. Judicial overruling: time for a new general rule. **Michigan Bar Journal**, setembro/2004.
- LEVI, Edward H. **An introduction to legal reasoning**. Chicago: University of Chicago, 1949
- LORENZETTI, Ricardo. **Teoria da decisão Judicial: fundamentos de direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- LOSANO, Mario. **Os grandes sistemas jurídicos**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- MacCORMICK, Neil. Can stare decisis be abolished? **Juridical Review**, 1966.
- _____; SUMMERS, Robert S. Introduction. **Interpreting Precedents: a comparative study**. Brookfield: Ashgate Publishing Company, 1997.

- MARINONI, Luiz Guilherme Bittencourt. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- MELLO, Patrícia Perrone Campos. Precedentes e vinculação: instrumentos do *stare decisis* e prática constitucional brasileira. **Revista de Direito Administrativo**, julho/setembro 2005.
- MERRYMAN, John-Henry; PÉREZ-DOMO, Rogelio. **The civil law tradition: An introduction to the legal systems of Europe and Latin America**. Stanford: Stanford University Press, 2007.
- MITIDERO, Daniel. Fundamentação e precedente – Dois discursos a partir da decisão judicial. **Revista dos Tribunais**. Ano 37, v. 206, abril de 2012. P. 61-78.
- ODAHARA, Bruno Periolo. Um rápido olhar sobre o *stare decisis*. In MARINONI, Luiz Guilherme. **A força dos precedentes**. Salvador: JusPodivm, 2010.
- POSTEMA, Gerald J. Some roots of the notion of precedent. In GOLDSTEIN, Laurence. **Precedent in law**. Oxford: Clarendon Press, 1987.
- RAATZ, Igor. Considerações históricas sobre as diferenças entre *common law* e *civil law*: reflexões iniciais para o debate sobre a adoção de precedentes no direito brasileiro. **Revista de Processo**. Ano 36, v.199, set-2011
- ROVER, José Aires [et al...]. **Conexões entre moral e direito sob um ponto de vista lógico**. Disponível em: <http://pt.scribd.com/doc/15091163/Conexoes-entre-moral-e-direito-sob-um-ponto-de-vista-logico>.
- SANTORO, Emilio. Rule of law e “liberdade dos ingleses”: a interpretação de Albert Venn Dicey. COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. **O Estado de Direito: história, teoria, crítica**. São Paulo: 2006, Martins Fontes.

- SÈROUSSI, Roland. **Introdução ao direito inglês e norte-americano**. São Paulo: Landy, 2001.

- SCHAUER, Frederick. **Authority and authorities**. Public Law and Legal Theory Law School. University of Virginia Law School. Disponível em: http://law.bepress.com/uvalwps/uva_publiclaw/art92.

- _____. Precedent. **Stanford Law Review**, February 1987. (39 Stan. L. Rev. 571).

- _____. **Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning**. Harvard University Press, 2009.

- STRECK, Lenio Luiz. **Súmulas no Direito brasileiro: eficácia, poder e função: a ilegitimidade constitucional do efeito vinculante**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

- SUMMERS, Robert S. ENG, Svein. Departures from Precedent. **Interpreting Precedents: a comparative study**. Brookfield: Ashgate Publishing Company, 1997.

- TARUFFO, Michelle. **Precedente y jurisprudencia**. Disponível em: http://bibliotecadigital.icesi.edu.co/biblioteca_digital/bitstream/item/2184/1/04.pdf

- WESLEY-SMITH, Peter. Theories of Adjudication and the Status of *Stare Decisis*. In GOLDSTEIN, Laurence. **Precedent in law**. Oxford: Clarendon Press, 1987.

- WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1967.

- ZAGREBELSKI, Gustavo. **El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia.**
Madrid: Editorial Trotta, 2009.

- ZWEIGERT, Konrad & KOTZ, Hein. **Introduction to comparative law.**
Clarendon Press, Oxford. 1998.