

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
FACULDADE PAULISTA DE DIREITO

HEITOR PEREIRA VILLAÇA AVOGLIO

A FORÇA NORMATIVA DOS PRECEDENTES: UMA ABORDAGEM PRAGMÁTICA-DISCURSIVA

MESTRADO EM DIREITO
SÃO PAULO
2011

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
FACULDADE PAULISTA DE DIREITO

HEITOR PEREIRA VILLAÇA AVOGLIO

A FORÇA NORMATIVA DOS PRECEDENTES: UMA ABORDAGEM PRAGMÁTICA-DISCURSIVA

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo como exigência parcial para obtenção do título de MESTRE em Filosofia do Direito, sob a orientação do Professor Doutor Luiz Sérgio Fernandes de Souza.

MESTRADO EM DIREITO
SÃO PAULO

2011

Banca Examinadora:

Ao Professor

LUIZ SÉRGIO FERNANDES DE SOUZA

AGRADECIMENTOS

Agradecer sem ser ingrato é uma das tarefas mais difíceis. Exaurir os nomes seria empreitada perigosa demais, visto o risco de esquecimento – muito injusto – de alguma pessoa. Gostaria primeiramente, então, de agradecer a todos àqueles que, de qualquer forma, contribuíram para este trabalho. Certo é que cada sugestão, crítica, aviso, conselho, tolerância ou mesmo reprimenda foram decisivos para o alcance da conclusão e finalização deste trabalho, pelo que sou muitíssimo grato.

Alguns nomes, entretanto, não poderiam ficar sem menção expressa:

Professor Luiz Sérgio Fernandes de Souza, presente desde meu ingresso nos bancos da graduação e que tanto me ajudou – não sem muito esforço e paciência – e apoiou meus projetos, seja concedendo-me oportunidades de monitoria e assistência, seja pelos diálogos e lições fundamentais;

Professor Luiz Guilherme ArcaroConci, que desde o início de meus estudos em direito constitucional me concedeu as melhores oportunidades de estágios, monitorias, assistências, publicações e docência nos recantos de excelência, uma sincera amizade;

Professores do Mestrado e amigos, como Marcio Pugliesi, Roberto Dias, Paulo de Barros Carvalho, Roque Carrazza, Marcelo Neves, Clarice Araújo, Vinícius Solha, Robson Maia Lins e Tácio Lacerda Gama: carregue comigo os ensinamentos, e espero que este trabalho atenda vossa expectativa; Rafael, da secretaria acadêmica, pela orientação administrativa acerca das necessárias prorrogações.

Amigos fundamentais, sejam eles do mestrado, da COGEAE, do trabalho, da biblioteca, ou mesmo de minha cidade natal, Guaratinguetá-SP: Paulo Vital, Guilherme Moraes, Diogo Pereira, Maurício Barros, Maurício Zogbi, Enrico Battaglioli, André Martins, Gerson Guerra, Marcos Stabile, Celso Câmara, José Haroldo Segalla, Gilson Oliveira, Derly Barreto, René Zamlutti, João Paulo Pessoa, Thiago Donnini, Renato Mehanna, Renato Herani, Juliano e Marcus Gianni, Lucas Rodrigues, André Javier, Henrique Caldas, Christian Grosselfinger e Arthur Tsutiya. Cada um de vocês deteve participação no extenso processo, pelo que agradeço o destaque de mentes e corações. Muito obrigado;

Felipe Penteado, melhor amigo, companheiro de momentos de alegrias e de problemas, com quem caminhei na longa jornada do concurso público, um agradecimento à parte, sobretudo pelos auxílios quase emergenciais de revisão deste trabalho;

Meu pai, José Luiz Villaça Avoglio, exemplo de humildade e excelência, simplicidade, sacrifício e grandeza – professor e militar de ideologia pós-88 –; minha mãe, Fátima de Jesus Ponte Pereira Avoglio, que me proporciona, não sem relevante sacrifício, conforto para perseguir meus objetivos, não sem me dar todo o amor e carinho no processo. Minha irmã, Bárbara Pereira Villaça Avoglio, às vezes tão distante, mas que me enche de orgulho e me faz sentir saudade;

E, finalmente, Carla Murcia, que me ensinou que tudo é possível e me deu algo nunca antes experimentado: amor verdadeiro. Ao meu lado por toda a vida, só posso afirmar meu compromisso de fazê-la feliz e de construir nossa família. Eu te amo, *semper fidelis ad aeternum*.

A todos, agradeço de coração. Possa eu um dia ser capaz de retribuir-lhes em igual medida.

RESUMO

O presente trabalho enfoca a figura do *precedente*. As reformas constitucionais e do processo iniciaram uma nova mentalidade no direito brasileiro: a de um sistema de decisões vinculantes. Propostos moldes para tal sistema, com base principalmente nos interesses utilitaristas e de metas de produção, eles não se mostram satisfatórios para o outro lado da moeda: a correta cognição e fundamentação da justiça. Recorre o trabalho, inicialmente, a uma investigação sobre o *stare decisis*: uma espécie de mecânica do sistema de precedentes judiciais nos países de tradição do *common law*. Alcançadas certas conclusões, o autor adota a teoria de Ronald Dworkin e Robert Alexy, notadamente a classificação qualitativa das normas jurídicas entre *regras* e *princípios*. Após uma crítica sobre a necessidade de se apoiar em um paradigma discursivo, o trabalho conclui que esta teoria e o modelo de súmula vinculante proposto pela reforma não são suficientes para uma compreensão integral dos precedentes, pelo que propõe seu conceito como terceira espécie de norma jurídica, dotada de força normativa por meio de razões, com o que muito se buscou em Jürgen Habermas. Com este novo conceito inicial, o autor propõe novas roupagens às noções de *stare decisis*, segurança jurídica, responsabilidade argumentativa, etc., rechaçando por fim o modelo existente pela razão de se tratar de uma retomada de um paradigma há muito superado: o juiz *boca-da-lei*.

Palavras chave: precedente, norma jurídica, *stare decisis*, responsabilidade argumentativa, pragmatismo, Robert Alexy.

ABSTRACT

This paper focuses on the figure of precedent. Brazilian constitutional and processes reforms lead off to a new expertise: the system of binding decisions. The primarily founded basis for this new model is the utilitarian interests and the production targets, which does not seem satisfactory to its opposite side: the correct cognition and reasoning of justice. At first, this paper looks into the *stare decisis* technique: a sort of a mechanical system that searches the judicial court's precedents, typical in countries with Common Law traditions. Reached certain conclusions, the author embraces the theory ideate by Ronald Dworkin and Robert Alexy, mainly the qualitative assortment between rules and principles. After a review about the need to rely on a paradigm of discourse, this paper concludes that that theory of *stare decisis* and the model proposed by the legislative reforms are insufficient in order to propitiate a full understanding of the whole precedent theory, and suggests a third kind of legal standard of law, endowed with legal force by means of reason, which was first conceived by Jürgen Habermas doctrine. With this new initial concept, the author proposes a new figure for the *stare decisis* cognition, by legal certainty, accountability, argumentative basis, etc. At last, finishes by rejecting the existing legislative model, arguing that it reveals the revival of a paradigm which has long surpassed: the judge as the "mouth of the law".

Key words: precedent, norm, *stare decisis*, argumentative liability, pragmatism, Robert Alexy.

SUMÁRIO

Introdução: aproximação do tema e algumas reflexões iniciais	12
---	-----------

Parte I: premissas para *pensar em precedentes*¹⁴

1. Capítulo 1. Emenda Constitucional nº 45/04 e a nova racionalidade estabelecida: um foco no papel do Supremo Tribunal Federal, na Súmula vinculante, Repercussão geral e direitos fundamentais da razoável duração e celeridade no processo.	15
---	-----------

1.1. O papel do Supremo Tribunal Federal	15
1.1. O recurso extraordinário	17
1.2. A repercussão geral	18
1.3. A súmula vinculante	22
1.3.1. O sistema jurídico antes da emenda constitucional nº 45/04: uniformização da jurisprudência, súmula impeditiva de recurso e efeito vinculante na ação declaratória de constitucionalidade	23
1.3.2. O sistema jurídico após a emenda constitucional nº 45/04: súmula vinculante e seu procedimento	24
1.3.3. A compreensão geral e a primeira abordagem crítica	28

2. Capítulo 2. A consolidação infraconstitucional da mudança: aspectos oriundos da reforma processual e da nova etapa do processo	32
--	-----------

2.1. Os instrumentos processuais de aplicação dos precedentes	32
2.1.1. Os instrumentos para o impedimento de recurso (positivos e negativos)	32
2.1.1.1. A súmula impeditiva de recursos em primeiro grau: artigo 518, §1º do Código de Processo Civil (Lei nº 11.276/2006)	35
2.1.1.2. A negativa de seguimento de recurso inadmissível, improcedente ou prejudicado: artigo 557, <i>caput</i> , do Código de Processo Civil (Lei nº 9.756/98)	35
2.1.1.3. O impedimento de recurso extraordinário por ausência de repercussão geral: artigo 543-A, §5º, do Código de Processo Civil (Lei nº 11.418/2006)	37
2.1.1.4. A admissibilidade de recurso extraordinário pela falta de obediência à orientação do Supremo Tribunal Federal: a presunção absoluta de repercussão existente na norma do artigo 543-A, §3º do Código de Processo Civil (Lei nº 11.418/2006)	38
2.1.1.5. Medida cautelar para a concessão de efeito suspensivo a recurso extraordinário ou especial não admitido pelo tribunal de origem na hipótese da decisão combatida contrariar norma estabelecida em precedente do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça	39
2.1.1.6. A dispensa de reexame necessário: artigo 475, §3º, do Código de Processo Civil	41
2.1.1.7. A negativa de admissibilidade do recurso especial: artigo 543-C do Código de Processo Civil (Lei nº 11.672/2008)	41
2.1.2. Os instrumentos para o juízo de mérito	42
2.1.2.1. O indeferimento liminar de ação direta de inconstitucionalidade e de ação declaratória de constitucionalidade manifestamente improcedente	43
2.1.2.2. O indeferimento liminar ad ação nos casos de <i>processos repetitivos</i> sem citação: artigo 285-A do Código de Processo Civil (Lei nº 11.277/2006)	44
2.1.2.3. O provimento de recurso por confronto com orientação dominante: artigo 557, §1º A, do Código de Processo Civil	47

2.1.2.4.	A vinculação e o impedimento de recurso perante os processos sobrestados por força de decisão em sede de repercussão geral: artigo 543-B, §§ 2º e 3º (Lei nº 11.418/2006)	47
2.1.2.5.	A atribuição de efeito vinculante a recurso extraordinário: artigos 14 e 15 da Lei nº 10.259/2001 e artigo 321 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal	48
2.1.2.6.	A impugnação de título executivo por inexigibilidade decorrente de precedente do Supremo Tribunal Federal: artigo 475-L, §1º e artigo 741, parágrafo único, ambos do Código de Processo Civil	50
2.1.2.7.	A ação rescisória com fulcro em precedente judicial	51
2.1.2.8.	A decisão monocrática em sede de conflito de competência: artigo 120, parágrafo único, do Código de Processo Civil (Lei nº 9.756/98)	53
2.1.2.9.	O recurso extraordinário e o recurso especial como instrumentos de aplicação de precedentes	53
2.1.2.10.	O incidente de uniformização de jurisprudência e os embargos de divergência como instrumentos de aplicação de precedentes: artigo 476 e seguintes do Código de Processo Civil	55
2.1.3.	A reclamação ao Supremo Tribunal Federal como instrumento de aplicação de precedentes	57
Parte II: precedentes e <i>stare decisis</i>: investigações		60
3.	Capítulo 3. Uma leitura brasileira do <i>stare decisis</i>	61
3.1.	Os pilares do <i>stare decisis</i> : a legalidade material	65
3.2.	Os pilares do <i>stare decisis</i> : a igualdade	68
3.3.	Os pilares do <i>stare decisis</i> : a segurança jurídica e sua função estabilizadora	71
3.4.	A nossa compreensão do <i>stare decisis</i>	72
Parte III: Desenvolvimento da noção de precedente no Brasil: sugestões para uma teoriapragmática-discursiva		81
4.	Capítulo 4. O pensamento de Robert Alexy: a teoria estrutural integrativa das normas jurídicas, regras, princípios e o sopesamento mediante a máxima da proporcionalidade – <i>Theorie der Grundrechte</i>.	82
4.1.	A teoria estrutural de Robert Alexy	86
4.2.	O conceito de norma jurídica: o modelo semântico de norma	88
4.3.	A norma de direito: norma jurídica e disposição de direito	94
4.4.	A estrutura das normas de direitos fundamentais	100
4.4.1.	Critérios tradicionais para a distinção entre regras e princípios	101
4.4.2.	Os princípios como mandamentos de otimização e as regras como determinações	103
4.4.3.	Colisões entre princípios e conflitos entre regras	104
4.4.4.	Os resultados de sopesamentos como normas de direito atribuídas	109
4.5.	O distinto caráter <i>prima facie</i> das regras e princípios	111
4.6.	As regras e os princípios como razões	112
4.7.	A teoria dos princípios e a máxima da proporcionalidade	119
4.7.1.	O exame de adequação	121
4.7.2.	O exame da necessidade	123
4.7.3.	O exame da ponderação/proporcionalidade em sentido estrito	124
4.8.	Três modelos para a concepção dos direitos	127
4.9.	O duplo caráter das normas de direitos fundamentais	140
4.10.	Objções levantadas na própria obra de Robert Alexy	146
5.	Capítulo 5. A crítica: a indeterminação do direito e a racionalidade da jurisprudência – a mudança de paradigma realizada por Jürgen Habermas. O	

precedente enquanto norma jurídica a partir das concepções de Dworkin, Alexy, Habermas e MacCormick	155
5.1. O positivismo, o realismo e a visão hermenêutica e da interpretação	158
5.2. O acoplamento do discurso: o alcance da intersubjetividade	174
5.3. O precedente enquanto norma jurídica	182
5.4. A construção dos precedentes: procedimento identificado pela doutrina acerca da criação do direito pela jurisdição	184
5.4.1. A primeira etapa: provocação do jurisdicionado	184
5.4.2. A segunda etapa: a atuação do <i>amicus curiae</i> e a participação de setores da sociedade	186
5.4.3. A terceira etapa: a decisão e o juízo revisor	189
5.4.4. A quarta etapa: a objetivação do precedente	191
5.4.5. A quinta etapa: a incidência do precedente em um processo posterior	193
5.5. A força normativa dos precedentes	195
5.5.1. A adjudicação e a força normativa decorrente das razões: a dimensão da coerência	199
5.5.2. Considerações acerca de uma proposta de compreensão: as razões e a coerência	207
5.5.3. Considerações acerca de uma proposta de compreensão: stare decisis; certeza e segurança; responsabilidade argumentativa; precedentes como normas de adjudicação e uma filosofia dos precedentes.	215
Conclusão	236

“É uma máxima entre esses advogados que tudo que foi feito antes pode ser legalmente feito de novo: e, portanto, eles têm o grande cuidado de registrar todas as decisões anteriormente tomadas contra a justiça comum e as razões gerais da humanidade. Estas, sob o nome de precedentes, são vistas como autoridades para justificar as opiniões mais iníquas.” As viagens de Gulliver, livro 4, cap. 5 (1726).

Introdução: aproximação do tema e algumas reflexões iniciais

A presente dissertação é, antes de tudo, um convite à reflexão. O tema nasceu de uma curiosidade inicial sobre a Emenda Constitucional nº 45/04, que trouxe a sistemática da súmula vinculante e da repercussão geral, introduzindo institucionalmente um sistema de obediência a precedentes judiciais. Estando o autor àquela época na graduação e se dedicando aos estudos de lógica jurídica, a primeira ideia foi a de um estudo comparado entre o direito brasileiro e americano na busca de argumentos e teorias que, por sua experiência histórica, pudessem nos auxiliar a compreender a figura do precedente.

Isso porque, apesar da aproximação das funções dos juízes de ambos os sistemas, apenas o *common law* devia respeito aos precedentes. Na *civil law*, essa ausência de respeito está fundada, principalmente, de que a lei seria suficiente para garantir a certeza do direito e a segurança jurídica¹. A noção de *certeza* adquiriu, assim, feições opostas nas tradições, sendo que em uma gerou a ideia de *stare decisis* ao passo que na outra foi utilizada para negar a importância das decisões judiciais em relação aos casos futuros.

A evolução do *civillaw*, por sua vez, passa por uma superação de uma ideia instituída para viabilizar a realização de um desejo revolucionário, e que, portanto, nasceu com a marca da utopia: o juiz, antes proibido de interpretar a lei, passou – no decorrer destes mais de dois séculos – a interpreta-la, retirando a razão de existência das antigas Cortes de Cassação, um órgão não jurisdicional responsável por desconstituir decisões judiciais que interpretassem a norma. Como dogma inicial da revolução francesa, esta noção manteve-se viva ainda que a evolução do *civil law* a descaracterizasse sistematicamente, já desde 1803 em *Marbury vs. Madison*². A força do constitucionalismo – aqui entendimento como a força normativa da Constituição – e a atuação judicial mediante a concretização das regras abertas fez surgir um novo paradigma: o juiz é hoje visto como o grande concretizador de direitos. Embora tal constatação beire o óbvio, ainda há hoje a preocupação de se justificar a jurisdição nos moldes atuais à concepção de Montesquieu da Separação de Poderes³.

¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.19.

² *It is emphatically the province and duty of the judicial department to say what the law is*. Este *leading case* norte-americano iniciou a concepção da *judicial review*, apesar de pertencer a um contexto histórico diferente da tradição continental europeia, não deixa de servir como indício de que a atribuição original do juiz boca-da-lei estava além do possível.

³ Na verdade, a doutrina esquece-se de esclarecer que o juiz da revolução francesa nasceu natimorto e que o princípio da estrita separação dos poderes sofreu mutação com o passar do tempo, tendo, nos dias atuais, outra figura.

Existe atualmente no Brasil a identificação de certa aproximação entre as tradições da *civil law* e da *common law*, outrora tida como os direitos dos códigos e os direitos dos casos, respectivamente⁴. A segurança jurídica, romanticamente idealizada na filosofia que pautou a revolução francesa, é dizer, uma estrita aplicação da lei, não mais consegue dispensar o papel e a importância de se pensar por precedentes. Isso foi reconhecido, institucionalmente, pela Emenda Constitucional nº 45/04 e demais mudanças no ordenamento jurídico, principalmente no processo civil, onde foram inseridos vários mecanismos e figuras que dizem respeito a precedentes. No âmbito teórico, a interpretação jurídica – sua possibilidade – também é lugar comum admitido secularmente, e atualmente também parcela importante de juristas defende entusiasmadamente o modelo de precedentes no Brasil⁵.

No entanto, toda a abordagem teórica tem cunho estritamente processual, no máximo apoiada sobre argumentos de que cumprem o alcance de um *ótimo* almejado por princípios constitucionais. No espaço da teoria do direito e direito constitucional, foi consolidada a teoria de Robert Alexy que, com base em Ronald Dworkin, classificou a norma jurídica entre as espécies *regras* e *princípios*, distintas qualitativamente. Os precedentes nesta teoria, entretanto, seriam compreendidos como *regra*, à medida que a decisão judicial produz um *comando* jurídico na forma de determinação. Visa se demonstrar aqui o equívoco deste pensamento em razão de uma crescente complexidade causada por mudanças radicais e mau uso dos institutos, sugerindo-se então uma nova compreensão dos precedentes a partir de uma abordagem da teoria e da filosofia do direito.

Debruçar-se sobre os precedentes com postura própria da filosofia do direito é, portanto, o objeto de estudo, que visa, nesta etapa da trajetória acadêmica do autor, tanto um aprendizado quanto uma sugestão à compreensão do instituto pelo Direito Brasileiro.

⁴Conrado Hübner Mendes, em sentido contrário, discorda desta aproximação. Verificar em *Carta aos alunos da SBDP*, disponível em <http://www.sbdp.org.br/extramuros.php>.

⁵A saber: Luiz Guilherme Marinoni, Luiz Guilherme ArcaroConci, Cassio Scarpinella Bueno, Gilmar Ferreira Mendes, dentre outros.

Parte I

Premissas para *pensar em precedentes*

Precedentes são decisões anteriores que funcionam como modelos para decisões posteriores. Lições aprendidas no passado podem ser aplicadas para resolver problemas do presente e do futuro, sendo isso lugar comum da razão prática humana. O precedente, afirma MacCormick, observa o direito em duas frentes: (a) quando um operador ou estudioso do direito – advogados, juízes, juristas, etc. – se depara com uma questão jurídica e procura se existe um precedente que verse sobre ela; e (b) quando o aplicador não apenas toma nota do que foi decidido no passado, mas utiliza o precedente como um guia para a solução da demanda, justificando que fazer o presente observar o passado é o caminho correto – ou até mesmo obrigatório – a ser seguido⁶.

A primeira etapa deste estudo tem por objetivo firmar as premissas que justificam o desenvolvimento de uma filosofia sobre o modo de pensar o direito a partir dos precedentes.

⁶MacCORMICK, Neil. SUMMERS, Robert [orgs.]. *Interpreting precedents: a comparative study*. Lincolnshire: Dartmouth, 1997, p.02.

Capítulo I

A Constituição e seu novo papel no sistema jurídico: o panorama atual da dogmática jurídica

1. Emenda Constitucional nº45/04 e a nova racionalidade estabelecida: um foco no papel do Supremo Tribunal Federal, na Súmula vinculante, Repercussão geral e direitos fundamentais da razoável duração e celeridade no processo

A Reforma do Judiciário, como foi chamada o conjunto de mudanças oriundos da Emenda Constitucional 45/04, por certo ensejou diversos debates em todas as suas frentes de atuação⁷. Dentre todos estes, nos interessa primeiramente a posição que o Supremo Tribunal Federal passa a ter no sistema jurídico⁸.

1.1. O papel do Supremo Tribunal Federal

Desde o advento do regime militar, o Supremo Tribunal Federal funciona pelo acúmulo de tarefas, sendo Tribunal Constitucional em meio período enquanto funcionava como tribunal comum de última instância, sendo denominado por alguns de *tribunal de supercassação universal*. André Ramos Tavares também anota que o Supremo Tribunal Federal também servia como instância originária para autoridades do Estado⁹. Esse acúmulo

⁷ Importa salientar os aspectos e preocupações positivos que esta [a Reforma] incorporou. Assim se pode dizer: (i) da busca pela celeridade processual; (ii) da busca por um *status* necessariamente constitucional para os tratados ou convenções sobre direitos humanos; (iii) do reconhecimento da necessidade de um número de magistrados proporcional à demanda e à população; (iv) da introdução do mecanismo da “repercussão geral”, permitindo uma filtragem das causas a serem apreciadas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de RE; (v) do equacionamento das hipóteses próprias do RE; (vi) da preocupação com a unidade do Direito e da jurisdição, por meio da criação da súmula vinculante; (vii) de uma maior preocupação com as defensorias públicas; (viii) do fortalecimento do juiz de Direito na Justiça Militar de primeira instância; (ix) da preocupação com a fiscalização e controle do Judiciário e do MP; e (x) da preocupação geral com a formação e preparação dos futuros promotores e magistrados para o exercício das funções. TAVARES, André Ramos. *Reforma do judiciário no Brasil pós88: (des)estruturando a justiça: comentários completos à EC n.45/04*. São Paulo: Saraiva, 2005, p.195-196.

⁸ Houve sutil concentração de poderes no Supremo Tribunal Federal, tendo em vista os seguintes elementos recém-introduzidos: (i) permissão para editar súmula vinculante; (ii) transferência de representação interventiva anteriormente da seara do Superior Tribunal de Justiça; (iii) apreciação das ações contra o CNJ e contra o CNMP; (iv) alargamento do campo próprio do RE; (v) extensão do efeito vinculante às suas decisões proferidas em ADI; (vi) presidência do CNJ necessariamente por ministro do Supremo Tribunal Federal; (vii) indicação de três dos integrantes do CNJ. Acrescente-se que a Reforma não alterou a forma de escolha dos membros do Supremo Tribunal Federal. TAVARES, André Ramos. *Reforma do judiciário no Brasil pós88: (des)estruturando a justiça: comentários completos à EC n.45/04*. São Paulo: Saraiva, 2005, p.195.

⁹ TAVARES, André Ramos. *Reforma do judiciário no Brasil pós88: (des)estruturando a justiça: comentários completos à EC n.45/04*. São Paulo: Saraiva, 2005, p.89.

de funções se deu pela adoção do modelo misto de controle de constitucionalidade, é dizer, em razão de o Supremo Tribunal Federal exercer-lo tanto em sede abstrato-concentrada quanto em concreto-difusa, talvez por restar impensadas algumas consequências da mera fusão de modelos estrangeiros.

Tal formato, que foi adotado na Constituição de 1988 e perdurou até a reforma suprarreferida, se aproximava de um controle popular de constitucionalidade, o que, apesar de à primeira vista democrático e louvável, descambava na inviabilidade de tamanho sistema recursal, com tão ampla admissibilidade¹⁰. A Reforma do Judiciário veio mudar em primeiro lugar, então, o acesso ao controle de constitucionalidade, retirando o Recurso Extraordinário dos instrumentos do controle difuso-concreto, bem como resgatar sua excepcionalidade de outrora¹¹. Isso permitiu ao Supremo Tribunal Federal escolher melhor sua área de atuação, permitindo-lhe melhor *escolher o que julgar*.

No tocante ao controle concentrado-abstrato, seus instrumentos atribuíam efeitos variados as suas decisões, gerando incongruência ao sistema jurídico. Nesse ponto, a reforma aproximou as Ação Direta de Inconstitucionalidade e a Ação Declaratória de Constitucionalidade – ADIN e ADECON, respectivamente. André Ramos Tavares aproveita para criticar a melhoria que a Reforma poderia ter realizado: a forma de indicação e nomeação dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, buscando a independência e o pluralismo em sua composição subjetiva.

Ademais, a reforma advinda na Emenda unificou, nas mãos do Supremo Tribunal Federal, o cabimento da representação interventiva, anteriormente de competência do Superior Tribunal de Justiça, mediante representação apresentada pelo Procurador-Geral da República. A hipótese de intervenção por inexecução de Lei Federal também cabia ao Superior Tribunal de Justiça, sendo concentrada no Supremo Tribunal Federal, embora o Superior Tribunal de Justiça continue possibilitado de requisitar a intervenção quando do descumprimento de decisão judicial, porém tal espécie de intervenção não se dá por meio de representação proposta pelo Procurador-Geral da República – onde, aliás, deveria ter-se estendido à maneira da legitimação para a propositura das ações de controle concentrado.

¹⁰ Um grande volume de processos não significa exatamente um incremento na defesa da Constituição. TAVARES, *Teoria da justiça constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005, p.411.

¹¹ TAVARES, André Ramos. *Reforma do judiciário no Brasil pós88: (des)estruturando a justiça: comentários completos à EC n.45/04*. São Paulo: Saraiva, 2005, p.89. Cf. também TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 296

1.2. O recurso extraordinário

Certamente visando a diminuição da absurda carga de processos submetidos à apreciação do Supremo Tribunal Federal, a reforma resolveu modificar a disposição dos conflitos apreciáveis via recurso extraordinário e recurso especial, acrescentando uma nova hipótese de recurso extraordinário ao artigo 102, inciso III, alínea *d*¹². Tal inserção, por mais que possa soar como uma contradição, foi indiscutivelmente positiva, à medida que a hipótese contemplada na inserção envolve problema de divisão de competências, o que é sempre questão constitucional. No regime anterior, sendo hipótese de recurso especial, mesmo após a decisão do Superior Tribunal de Justiça os processos acabavam submetidos ao Supremo Tribunal Federal. Era, portanto, irracional e contraproducente para o abrandamento do volume do Supremo Tribunal Federal¹³.

A hipótese de decisão que julga válida lei federal contestada em face de lei local também poderia ter sido inserida pela Reforma, visto que nesses casos também pode ter havido equívoco da decisão, pois igualmente uma questão constitucional de divisão de competências, vale dizer, o legislador federal pode igualmente cometer abusos, da mesma forma que o legislador local da hipótese inserida pela Emenda Constitucional. Trata-se de uma disfunção, pois tal hipótese permanece ainda como ensejadora de recurso especial, o que tumultua o volume de trabalho, visto que a questão de competências, por ser naturalmente constitucional, ainda pode ensejar análise via recurso extraordinário.

Ademais, o sistema permanece com outras disfunções, como as decorrentes da mudança da assimilação de tratados internacionais que versem sobre direitos humanos, agora incorporados sob a espécie normativa de emendas constitucionais¹⁴. Se forem normas

¹²Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: [...] III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: [...] d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

¹³ Mas é preciso atentar para a permanência, com o Superior Tribunal de Justiça, da competência para julgar, em sede de recurso especial, os casos em que a decisão recorrida tiver julgado “válido ato de governo local contestado em face de lei federal” (nova redação da alínea *b* do inciso III do artigo 105 da CF). TAVARES, André Ramos. *Reforma do judiciário no Brasil pós88: (des)estruturando a justiça: comentários completos à EC n.45/04*. São Paulo: Saraiva, 2005, p.93.

¹⁴Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

constitucionais, qualquer violação de normas jurídicas contidas nesses tratados, seja por ato normativo ou decisão judicial, incidirá em inconstitucionalidade, o que acarreta a análise do Supremo Tribunal Federal por via de recurso extraordinário, e não mais recurso especial, muito embora mantida a hipótese do artigo 105, inciso III, alínea *c*¹⁵, que preceitua o cabimento de recurso especial quando a decisão contrariar tratado ou negar-lhe vigência. André Ramos Tavares, em crítica à nova sistemática da reforma, propõe uma interpretação sistemática, a fim de se admitir o recurso especial quando o tratado *a priori* violado não versar sobre direitos humanos; ou que não tenha sido aprovado com o *quórum* do artigo 5º, §3º, da Constituição¹⁶.

Talvez a mera introdução do mecanismo da *repercussão geral* – que será analisado mais adiante – fosse suficiente para exigir apenas que a decisão recorrida contrarie a Constituição¹⁷.

1.3. A repercussão geral

A repercussão geral foi a resposta encontrada pela doutrina brasileira para a grave questão do volume de trabalho atribuído ao Supremo Tribunal Federal, i.e., a corte constitucional. No direito norte americano, a doutrina tem como paradigma o *writ of certiorari*, concebido como controle de acessibilidade à Suprema Corte. Esta, por sua vez, possui unânime discricionariedade em conhecer ou não a questão submetida, não havendo que se falar – como o mau uso dita por aqui –, do atendimento ao duplo grau de jurisdição¹⁸. O critério de apreciação eleito, segundo a doutrina, é a presença de importantes e especiais

¹⁵ Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: [...] III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida: [...] c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

¹⁶ Em síntese, a reforma, embora tenha procurado corrigir um certo desvio na redação original da constituição, poderia ter avançado para equacionar as mais diversas situações que ainda continuam a ensejar dificuldade e outras, que surgiram com diversos pontos da própria reforma, como visto. TAVARES, André Ramos. *Reforma do judiciário no Brasil pós88: (des)estruturando a justiça: comentários completos à EC n.45/04*. São Paulo: Saraiva, 2005, p.95.

¹⁷ Contudo, continua-se repetindo a fórmula de épocas pretéritas (iniciada, com o mesmo perfil, na Constituição de 1934, artigo 76, inciso III) em que o controle judicial de constitucionalidade era ainda escassamente conhecido (introduzido com a República, e que as hipóteses em que a Constituição fosse violada precisariam constar *didaticamente* do texto desta como tal. TAVARES, André Ramos. *Reforma do judiciário no Brasil pós88: (des)estruturando a justiça: comentários completos à EC n.45/04*. São Paulo: Saraiva, 2005, p.95-96.

¹⁸ Não se constitui nenhum direito das partes à revisão judicial pela Corte, no *certiorari*. Pelo contrário, é amplamente reconhecida a discricionariedade judicial na apreciação. TRIBE, Laurence H. *American constitutional law*. 2ª edição. Mineola: The Foundation Press, 1988, p.44.

razões para tanto. No Brasil, ao contrário, bastava o atendimento a requisitos genéricos do processo civil para que ao Supremo Tribunal Federal fosse necessária sua atuação¹⁹.

No Brasil, seu histórico passa pela égide da Constituição de 1967, também já sob a redação da Emenda Constitucional nº 01/69, que franqueava o Regulamento Interno do Supremo Tribunal Federal – RISTF a indicação de critério para a admissão do recurso, muito embora tal indicação devesse ser, em rigor, sobre os critérios de *natureza*, *espécie*, ou *valor* da causa. Invocando tal permissivo, o Supremo Tribunal Federal aprovou como critério de admissão de recurso extraordinário a chamada *arguição de relevância*. Tal critério, aos moldes do americano, era dotado de grande discricionariedade, com o que fora amplamente contestado²⁰.

Tal discussão só foi superada em 1977, com a edição da Emenda Constitucional nº 7/77, que inseriu o termo *relevância da questão federal* no artigo permissivo referido. Em 1988, com a nova Constituição, tal arguição foi eliminada por forte pressão da advocacia, criando-se em seu lugar a *arguição de descumprimento de preceito fundamental*, que nada tem a ver com a *arguição de relevância* exposta até aqui.

A repercussão geral veio, portanto, na contramão do texto constitucional originário, lembrando a dificuldade crônica do acúmulo de trabalhos no Supremo Tribunal Federal²¹. A *relevância* deveria servir como filtro das matérias a serem definidas por via recursal. Tal demonstração, segundo André Ramos Tavares, vem trazer uma solução para o problema de forma a – sem eliminar tal instrumento – criar certa subjetivação ou mesmo

¹⁹ A restritividade na admissibilidade, pela Corte, dos processos que lhe são enviados ampara-se no reconhecimento *unânime* de que a Corte não pode e não deve dedicar-se a assuntos considerados menores na escala nacional. Admite-se que a jurisdição constitucional da Corte deve representar uma instância excepcional. A crítica doutrinária, quando existente, dirige-se ao grau de discricionariedade que foi assumido pela Corte nessa tarefa de rejeitar “causas menores”. TAVARES, André Ramos. *Reforma do judiciário no Brasil pós88: (des)estruturando a justiça: comentários completos à EC n.45/04*. São Paulo: Saraiva, 2005, p.96-97.

²⁰ Não por outro motivo a Emenda Regimental nº 3/75 teve sua constitucionalidade questionada. Muitos autores, como Machado (1986:58), consideravam exorbitante a imposição. Realmente, o permissivo constitucional que demandava norma regimental jamais se referiu à *relevância* da questão (suscitada no processo) como critério (exigência) válido a ser considerado pelo regimento, mas apenas aos três referidos (*natureza*, *espécie* ou *valor*). TAVARES, André Ramos. *Reforma do judiciário no Brasil pós88: (des)estruturando a justiça: comentários completos à EC n.45/04*. São Paulo: Saraiva, 2005, p.97.

²¹ Uma ampla abertura para provocar e exigir a manifestação de mérito de um Tribunal Constitucional deve ser evitada, sob pena de prejuízo sério no desenvolvimento a contento, por esse tribunal, das questões cruciais. TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2003^a, p.09.

humanização do controle de constitucionalidade²². Sua essência em nada difere, então, da antiga *arguição de relevância* da Constituição de 1967²³.

No entanto, existe um contraste relevante entre as figuras no que concerne à necessidade de fundamentação da decisão. O Supremo Tribunal Federal agora se adstringe à publicidade de sua fundamentação jurídica, especialmente quando inadmite o recurso extraordinário, principalmente em razão do artigo 93, inciso IX, da Constituição²⁴, que obriga a existência de fundamento expresso a todas as decisões judiciais – minimizando, ao menos, sua motivação política²⁵.

Ademais, existem também critérios objetivos para a demonstração da repercussão geral, conforme verificaremos adiante.²⁶ A dogmática e a jurisprudência no *common law* afirmam, naquele contexto, que não existe uma fórmula precisa que diga como aquilatar a *importância* do assunto. Isso depende de vários fatores, até mesmo a maturidade do tema e o momento certo de um julgamento sobre ele – o chamado requisito da *ripeness*²⁷.

²² TAVARES, André Ramos. *Reforma do judiciário no Brasil pós88: (des)estruturando a justiça: comentários completos à EC n.45/04*. São Paulo: Saraiva, 2005, p.98.

²³ Como já assinalei anteriormente, patenteia-se a dificuldade em estabelecer critérios claros, precisos e pertinentes para determinar o que realmente é relevante ou, nos novos termos propostos, o que teria *repercussão geral*. TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2003^a, p.52.

²⁴ TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2003^a, p.52.

²⁵ Insista-se, contudo, que o critério *repercussão geral*, adotado definitivamente na Reforma, “é por demais abstrato e indeterminado para funcionar como um balizamento à atuação do Tribunal”. Uma observação se faz necessária aqui. É que tal abertura acaba por ser inerente à estrutura de certos comandos constitucionais, impondo o seu preenchimento por meio do processo hermenêutico de realização do Direito Constitucional. Assim, a eventual política, se existir, deverá ser, no particular, a “política jurídica defensora da Constituição”. Sobre a questão *direito e política*, verificar DWORKIN, Ronald. *Political judges and the rule of law*. In *Arguing about law*. New York: Routledge, 2009, p.193-211, utilizado neste trabalho.

²⁶ Alguns critérios são identificados por meio de uma análise empírica de precedentes, tais como *quando ela é uma novidade e encontra-se pendente de decisão em vários tribunais, o que faz supor que uma sentença da Corte iluminará o assunto; assuntos cuja decisão afeta a um grande número de pessoas; ou ainda que gerem um conflito jurisprudencial tendente a conturbar o bom funcionamento do Poder Judiciário*. TAVARES, André Ramos. *Reforma do judiciário no Brasil pós88: (des)estruturando a justiça: comentários completos à EC n.45/04*. São Paulo: Saraiva, 2005, p.100. Finalmente, existe até a possibilidade da análise da *certiorari* mesmo antes do julgamento definitivo por um tribunal de apelação, ainda que se requeira a excepcional e imperativa importância pública que justifica o desvio da prática normal de apelação e requer o imediato ajustamento na Suprema Corte. Verificar TRIBE, Laurence H. *American constitutional law*. 2ª edição. Mineola: The Foundation Press, 1988, p.347-348.

²⁷ Na opinião daquele *justice*, no caso *Maryland v. Baltimore Radio Show* (338 U.S. 912 – 1950), um caso peculiar, que serve para compreender esta delicada temática, demonstra-se que um “caso pode alcançar uma questão importante, mas os autos podem estar nebulosos. É desejável ter “diferentes aspectos de um desenvolvimento mais profundo pelas cortes inferiores. O julgamento sábio tem seu próprio momento para ocorrer”. A apreciação do momento adequado para realizar o julgamento insere-se, pois, na esfera da discricionariedade da Corte Suprema, podendo esta recusar-se com base na ideia de que o momento não é, ainda, adequado, por insuficiente desenvolvimento da questão nas diversas composições que admite. TAVARES, André Ramos. *Reforma do judiciário no Brasil pós88: (des)estruturando a justiça: comentários completos à EC n.45/04*. São Paulo: Saraiva, 2005, p.99-100.

Em suma, a repercussão geral tem atualmente propostas de compreensão como um fenômeno atribuído a temas que: (i) afetem um grande número de pessoas; (ii) tratem de assuntos significativos; (iii) possuam um significado geral, socialmente relevante; (iv) transcendam interesses egoísticos e pessoais das partes envolvidas; (v) tenham repercussão considerável sobre o conjunto do ordenamento jurídico e político; (vi) envolvam aspectos econômicos de monta; (vii) sejam amplamente debatidos mas ainda pendentes em diversas instâncias judiciais, com decisões contraditórias; (viii) sejam assuntos intrinsecamente relacionados a causas pendentes de julgamento no Supremo Tribunal Federal. Tais atributos arrolados, por óbvio, não perfazem rol exaustivo, como já mesmo salienta André Ramos Tavares²⁸.

O Supremo Tribunal Federal deixa, portanto, de ser uma instância revisora geral, atuando como agente de supercassação, para assumir um perfil mais voltado à jurisprudência constitucional. André Ramos Tavares, bem representando a dogmática constitucionalista, defende ser inadmissível a sustentação de repercussão geral no caso de já ter o Supremo Tribunal Federal se pronunciado, reiteradamente, sobre o tema do recurso, tendo produzido súmula vinculante, pois isso significaria burlar o mecanismo da revisão de súmulas, cuja legitimidade ativa se restringe aos indicados pela reforma em seu artigo 103-A, §2º²⁹, não sendo o recurso extraordinário, portanto, mecanismo apto a ter tal função complementar³⁰.

Por derradeiro, existe a previsão do artigo 102, §3º, *in fine*, de que o *quórum* para o afastamento da repercussão geral deva ser votado por pelo menos dois terços dos ministros. Na opinião de André Ramos Tavares, tal exigência é elevada, visto que impede a decretação de falta de repercussão geral por parte das Turmas, sendo então atribuição exclusiva do Plenário do Supremo Tribunal Federal. Ainda que tal *quórum*, por certo, tem por finalidade evitar a acumulação de poderes na figura do relator, em decisão monocrática e unilateral, é salutar que tal concentração no Plenário vai contra a proposta geral da reforma,

²⁸ TAVARES, André Ramos. *Reforma do judiciário no Brasil pós88: (des)estruturando a justiça: comentários completos à EC n.45/04*. São Paulo: Saraiva, 2005, p.101.

²⁹ Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. [...] § 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

³⁰ TAVARES, André Ramos. *Reforma do judiciário no Brasil pós88: (des)estruturando a justiça: comentários completos à EC n.45/04*. São Paulo: Saraiva, 2005, p.102.

que visa descentralizar e reconhecer poder aos órgãos fracionários do Supremo Tribunal Federal. A regra acaba por ficar, portanto, em presumir-se a existência da repercussão geral³¹.

Cabe agora considerar a súmula vinculante, principal instituto trazido pelo advento da Emenda Constitucional nº 45/04 e que mais nos interessa para este trabalho.

1.4. A súmula vinculante

A *súmula vinculante* consiste no instituto que visa construir enunciados sobre questões de direito que sintetizem o entendimento e/ou interpretação anterior do Supremo Tribunal Federal. Tais enunciados deveriam ser acatados e observados, obrigatoriamente, por todas as demais instâncias judiciais e pela administração pública. Tal obrigação, consubstanciada na expressão *efeito vinculante*, teria por razão o simples fato de ter sido posto pelo Supremo Tribunal Federal, por meio de procedimento específico.

A análise da *súmula vinculante* requer considerações sobre o funcionamento de ambas as tradições do direito: o modelo codificado romano-germânico – *civil law* – e o modelo de precedentes anglo-saxão – *common law*³². Inicialmente, havia um radical e reconhecido contraste entre os modelos. Enquanto o modelo da *civil law* pregava um modelo abstrato e dedutivo, dando ensejo à lógica jurídica e às conclusões obtidas por seu processo, o modelo da *common law* era notadamente mais concreto, preocupado em resolver um caso em particular por meio de uma sabedoria de caráter indutivo sedimentada pelos casos decididos judicialmente no passado, em cadência ao *stare decisis*, noção cultural de *let the decision stand*. É dizer, os modelos eram baseados na primazia da lei e do precedente, respectivamente³³.

³¹ Certamente o intuito foi o de que se evitasse a acumulação de poderes na figura do relator, em decisão monocrática e unilateral. Mas teria sido salutar que reconhecesse a possibilidade de rejeitar o recurso por falta de repercussão geral a cada uma das turmas do Supremo Tribunal Federal, ainda que por maioria absoluta delas. A concentração no Plenário caminha contra a propugnada descentralização, que impõe o reconhecimento de poderes aos órgãos fracionários do respectivo Tribunal. TAVARES, André Ramos. *A repercussão geral no recurso extraordinário*. In TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCON, Pietro de Jesus Lora. *Reforma do Judiciário analisada e comentada*. São Paulo: Método, 2005, p.218.

³² Tais considerações serão globalmente feitas no decorrer de todo este trabalho.

³³ O chamado *precedente* (*stare decisis*), utilizado no modelo judicialista, é o caso já examinado, cuja decisão primeira sobre o tema (*leading case*) atua como fonte para o estabelecimento (indutivo) de diretrizes para os demais casos a serem julgados. A norma e o princípio jurídico são *induzidos* a partir da decisão judicial, porque esta não se ocupa senão da solução do caso concreto apresentado. O precedente haverá de ser seguido nas posteriores decisões, como paradigma. TAVARES, André Ramos. *Reforma do judiciário no Brasil pós88: (des)estruturando a justiça: comentários completos à EC n.45/04*. São Paulo: Saraiva, 2005, p.108.

A dicotomia existente nestes modelos tradicionais, entretanto, vem diminuindo. Hodiernamente, a jurisprudência tem conquistado papel cada vez mais ativo nos países da *civil law*, ao passo que o precedente tem sua força normativa cada vez mais atenuada nos adeptos da *common law*. Esse contexto, que será amplamente debatido e analisado no decorrer deste trabalho, é que se dá a inserção da ideia de *súmula vinculante*. Trata-se de uma tentativa de se complementar a extração do Direito do país por meio da jurisprudência, muito embora existam diferenças das mais variadas, conforme demonstrado nas próximas considerações³⁴. É pertinente, para demonstrar mais facilmente, a divisão em dois momentos: antes e depois da Emenda Constitucional n° 45/04.

1.4.1. O sistema jurídico antes da emenda constitucional n° 45/04: uniformização da jurisprudência, súmula impeditiva de recurso e efeito vinculante na ação declaratória de constitucionalidade

Antes da reforma, o ordenamento jurídico já contava com figuras como a *uniformização de jurisprudência* – esta que já sinalizava pela necessidade de um *pensar por precedentes* –, a *súmula impeditiva de recursos* e o efeito dito vinculante das decisões proferidas em *controle abstrato-concentrado*³⁵.

O artigo 479 do Código de Processo Civil, já antigo, estabelecia como precedente o julgamento tomado pelo voto da maioria absoluta dos membros do Tribunal, passando a ser também objeto de súmula³⁶. As *súmulas* perfazem, destarte, sedimentação da posição adotada pelos tribunais em decisões diversas – nos moldes de uma *tópica de jurisprudência compendiada*³⁷ –, sendo prática constante do Supremo Tribunal Federal desde 1964, onde são elaborados enunciados que condensam o posicionamento já maduro da Corte, tudo nos termos de seu Regimento Interno³⁸.

³⁴ Ademais, como se observará, embora possa se considerar o precedente do *common law* como a inspiração do modelo de súmula vinculante para o *civil law*, a verdade é que os institutos se dissociam em diversos pontos, apenas se podendo aproveitar a ideia-matriz de um na compreensão do outro. TAVARES, André Ramos. *Reforma do judiciário no Brasil pós88: (des)estruturando a justiça: comentários completos à EC n.45/04*. São Paulo: Saraiva, 2005, p.109.

³⁵ Tais figuras serão mais bem analisadas mais adiante, no capítulo 2.

³⁶ Art. 479. *O julgamento, tomado pelo voto da maioria absoluta dos membros que integram o tribunal, será objeto de súmula e constituirá precedente na uniformização da jurisprudência. Parágrafo único. Os regimentos internos disporão sobre a publicação no órgão oficial das súmulas de jurisprudência predominante.*

³⁷ As súmulas decorrem, portanto, da sedimentação da posição adotada *topicamente* pelos tribunais em decisões diversas (jurisprudência compendiada). TAVARES, André Ramos. *Reforma do judiciário no Brasil pós88: (des)estruturando a justiça: comentários completos à EC n.45/04*. São Paulo: Saraiva, 2005, p.116.

³⁸ Atualmente os artigos 354-A ao 354-G do RISTF.

Naquele tempo, as súmulas funcionavam apenas como indícios para encaminhamento das decisões judiciais futuras. É dizer, apesar de não garantir compromisso algum por parte das demais instâncias, certo é que estas consideravam seu dever funcional cumprido quando se bastavam a indicar a questão como sumulada, pois tal assunto já fora debatido amplamente – em tese, pelo menos – no Supremo Tribunal Federal. Em suma, apesar de não ostentar o chamado *efeito vinculante*, as súmulas possuíam certa força normativa³⁹.

A *súmula impeditiva de recursos*, anteriormente a reforma, era preceituada pelas Leis nº 8.038/90 e 9.756/98, que, em seus artigos 38 e modificação do artigo 557 do Código de Processo Civil, respectivamente⁴⁰, permitiam tanto a rejeição do recurso que a contrarie, quanto a reforma da decisão que a contrarie, permitindo, ainda, o próprio relator prover o recurso contra a decisão.

A súmula, destarte, já era figura conhecida do direito brasileiro, sendo prevista e até mesmo tendo certa força normativa reconhecida em vários textos legais, sendo comum seu uso na praxe forense.

Por derradeiro, desde o advento da emenda constitucional nº 03/93 havia a previsão de *efeito vinculante* à ação declaratória de constitucionalidade – que, com a reforma, veio a ser atribuída também à ação direta de inconstitucionalidade –, o que apenas corrobora a conclusão alcançada no parágrafo anterior. A partir de agora, debruçamos sobre o panorama inserido pela reforma em 2004.

1.4.2. O sistema jurídico após a emenda constitucional nº 45/04: súmula vinculante e seu procedimento

O texto legal, mais adiante analisado como uma *disposição de direito*, antes de sua aplicação, assume a forma de um significado a ser considerado determinadamente quando na atuação do aplicador do direito, no momento em que formula a norma jurídica

³⁹ Quando não havia ainda a chamada “súmula impeditiva” (analisada a seguir), ainda assim era possível afirmar que eventual súmula do Supremo Tribunal Federal acabava por funcionar, na prática, como forte encaminhamento para as decisões judiciais. Isso porque, apesar da não vinculação, serviam como diretriz para julgar, na medida em que (sic) a maioria dos magistrados e tribunais não pretendiam ter suas decisões reformadas pelas instâncias superiores e, normalmente, consideravam cumprido o dever funcional com a indicação de matéria já sumulada, porque amplamente debatida. Em conclusão, a força (prática) dessas súmulas não era desprezível, apesar de lhes faltar vinculatoriedade. TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2003, p.245.

⁴⁰ Cabe ressaltar que existe a previsão do artigo 896, alínea *a*, da CLT, que estabelece o recurso de revista quando a decisão recorrida der interpretação ao mesmo dispositivo de lei federal diversa daquela constante de súmula do TST.

concreta. Embora um fator de influência decisivo, a disposição deve ser interpretada, que por sua vez demanda uma prévia tomada de posição por parte do intérprete. Nunca pode se tratar de ato completamente neutro. André Ramos Tavares aduz que a *súmula vinculante* preenche exatamente este espaço, servindo como mais um indicador de caminho para o juiz, em nome da unidade do direito e a segurança jurídica provida.

A reforma trouxe procedimento para criação, modificação e cancelamento da *súmula vinculante*⁴¹: no tocante ao processo de criação sumular, foi firmado que elas só poderiam surgir (a) depois de reiteradas decisões no mesmo sentido; (b) sobre normas que recaiam controvérsia na prática judiciária ou nos órgãos da administração; (c) em situação que acarrete grave insegurança jurídica; e que (d) acarrete em aumento de volume em processos idênticos nas instâncias judiciais⁴². Ainda, para a aprovação de uma *súmula vinculante*, é exigida sua aprovação por dois terços dos ministros.

No que tange a sua revisão e cancelamento, alguns pontos devem ser relatados e esclarecidos. O artigo 103-A, §2º da Constituição estabelece a legitimidade ativa para provocar o processo objetivo sumular como a estabelecida para a ação direta de inconstitucionalidade. Aqui existe a primeira dificuldade: o Supremo Tribunal Federal é autorizado a, *ex officio*, criar uma súmula, mas seu cancelamento ou revisão só poderá ser feito mediante provocação dos legitimados ativos⁴³. Cumpre ressaltar também que, na hipótese de improcedência de pedido de revisão ou cancelamento sumular, a decisão tem por efeito a

⁴¹Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. § 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. § 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade. § 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.

⁴²Art. 2º O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, editar enunciado de súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma prevista nesta Lei.

⁴³"A Lei 11.417/2006 define os legitimados para a edição, revisão e cancelamento de enunciado de súmula vinculante (art. 3º). O rito estabelecido nesse texto normativo não prevê a impugnação dos enunciados mediante recurso extraordinário." (Pet 4.556-AgR, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 25-6-2009, Plenário, DJE de 21-8-2009).

confirmação da súmula existente, restando impossível a atuação de ofício pelo Supremo Tribunal Federal.

As súmulas vinculantes, na opinião de André Ramos Tavares, devem se submeter a um processo de revisão para que se evite indesejável engessamento do direito, da mesma forma de que a lei, outra espécie de enunciado normativo com força obrigatória, é passível de alteração por novo processo legislativo.

Tal processo de criação, revisão e cancelamento proposto tem viés objetivo, promovendo a aproximação entre os modelos de controle de constitucionalidade difuso – porque exige reiteradas decisões – e concentrado – porque atribui efeito vinculante⁴⁴.

No que tange à obrigatoriedade das súmulas vinculantes, houve novidade no tratamento dado às decisões judiciais ou administrativas discrepantes⁴⁵. Para André Ramos Tavares, a divergência das instâncias inferiores apenas gera falência generalizada da capacidade pacificadora do direito, descrédito do Supremo Tribunal Federal enquanto suprema corte e tribunal constitucional e aumento do volume de trabalho e tempo para se alcançar a tutela jurisdicional definitiva, mesmo que já esteja previamente determinada pelo Supremo Tribunal Federal, trazendo benefício apenas para quem pretende utilizar a justiça para conter o exercício legítimo de direito por parte da parte contrária.

Esta racionalidade de súmulas vinculantes se fez presente em outros países e em outros contextos históricos⁴⁶, com a discussão principal sobre a quem as súmulas deveriam vincular. No Brasil não foi diferente, com opiniões no sentido de que as súmulas

⁴⁴ A possibilidade de atuação de ofício pelo Supremo Tribunal Federal não descaracteriza a natureza jurisdicional do processo em questão. Até porque essa atuação encontra-se circunscrita na base, pois demanda a provocação e o julgamento de casos anteriores. Não se trata, pois, de uma atuação oficiosa amplamente livre. TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2003^a, p.120.

⁴⁵ Art. 7o Da decisão judicial ou do ato administrativo que contrariar enunciado de súmula vinculante, negar-lhe vigência ou aplicá-lo indevidamente caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal, sem prejuízo dos recursos ou outros meios admissíveis de impugnação. § 1o Contra omissão ou ato da administração pública, o uso da reclamação só será admitido após esgotamento das vias administrativas. § 2o Ao julgar procedente a reclamação, o Supremo Tribunal Federal anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial impugnada, determinando que outra seja proferida com ou sem aplicação da súmula, conforme o caso.

⁴⁶ A extinta URSS adotou-a, para seu Supremo Tribunal, por meio de lei, com base na competência estabelecida no artigo 153, *in fine*, da Constituição. Foi declarado, assim, o caráter obrigatório das diretrizes que o Pleno do Supremo Tribunal direcionava aos demais tribunais (tendo por objeto as dificuldades de aplicação das leis). Ademais, o Supremo Tribunal detinha o poder de exigir o cumprimento dessas diretrizes pelos demais tribunais (cf. Kudriavtsev, Lukhianov, Shajnazarov, 1982: 310). Essa vinculação judicial parece ser a principal finalidade da construção de súmulas vinculantes. TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2003, p.121.

deveriam obrigar somente o poder público, e não os magistrados⁴⁷. Tais opiniões, contudo, não se coadunam com a finalidade ou motivo da vinculação, atentando contra a própria racionalidade do *sistema sumular*. Fato é que a reforma traz em seu texto a vinculação da administração pública e demais órgãos do Poder Judiciário, deixando claro, por derradeiros, que o Supremo Tribunal Federal não está vinculado as suas próprias decisões, o que possibilita contornar a distorção da falta de sua legitimidade ativa para rever e cancelar súmula, visto que pode promover uma revisão geral de seu posicionamento anteriormente sumulado pela mudança de sentido em suas decisões, bastando aprovar nova súmula com o novo posicionamento reiterado em decisões anteriores⁴⁸.

Em relação ao seu alcance, o permissivo constitucional foi bastante abrangente. O artigo 103-A, §1º da Constituição preceitua por objetivo das súmulas a *validade, interpretação e eficácia de atos normativos*, acrescendo-se a possibilidade de dispor sobre a eficácia e qualquer ato normativo e não apenas a legislação. Tal abrangência permitirá, então, uma atuação agressiva, notadamente no campo da jurisdição constitucional.

Finalmente, cumpre demonstrar a regra de transição trazida pelo artigo 8º da reforma: as anteriores súmulas não vinculantes do Supremo Tribunal Federal deixaram de existir, perdendo seu significado. Isso porque, no novo regime de súmulas, foi exigido o *quórum* de aprovação de dois terços dos ministros, e não mais a aprovação por maioria absoluta de seus membros. Destarte, as súmulas anteriores – vale dizer, sem efeito vinculante – produzirão efeito vinculante apenas após sua confirmação por dois terços dos ministros do Supremo Tribunal Federal⁴⁹.

⁴⁷ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 24ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 40.

⁴⁸ A possibilidade de revisão ou cancelamento de súmula é de extrema relevância quando se tem em vista que é da natureza da própria sociedade e do direito estar em constante transformação. Nesse sentido, faz-se imprescindível a possibilidade de alteração das súmulas vinculantes, para que elas possam ser adequadas a essas necessidades, também de índole prática. Todavia, do mesmo modo que a adoção de uma súmula vinculante não ocorre de um momento para o outro, exigindo que a matéria tenha sido objeto de reiteradas decisões sobre o assunto, a sua alteração ou modificação também exige discussão cuidadosa. À evidência, não procede o argumento de que a súmula vinculante impede mudanças que ocorrem por demanda da sociedade e do próprio sistema jurídico, uma vez que a previsão constitucional da revisão e revogação dos seus enunciados. Ademais, a revisão da súmula propicia ao eventual requerente maiores oportunidades de superação do entendimento consolidado do que o sistema de recursos em massa, que são respondidos, também, pelas fórmulas massificadas existentes hoje nos tribunais. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009, p.1011.

⁴⁹ Vale o destaque de que, por força do art.8º da Emenda Constitucional nº45/2004, as “antigas” súmulas do Supremo Tribunal Federal, é dizer, as 736 súmulas *não vinculantes* expedidas *antes* do advento da autorização do art.103-A, podem assumir aquele mesmo *status* jurídico desde que sejam “confirmadas” por dois terços dos integrantes daquele Tribunal e publicadas na imprensa oficial. Embora a Lei nº 11.417/2006 não se refira à hipótese, é irrecusável que a transformação do regime jurídico daquelas súmulas – de “não vinculantes” para

1.4.3. A compreensão geral e a primeira abordagem crítica

A *súmula vinculante* veio, portanto, como mecanismos voltados a facilitar a resolução de casos fáceis e repetitivos⁵⁰. Restou prejudicada, pelas razões expostas anteriormente, a preocupação de resguardar a igualdade, a segurança e demais princípios inerentes a uma tutela jurisdicional com elevado grau de padronização e previsibilidade ou, nos dizeres de Marinoni, na coerência da ordem jurídica⁵¹.

Esta é a primeira discrepância entre o modelo proposto pela reforma com o modelo de precedentes a ser proposto neste trabalho. A racionalização de processos, é dizer, deve ser apenas uma consequência do pensar por precedentes, e não o motivo para tanto. Ainda que importante, tal resultado deve depender apenas do advento de um sistema concebido a partir de verdadeira fundamentação teórica. O modelo proposto, então, ignora a necessidade de se estabelecer coerência da ordem jurídica e de se tutelar a igualdade e a segurança jurídica nesse nível.

Já que a *súmula vinculante* foi concebida no ordenamento jurídico, ao que tudo indica, apenas como instrumento de facilitação de decisões, à medida que almeja meramente estabelecer enunciados com pretensões universalizantes, é dizer, enunciados gerais e abstratos voltados à solução das demandas. Marinoni, escrevendo nos dias de hoje, já aponta no mesmo sentido, aduzindo que as *súmulas vinculantes* são calcadas em precedentes e, desta forma, são umbilicalmente ligadas ao *contexto* dos casos em que foram produzidos. A conclusão disso é que devem ser verificados tais contextos, a fim de se descobrir se, de fato, a *súmula vinculante* se aplica ao caso *sub judice*⁵².

“vinculantes” – pressupõe a observância do regular (e prévio) *processo* disciplinado por aquele diploma legislativo, levando em conta, inclusive, a necessária e *ampla* participação dos legitimados expressamente previstos no seu art.3º, sem prejuízo da importante e fundamental participação dos municípios e de entidades e pessoas que possam fazer as vezes do *amicus curiae*. As razões são as mesmas exposta pelo n.3, *supra*, que derivam do “modelo constitucional do direito processual civil”. BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. Vol. 04. São Paulo: Saraiva, p.380-381.

⁵⁰ Sobre a *súmula vinculante*, em tom crítico, ver STRECK, Lênio Luiz. *Súmulas do direito brasileiro: eficácia, poder e função*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

⁵¹ Como as *súmulas* foram utilizadas de modo a apenas facilitar as decisões, estas foram pensadas como normas com pretensões universalizantes, ou melhor, como enunciados abstratos e gerais voltados à solução de casos. Note-se, entretanto, que as *súmulas* são calcadas em precedentes e, portanto, não podem fugir do contexto dos casos que por eles foram solucionados. Bem por isso, para se saber se uma *súmula* é aplicável a outro caso, é necessário verificar o contexto fático dos casos que lhe deram origem, assim como as proposições sociais que fundamentaram os precedentes que os solucionaram. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.481.

⁵² Lembre-se que, para justificar as *súmulas*, aludiu-se à necessidade de “desafogar o Judiciário”, mas nunca se disse – ao menos antes da “*súmula vinculante*” – que era preciso afirmar a coerência da ordem jurídica, garantir

Surge aqui a distinção entre *súmula* e *precedente*. Ainda que a distinção pudesse ser pensada, em um primeiro momento, em sua finalidade, alegando que as *súmulas* visariam regulamentar casos futuros, ao passo que os *precedentes* dizem respeito aos casos passados, tal pensamento não é correto. Os *precedentes*, propõe Marinoni, objetivam garantir a *unidade* da ordem jurídica, sendo então vocacionados para o futuro, enquanto as *súmulas*, vistas meramente como enunciados gerais e abstratos – e, conforme veremos, *regras* jurídicas –, ignoram esta finalidade e o *contexto* na qual foram produzidas⁵³.

Sem esta preocupação, as *súmulas* pouco podem contribuir para o desenvolvimento de um *melhor direito*, visto a inexistência de critérios racionais aptos a atribuir racionalidade neste pensar por precedentes, é dizer, as *súmulas* não podem fazer parte de um esforço teórico por um pensar por precedentes que possa atribuir racionalidade à aplicação de normas judicadas, pois inexistem critérios aptos a dizer se os precedentes que lhe deram origem foram superados, revogados ou cancelados.

Desta feita, o principal problema das *súmulas vinculantes*, além de não serem ligadas ao alcance de uma coerência do direito e persecução dos fins de segurança e igualdade no provimento da tutela jurisdicional, consiste em serem compreendidas – como todos os precedentes no Brasil – como normas gerais, abstratas e, sobre tudo, autônomas em relação ao contexto em que foram proferidas. As *súmulas* só teriam sentido, afirma Marinoni, quando visam construir a realidade da jurisprudência em dado espaço e tempo, exigindo-se levar em conta os precedentes e seus fundamentos⁵⁴.

a segurança jurídica e impedir que casos semelhantes fossem decididos de modo desigual. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.480

⁵³ Assim, a distinção entre *súmula* e *precedente* não está em que a primeira é editada para permitir a resolução de casos futuros, enquanto o segundo apenas diz respeito a casos passados. Nem se diga que os precedentes, apenas eventualmente, influenciam a decisão dos casos futuros. Em verdade, os precedentes – quando obrigatórios – objetivam garantir a unidade da ordem jurídica, assim como a segurança jurídica e a igualdade, e, nesta dimensão, são vocacionados para o futuro. Ademais, as *súmulas*, quando vistas como enunciados gerais e abstratos destinados a regular casos futuros, fazem esquecer que a sua origem está nos casos concretos, ou melhor, nos precedentes, e que, por isso, devem ser analisadas dentro do contexto em que estes estão situados. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.481.

⁵⁴ Portanto, fora o grave e principal problema do instituto da *sumula* não ter sido atrelado à afirmação da coerência da ordem jurídica e à garantia da segurança jurídica e da igualdade, as *sumulas* foram vistas como normas gerais e abstratas, tentando-se compreendê-las como se fossem autônomas em relação aos fatos e aos valores relacionados com os precedentes que as inspiraram. Esqueceu-se, como está claro, que as *sumulas* só tem sentido quando configuram o retrato da realidade do direito jurisprudencial de determinado momento histórico e que, assim, não se podem deixar de lado não apenas os precedentes que as fizeram nascer, mas também os fundamentos e os valores que os explicam num certo ambiente político e social. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.482.

Vale dizer que as súmulas não foram idealizadas como parte de um pensar por precedentes, sendo que os tribunais muitas vezes sequer tem a oportunidade de confronta-las com os casos a serem decididos. Marinoni alerta, também, que por serem postas como enunciados normativos gerais – *regras* –, as súmulas são lidas e, a partir de sua leitura, aproximadas ou afastadas ao caso concreto sem qualquer controle racionalmente estabelecido, ficando impossibilitada a construção de uma compreensão válida dos precedentes no Brasil⁵⁵.

É de se concluir, portanto, que o instituto da *súmula* no Brasil, vinculante ou não⁵⁶, irá se transformar em mero guia estático de interpretação, sem qualquer lembrança aos casos e aos argumentos enfrentados naquela prática de jurisprudência, deixando de lado qualquer compromisso sério com o desenvolvimento do direito e com a realização da justiça nos casos concretos⁵⁷. Vale dizer, essa pretensão de *regrar* o precedente retira a possibilidade de seu uso racional.

Marinoni faz aqui uma distinção entre a *súmula* comum e a *súmula* vinculante. Ainda que inexistente uma diferença *ontológica* entre elas⁵⁸, ele defende que esta última viria corrigir esta abordagem equivocada, fazendo aflorar a consciência de seu significado, que é a síntese da realidade jurisprudencial e da sua imprescindibilidade para a garantia da igualdade⁵⁹. Mesmo assim, admite que a diferença palpável entre as espécies de súmulas é apenas a oportunidade de interpor reclamação e que estas últimas se dirigem também à administração pública.

⁵⁵ Na verdade, como as súmulas não foram visualizadas, na prática do direito brasileiro, no amplo contexto dos precedentes, os tribunais não tiveram sequer oportunidade de realmente confronta-las com os casos que lhes eram submetidos. Se a *súmula* é compreendida como enunciado geral e abstrato, a sua leitura pode aproxima-la ou afasta-la, sem qualquer critério racionalmente adequado, do caso sob julgamento. Nessas condições, torna-se difícil constatar se os precedentes que a elegeram estão superados, já que, para tanto, deveria o intérprete mergulhar no ambiente que lhes era próprio. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.482.

⁵⁶ Na opinião do autor. Marinoni, como veremos, discorda, acreditando que a *súmula* vinculante viria justamente corrigir este problema. Neste sentido, verificar MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.487.

⁵⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.483.

⁵⁸ LEAL, Victor Nunes. *Passado e futuro da súmula do Supremo Tribunal Federal*. Revista de direito administrativo. Rio de Janeiro: FGV, vol.145, jul/set, 1981, p.1-120.

⁵⁹ Perguntar-se-ia, então, a razão para a instituição da *súmula* vinculante pela EC 45/2004. Esta nova “modalidade” de *súmula* surgiu da percepção de que as súmulas vinham sendo tratadas como enunciados gerais e abstratos, descompromissados com os casos e precedentes que lhes deram origem e com uma metodologia capaz de permitir a sua adequada aplicação num sistema preocupado em tutelar a coerência da aplicação do direito e a segurança jurídica. Ora, um enunciado que não objetiva garantir a unidade do direito não tem razão para ser vinculante ou obrigatório. Portanto, a *súmula* passa a ter eficácia vinculante quando aflora a consciência de seu significado, ou seja, da sua função de espelho e síntese da realidade jurisprudencial e da sua imprescindibilidade para a garantia de tratamento igual a casos semelhantes. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.487.

Entendemos que esta discussão prescinde de maior utilidade. Isso porque, apesar do qualitativo *vinculante* estar atrelado somente às súmulas postas por aquele procedimento, fato é que se deve atentar para o estágio atual do sistema jurídico, notadamente a função do Supremo Tribunal Federal: diante dessa situação, é impossível entender que suas decisões proferidas em sede de controle difuso possam não ser de eficácia vinculante ou obrigatória, pois não há como conceber unidade no direito, por meio do aumento da força normativa da Constituição, quando as decisões de uma Suprema Corte/Tribunal Constitucional possa ser desrespeitadas pelos demais tribunais⁶⁰.

⁶⁰ Por ser assim, não há como pensar que as súmulas, quando pensadas como enunciados elucidativos dos precedentes que tocam em determinada questão, possam não ter eficácia vinculante. A verdade é que ordenamento jurídico não precisa dizer que as súmulas do Supremo Tribunal Federal tem eficácia vinculante. Elas tem eficácia pelas simples razão de enunciarem o entendimento derivado de um conjuntos de precedentes da Corte cuja missão é dar sentido único ao direito mediante a afirmação da Constituição. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.486-487.

Capítulo II

2. A consolidação infraconstitucional da mudança: aspectos oriundos da reforma processual e da nova etapa do processo

Com o advento da Emenda Constitucional nº 45 tornou-se necessária a alteração das regras de processo civil para adapta-lo ao novo modelo jurídico proposto, que tem por alicerce a celeridade processual e a eficiência da tutela jurisdicional. Busca-se aqui analisar as alterações mais relevantes ao tema, defendendo aspectos que julgamos pertinente às considerações de um sistema de precedente recém-nascido.

Vale dizer que não adentraremos no exame de acerto das normas processuais aqui analisadas, por considerar parte de uma discussão à parte, tampouco no exame da sua constitucionalidade, apesar de ser possível esboçar nossa posição a partir das considerações realizadas. O presente tópico se ocupa, então, de mera análise preliminar à procura de *sintomas* que permitam traçar um paralelo com o sistema de precedentes trazidos pelas alterações constitucionais, formando as premissas do nosso trabalho.

2.1. Os instrumentos processuais de aplicação dos precedentes

Os precedentes existem em todos os sistemas jurídicos. É razoável deduzir disso que instrumentos e métodos passaram a ser desenvolvido em busca da efetiva aplicação das normas judicadas. Cumpre ressaltar que, na experiência brasileira, a fase infraconstitucional da Reforma do Poder Judiciário e a atual consolidação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal empenham-se no desenvolvimento desses instrumentos, consoante denotam as Leis nº 9756/1998, 11.276/2006, 11.277/2006, 11.417/2006, 11.418/2006, 11.341/2006; as Reclamações nº 4374, 4335 e 4987; e a Ação Cautelar nº 1550.

Os instrumentos de aplicação de precedentes atuam por meio de ações autônomas ou se incidentes processuais desenvolvidos para que uma norma judicada seja acolhida por meio de uma decisão (em sentido estrito), uma sentença ou um acórdão⁶¹. Assim, o precedente que contém a orientação a ser aplicada atuaria como paradigma, incidindo por dedução ou indução. Tal sistema visa, a nosso ver, a desenvolver uma solução para o déficit

⁶¹ TARANTO, Caio Márcio Gutterres. *Precedente judicial: autoridade e aplicação na jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p.221.

de *efetividade* do processo, ainda que por *efetividade* entendamos o desejo, quase pejorativo, de velocidade exigida numa sociedade de consumo⁶².

Ao se interpretar os referidos instrumentos, identifica-se a presença dos princípios regentes dos precedentes jurisdicionais no Direito, ou seja, a legalidade na forma compreendida pela teoria determinativa, a igualdade, à medida que busca atribuir a mesma prestação jurisdicional a jurisdicionados com a mesma pretensão, e a segurança jurídica. Esses instrumentos são veículos para os mais variados métodos de decisão, como a *distinguishing* e a transcendência dos motivos determinantes. O manuseio desses instrumentos, então, representa ato típico da Jurisdição Constitucional, independente do teor material do precedente que atua como paradigma⁶³.

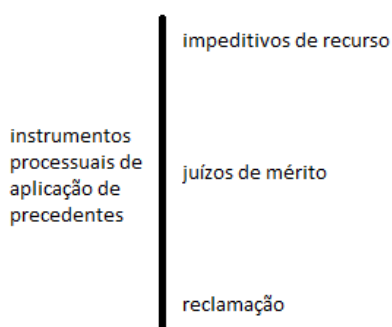
Os instrumentos para a aplicação de precedentes poderiam ser divididos em três espécies, quais sejam, instrumentos inerentes ao impedimento de recurso, instrumentos para a aplicação de precedentes em matéria de mérito propriamente dito e, por fim, a reclamação, consubstanciando verdadeira ação autônoma para a aplicação de um precedente editado pelo Supremo Tribunal Federal.

Em paralelo à aplicação processual, há os instrumentos de cunho político, como a edição de leis positivando normas judicadas e a suspensão da eficácia de lei declarada inconstitucional por precedente do Supremo Tribunal Federal no exercício do controle incidental, nos termos do artigo 52, inciso X, da Constituição.

⁶²Estes tempos imprimiram velocidade à existência de todos. Sob o signo da pressa, imerge-se na rotina dos afazeres e o espaço disponível entre uma obrigação e outra costuma ser reservado ao prazer sem compromisso. Meditar, refletir, cogitar, são verbos inconjugáveis pela mocidade. Ou, pelo menos, por considerável parte dela. NALINI, José Renato. *Por que filosofia?* 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 07.

⁶³Celso de Mello reconheceu expressamente a utilização da transcendência dos motivos determinantes mediante a extração da *ratio decidendi* como método de decisão em instrumento de aplicação de precedentes na Medida Cautelar da Reclamação nº 2986: assinala-se que a aplicação dos fundamentos determinantes de um leading case em hipóteses semelhantes tem-se verificado, entre nós, até mesmo no controle de constitucionalidade das leis municipais. [...] Tendo em vista o disposto no *caput* e §1ºA do artigo 557 do Código de Processo Civil, que reza sobre a possibilidade de o relator julgar monocraticamente recurso interposto contra decisão que esteja em confronto com súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, os membros dessa Corte vem aplicando tese fixada em precedentes onde se discutiu a inconstitucionalidade de lei, em sede de controle difuso, emanada por ente federativo diverso daquele prolator da lei objeto do recurso extraordinário sob exame.

Em pesquisa para localização de todos os instrumentos, nos deparamos com o trabalho de Caio Márcio Gutterres Taranto⁶⁴, cuja classificação se adotou para a exposição seguinte.



2.1.1. Os instrumentos para o impedimento de recurso (positivos e negativos)

A segurança jurídica constitui uma das frentes da efetividade do processo. Parte da responsabilidade sobre a crise do Poder Judiciário repousa nas extensas possibilidades de impedir a efetividade do provimento jurisdicional pela interposição de recursos para a confirmação do que já fora exaustivamente decidido e repetido, sobretudo pelas instâncias superiores. O direito de impugnar uma decisão por meio da oposição ou interposição de um dado recurso foi, e ainda o é, exercido de forma absolutamente abusiva⁶⁵, em um contexto de completa inversão de valores, onde o exercício do direito de ação deixa de assumir o *status* de mecanismo de acesso à justiça para, de forma oposta, se compor em arma de decesso da prestação da atividade jurisdicional e de ineficácia do processo⁶⁶.

Como solução a essa mazela, nosso sistema desenvolveu instrumentos destinados não só a impedir o exercício abusivo do direito de recorrer, mas, conjuntamente, a

⁶⁴ TARANTO, Caio Márcio Gutterres. *Precedente judicial: autoridade e aplicação na jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

⁶⁵ O direito exercido abusivamente, por definição, pressupõe que o agente atua dentro dos limites objetivos da norma, porém, desviando-se dos fins econômicos e sociais perseguidos pela regra legal. É neste sentido que a *teoria do abuso do direito* ganha autonomia, buscando um nicho próprio, distinto daquele reservado à *teoria dos atos ilícitos*. SOUZA, Luiz Sergio Fernandes de. *Abuso de direito processual: uma teoria pragmática*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.72.

⁶⁶ TARANTO, Caio Márcio Gutterres. *Precedente judicial: autoridade e aplicação na jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p.222.

tutelar orientações já fixadas pelos tribunais destinados à dicção do *jus in thesis*. Assim, os instrumentos de aplicação de precedentes relativos ao juízo impeditivo de um recurso podem ser divididos em relação aos que fazem um juízo negativo de admissibilidade e os que ensejam um juízo positivo⁶⁷. Cabe ressaltar que o impedimento ao recurso é efeito de um precedente, conforme já exposto.

Os instrumentos de aplicação de precedentes em sede de juízo impeditivo de recurso não se confundem com os pressupostos da admissibilidade recursal⁶⁸. Esses instrumentos assumem destinação diversa dos pressupostos recursais, visando a instrumentalizar o juízo de admissibilidade, além de pressuporem a existência de um complexo de orientações consolidadas contidas em precedentes paradigmas. Para compreendê-los, deve-se ter mente o tênue limite de atuação do efeito impeditivo de recurso perante o juízo de mérito que decorre da apreciação do órgão *ad quem*, no sentido de averiguar se a decisão impugnada está, ou não, aplicando um dado precedente. É dizer, portanto, que juízo de admissibilidade de recurso e juízo impeditivo de recursos são, pois, temas diversos⁶⁹.

2.1.1.1. A súmula impeditiva de recursos em primeiro grau: artigo 518, §1º do Código de Processo Civil (Lei nº 11.276/2006)⁷⁰

Pode-se definir, interpretando a norma casualmente, que o art. 518 determina a possibilidade de o próprio juiz prolator da sentença objeto de apelação indeferir, de plano, o processamento do recurso de apelação caso a sentença esteja de acordo com súmula do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Ressalta-se que a súmula que impede o recurso não é necessariamente a dotada de efeito vinculante, visto que as súmulas do Superior Tribunal de Justiça não foram alcançadas pela previsão constitucional do art. 103-A.

⁶⁷ TARANTO, Caio Márcio Gutterres. *Precedente judicial: autoridade e aplicação na jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p.223.

⁶⁸ O juízo de admissibilidade dos recursos consiste na verificação, pelo juízo competente para a sua realização, da presença dos requisitos de admissibilidade da espécie recursal de que se tenha servido a parte para impugnar a decisão que lhe foi desfavorável. No caso de admissibilidade dos recursos, trata-se de verificar se estão presentes os pressupostos cuja ausência desautoriza o conhecimento do recurso, determinando, em razão do juízo de admissibilidade negativo, que o tribunal nem mesmo chegue a analisar o respectivo mérito.

⁶⁹ TARANTO, Caio Márcio Gutterres. *Precedente judicial: autoridade e aplicação na jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p.224.

⁷⁰ Art. 518. *Interposta a apelação, o juiz, declarando os efeitos em que a recebe, mandará dar vista ao apelado para responder. §1º. O juiz não receberá o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal.*

Uma das mudanças estabelecidas pela recente reforma processual, a súmula impeditiva de recursos instalada pela regra do §1º do art. 518, é mais um requisito (ou parte integrante) do juízo de *admissibilidade* dos recursos no processo civil, ou seja, além da necessária observância às regras relativas à regularidade formal, legitimidade, tempestividade, etc., o recurso deverá ter sido interposto contra sentença que não tenha como fundamento súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal. Há quem defenda, no entanto, que o indeferimento por conformidade com a súmula faça parte do juízo de mérito recursal⁷¹, visto que se trata de improvimento *prima facie* do recurso diante do fundamento empregado pela sentença⁷². Entendemos não ser essa a interpretação mais correta, pois pensar dessa forma possibilitaria um recurso sobre essa decisão, aumentando o número de recursos para se ter acesso ao tribunal, o que vai contra o modelo constitucional delineado nas recentes reformas do Código de Processo Civil. Além disto, é fato que a norma se utiliza da expressão *não receberá o recurso*, que claramente nos remete ao juízo de admissibilidade.

Mesmo com a expressa previsão legal, entendemos que ainda há espaço para o juízo de razoabilidade, ainda que somente quanto ao exposto na presente disposição de texto do artigo -a saber, artigo 518, §1º, do Código de Processo Civil –, pois o mero fato de a sentença ter sido prolatada com base em súmula do Superior Tribunal de Justiça, ou do Supremo Tribunal Federal, não garante, em toda e qualquer hipótese, a nosso ver, o não reconhecimento do recurso. As particularidades fáticas dos casos ou quaisquer diferenciais envolvidos na questão criam as condições jurídicas para a possibilidade de abertura para uma nova discussão da lide, para que assim se torne possível afastar o engessamento da jurisprudência, que é, segundo Cássio Scarpinella Bueno, uma das maiores críticas à adoção das súmulas impeditivas de recursos⁷³.

Ainda citando Cássio Scarpinella Bueno: importante fixar, desde logo, a ideia de que as chamadas súmulas vinculantes e as súmulas impeditivas de recursos são, na verdade, as duas faces de uma mesma moeda, quando menos, que são institutos com finalidades irremediavelmente complementares. Se, para todos os fins, os efeitos vinculantes

⁷¹ WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves comentários à nova sistemática processual civil*. Vol. 02. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 226. Também MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil. Processo de conhecimento*. 7ª edição. Vol.02. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.532.

⁷² BUENO, Cassio Scarpinella. *A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil*. Vol. 2. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 38-39.

⁷³ BUENO, Cassio Scarpinella. *A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil*. Vol. 2. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 38.

de uma decisão de um dado tribunal querem impedir que sobre uma mesma questão jurídica o juízo inferior decida diferentemente, qual seria o sentido de admitir recursos interpostos de decisões que se fundamentam naquelas mesmas súmulas?⁷⁴.

Podemos inferir, a partir da citação, que a súmula impeditiva de recurso faz então parte do aparato infraconstitucional do princípio da celeridade processual estabelecido pela Emenda Constitucional nº 45, seguindo a mesma finalidade das súmulas vinculantes⁷⁵.

Desta forma, as súmulas impeditivas de recursos refletem, por fim, o modelo constitucional do processo que preza por sua economia e celeridade, por meio da utilização do *precedente* para caracterizar como processos repetitivos as novas demandas e, assim, usar o precedente como pressuposto de um contraditório *presumido*, sedimentado pelas reiteradas decisões das instâncias superiores do Poder Judiciário Brasileiro⁷⁶.

2.1.1.2. A negativa de seguimento de recurso inadmissível, improcedente ou prejudicado: artigo 557, *caput*, do Código de Processo Civil (Lei nº 9.756/98)⁷⁷

O instrumento previsto no *caput* do artigo 557 do Código de Processo Civil é, de certa forma, o precursor em sede de aplicação de precedentes judiciais. Há aqui o poder do relator em negar seguimento a pedido ou recurso manifestamente intempestivo, incabível ou improcedente, ou, ainda, ao recurso que contrariar, nas questões predominantemente de direito, súmula do respectivo tribunal.

O texto utiliza a expressão *súmula ou jurisprudência* em sentido amplo, significando o que propomos para precedente judicial, ou seja, o instrumento mediante o qual o Poder Judiciário, como instituição, em especial o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, edita normas jurídicas a serem aplicadas em decisões posteriores, que assumirão, em um dado caso concreto, a qualidade de paradigma para que o recurso não seja admitido.

⁷⁴BUENO, Cassio Scarpinella. *A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil*. Vol. 2. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 32.

⁷⁵TARANTO, Caio Márcio Gutterres. *Precedente judicial: autoridade e aplicação na jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p.225.

⁷⁶TARANTO, Caio Márcio Gutterres. *Precedente judicial: autoridade e aplicação na jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p.226.

⁷⁷Art. 557. *O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.*

Tal dispositivo sofre diversas críticas da dogmática, principalmente pela razão de transformar o julgamento de segundo grau em decisão monocrática. Há também divergência acerca da natureza do efeito introduzido por esta norma. Há quem defenda que, (a) apesar do poder atribuído ao relator, os precedentes possuam efeito meramente persuasivo; (b) outros defendem que se trata de efeito impeditivo de recurso; enquanto (c) há ainda quem defenda a orientação de que se trata de efeito vinculante inserido de forma indireta. Entendemos que se trata de uma transição entre a primeira e a segunda posições, visto que existe uma expansão da eficácia do precedente em face de casos futuros, caminhando para a força vinculante de um impedimento de recurso⁷⁸.

Finalmente, cabe ressaltar que a disposição aqui analisada requer uma interpretação conforme a Constituição, no sentido de não ser negado o acesso às vias excepcionais, de índole constitucional, razão pela qual os verbetes de tribunais locais, apenas, podem produzir efeitos impeditivos *internacorporis* quando a orientação for conexa com a dos tribunais de superposição⁷⁹.

2.1.1.3. O impedimento de recurso extraordinário por ausência de repercussão geral: artigo 543-A, §5º, do Código de Processo Civil (Lei nº 11.418/2006)⁸⁰

A norma estabelecida pela disposição suprarreferida determina que, uma vez negada a existência da repercussão geral, a decisão valerá para todos os recursos sobre matéria idêntica, que serão liminarmente indeferidos. Assim, o precedente a ser aplicado é o decorrente do juízo impeditivo de recurso, que assume a qualidade de paradigma, cuja orientação deverá ser seguida para todos os recursos que tenham a mesma matéria. Há, portanto, mais uma hipótese de efeito impeditivo em sede de controle incidental de constitucionalidade, mas meramente persuasivo para o Supremo Tribunal Federal, quando da

⁷⁸ TARANTO, Caio Márcio Gutterres. *Precedente judicial: autoridade e aplicação na jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p.229-230.

⁷⁹ A expressão *jurisprudência dominante do respectivo tribunal* somente pode servir de base para negar seguimento a recurso quando o entendimento adotado estiver de acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, sob pena de negar às partes o direito constitucional de acesso às vias excepcionais (extraordinária e especial).

⁸⁰ Art. 543-A. *O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral, nos termos deste artigo. [...] § 5º Negada a existência da repercussão geral, a decisão valerá para todos os recursos sobre matéria idêntica, que serão indeferidos liminarmente, salvo revisão da tese, tudo nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.*

admissibilidade de um recurso extraordinário, à medida que o *caput* do artigo 557 permanece em vigor e forma um sistema harmônico com o referido §5º⁸¹.

Tal compreensão do presente instrumento como realizador de juízo impeditivo de recurso é, todavia, discutida por alguns juristas⁸². Isso porque sustentam que o não reconhecimento da repercussão geral de determinada questão tem efeito *panprocessual*, no sentido de que se espalha para além do processo em que fora acertada a inexistência de relevância e transcendência da controvérsia levada ao Supremo Tribunal Federal. Defendem também que o efeito pragmático oriundo desse não reconhecimento está em que outros recursos fundados em idêntica matéria serão conhecidos liminarmente, estando o Supremo Tribunal Federal autorizado a negar-lhes seguimento de plano. Por fim, concluem que *há evidente vinculação horizontal na espécie*⁸³.

Apesar da ampla fundamentação com que esse posicionamento é defendido, não deve se esquecer de que vinculação, persuasão e impedimento de recurso são efeitos de um precedente. O efeito vinculante, apenas, ocorre em sede de juízo de mérito, não em sede de admissibilidade ou em sede de juízo impeditivo, quando, então, o paradigma, apenas, obsta ao reconhecimento de recurso.

2.1.1.4. A admissibilidade de recurso extraordinário pela falta de obediência à orientação do Supremo Tribunal Federal: a presunção absoluta de repercussão existente na norma do artigo 543-A, §3º do Código de Processo Civil (Lei nº 11.418/2006)⁸⁴

O incidente de repercussão geral pode atuar como instrumento de aplicação de precedente judicial em três hipóteses previstas pela lei suprarreferida. Entre elas, há a hipótese do §3º do artigo 543-A, que prevê que haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar decisão contrária a precedente dominante do Supremo Tribunal Federal. Trata-se,

⁸¹ TARANTO, Caio Márcio Gutterres. *Precedente judicial: autoridade e aplicação na jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p.230-231.

⁸² MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Repercussão geral no recurso extraordinário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.52.

⁸³ TARANTO, Caio Marcio Gutterres. *O incidente de repercussão geral como instrumento de aplicação de precedente jurisdicional. Novas hipóteses de efeito vinculante e impeditivo de recurso em sede de controle incidental de constitucionalidade*. In Revista de Seção Judiciária do Rio de Janeiro, n.19, abr, 2007, p.93-108.

⁸⁴ Art. 543-A. *O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral, nos termos deste artigo. [...] § 3º Haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal.*

assim, de hipótese de presunção de repercussão, que produz efeito contrário ao impeditivo de recurso.

A expressão *súmula ou jurisprudência dominante* se refere às consolidadas pelo Supremo Tribunal Federal, ainda em vigor. Assim, caso o recurso extraordinário transcenda o interesse subjetivo do demandante a ponto de proteger as orientações do Supremo Tribunal Federal, haverá, sim, repercussão geral, razão pela qual o dispositivo em comento consagra verdadeira hipótese de presunção absoluta⁸⁵.

É necessário, ainda, extrair do texto legal solução que valorize o regime jurídico, sua efetividade, objetividade e a finalidade da repercussão geral para assegurar prestígio à jurisprudência já consolidada e evitar novo julgamento de cada uma das questões constitucionais já pacificadas pelo plenário do Supremo Tribunal Federal.

Nesse instrumento, o precedente a ser aplicado é o que contém a orientação do Supremo Tribunal Federal não seguida pelo Juízo *a quo*. Desta forma, o sistema processual deteria instrumento de aplicação do precedente apto a impedir que um tribunal de justiça estadual ou regional federal ou mesmo uma corte de superposição esbulhe a competência constitucional extraordinária do Supremo Tribunal Federal, ao afastar orientações já consolidadas por seus precedentes. Teria desenvolvido o sistema processual, portanto, instrumento apto a corrigir *overwhelmingpower* de um juízo *a quo*, impedindo que atue na qualidade de moderador ilegítimo interno ao Poder Judiciário⁸⁶. Esse instrumento, especificamente dirigido ao Supremo Tribunal Federal, representaria, segundo Taranto, proteção contra *pseudoprecedentes* e orientações *per incuriam*⁸⁷.

⁸⁵ Na Ação Cautelar nº 2.030, o Supremo Tribunal Federal entendeu que não cabe ao tribunal de origem decidir sobre a existência de repercussão geral presumida. Essa norma, entendeu, teria por destinatário normativo o próprio Supremo Tribunal Federal, ao qual compete decidir acerca da existência, ou não, de jurisprudência dominante ou súmula capaz de configurar a presunção de repercussão geral (julgado em 03.02.2009). Há quem sustente ser possível ao juízo *a quo* aferir a existência de alegação de repercussão geral. Veja-se: há diferença entre apreciar a existência de alegação de repercussão geral e apreciar a existência de repercussão geral. No primeiro caso, verifica-se, exclusivamente, a existência da alegação, em sede de preliminar do recurso, destacada em tópico próprio, como exige do artigo 543-A, §2º do CPC, ou até mesmo no corpo do texto das razões recursais. TARANTO, Caio Márcio Gutterres. *Precedente judicial: autoridade e aplicação na jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p.232-233.

⁸⁶ TARANTO, Caio Márcio Gutterres. *Precedente judicial: autoridade e aplicação na jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p.234.

⁸⁷ TARANTO, Caio Márcio Gutterres. *Precedente judicial: autoridade e aplicação na jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p.235.

2.1.1.5. Medida cautelar para a concessão de efeito suspensivo a recurso extraordinário ou especial não admitido pelo tribunal de origem na hipótese da decisão combatida contrariar norma estabelecida em precedente do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça⁸⁸

O Supremo Tribunal Federal, quando apreciou a Ação Cautelar nº 1.550, criou, segundo Taranto, hipótese de aplicação de precedente em situações excepcionais em sede de juízo de admissibilidade de recurso⁸⁹.

Entendeu o Supremo que, em situações excepcionais, nos quais patenteia plausibilidade jurídica do pedido, decorrente do fato de a decisão recorrida contrariar jurisprudência ou súmula do Supremo Tribunal Federal, e também o perigo de dano irreparável ou de difícil reparação, que se poderá configurar na execução do acórdão recorrido, poderá justificar a concessão de medida cautelar, ainda que o recurso extraordinário tenha sido objeto de juízo negativo de admissibilidade perante o Tribunal de origem e que o agravo de instrumento contra essa decisão ainda esteja pendente de julgamento⁹⁰.

Nesse instrumento, o precedente paradigma consubstancia aquele cujas orientações não foram devidamente seguidas pelo tribunal de origem. De certa forma, o Supremo Tribunal Federal instrumentaliza remédio apto a contornar equivocada interpretação do sistema do artigo 557 do Código de Processo Civil em desarmonia com a Constituição, evitando que se obstrua o acesso à prestação da atividade jurisdicional dos tribunais que tutelam o *jus in thesis*⁹¹.

⁸⁸ *EMENTA: AÇÃO CAUTELAR. EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO ADMITIDO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. AGRAVO DE INSTRUMENTO PENDENTE DE JULGAMENTO. MEDIDA CAUTELAR CONCEDIDA PARA SUSPENDER OS EFEITOS DO ACÓRDÃO RECORRIDO. 2. Em situações excepcionais, em que estão patentes a plausibilidade jurídica do pedido - decorrente do fato de a decisão recorrida contrariar jurisprudência ou súmula do Supremo Tribunal Federal - e o perigo de dano irreparável ou de difícil reparação a ser consubstanciado pela execução do acórdão recorrido, o Tribunal poderá deferir a medida cautelar ainda que o recurso extraordinário tenha sido objeto de juízo negativo de admissibilidade perante o Tribunal de origem e o agravo de instrumento contra essa decisão ainda esteja pendente de julgamento. 3. Hipótese que não constitui exceção à aplicação das Súmulas 634 e 635 do STF. 4. Suspensão dos efeitos do acórdão impugnado pelo recurso extraordinário, até que o agravo de instrumento seja julgado. 5. Ação cautelar deferida. Unânime. (Ação Cautelar 1.550 Fonte: website do STF, acesso em 29 de agosto de 2011).*

⁸⁹ TARANTO, Caio Márcio Gutterres. *Precedente judicial: autoridade e aplicação na jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 235.

⁹⁰ TARANTO, Caio Márcio Gutterres. *Precedente judicial: autoridade e aplicação na jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p.235-236.

⁹¹ Da mesma forma, o Superior Tribunal de Justiça, de forma reiterada, construiu a orientação de que a concessão de efeito suspensivo (ativo) a recurso especial inadmitido pelo juízo *a quo*, em sede de medida

2.1.1.6. A dispensa de reexame necessário: artigo 475, §3º, do Código de Processo Civil⁹²

Muito embora o *reexame necessário* não possuir natureza recursal,sendona verdade condição de eficácia da sentença, o instrumento previsto no §3º do artigo 475 do Código de Processo Civil se aproxima dos demais ligados ao juízo impeditivo de recurso. Isso porque o dispositivo prevê que não estará sujeita ao duplo grau de jurisdição a sentença que estiver fundada em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmula deste Tribunal ou do tribunal superior competente⁹³. Taranto afirma, ao constatar isso, que se trata, portanto, da chamada *súmula impeditiva de reexame necessário*⁹⁴.

Em decisão, o Superior Tribunal de Justiça salientou que se trata de oportuna e elogiável alteração do sistema processual, que, reconhecendo e privilegiando a força dos precedentes dos tribunais superiores, confere maior efetividade às decisões judiciais de primeiro grau, abreviando, assim, o desfecho do processo⁹⁵.

2.1.1.7. A negativa de admissibilidade do recurso especial: artigo 543-C do Código de Processo Civil (Lei nº 11.672/2008)⁹⁶

cautelar, ainda que pendente de apreciação agravo de instrumento interposto, representa medida excepcional que exige a presença, na qualidade de requisitos, da teratologia da decisão e da consonância com a jurisprudência predominante da Corte Superior.TARANTO, Caio Márcio Gutterres. *Precedente judicial: autoridade e aplicação na jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p.236.

⁹²Art. 475. *Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença: [...]§ 3o Também não se aplica o disposto neste artigo [terceira exceção] quando a sentença estiver fundada em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmula deste Tribunal ou do tribunal superior competente.*

⁹³ TARANTO, Caio Márcio Gutterres. *Precedente judicial: autoridade e aplicação na jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p.237.

⁹⁴ Cassio Scarpinella Bueno, com maestria, defende que a dispensa do reexame necessário não pode deixar de ser entendida à semelhança do novo §1º do artigo 518, como um caso de *súmula impeditiva de reexame necessário*. Cf. BUENO, Cassio Scarpinella. *A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil*. Vol. 2. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2006, p.53.

⁹⁵ Recurso Especial 572.890, relator Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 04 de maio de 2004.

⁹⁶Art. 543-C. *Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, o recurso especial será processado nos termos deste artigo. (Incluído pela Lei nº 11.672, de 2008). § 1oCaberá ao presidente do tribunal de origem admitir um ou mais recursos representativos da controvérsia, os quais serão encaminhados ao Superior Tribunal de Justiça, ficando suspensos os demais recursos especiais até o pronunciamento definitivo do Superior Tribunal de Justiça. § 2oNão adotada a providência descrita no § 1o deste artigo, o relator no Superior Tribunal de Justiça, ao identificar que sobre a controvérsia já existe jurisprudência dominante ou que a matéria já está afeta ao colegiado, poderá determinar a suspensão, nos tribunais de segunda instância, dos recursos nos quais a controvérsia esteja estabelecida. § 3oO relator poderá solicitar informações, a serem prestadas no prazo de quinze dias, aos tribunais federais ou estaduais a respeito da controvérsia. § 4o O relator, conforme dispuser o regimento interno do Superior Tribunal de Justiça e considerando a relevância da matéria, poderá admitir manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia. § 5oRecebidas as informações e, se for o caso, após cumprido o disposto no § 4o*

Essa norma, segundo Taranto, teria criado verdadeiro incidente de admissibilidade e, ao mesmo tempo, instrumento de aplicação de precedente judicial específico para o recurso especial⁹⁷. Primeiramente, cumpre ressaltar que não teria sido desenvolvida hipótese de vinculação, ainda que semelhante ao regime do artigo 14 da Lei nº 10.259/2001, por força da não obrigatoriedade do tribunal de origem em seguir a orientação fixada pelo Superior Tribunal de Justiça, como dispõe o §8º.

Esse instrumento consiste na identificação de uma demanda multitudinária com idêntica questão de direito nos termos do artigo 105, inciso III, da Constituição, em curso em um ou vários tribunais de justiça ou nos tribunais federais, em fase de admissibilidade do recurso especial, sem, contudo, inexistir pronunciamento específico do Superior Tribunal de Justiça a respeito da matéria, ou, nos termos do §2º do artigo 543-C, já existindo orientação, nos casos em que a matéria esteja afeta ao colegiado.

O §1º consagra, então, verdadeira causa de suspensão do processo, após o presidente do tribunal de origem admitir um dado recurso especial representativo da demanda, até que haja o pronunciamento da matéria por parte do Superior Tribunal de Justiça. Esse instrumento merece louvor por permitir, de forma específica, a manifestação de *amicuscuriae*, inclusive o judicial. Igualmente merece louvor a referida lei por determinar que o recurso especial admitido e que tenha gerado a suspensão dos demais seja julgado com preferência, ressalvados os casos com réu preso e o *habeas corpus*⁹⁸.

2.1.2. Os instrumentos para o juízo de mérito

A distinção destes instrumentos com aqueles de viés impeditivo de recursos é relevante devido à produção de efeitos diversos. Nosso sistema processual possui vários

deste artigo, terá vista o Ministério Público pelo prazo de quinze dias. § 6º Transcorrido o prazo para o Ministério Público e remetida cópia do relatório aos demais Ministros, o processo será incluído em pauta na seção ou na Corte Especial, devendo ser julgado com preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de habeas corpus. § 7º Publicado o acórdão do Superior Tribunal de Justiça, os recursos especiais sobrestados na origem: I - terão seguimento denegado na hipótese de o acórdão recorrido coincidir com a orientação do Superior Tribunal de Justiça; ou II - serão novamente examinados pelo tribunal de origem na hipótese de o acórdão recorrido divergir da orientação do Superior Tribunal de Justiça. § 8º Na hipótese prevista no inciso II do § 7º deste artigo, mantida a decisão divergente pelo tribunal de origem, far-se-á o exame de admissibilidade do recurso especial. § 9º O Superior Tribunal de Justiça e os tribunais de segunda instância regulamentarão, no âmbito de suas competências, os procedimentos relativos ao processamento e julgamento do recurso especial nos casos previstos neste artigo.

⁹⁷ TARANTO, Caio Márcio Gutterres. *Precedente judicial: autoridade e aplicação na jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p.238.

⁹⁸ TARANTO, Caio Márcio Gutterres. *Precedente judicial: autoridade e aplicação na jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p.239.

instrumentos com essa natureza, merecendo ênfase o julgamento liminar de mérito sem citação, o provimento de recurso por confronto com orientação dominante, a vinculação da orientação de recurso extraordinário perante recursos sobrestados, a vinculação da orientação de recurso extraordinário nos termos dos artigos 14 e 15 da Lei nº 10.259/2001 e a impugnação de título executivo judicial por inexigibilidade decorrente de orientação do Supremo Tribunal Federal.

2.1.2.1. O indeferimento liminar de ação direta de inconstitucionalidade e de ação declaratória de constitucionalidade manifestamente improcedente⁹⁹

O artigo 4º da Lei nº 9.868/99 dispõe que a petição inicial de ação direta de inconstitucionalidade e de ação declaratória de constitucionalidade inepta, não fundamentada ou manifestamente improcedente, será liminarmente indeferida pelo relator. Um precedente judicial em que a matéria constitucional foi previamente fixada pelo Supremo Tribunal Federal, seja ele vinculante ou persuasivo, pode figurar como paradigma para fins de identificação da manifesta improcedência¹⁰⁰.

Isso seria exemplo apto a demonstrar, segundo Taranto, que um precedente persuasivo pode figurar como paradigma para o indeferimento da petição inicial de ação direta compreendida, a partir da norma julgada dos processos anteriores, como manifestamente improcedente¹⁰¹.

2.1.2.2. O indeferimento liminar ad ação nos casos de processos repetitivos sem citação: artigo 285-A do Código de Processo Civil (Lei nº 11.277/2006)¹⁰²

Em primeira análise, a norma em questão inserida pela Lei 11.277/2006, permite ao juiz sentenciar a improcedência da ação, ainda antes mesmo da citação do réu, nos

⁹⁹Art. 4º A petição inicial inepta, não fundamentada e a manifestamente improcedente serão liminarmente indeferidas pelo relator. Parágrafo único. Cabe agravo da decisão que indeferir a petição inicial.

¹⁰⁰ Na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.071, do relator Ministro Menezes Direito, por exemplo, o tribunal indeferiu a petição inicial com fundamento no artigo 4º da Lei nº 9.868/99, pois nos Recursos Extraordinários nº 377.457 e 381.964 foi reconhecida a constitucionalidade do artigo 56 da Lei nº 9.430/96.

¹⁰¹ TARANTO, Caio Márcio Guterres. *Precedente judicial: autoridade e aplicação na jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p.240.

¹⁰²Art. 285-A. Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada. §1º. Se o autor apelar, é facultado ao juiz decidir, no prazo de 5 (cinco) dias, não manter a sentença e determinar o prosseguimento da ação. §2º. Caso seja mantida a sentença, será ordenada a citação do réu para responder ao recurso.

casos em que a controvérsia gire em torno de questão exclusivamente de direito, se este mesmo juízo já houver proferido sentença de improcedência em casos idênticos¹⁰³.

Essa alteração por inclusão reflete a intenção de racionalizar os processos repetidos, visando, como sempre, ao funcionamento do modelo constitucional do processo. Entendemos aqui se estar lidando também com uma espécie de precedente, oriundo do próprio juízo de primeira instância¹⁰⁴, que tem por finalidade, além de economizar os custos da máquina estatal judiciária, a estabilidade da segurança jurídica, o que, segundo o pensamento que baseia toda a ideia do precedente, trará a justiça equânime aos homens.

O indeferimento preliminar da ação consiste, nos moldes da norma em questão, numa sentença de mérito, por reconhecer a improcedência do pedido. Cabe aqui fazer algumas considerações, seguindo a lição de Wambier¹⁰⁵, sobre o artigo art. 219, §6º, que ordena a comunicação ao réu da existência de uma ação contra ele, uma vez que a sentença passasse em julgado no caso de indeferimento por prescrição ou decadência. Seguindo o entendimento do autor citado, deve ser comunicada ao réu, uma vez transitada em julgado a sentença por improcedência do art. 285-A do Código de Processo Civil, interpretando-se sistematicamente o texto do art. 219, §6º do mesmo código.

No entanto, o mesmo autor defende que a inclusão do art. 285-A não faz parte do modelo constitucional do processo civil, ao traçar um paralelo com a súmula vinculante. Não se pode entender desta forma. A reforma constitucional, além da uniformização e segurança da jurisprudência, estabelece a razoável duração do processo e sua celeridade como direito fundamental do cidadão.

¹⁰³ Que o que está escrito na lei é o que acabei de escrever que está escrito, não tenho dúvidas. Proponho, contudo, em nome da leitura *sistemática* do processo civil a que insistentemente me refiro – e que norteia, a bem da verdade, a produção destes meus comentários à mais recente etapa da reforma do Código de Processo Civil –, uma *interpretação* do art. 285-A em que *sentença do juízo* seja entendida simetricamente aos já referidos dispositivos de lei, isto é, como *súmula ou jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior*, para empregar, aqui, o referencial amplo do *caput* do art.55, na redação da Lei nº 9.756/98. Até porque, também por força das premissas fundantes do meu pensamento sobre o direito processual civil, esta é a única forma de manter o art.285-A afinado ao *modelo constitucional do processo*, observando-se de forma potencializada o princípio da isonomia a que fiz referência acima. BUENO, Cassio Scarpinella. *A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil*. Vol. 2. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 55.

¹⁰⁴ Trata-se, na classificação americana, da *horizontal stare decisis*, que é o precedente produzido pelo próprio tribunal que deve decidir a lide em questão, de efeito vinculante ou de mero fator persuasivo. Isso será devidamente analisado no capítulo 4 deste trabalho.

¹⁰⁵ WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves comentários à nova sistemática processual civil*. vol. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, pp. 65.

Apesar de não existir expressa previsão no sentido de que o indeferimento preliminar do art. 285-A do Código de Processo Civil deva ser baseado em sentenças em consonância com o entendimento prevalecente dos tribunais hierarquicamente superiores, defende-se que, além da total improcedência em casos idênticos, é necessário interpretá-la de uma forma sistemática, aplicando-os sobre casos decididos seguindo a orientação dos tribunais hierarquicamente superiores, isto com o intuito de se racionalizar o processo; do contrário estaria prevalecendo à jurisprudência de um único juízo de 1ª instância em detrimento da jurisprudência dos tribunais, o que não corrobora os valores adotados pela reforma constitucional do processo: segurança e uniformização da jurisprudência de um Poder Judiciário consolidado por hierarquias. Assim, seguindo o entendimento da doutrina, a posição adotada na sentença deve coincidir com o entendimento, pelo menos majoritário, sendo tal condição um pressuposto fundamental para a aplicação da norma¹⁰⁶.

Quanto ao aspecto da celeridade processual, o art. 285-A desempenha um papel importante: Ao indeferir *prima facie* os casos idênticos¹⁰⁷, o juiz de 1º grau está proferindo sentença de mérito e, na hipótese desta sentença não ser objeto de apelação, forma-se coisa julgada material, não sendo necessária a citação do réu, com o que se resolve de forma célere o litígio. Mesmo que a sentença proferida com fundamento no art. 285-A seja objeto de apelação, o processo terá uma duração menor, pois o processo será remetido à análise de 2º grau em tempo muito menor do que normalmente ocorreria.

Como dito anteriormente sobre a reforma constitucional, não cabe aqui discorrer sobre o acerto das novas normas instaladas pela reforma infraconstitucional do processo civil. Limitamo-nos à análise do fenômeno do fortalecimento da figura do precedente no direito brasileiro. No art. 285-A, entende-se que, além da finalidade da celeridade processual, e partindo da premissa de que sua aplicação é condicionada pelas posições adotadas nos tribunais superiores, há, sim, o fortalecimento do precedente em nosso processo civil, visto que esses indeferimentos *prima facie* dos casos idênticos se fundamentam em um *contraditório presumido*, sedimentado pelas reiteradas decisões tomadas pelo juízo de

¹⁰⁶ WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves comentários à nova sistemática processual civil*. vol. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, pp. 226. Verificar também o trecho de Scarpinella citado na nota da página anterior.

¹⁰⁷ Apesar de a questão ser potencialmente tormentosa, entende-se por casos idênticos os processos que possuem a mesma tese jurídica. Não há como considerar casos idênticos por ações idênticas, estas que se identificam sobre os elementos do processo e que são afastadas pelo instituto da litispendência. Casos idênticos, portanto, são aqueles identificados por portarem a mesma tese jurídica, as mesmas circunstâncias fáticas e jurídicas que se apresentem igualmente nas ações propostas. A respeito, *vf.* BUENO, Cássio Scarpinella. *A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil*. Vol. 2. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2006, pp. 76-77.

1º grau, com ao menos certo grau de consonância com o entendimento adotado pelos tribunais superiores¹⁰⁸.

2.1.2.3. O provimento de recurso por confronto com orientação dominante: artigo 557, §1ºA, do Código de Processo Civil¹⁰⁹

Conforme exposto e defendido por Taranto, há diferença entre o instrumento previsto no *caput* do artigo 557 do Código de Processo Civil, com a redação determinada pela Lei nº 9.756/98, inerente ao juízo impeditivo de recurso, e sua hipótese oposta, prevista no artigo 1º, relativo ao juízo de mérito do recurso¹¹⁰. A redação prevê que se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso. Igualmente, cabe ressaltar que o dispositivo utiliza a expressão *súmula ou jurisprudência* em sentido amplo, significando o que se propôs para o conceito provisório de precedente judicial, ou seja, o mecanismo mediante o qual o Poder Judiciário, como instituição, edita normas jurídicas a serem aplicadas em decisões posteriores, que assumirão, em um dado caso concreto, a qualidade de paradigma para que a sentença seja reformada¹¹¹.

2.1.2.4. A vinculação e o impedimento de recurso perante os processos sobrestados por força de decisão em sede de repercussão geral: artigo 543-B, §§ 2º e 3º (Lei nº 11.418/2006)¹¹²

Entendemos que a norma supracitada optou por disciplinar de forma específica o incidente de repercussão geral em caso de demandas multitudinárias. Existe, pois,

¹⁰⁸ TARANTO, Caio Márcio Gutterres. *Precedente judicial: autoridade e aplicação na jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p.254.

¹⁰⁹ Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior. § 1º-A. Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso.

¹¹⁰ TARANTO, Caio Márcio Gutterres. *Precedente judicial: autoridade e aplicação na jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 255.

¹¹¹ TARANTO, Caio Márcio Gutterres. *Precedente judicial: autoridade e aplicação na jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p.255.

¹¹² Art. 543-B. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a análise da repercussão geral será processada nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, observado o disposto neste artigo. [...] § 2º Negada a existência de repercussão geral, os recursos sobrestados considerar-se-ão automaticamente não admitidos. § 3º Julgado o mérito do recurso extraordinário, os recursos sobrestados serão apreciados pelos Tribunais, Turmas de Uniformização ou Turmas Recursais, que poderão declará-los prejudicados ou retratar-se.

diferençano teor da expressão *matéria idêntica*, contida no §5º do artigo 543-A, em relação ao sentido de *idêntica controversa* a ser aplicado em caso de multiplicidade de demandas.

A terceira hipótese de aplicação dos precedentes em sede de incidente de repercussão geral é relativa às demandas multitudinárias, envolvendo, em especial, direitos individuais homogêneos.

Caso o Supremo Tribunal Federal, em sede de incidente de repercussão geral do processo selecionado, entenda ausente relevância econômica, política, social ou jurídica apta a transcender aos interesses subjetivos da demanda, essa orientação deverá ser aplicada a todos os processos sobrestados, figurando o recurso extraordinário selecionado como paradigma (§2º do artigo 543-B). Nesse caso, o precedente paradigma produz efeito impeditivo de recurso, evitando-se que o Supremo Tribunal Federal receba um sem número de recursos extraordinários para que reproduza orientação já firmada¹¹³.

Contudo, caso o Pretório Excelso entenda que há repercussão geral e julgue o mérito do processo, a orientação firmada deverá ser aplicada pelo juízo *a quo*, que deverá (não apenas poderá), ainda, declarar os recursos prejudicados ou retratar-se, figurando o recurso extraordinário selecionado como paradigma (§3º do artigo 543-B). Então, o precedente paradigma produz efeito vinculante em sede de controle incidental, determinando que a orientação oriunda do juízo de mérito que o Supremo tenha fixado seja obrigatoriamente reproduzida nos processos sobrestados. Poderá, destarte, o prejudicado utilizar de reclamação, para que o Supremo Tribunal Federal possa cassar ou reformar liminarmente o acórdão contrário à orientação firmada¹¹⁴.

2.1.2.5. A atribuição de efeito vinculante a recurso extraordinário: artigos 14 e 15 da Lei nº 10.259/2001 e artigo 321 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal¹¹⁵

¹¹³ TARANTO, Caio Márcio Gutterres. *Precedente judicial: autoridade e aplicação na jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p.256-257.

¹¹⁴ TARANTO, Caio Márcio Gutterres. *Precedente judicial: autoridade e aplicação na jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p.257.

¹¹⁵ Art. 14. Caberá pedido de uniformização de interpretação de lei federal quando houver divergência entre decisões sobre questões de direito material proferidas por Turmas Recursais na interpretação da lei. § 1º O pedido fundado em divergência entre Turmas da mesma Região será julgado em reunião conjunta das Turmas em conflito, sob a presidência do Juiz Coordenador. § 2º O pedido fundado em divergência entre decisões de turmas de diferentes regiões ou da proferida em contrariedade a súmula ou jurisprudência dominante do STJ será julgado por Turma de Uniformização, integrada por juízes de Turmas Recursais, sob a presidência do

Conforme visto anteriormente, a dogmática jurídica construiu a assertiva, a ser aplicada *a priori*, de que o julgamento oriundo de recurso extraordinário tem eficácia, apenas, *inter partes* e não *erga omnes*, despojado de vinculação, com o fundamento de consubstanciar instrumento de controle incidental, não concentrado, de constitucionalidade.

Tal assertiva passou a perder força com a promulgação da Lei nº 10.259/2001 e com a respectiva alteração no artigo 321 no Regimento do Supremo Tribunal Federal.

Com tais mudanças, indaga-se se existiria finalidade em provimento de urgência para suspender processos outros não identificados, mas identificáveis pelo objeto, mesmo que ainda não ajuizados, se não a vinculação à *ratio decidendi* firmada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do recurso extraordinário? Há que se atentar que esses dispositivos não merecem ser interpretados isolados do conteúdo decisório do recurso extraordinário de efeito vinculante, que atuará como paradigma perante os sobrestados, pois representaria excluir-lhes força normativa, o que manteria o regime antigo dos recursos excepcionais. Trata-se, pois, de mecanismo de simplificação (sumarização) do procedimento pelo uso de precedente vinculante monoprocessual ou pluriprocessual¹¹⁶.

A utilização desse complexo instrumento produz efeito vinculante para o recurso extraordinário em relação aos processos sobrestados pelo provimento de urgência,

Coordenador da Justiça Federal. § 3o A reunião de juízes domiciliados em cidades diversas será feita pela via eletrônica. § 4o Quando a orientação acolhida pela Turma de Uniformização, em questões de direito material, contrariar súmula ou jurisprudência dominante no Superior Tribunal de Justiça – STJ, a parte interessada poderá provocar a manifestação deste, que dirimirá a divergência. § 5o No caso do § 4o, presente a plausibilidade do direito invocado e havendo fundado receio de dano de difícil reparação, poderá o relator conceder, de ofício ou a requerimento do interessado, medida liminar determinando a suspensão dos processos nos quais a controvérsia esteja estabelecida. § 6o Eventuais pedidos de uniformização idênticos, recebidos subsequentemente em quaisquer Turmas Recursais, ficarão retidos nos autos, aguardando-se pronunciamento do Superior Tribunal de Justiça. § 7o Se necessário, o relator pedirá informações ao Presidente da Turma Recursal ou Coordenador da Turma de Uniformização e ouvirá o Ministério Público, no prazo de cinco dias. Eventuais interessados, ainda que não sejam partes no processo, poderão se manifestar, no prazo de trinta dias. § 8o Decorridos os prazos referidos no § 7o, o relator incluirá o pedido em pauta na Seção, com preferência sobre todos os demais feitos, ressalvada os processos com réus presos, os habeas corpus e os mandados de segurança. § 9o Publicado o acórdão respectivo, os pedidos retidos referidos no § 6o serão apreciados pelas Turmas Recursais, que poderão exercer juízo de retratação ou declará-los prejudicados, se veicularem tese não acolhida pelo Superior Tribunal de Justiça. § 10. Os Tribunais Regionais, o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, no âmbito de suas competências, expedirão normas regulamentando a composição dos órgãos e os procedimentos a serem adotados para o processamento e o julgamento do pedido de uniformização e do recurso extraordinário.

Art. 15. O recurso extraordinário, para os efeitos desta Lei, será processado e julgado segundo o estabelecido nos §§ 4o a 9o do art. 14, além da observância das normas do Regimento.

RISTF: Art. 321. O recurso extraordinário para o Tribunal será interposto no prazo estabelecido na lei processual pertinente, com indicação do dispositivo que o autorize, dentre os casos previstos nos arts. 102, III, a, b, c, e 121, § 3º, da Constituição Federal.

¹¹⁶ TARANTO, Caio Márcio Gutterres. *Precedente judicial: autoridade e aplicação na jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p.260-261.

seja autônomo ou incidental, mesmo que não ajuizados, mas identificáveis pelo objeto e nos termos da medida cautelar. Todavia, produz efeito meramente persuasivo ou impeditivo de recurso para os processos não sobrestados, caso já ajuizados, e para os não identificáveis pelo teor do provimento de urgência¹¹⁷.

2.1.2.6. A impugnação de título executivo por inexigibilidade decorrente de precedente do Supremo Tribunal Federal: artigo 475-L, §1º e artigo 741, parágrafo único, ambos do Código de Processo Civil¹¹⁸

O acréscimo do parágrafo único do artigo 741 do Código de Processo Civil, que dispõe sobre embargos à execução por título executivo judicial que, quando versar sobre a inexigibilidade do título, deverá ser considerado, também, inexigível se fundado em lei ou atos normativos declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal ou em aplicação ou interpretação tidas por incompatíveis com a Constituição Federal. É dizer, com o novo regime jurídico da execução decorrente da reforma processual, notadamente da Lei nº 11.232/2005, chamado também de *processo sincrético*, o parágrafo único do artigo 741 passou a dispor que, para os efeitos de embargos fundados na inexigibilidade de título, considera-se também inexigível o título judicial fundado em leis ou atos normativos declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação lei ou atos normativos tidos pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal¹¹⁹.

Abrangendo ainda mais a mudança do novo regime, a referida lei inseriu o artigo 475-L ao Código de Processo Civil, cujo §1º reza que, para fins de impugnação (do título inexigível), considera-se, também, inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da

¹¹⁷ Gilmar Ferreira Mendes sustenta a presença de um tratamento diferenciado por parte do legislador, consubstanciando disposição assemelhada ao estabelecido no artigo 21 da Lei nº 9.868/1999, que prevê a cautelar na ação declaratória de constitucionalidade, e no artigo 5º da Lei nº 9.882/1999, que autoriza provimento de urgência em sede de descumprimento de preceito fundamental.

¹¹⁸ Art. 475-L. *A impugnação somente poderá versar sobre: [...] § 1º Para efeito do disposto no inciso II do caput deste artigo, considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou atos normativos declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal.*
Art. 741. *Na execução contra a Fazenda Pública, os embargos só poderão versar sobre: [...] Parágrafo único. Para efeito do disposto no inciso II do caput deste artigo, considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal.*

¹¹⁹ TARANTO, Caio Márcio Gutterres. *Precedente judicial: autoridade e aplicação na jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 262.

lei ou ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal.

Tais dispositivos exigem, a nosso ver, uma interpretação conforme a Constituição, como todos os atos normativos infraconstitucionais. Com essa ideia em mente, pensamos que se trata de um *mecanismo processual com eficácia rescisória de certas sentenças inconstitucionais*.

A incidência desse mecanismo exige, como pressuposto indispensável, a existência de um precedente do Supremo Tribunal Federal, vinculante ou não, que, necessariamente, atuará na qualidade de paradigma, expresso quanto à inconstitucionalidade com ou sem redução de texto da lei ou ato normativo do Poder Público em que se funda o título apontado como inexigível. Ainda, o precedente que atua como paradigma nesse instrumento possui uma limitação temporal, pois deve ser anterior ao trânsito em julgado da sentença inexigível nos termos dos artigos 475-L, §1º, e 741, parágrafo único, do Código de Processo Civil.

Trata-se também, por derradeiro, de instrumento de aplicação de precedente judicial apto a excluir julgamento pautado em precedente *per incuriam*, evitando-se a reiteração de orientação contrária à contida na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal¹²⁰.

2.1.2.7. A ação rescisória com fulcro em precedente judicial

Não só a lei cria instrumentos de aplicação de precedentes judiciais, à medida que nosso sistema consagra supra precedentes, ou seja, precedentes a respeito de precedentes. Nesse contexto, a jurisprudência admitiu o cabimento de ação rescisória na hipótese de não seguimento de uma orientação já consolidada, sobretudo oriunda dos tribunais de superposição. Tendo-se em vista que se admite que uma sentença transitada em julgado seja submetida ao juízo revisor por ser contrária a uma dada orientação consolidada por um tribunal com a função constitucional de defesa do *jus in thesis*, o precedente que contém a referida orientação atua na qualidade de paradigma.

Essa construção não pode ser confundida com a hipótese prevista no artigo 485, inciso V, do Código de Processo Civil, que, apenas, consagra o cabimento de ação

¹²⁰ TARANTO, Caio Márcio Gutterres. *Precedente judicial: autoridade e aplicação na jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 263-264.

rescisória perante a literal violação de dispositivo de lei, voltada para a norma legislada. Assim, a admissibilidade de ação rescisória fundada na não aplicação de um dado precedente representa a assunção de que o valor segurança é buscado pela isonomia na prestação da atividade jurisdicional, mesmo que, para isso, a garantia da coisa julgada seja afastada.

Denota-se, assim, que os supra precedentes que criaram esse instrumento de aplicação de precedentes judiciais exerceram a função distintiva em relação à Súmula nº 343, aplicando-a por negação. O Supremo Tribunal Federal, em julgamento de recurso extraordinário, expôs que a *aplicação da Súmula nº 343 em matéria constitucional revela-se afrontosa não só à força normativa da Constituição, mas também ao princípio da máxima efetividade da norma constitucional*¹²¹. Sustentou também admitir a aplicação da orientação contida no aludido verbete em matéria de interpretação constitucional significa fortalecer as decisões das instâncias ordinárias em detrimento das decisões do Supremo Tribunal Federal. Privilegiar a interpretação controvertida para a manutenção de julgado desenvolvido contra a orientação desta Corte significa afrontar a efetividade da Constituição¹²².

¹²¹ Recurso Extraordinário nº 328.812, relator Ministro Gilmar Mendes, julgamento 06.03.2008.

¹²² Nos Embargos de Declaração no mencionado Recurso Extraordinário nº 328.812, o relator, Ministro Gilmar Mendes, asseverou que é preciso rever a Súmula nº 343, referindo-se, especificamente, aos processos que identificam matéria constitucional contraditória à época da discussão originária e à orientação fixada em favor da tese do interessado. Vf. TARANTO, Caio Márcio Guterres. *Precedente judicial: autoridade e aplicação na jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 266.

No mesmo sentido, em relação ao Superior Tribunal de Justiça, cumpre elucidar com a ementa do Recurso Especial nº 479.909, julgamento em 23.08.2004, relator Ministro Teori Albino Zavascki: PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO RESCISÓRIA (CPC, ART. 485, V). MATÉRIA CONSTITUCIONAL. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 343/SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. EXISTÊNCIA DE PRONUNCIAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, EM CONTROLE DIFUSO, EM SENTIDO CONTRÁRIO AO DA SENTENÇA RESCINDENDA. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO DE RESCISÃO. 1. Na interpretação do art. 485, V, do Código de Processo Civil, que prevê a rescisão de sentença que "violar literal disposição de lei", a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal sempre foi no sentido de que não é toda e qualquer violação à lei que pode comprometer a coisa julgada, dando ensejo à ação rescisória, mas apenas aquela especialmente qualificada. 2. Na esteira desse entendimento, editou-se a Súmula 343/ Supremo Tribunal Federal, segundo a qual "Não cabe ação rescisória por ofensa a literal dispositivo de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais". 3. Ocorre, porém, que a lei constitucional não é uma lei qualquer, mas a lei fundamental do sistema, na qual todas as demais assentam suas bases de validade e de legitimidade, e cuja guarda é a missão primeira do órgão máximo do Poder Judiciário, o Supremo Tribunal Federal (CF, art. 102). 4. Por essa razão, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal emprega tratamento diferenciado à violação da lei comum em relação à da norma constitucional, deixando de aplicar, relativamente a esta, o enunciado de sua Súmula 343, à consideração de que, em matéria constitucional, não há que se cogitar de interpretação apenas razoável, mas sim de interpretação juridicamente correta. 5. Essa, portanto, a orientação a ser seguida nos casos de ação rescisória fundada no art. 485, V, do CPC: em se tratando de norma infraconstitucional, não se considera existente "violação a literal disposição de lei", e, portanto, não se admite ação rescisória, quando "a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais" (Súmula 343). Todavia, esse enunciado não se aplica quando se trata de "texto" constitucional. 6. A orientação revela duas preocupações fundamentais da Corte Suprema: a primeira, a de preservar, em qualquer circunstância, a supremacia da Constituição e a sua aplicação uniforme a todos os destinatários; a segunda, a de preservar a sua autoridade de guardião da Constituição. Esses os valores dos quais deve se lançar mão para solucionar os problemas atinentes à rescisão de julgados em

2.1.2.8. A decisão monocrática em sede de conflito de competência: artigo 120, parágrafo único, do Código de Processo Civil (Lei nº 9.756/98)¹²³

O parágrafo único, acrescentado ao artigo 120 do Código de Processo Civil, determina que, havendo precedente judicial do tribunal sobre a questão suscitada, o relator poderá decidir de plano o conflito de competência, prevendo hipótese de agravo no prazo de cinco dias. Nesse instrumento, o precedente do tribunal a respeito do conflito é que atua na qualidade de paradigma¹²⁴.

2.1.2.9. O recurso extraordinário e o recurso especial como instrumentos de aplicação de precedentes

Os recursos extraordinário e especial, sobretudo após as reformas realizadas pelas Leis nº 11.418/2006 e 11.672/2008, atuam, segundo Taranto, como instrumentos de aplicação de precedentes, à medida que se desenvolvem em torno da diferença de aplicação da lei federal ou de norma constitucional pelos diversos tribunais pátrios¹²⁵, o que os atribui a qualidade de mecanismos de uniformização de jurisprudência em sentido amplo¹²⁶.

Os recursos extraordinário e especial, excepcionais por natureza, identificam-se pela impossibilidade de admissão na base da simples alegação de injustiça do julgado, da má

matéria constitucional. 7. Assim sendo, concorre decisivamente para um tratamento diferenciado do que seja "literal violação" a existência de precedente do Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição. Ele é que justifica, nas ações rescisórias, a substituição do parâmetro negativo da Súmula 343 por um parâmetro positivo, segundo o qual há violação à Constituição na sentença que, em matéria constitucional é contrária a pronunciamento do Supremo Tribunal Federal. 8. Recurso especial provido.

¹²³ Art. 120. Poderá o relator, de ofício, ou a requerimento de qualquer das partes, determinar, quando o conflito for positivo, seja sobrestado o processo, mas, neste caso, bem como no de conflito negativo, designará um dos juízes para resolver, em caráter provisório, as medidas urgentes. Parágrafo único. Havendo jurisprudência dominante do tribunal sobre a questão suscitada, o relator poderá decidir de plano o conflito de competência, cabendo agravo, no prazo de cinco dias, contado da intimação da decisão às partes, para o órgão recursal competente.

¹²⁴ TARANTO, Caio Márcio Gutterres. *Precedente judicial: autoridade e aplicação na jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 267-268.

¹²⁵ TARANTO, Caio Márcio Gutterres. *Precedente judicial: autoridade e aplicação na jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 268

¹²⁶ Rodrigo Camargo de Mancuso os sistematiza como *uniformização externa*. Aduz que se o constituinte considerou a divergência jurisprudencial sobre questão federal como fundamento para o acesso ao Superior Tribunal de Justiça, via recurso especial, é porque julgou imperioso que a igualdade de todos os brasileiros perante a lei deve ser válida também no âmbito do Judiciário, isto é, quis que a igualdade se realizasse também em face da lei quando esta tenha o seu momento judicial, vindo interpretada pelo Judiciário na resolução dos casos concretos. [...] É dizer: a mensagem deixada pelo constituinte é no sentido de que os Tribunais devem laborar pela uniformização de sua jurisprudência, assim buscando a aproximação entre os valores do jurídico e do justo, de tal arte propiciando que o princípio da igualdade se realize em toda sua plenitude. MANCUSO, Rodolfo Camargo de. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. P. 274.

apreciação da prova ou da errada interpretação do contrato ou da manifestação de vontade, também não podendo ser exercitados *per saltum*, apresentam juízo de admissibilidade bipartido etc. Mancuso expõe, neste assunto, o mecanismo de funcionamento dos recursos excepcionais como instrumentos de aplicação de precedentes judiciais, lecionando que acórdãos divergentes, que atuarão na qualidade de paradigmas, e o acórdão recorrido, todos trazidos à colação, terão de se referir à exegese de um mesmo texto de lei federal ou constitucional¹²⁷.

A característica uniformizadora seria evidente, segundo Taranto, perante a redação da alínea *c* do inciso III do artigo 105 da Constituição, que outorga ao Superior Tribunal de Justiça julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida der à lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal. Em se tratando de questão constitucional, a função uniformizadora no pós-88 compete ao Supremo Tribunal Federal, nos termos do artigo 102, inciso III, da Constituição Federal¹²⁸.

Cumprе ressaltar, nesse momento, que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça estabeleceram diversas disposições nesse sentido. Uma delas é a de que, para o conhecimento de recurso extraordinário, o Supremo Tribunal Federal não possa ter firmado orientação no sentido da decisão recorrida, nos moldes da Súmula nº 286 do Supremo Tribunal Federal e, no tocante ao recurso especial, da Súmula nº 83 do Superior Tribunal de Justiça¹²⁹.

¹²⁷ MANCUSO, Rodolfo Camargo de. *Recurso Extraordinário e Recurso Especial. Recurso no processo civil*. 7ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, v.3, p.230. Vt. Também TARANTO, Caio Márcio Gutterres. *Precedente judicial: autoridade e aplicação na jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p.269. O autor sustenta também que o recurso não será admitido se os textos em confronto forem diversos, a medida que não se terá uma questão federal ou constitucional, apenas existindo dissídio quando são diversas as soluções sobre a mesma questão e não quando há soluções idênticas para questões diferentes.

¹²⁸ TARANTO, Caio Márcio Gutterres. *Precedente judicial: autoridade e aplicação na jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 269.

¹²⁹ O Superior Tribunal de Justiça foi concebido para um escopo especial: orientar a aplicação da lei federal e unificar-lhe a interpretação, em todo o Brasil. Se assim ocorre, é necessário que sua jurisprudência seja observada, para se manter firme e coerente. Assim sempre ocorreu em relação ao Supremo Tribunal Federal, de quem o STJ é sucessor, nesse mister. Em verdade, o Poder Judiciário mantém sagrado compromisso com a justiça e a segurança. Se deixarmos que nossa jurisprudência varie ao sabor das convicções pessoais, estaremos prestando um desserviço a nossas instituições. Se nós – os integrantes da Corte – não observarmos as decisões que ajudamos a formar, estaremos dando sinal para que os demais órgãos judiciários façam o mesmo. Estou certo de que, em acontecendo isso, perde sentido a existência de nossa Corte. Melhor será extingui-la. Agravo Regimental nos Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 228.432, relator Ministro Humberto Gomes de Barros, em 18.02.2002.

Passado algum tempo, contudo, o Supremo Tribunal Federal, por força da Súmula nº 369, fixou a impossibilidade de utilização de recurso extraordinário quando os precedentes paradigmas forem oriundos do mesmo tribunal, à medida que o pressuposto constitucional era a interpretação divergente com outro tribunal ou com o próprio Pretório Excelso. No mesmo esteio, a Súmula nº 13 do Superior Tribunal de Justiça. Assim, a função uniformizadora do direito federal e constitucional, em um primeiro momento, compete a todos os tribunais estaduais e regionais, que deverão fazer uso do incidente de uniformização de jurisprudência previsto no Código de Processo Civil¹³⁰.

2.1.2.10. O incidente de uniformização de jurisprudência e os embargos de divergência como instrumentos de aplicação de precedentes: artigo 476 e seguintes do Código de Processo Civil¹³¹

O incidente de uniformização de jurisprudência e os embargos de divergência, nos moldes dos artigos 476 e seguintes do Código de Processo Civil e 118 e 266 e seguintes do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça¹³², admitem que qualquer magistrado, ao dar o voto na turma, câmara ou grupo de câmaras, possa solicitar o pronunciamento prévio do tribunal acerca da interpretação do direito quando se verificar que, a seu respeito, ocorre

¹³⁰ TARANTO, Caio Márcio Gutterres. *Precedente judicial: autoridade e aplicação na jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 270.

¹³¹ Art. 476. Compete a qualquer juiz, ao dar o voto na turma, câmara, ou grupo de câmaras, solicitar o pronunciamento prévio do tribunal acerca da interpretação do direito quando: I - verificar que, a seu respeito, ocorre divergência; II - no julgamento recorrido a interpretação for diversa da que lhe haja dado outra turma, câmara, grupo de câmaras ou câmaras cíveis reunidas. Parágrafo único. A parte poderá, ao arrazoar o recurso ou em petição avulsa, requerer, fundamentadamente, que o julgamento obedeça ao disposto neste artigo. Art. 477. Reconhecida a divergência, será lavrado o acórdão, indo os autos ao presidente do tribunal para designar a sessão de julgamento. A secretaria distribuirá a todos os juízes cópia do acórdão. Art. 478. O tribunal, reconhecendo a divergência, dará a interpretação a ser observada, cabendo a cada juiz emitir o seu voto em exposição fundamentada. Parágrafo único. Em qualquer caso, será ouvido o chefe do Ministério Público que funciona perante o tribunal. Art. 479. O julgamento, tomado pelo voto da maioria absoluta dos membros que integram o tribunal, será objeto de súmula e constituirá precedente na uniformização da jurisprudência. Parágrafo único. Os regimentos internos disporão sobre a publicação no órgão oficial das súmulas de jurisprudência predominante.

¹³² Art. 118. No processo em que haja sido suscitado o incidente de uniformização de jurisprudência, o julgamento terá por objeto o reconhecimento da divergência acerca da interpretação do direito. § 1º Reconhecida a divergência acerca da interpretação do direito, lavrar-se-á o acórdão. § 2º Publicado o acórdão, o relator tomará o parecer do Ministério Público no prazo de quinze dias. Findo este, com ou sem parecer, o relator, em igual prazo, lançará relatório nos autos e os encaminhará ao Presidente da Corte Especial ou Seção para designar a sessão de julgamento. A Secretaria expedirá cópias do relatório e dos acórdãos divergentes e fará a sua distribuição aos Ministros. § 3º O relator, ainda que não integre a Corte Especial, dela participará no julgamento do incidente, excluindo-se o Ministro mais moderno.

Art. 266. Das decisões da Turma, em recurso especial, poderão, em quinze dias, ser interpostos embargos de divergência, que serão julgados pela Seção competente, quando as Turmas divergirem entre si ou de decisão da mesma Seção. Se a divergência for entre Turmas de Seções diversas, ou entre Turma e outra Seção ou com a Corte Especial, competirá a esta o julgamento dos embargos.

divergência ou quando, no julgamento recorrido, a interpretação for diversa da que lhe haja dado outro órgão fracionário do Tribunal¹³³.

Esses instrumentos de aplicação, dotados da finalidade de uniformização em sentido amplo, são caracterizados pela existência de dois precedentes judiciais a figurarem como paradigmas, sendo que apenas uma orientação vingar-se-á, sendo a afastada, então, revogada¹³⁴.

Não se vislumbra, nesses instrumentos, hipótese de vinculação, no sentido de que o órgão fracionário terá de acatar o teor decisório do incidente, tendo-se em vista que se transfere a competência para o órgão especial ou pleno para a decisão da matéria de direito controvertida¹³⁵. Não é possível afirmar, então, em obrigatoriedade de seguimento, mas sim na qualidade de juiz natural do órgão pleno ou especial em unificar a questão de direito.

Hipótese a ser indagada consubstancia a utilização desse instrumento caso o Supremo Tribunal Federal, em matéria constitucional, ou o Superior Tribunal de Justiça, em direito federal, já possuírem precedentes contendo uma das orientações conflitantes. Nesse caso, entende-se que não há de se falar em uniformização da jurisprudência, haja vista que o precedente contrário ao do tribunal de superposição fora revogado, caso anterior ao julgamento do tema no Supremo Tribunal Federal ou no Superior Tribunal de Justiça, ou constitui verdadeiro *pseudoprecedente* ou precedente *per incuriam*, caso posterior ao referido julgamento. Na hipótese de o órgão fracionário aplicar a orientação contrária à dos tribunais de superposição, o prejudicado deverá fazer uso dos recursos especial e extraordinário no momento processual oportuno. Essa conclusão está em harmonia com o teor da Súmula nº

¹³³ À medida que texto e norma não devem ser confundidos, concluir-se que as duas hipóteses previstas nos incisos do artigo 476 do Código de Processo Civil equivalem-se, pois se referem a dois diversos precedentes com díspares orientações existentes no mesmo tribunal. TARANTO, Caio Márcio Gutterres. *Precedente judicial: autoridade e aplicação na jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 271.

¹³⁴ 3. Os embargos de divergência não têm por mira realizar justiça subjetiva, justiça às partes, a não ser indiretamente, por isso não constituem mais um meio ordinário de impugnação. É certo que a parte, ao se valer desse recurso, quer ver reformada a decisão desfavorável, o que lhe empresta um caráter processual, mas o Tribunal, quando o julga, tem por propósito específico promover a harmonia de interpretação da lei federal com a consequente uniformização da jurisprudência no âmbito interno da Corte. 4. Embargos declaratórios rejeitados."(EDcl nos EREsp 282603/CE, Rel. Ministro Joao Otávio de Noronha, Corte Especial, julgado em 07/06/2006, DJ 01/08/2006 p. 327).

¹³⁵ TARANTO, Caio Márcio Gutterres. *Precedente judicial: autoridade e aplicação na jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 271.

369 do Supremo Tribunal Federal e com o da Súmula nº 13 do Superior Tribunal de Justiça¹³⁶.

2.1.3. A reclamação ao Supremo Tribunal Federal como instrumento de aplicação de precedentes

A reclamação se faz um interessante instituto da jurisdição constitucional brasileira. Isso porque ela possui uma dupla face, atuando ora como precedente propriamente dito a ser aplicado como paradigma, ora como ação autônoma para a aplicação de precedentes judiciais¹³⁷.

Numa síntese do histórico do instituto, o Ministro Gilmar Mendes se manifestou dispondo que, desde o seu advento, fruto de criação jurisprudencial, a reclamação tem-se firmado como importante mecanismo de tutela da ordem constitucional. A reclamação para preservar a competência do Supremo Tribunal Federal ou garantir a autoridade de suas decisões é fruto de criação pretoriana. Afirmava-se que ela decorreria da ideia dos *implied powers* deferidos ao Tribunal. O Supremo Tribunal Federal passou a adotar essa doutrina para a solução de problemas operacionais diversos. A falta de contornos definidos sobre o instituto da reclamação fez, portanto, com que a sua constituição inicial repousasse sobre a *teoria dos poderes implícitos*.

A Constituição de 1988 inseriu a reclamação no rol da competência originária do Supremo, dispondo que a função da reclamação representa a preservação da competência e a garantia da autoridade das respectivas decisões (artigo 102, inciso I, alínea I, da Constituição Federal). A partir de então, o Supremo Tribunal Federal instaura crescente evolução da valorização da reclamação, identificando-se quatro consolidações de orientações a respeito do instituto, partindo do não reconhecimento da possibilidade de utiliza-la para impor o efeito vinculante de decisão de ação direta de constitucionalidade¹³⁸.

¹³⁶ TARANTO, Caio Márcio Gutterres. *Precedente judicial: autoridade e aplicação na jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 272.

¹³⁷ TARANTO, Caio Márcio Gutterres. *Precedente judicial: autoridade e aplicação na jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p.273.

¹³⁸ Não se reconhecia, no caso do processo objetivo, uma decisão que demandasse execução, não havendo como a parte interessada invoca-la e, a pretexto da falta de execução, vislumbrar em tese uma hipótese de reclamação. Uma reclamação em função do descumprimento de decisão do Supremo Tribunal Federal só era admissível quando isso ocorresse em um caso concreto, não em tese. Restava bloqueada, então, a alternativa da reclamação nos casos de decisões judiciais renitentes em seguir a decisão final proferida pelo Supremo Tribunal Federal em

Diante disso, chegava-se a um impasse, pois, uma vez que não se entendia possível a reclamação, era difícil identificar o mecanismo adequado para combater a reedição de norma já declarada inconstitucional ou cuja eficácia houvera sido suspensa por concessão de medida liminar. Opiniões relevantes apontavam para o ajuizamento de nova ação direta, como única solução possível.

Essa orientação fora revista, contudo. Na Reclamação nº 397, o relator Ministro Celso de Mello, estabeleceu o *leading case* da mudança¹³⁹. Esse abrandamento surge com a evidência de que as decisões proferidas em sede de controle concentrado, embora dotadas de eficácia *erga omnes*, vinham sendo descumpridas. O Supremo Tribunal Federal passa, então, a utilizar esse instrumento em prol da concessão de autoridade de suas decisões. Entretanto, fora limitada a legitimidade nos termos do rol do artigo 103 da Constituição.

O passo seguinte na evolução desse instrumento de aplicação de precedentes foi dado no julgamento da Questão de Ordem em Agravo Regimental na Reclamação nº 1.880, quando o Supremo passou a admitir a legitimidade para todos aqueles que comprovassem prejuízo resultante de decisões contrárias às teses do Supremo Tribunal Federal, em reconhecimento à eficácia vinculante e ao efeito *erga omnes* das decisões de mérito proferidas em sede de fiscalização abstrata. Positivando essa orientação, a Emenda Constitucional nº 45 disciplina a reclamação como instrumento apto a resguardar o efeito vinculante de súmula cuja orientação venha a ser desrespeitada (artigo 103-A, §3º).

O maior rompimento em relação à reclamação como instrumento para o resguardo da autoridade das decisões do Supremo Tribunal Federal foi, contudo, o julgamento da Reclamação nº 4.335, relator Ministro Gilmar Mendes, em que se admitiu (ainda que

controle concentrado de constitucionalidade. TARANTO, p. 27 e TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 370.

¹³⁹E M E N T A: RECLAMAÇÃO - GARANTIA DA AUTORIDADE DE DECISÃO PROFERIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - EXCEPCIONALIDADE DO SEU CABIMENTO - AUSÊNCIA DE LEGITIMIDADE ATIVA - PEDIDO NÃO CONHECIDO. - O ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade, perante o Supremo Tribunal Federal, faz instaurar processo objetivo, sem partes, no qual inexistente litígio referente a situações concretas ou individuais. A natureza eminentemente objetiva do controle normativo abstrato afasta o cabimento do instituto da reclamação por inobservância de decisão proferida em ação direta (Rel 354, Rel. Min. CELSO DE MELLO). Coloca-se, contudo, a questão da conveniência de que se atenuem o rigor dessa vedação jurisprudencial, notadamente em face da notória insubmissão de alguns Tribunais judiciais às teses jurídicas consagradas nas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em ações diretas de inconstitucionalidade. - A expressão "parte interessada", constante da Lei n. 8.038/90, embora assumam conteúdo amplo no âmbito do processo subjetivo, abrangendo, inclusive, os terceiros juridicamente interessados, devera no processo objetivo de fiscalização normativa abstrata, limitar-se apenas aos órgãos ativos ou passivamente legitimados a sua instauração (CF, art. 103). Reclamação que não é de ser conhecida, eis que formulada por magistrados, estranhos ao rol taxativo do art. 103 da Constituição.

apenas por parte dos ministros) a análise da constitucionalidade de lei de teor idêntico ou semelhante à lei que fora objeto de fiscalização abstrata¹⁴⁰. Nesse precedente, o Pretório distingue a aplicação da eficácia transcendente no sentido de produção de efeito vinculante aos fundamentos de uma dada decisão em sede de controle concreto da possibilidade de, em sede de reclamação contra aplicação de lei idêntica à declarada inconstitucional, declarar, incidentalmente, a inconstitucionalidade de ato normativo ainda não atingido pelo controle concentrado¹⁴¹.

Por derradeiro, na Reclamação nº 5.470, o Ministro Gilmar Mendes enfatizou que, na tendência hodierna, esse instrumento assume o papel de ação constitucional voltada à proteção da ordem constitucional como um todo. Sustenta o Ministro que os vários óbices à aceitação da reclamação, em sede de controle concentrado, já foram superados, estando agora o Supremo Tribunal Federal em condições de ampliar o uso desse importante e singular instrumento da jurisdição constitucional brasileira. Salaria que a tese da eficácia vinculante dos motivos determinantes da decisão no controle abstrato de constitucionalidade, já adotada pelo tribunal, conforma esse papel renovado da reclamação como ação destinada a resguardar não apenas a autoridade de uma dada decisão, com seus contornos específicos (objeto e parâmetro de controle), mas a própria interpretação da Constituição levada a efeito pela Corte¹⁴².

¹⁴⁰ Esse entendimento segue a tendência da evolução da reclamação como ação constitucional voltada à garantia da autoridade das decisões e da competência do Supremo Tribunal Federal. Nessa perspectiva, parece bastante lógica a possibilidade de que, em sede de reclamação, o Tribunal analise a constitucionalidade de leis cujo teor é idêntico, ou mesmo semelhante, a outras leis que já foram objeto do controle concentrado de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Como explicado, não se está a falar, nessa hipótese, de aplicação da teoria da *transcendência dos motivos determinantes* da decisão tomada no controle abstrato de constitucionalidade. Trata-se, isso sim, de um poder insito à própria competência do Tribunal de fiscalizar incidentalmente a constitucionalidade das leis e dos atos normativos. E esse poder é realçado quando a Corte se depara com leis de teor idêntico àquelas já submetidas ao seu crivo no âmbito do controle abstrato de constitucionalidade. Assim, em relação à lei de teor idêntico àquela que já foi objeto do controle de constitucionalidade no STF, poder-se-á, por meio da reclamação, impugnar a sua aplicação ou rejeição por parte da administração ou do Judiciário, requerendo-se a declaração incidental de sua inconstitucionalidade, ou de sua constitucionalidade, conforme o caso. Voto do Ministro Gilmar Mendes, disponível no *website* do STF. Acesso em 29 de junho de 2011.

¹⁴¹ TARANTO, Caio Márcio Guterres. *Precedente judicial: autoridade e aplicação na jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p.276.

¹⁴² Esse entendimento é reforçado quando se vislumbra a possibilidade de declaração incidental da inconstitucionalidade de norma de teor idêntico a outra que já foi objeto de controle abstrato de constitucionalidade realizado pelo Supremo Tribunal Federal. Voto do Ministro Gilmar Mendes na Reclamação nº 5.470, de 29 de fevereiro de 2008. TARANTO, Caio Márcio Guterres. *Precedente judicial: autoridade e aplicação na jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p.277.

Parte II

Precedentes e *stare decisis*: investigações

Postas as premissas para a necessidade de compreensão desta cumulativamente crescente cultura de precedentes, se faz pertinente analisar a seguinte figura importada do *common law*: o *stare decisis*. Uma vez realizada tal proposta, seguiremos para a adoção de nossa premissa *teórica*: existe alguma teoria que possa ser tomada de ponto de partida para uma contribuição?

Passamos a demonstrar.

Capítulo III

3. Uma leitura brasileira do *stare decisis*

Nos últimos anos, boa parte da dogmática considerou – na área constitucional e processual, principalmente – que vivíamos uma mudança de paradigmas, notadamente a superação do positivismo normativista e a adoção de um paradigma dito pós-positivista¹⁴³, também denominado, no direito constitucional, de *neoconstitucionalismo*. Analisar se tal pensamento é compatível com o modelo racional procedimental a ser proposto neste estudo demanda ainda outras reflexões. Isso porque não está a se tratar de uma ruptura na lógica interna do sistema jurídico, mas sim ou de superação de um paradigma firmado pelo positivismo normativista, ou mesmo de mera crise¹⁴⁴. O modelo aqui proposto, então, visará

¹⁴³ Nesse sentido, podemos apontar diversos autores: BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 247-261; BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 1-56.

¹⁴⁴ Quando uma forma de ciência (um paradigma) está em crise, isto significa que não é mais capaz de responder a uma série de questões, razão por eu o modelo tem de ser substituído por outro paradigma. Neste sentido, verificar Luiz Sérgio Fernandes de Souza, discorrendo sobre o pensamento de Thomas Kuhn, em *A estrutura das revoluções científicas*: Nessa obra, surgida no final da década de sessenta, Kuhn critica o modelo da ciência universal e desinteressada, desenvolvido pelo cientificismo positivista. Confronta a produção científica com o ambiente social que nela se reflete. A ciência caminha por saltos qualitativos, de forma que a descoberta das verdades dá-se através de um processo de normalidade e crise, onde se alternam períodos de consolidação e substituição de axiomas, hipóteses, princípios, categorias e interpretações, chamados *paradigmas*. Enquanto a elaboração científica não é reconhecida pela comunidade dos cientistas, está-se diante de um estágio de *pré-ciência*, em um momento de construção do paradigma, que, uma vez aceito na base da unanimidade, instaura um período de *ciência normal*, madura. Contudo, existem momentos em que os paradigmas, incapazes de dar uma explicação para fatos novos, entram em crise, exaurindo-se. Paralelamente, outros paradigmas vão surgindo no horizonte das ciências, com o que se iniciam as chamadas *revoluções científicas*, que só consolidam quando um novo consenso se estabelece em torno de outro paradigma, dando lugar a um novo período de *ciência normal*. Kuhn deixa claro, assim, que as alterações de rumo no campo científico não são resultado da ruptura de uma lógica interna dos padrões científicos. A escolha entre os paradigmas que começam a emergir no estágio pré-científico não está fundada em supostos critérios universais e comuns, a exemplo do critério de falsificabilidade, proposto por Popper. A história mostra que não há critérios lógicos ou metodológicos no discurso científico. Na realidade, o cientista está mais preocupado em preservar paradigmas do que propriamente em falsificá-los. Como observou Wittgenstein, as proposições em si mesmas não guardam nenhum sentido. É necessário ver como funcionam. Por isso, é importante verificar o que os cientistas fazem e procurar entender até que ponto o contexto da justificação passa a interferir no contexto da descoberta. Enfim, alterando-se as condições sociais, as atitudes diante dos fatos, altera-se o campo científico. O modelo dos paradigmas, desenvolvido por Kuhn, permite entender que essa interdependência entre sujeito e objeto também tem repercussões nos diversos níveis do conhecimento jurídico (direito/ dogmática jurídica/ teoria do direito). É disso exemplo a interferência recíproca entre os complexos argumentativos desenvolvidos pela doutrina jurídica e a prática judicial. Vale dizer, a teoria influi na prática e a prática é incorporada pela teoria. O confronto entre diversos paradigmas conduz a um processo de persuasão que envolve argumento de autoridade, argumento de força e outras estratégias de convencimento, as quais têm em conta fatores sociais, políticos, econômicos e culturais. A verdade da ciência é mediante a linguagem que, por sua vez, é um produto cultural. SOUZA, Luiz Sérgio Fernandes de. *Abuso de direito processual: uma teoria pragmática*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.282-283, nota n.69.

sugerir uma solução a esse impasse por meio de uma nova compreensão do caráter normativo dos precedentes, o que passa necessariamente pela compreensão da figura do *stare decisis*.

Alguns dos nossos tribunais, federais e estaduais, ainda cultuam divergências de orientações com fundamento na autonomia funcional do magistrado, recorrendo à metáfora kelseniana da moldura posta pelas normas¹⁴⁵. Esse argumento¹⁴⁶ acaba sendo superado, entende Taranto, quando se depara com a jurisdição constitucional. A celeuma teve um momento certo de início: a promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004, que inseriu, dentre outras coisas, a regra do artigo 103-A, §1º, dispondo que a *súmula vinculante* terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica, no que foi reproduzido pela Lei nº 11.417/2006; e o requisito de admissibilidade da *repercussão geral*, que pressupõe a relevância social da controvérsia a ser decidida, o que não faria sentido se não se admitisse a extensão dos seus efeitos para além de entre as partes.

Isso contrasta com a situação colocada pela prática da hermenêutica tradicional no Judiciário. Não enxergar os princípios constitucionais como normas qualitativamente distintas que, porém, são de aplicabilidade *imediata* – desconsiderando a teoria de Dworkin e Alexy aqui adotada – e sim como meros pilares e colunas do ordenamento jurídico, acaba por dificultar a implantação destes princípios. Isso também provoca distorções no sentido de Constituição e do papel da jurisdição constitucional, pois esta visão tradicional ainda enxerga como distintas a noção de constitucionalidade e legalidade¹⁴⁷, apartadas e incomunicáveis¹⁴⁸.

¹⁴⁵ O ato jurídico que efetiva ou executa a norma pode ser conformado por maneira a corresponder a uma ou outras das várias significações verbais da mesma norma, por maneira a corresponder à vontade do legislador – a determinar por qualquer forma que seja – ou, então, à expressão por ele escolhida, por forma a corresponder a uma ou a outra das duas normas que se contradizem ou por forma a decidir como se as duas normas em contradição se anulassem mutuamente. O Direito a aplicar forma, em todas estas hipóteses, uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao Direito todo ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível. Kelsen, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p.390.

¹⁴⁶ Ainda que tal argumento seja proposto aqui em um contexto crítico, certo é que representou um grande avanço na compreensão do Direito no que tange ao limite da discricionariedade do juiz.

¹⁴⁷ Sustentando a tese da incompatibilidade, os críticos do positivismo jurídico afirmam que as Constituições contemporâneas acolheram um grande número de princípios morais (em sua maioria declinados em direitos fundamentais) que, ainda que positivados, seriam somente plenamente entendidos à luz de uma concepção do direito que não pretendesse separar direito e moral. De fato, sustenta-se que se no Estado de Direito oitocentista havia a exigência de se estabelecer uma clara distinção entre direito positivo e pretensões de justiça substancial, identificando o princípio de legalidade como o critério de juridicidade, nas sociedades contemporâneas, constantemente atravessadas por conflitos de notáveis repercussões éticas, a separação entre direito e justiça deslegitimaria os próprios instrumentos jurídicos e a ação jurídica. Para afrontar e resolver os conflitos da

A discussão sobre as normas e princípios está, portanto, demonstrada. A adoção da teoria que defendemos por autoridades judiciárias demonstra que aumenta crença na força normativa da Constituição perante as pretensões do jurisdicionado, com o que se atribui efetividade aos princípios constitucionais, na qualidade de normas abstratas e aplicáveis diretamente por *sopesamento*, adotando-se o modelo semântico de norma jurídica e separando norma e texto, ou seja, assumindo a não correspondência biunívoca entre dispositivo e norma¹⁴⁹.

Esta discussão a que nos referimos há pouco denota o confronto da noção antiga de princípio – é dizer, como colunas do sistema jurídico – com a nova – uma norma jurídica qualitativamente distinta das regras. Logo, defendemos que a concepção tradicional de princípio mencionada anteriormente como diretrizes fundamentais de um sistema não mais se sustenta, à medida que se apresenta inapta a apontar o alcance e o sentido que a noção aqui em construção pretende empreender. Esse primeiro momento superado da discussão tem por

sociedade constitucional-democrática contemporânea seria impensável apelar seja ao direito natural, o que soaria anacrônico, seja ao positivismo legalista. DUARTE, Ecio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição*. São Paulo: Landy, 2006, p.105.

¹⁴⁸ Não surpreende, pois, que institutos jurídicos importantes como a arguição de descumprimento de preceito fundamental, o mandado de injunção, a inconstitucionalidade por omissão e tantos outros dispositivos previstos na nova Constituição continuem ineficazes. Também não surpreende que o controle difuso de constitucionalidade não seja uma prática cotidiana dos juristas e dos tribunais. Há certo fascínio pelo direito infraconstitucional, a ponto de se adaptar a Constituição às leis ordinárias... Enfim, continuamos a olhar o novo com os olhos do velho. STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p.17.

No mesmo esteio: deve o intérprete fiar-se no pressuposto de que, quando a nova Constituição mantém em algum dispositivo a mesma linguagem da antiga, presume-se que não desejou modificar a interpretação que se dava ao preceito no regime anterior. Essa é uma regra generalizadamente aceita, que deve, contudo, ser aplicada *cum grano salis*. É preciso confirmar se permanecem, ainda, o mesmo espírito, os mesmos princípios e sobretudo os mesmos valores do texto anterior. Aplicar uma nova Constituição sem atenção a isso gera uma das patologias do constitucionalismo nacional que é a interpretação retrospectiva. BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 1999, p.131.

¹⁴⁹ Interessante a colocação de Humberto Ávila para esse momento, para relembrar: Normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos. Daí se afirmar que os dispositivos se constituem no objeto da interpretação; e as normas, no seu resultado. O importante é que não existe correspondência entre norma e dispositivo, no sentido de que sempre que houver um dispositivo haverá uma norma, ou sempre que houver uma norma deverá haver um dispositivo que lhe sirva de suporte. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4ª edição. São Paulo: Malheiros, 2004, p.22.

fundamenta a teoria de Dworkin¹⁵⁰ e Alexy, que provê o embasamento teórico para a delimitação do alcance e da concepção de princípio¹⁵¹.

A normatividade da Constituição, a crescente complexidade da jurisdição constitucional mista e o crescimento exponencial de demandas judiciais trouxeram um segundo momento de crise, e a teoria de Dworkin e Alexy não conseguem prover embasamento teórico suficiente: a necessidade, enquanto medida prática, dos precedentes para enfrentar o volume de demandas e sua compreensão como fenômeno jurídico decorrente dessa evolução constitucional e social. O que a teoria possibilita, contudo, é a compreensão da carga principiológica que sustenta esse novo pensamento: é possível, agora, delimitar o sentido e o alcance de um princípio apto a orientar a aplicação dos precedentes judiciais, *ostare decisis* do nosso sistema jurídico. Entendemos que o *stare decisis* aqui, longe de ser uma herança cultural, é composto – principalmente – por três princípios que o estruturam semanticamente, a saber: (a) a legalidade em sua vertente material; (b) a igualdade, a medida que aos jurisdicionados em igual condição deve ser atribuído igual provimento jurisdicional; e (c) a segurança jurídica, visto que a teorização dos precedentes visa também a por fim à crise do Judiciário e à discricionariedade do julgador pautada no uso deturpado da autonomia funcional¹⁵². Cada um desses princípios serão analisados a partir de agora.

Vale ressaltar apenas, no entanto, que tal base principiológica de um pensar por precedentes, estes que serão construídos nos moldes de uma teoria determinativa e discursiva, não mais se associa à desafiante questão da lacuna¹⁵³ do ordenamento positivo, pois se insere

¹⁵⁰ Embora reconheça que haja contribuído para que seu pensamento tenha sido incorretamente compreendido, Dworkin confirma a tese de que, na essência, princípios são distintos de regras, não sendo a distinção entre eles problema apenas de semântica. NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na constituição federal*. 10ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.27.

¹⁵¹ A doutrina, especialmente após as obras de Dworkin e Alexy, tem feito a distinção entre princípios e regras. Enquanto as regras esgotam em si mesmas, na medida em que (sic) descrevem o que se deve, não se deve ou se pode fazer em determinadas situações, os princípios são constitutivos da ordem jurídica, revelando os valores ou os critérios que devem orientar a compreensão e a aplicação das regras diante das situações concretas. MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, v.1, p.47.

¹⁵² Lembre-se que, embora os precedentes tenham sido fundamentais para o desenvolvimento do *common law*, o *stare decisis* – isto é, a eficácia vinculante dos precedentes – tem sustentação especialmente na igualdade, na coerência e na estabilidade da ordem jurídica e na previsibilidade. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.17.

¹⁵³ A partir dessa concepção, surge a ideia de um *espaço jurídico vazio*. Consiste este em admitir que toda norma jurídica representa uma limitação à livre atividade humana; fora de esfera regulada pelo direito, o homem está livre para fazer o que quiser. Assim, sob o ponto de vista jurídico, existiriam duas esferas do comportamento humano: em uma delas, estaria ele vinculado por normas jurídicas (espaço jurídico cheio); em outra, o homem estaria livre para agir como melhor lhe aprouvesse. Vale dizer, ou há o vínculo jurídico ou há absoluta liberdade (*tertium non datur*). O *espaço vazio* não poderia, pois, ser visto como *lacuna*, porquanto representa um limite

em um contexto de provocação indicando violações de normas constitucionais para que sejam editadas normas jurídicas em precedentes. Ainda, existem várias ramificações semânticas destes três princípios – razões capilares ou, ao menos, decorrentes das três maiores para seguir precedentes – que fundamentam o *stare decisis*, tais como: (abc.a) a coerência da ordem jurídica, com respeito à hierarquia e à lógica do sistema; (abc.b) o controle do poder do juiz, no tocante à garantia de sua imparcialidade; (abc.c) a definição de expectativas e maior possibilidade de orientação jurídica; (abc.d) o desestímulo à litigância e favorecimento de acordos; (abc.e) a despersonalização das demandas; (abc.f) a racionalização do duplo grau de jurisdição; (abc.g) contribuição à duração razoável do processo, com maior eficiência do Poder Judiciário; e (abc.h) a economia de despesas¹⁵⁴.

A teoria adotada consegue apenas prover fundamento teórico para uma compreensão do *stare decisis* no contexto brasileiro, no sentido da fundamentação para a atuação do direito por meio dos precedentes. Ela não consegue, contudo, compreender o fenômeno jurídico decorrente da centralidade e do aumento da força normativa da Constituição e da jurisdição constitucional.

Por derradeiro, ao lado de todas estas razões, existem os motivos de caráter utilitarista, que serão brevemente expostos no final deste capítulo.

3.1. Os pilares do *stare decisis*: a legalidade material

Inicialmente, o *stare decisis* nasce semanticamente da superação da compreensão tradicional do princípio da legalidade, antes de ordem formal. A concepção formal sustenta que a ordem jurídica é inovada tão somente pela lei, produto de uma manifestação da vontade geral, consubstanciada num ato genérico e abstrato emanado do Poder Legislativo, verdadeiro representante democrático¹⁵⁵. Esse pensamento, aliado às ideias

natural do ordenamento e não uma deficiência. SOUZA, Luiz Sergio Fernandes de. *O papel da ideologia no preenchimento das lacunas no direito*. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 181.

¹⁵⁴ Essa pesquisa encontra amparo na sistematização de Luiz Guilherme Marinoni, cuja obra será citada ao longo da reflexão. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

¹⁵⁵ Para avaliar corretamente o princípio da legalidade e captar-lhe o sentido profundo cumpre atentar para o fato de que ele é a *tradução jurídica* de um propósito político: o de submeter os exercentes do poder em concreto – o administrativo – a um quadro normativo que embargue favoritismos, perseguições ou desmandos. Pretende-se através da norma geral, abstrata e por isso mesmo impessoal, a lei, editada, pois, pelo Poder Legislativo – que é o colégio representativo de todas as tendências (inclusive minoritárias) do corpo social –, garantir que a atuação do Executivo senão a concretização desta vontade geral. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 22ª edição. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 97.

da separação cerrada dos poderes e suas funções¹⁵⁶, possui origem liberal. Tal racionalidade cultuava o dogma da impossibilidade da atuação do juiz como legislador positivo, limitando-o à atuação como *boca-da-lei*¹⁵⁷, visto que, à época da revolução francesa, os juízes eram vistos como instrumentos e simpatizantes do antigo regime absolutista¹⁵⁸. Isso era também conveniente ao ponto de vista *ideológico* do positivismo jurídico¹⁵⁹. Nesse pensamento, a jurisdição constitucional, como se pode invocar das lições de Kelsen, tinha por atuação do juiz apenas o perfil do chamado *legislador negativo*, diferenciando a elaboração e a anulação da lei¹⁶⁰.

A superação do jusnaturalismo racionalista pelo positivismo foi marcada pela ideia de que o direito depende da vontade. Partindo desta premissa, os teóricos positivistas do

¹⁵⁶O conteúdo nuclear e histórico do princípio da separação de poderes pode ser descrito nos seguintes termos: as funções estatais devem ser divididas e atribuídas a órgãos diversos e devem existir mecanismos de controle recíproco entre eles, de modo a proteger os indivíduos contra o abuso potencial de um poder absoluto. A separação dos poderes é um dos conceitos seminais do constitucionalismo moderno, estando na origem da liberdade individual e dos demais direitos fundamentais. Em interessante decisão, na qual examinava a possibilidade de controle judicial dos atos da Comissões Parlamentares de Inquérito, o Supremo Tribunal Federal identificou esse sentido básico da separação de poderes com a vedação da existência, no âmbito do Estado, de *instâncias hegemônicas*, que não estejam sujeitas a controle. BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 171-174. Verificar também Nuno Piçarra, que, em admirável lição, pondera: na sua dimensão orgânico-funcional, o princípio da separação dos poderes deve continuar a ser encarado como princípio de moderação, racionalização e limitação do poder político-estadual no interesse da liberdade. Tal constitui seguramente o seu núcleo intangível. PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução*. Coimbra: Coimbra, 1989, p.26.

¹⁵⁷ Nos Estados despóticos, não existe lei; a regra é o próprio juiz. Nos Estados monárquicos, existe uma lei e, onde esta é exata, o juiz a observa; onde não existe, ele procura-lhe o espírito. Nos governos republicanos é da natureza da constituição que os juízes observem literalmente a lei. Não existe um cidadão contra o qual se possa interpretar uma lei, quando se trata de seus bens, de sua honra ou de sua vida. MONTESQUIEU. *O Espírito das leis*. Tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. Brasília: UnB, 1982, p.110.

¹⁵⁸En los países del área europea continental, sin embargo, a partir de la ilustración los jueces cayeron en descrédito al considerárselos meros instrumentos del príncipe. Local no era del todo cierto, puesto que algunos tribunales, sin esperar a la consagración constitucional de la separación de poderes, actuaban como un contrapeso eficaz del poder personal del monarca. NIETO, Alejandro. *Crítica de la razón jurídica*. Madrid: Trotta, 2007, p. 153-154.

¹⁵⁹ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*. São Paulo: Ícone, 1995. Um dos tradutores deste livro é o Professor Marcio Pugliesi, que tanto nos ajudou neste trabalho. Em relação ao trecho, selecionamos: Supondo-se que seja correto falar de uma ideologia típica de todo o positivismo jurídico, no que consiste isso? Podemos dizer que ta (suposta) ideologia consiste em afirmar o *dever absoluto ou incondicional de obedecer à lei enquanto tal*. É evidente que com tal afirmação não estamos mais no plano teórico mas no plano ideológico, visto que ela não se insere na problemática (cognoscitiva) que concerne à definição do direito, mas naquela (valorativa) relativa à determinação do nosso dever: não estamos mais diante de uma doutrina científica, mas de uma doutrina ética do direito. Por isso sustentamos que seria mais correto falar de *positivismo ético* em relação à ideologia juspositivista. *Op. Cit.*, p. 225.

¹⁶⁰ É aqui que aparece a distinção entre a elaboração e a simples anulação das leis. A anulação das leis se produz essencialmente como aplicação da Constituição. A livre criação que caracteriza a legislação está aqui quase completamente ausente. Enquanto o legislador só está preso pela Constituição no que concerne ao seu procedimento – e, de forma totalmente excepcional, no que concerne ao conteúdo das leis que deve editar, e, mesmo assim, apenas por princípios ou diretivas gerais –, a atividade do legislador negativo da jurisdição constitucional é absolutamente determinada pela Constituição. E é precisamente nisso que sua função se parece com a de qualquer outro tribunal em geral: ela é principalmente aplicação e somente em pequena medida criação do direito. KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p.153.

common law não enfrentaram dificuldade para demonstrar que o direito não estava nos textos e nos costumes – como sustenta a abordagem declaratória – mas seria criado pela jurisdição constitucional – nos moldes da teoria constitutiva¹⁶¹.

Isso não apenas demonstra que o *common law* incluiu o Judiciário no exercício de poder, ao passo que o civil law amarrou os juízes aos dizeres literais da produção parlamentar, mas também que a superação do jusnaturalismo pelo positivismo teve efeitos diametralmente opostos nas duas tradições, notadamente quando se depara com as concepções do juiz *boca-da-lei e judgemadelaw*¹⁶². O que realmente varia do civil law para o common law é o significado que se atribui aos Códigos e à função que o juiz exerce ao considerá-los. No *common law*, os códigos não tem a pretensão de fechar os espaços para o juiz pensar; portanto, não se preocupam em ter todas as regras capazes de solucionar os casos conflituosos. Isso porque, neste sistema, jamais se acreditou ou se teve a necessidade de acreditar que poderia existir um código que eliminasse a possibilidade de o juiz interpretar a lei. É dizer, nunca se pensou em negar ao juiz desta tradição o poder de interpretar a lei. De modo que, se alguma diferença há, no que diz respeito aos códigos, entre o *civil law* e o *common law*, tal distinção está no valor ou na ideologia subjacente à ideia de código¹⁶³.

No entanto, a jurisdição não pode mais ser – e de fato já não o é – compreendida apenas como ato de aplicação de uma norma geral a um caso concreto ou de uma norma sob a constituição. Ela é, também, um ato de criação e não de mera revelação. A superação da tradicional tese da separação dos poderes – hoje também chamada de concepção sob a ótica dos *checks and balances* – implica o abandono da figura do juiz como o boca-da-lei ou legislador negativo na jurisdição constitucional¹⁶⁴. Tal superação, ainda, deve-se à virada linguística da filosofia no século XX¹⁶⁵.

¹⁶¹ BLACKSTONE, William. *Commentaries on the law of England*. Chicago: University Press, 1979. Trata-se de uma obra marco da visão *declaratória* da jurisdição.

¹⁶² Assim, enquanto no *civil law* o declínio do jusnaturalismo racionalista deu origem à era da codificação, no *common law* observou-se o surgimento da ideia de criação judicial do direito. Naquela tradição, diante da estrita separação entre o legislativo e o judiciário, a vontade apenas poderia estar no parlamento; todavia, no *common law*, em virtude do espaço de poder bem mais amplo deferido aos juízes, a vontade foi confiada ao judiciário. Torna-se importante perceber que a conclusão de que, no *civil law*, o direito estaria no parlamento foi coerente – a partir de uma visão estritamente marcada pela teoria positivista – com a ideia de que o juiz criaria o direito. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 51.

¹⁶³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 56.

¹⁶⁴ A Súmula 339 do Supremo Tribunal Federal: sua *ratio decidendi* recebeu, ao longo dos julgamentos posteriores, novos contornos, inclusive no que diz respeito à interpretação conforme a Constituição. Não obstante, também existem precedentes posteriores e recentes do Supremo Tribunal Federal que confirmam a impossibilidade de o Poder Judiciário em editar normas jurídicas, em contradição com a sua própria prática.

Atualmente, destarte, existe o reconhecimento de que as decisões judiciais, especialmente nas que se referem à jurisdição constitucional, possuem caráter e conteúdo normativo. Entre o legislador e o juiz existe uma relação dinâmica de duas vias, que se dita conforme a tensão entre a aptidão do primeiro para empregar uma jurisprudência inventiva ou construtiva e as restrições que impõe a si mesmo (*judicial self-restraint*)¹⁶⁶. O Supremo Tribunal Federal passou a se empenhar em decantar os elementos dos precedentes projetando a *ratio decidendi* para além da parte dispositiva do julgado, com o que se cristalizou a chamada *teoria da transcendência dos motivos determinantes*¹⁶⁷, ainda que se utilize do instrumento da *súmula vinculante*¹⁶⁸.

Essa evolução da concepção de legalidade formal, separação de poderes e jurisdição consubstanciam a formação da noção de *legalidade material* aqui proposta. Essa legalidade material também dá ensejo à formação da norma jurídica do precedente, que será exposta mais adiante, após o término da releitura do *stare decisis* no sistema jurídico brasileiro.

Nesse sentido, TARANTO, Caio Márcio Gutterres. *Precedente judicial: autoridade e aplicação na jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p.60-62. Um exemplo é a isonomia: alegada ofensa por lei que concede isenção a certa categoria de operações de câmbio, mas não a outra, substancialmente assimilável àquelas contempladas (Decreto-Lei nº 2434/88, art.6º): hipótese em que, do acolhimento da inconstitucionalidade arguida, poderia decorrer a nulidade da norma concessiva da isenção, mas não a extensão jurisdicional dela aos fatos arbitrariamente excluídos do benefício, dado que o controle da constitucionalidade das leis não confere ao Judiciário funções de legislação positiva (AgRAgInst 200188, Rel. Min. Sepúlveda Pertence). Fato é que as decisões do Supremo Tribunal Federal possuem, indiscutivelmente, conteúdo normativo, em verdadeira adoção do que Caio Taranto denomina de teoria determinativa dos precedentes.

¹⁶⁵ A ultrapassagem da relação sujeito-objeto em direção à relação sujeito-sujeito implicou o redimensionamento da relação do homem com a sociedade, com as coisas (e com o Direito e seus textos). A invasão da filosofia pela linguagem acarreta a própria superação da epistemologia pela ontologia. Sem o essencialismo e sem a certeza-de-si-do-pensamento-pensante, o homem parte para uma nova inserção no mundo. E isso, evidentemente, tinha que provocar uma revolução hermenêutica no campo jurídico, onde as primeiras vítimas são as concepções objetivistas e objetificantes acerca do *modus* interpretativo da dogmática jurídica. É nesse contexto que a hermenêutica jurídica salta do paradigma reprodutivo para o paradigma produtivo (...). STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p.596-597.

¹⁶⁶ TARANTO, Caio Márcio Gutterres. *Precedente judicial: autoridade e aplicação na jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p.64.

¹⁶⁷ Percbe-se, atualmente, destacando-se dois importantes precedentes (o caso de Mira Estrela e a discussão sobre a constitucionalidade da progressão do regime na lei dos crimes hediondos), uma nova tendência no STF (ainda não pacificada) a aplicar a chamada *teoria da transcendência dos motivos determinantes da sentença (ratio decidendi)* também para o controle difuso. LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 13ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 185. Cumpre ressaltar, contudo, a grave inconsistência em se apontar *teoria dos motivos determinantes da sentença* como sinônimo de *ratio decidendi*.

¹⁶⁸ Alias, no que diz respeito a este último ponto, é bom rememorar que, no *common law*, ainda se discute a respeito da natureza da jurisdição, se declaratória ou constitutiva. Tal questão é abordada no chamado *Hart-Dworkin debate*. Na verdade, Dworkin é um dos integrantes de um poderoso e crescente núcleo de pensamento engajado em negar a natureza positivista do precedente e em propor uma visão *interpretativista* para se compreender o *common law*, com a consequente reinserção no debate da teoria declaratória da jurisdição, ainda que, obviamente, sob uma roupagem contemporânea. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.52.

3.2. Os pilares do *stare decisis*: a igualdade

A noção de que igualdade é tratar os iguais com igualdade e desiguais de maneira diferente dispensa qualquer comprovação mais detalhada, pois se trata de um lugar-comum nos debates acadêmicos e judiciais¹⁶⁹. Uma vez inseridas palavras como *iguais* e *desiguais*, a alta carga semântica se torna responsável por estabelecer quais são as condições para tanto, pelo que será responsável a atividade jurisdicional. A igualdade é compreendida, então, pela projeção de antíteses para a busca de informações de um determinado discurso. É dizer: perante litígios, igualar iguais e desigualar desiguais consubstanciam atividade tipicamente jurisdicional¹⁷⁰.

É neste e também em outro nível da igualdade que se estrutura um dos fundamentos da aplicação dos precedentes judiciais, notadamente no que tange à jurisdição constitucional, porque aderir ao precedente consubstancia um fundamental princípio da jurisprudência que promove a certeza no Direito e uniformiza o tratamento dos litigantes e, assim, previne arbitrariedades¹⁷¹. A igualdade aqui deixa de ser entendida como *igualdade perante a lei* e passa a se denominar *igualdade perante o direito*, concernente à inclusão da *igualdade perante as decisões judiciais*.

Uma teoria das fontes do direito que tem apenas a lei em sentido estrito como fonte formal e imediata do direito e acredita em sua plenitude – socorrendo-se apenas do espírito do legislador, quando necessário – permite resultados diversos para jurisdicionados em um mesmo regime jurídico, tornando aleatória a prestação da atividade jurisdicional. Esse fracasso – revelado principalmente pelos horrores da segunda guerra mundial –, deu ensejo a um posterior desenvolvimento de uma teoria a respeito das lacunas, ao não prever ou

¹⁶⁹No *caput* do art. 5º encontra-se um direito garantido a “todos”: “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”. Isto significa que qualquer pessoa submetida à aplicação da lei por qualquer autoridade brasileira tem o direito de ver esta lei aplicada sem nenhuma discriminação fundamentada, por exemplo, em critérios como o sexo, a cor da pele, a nacionalidade, a idade ou condição social. DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Eduardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 82.

¹⁷⁰TARANTO, Caio Márcio Guterres. *Precedente judicial: autoridade e aplicação na jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p.121-122.

¹⁷¹TARANTO, Caio Márcio Guterres. *Precedente judicial: autoridade e aplicação na jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p.122. Adherece to precedent is a fundamental principle of jurisprudence that promotes certainty in the law and uniformity in the treatment of litigants, and thereby prevents arbitrariness COSTELLO, George. *The Supreme Court's overruling of constitutional precedent: an overview*. CRS Report for Congress, 2005, p.02.

solucionar hipóteses fáticas que geravam a provocação do jurisdicionado para que o Poder Judiciário inovasse a ordem jurídica sob um prisma diverso da lei estrita¹⁷².

De igual maneira, a efetividade do processo e a noção de *ordem* jurídica se enfraquecem quando a atividade jurisdicional encontra fim nas opiniões isoladas de cada julgador¹⁷³. O *stare decisis* pressupõe um Judiciário como instituição constitucional, onde não se possa comprometer o acesso à justiça colocando a independência do juiz, individualmente considerado, em descompasso com a igualdade.

As reformas constitucionais que desenvolveram o precedente em nosso sistema têm por finalidade, portanto, na busca da efetivação do princípio da igualdade, na forma de uma noção própria de *stare decisis*. Essa noção ainda guarda compromisso com a tradição do *civil law*, reservando ao Legislativo a atribuição primordial de inovar a ordem jurídica de editar leis, ao mesmo tempo em que não exclui a potencialidade do aperfeiçoamento das normas judicadas.

O mesmo ocorre com os instrumentos de aplicação de precedentes sobre os quais se discorreu anteriormente: é possível vislumbrar que possuem por finalidade o impedimento do efeito colateral de prestações jurisdicionais díspares. O artigo 476 do Código de Processo Civil, por exemplo, ao disciplinar o incidente de uniformização de jurisprudência, gira em torno do ideal da superação de divergências e da unidade da jurisprudência interna de determinado tribunal.

É com base nesse critério de superação de divergências que a divisão dos instrumentos processuais de aplicação dos precedentes foi realizada: instrumentos de impedimento de recurso e instrumentos de aplicação em juízo de mérito. O artigo 103-A, §1º, acerca do qual se disse anteriormente, é expresso quanto à finalidade da súmula vinculante, que busca solucionar controvérsia entre os órgãos jurisdicionais, ao passo que a ação declaratória de constitucionalidade, de igual maneira, exige a demonstração de controvérsia judicial. Assim, os precedentes se estruturam em um contexto onde igualdade

¹⁷²TARANTO, Caio Márcio Gutterres. *Precedente judicial: autoridade e aplicação na jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p.122-123.

¹⁷³ A chamada *teoria dos jogos* lida, fundamentalmente, com o estudo de conflitos tratados como jogos no sentido desta definição, que, embora pareça excessivamente abstrata e formal, abarca todas as componentes inevitavelmente presentes nos conflitos tais como descritos neste livro e, em particular, nas lides jurídicas. PUGIESI, Márcio. *Teoria do direito*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 205.

representa também conceder a mesma prestação jurisdicional a jurisdicionados em igual situação jurídica.

Essa constatação também está presente em Dworkin¹⁷⁴. De acordo com ele, os precedentes são dotados de uma *força gravitacional*, que nada mais é do que a concepção de tratar os casos semelhantes do mesmo modo – ou seja, igualdade. Isso porque a força normativa do precedente não pode ser apreendida por nenhuma teoria que considere que a plena força do precedente está em sua força de promulgação – à semelhança da dimensão de *validade* das regras – enquanto uma peça de legislação¹⁷⁵. Sua força, defende, está no apelo à equidade no tratamento isonômico entre os semelhantes¹⁷⁶. Sendo o precedente um relato de uma *decisão política*¹⁷⁷ anterior, o próprio fato dessa decisão, enquanto história política, já representa uma razão para se decidir de forma similar mais adiante. Isso permitirá defender a principal diferença entre *regra* e *precedente* mais adiante, que é a validade das espécies jurídicas – *positiva e discursiva*.

No Brasil, o fundamento da igualdade como base para o *agir por precedentes* é recente. Há quem entenda que inexistente tal prática, ao menos de forma explícita, apta a embasar a aplicação de precedentes, especialmente se não vinculantes¹⁷⁸. Outro entendimento defende que mesmo a lei, embora obrigatória, impessoal, geral e abstrata, caso aplicada sem o devido cuidado com as especificidades do caso concreto, pode conduzir à injustiça. Assim, à medida que todos são iguais perante a lei, a lógica do sistema passa a impor que tal lei não seria apenas a norma posta/legislada, mas também – necessariamente – a norma

¹⁷⁴ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.176-177.

¹⁷⁵ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.177.

¹⁷⁶ Hércules concluirá que sua doutrina da equidade oferece a única explicação adequada da prática do precedente em sua totalidade. Extrairá algumas outras conclusões sobre suas próprias responsabilidades quanto aos casos difíceis. A mais importante delas determina que ele deve limitar a força gravitacional das decisões anteriores à extensão dos argumentos de princípio necessário para justificar tais decisões. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.177-178.

¹⁷⁷ So there are those who think that British judges do make political decisions. But that is not to say that they should. Griffiths thinks it inevitable, as I understand him, that the judiciary will play a political role in a capitalist or semi-capitalist state. But he does not count this as a virtue of capitalism; on the contrary, he treats the political role of judges as deplorable. DWORKIN, Ronald. *Political judges and the rule of law*. In *Arguing about law*. New York: Routledge, 2009, p.194.

¹⁷⁸ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 277-278. Ele defende, entretanto, a inconveniência de se aturar no sistema jurídico desvios de decisões proferidas nos Tribunais Superiores, à medida que são os principais atores na jurisdição constitucional.

judicada/construída, na figura de lei após a submissão à interpretação e aplicação na jurisdição¹⁷⁹.

Há que se atentar, contudo, às situações diferentes. Isso se dá, no *common law*, pela aplicação negativa de um precedente, notadamente pelo método *distinguishing*: o caso é diverso do coberto pela norma do precedente. Deixar de aplicar o precedente, então, implica a criação de outro precedente, *distintivo*, o que permite ainda atender ao princípio da igualdade no momento da jurisdição, estabelecendo jurisdicionados como diferentes e assim os adequando no que tange ao tratamento jurídico¹⁸⁰.

3.3. Os pilares do *stare decisis*: a segurança jurídica e sua função estabilizadora

Conforme já esclarecido, as críticas costumeiras sobre seguir precedentes no Brasil se pautam em três argumentos básicos: a importação do instituto da *common law* e a ofensa à separação dos poderes e à independência do magistrado. Tais críticas, já se demonstrou aqui, são insustentáveis¹⁸¹. Ainda no que tange à crise de legitimação, é possível encontrar juristas que defendem que o precedente vinculante representa a morte da independência dos juízes, o que não é conveniente à justiça e ao Direito¹⁸², existindo também a consequência da hiperconcentração do controle de constitucionalidade, ensejando a politização do Supremo Tribunal Federal e a cristalização da jurisprudência.

¹⁷⁹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.118-120.

¹⁸⁰ TARANTO, Caio Márcio Gutterres. *Precedente judicial: autoridade e aplicação na jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 126-128.

¹⁸¹ Verificar também a última reflexão do capítulo I, que se ocupa da crise de legitimidade democrática do Estado de Direito contemporâneo.

¹⁸² TARANTO, Caio Márcio Gutterres. *Precedente judicial: autoridade e aplicação na jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p.128-129, citando Dalmo de Abreu Dallari. As principais críticas à incidência dos precedentes são enfrentadas com maestria por Marco Antônio BottoMuscari, como a violação do princípio da independência do juiz, desrespeito ao princípio do duplo grau de jurisdição, agressão aos postulados do acesso à justiça e da inafastabilidade do controle judiciário, ofensa à obrigatoriedade de motivação das decisões, tentativa de tornar previsíveis as decisões, incluindo o Poder Judiciário na globalização econômica, falta de legitimação democrática do Poder Judiciário e a aniquilação da criatividade do juiz. [MUSCARI, Marco AntonioBotto. *Súmula Vinculante*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999, p.63]. Já Marcelo Alves Dias de Souza opta por enfatizar vantagens e desvantagens na aplicação da teoria do *stare decisis*. Opta em denominar os críticos da aplicação de precedentes de puritanos. [SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à súmula vinculante*. Curitiba: Juruá, 2006, p.281]. João Luis Fischer Dias compila as críticas ortodoxas na diminuição da independência judicial, na cristalização do direito, a mácula do princípio da tripartição dos poderes e a suposta inadaptabilidade ao sistema de tradição romanística. [DIAS, João Luis Fischer. *O efeito vinculante: dos precedentes judiciais; das súmulas dos tribunais*. São Paulo, IOB Thompson, 2004, p.111-116].

No entanto, a crítica de que a tropicalização do sistema da *common law*, pautado na doutrina do *stare decisis*, poderia trazer certos inconvenientes ao direito brasileiro causaria transtornos é procedente. Certamente, encontram-se diferenças entre o sistema de precedentes que se encontra em desenvolvimento no Brasil em relação ao da *common law*, apesar da similitude do resultado prático na aplicação das normas judicadas. Existem diferenças, também, em relação à abrangência dos institutos: enquanto o *stare decisis* constitui instrumento de coerência interna do Poder Judiciário, o efeito vinculante tem natureza impositiva externa, obrigando, inclusive e principalmente, instâncias não jurisdicionais, notadamente o Poder Legislativo e o Poder Executivo¹⁸³.

3.4. A nossa compreensão do *stare decisis*

O princípio do *stare decisis* se desenvolve na construção das normas constitucionais em torno do anseio jurisdicional de segurança e justiça, estabilizando o direito vigente – na acepção de Habermas – compatível com a separação dos poderes. É dizer, então, que as normas judicadas são parte integrante da função típica do Poder Judiciário, sem adentrar no campo da inconstitucionalidade no que tange à harmonia com a função exercida pelo Poder Legislativo.

A segurança jurídica depende de um meio pelo qual o Poder Judiciário esteja apto a expressar um entendimento uniforme simultâneo, que não exclui uma interpretação variada e sucessiva. O Poder Judiciário, ao estabelecer súmulas, por exemplo, coloca-se em harmonia com a missão do Poder Legislativo, estabilizando o direito segundo um único entendimento. Harmonia esta que busca segurança, deixando claro qual o direito vigente em um dado contexto de espaço e tempo, com o que também se evita a prestação jurisdicional aleatória. Pensar que os precedentes com força normativa violam a separação dos poderes é verdadeiro enfraquecimento teórico em favor de uma ideologia positivista¹⁸⁴.

Também na segurança há o embate perante a ponderação entre o princípio da segurança e a autonomia funcional do magistrado. Essa questão não tange a cognição de

¹⁸³ LEAL, Roger Stiefelmann. *O efeito vinculante na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006, p.127-128. Verificar também TARANTO, Caio Márcio Gutterres. *Precedente judicial: autoridade e aplicação na jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p.129.

¹⁸⁴ TARANTO, Caio Márcio Gutterres. *Precedente judicial: autoridade e aplicação na jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p.131.

fato¹⁸⁵. Modernamente, a autonomia jurídica não deve mais ser compreendida como a possibilidade de se atribuir tutelas jurisdicionais diferentes a jurisdicionados na mesma situação jurídica¹⁸⁶.

Desta forma, a autoridade dos precedentes judiciais não estagna a atuação de juízos de instâncias ordinárias, mas, ao contrário, investe-lhes na função de argumentar, distinguir e revisar precedentes judiciais. Já não faz mais sentido, com esse novo arcabouço constitucional, entender os precedentes como arauto de um sistema de engessamento ou cristalização do direito¹⁸⁷. Para tanto, é preciso profissionalizar ou racionalizar sua aplicação, por meio de uma teoria crítica que entenda este fenômeno no sistema jurídico brasileiro. Fica atribuída às instâncias ordinárias, ainda, a obrigação de atuar como *amicuscuriae* em processos de precedentes com alta carga normativa, que pode ser medida tanto pelo grau de jurisdição quanto por sua validade discursiva, conforme será exposto adiante.

Existem também as razões utilitaristas, que também possuem grande influência sobre a racionalidade de pensar por precedentes, a serem consideradas em conjunto com as razões normativas dos princípios da legalidade, igualdade e segurança e seus demais desdobramentos. Tais razões são: (a) a eficiência da economia processual ou esforço judicial; (b) a eficiência dos interesses das partes; e (c) a diminuição de litigância despropositada, visto que mesmo a decisão de um tribunal inferior por certo será revertida em grau de recurso. Tais razões, como já dito de início, possui um relevante papel na filosofia da razão prática,

¹⁸⁵ TARANTO, Caio Márcio Gutterres. *Precedente judicial: autoridade e aplicação na jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p.133.

¹⁸⁶ A independência da magistratura é garantia instrumental e não um privilégio de uma classe, ela é destinada a assegurar a imparcialidade das decisões que os jurisdicionados recebem. Nesse sentido MUSCARI, Marco Antonio Botto, *Súmula vinculante*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999, p.66.

¹⁸⁷ Voto do Ministro Francisco Rezek na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 1, em 27 de outubro de 1993: Houve uma época – membros mais antigos deste Tribunal o recordam – em que determinado Tribunal de Justiça, numa prestigiosa unidade da Federação, dava-se crônica e assumidamente a desafiar a jurisprudência do Supremo a respeito de um tema sumulado (um tema, por sinal, menor: a representatividade da ofendida em caso de crime contra os costumes). O Supremo tinha posição firme, constante e unânime a respeito, e certo Tribunal de Justiça, porque pensava diferentemente, dava-se à prática de decidir nos termos de sua própria convicção, valorizando a chamada “liberdade de convencimento”, própria de todo juiz ou tribunal. Resultado: todas essas decisões eram, mediante recurso, derrubadas por esta casa. Aquilo que deveria acabar na origem, à luz da jurisprudência do Supremo, só acabava aqui, depois de um lamentável dispêndio de recursos financeiros, de tempo e de energia, num Judiciário já congestionado e com tempo mínimo para cuidar de coisas novas. E quando acontecia de a jurisprudência do Supremo acabar não prevalecendo, e de a decisão do Tribunal rebelde encontrar seu momento de glória? Quando o réu, porque assistido por advogado relapso, ou porque carente de outros meios, não apresentava recurso... Só nessa circunstância a infeliz rebeldia contra a jurisprudência do Supremo dava certo. Como todo respeito pelo que pensam alguns processualistas, não vejo beleza alguma nisso. Pelo contrário, parece-me uma situação imoral, com que a consciência jurídica não deveria, em hipótese alguma, contemporizar.

servindo até mesmo como fundamento para a defesa da noção de *rule of law* e do Estado de Direito¹⁸⁸.

A exposição da teoria de Robert Alexy, a ser adotada para a nossa compreensão dos precedentes, dará a percepção final do que é, para nós, o *stare decisis* no sistema jurídico brasileiro. Neste momento, contudo, já é possível advertir que essa figura não pode mais ser compreendida como uma *regra*, revestida de um caráter absoluto, por mais que as razões até agora expostas justifiquem a prática de seguir precedentes e atribuir-lhes força normativa/vinculação considerável. Não há apenas um lado neste instituto. Os primeiros limites ao *stare decisis*, então, podem ser sumarizados nas seguintes razões, conforme lição de Marinoni: (a) obstáculo ao desenvolvimento do direito e ao surgimento de decisões adequadas às novas realidades sociais; (b) óbice ao alcance da isonomia substancial; (c) violação da separação dos poderes, independência dos juízes, juiz natural e garantia de acesso à justiça¹⁸⁹. Neil MacCormick, por sua vez, aduz – sobre os limites ao *stare decisis* – que sobrecarregar a uniformidade no direito acaba por impedir uma resposta sensível deste às variações das condições locais de atitudes sociopolíticas, sendo necessário um equilíbrio; ainda, a construção de precedentes, ainda que *coerentes*, pode trazer um resultado injusto perante a nova compreensão do espaço social, gerando um conflito; a igualdade formal que sustenta a concepção de *stare decisis* pode dificultar o alcance da igualdade substancial no que tange ao reconhecimento de direitos e tratamento de pessoas, como, por exemplo, a doutrina do *separate but equal* que sustentou uma ideologia racista até a metade do século XX nos Estados Unidos, superada já há décadas em outros lugares¹⁹⁰; finalmente, a estrita vinculação aos precedentes também pode contribuir para retardar o reconhecimento dos avanços tecnológicos, econômicos e sociais que interferem na compreensão acerca do justo e do que é axiologicamente bom.

Existem, destarte, razões de índole tanto funcionalistas e sociais quanto valorativas para resistir a uma pretensão de absoluta vinculação aos precedentes – mesmo

¹⁸⁸ Rule-utilitarian considerations of this kind have very great importance as rationales for the practice of precedent, and have to be considered alongside deontological interpretations of legal certainty and security. Indeed, there is a well-understood standpoint in practical philosophy that represents the rule-utilitarian argument as the fundamental basis for the rule of law, not as either coordinate with or subordinate to some conception of rightness in the conduct of government. This is not the place, however, to enter into, far less purport to adjudicate upon, that long-running and deep philosophical controversy. MacCORMICK, Neil; et. al. *Rationales for precedent*. In MacCORMICK, Neil. SUMMERS, Robert [orgs.]. *Interpreting precedents: a comparative study*. Lincolnshire: Dartmouth, 1997, p.490.

¹⁸⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p.190-212.

¹⁹⁰ Outros exemplos são a exclusão das mulheres do direito ao voto e a negativa da possibilidade dos homossexuais de adotarem crianças.

aqueles há muito assentados –, não obstante esse entusiasmo inicial da dogmática processualista e constitucional. Mudanças da tecnologia, comércio e indústria e compreensões inovadoras em relação a ditames sociais tais como família e relações de gênero requerem uma sensibilidade e rapidez da produção judicial e, se mal utilizados, os precedentes, ao invés de resguardarem a noção valorativa de *sabedoria do passado*, se tornam um pesado fardo, um peso morto, no progresso social, entrincheirando tabus e costumes defasados em prol de uma noção formal de tratar casos iguais de maneira igual¹⁹¹.

É dizer, portanto, que a uniformidade não deve ser elevada ao nível de um fetiche, e que os precedentes devem às vezes provisionar um novo direito, mesmo que ao custo de se criar uma incoerência momentânea ou falta de uniformidade do sistema jurídico.

Isso também deve ser observado, conforme exposto no final da Parte I, quando na hipótese de uma paralisia do Legislativo ou de uma baixa eficiência de sua legislação, quando então o Judiciário acaba, em qualquer sistema, assumindo o papel de desenvolvimento do direito, seja um novo direito, seja uma mudança na interpretação¹⁹². Ainda, com a crescente complexidade da sociedade atual, há a crescente falibilidade das normas e decisões judiciais, normas judicadas aí incluídas, o que fortalece a aceitação de sistemas jurídicos abertos à possibilidade de correções de entendimentos, tudo visando a compensação de danos e prejuízos ao sistema jurídico: rejeita-se, então um *fundamentalismo jurídico*, e se abraça a tendência da instrumentalização progressiva do sistema jurídico, é dizer, passa a se aceitar a ideia de que o direito tem por finalidade primordial a concreção de políticas sociais e, assim, deve ser *eficiente*. Essa necessidade de se assegurar a eficiência força não somente o legislador mas também o juiz em adotar posturas/procedimentos que facilitem a correção das decisões que se mostram errôneas¹⁹³. Desta forma, esta noção do sistema jurídico é

¹⁹¹ Moreover, new appreciations of basic rights and of essential human liberties can give rise to a strong sense that, instead of representing the wisdom of the past, respect for precedents becomes a dead weight on social progress, the entrenchment of substantive unfairness or injustice in the guise of a formal justice of treating *like cases alike*. MacCORMICK, Neil; et. al. *Rationales for precedent*. In MacCORMICK, Neil.SUMMERS, Robert [orgs.]. *Interpreting precedents: a comparative study*. Lincolnshire: Dartmouth, 1997, p. 491.

¹⁹² Segundo MacCormick, isso também se dá pela mudança na forma de escrever legislação, com textos cada vez mais abertos e abstratos, o que aumenta sempre a necessidade do Judiciário de atribuir significado aquele texto para situações e casos concretos. Again, there have been remarkable transformations in styles of legislative drafting, even in the structure of legal languages, which become more and more abstract, increasingly subject to 'open texture', hence there seems always to be an increasing necessity for courts to give abstract provisions some suitable concrete meaning for particular cases and contexts. MacCORMICK, Neil; et. al. *Rationales for precedent*. In MacCORMICK, Neil.SUMMERS, Robert [orgs.]. *Interpreting precedents: a comparative study*. Lincolnshire: Dartmouth, 1997, p. 492.

¹⁹³ Functional and substantive-value arguments are thus always available, at least to justify a restrictive interpretation of settled precedents, and ultimately, usually after a set of *distinguishing* or *whittling down*

incompatível com uma doutrina restrita de precedentes, que cada vez mais está sendo adotada no Brasil¹⁹⁴.

Em qualquer ordenamento jurídico a criação desse procedimento acarreta considerável preocupação quando confrontado com a noção de separação de poderes e até mesmo a de Estado de Direito¹⁹⁵. Note que a questão aqui não é a de que se os precedentes são *vinculantes* ou não, mas sim até que ponto razões existentes podem ou não derrubar ou modificar o precedente estabelecido. Segundo MacCormick, a tendência é a adoção da tendência de reforçar a força normativa do precedente, ao mesmo tempo em que se permite seu afastamento, ou mesmo sua derrubada, quando o caso se torna forte o suficiente ao ponto de cancelar as razões formais que dão suporte ao precedente¹⁹⁶.

Isso também permite corroborar a assertiva anterior de que há uma aproximação entre as duas tradições jurídicas¹⁹⁷. O pensamento mais recente na *common law* opta por uma compreensão interpretativa ao invés de uma subordinado-legislativa do precedente, enquanto os sistemas da *civil law* caminha para o reconhecimento de um lugar comum entre interpretação e determinação do direito, ainda que com resistência em aceitar os precedentes como fontes do direito formais¹⁹⁸.

interpretations, a simple reversal or overruling of established precedent. MacCORMICK, Neil; et. al. *Rationales for precedent*. In MacCORMICK, Neil.SUMMERS, Robert [orgs.].*Interpreting precedents: a comparative study*.Lincolnshire: Dartmouth, 1997, p.492.

¹⁹⁴ As obras de Luiz Guilherme Marinoni e Caio Taranto, reiteradamente citadas neste trabalho, trazem uma postura desse tipo.

¹⁹⁵ Indeed, all that has been said about precedent and its rationale has been the target of withering critique, from at least two distinct angles, that of legal realism and the critical legal studies in the common law world, and that of traditional separation of powers doctrine in the civilianMacCORMICK, Neil; et. al. *Rationales for precedent*. In MacCORMICK, Neil.SUMMERS, Robert [orgs.].*Interpreting precedents: a comparative study*.Lincolnshire: Dartmouth, 1997. p.494. A crítica do realismo jurídico em rejeitar a ideia de que a *case law* consistia em um conjunto de regras facilmente determinadas, ou mesmo um conjunto de regras em si, ao passo que a crítica do movimento CLS consiste no ataque à própria noção de *certeza* do direito, visto que em todos os casos existe um conflito ou uma colisão de normas, cujo método de decisão –vale dizer, a proporcionalidade – é mera máscara ideológica, escondendo os reais interesses político-econômicos que realmente conduzem as decisões desse tipo.

¹⁹⁶ Finally, none of the foregoing discussion settles the question how far precedents that are either formally binding or endowed with strong normative force may be treated as bases for innovative development of the law [...] the fact that judicial decisions do have gravitational force does not go so much to the question [...] how far they may be followed; the issue is of the right to follow the precedent rather than of the duty not to ignore or undercut it. MacCORMICK, Neil; et. al. *Rationales for precedent*. In MacCORMICK, Neil.SUMMERS, Robert [orgs.].*Interpreting precedents: a comparative study*. Lincolnshire: Dartmouth, 1997, p.493.

¹⁹⁷ Convergence and consensus are the very stuff of complacency, of the mutual self-congratulation of lawyers coming together from different traditions. MacCORMICK, Neil; et. al. *Rationales for precedent*. In MacCORMICK, Neil.SUMMERS, Robert [orgs.].*Interpreting precedents: a comparative study*. Lincolnshire: Dartmouth, 1997, p.494.

¹⁹⁸Esse argumentofoitomado de Bankowski, MacCormick, Morawski e Miguel: this reminds us again of an apparent convergence in self-understanding of different systems. The most recent thought in relation to the

Desta forma, temos por correta a compreensão racional dos precedentes como normas jurídicas não absolutas, em um espaço onde sempre se colidem os valores pretendidos pelas razões de seguir precedentes com os que visam derrubá-lo em prol de uma maior justiça. MacCormick entende isso como um *stare decisis limitado*¹⁹⁹, mas, em nosso sistema jurídico e a partir de nossa compreensão de norma jurídica, podemos concluir o seguinte: o *stare decisis* é, no direito brasileiro, um princípio – mandamento de otimização –, que possui um peso e está sujeito às circunstâncias fáticas e concretas do caso concreto, vale dizer, se o precedente deve ser aplicado aqui ou não. Com essa compreensão, é fatal também concluir o seguinte: *stare decisis* visa trazer a *coerência* do sistema jurídico, noção que amarra a *legalidade*, *igualdade* e *segurança jurídica* juntas, porém não como uma *previsibilidade* do resultado da tutela jurisdicional, mas sim como a *expectativa* de que a tutela jurisdicional ofertada será a *mais coerente*, quer dizer, não a resposta certa, como dizia Dworkin²⁰⁰, mas a *melhor* resposta, aquela que é mais bem amparada por razões de direito.

Existem modelos não absolutos oferecidos pela doutrina. Tais modelos, chamados de não monolíticos, não defendem uma visão singular do uso dos precedentes, mas sim de como argumentar por precedentes – no inglês *reasoning*: analogia²⁰¹, regras²⁰² e

common law systems lays stress on an interpretative rather than a subordinate-legislative understanding of precedent; and while the civilian systems edge towards recognizing the real overlap between interpretation and determination of law, they remain doctrinally resistant to accepting any full-blooded 'formal source of law' account. MacCORMICK, Neil; et. al. *Rationales for precedent*. In MacCORMICK, Neil.SUMMERS, Robert [orgs.]. *Interpreting precedents: a comparative study*. Lincolnshire: Dartmouth, 1997, p.493

¹⁹⁹ So far, so good; it is reasonable to acknowledge certain well-understood ways of rationalizing precedent, but at the same time one must also accept that no rationale can be carried too far; in the end, a non-absolute approach to precedent seems the appropriate one, striking a balance between the values secured by precedent and the counter-values that oppose undue deference to it. Hence the systems we study seem rightly to converge towards a principle of limited stare decisis. MacCORMICK, Neil; et. al. *Rationales for precedent*. In MacCORMICK, Neil.SUMMERS, Robert [orgs.]. *Interpreting precedents: a comparative study*. Lincolnshire: Dartmouth, 1997, p.494.

²⁰⁰ Suppose the legislature has passed a statute stipulating that 'sacrilegious contracts shall henceforth be invalid.' The community is divided as to whether a contract signed on Sunday is, for that reason alone, sacrilegious. It is known that very few of the legislators had that question in mind when they voted, and that they are now equally divided on the question of whether it should be so interpreted. Tom and Tim have signed a contract on Sunday, and Tom now sues Tim to enforce the terms of the contract, whose validity Tim contests. Shall we say that the judge must look for the right answer to the question of whether Tom's contract is valid, even though the community is deeply divided about what the right answer is? Or is it more realistic to say that there simply is no right answer to the question? DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. London: Cambridge, 1978, p. 178.

²⁰¹ The model of particular analogy, where each case is simply treated as an illuminating example of a correct (or reasonable) decision given all its own facts, and hence an useful guide for decision in similar cases. MacCORMICK, Neil; et. al. *Rationales for precedent*. In MacCORMICK, Neil.SUMMERS, Robert [orgs.]. *Interpreting precedents: a comparative study*. Lincolnshire: Dartmouth, 1997, p.497. Neste modelo, a questão gira em torno de descobrir o que é *similar*: em qual nível de detalhe deve ser o caso em análise comparado ao precedente?

²⁰² The rule-stating model, where some rule ('*ratio decidendi*') is ascribed to the precedent as one which it is appropriate for later courts to apply unless they can distinguish or overrule it. MacCORMICK, Neil; et. al. *Rationales for precedent*. In MacCORMICK, Neil.SUMMERS, Robert [orgs.]. *Interpreting precedents: a*

princípios²⁰³. Nestes modelos, é discutível se precedentes são vinculantes apenas em relação às suas circunstâncias fáticas e jurídicas, como no modelo da analogia, ou também em sua *ratiodecidendi* vista como uma regra embutida no precedente, ou talvez ainda – de maneira ampla – princípios expressados ou implícitos na decisão.

Também esses modelos não nos convencem de relevante utilidade. Isso porque em um sistema jurídico onde existe uma oportunidade para se pensar por precedentes, a argumentação jurídica – *legal reasoning* – sempre se resvalará em características de algum destes modelos quando no discurso de justificação das decisões. É dizer, mais de um desses modelos é usado – quase na totalidade das vezes –, o que faz carecer de utilidade tal classificação. Entender precedentes como *regras*, por exemplo, não impede de também argumentá-los na forma de princípios ou por analogia. Esse é o primeiro motivo pelo qual não é relevante em classificar precedentes entre *vinculantes* ou com mera *força normativa* ou ainda como mera *persuasão* ou *ilustratividade*. Tudo gira em torno da coerência discursiva, ou seja, o quão forte são as razões adjudicadas no precedente. Negar sua importância, desta forma, equivale rejeitar sua aptidão como figura na argumentação jurídica, prejudicando-se em certa forma a coerência do ordenamento jurídico como visto pelos tribunais.

Um sistema jurídico que permite o uso dos precedentes como razões de argumentar reconhece a legitimidade do Judiciário para contribuir com o desenvolvimento do direito vigente de uma forma distinta daquela do Legislativo – vale dizer, governamentalmente interessada –, possui por meio da promulgação de leis escritas. Desta forma, os precedentes são uma força dinamizada à medida que os tribunais, em particular os superiores, podem deliberar sobre o desenvolvimento do direito, ainda que sob o manto de

comparative study. Lincolnshire: Dartmouth, 1997, p.497. Aqui se trata do tribunal verificar se há algum precedente cuja *ratio* seja aplicável ao caso e, caso houver, aplicá-lo exceto se presente algum ponto material de distinção ou outra razão válida para não aplicá-lo. Este modelo nos parece bastante interessante, exceto que o conceito de regra aqui adotado é distinto do nosso. Mais adiante sustentaremos algumas modificações, quando de nossa sugestão.

²⁰³ The principle-exemplifying model, where the precedent, in relation to its own factual context, can be seen as exhibiting, and giving support to, some legal principle or principles that may be relevant for deciding future cases, and perhaps contributing to new legal developments. MacCORMICK, Neil; et. al. *Rationales for precedent*. In MacCORMICK, Neil. SUMMERS, Robert [orgs.]. *Interpreting precedents: a comparative study*. Lincolnshire: Dartmouth, 1997, p.497. Aqui, o tribunal verifica se o precedente contém algum princípio apto a justificar a decisão presente. Esse modelo também traz características interessantes e, junto com a noção do modelo anterior, terá papel relevante em nossa sugestão.

interpretação ou mutação da constituição, leis ordinárias e até mesmo precedentes mais antigos²⁰⁴.

Por derradeiro, chega-se a conclusão de que o pensar por precedentes possui *duas faces*, como faces de *Janus*²⁰⁵: por um lado, a norma do *stare decisis* possui essência conservativa, sendo um princípio que estipula que só se pode desviar do precedente mediante argumentação e razões novas que assim permitam, estabelecendo, portanto, a *responsabilidade argumentativa*. Da mesma forma, a força normativa dos precedentes e a possibilidade de produzi-los são poderosas ferramentas para a inovação, desenvolvimento e concretização do direito, ao passo que também estabelece a direção deste desenvolvimento, visto que a decisão posta também firma um *benchmark* para as decisões posteriores, vale dizer, se torna um precedente em si. A força normativa dos precedentes se firma até quando conseguem ser discursivamente superadas, ainda que isso enfraqueça as normas dos precedentes. O que importa para esse momento é saber que, a partir desta nossa compreensão do *stare decisis*, um modelo discursivo de força normativa dos precedentes, pluralístico por natureza, é a melhor saída para a compreensão desse fenômeno jurídico²⁰⁶.

²⁰⁴ MacCORMICK, Neil; et. al. *Rationales for precedent*. In MacCORMICK, Neil. SUMMERS, Robert [orgs.]. *Interpreting precedents: a comparative study*. Lincolnshire: Dartmouth, 1997, p.500.

²⁰⁵ MacCormick usa a expressão *Janus-faced*. Ainda que essa expressão possa significar hipócrita ou falso, entendemos que se trata do sentido de que uma das faces olha para o passado ao passo que a outra olha para o futuro, como o Deus romano de duas faces *Janus*, que representava os começos, as transições e as passagens. Fonte: *Wikipedia*, critério de procura: *janus*. Acesso em 07 de junho de 2011.

²⁰⁶ Judge Fuchsberg, em votodissidente no caso *Higby v. Mahoney* (1979), disse: *Stare decisis*, to its credit, is a far more subtle and flexible concept than some of those who would give it slavish adherence suggest. Its limitations are inherent, for the stability it espouses must coexist with both the dynamics of an evolving society and the accruing wisdom born of the repeated injustices which a particular ruling has wrought. To that end, its temper partakes more of a malleability of gold than of the rigidity of steel.

Parte III

Desenvolvimento da noção de precedente no Brasil: sugestões para uma teoria pragmática-discursiva

Nesta terceira parte, após a fixação das premissas e as investigações acerca dos precedentes e do *stare decisis*, passa-se à terceira e última parte deste trabalho: consolidar o precedente como fonte primária do direito, e racionalizar sua compreensão e aplicação. É dizer, portanto, que se pretende, do ponto de vista da teoria do direito, neste período de incerteza de paradigmas, a elaboração de uma resposta que possa contribuir para o desenvolvimento de uma noção, própria do direito brasileiro, capaz de compreender nossa realidade.

Será feita, a seguir, uma exposição acerca do posicionamento do filósofo e jurista alemão Robert Alexy, mais especificamente daquilo que trata nas obras *teoria dos direitos fundamentais* e *teoria da argumentação jurídica*, a partir do que propomo-nos desenvolver uma crítica a sua teoria, adotando-a inicialmente como base e consolidando nosso conceito de precedente e, finalmente, oferecendo um novo modelo.

Capítulo IV

4. O pensamento de Robert Alexy: a teoria estrutural integrativa das normas jurídicas, regras, princípios e o sopesamento mediante a máxima da proporcionalidade – *Theorie der Grundrechte*.

Alexy inicia sua exposição esclarecendo qual seria o objeto e tarefa de uma teoria dos direitos fundamentais. Diz que, embora as teorias possam ser das mais variadas espécies, como, por exemplo, a de viés filosófico, que se empenha em esclarecer seus fundamentos, propõe-se a desenvolver uma teoria jurídica geral, que possui três dimensões atribuídas: a primeira são os *direitos fundamentais*, em específico os da Constituição alemã; a segunda uma teoria de viés *jurídico*; e, por fim, uma teoria *geral*. A relação de sua teoria com teorias filosófico-jurídicas decorre do fato de que estas se ocupam, entre outras coisas, das estruturas *possíveis e necessárias* das normas jurídicas²⁰⁷, isto é, de uma teoria geral sobre sua forma. Assim, dizer que determinados direitos fundamentais são *válidos* significa dizer que as estruturas necessárias e algumas das estruturas possíveis foram realizadas. Ademais, em relação à dogmática jurídica/ciência do direito, é possível distinguir três dimensões: uma *analítica*, uma *empírica* e uma *normativa*.

A dimensão *analítica* diz respeito à *dissecção sistemático-conceitual* do direito vigente. O espectro de tal dimensão se estende desde a análise de conceitos elementares –o conceito de norma, por exemplo, passando por construções jurídicas; sua relação entre o suporte fático dos direitos fundamentais e suas restrições e efeitos perante terceiros –, até o exame da estrutura de todo o sistema jurídico e sua fundamentação²⁰⁸.

A dimensão *empírica* da dogmática jurídica, por sua vez, pode ser compreendida a partir de dois pontos de vista: (a) a cognição do direito positivo válido; e (b) a aplicação de premissas empíricas na *argumentação jurídica*. A dimensão empírica não se

²⁰⁷ Robert Alexy circunscreve sua teoria apenas em relação aos direitos fundamentais. Então, ainda que tais direitos não façam parte do objeto deste trabalho, eles serão frequentemente mencionados daqui em diante, por atenção ao projeto daquele autor.

²⁰⁸ Aqui se trata de analisar conceitos jurídicos fundamentais, originários ou derivados (v.g. Norma jurídica), bem como construções doutrinárias (v.g. Teoria da desconsideração da pessoa jurídica), chegando-se até a investigar a estrutura do sistema jurídico e dos instrumentos de fundamentação em direito, e.g., quando se procura determinar as consequências de admitir que o juiz regulamente uma situação jurídica concreta prescindindo da necessária normatividade, julgando mandado de injunção, ou o emprego de um princípio de proporcionalidade para harmonizar princípios e/ou direitos fundamentais em conflito em dado caso concreto, respectivamente.

esgota com a descrição do direito nas leis, pois também inclui a descrição e o prognóstico da *praxis* jurisprudencial. Vale dizer, não se trata de examinar só o direito legislado, mas também *o direito jurisprudencial*²⁰⁹. Nesta dimensão é que reside a estreita relação do direito com a noção de precedente no direito brasileiro, a ser aqui desenvolvida: não como fonte, mas como direito em si. Além disso, a efetividade do direito é também objeto da dimensão empírica, ao menos à medida que tal efetividade for *condição* para a validade do direito, legislado ou jurisprudencial. O objeto da dimensão empírica engloba, portanto, mais que o conceito de direito e de validade do positivismo jurídico. Os motivos disto, tanto no âmbito tanto dos direitos fundamentais quanto dos precedentes, são facilmente perceptíveis. Assim é que mesmo os adeptos do positivismo normativista não podem renunciar à cognição e ao manuseio da jurisprudência. Os detalhes sobre como isso deve ser reconstruído do ponto de vista da teoria da validade e das fontes do direito é algo que será debatido mais adiante. Finalmente, vale ressaltar que a caracterização da segunda dimensão como empírica não significa que a cognição do direito positivo válido se esgote na mera cognição de fatos observáveis ou que a estes possa ser reduzida.

Por fim, a dimensão *normativa* avança para além do simples estabelecimento daquilo que, na dimensão empírica, pode ser elevada à condição de direito positivo válido, e diz respeito à *elucidação* e à *crítica* da *praxis* jurídica, sobretudo da *praxis* jurisprudencial. A questão central, nessa dimensão, é, a partir do direito positivo válido, determinar qual a decisão correta em um caso concreto. A dogmática jurídica é, em grande medida, uma tentativa de se dar uma resposta racionalmente fundamentada a questões axiológicas que foram deixadas em aberto pelo material normativo previamente determinado. Isso faz com que a dogmática jurídica seja confrontada com o problema da possibilidade de fundamentação racional dos juízos de *valor*²¹⁰.

Vale destacar que essa exposição tem um caráter filosófico à medida que se critica a dogmática dos direitos fundamentais de Alexy, expandindo-a para todas as normas jurídicas e depois reconstruindo no que tange aos precedentes.

²⁰⁹ De uma dimensão empírica da ciência do direito, segundo Alexy, interessa falar enquanto momento dedicado a conhecer uma ordem jurídica, objetiva e positivamente dada, para descrevermos leis e decisões judiciais e chegarmos, inclusive, a fazer um prognóstico, uma previsão de como as últimas podem vir a ser tomadas.

²¹⁰ O objeto de estudo na dimensão normativa seriam questões relativas a valores, que o material normativo, estudado na dimensão empírica, deixa em aberto ou resolve mal, dando margem a que se faça uma crítica, fundamentada de forma racional, para o que são condições prévias necessárias a clareza e a univocidade dos conceitos, bem como a coerência do sistema formado por eles em conjunto, trabalho que se faz na dimensão analítica. Eis que as três dimensões mostram-se estreitamente interdependentes no estudo de fatos, valores e normas que compõem o direito.

Alexy prossegue afirmando que a questão dos valores implica dois problemas, um decorrente do outro. Quando há interpretação do material normativo e/ou preenchimento das lacunas²¹¹, depara-se com um problema de *complementação* e, à medida que, para a identificação do material normativo, são necessárias valorações, a esse problema soma-se o problema da *fundamentação*. No âmbito do direito constitucional o problema da fundamentação revela-se importante, por exemplo, em conexão com as assim denominadas normas constitucionais inconstitucionais ou com a questão acerca da força vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal ou dos demais tribunais superiores.

O que, em cada caso, seria considerado como jurídico, em sentido estrito e próprio da ciência do direito, depende de como seja definido o relacionamento entre estas três dimensões. A vinculação e a simbiose das três dimensões seriam, porém, uma condição necessária para se ter uma verdadeira ciência jurídica, voltada para a solução de problemas. A Ciência do Direito, na forma como se dá hoje, é, em primeira instância, uma disciplina prática também porque a pergunta central, em um caso real ou hipotético, diz respeito ao que *deve ser*.

A perspectiva do juiz é a perspectiva observadora típica da Ciência do Direito, em que os enunciados e teorias desenvolvidos a partir dela, mesmo quando abstratos, referem-se sempre à fundamentação de seus juízos concretos de *dever ser* proferidos. A Ciência do Direito deve ser uma disciplina integradora e multidimensional, e as razões disso, segue Alexy, são facilmente perceptíveis. Para que se obtenha uma resposta à questão sobre o que deve ser juridicamente, é necessário primeiramente *conhecer* o direito positivo. O conhecimento do direito positivo válido é tarefa da dimensão empírica. Porém, nos casos mais problemáticos, o material normativo que pode ser obtido por meio da dimensão empírica não é suficiente para fundamentar um juízo concreto de *dever ser*. Isso torna necessária a existência de juízos de valor adicionais e, com isso, o recurso à dimensão normativa.

Alexy lembra aqui que existem, mesmo nesses casos, diferenças entre uma teoria geral desses direitos como direitos fundamentais de uma determinada espécie e uma

²¹¹ A ideia de *lacunas no direito* permite aproximá-lo da realidade social, pois possibilita ao aplicador da norma fugir da legalidade estrita, elidindo, por vezes, a *vontade do legislador*, quando ela é desautorizada pelos fatos. Trata-se de uma estratégia que visa a impedir que a autoridade seja desconfirmada, garantindo, de outro modo, a legitimação do direito como instrumento de composição dos conflitos, no domínio do poder racional. Para tanto, o sistema jurídico opera diferentes padrões de funcionamento, ora apropriando-se do discurso legalista, ora neutralizando-o, conforme as finalidades sociais que tenha de legitimar. SOUZA, Luiz Sergio Fernandes de. *O papel da ideologia no preenchimento das lacunas no direito*. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 278.

teoria particular, que se ocupe apenas de problemas específicos relativos à interpretação desses direitos. Isoladamente consideradas, cada uma das teorias apresentadas expressa uma tese fundamental. Uma teoria deste tipo, que pretenda reduzir os seu objeto a apenas a uma tese básica, pode ser classificada como uma teoria *unipolar*. Tudo contribui, na opinião de Alexy, a favor da suposição de que os direitos fundamentais – e os precedentes, também entendemos – não são compreendidos com base em uma teoria unipolar. Isso porque a multiplicidade e a complexidade daquilo que é regulado pelos precedentes – o direito como um todo, se pode afirmar –, e a experiência de que em questões práticas de alguma importância sempre há um feixe de pontos de vista conflitantes.

Contraposto ao conceito de teoria unipolar é o conceito de teoria *combinada*. Uma teoria combinada seria, Alexy exemplifica, a que subjaz à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a qual recorre a todas as concepções básicas aqui mencionadas. Contra essa teoria combinada existe a objeção de que ela não é uma teoria que possa guiar a decisão e fundamentação jurídicas, mas apenas uma coleção de *topoi* extremamente abstratos, dos quais se pode servir da maneira que se desejar – um repertório de *lugares comuns*, apenas²¹². Uma lista extremamente geral de ideias básicas sobre os fins e as estruturas de seu objeto de estudo tem pouca valia.

Se houvesse apenas a possibilidade de optar entre uma teoria unipolar e uma combinação indeterminada e muitas vezes contraditória de ideias proferidas pelo Tribunal em seus milhares de votos e decisões, poderia afirmar-se que a construção de uma teoria sobre os direitos fundamentais esbarra em um dilema: não importa o caminho escolhido, o resultado seria sempre uma visão teórica deficiente. Essas alternativas não esgotam, entretanto, as possibilidades de construção de teorias sobre tais direitos. A insuficiência de ambas as teorias apenas demonstra que uma teoria dos direitos fundamentais não pode se manter na superficialidade de ideias básicas, seja em teoria unipolar ou combinada. Embora a teoria combinada possa trazer de maneira acurada a existência de inúmeros pontos de vista a serem considerados, o controle desses pontos de vista requer, no entanto, um modelo que

²¹²*Topoi e lugares comuns* são expressões familiares na *Tópica* de Theodor Viehweg. Neste sentido: Viehweg caracteriza a tópica por três elementos, que aliás aparecem estreitamente ligados entre si: por um lado a tópica é, do ponto de vista de seu objeto, uma *técnica do pensamento problemático*; por outro lado, do ponto de vista do instrumento com que opera, o que se torna central é a noção de *topos* ou *lugar-comum*; finalmente, do ponto de vista do tipo de atividade, a tópica é uma *busca e exame de premissas*: o que a caracteriza é ser um modo de pensar no qual ênfase recai nas premissas, e não nas conclusões. Assim, a tópica é (de acordo com a distinção de Cícero aludida anteriormente) uma *arsinveniende*, um procedimento de busca de premissas (de tópicos) que, na realidade, não termina nunca: o repertório de tópicos sempre é necessariamente provisório, elástico. ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. 3ª edição. São Paulo: Landy, 2003, p.49.

proporcione mais que uma simples compilação não vinculante. Elaborar um modelo desse tipo é, segundo Alexy, a tarefa de uma teoria *integrativa*²¹³.

4.1. A teoria estrutural de Robert Alexy

Esta teoria integrativa passa primeiramente por uma concepção estrutural. Enquanto parte integrante de uma teoria integrativa, a teorização estrutural é, primariamente, pertencente à dimensão analítica, pois visa a uma exploração e estabelecimento de conceitos. Seu principal material é a jurisprudência oriunda da jurisdição constitucional, o que reforça também seu caráter empírico. Sua ideia guia, por fim, é a questão acerca da decisão correta e da fundamentação racional no âmbito dos direitos fundamentais e, nesse sentido, a teoria integrativa possui um caráter normativo analítico.

Uma teoria estrutural não visa, entretanto, apenas a constituir a primeira peça de uma teoria integrativa da norma jurídica, mas sobretudo a base e a estrutura para o que vem depois. Isso porque a clareza analítica e conceitual é condição elementar da racionalidade, segundo Alexy. Nos direitos fundamentais, objeto de sua teoria, a necessidade de tal clareza é ainda maior, visto que há muito mais exposição deles a influências ideológicas.

Alexy enxerga a Ciência do Direito, como disciplina prática, algo que tem por máximo objetivo uma fundamentação racional de juízos concretos de *dever ser*, especialmente no âmbito de seu objeto, que são os direitos fundamentais. A racionalidade da fundamentação exige que o percurso entre as disposições de normas jurídicas e os juízos de dever ser seja acessível, na maior medida possível, a controles *intersubjetivos*²¹⁴. Isso, no entanto, requer clareza tanto em relação a um consenso sobre a estrutura das normas quanto acerca de todos os conceitos e formas argumentativas relevantes para a fundamentação das decisões.

²¹³ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 42.

²¹⁴ Nos termos de Habermas – afirma McCarthy – o discurso é essa forma *peculiarmente improvável* de comunicação, em que todos os participantes se submetem à *coação não-coativo do melhor argumento*, com a finalidade de chegar a um acordo sobre a validade ou não validade das pretensões problemáticas. A suposição que esse acordo leva anexa é que ele representa um *consenso racional*, isto é, um consenso que é resultado não das peculiaridades dos participantes ou de sua situação, mas simplesmente de eles se terem submetido ao peso da evidência e da força da argumentação. O acordo é considerado válido não meramente *para nós* (os participantes de fato), e sim *objetivamente* válido, válido para todos os sujeitos racionais (como participantes potenciais). Nesse sentido, o discurso é, como diz Habermas, *a condição do incondicionado*. Resumindo, o discurso, a argumentação, remete a uma situação ideal de fala ou de diálogo (o equivalente ao auditório universal perelmaniano). ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. 3ª edição. São Paulo: Landy, 2003, p.162-163.

A deficiência da nomenclatura sobre a estrutura das normas jurídicas em geral é um problema à medida que, em qualquer análise mais atenta de uma questão, jurídica ou não, palavras camaleônicas são um risco tanto para a clareza de pensamento quanto para a lucidez na expressão. Se não há clareza acerca da estrutura dos direitos fundamentais e de suas normas, alerta Alexy, não é possível haver clareza na fundamentação nesse âmbito.

Deve-se, por isso, opinar por um postulado que contribua por esta clareza sistemática e conceitual, necessidade esta já admitida por um amplo consenso. É de se esperar controvérsia, por sua vez, quando se trata de definir o peso que a dimensão analítica deve ter em relação às dimensões empírica e normativa do trabalho jurídico, pois tal discussão sempre conduz às questões fundamentais do método jurídico. A dimensão *analítica* consiste primariamente no *tratamento lógico do direito*, e a dominação exclusiva de tal dimensão seria de uma unilateralidade extremamente desvantajosa e, em determinadas relações, levaria a uma atrofia de nossa ciência. A dogmática, como já afirmado anteriormente, não é a única face da Ciência do Direito, apenas uma delas. A tarefa científica da dogmática (dimensão analítica) de um determinado ordenamento consiste na construção de institutos jurídicos, na remissão de enunciados jurídicos particulares à sedimentação de conceitos mais gerais e, também, na dedução das consequências que decorrem de tais conceitos. Os adeptos do formalismo jurídico entendem que todas as considerações de cunho externo ao jurídico analítico serviriam apenas para camuflar a carência de trabalho construtivo.

À medida que critica, com tais posições, uma redução da Ciência do Direito à dimensão analítica, Alexy concorda com elas. A Ciência do Direito, reafirma ele, somente pode cumprir sua tarefa prática se for uma disciplina multidimensional; e pensar que a decisão é o resultado de uma conta na qual os fatores são os conceitos jurídicos expressa tão somente uma superestimação das possibilidades da lógica, uma espécie de culto ao lógico, que imagina elevar a jurisprudência a uma matemática do direito. A análise lógica demonstra exatamente que, nos casos *minimamente* problemáticos, a decisão não tem como ser tomada com base apenas em seus meios, a partir de regras e conceitos jurídicos pressupostos. Para tanto, são necessários *valores* adicionais e, com fundamento desses valores, conhecimentos *empíricos*.

Por outro lado, a clara subestimação do analítico presente em algumas opiniões expostas também é imprecisa²¹⁵. Sem uma compreensão sistemática-conceitual a Ciência do Direito não é viável como uma disciplina racional. Isso porque apenas na dimensão analítica do Direito é possível geral conhecimento que não pode ser substituído por conhecimentos externos, de nenhuma outra ciência e que estão entre os conhecimentos mais seguros da Ciência do Direito sendo por isso necessário designar e praticar tal análise, segundo Alexy.

Desta forma, a despeito das procedentes críticas à visão lógica (dimensão analítica), não é possível descartá-la como prescindível para o direito – é dizer, descartável para uma teoria integrativa. Nesse sentido, a teoria estrutural aqui pretendida possui caráter analítico, que fará parte da teoria integrativa de Alexy.

4.2. O conceito de norma jurídica: o modelo semântico de norma

O conceito de *norma jurídica* é um dos fundamentais na Ciência do Direito, e talvez o mais importante. Uma definição desse conceito, entretanto, implica, em primeiro plano, decisões sobre o objeto e o método da disciplina, ou seja, sobre seu próprio *caráter*. Desta forma, a fundamentação daquilo que se sustenta variará conforme se entenda norma como *o sentido objetivo de um ato pelo qual se ordena ou se permite e, especialmente, se autoriza uma conduta ou uma expectativa de comportamento contrafaticamente estabilizada*, por exemplo²¹⁶. Alexy entende que, para a construção de sua teoria, necessário tomar por ponto de partida um modelo de norma que, de um lado, seja sólido o suficiente para construir a base das análises que se seguirão e, de outro lado, suficientemente frágil para que seja compatível com o maior número possível de decisões no campo dos problemas mencionados. Essas exigências, segundo ele, são satisfeitas por um modelo *semântico*, compatível com as mais variadas teorias sobre validade²¹⁷.

²¹⁵ Em Aristóteles, como de resto na ciência ocidental, essa descoberta do universal ocorre pela aproximação das características individuais e contingentes, segundo o *gênero* e a *espécie*. Compete à ciência o papel de definir e classificar, sendo que a definição se faz pelo *gênero próximo* e pela *diferença específica*. A fundamentação rigorosa do conhecimento exige, como tarefa preliminar, que se proceda à depuração dos vícios que conduzem ao erro, isto é, à sistematização rigorosa dos meios de realizar o trabalho científico de definir e classificar. Tal é o objeto da *lógica*, cujos princípios Aristóteles construiu de maneira tão completa que, dois mil anos depois, afirmaria Kant que nada de novo fora acrescentado àquela ciência após o Estagirita. COELHO, Luis Fernando. *Introdução histórica à filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 76-77.

²¹⁶ Para um apanhado de conceitos propostos para *norma jurídica*, verificar FERRAZ, Sergio [org.]. *A norma jurídica*. São Paulo: Freitas Bastos, 1980.

²¹⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 52.

O ponto de partida desse modelo consiste na diferenciação entre *norma* e *enunciado normativo*. Esta diferenciação é realizada e/ou acatada por parcela significativa de autores, embora com nomenclaturas e terminologia bastante vacilante, o que exige um esforço no sentido da clareza conceitual detalhado anteriormente²¹⁸. Vejamos a diferença: o enunciado normativo é o texto da norma, seu suporte, promulgados nos diversos veículos introdutores de normas²¹⁹: “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) III - ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante”.

Esta norma expressa a proibição da tortura e práticas degradantes correlatas. A norma jurídica, então, é fruto da *interpretação* do texto do enunciado normativo. Daí o seu caráter *semântico*. Uma norma é, portanto, o *significado* de um enunciado normativo.

Essa necessidade de se diferenciar entre enunciado normativo e norma se dá, segundo Alexy, pelo fato de a mesma norma poder ser expressa por meio de diferentes enunciados normativos, e viceversa. É de se salientar, além disso, que as normas podem ser expressas sem o suporte dos enunciados, bem como a ocorrência – e isso é fundamental para o objeto do presente trabalho – de uma divergência de interpretação, pois de um mesmo enunciado pode ser extraída mais de uma norma²²⁰.

²¹⁸Se desconsiderarmos os elementos da *consciência* (vontade, ato de vontade), parece haver relações estreitas entre o modelo aqui utilizado e a concepção de Kelsen.

²¹⁹ Expressão utilizada por Paulo de Barros Carvalho: o procedimento de quem se põe diante do direito com pretensões cognoscentes há de ser orientado pela busca incessante da compreensão desses textos prescritivos. Ora, como todo texto tem um plano de expressão, de natureza material, e um plano de conteúdo, por onde ingressa a subjetividade do agente para compor as significações da mensagem, é pelo primeiro, vale dizer, a partir do contato com a *literalidade textual*, com o *plano dos significantes* ou com o chamado *plano da expressão*, como algo *objetivado*, isto é, posto intersubjetivamente ali onde estão as estruturas morfológicas e gramaticais, que o intérprete inicia o processo de interpretação, propriamente dito, passando a construir os conteúdos significativos dos vários enunciados ou frases prescritivas para, enfim, ordená-los na forma estrutural de normas jurídicas, articulando essas entidades para constituir um domínio. Se retivermos a observação de que o direito se manifesta sempre nesses quatro planos: o das formulações literais, o de suas significações enquanto enunciados prescritivos, o das normas jurídicas, como unidades de sentido obtidas mediante o grupamento de significações que obedecem a determinado esquema formal (implicação), e o da forma superior do sistema, que estabelece os vínculos de coordenação e subordinação entre as normas jurídicas criadas no plano anterior; e se pensarmos que todo nosso empenho se dirige para estruturar essas normas contidas num estrato de linguagem; não será difícil verificar a gama imensa de obstáculos que se levantam no percurso gerativo de sentido ou, em termos mais simples, *na trajetória da interpretação*. CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência*. 8ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 105.

²²⁰ Por outro giro, a norma jurídica é juízo implicacional produzido pelo intérprete e função da experiência no trato com esses suportes comunicacionais. Daí, não há que se confundir norma, como complexo de significações

O fato de a norma jurídica poder ser dita sem um enunciado faz com que fique claro que o conceito de norma é, em face do conceito de enunciado normativo, o conceito *primário*. É recomendável, portanto, que os *critérios para a identificação de normas* sejam buscados no nível da norma, e não no nível do enunciado normativo. Tal critério, defende Alexy, pode ser formulado com o auxílio das *modalidades deônticas*, dentre as quais serão mencionadas, neste passo, apenas as modalidades básicas do *dever*, da *proibição* e da *permissão*²²¹.

Ainda que não seja a única maneira, é possível afirmar que toda norma pode ser expressa por um enunciado normativo. Embora a norma não dependa dele para existir, este é caracterizado pelo uso de expressões deônticas como *permitido*, *proibido* e *devido*. Por essa razão devem eles ser chamados de enunciados *deônticos*, pois estão no campo do *dever ser*. Há de se salientar que enunciados deônticos não são algo diverso de enunciados normativos, mas nem todo enunciado normativo é um enunciado deôntico. A relação entre enunciado normativo e norma, vale dizer, equivale à relação entre enunciado afirmativo e afirmação. Alexy parte agora para a análise da questão sobre a dissociação, no modelo semântico, entre o conceito de *norma* e o conceito de *validade*.

Tal questão é importante à medida que existem modelos que não distinguem esses elementos, incorporando-os dentro do mesmo conceito. A incorporação destes elementos relativos à validade— elementos empíricos segundo Alexy —, seria necessária para que se possa dizer que certas normas do plano *fático* existem, ou estão em vigor. Esta definição, porém, extrapola seus objetivos, pois não só possibilitaria falar em existência ou em validade de uma norma, mas torna isso também necessário, pois implicaria dizer que somente normas válidas ou normas existentes são normas.

enunciativas, unificadas em forma lógica determinada (juízo implicacional) e a expressão literal desses enunciados, ou mesmo os conteúdos de sentido que tais enunciados apresentem, quando isoladamente considerados. O plano dos significantes (plano de expressão) é o veículo que se manifesta, graficamente (no direito escrito), a mensagem expedida pelo autor. Na sua implexa totalidade, constitui o *sistema morfológico e gramatical do direito posto*, conjunto de frases prescritivas introduzidas por fatos jurídicos que a ordenação positiva para tanto credencia. CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência*. 8ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 106.

²²¹ *Válido e não válido* são os dois (e somente dois) valores lógicos das proposições do direito posto, que não se confundem com os modalizadores das condutas intersubjetivas. Estes são três e somente três (lei deontológica do quarto excluído): obrigatório (Op), proibido (Vp) e permitido (Pp). O chamado comportamento facultativo (Fp) não é um quarto modal, precisamente porque se resolve sempre numa permissão bilateral: permitido cumprir a conduta, mas permitido também omiti-la (Pp. P-p). Em linguagem formalizada, dirigindo a atenção para a norma jurídica completa, no seu mínimo deôntico, chegaremos a duas implicações: a da norma primária e a da norma secundária, unidas pelo conectivo disjuntor-includente. CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário, linguagem e método*. 3ª edição. São Paulo: Noeses, 2009, p. 83.

Dissociar *norma* de sua *validade* poderia trazer a desvantagem de expandir o universo das normas para quaisquer expressões dotadas de qualquer conteúdo²²². Contudo, isso não deflagra um problema em si, pois não há diferença em questionar se houve o preenchimento de um determinado critério de validade ou se esse algo é uma norma e, em caso afirmativo, se esta preencheu um determinado critério de validade, para saber se algo é uma norma ou uma norma válida, respectivamente.

Alexy passa então a enfrentar outras objeções ao modelo semântico, concernentes às dificuldades no uso da linguagem coloquial e técnica, tratando, por exemplo, da dificuldade da linguagem coloquial em considerar normas individuais, a exemplo daquelas expressas em decisões judiciais, como normas²²³. Esta objeção de não correspondência, contudo, não incide especificamente sobre a validade em si, mas sim sobre uma mínima estrutura necessária para sua inclusão como norma jurídica. O viés da linguagem é importante para a construção de conceitos e do discurso científico, mas não decisivo. Decisivo, segundo Alexy, é sua funcionalidade²²⁴. E finaliza alegando que o conceito semântico de norma certamente não é igualmente adequado a todas as finalidades, mas quando se trata de problemas da dogmática jurídica e da aplicação do direito é sempre mais adequado que qualquer outro conceito de norma²²⁵.

O modelo semântico de norma possui, por força desta separação entre norma e validade apresentada, a vantagem de ser compatível com as diversas teorias da validade²²⁶,

²²² Um exemplo disso seria a ordem de um saqueador, exemplo clássico encontrado na *Teoria pura do direito* de Kelsen. Uma ordem esbravejada pelo ladrão armado, por carecer de autorização, possui apenas subjetivamente o sentido de dever ser, e não seu lado objetivo. Por isso, a ordem do saqueador, por falta de legitimidade, não é a expressão de uma norma posta. ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 59-60.

²²³ O falar em linguagem remete o pensamento, forçosamente, para o sentido de outro vocábulo: o signo. Como unidade de um sistema que permite a comunicação inter-humana, signo é um ente que tem o *status* lógico de relação. Nele, um suporte físico se associa a um significado e a uma significação, ora aplicarmos a terminologia husserliana. O suporte físico da linguagem idiomática é a palavra falada (ondas sonoras, que são matéria, provocadas pela movimentação de nossas cordas vocais no aparelho fonético) ou a palavra escrita (depósito de tinta no papel ou de giz na lousa). Esse dado, que integra a relação signica, como o próprio nome indica, tem natureza física, material. Refere-se a algo do mundo exterior ou interior; da existência concreta ou imaginária, atual ou passada, que é seu significado; e suscita em nossa mente uma noção, ideia ou conceito, que chamamos de *significação*. CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário, linguagem e método*. 3ª edição. São Paulo: Noeses, 2009, p.35-36.

²²⁴ Semelhante aos moldes do pensamento desenvolvido na obra *Investigações filosóficas*, de Wittgenstein.

²²⁵ BARROSO, Luis Roberto [org]. *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

²²⁶ “Aos três elementos do conceito de direito – a eficácia social, a correção material e a legalidade conforme o ordenamento – correspondem três conceitos de validade, o sociológico, o ético e o jurídico”. ALEXY, Robert. *Conceito e Validade do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 101

que variam de acordo com seu cunho *sociológico*²²⁷, *ético*²²⁸ e *jurídico*²²⁹. Ainda que a discussão da compatibilidade entre o modelo e estas teorias fuja da compreensão do objeto do presente estudo, é cabível salientar que o conceito semântico de norma não pressupõe nem exclui nenhuma dessas teorias, o que reforça as razões pela qual foi escolhido este modelo.

Aquele que sustenta que uma norma é válida, ou que cria uma norma, realiza uma ação. Essa ação pode ser chamada, de *ato linguístico*²³⁰. Quando se analisam atos de

²²⁷ O objeto do conceito sociológico de validade é a validade social. Uma norma é socialmente válida quando é observada ou quando sua não observância é punida. Essa definição admite numerosas interpretações. Uma primeira razão para isso é que os conceitos de observância e punição nela empregados são ambíguos. Isso se aplica especialmente ao conceito de observância de uma norma. Assim, podemos perguntar se, para a observância de uma norma, basta um comportamento que lhe corresponda externamente, ou se a observância de uma norma pressupõe determinados conhecimentos e motivos do agente. (...) A segunda razão é que uma norma pode ser observada em medidas diferentes, e sua não observância pode ser punida em diversas medidas. A consequência disso é que a eficácia social e, por conseguinte, a validade social de uma norma é uma questão de grau. (...) A resposta a essa questão pressupõe uma determinação de peso atribuído, por um lado, à observância e, por outro, à punição da não observância, nos limites do conceito de validade social. (...) Aqui, por ora, bastam três conhecimentos. O primeiro é o de que a validade social é uma questão de grau. O segundo é o de que a validade social pode ser reconhecida com o auxílio de dois critérios: o da observância e o da punição da não observância. O terceiro diz que a punição da não observância de normas jurídicas inclui o exercício de coação física. ALEXY, Robert. *Conceito e Validade do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p.101-103.

²²⁸ O objeto do conceito ético de validade é a validade moral. Uma norma é moralmente válida quando é moralmente justificada. Um conceito de validade moral subjaz às teorias do direito natural e do direito racional. A validade de uma norma do direito natural ou do direito racional não se baseia em sua eficácia social nem em sua legalidade conforme o ordenamento, mas unicamente em sua correção material, que deve ser demonstrada por meio de uma justificação moral. ALEXY, Robert. *Conceito e Validade do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 103

²²⁹ Os conceitos sociológico e ético de validade são conceitos de validade puros, no sentido de não precisarem conter necessariamente elementos dos outros conceitos de validade. No caso do conceito jurídico de validade, a situação é diferente. Seu objeto é a validade jurídica. Quando um sistema normativo ou uma norma não tem nenhum tipo de validade social, ou seja, não desenvolve a menor eficácia social, esse sistema normativo ou essa norma não pode ter validade jurídica. Assim, pois, o conceito de validade jurídica inclui, necessariamente, elementos da validade social. Quando ele encerra apenas elementos da validade social, trata-se de um conceito positivista; se também engloba elementos da validade moral, trata-se de um conceito não positivista de validade jurídica. (...) Tal necessidade de inclusão, contudo, não exclui a possibilidade de formar um conceito da validade jurídica em sentido estrito, que se refira exclusivamente a propriedades específicas da validade jurídica e, dessa forma, constitua um conceito de contraste em relação aos conceitos de validade social e validade moral. Fala-se de um conceito desse tipo quando se diz que uma norma é juridicamente válida se foi promulgada por um órgão competente para tanto, segundo a forma prevista, e se não infringe um direito superior; resumindo: se foi estabelecida conforme o ordenamento. Tal conceito, no entanto, cria dois problemas: o problema interno, que resulta do fato de a definição de validade jurídica já pressupor a validade jurídica, parecendo ser, nessa medida, circular; e o problema externo, que consiste na determinação da relação entre o conceito jurídico de validade e os outros dois conceitos de validade. ALEXY, Robert. *Conceito e Validade do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p.103-104.

²³⁰ Austin, como caudatário da tradição pragmática, critica a teoria filosófica centrada no significado semântico, pontos de vista que, mais tarde, John Searle tentará conciliar. Sua análise representa um novo paradigma na teoria do conhecimento, pois a partir dos conceitos centrais de cada uma das ciências, confrontados com seu uso na linguagem ordinária, torna-se possível esclarecer o sentido das elaborações científicas. Particularmente importantes são as contribuições da teoria dos atos de fala no campo do conhecimento jurídico. A teoria do direito está no nível da metalinguagem, pois seu objeto trabalha com a linguagem natural. É precisamente esta linguagem que constitui a realidade, de onde se pode dizer que linguagem é ação e não mera representação do real. O significado de uma sentença não pode ser estabelecido através de seus elementos constitutivos, vale dizer, através do nome (sentido) e do predicado (referência). De outra forma, são as condições de uso das sentenças que determinam seu significado. Assim, a verdade passa a ocupar um segundo plano no campo das ciências e da

asserção sobre normas e de criação de normas, abandona-se o âmbito da semântica e adentra-se o da *pragmática*. No entanto, nem sempre é possível, com base apenas no conteúdo da expressão, reconhecer se se trata de um ato de asserção sobre normas ou de criação delas. Isso só pode ser verificado com base na situação *concreta* da declaração enunciada. Enunciados que visam a informar quais normas são válidas devem ser chamados, de acordo com Alexy, de *enunciados sobre validade normativa*.

Vale aqui lembrar a posição de Kelsen. Os enunciados sobre validade normativa – denominados por ele de *enunciados jurídicos*, são aqueles que expressam normas jurídicas, relacionados à validade jurídica e passíveis de uma análise quanto à sua veracidade. Seriam, assim, os enunciados da *ciência jurídica*, visto que, em sua opinião, a Ciência do Direito se limita apenas adescrever seu objeto²³¹. Certo é, também, que há enunciados sobre a validade de normas que não são passíveis de uma análise quanto à sua veracidade nesse mesmo sentido²³².

Enfim, dependendo do critério de *validade* pressuposto, podem ser expressas diversas coisas nestes enunciados. Problemas passam a surgir, no entanto, quando se pressupõe um conceito ético de validade ou – o que tende a ocorrer mais –, se são aceitos critérios *morais* em um conceito *jurídico* de validade²³³ ou, ainda, quando se tem asserções *interpretativas/extensivas*, segundo Alexy. Um exemplo suscitado aqui é a afirmação de que, a partir dos enunciados normativos do direito social à saúde, é dever do Estado patrocinar a

teoria do conhecimento. No lugar dela importa considerar a eficácia do ato, que Austin conhece como *felicidade*. Com isto, o próprio conceito de significado se dissolve, no que dá lugar a uma nova concepção de linguagem, qual seja, um feixe de relações que envolvem o contexto, as convenções de uso e a intenção dos falantes. SOUZA, Luiz Sérgio Fernandes de. *Abuso de direito processual: uma teoria pragmática*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 288.

²³¹KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1986, p.116. Em verdade, o pensamento de Kelsen é mais sofisticado. A proposição jurídica também está no campo do dever ser, existindo aqui um ciclo de retroalimentação entre descrição e prescrição.

²³² Há bons argumentos no sentido de aceitar uma asserção de uma norma em todos os casos e em alguns deles qualifica-las de forma especial ou associa-las a todos linguísticos adicionais. Os enunciados explícitos possuem a seguinte forma: na sociedade G (no ordenamento jurídico R), a norma N é válida no momento T.

²³³ Uma proposição de direito é verdadeira se ela aparece como a melhor interpretação do processo jurídico na sua integralidade, compreendendo ao mesmo tempo o conjunto de decisões de fundo já tomadas e a estrutura institucional, ou ainda se ela decorre de uma tal interpretação. É certamente daí que resulta a definição do direito como *coerência narrativa*, isto é, a retomada interpretativa que, nesse sentido, não trai nem o conteúdo dessa história, nem sua estrutura institucional. Tratar-se-á sempre, dirá Dworkin, de interpretar uma história passada, não de inventar uma nova. O filósofo americano fornece então duas regras sob as quais é exercida a prática interpretativa do direito. A primeira regra é a da *conveniência* – o direito que convém (*fit*) –, segundo a qual as autoridades de aplicação reúnem o conjunto de regras precedentes e princípios que sejam concernentes ao caso a tratar para fazer a lista de todas as soluções jurídicas que parecem caber. [...] A segunda regra é a do *valor*, segundo a qual, uma vez estabelecida a lista de interpretações possíveis, será preciso escolher aquela que esteja em conformidade com a moral política, isto é, com uma teoria global da justiça. BILLIER, Jean-Cassien; MARYIOLI, Aglaé. *História da filosofia do direito*. São Paulo: Manole, 2005, p. 423-424.

realização de cirurgias de cunho estético para pessoas que não possuam deformidades²³⁴. As razões expostas a favor ou contra tal assertiva são, observa Alexy, de tipo diverso. Isso porque as referências a atos de criação ou dados de caráter empírico não são o suficiente. Para que se alcance uma fundamentação completa – procedente ou não – da afirmação sobre a pretensão ao direito suposto são necessárias proposições *normativas*, que não decorrem nem do *material* dotado de autoridade pressuposto, nem de observações *empíricas*.

Finalmente, Alexy relembra que a exteriorização de um enunciado pode realizar não somente uma asserção sobre uma norma, mas sobretudo, e principalmente, a *criação* de uma norma. Há criações normativas do mais variados tipos. Elas, porém, não são o tipo de *ação* que a Ciência do Direito deveria realizar. Já os comentários e assertivas sobre as ações de criação de normas ou os *enunciados sobre criação normativa* – como denomina Alexy, invocando a lição de Kutschera²³⁵, que são expressos por essas considerações tem um papel significativo na Ciência do Direito, como argumentos para asserções sobre validade de normas.

4.3. A norma de direito: norma jurídica e disposição de direito

As considerações realizadas até aqui dizem respeito às normas jurídicas em geral. Alexy afirma, nesta altura, que pretende agora discorrer acerca das normas de direitos fundamentais. Essa classificação estrutural, no entanto, não pode ter por objeto todas as normas jurídicas? Esta pergunta será abordada oportunamente mais adiante, mas, para que possa ser utilizada como base ao desenvolvimento pretendido neste estudo, esta parte, dar-se-á por pressuposta, provisoriamente, a possibilidade de extensão da teoria *atodas* as normas jurídicas. Aqui, contudo, como se está discorrendo sobre o pensamento de Robert Alexy, entendemos por nos manter fiel às reflexões contidas naquela obra que, nesta parte, dispõe sobre a norma de direito fundamental.

A primeira questão a ser debatida neste tópico consiste em saber o que são normas de direitos fundamentais. Essa pergunta pode ser feita de um plano *abstrato* ou *concreto*, no plano abstrato, indagaríamos sob quais os critérios uma norma, independentemente de pertencer a um determinado ordenamento jurídico ou a uma

²³⁴ Art. 196. *A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.*

²³⁵ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 65.

Constituição, pode ser identificada como sendo uma norma de direito fundamental, ao passo que, na sua formulação em concreto, a indagação consistiria em saber quais normas de um determinado ordenamento jurídico ou Constituição são normas de direitos fundamentais, e quais não. Alexy opta por realizar a abordagem a partir de seu viés concreto.

Uma primeira resposta poderia defender que normas de direitos fundamentais são as normas que expressas por *disposições* de direitos fundamentais; e disposições de direitos fundamentais, por sua vez, seriam os enunciados presentes no texto da Constituição, e somente esses. Essa resposta, contudo, apresenta problemas, pois pressupõe um critério que seja apto a identificar com precisão as disposições do texto constitucional.

O conceito de *enunciado contido na Constituição* desempenha, para Alexy, um papel decisivo. Isso porque esse enunciado, segundo o modelo semântico já apresentado, expressa uma norma, sendo, por isso, um *enunciado normativo*. Disposição de direito fundamental é sinônimo de enunciado normativo, vale ressaltar.

Alexy adentra à questão consistente em saber o que faz com que um enunciado da Constituição seja uma disposição de direito fundamental. Tal debate, contudo, não é fundamental para o presente estudo, razão pela qual se deixa de expô-lo aqui ²³⁶. O que se conclui, contudo, é adequado expor para o desenvolvimento pretendido neste trabalho: Alexy define que as disposições dos direitos fundamentais – enunciados normativos – são aquelas contidas no texto constitucional, no caso do Brasil, nos artigos 1º ao 7º, e demais direitos de caráter coletivo, tais como os artigos 196 e 205, todos da Constituição Federal.

²³⁶ Complementando em nota, cabe demonstrar: a doutrina de Carl Schmitt pode ser definida mais pelo que ela nega e denuncia do que pelo que ela afirma. Ou melhor, as afirmações de sua doutrina são fruto das críticas que ele dirige ao normativismo defendido por seu contemporâneo Hans Kelsen e também à concepção liberal Estado de direito. As duas concepções se tocam, aliás, na medida em que elas defendem o *reinado da lei* (norma) em lugar do *reinado dos homens*. Em certo sentido, observa Kervegan, é sem dúvida o antinormativismo que caracteriza de maneira mais exata e mais constante a doutrina de Schmitt. BILLIER, Jean-Cassien; MARYIOLI, Aglaé. *História da filosofia do direito*. São Paulo: Manole, 2005, p. 237. Em nota interessante, Häberle pondera: não se rejeitam compreensões mais ou menos clássicas da Constituição. Elas continuam relevantes, como verdades *parciais*: assim, nomeadamente, a Constituição como *estímulo e limite* (R. Smend), como *norma e tarefa* (U. Scheuner), como *limitação de poder* e organização de um *processo vital em liberdade* (H. Ehmke). A *força normativa da Constituição* de K. Hesse tem o valor de directiva: é uma expressão teórica do que quase todas as Constituições formulam textualmente como *precedência da Constituição*. Rejeitado, sim, é o decisionismo de um C. Schmitt – *o normativo nascido do nada* – já desmentido pelo processo pluralista do qual saíram com sucesso, nas batalhas de 1976 e 1978, as Constituições dos dois países ibéricos, Portugal e Espanha. Ou dito de maneira mais crua: com o *decisionismo* nem se pode explicar a Suíça, nem construir a Europa! Pensar em termos de amigo/inimigo fractura a *Constituição do pluralismo* e também qualquer comunidade de cientistas. HÄBERLE, Peter. *Novos horizontes e novos desafios do constitucionalismo*. Revista de Direito Público, n. 13, jul-ago-set/2006, p.104.

São normas de direito fundamental, segundo a conclusão acima descrita, somente aquelas normas que são expressas *diretamente* por enunciados da Constituição (disposições de direitos fundamentais). Essa conclusão, entretanto, gera dúvidas acerca de sua capacidade para abarcar todas as normas de direitos fundamentais. A fim de se enfrentar tais dúvidas, Alexy relembra o modelo semântico, discorrendo que a norma jurídica é fruto da interpretação – inicialmente gramatical/literal – deste texto legal²³⁷. A norma jurídica produzida, contudo, extremamente indeterminada, sendo o que Alexy denomina de *norma semântica e estruturalmente aberta*.

Ela é *semanticamente aberta* em razão da indeterminação de termos contidos nos enunciados, tais como interesse público, liberdade, dignidade, ciência, crime político, etc. Essa indeterminação pode ser enfrentada por meio do estabelecimento de *regras semânticas*, que são criadas, geralmente, na jurisdição constitucional do controle abstrato de constitucionalidade.

Para melhor compreensão, esboça-se um exemplo, semelhante ao de Alexy porém voltado à Constituição de 1988: a partir da disposição prevista no artigo 5º, inciso IX da Constituição – *é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença*, estabelece-se o conteúdo deôntico da norma jurídica, podendo ser a *atividade intelectual, artística, científica e de comunicação são protegidas pela liberdade, sendo inconcebível a imposição de censura ou licença para o exercício de tais atividades*. Esta é a norma jurídica, semanticamente aberta em razão da indeterminação dos termos *atividade científica*, por exemplo. Para resolver este problema, suscitado dentro de uma discussão ou processo, o Supremo Tribunal Federal, por exemplo, estabelece que atividade científica é tudo aquilo que, por seu conteúdo e forma, revela-se como *tentativa séria e planejada de descobrimento da verdade*²³⁸. Combinando a norma

²³⁷ Em razão do art. 5º, §1º da Constituição Federal, segundo a qual os direitos ali elencados possuem aplicabilidade imediata, vinculando inclusive aos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário de forma direta e de aplicabilidade imediata, não resta dúvida de que o enunciado acima não é descritivo, mas normativo. Verificar ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 69.

²³⁸ Exemplo retirado de ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 70. Não foi encontrada nenhuma definição de atividade científica, desta maneira conceitual, pelo Supremo Tribunal Federal. Uma passagem interessante a respeito desta, contudo, pode ser encontrada na ementa do caso da Lei de Biossegurança: “VII - O DIREITO CONSTITUCIONAL À LIBERDADE DE EXPRESSÃO CIENTÍFICA E A LEI DE BIOSSEGURANÇA COMO DENSIFICAÇÃO DESSA LIBERDADE. O termo “ciência”, enquanto atividade individual, faz parte do catálogo dos direitos fundamentais da pessoa humana (inciso IX do art. 5º da CF). Liberdade de expressão que se afigura como clássico direito constitucional-civil ou genuíno direito de personalidade. Por isso que exigente do máximo de proteção jurídica, até como signo de vida coletiva civilizada. Tão qualificadora do indivíduo e da sociedade é essa vocação para os mistérios da Ciência que o Magno Texto Federal abre todo um autonomizado capítulo para prestigiá-la por modo superlativo (capítulo de nº IV do título

jurídica extraída do texto com a regra semântica estabelecida na jurisdição, temos a norma que versa o comando de que *tudo aquilo que for uma tentativa séria e planejada de descobrimento da verdade deve ser livre e desimpedida de censura ou licença*.

Seria esta, finalmente, a norma desenvolvida de direito fundamental? Para que se possa responder tal questão, será preciso antes discorrer sobre a outra abertura da norma, a de viés estrutural. A *abertura estrutural*, característica de inúmeras disposições de direitos fundamentais segundo Alexy, consiste na impossibilidade de se determinar, a partir do mero dever apontado pela norma na base de termos ambíguos, se essa situação deve ser realizada por meio de ação estatal ou se exige abstenções estatais, e se a existência ou a realização dessa situação pressupõe ou não a existência de direitos subjetivos dos indivíduos que almejam exercer este outro direito²³⁹. Utilizando-se ainda do mesmo exemplo, o Tribunal, ao estabelecer sua posição sobre um determinado caso que discuta a liberdade científica, decide que *é dever do Estado, por força do inciso IX do artigo 5º da Constituição Federal, possibilitar e promover o exercício da liberdade científica por meio da disponibilização de orçamento, pessoal e estrutura; e toda pessoa atuante neste âmbito científico tem a proteção de se ver livre de censura e licença por parte do Estado ou demais particulares*.

Essa decisão, certamente, expressa uma norma jurídica. Porém, essa norma não coincide com a norma diretamente expressa no artigo 5º, inciso IX da Constituição Federal. Há quem, por isso, negue o caráter de norma jurídica – especialmente de norma de direito fundamental – a esta última. Isso acaba, no entanto, retirando a eficácia do alcance deste direito, pois acabaria por admitir que só existisse uma norma de direito fundamental²⁴⁰. É dizer, portanto, que as normas como *produtos semânticos* guardam mais que uma relação *causal e direta* com o texto constitucional. Sua necessidade decorre do momento da aplicação da norma expressa pelo texto constitucional aos casos concretos. Se normas desse tipo não fossem admitidas, ficaria impossibilitado de estabelecer o que é *obrigado, proibido* ou *permitido* de acordo com o texto constitucional. Esse tipo de relação entre as normas mencionadas e o texto

VIII). A regra de que "O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas" (art. 218, caput) é de logo complementada com o preceito (§ 1º do mesmo art. 218) que autoriza a edição de normas como a constante do art. 5º da Lei de Biossegurança. A compatibilização da liberdade de expressão científica com os deveres estatais de propulsão das ciências que sirvam à melhoria das condições de vida para todos os indivíduos. Assegurada, sempre, a dignidade da pessoa humana, a Constituição Federal dota o bloco normativo posto no art. 5º da Lei 11.105/2005 do necessário fundamento para dele afastar qualquer invalidez jurídica (Ministra Cármen Lúcia)".

²³⁹ Essa impossibilidade, contudo, vem a ser enfrentado em um segundo momento, com o estabelecimento de precedentes.

²⁴⁰ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p.70

constitucional deve ser denominado, segundo Alexy, como *relação de refinamento*. Esse detalhe é importante para o desenvolvimento da noção de *precedente* aqui pretendida.

Além desta, existe uma segunda relação especial com o texto constitucional, com a norma por ele diretamente expressa. À medida que o Supremo Tribunal Federal aceita – e desenvolve – as normas anteriormente mencionadas, como exemplo, ele pressupõe que elas devem ser aceitas porque a Constituição contém o artigo 5º, inciso IX, na hipótese mencionada. É, portanto, uma *relação de fundamentação*²⁴¹ entre a norma a ser refinada e a norma que a refina. Essas duas relações justificam considerar como normas de direitos fundamentais não somente normas que são expressas diretamente pelo texto constitucional, mas também normas do tipo acima mencionado²⁴².

Alexy conclui, destarte, que as normas de direito fundamental são de duas espécies: as normas de direito fundamental *estabelecidas diretamente* pelo texto constitucional e as normas de direito fundamental *atribuídas*. Essas normas são diferentes, vale ressaltar, dos chamados direitos fundamentais implícitos ou não escritos, pois a norma que os garante não está em uma relação de refinamento com uma norma de direito diretamente expressada pelo texto constitucional.

Isso sempre traz, contudo, a dificuldade do subjetivismo, crítica central à tese de Alexy. Tal se dá porque seria possível *a priori* estabelecer como normas atribuídas às diretamente estabelecidas pelo texto constitucional os mais diversos conteúdos. As discussões que se realizam nos tribunais seriam, em grande parte, uma discussão sobre que normas devem ser atribuídas às normas diretamente estabelecidas pelo texto constitucional. Há aqui, portanto, um trabalho de *exclusão de possibilidades* da decisão judicial²⁴³.

Essa dificuldade só é superável se houver um critério que permita – seguindo o esteio das soluções trazidas pelo pensamento de Alexy, diferenciar aqueles que são normas de direitos fundamentais e aqueles que não o são dentro desta ampla gama de conteúdos a serem atribuídos. Esse critério, por sua vez, pode ser de índole empírica ou normativa. O critério *empírico* seleciona os conteúdos elegíveis a partir de sua compatibilidade com o material encontrado na jurisprudência dos Tribunais e na dogmática jurídica. Esse critério para

²⁴¹ Cerne do desenvolvimento da norma do precedente.

²⁴² ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p.72.

²⁴³ MARINONI, Luiz Guilherme [org]. *A força dos precedentes: estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR*. Salvador: Juspodivm, 2010.

Alexy²⁴⁴, no entanto, não é compatível com sua teoria, pois selecionar tais possibilidades consiste numa questão constitutiva onde, embora possuam um papel relevante, os precedentes judiciais e consensos da Ciência do Direito não se mostram suficientes²⁴⁵.

Alexy defende que o critério compatível com sua teoria – essa questão constitutiva – se dá a partir da possibilidade de classificar esta norma jurídica atribuída como *válida*. Nenhum dos critérios de validade, dentre aqueles sobre os quais discorreremos, seria apto a compreender em sua totalidade as normas de direito fundamental atribuídas. Mas tais formulações da validade são englobadas no desenvolvimento da seguinte afirmação: *uma norma atribuída é válida, e é uma norma de direito fundamental, se, para tal atribuição a uma norma diretamente estabelecida pelo texto constitucional, for possível uma correta fundamentação referida a direitos fundamentais*. É possível perceber que os três critérios de validade são levados em consideração quando, afirma Alexy, da análise sobre o que desempenha o texto das disposições de direitos fundamentais, os precedentes do Supremo Tribunal Federal e os argumentos práticos gerais na fundamentação referida a direitos fundamentais²⁴⁶.

Enfim, afirmar que uma norma atribuída é uma norma de direito fundamental e/ou jurídica em sentido mais amplo depende, portanto, da *argumentação jurídica* que a corrobore. Essa afirmação, contudo, também se sujeita à crítica do subjetivismo, pois em muitos casos onde se debate a atribuição de uma norma, a possibilidade de uma correta fundamentação referida, na teoria de Alexy, a direitos fundamentais é algo passível de discussão e controvérsia. As regras da argumentação jurídica e sua fundamentação não definem um procedimento que leve, em todos os casos, a somente um resultado; e essas próprias regras são objeto de controvérsias na doutrina²⁴⁷. Isso significa, portanto, que é

²⁴⁴ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 74

²⁴⁵A contínua exclusão de possibilidades, que ocorre desde o momento da primeira decisão do Tribunal Constitucional Federal em 1951, tem, então, um duplo caráter. De um lado, muito do que foi decidido poderia ter sido decidido de outra forma; mas, de outro lado, decidiu-se também que o sistema de normas de direitos fundamentais é um sistema aberto em face das exigências dos princípios. Nesse sentido, embora os precedentes contribuam imprescindivelmente para a segurança na argumentação no âmbito dos direitos fundamentais, a argumentação neles baseada não é, sozinha, suficiente para o controle racional da fundamentação nesse âmbito. ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 559.

²⁴⁶ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 74-75.

²⁴⁷Pode ocorrer aqui, de acordo com o Alexy, a situação de duas normas irreconciliáveis que possuam fundamentações aptas, qual delas deve então ser atribuída como norma jurídica? Para Alexy, nenhuma das duas. Isso porque o conceito de uma correta fundamentação referida a direitos fundamentais, utilizado no critério mencionado acima, deve ser entendido de tal forma que uma fundamentação da atribuição da primeira norma que, isoladamente considerada, seria correta, perde seu caráter de correção se a segunda norma puder ser fundamentada de forma igualmente correta. Em razão de sua força como precedente, importante inclusive do

incerto saber de antemão quais normas são normas de direitos fundamentais. Essa incerteza, contudo, deixa de ser um problema justamente pelo fato de ser incontornável, sendo pertinente, portanto, a utilização desse critério que, inclusive, permite que se fale em *descoberta* de novas formas de direitos fundamentais.

A resposta de Alexy neste aspecto, ainda que uma tautologia²⁴⁸, sustenta que *normas de direitos fundamentais são todas as normas para as quais existe a possibilidade de uma correta fundamentação referida a direitos fundamentais*²⁴⁹.

4.4. A estrutura das normas de direitos fundamentais

A análise até aqui empreendida ocupou-se do conceito de norma jurídica (norma de direito fundamental, no escopo de Alexy). A partir de agora, será analisada a estrutura da norma. Para a teoria dos direitos fundamentais de Alexy, a mais importante diferenciação teórico estrutural é a distinção entre *regras* e *princípios*. Essa distinção é a base da teoria da fundamentação na argumentação jurídica e, segundo Alexy, uma chave para a solução de problemas centrais da dogmática jurídica. Nesse sentido, a distinção entre regras e princípios é uma das colunas mestras do edifício da teoria dos direitos fundamentais de Alexy, e é esta distinção que também dará suporte à tese aqui por nós sustentada.

Não há oposição, pressupondo a aceitação deste modelo, à ideia de que a distinção entre regras e princípios desempenha um papel no contexto das normas jurídicas e dos direitos fundamentais, portanto. As normas de direitos fundamentais, por exemplo, são comumente caracterizadas como princípios, ou ao menos são sublinhadas como normas de caráter principiológico.

No entanto, Alexy alerta que essas caracterizações permanecem quase sempre no nível de sugestões, ou definições que carecem de cientificidade²⁵⁰. O que falta é uma

ponto de vista da fundamentação, essa decisão pode fazer com que a norma a que se deu preferência pareça, no futuro, como sendo mais bem fundamentada.

²⁴⁸ Como bem apontado por Luiz Sérgio Fernandes de Souza, na orientação deste trabalho.

²⁴⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 76

²⁵⁰ O princípio possui, pois, uma função especificadora dentro do ordenamento jurídico; ele é de grande valia, como vimos, para a exegese e perfeita aplicação assim dos simples atos normativos que dos próprios mandamentos constitucionais. O menoscabo por um princípio importa a quebra de todo o sistema jurídico. E que o Direito forma um sistema é um postulado que sequer precisa de demonstração, já porque postulado (de universal acatamento, diga-se de passagem), já pela proibição lógica do *regressum ad infinitum* (da infinita reciclagem das premissas eleitas).[...] princípios são as linhas mestras, os grandes nortes, as diretrizes magnas do sistema jurídico. Apontam os rumos a serem seguidos por toda a sociedade e obrigatoriamente perseguidos pelos órgãos do governo. ATALIBA, Geraldo. *República e constituição*. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2007, p.34.

distinção precisa e amplamente consolidada entre regras e princípios e uma utilização sistemática dessa distinção. Os próximos tópicos serão dedicados à análise da teoria de Alexy, que visa a atender esse objetivo.

4.4.1. Critérios tradicionais para a distinção entre regras e princípios

Conforme dito anteriormente, existe uma excessiva quantidade de critérios distintivos, uma linha de delimitação confusa em relação a outras coisas – como os valores – tornando a matéria obscura e a terminologia vacilante²⁵¹.

Alexy entende que regras e princípios são reunidos sob o conceito de norma. Tanto regras quanto princípios são, portanto, *espécie* de normas, porque ambos dizem o que *deve ser*. Ambos podem ser formulados por meio das expressões deônticas básicas da *obrigação*, da *permissão* e da *proibição*. Isso porque princípios e regras são *razões para juízos concretos de dever ser*, ainda que de diferentes espécies. A distinção entre regras e princípios é, portanto, uma distinção entre duas espécies de normas²⁵².

Existem diversos critérios sugeridos por juristas para que se delimite a diferença entre regras e princípios. Antes do advento do chamado neoconstitucionalismo exposto na primeira parte deste trabalho, o critério provavelmente mais aceito era o da *generalidade*²⁵³. Segundo esse critério, princípios são normas com grau de generalidade relativamente *alto*, enquanto o grau de generalidade das regras é relativamente *baixo* (relativo aos princípios, e vice-versa). As regras teriam um relato mais objetivo, com incidência restrita às situações que descrevem em sua hipótese, enquanto os princípios possuem maior teor de

Vf. também: os princípios constitucionais dão estrutura e coesão ao *edifício jurídico*. Nenhuma norma infraconstitucional pod com eles atritar, sob pena de inexistência, nulidade, anulabilidade ou ineficácia. CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de direito constitucional tributário*. 24ª edição. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 47-48.

²⁵¹ Luiz Guilherme ArcaroConci, em aula da especialização de direito constitucional da PUC/SP, diz ter reunido mais de 14 conceitos de princípio. Alguns ilustres devem ser mencionados expressamente: Genaro Carrió, Tércio Sampaio Ferraz Jr., Norberto Bobbio, Francesco Carnelutti e Pontes de Miranda.

²⁵² “A dogmática moderna avaliza o entendimento de que as normas em geral, e as normas constitucionais em particular, enquadram-se em duas grandes categorias diversas: as regras e os princípios”. Isso também reforça nosso entendimento de que essa teoria não se restringe apenas às normas de direitos fundamentais ou de caráter constitucional, mas abarca todas as normas jurídicas. BARROSO, Luis Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. *O começo da história: nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro*. In *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p.337.

²⁵³ Antes de uma elaboração mais sofisticada da teoria dos princípios, a distinção entre eles fundava-se, sobretudo, no critério da generalidade. BARROSO, Luis Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. *O começo da história: nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro*. In *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 337

abstração e incidem sobre uma pluralidade indeterminada – ainda que determinável – de situações²⁵⁴. Outros critérios discutidos são lembrados por Alexy, tais como a *determinabilidade* dos casos de aplicação, a forma de seu surgimento – por exemplo, por meio da diferenciação entre normas criadas e normas desenvolvidas, o caráter explícito de seu conteúdo axiológico, a referência à ideia de direito ou a uma lei jurídica suprema e a importância para a ordem jurídica. Princípios e regras, finaliza Alexy, seriam diferenciados também com base no fato de serem razões para regras ou serem eles mesmos regras, ou, ainda, no fato de serem normas de argumentação ou normas de comportamento²⁵⁵.

Entendemos que estes critérios não satisfazem a necessidade de uma clareza conceitual e científica, pois não é o grau de generalidade o ponto decisivo para a denominação do princípio e da distinção entre as espécies de norma jurídica, mas sim sua *aptidão como razão fundamentadora*²⁵⁶. Vale ressaltar também que o conceito de generalidade de uma norma tem de ser estritamente distinguido de sua *universalidade*, pois tanto as regras quanto os princípios expressam comandos universais. O correto oposto da generalidade é o conceito de *especialidade*. Enfim, todos esses conceitos são utilizados de diversas maneiras, e uma bastante difundida em nosso meio acadêmico atualmente é a de norma *abstrata* e *concreta*, caracterizada pelo desmembramento da norma em suporte fático e consequência jurídica, e a norma aplicável a um número indeterminado de pessoas e casos, seria uma norma abstrata-geral²⁵⁷.

Com toda essa bagagem de critérios, Alexy identifica três teses diversas acerca da distinção entre regras e princípios. A primeira sustenta que toda tentativa de diferenciar as normas em duas classes, a das regras e a dos princípios, seria, diante da diversidade existente, fadada ao fracasso, não sendo possível, portanto, tal distinção. Isso é percebido, segundo os adeptos desta corrente, na possibilidade de que os critérios expostos, dentre os quais alguns

²⁵⁴ Inexiste hierarquia entre ambas as categorias, à vista do princípio da unidade da Constituição. Isto não impede que princípios e regras desempenhem funções distintas dentro do ordenamento. BARROSO, Luis Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. *O começo da história: nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro*. In *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p.337

²⁵⁵ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p.88-89.

²⁵⁶ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1997, p. 87.

²⁵⁷ Sopesadas essas premissas, poderemos classificar as normas em quatro espécies: (i) abstrata e geral; (ii) concreta e geral; (iii) abstrata e individual; e (iv) concreta e individual. [...] Seguindo o degrau das estruturas normativas, perceberemos que tanto a norma geral e abstrata quanto a norma individual e concreta pressupõem um ato ponente de norma, juridicizado pela competência jurídica de inserir norma no sistema que lhe prescreve o direito positivo. CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário, linguagem e método*. 3ª edição. São Paulo: Noeses, 2009, p. 141-143.

permitem apenas diferenciações gradativas, podem ser combinados, virtualmente, de qualquer maneira. Diante disso, é necessário atentar para as diversas características e similitudes que são encontradas no interior da classe das normas, algo que seria mais bem compreendido com a ajuda do conceito de *semelhança de família* encontrado na filosofia de Wittgenstein²⁵⁸. A segunda tese é defendida por aqueles que, embora aceitem que as normas possam ser divididas de forma relevante em regras e princípios, salientam que essa diferenciação é somente de *grau* – que adotam o critério da generalidade para a distinção. A terceira tese, por sua vez, sustenta que as normas podem ser distinguidas em regras e princípios e que entre ambos não existe apenas uma diferença gradual, mas sim – e principalmente –, uma diferença *qualitativa*. Essa tese, segundo Alexy, é a correta, com o que concordamos²⁵⁹.

4.4.2. Os princípios como mandamentos de otimização e as regras como determinações

Chega-se a um ponto crucial do trabalho de Alexy: sua definição de regra e princípio. O autor afirma que princípios são *normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes*²⁶⁰.

²⁵⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p.89

²⁵⁹ A Constituição passa a ser encarada como um sistema aberto de princípios e regras, permeável a valores jurídicos supra positivos, no qual as ideias de justiça e de realização dos direitos fundamentais desempenham um papel central. A mudança de paradigma nessa matéria deve especial tributo às concepções de Ronald Dworkin e aos desenvolvimentos a ela dados por Robert Alexy. A conjugação das ideias desses dois autores dominou a teoria jurídica e passou a constituir o conhecimento convencional na matéria. BARROSO, Luis Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. *O começo da história: nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro*. In *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p.338.

²⁶⁰ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p.90. Princípios contêm relatos com maior grau de abstração, não especificam a conduta a ser seguida e se aplicam a um conjunto amplo, por vezes indeterminado, de situações. Em uma ordem democrática, os princípios frequentemente entram em tensão dialética, apontando direções diversas. Por essa razão, sua aplicação deverá se dar mediante ponderação: à vista do caso concreto, o intérprete irá aferir o peso que cada princípio deverá desempenhar na hipótese, mediante concessões recíprocas, e preservando o máximo de cada um, na medida do possível. Sua aplicação, portanto, não será no esquema tudo ou nada, mas graduada à vista das circunstâncias representadas por outras normas ou por situações de fato. BARROSO, Luis Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. *O começo da história: nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro*. In *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p.339.

Já as regras são conceituadas pelo autor como *normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeita. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais nem menos. Regras contem, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível*²⁶¹. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau²⁶². Assim, conclui Alexy, é certo afirmar que *toda norma é ou uma regra ou um princípio*²⁶³.

Vale ressaltar, por fim, que esta distinção apresentada por Alexy assemelha-se à proposta por Dworkin em *taking rights seriously*, conforme mencionado anteriormente. Mas ela difere principalmente no tocante à caracterização dos princípios como *mandamentos de otimização*²⁶⁴.

4.4.3. Colisões entre princípios e conflitos entre regras

Essa distinção qualitativa tem como critério principal a identificação por meio da forma de solução de conflito das normas²⁶⁵. É dizer, portanto, que as normas se distinguem pela *forma de solução do conflito*. Passa-se agora a analisar este assunto.

²⁶¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p.91. Regras são, normalmente, relatos objetivos, descritivos de determinadas condutas e aplicáveis a um conjunto delimitado de situações. Ocorrendo a hipótese prevista no seu relato, a regra deve incidir, pelo mecanismo tradicional da subsunção: enquadram-se os fatos na previsão abstrata e produz-se uma conclusão. A aplicação de uma regra se opera na modalidade tudo ou nada: ou ela regula a matéria em sua inteireza ou é descumprida. Na hipótese do conflito entre duas regras, só uma será válida e irá prevalecer. BARROSO, Luis Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. *O começo da história: nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro*. In *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p.338.

²⁶² É bem de ver, no entanto, que o sistema jurídico ideal se consubstancia em uma distribuição equilibrada de regras e princípios, nos quais as regras desempenham o papel referente à segurança jurídica – previsibilidade e objetividade das condutas – e os princípios, com sua flexibilidade, dão margem à realização da justiça do caso concreto.

²⁶³ Exatamente aqui está nossa principal discordância com o pensamento de Alexy. Isso será detalhado mais adiante.

²⁶⁴ Chamo de princípio um padrão que deve ser observado, não porque permita realizar ou alcançar uma situação econômica, política ou social julgada desejável, mas porque ele constitui uma exigência da justiça ou da equidade ou então de uma outra dimensão da moral. DWORKIN, Ronald. *Le positivisme*. In *Droit et société*, n.01, 1985, p. 36 *apud* BILLIER, Jean-Cassien; MARYIOLI, Aglaé. *História da filosofia do direito*. São Paulo: Manole, 2005, p.427.

²⁶⁵ Barroso cria uma distinção também baseada na estrutura e conteúdo, e adentra a questão da solução de conflitos quando trata da forma de aplicação do conflito. Dos múltiplos critérios distintivos possíveis, três deles são aqui destacados: (i) o conteúdo; (ii) a estrutura normativa; (iii) as particularidades da aplicação. BARROSO, Luis Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. *O começo da história: nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro*. In *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 340. Tais considerações serão lançadas ao rodapé quando pertinentes.

Um conflito entre regras somente pode ser solucionado de duas maneiras: (a) a introdução, em uma das regras, de uma cláusula de exceção que elimine o conflito; ou (b) a retirada da validade de uma das regras, declarando-a inválida.

Isso porque, ao contrário do que ocorre com o conceito de validade social ou de importância da norma, o conceito de validade jurídica não é graduável²⁶⁶. Uma norma jurídica é válida ou não. Não importa a forma como sejam fundamentados, não é possível que dois juízos concretos de dever oriundos de regras sejam conflitantes entre si enquanto ambos sejam válidos.

Afirmar que pelo menos uma das regras deve ser declarada inválida, quando a inserção de uma cláusula de exceção não seja possível em um conflito entre regras, nada diz sobre qual das regras deverá ser esvaziada dessa forma. Ainda que Alexy entenda como fundamental dizer apenas que a decisão é uma decisão sobre validade, existem critérios de desempate oferecidos pela dogmática tradicional para solucionar hipótese de conflito entre regras, quais sejam: (a) hierarquia – onde a regra superior – formal – prevalece sobre a inferior; (b) cronológico – onde a regra posterior prevalece sobre a anterior; e (c) especialização, onde a regra específica prevalece sobre a geral²⁶⁷.

Uma colisão entre princípios, por sua vez, deve ser solucionada de maneira completamente diferente. Se dois princípios colidem – o que ocorre na hipótese de, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com o outro, permitido, um dos princípios terá que *ceder*, independentemente de *como*, *quando* e *o quanto*²⁶⁸. Isso não significa, ao contrário das regras, que o princípio cedente deva ser declarado inválido ou ter nele introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, afirma Alexy, o que ocorre, após certo trabalho ou procedimento por parte do julgador, é que, ao final das contas, um dos princípios tem *precedência em face do outro sob*

²⁶⁶ Acerca dos conceitos de validades jurídica e social, verificar tópico anterior, nas anotações acerca da obra de Robert Alexy *Conceito e validade do direito*.

²⁶⁷ O Direito, como se sabe, é um sistema de normas harmonicamente articuladas. Uma situação não pode ser regida simultaneamente por duas disposições legais que se contraponham. Para solucionar essas hipóteses de conflito de leis, o ordenamento jurídico se serve de três critérios tradicionais: o da hierarquia – pelo qual a lei superior prevalece sobre a inferior –, o cronológico – onde a lei posterior prevalece sobre a anterior – e o da especialização – em que a lei específica prevalece sobre a lei geral. Estes critérios, todavia, não são adequados ou plenamente satisfatórios quando a colisão se dá entre normas constitucionais, especialmente entre princípios constitucionais, categoria na qual devem ser situados os conflitos entre direitos fundamentais. BARROSO, Luis Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. *O começo da história: nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro*. In *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p.339.

²⁶⁸ Isso será abordado mais adiante.

determinadas condições. Isso é encontrado nas discussões empreendidas nos casos concretos, onde são atribuídos aos princípios colidentes pesos diferentes e quando se conclui que os princípios com o maior *peso* tem precedência²⁶⁹. Numerosos trabalhos desta estirpe, denominado *sopesamentos* neste estágio da teoria de Alexy, são os realizados sobre os conflitos de interesses/valores levados ao Supremo Tribunal Federal, por exemplo²⁷⁰.

Essa situação de tensão não pode ser solucionada com base em uma precedência absoluta de um desses deveres porque nenhum desses deveres goza, *a priori*, de prioridade. O conflito deve ser resolvido, como já dito acima, por meio de sopesamento entre os princípios conflitantes²⁷¹. O objetivo desse sopesamento, segundo Alexy, é definir qual dos interesses – que aqui nada mais são do que vetores embasados nas normas princípio, e que se encontram no mesmo nível abstrato – tem maior *peso* no caso concreto. É dizer, os princípios colidentes devem ser aplicados na medida das possibilidades fáticas e jurídicas de sua realização – conforme sua definição como mandamentos de otimização, e, por isso, não raramente entram em conflito defronte situações fáticas. A solução para essa colisão consiste, segundo Alexy, no estabelecimento de uma *relação de precedência condicionada* entre eles, onde serão também consideradas as circunstâncias dos casos concretos. A partir do estudo do caso, o firmamento destas relações de precedência condicionada será a fixação de *condições* sob as quais um princípio tem precedência em face do outro. Sob outras condições, é possível que a questão da precedência seja resolvida de forma contrária. Esse ponto é central na teoria de Alexy²⁷², possuindo importância fundamental para compreender as colisões entre princípios e a teoria do jurista como um todo. Há que se analisar agora as formas de solução destas colisões defendidas por Alexy.

²⁶⁹Metáfora presente em Dworkin.

²⁷⁰ É certo também que, mais recentemente, já se discute tanto a aplicação do esquema tudo ou nada aos princípios como a possibilidade de também as regras serem ponderadas. Verificar AVILA, Humberto, *Teoria dos princípios: da definição e aplicação dos princípios jurídicos*. 5ª edição. São Paulo: Malheiros, 2004, p.28ss.

²⁷¹ Princípios contem, normalmente, uma maior carga valorativa, um fundamento ético, uma decisão política relevante, e indicam uma determinada direção a seguir. Ocorre que, em uma ordem pluralista, existem outros princípios que abrigam decisões, valores ou fundamentos diversos, por vezes contrapostos. A colisão de princípios, portanto, não é só possível, como faz parte da lógica do sistema, que é dialético. Por isso a sua incidência não pode ser posta em termos de tudo ou nada, de validade ou invalidade. Deve-se reconhecer aos princípios uma dimensão de peso ou importância. À vista dos elementos do caso concreto, o intérprete deverá fazer escolhas fundamentadas, quando se defronte com antagonismos inevitáveis. (...) A aplicação dos princípios se dá, predominantemente, mediante ponderação. BARROSO, Luis Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. *O começo da história: nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro*. In *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p.342.

²⁷²ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p.94-96.

Inicialmente, alega que essas colisões podem ser resolvidas estabelecendo-se uma relação de precedência, que poderia ser incondicionada ou condicionada²⁷³. Tendo isso como premissa, é possível dizer que, quando dois princípios colidem, há, então, quatro possibilidades de decisão do caso a partir da solução: (a) *Princípio₁* prevalece sobre *Princípio₂*; (b) *Princípio₂* prevalece sobre *Princípio₁*; (c) *Princípio₁* prevalece sobre *Princípio₂* mediante condições; e (d) *Princípio₂* prevalece sobre *Princípio₁* mediante condições²⁷⁴.

As duas primeiras possibilidades se referem à relações incondicionadas de precedência, também chamadas de abstratas ou absolutas. Alexy argumenta aqui, a partir da premissa de que o Tribunal Constitucional Alemão, órgão análogo ao Supremo Tribunal Federal, não admite as possibilidades incondicionadas de precedência nas relações de conflito entre princípios, que nenhum desses interesses goza, por si mesmo, de precedência sobre o outro. O princípio da dignidade humana, invocado por quem vai contra esta ideia, configuraria apenas uma exceção *prima facie* a esta afirmação²⁷⁵. É admissível, portanto, apenas a possibilidade de uma relação condicionada, ou, como também se pode dizer, de uma relação de precedência concreta ou relativa, como as indicadas na terceira e quarta possibilidade. A partir daqui deve-se indagar, então, *sob quais condições qual princípio deve prevalecer mediante a cessão de outro*. Essas condições que classificam a importância dos interesses no caso concreto são comumente chamadas de peso. Esse peso não é quantificável, o que demanda a questão sobre qual é seu conceito²⁷⁶: o peso é a força medida em *razões* para a prevalência do princípio sob as condições *C* do caso concreto.

O sopesamento realizado pelo Supremo Tribunal Federal consiste então, exatamente nos moldes acima apresentados, na alusão às condições de precedência e na fundamentação da tese segundo a qual, sob essas condições, *Princípio₁* prevalece sobre *Princípio₂* – suas razões, ou seu peso. Aqui está um ponto importante para a teoria das relações de precedências condicionadas: não se faz menção à precedência de um princípio, de

²⁷³ É interessante anotar que, mais recentemente, já se discute tanto a aplicação do esquema tudo ou nada aos princípios como a possibilidade também as regras serem ponderadas. Alexy, como se mostrará mais adiante, no entanto, rechaça a possibilidade de precedência incondicionada nas colisões entre princípios. Verificar AVILA, Humberto, *Teoria dos princípios: da definição e aplicação dos princípios jurídicos*. 5ª edição. São Paulo: Malheiros, 2004, p.28ss.

²⁷⁴ Alexy elenca essas hipóteses em linguagem mais formalizada: (a) P_1PP_2 ; (b) P_2PP_1 ; (c) $(P_1PP_2) C$; e (d) $(P_2PP_1) C$. ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p.97.

²⁷⁵ Essa discussão será explorada mais adiante.

²⁷⁶ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p.97

um interesse, de uma pretensão, de um direito ou de um objeto semelhante²⁷⁷; mas sim indicadas condições sob as quais se verifica uma violação a um princípio²⁷⁸, ou seja, se uma ação preenche as condições, então ela é proibida. É dizer, portanto, que as condições do sopesamento desempenham um *duplo papel*, pois a condição *C* determina o vetor de uma relação de precedência ao mesmo tempo em que delimita se alguma ação *h*, que preenche estas condições, é proibida porque viola um princípio. Alexy formula a seguinte regra para este segundo aspecto: se uma ação *h* preenche *C*, então, *h* é proibida sob o ponto de vista dos direitos fundamentais²⁷⁹.

As condições são, desta forma, o pressuposto do *suporte fático* de uma regra. Esse duplo papel desempenhado pelas condições decorre necessariamente da estrutura do enunciado de preferência – enunciado = $(P_1PP_2) C$. Isso porque a precedência do *Princípio₁*, em face do princípio colidente no caso concreto – sob as condições *C*, consiste na *consequência jurídica* que resulta de *Princípio₁* é aplicável se estiverem presentes estas condições. Portanto, conclui Alexy, *de um enunciado de preferência acerca de uma relação condicionada de preferência decorre uma regra, que, diante da presença da condição de precedência, prescreve a consequência jurídica do princípio prevalente*²⁸⁰.

As condições, assevera-se novamente, constituem o suporte fático de uma *regra* que expressa a consequência jurídica do princípio privilegiado. Alexy utilizará também mais adiante a expressão *regra de decisão* para tanto.

Essa *lei de colisão* é um dos fundamentos da teoria dos princípios defendida por Alexy. Ela reflete, principalmente, a natureza das normas jurídicas princípios como mandamentos de otimização: primeiramente por entender inexistente uma relação absoluta de precedência entendendo que sua referência se faz a ações e situações que não são

²⁷⁷ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p.98.

²⁷⁸Alexy menciona aqui um direito fundamental. Isso porque ele almeja, no decorrer de seu trabalho, em trabalhar com a questão do núcleo essencial desses direitos, que, apesar de interessante, foge do escopo deste trabalho.

²⁷⁹ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 98, enunciado n° 5.

²⁸⁰ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p.99. O enunciado de precedência é, portanto, uma *regra* para Alexy. Este trabalho visa demonstrar que não se trata de uma regra, nos moldes apresentados por sua teoria, e sim uma terceira espécie de norma, denominada *precedente*.

quantificáveis²⁸¹. Isso será a base para a resposta às objeções que se apoiam na proximidade da teoria dos *princípios* com a teoria dos *valores*²⁸².

4.4.4. Os resultados de sopesamentos como normas de direito atribuídas

A argumentação realizada nessas situações de conflito entre princípios possui três níveis ou etapas, que consistem na formação do raciocínio desta teoria e de suas condições de precedência. Alexy argumenta aqui com base no estudo do caso *Lebach*²⁸³, do Tribunal Constitucional Alemão, analisando o debate ali realizado. Na primeira etapa, defende Alexy, é identificada a situação de tensão entre os princípios, delimitando seus participantes. Esse conflito, é de se lembrar, não é solucionado por meio da declaração de invalidade de uma das normas ou com a inserção de uma cláusula, ou seja, uma precedência *a priori*. Ao contrário, diz Alexy, é necessário investigar e decidir qual interesse normativo deve ceder espaço para o outro, levando-se em consideração as circunstâncias do caso em comento. Portanto, é dizer, como será regulada a sintonia da relação de precedência entre elas sob a luz do caso concreto²⁸⁴.

Depois da constatação da colisão e a identificação dos princípios participantes na situação, a segunda etapa sustenta uma precedência geral da *liberdade jurídica*, constatada em razão das circunstâncias do caso concreto. Essa relação de precedência é interessante,

²⁸¹ As restrições aos princípios também não são uma questão de tudo ou nada, mas sim possuem um caráter de afastamento do direito em relações individuais.

²⁸² É necessário fugir do moralismo que Dworkin defende. Vale ressaltar que Alexy, nesta obra, possui inclinação ao positivismo ao defender que os valores pertencem ao plano axiológico e não ao deontológico. Em obras posteriores, entretanto, ele se inclina para a aproximação do direito com a ética, o que aqui se refuta. ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p.99.

²⁸³ BVerfGE 35, 202 *apud* ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p.101.

²⁸⁴ Luiz Roberto Barroso acrescenta o relevante conteúdo de sua visão para esta exposição: De forma simplificada, é possível descrever a ponderação como um processo em três etapas. Na primeira etapa, cabe ao intérprete detectar no sistema as normas relevantes para a solução do caso, identificando eventuais conflitos entre elas. Como se viu, a existência dessa espécie de conflito – insuperável pela subsunção – é o ambiente próprio de trabalho da ponderação. Assinale-se que norma não se confunde com dispositivo: por vezes uma norma será o resultado da conjugação de mais de um dispositivo. Por seu turno, um dispositivo isoladamente considerado pode não conter uma norma ou, ao revés, abrigar mais de uma. Ainda neste estágio, os diversos fundamentos normativos – isto é: as diversas premissas maiores pertinentes – são agrupados em função da solução que estejam sugerindo. Ou seja: aqueles que indicam a mesma solução devem formar um conjunto de argumentos. O propósito desse agrupamento é facilitar o trabalho posterior de comparação entre os elementos normativos em jogo. BARROSO, Luis Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. *O começo da história: nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro*. In *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p.346-347.

porque nela se sustenta apenas uma precedência básica. Identificar o suporte fático da regra de decisão é a atribuição realizada na segunda etapa²⁸⁵.

A terceira etapa dá-se quando a decisão é proferida, concluindo pela prevalência do Princípio₁ em face do Princípio₂, ou vice-versa²⁸⁶. Nesse sentido, é dotada de força normativa a decisão consubstanciada no enunciado de preferência (P_1PP_2) C , onde C é composto por premissas/condições. As condições dão suporte, portanto, à regra R , que por sua vez corresponde ao enunciado de preferência. Essa regra é composta por condições atributos T de suporte fático, ficando destarte montada a seguinte estrutura: $T_1+T_2+T_3+T_4 \rightarrow R \rightarrow C$ ²⁸⁷.

Foi dito anteriormente que as normas jurídicas podem ser tanto as decorrentes de maneira expressa do texto quanto as atribuídas. A norma jurídica atribuída é uma norma para cuja atribuição é possível uma correta fundamentação com o texto normativo, ainda que não de forma expressa. Desta forma, Alexy conclui: *como resultado de todo sopesamento que seja correto do ponto de vista dos direitos fundamentais pode ser formulada uma norma de direito fundamental atribuída, que tem estrutura de uma regra e à qual o caso pode ser subsumido*²⁸⁸.

²⁸⁵ Para Barroso: na segunda etapa, cabe examinar os fatos, as circunstâncias concretas do caso e sua interação com os elementos normativos. Relembre-se, na linha do que já foi exposto anteriormente, a importância assumida pelos fatos e pelas consequências práticas da incidência da norma na moderna interpretação constitucional. Embora os princípios e regras tenham uma existência autônoma em tese, no mundo abstrato dos enunciados normativos, é no momento em que entram em contato com as situações concretas que seu conteúdo se preencherá de real sentido. Assim, o exame dos fatos e os reflexos sobre eles das normas identificadas na primeira fase poderão apontar com maior clareza o papel de cada uma delas e a extensão de sua influência. BARROSO, Luis Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. *O começo da história: nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro*. In *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p.347.

²⁸⁶ Até aqui, na verdade, nada foi solucionado e nem sequer há maior novidade. Identificação das normas aplicáveis e compreensão dos fatos relevantes fazem parte de todo e qualquer processo interpretativo, sejam casos fáceis ou difíceis. É na terceira etapa que a ponderação irá singularizar-se, em oposição à subsunção. Relembre-se, como já assentado, que os princípios, por sua estrutura e natureza, e observados determinados limites, podem ser aplicados com maior ou menos intensidade, à vista de circunstâncias jurídicas ou fáticas, sem que isso afete sua validade. Pois bem: nessa fase dedicada à decisão, os diferentes grupos de normas e a repercussão dos fatos do caso concreto estarão sendo examinados de forma conjunta, de modo a apurar os pesos que devem ser atribuídos aos diversos elementos em disputa e, portanto, o grupo de normas que deve preponderar no caso. Em seguida, é preciso ainda decidir quão intensamente esse grupo de normas – e a solução por ele indicada – deve prevalecer em detrimento dos demais, isto é: sendo possível graduar a intensidade da solução escolhida, cabe ainda decidir qual deve ser o grau apropriado em que a solução deve ser aplicada. BARROSO, Luis Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. *O começo da história: nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro*. In *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p.347-348.

²⁸⁷ A soma dos fatos (condições atributos) consubstancia as condições que dão o suporte fático para a regra decisão. ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p.102.

²⁸⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p.102.

A partir deste momento já é prudente afirmar que Alexy considera o resultado da decisão como uma norma jurídica atribuída, que possui a estrutura material de uma *regra*, aplicada por subsunção. Isso será enfrentado mais adiante, quando da tentativa de uma crítica de sua teoria²⁸⁹.

4.5. O distinto caráter *prima facie* das regras e princípios

Alexy passa a realçar a característica decorrente do exposto até aqui: o distinto caráter *prima facie* presente nas normas jurídicas. *Princípios* são normas formatadas na exigência de que algo seja realizado no máximo possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes no caso concreto. Dessa forma, eles não contem um mandamento *definitivo*, mas sim *prima facie* – o que é bem exprimido pelo termo *otimização*. É dizer, portanto, que se trata de *razões* que podem ser afastadas por *razões* de vetor contrário, e a maneira pela qual se dará essa relação de forças não é algo determinado pelo próprio princípio, afirma Alexy²⁹⁰. Eles não carregam em si a extensão de seu conteúdo, seu resultado diante das circunstâncias fáticas e jurídicas.

As *regras* são diferentes. Como a subsunção demanda a exata realização daquilo que elas ordenam, há – já de antemão – uma determinação da extensão de seu conteúdo nas já previstas possibilidades fáticas e jurídicas. Ainda que essa determinação possa vir a falhar em situações de impossibilidade, certo é que, na maioria das vezes, seu conteúdo será exatamente aquilo que a regra prescreve.

Daqui se pode concluir que os *princípios* ostentam um caráter *prima facie*, ao passo que as *regras* um caráter definitivo. Tal conclusão, afirma Alexy, parece estar presente em Dworkin, quando este defende que *regras, se válidas, devem ser aplicadas de forma tudo ou nada, enquanto os princípios apenas contêm razões que indicam uma direção, mas não tem como consequência necessária uma determinada decisão*²⁹¹. Alexy afirma que o modelo proposto por Dworkin²⁹² é, entretanto, muito simples, passando a fazer as considerações seguintes.

²⁸⁹ Também será realizada uma aplicação prática dos sopesamentos, após o término da exposição.

²⁹⁰ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p.104.

²⁹¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008 p.105.

²⁹² This theory [referindo-se ao positivismo] holds that a legal obligation exists when (and only when) an established rule of law imposes such an obligation. It follows from this that in a hard case – when no such established rule can be found – there is no legal obligation until the judges create a new rule for the future. The

Primeiramente, a necessidade de desenvolver o modelo apresentado por Dworkin decorre da possibilidade de se inserir uma cláusula de exceção em uma *regra* quando da análise e decisão do caso concreto. Um *princípio* cede lugar quando, em um determinado caso, é feito um sopesamento entre os contendores e conferido um peso maior ao princípio antagônico. A *regra*, por sua vez, não pode ser tida por superada apenas quando se atribui, no caso concreto, um peso maior ao *princípio* contrário ao *princípio* que sustenta a *regra*, diz Alexy. Seria necessário, além disso, a superação daqueles princípios que sustentam a legitimidade das regras que tenham sido criadas pelas autoridades legitimadas – devendo, portanto, ser seguidas, e que não se deve relativizar sem motivos uma forma estabelecida historicamente pelo Direito e sua ciência.

Ainda que essa relativização possa levar ao enfraquecimento do caráter definitivo das regras, ela não faz com que passem a ter o mesmo caráter *prima facie* dos princípios. Isso é apenas um dos lados da questão. O outro lado, afirma Alexy, consiste na visão oposta de que os *princípios* não possuem um caráter *prima facie* como o das regras, mesmo diante de um fortalecimento deste caráter²⁹³, que pode ser fortalecido por uma argumentação desenvolvida no vetor de um ou mais princípios. Direitos fundamentais, conclui Alexy, seriam *regras sobre ônus argumentativo*²⁹⁴. O que é interessante para este projeto e que deve ser extraído neste momento é que a existência de uma argumentação favorável a uma determinada direção nos princípios não iguala seu caráter *prima facie* ao das regras. Isso porque o suposto caráter *prima facie* das regras é algo muito mais forte e diferente do princípios, pois se baseia na existência de decisões tomadas pelas autoridades legitimadas ou decorrentes de uma prática costumeira – na linha do positivismo normativista tradicional.

4.6. As regras e os princípios como razões

Pode-se concluir do até aqui exposto que regras e princípios possuem naturezas distintas, são razões de naturezas distintas: princípios tem o cunho *prima facie* – é dizer, são efetivamente aplicadas somente após ônus argumentativo –, enquanto as regras, salvo a

judge may apply that new rule to the parties in the case, but this is *ex post facto* legislation, not the enforcement on an existing obligation. [...] Once we abandon that doctrine, however, and treat principles as law, we raise the possibility that a legal obligation might be imposed by a constellation of principles as well as by an established rule. We might want to say that a legal obligation exists whenever the case of supporting such an obligation, in terms of binding legal principles of different sorts, is stronger than the case against it. DWORKIN, Ronald. *The model of rules*. In *Arguing about law*. New York: Routledge, 2009, p.90.

²⁹³ALEXYY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p.105.

²⁹⁴ALEXYY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p.106

inserção de alguma exceção, são *definitivas*. Ambas são, portanto, razões para normas²⁹⁵ – como afirmado por Alexy²⁹⁶²⁹⁷. Regras e princípios, finalmente, podem também ser razões para outras regras e princípios, bem como serem razões para decisões concretas.

A norma jurídica *regra*, quando válida, subsuntiva ao evento concreto e não impedida por alguma exceção inserida no ordenamento, torna-se uma razão para um juízo hipotético e concreto de *dever ser*²⁹⁸, de caráter definitivo. Se tal decisão se manifesta no sentido de que alguém é detentor de certo direito, então, esse direito é um direito definitivo. As normas *princípio*, ao contrário, serão para Alexy sempre razões *prima facie*. Isoladamente considerados, elas estabelecem apenas direitos *prima facie* – que só serão descobertos em sua exata extensão uma vez presentes as circunstâncias fáticas e jurídicas do caso concreto, tendo-se então a decisão²⁹⁹. As decisões sobre direitos são nada mais do que o estabelecimento dos direitos definitivos. O caminho que vai do princípio, isto é, do direito *prima facie*, até o direito definitivo passa – segundo Alexy – pela definição de uma *relação de preferência*³⁰⁰, que nada mais é, por sua vez, do que a gênese do precedente.

Alexy passa a analisar a questão existente entre o critério da generalidade – que visa a estabelecer a diferença entre regras e princípios – em face destes últimos. Isso porque os princípios são, via de regra e como já esboçado, relativamente gerais, pois ainda não estão

²⁹⁵ Há quem entenda que ambos são razões para ações. Joseph Raz. Essa distinção não é muito fértil, visto que, ao serem razões para normas, são indiretamente razões para ações.

²⁹⁶ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p.107

²⁹⁷ Mais adiante, será explorada a ideia de que regras e princípios, sendo razões para normas, são razões para a criação de precedentes, i.e., uma nova norma.

²⁹⁸*Sollen*, no alemão.

²⁹⁹ Regras e princípios distinguem-se: a) quanto à sua estrutura lógica e deontológica, pela circunstância de as primeiras vincularem-se a fatos hipotéticos (*tatbestande*) específicos, um determinado functor ou operador normativo (*proibido, obrigatório e permitido*), enquanto aqueles outros – os princípios – não se reportam a qualquer fato particular, e transmite uma prescrição programática genérica, para ser realizada na medida do jurídico e faticamente possível. Dessa diferença estrutural básica decorrem inúmeras outras, como: b) quanto à técnica de aplicação, já que princípios normalmente colidem entre si, diante de casos concretos, o que leva ao chamado sopesamento (*abwägung*), para aplicar o mais adequado, ao passo que regras, uma vez aceita a subsunção a elas de certos fatos, inevitavelmente decorrem as consequências jurídicas nelas previstas, a não ser que elas não sejam válidas por conflitarem com outras de um grau superior, quando então, ao contrário do que se dá com os princípios, que apesar de contraditórios não deixam de integrar a ordem jurídica, a regra de grau inferior é derogada. É certo que pode haver um dissenso com relação à subsunção dos fatos à hipótese legal, existindo mecanismos institucionais que garantem (e impõem) a chegada a um consenso, de forma racional, por explicitarem um procedimento a ser adotado, no qual se abre a oportunidade para a demonstração dos fatos e apresentação dos argumentos e interpretações divergentes. Quando se trata de interpretar e aplicar princípios, porém, ocorre uma inversão, pois eles já são o resultado de um consenso em torno da adoção de certos valores, cujo conflito só poderá vir a ser democraticamente resolvido com a garantia do dissenso, do debate sobre eles, na instância competente do Poder Público. GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria da ciência jurídica*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009, p.149-150. Ao assumir a natureza de um debate judicial, tem-se o procedimento racional a ser construído por esta teoria, culminando assim com a decisão judicial – que se torna, no momento imediatamente posterior, *precedente*.

³⁰⁰ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p.108.

em contato com as possibilidades das circunstâncias fáticas e jurídicas. Com o contato da norma jurídica sobre as circunstâncias do caso concreto, vai se delineando sua concretude, até que se chegue a um *sistema diferenciado de regras*. Com isso, Alexy entende que a existência de normas de alto grau de generalidade que não são princípios demonstra que o critério da generalidade seria apenas relativamente correto, descartando-o como critério hábil a diferenciá-los. Por exemplo, a disposição que expressa o chamado *princípio da legalidade* na esfera penal – não há crime e pena sem lei anterior que os define – dá ensejo a uma série de problemas na interpretação. Ocorre que a disposição traz, na verdade, uma *regra*. Aqui se passará a pensar criticamente sobre a ideia e conceito de princípio, para que se possa pensar num sistema normativo que dê racionalidade a decisão judicial quando da colisão de normas jurídicas. A teoria dos princípios defendida por Alexy se desvia, portanto, do uso corrente da linguagem.

Há diversas outras razões que demonstram a multiplicidade de características dos princípios, que Alexy exemplifica: (a) enquanto as razões para regras de natureza possuem muitas vezes uma natureza bastante técnica, o conteúdo axiológico presente nos princípios é muito mais saliente e identificável do que o das regras; (b) os princípios, como *ratio decidendi* para a produção de regras³⁰¹, têm uma importância substancial fundamental para o ordenamento jurídico; (c) sua clássica concepção ligada à ideia de direito decorre de um modelo de fundamentação que avança do mais geral na direção do sempre mais especial; e (d) os princípios prescindem de positivação explícita, podendo decorrer desde a tradição, várias positivações e decisões difundidas sobre o que deve ser o direito. Podem ser eles também *normas desenvolvidas*³⁰².

Apesar de adotar a concepção de princípio que vem sendo aqui desenvolvida para sua teoria, Alexy apresenta as principais objeções a esta concepção, com o intuito de enfrenta-las: (a) o primeiro argumento sustenta que há colisões entre princípios que podem ser resolvidas por meio da declaração de invalidade de um deles – ou seja, pela mesma forma de solução empregada nos conflitos entre regras: a retirada de validade; (b) o segundo argumento defende, no mesmo esteio, que existem princípios absolutos, insuscetíveis de ceder diante de uma relação de preferência em face de outros princípios; e (c) a terceira, também decorrente,

³⁰¹ Note como Alexy trata o precedente como regra.

³⁰² ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p.109.

que o conceito de princípio é muito amplo e, por isso, inútil para fundamentar uma teoria normativa³⁰³.

A primeira objeção aponta para a existência de colisões entre princípios que podem ser resolvidas pela retirada de validade de um deles. Parece, realmente, não haver quem conteste a possibilidade de existência de normas *princípios* que, uma vez inseridas em um determinado ordenamento jurídico, seriam declaradas inválidas de pronto em todos os conflitos de que participassem. Imagine-se que seja inserido, pela via da Emenda Constitucional, um princípio denominado *patriotismo*, que autorizaria a diminuição do escopo da proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos em hipóteses de conveniência/necessidade ou risco à segurança nacional – o que acabaria por autorizar, por exemplo, a realização de tortura e outras atividades reprováveis no sentido moral e ético³⁰⁴. Fica difícil vislumbrar alguma hipótese, levando-se em consideração o panorama atual do Direito Constitucional brasileiro, circunstâncias fáticas e jurídicas que autorizariam a prática de tortura com o custo de sacrificar o direito à vida e integridade física. Isto é, enquanto valerem toda a gama de princípios do atual direito constitucional, esse princípio será preterido em todos os casos, o que significa – para Alexy – que ele não é *válido*³⁰⁵. Ele seria resolvido como um conflito entre regras, e tal solução coloca em xeque a própria crença na concepção da colisão. Essa crítica, contudo, não consegue desqualificar a teoria. Para explicar o porquê, é necessário ter em mente, em primeiro lugar, que os conceitos de *conflito entre regras* e *colisões entre princípios* são espécies pertencentes ao conceito de *contradição normativa* em seu sentido mais amplo³⁰⁶. Uma vez esclarecido isso, vê-se que o ponto decisivo é a existência de dois tipos distintos desta contradição normativa em sentido amplo. O primeiro tipo versa no nível do *pertencimento* ao ordenamento jurídico, ou seja, à validade. A linha traçada pela validade ocupa-se em separar o que pertence ou não – deve ou não pertencer – ao ordenamento jurídico.

O segundo tipo de *contradição normativa* encontra-se no interior do ordenamento jurídico – presente na colisão entre princípios e quando ocorre uma

³⁰³ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p.109;

³⁰⁴ Algo inspirado no *patriotact*, instaurado no Governo Bush nos Estados Unidos da América após os ataques de 11 de setembro.

³⁰⁵ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p.110.

³⁰⁶ E também descompromissado cientificamente. Isso porque, não obstante a utilização da expressão *contradição*, a discussão sobre se as normas de fato podem entrar em contradição já se encontra superada. Verificar notas anteriores e também KELSEN, Hans; KLUG, Ulrich. *Normas jurídicas e análise lógica: correspondências 1959-1965*. Tradução de Paulo Bonavides. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

contrariedade entre normas que são válidas. Alexy entende que essas contradições normativas que ocorrem no interior do ordenamento jurídico são *sempre* colisões entre princípios, e colisões entre princípios *pressupõe* a validade dos princípios colidentes³⁰⁷. Fica claro, portanto, que o conceito de colisão entre princípios da teoria de Alexy pressupõe a validade dos princípios colidentes³⁰⁸.

A primeira objeção, que versava acerca da validade dos princípios, se ocupava de situações de colisão com princípios extremamente fracos. A objeção de agora se ocupa das situações inversas: os princípios absolutamente fortes. Esta objeção aduz que, se tais princípios absolutos existem, então, a definição de princípio aqui adotada e defendida deve ser rechaçada ou modificada, pois se um princípio detém um vigor tal que permita sua supremacia em relação a todos os outros princípios e em todas as hipóteses de colisão, significa que sua realização não conhece nenhum limite *jurídico*, apenas limites *fáticos*³⁰⁹. Uma vez que a concepção de princípio adotada por Alexy aduz que o princípio é uma norma jurídica expressada na forma de um *mandamento de otimização* e que possui um caráter *prima facie*, a ser completado mediante a apresentação das circunstâncias *fáticas e jurídicas* do caso, então, a existência de um princípio absoluto a torna inócua.

Alexy rebate essa objeção simplesmente por ser fácil argumentar contra a existência de princípios absolutos em um ordenamento jurídico que inclua direitos fundamentais³¹⁰. Isso porque os princípios podem estabelecer direitos individuais e coletivos: se traz um direito coletivo, *e.g.* a proteção ao meio ambiente, então seu vigor absoluto impede que quaisquer outras normas imponham limites, restrições ou condições a ele – o que levaria à impossibilidade de exploração de matéria prima ou combustíveis fósseis, por exemplo, congelando todos os sistemas sociais; se traz um direito individual, a ele não pode ser oposto nenhum outro direito, e teria uma força com efeito devastador na realidade fática e jurídica. É

³⁰⁷ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p.110.

³⁰⁸ Até porque na hipótese de invalidade de uma das normas conflitantes não há que se falar em proporcionalidade, visto que esta situação não passaria pelo crivo da necessidade, um dos pré-exames da máxima da proporcionalidade, que será analisada mais adiante.

³⁰⁹ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p.111

³¹⁰ Já referimos que os princípios são mandados de otimização. Isso significa que a sua aplicação nunca é absoluta, senão que devem ser entendidos como uma aspiração para o alcance de sua máxima satisfação podem ser debilitadas ou reforçadas por outros princípios. LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da Decisão Judicial: Fundamentos de Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, pp.212-213.

³¹⁰ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p.111.

³¹⁰ Na Constituição possível no caso. Neste sentido, o princípio tem um caráter *prima facie*, apresentando razões que podem ser debilitadas ou reforçadas por outros princípios. LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da Decisão Judicial: Fundamentos de Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, pp.212-213.

dizer, portanto, que os princípios absolutos não *existem* no direito, ou se existem não podem ser atribuídos a mais de um sujeito de direito³¹¹.

Há quem diga, neste momento, que a dignidade humana é inviolável, existindo pelo menos apenas um princípio absoluto. Alexy diz que o enunciado que traz a dignidade humana na Constituição Alemã tem, de fato, uma primeira impressão de um caráter absoluto³¹². Tal impressão não se daria, contudo, no estabelecimento de um princípio absoluto por parte da disposição constitucional, mas sim porque a *dignidade da pessoa humana* é, ao mesmo tempo, *regra e princípio*³¹³. A dignidade humana também parece ser absoluta porque existem, de maneira geral, um variado leque de *condições de precedência* que conferem uma certa segurança e certeza de que, sob tais condições, a dignidade humana – enquanto princípio – se sobreporá contra os princípios colidentes. Tais condições, afirma Alexy, são protegidas pelas regras a que correspondem consistem naquilo que o Tribunal³¹⁴ classifica como esfera *nuclear* da configuração da vida privada, protegida de forma absoluta³¹⁵.

Quando há casos em que a dignidade humana se encontra em posição relevante, a natureza de regra dita anteriormente é conhecida por meio da constatação de que não se questiona se ela prevalece sobre outras normas – mais comumente aos princípios, mas tão somente se ela foi violada ou não. Contudo, em face da abertura da norma jurídica da dignidade humana, existe uma ampla gama de resultados na análise de uma resposta a essa questão³¹⁶.

Isso porque, a partir do modelo semântico exposto anteriormente, percebe-se que o significado extraído do texto do artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal possibilita a construção de conceitos como *tratamento degradante*, *vida indigna e afins*, que se amoldam

³¹¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p.111.

³¹² Na Constituição Federal de 1988, o enunciado correspondente seria o artigo 1º, inciso III: *Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III - a dignidade da pessoa humana.*

³¹³ Sometimes a rule and a principle can play much the same role, and the difference between them is almost a matter of form alone. DWORKIN, Ronald. *The model of rules*. In *Arguing about law*. New York: Routledge, 2009, p.79

³¹⁴ O Tribunal Constitucional Federal, Corte constitucional na Alemanha. No Brasil, o Supremo Tribunal Federal se manifesta no seguinte sentido: “A Lei 8.899/1994 é parte das políticas públicas para inserir os portadores de necessidades especiais na sociedade e objetiva a igualdade de oportunidades e a humanização das relações sociais, em cumprimento aos fundamentos da República de cidadania e dignidade da pessoa humana, o que se concretiza pela definição de meios para que eles sejam alcançados.” (ADI 2.649, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 8-5-2008, Plenário, DJE de 17-10-2008).

³¹⁵ O sentido a ser entendido neste trecho é, na opinião do autor, a constatação de que a dignidade da pessoa humana é, em parte, princípio e núcleo essencial próprio e dos outros direitos fundamentais, que possui a estrutura de regra, por não admitir restrições.

³¹⁶ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p.112.

de acordo com as circunstâncias do caso³¹⁷ e, por isso, é possível a utilização do sopesamento³¹⁸. A contraposição de razões realizada nos trabalhos de sopesamento é que formará as condições para a prevalência da dignidade humana ou o princípio colidente³¹⁹. Se neste nível dos princípios a dignidade tem precedência, então, ela foi violada no nível das regras³²⁰.

É dizer, enfim, que o *princípio* da dignidade humana é sopesado diante de outros princípios com a finalidade de determinar o conteúdo da *regra* da dignidade humana, algo que pode ser percebido – afirma Alexy – na discussão sobre pena perpétua e/ou pena de morte³²¹.

Desta forma, Alexy conclui pela existência de duas normas jurídicas da dignidade humana: uma regra e um princípio, sendo que as condições que sustentam a relação de preferência do princípio da dignidade humana em face de outros princípios determina o conteúdo da regra da dignidade humana³²². Não seria, portanto, a existência de um princípio absoluto, mas sim a existência de uma regra, a qual, em razão de sua abertura semântica, não necessita de limitação em face de conflitos culminantes em relações de preferência³²³.

³¹⁷ O Plenário do STF, no julgamento da ADI 3.510, declarou a constitucionalidade do art. 5º da Lei de Biossegurança (Lei 11.105/2005), por entender que as pesquisas com células-tronco embrionárias não violam o direito à vida ou o princípio da dignidade da pessoa humana.

³¹⁸ Dworkin possui um discurso interessante para este momento: The Court construed the provision as a rule, but treated that rule as containing the word unreasonable, and as prohibiting only unreasonable restraints. This allowed the provision to function logically as a rule (whenever a court finds that the restraint is unreasonable it is bound to hold the action invalid) and substantially as a principle (a court must take into account a variety of other principles and policies in determining whether a particular restraint in particular circumstances is unreasonable). DWORKIN, Ronald. *The model of rules*. In *Arguing about law*. New York: Routledge, 2009, p.79

³¹⁹ Como visto anteriormente, quando tratou-se do sopesamento.

³²⁰ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p.113

³²¹ Essa discussão não tem atualmente solo fértil no Brasil, visto a restrição constitucional do artigo 5º, inciso XLVII, alíneas a e b: *Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XLVII - não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo.*

³²² ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008 p.113. Há que se discordar aqui de Alexy. Isso porque o reconhecimento da dignidade humana como regra e princípio atenta justamente contra a clareza sistemática conceitual que a teoria visa a resguardar. Mais adiante, com a exploração da idéia de *núcleo essencial*, será defendido pelo autor que a dignidade humana é princípio ao mesmo tempo que figura como núcleo essencial dos demais direitos fundamentais. É dizer: um direito fundamental que seja restrito até um determinado ponto que a restrição seja injustificada – tornando-se portanto uma violação – é quando começa seu núcleo essencial, que nada mais é do que a noção de dignidade humana.

³²³ A maior precisão e clareza terminológica é um dos principais fatores ou postulados de uma argumentação conduzida nos parâmetros da racionalidade prática: por esse meio se alcança a unidade interna e coerência sistemática entre os princípios e as normas do ordenamento. GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria da ciência jurídica*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009, p.148

Quando se tratou da primeira objeção, foi dito que os princípios podem tanto se ocupar de direitos individuais como de direitos e interesses coletivos. Quando um princípio se ocupa desta vertente coletiva, significa que há a exigência de que haja criação e manutenção de situações que satisfaçam condições que permitam além da satisfação de direitos individuais na medida do possível fática e juridicamente. É dizer, os princípios de direitos coletivos se relacionam com os individuais por meio de um jogo de meio e fim, que pode ser realizado no sentido contrário: um direito individual é um meio para a afirmação de um direito coletivo e vice-versa.

Tal conceito de princípio é definido por Dworkin, ainda que mais restritamente, afirma Alexy³²⁴. Dworkin entende os princípios como as normas que podem ser utilizadas como razões para direitos individuais – ou seja, apenas é princípio o que visa a assegurar o direito individual. Os princípios chamados coletivos por Alexy seriam, para Dworkin, *políticas públicas*³²⁵.

Superada as objeções daqueles que buscam rechaçar a concepção de princípio, passa-se agora a desenvolver a ideia do sopesamento para a formalização de um procedimento que seja capaz de atenuar o subjetivismo decorrente da pluralidade de valorações possíveis quando há a necessidade de sopesar princípios³²⁶.

4.7. A teoria dos princípios e a máxima da proporcionalidade

Ponto essencial da teoria de Alexy, é necessário que se entenda que *a máxima da*

³²⁴ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p.116

³²⁵ I call a policy that kind of standard that sets out a goal to be reached, generally an improvement in some economic, political, or social feature of the community (though some goals are negative, in that they stipulate that some present feature is to be protected from adverse change). I call a principle a standard that is to be observed, not because it will advance or secure an economic, political, or social situation deemed undesirable, but because it is a requirement of justice or fairness or some other dimension of morality. DWORKIN, Ronald. *The model of rules*. In *Arguing about law*. New York: Routledge, 2009, p.76. Ainda, esta concepção está presente nas obras *O império do direito* e *Levando os direitos a sério*. Caberessaltar, entretanto, que esta distinção não é fundamental em sua teoria: The distinction can be collapsed by construing a principle as stating a social goal (*i.e.*, the goal of a society in which no man profits by his own wrong), or by construing a policy as stating a principle (*i.e.*, the principle that the goal the policy embraces is a worthy one) or by adopting the utilitarian thesis that principles of justice are disguised statements of goals (securing the greatest happiness of the greatest number). DWORKIN, Ronald. *The model of rules*. In *Arguing about law*. New York: Routledge, 2009, p.76.

³²⁶ A tônica da discussão é dada pela perspectiva de mútua fertilização entre os procedimentos lógico-formais de análise da estrutura do sistema normativo e os estudos (pragmáticos) de sua funcionalidade em determinado contexto, o que leva ao desenvolvimento de uma teoria da argumentação jurídica, capaz de assegurar a racionalidade (prática) do processo de aplicação do direito. WILLIS, TCD, p.147.

*proporcionalidade*³²⁷ é um instrumento criado e utilizado para a resolução das colisões entre princípios, valendo dizer que esta se subdivide, ou nela estão contidos, três subexames. Esses três subexames são interdependentes, ou seja, dependem, para que se alcance o segundo, de o primeiro ser satisfeito e, por conseguinte, para que se alcance o último, de os dois anteriores serem satisfeitos³²⁸.

Nessa ordem, os referidos subexames são: (a) *adequação*, (b) *necessidade* e (c) *ponderação*, também chamada *proporcionalidade em sentido estrito*³²⁹.

Quando a decisão necessita e depende, no caso concreto, de uma resolução sobre qual princípio deve prevalecer –este ou aquele – na colisão, há de se fazer uma opção por um instrumento objetivamente estruturado para esta decisão. Alexy argumenta, o que aqui se acata integralmente, que é a máxima da proporcionalidade o melhor instrumento para o alcance desse fim, é dizer, para resolver, unicamente, a colisão entre princípios de uma maneira fundamentada e racional³³⁰. Antes de enfrentá-la, é impotente dizer que a máxima da proporcionalidade recebe tratamento diferente a partir dos diversos autores que sobre ela se ocuparam, sendo contraproducente tentar conciliar todas essas posições, exceto no que tange ao entendimento no sentido de que se trata de um instrumento de *reflexão* sobre os meios utilizados para alcance do fim que se busca através do ato analisado – já reforçado anteriormente. Assim, para manter a coerência com os objetivos do presente trabalho, compartimentou-se o discurso na visão de Alexy, mantendo-se a linha de pensamento e

³²⁷ Vários autores entendem a proporcionalidade como regra. Dentre eles, Virgílio Afonso da Silva e Luiz Guilherme Arcaro Conci. Entendemos que a máxima tem o sentido de um *instrumento inerente à própria aceitação da estrutura das normas jurídicas*.

³²⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. *O Proporcional e o razoável*. Revista dos Tribunais, São Paulo: RT, v. 798, abr. 2002, p. 34-35.

³²⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 114.

TRIDIMAS, Tarkis. *Proportionality in Community Law: Searching for the Appropriate Standard of Scrutiny*. In: ELLIS, Evelin (org.). *The principle of proportionality in the laws of Europe*. Oxford: Hart, 1999, p. 68. Diz o autor que há certa confusão na aplicação do “princípio da proporcionalidade” ao direito comunitário, com um teste duplo e não triplo como defendemos, e, ainda, em uma confusão entre os subexames: “O teste tripartite recebeu algum suporte judicial mas, na prática, a Corte não distingue na sua análise entre o segundo e o terceiro subexame (necessidade e proporcionalidade em sentido estrito). Também, como se verá, em alguns casos, a Corte diz que um meio é compatível com a proporcionalidade sem pesquisar por alternativas menos restritivas ou se, eventualmente, existem alternativas. A característica essencial do princípio é que a Corte faz uso de uma exercício de sopesamento entre os objetivos perseguidos pelo meio sob julgamento e seus efeitos sobre as liberdades individuais”.

BOCKENFORDE, Ernst Wolfgang. *Escritos sobre Derechos Fundamentales*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993, p. 124: o autor fala de uma “proporcionalidad-adequacion” em confronto com a “proporcionalidade clásica”, defendendo, que seja o terceiro exame (ponderação) refutado. Essa posição contrária de Bockenforde contra a juridicidade da ponderação é citada por SILVA, Virgílio Afonso da. *O Proporcional e o razoável*. Revista dos Tribunais, São Paulo: RT, v. 798, abr. 2002, p. 35.

³³⁰ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 111-112.

exposição desta parte do trabalho³³¹.

Visto que a *máxima da proporcionalidade* é um instrumento para resolver colisões de princípios, vale reafirmar que ela se subdivide, ou nela estão contidos, três subexames, a seguir delineados.

4.7.1. O exame de adequação

O exame da proporcionalidade tem por finalidade analisar a *relação meio e fim* entre a medida adotada e o fim almejado, e exige que se verifique se o meio adotado *fomenta*³³² o alcance do fim objetivado³³³, e mais, se este fim, por sua parte, é legítimo, o que significa dizer que se deve verificar se não está proibido tanto expressa quanto implicitamente pela Constituição³³⁴.

O exame da adequação – e aqui cumpre ressaltar a advertência de Luiz Guilherme ArcaroConci³³⁵ –, quando sem a verificação da legitimidade do fim, se faz

³³¹ Posição distinta, também, é utilizada pelo Direito francês, cf. EMILIOU, Nicholas. *The Principle of proportionality in European Law – A comparative study*. London: Kluwer Law International, 1996, p. 88: “Na maioria dos casos, o critério para a aplicação do princípio da proporcionalidade está baseado em *standards* de lógica, ciências naturais etc., comumente aceitos. Há casos, entretanto, em que a proporcionalidade da ação administrativa é estabelecida de acordo com *standards* estabelecidos pela lei (e.g. a necessidade de outorgar poderes sobre a polícia aos prefeitos para a manutenção da ordem pública). Ao se estabelecer uma relação entre vários fatos, todavia, é somente um aspecto da tomada de decisão administrativa. A ação administrativa sempre envolve um complexo processo de junção e sopesamento de fatos e a aplicação do direito a uma situação dada. Diferentes fatores devem ser pesados, prioridades devem ser estabelecidas e conclusões legais alcançadas. Aqui o princípio da proporcionalidade retorna à situação. De um modo amplo, esse princípio está ligado à administração, à razoabilidade e a um procedimento justo. Esse conceito vago de proporcionalidade facilita sua utilização pois acaba por criar um sentido amplo sem fronteiras claras”.

³³² *Fördern*, do Alemão

³³³ SILVA, Virgílio Afonso da. *O Proporcional e o razoável*. Revista dos Tribunais, São Paulo: RT, v. 798, abr. 2002, p. 36-37: Adequado, então, não é somente o meio cuja utilização a realização de um objetivo é alcançado, mas também o meio com cuja utilização a realização de um objetivo é fomentada, promovida, ainda que o objetivo não seja completamente realizado. Há uma grande diferença entre ambos os conceitos, que fica clara na definição de Martin Borowski, segundo a qual uma medida estatal é adequada quando o seu emprego faz com que o ‘objetivo legítimo pretendido seja alcançado ou pelo menos fomentado’. Dessa forma, uma medida somente pode ser considerada inadequada se sua utilização não contribuir em nada para fomentar a realização do objetivo pretendido.

³³⁴ PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centros de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, p. 690.

³³⁵ O exame da adequação tem por finalidade analisar a relação meio-fim entre a medida adotada e o fim almejado e exige que se verifique se o meio adotado fomenta o alcance do fim objetivado e que esse fim, por sua parte, é legítimo, o que significa dizer que se deve verificar se não está proibido tanto expressa quanto implicitamente pela Constituição. Parece-me que o exame da adequação sem a verificação da legitimidade do fim se faz enfraquecido, pois a quase qualquer medida poderia ser assim conferido o selo de adequação. Há que se dizer que não se exige, para que sejam cumpridos os ditamos deste exame, que o fim seja efetivamente alcançado. Basta que esteja o meio apto a fomentar o alcance, ou seja, que esse meio tenha condições de alcançar e não que seja o fim alcançado obrigatoriamente, vez que exigir o alcance efetivo impede que se entenda a interpretação do direito como algo complexo e contingente, ou seja, que para o alcance de um fim legítimo há mais que uma possibilidade e que é o momento da tomada da decisão que importa para a escolha, sendo possível

enfraquecido, pois a quase toda medida poderia ser assim conferido o selo de adequação³³⁶.

Há de se dizer que não se exige, para que sejam cumpridos os ditamos deste exame, que o fim seja *efetivamente* alcançado³³⁷. Basta que esteja o meio *apto* a fomentar o alcance, e não se revelando necessário que o fim seja efetivamente alcançado, vez que exigir o alcance efetivo impede que se entenda a interpretação do direito como algo complexo e contingente, ou seja, que para o alcance de um fim legítimo há mais que uma possibilidade e que é o momento da tomada da decisão que importa para a escolha, sendo possível que em um futuro, entre as mesmas possibilidades interpretativas, seja outra delas escolhida³³⁸.

Igualmente, trata-se de refletir sobre a *falência* da ideia da racionalidade objetiva absoluta e da verificação de que o erro, eventualmente, pode fazer parte do processo de escolha no Direito, pois nem os parlamentos nem muito menos os tribunais estão aptos, por óbvio, a dar a resposta exata – e única – para os problemas concretos, sendo de sua alçada oferecer a *melhor* delas.

Trata-se do exame mais *leve*³³⁹ entre os que compõem a máxima da proporcionalidade.

Alexy³⁴⁰ ilustra a utilização do subexame da adequação com o caso do barbeiro que, após instalar uma máquina de venda de tabaco, teve contra si imposta uma sanção pela

que em um futuro, entre as mesmas possibilidades interpretativas, seja outra delas escolhida. Outrossim, trata-se de refletir sobre a falência da ideia da racionalidade objetiva absoluta e da verificação de que o erro, eventualmente, pode fazer parte do processo de escolha no Direito, pois, nem os parlamentos, nem, muito menos, os tribunais, estão aptos, por óbvio, a dar a resposta exata (única) para os problemas concretos, sendo de sua alçada oferecer a melhor delas. CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. *Colisões de direitos fundamentais nas relações jurídicas travadas entre particulares: problemas de intensidade e a regra da proporcionalidade*. Dissertação de Mestrado. São Paulo: PUC-SP, 2006, p.127.

³³⁶ Com isso, apartamo-nos, ligeiramente, da análise de Alexy que não verifica na adequação a necessidade de apontar-se a legitimidade do fim. Mesmo porque, com isso, altera-se uma a visão de que é um exame unicamente fático, ou seja, ao exigir tanto a legitimidade quanto o fomento do alcance do fim, transforma-se em um exame híbrido, tanto fático (fomento) quanto jurídico (legitimidade).

³³⁷ BOROWSKI, Martin. *La Estructura de los Derechos Fundamentales*. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2003, p. 130: “Una medida estatal es idónea si su adopción conduce a que se alcance el fin legítimo perseguido por el Estado. Un fin es legítimo si su consecución está ordenada o en todo caso permitida constitucionalmente. Los fines ilegítimos son sólo aquellos cuya obtención está prohibida por la Constitución”.

STEINMETZ, Wilson. *A Vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 212: diz o autor que o meio deve ser “apto, útil, idóneo ou apropriado para atingir ou promover o fim pretendido”.

³³⁸ Cuida-se, a nosso ver, dos conceitos de complexidade e contingências da teoria dos sistemas luhmanniana. Entre outros, cf. CAMPILONGO, Celso. *O direito da sociedade complexa*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

³³⁹ Essa é a metáfora mais adequada, seguindo também a de Dworkin: *peso*.

³⁴⁰ ALEXY, Robert. *Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales*. Revista Española de Derecho Constitucional, n. 66, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, set./dez. 2002, p. 27-28.

administração pública em decorrência da existência de lei que exigia, para a comercialização de tabaco, que fosse comerciante formado ou de há muito tempo, ou que passasse por uma prova especial para tanto. Inconformado, recorreu o comerciante à jurisdição ordinária e, após, à jurisdição constitucional do Tribunal Constitucional. Diante deste caso, Alexy detalha que o Tribunal Constitucional Federal Alemão tratou de verificar o seguinte: a) se estaria posta uma colisão de princípios, tais os da *liberdade de profissão* – *Princípio₁*, de um lado, e a *proteção dos consumidores*, em relação à saúde – *Princípio₂* de outro; b) se o meio *M* fomentaria o alcance do fim voltado para a proteção dos consumidores, é dizer, exigir a comprovação de *M* fomentaria a efetiva proteção do *Princípio₂*? Entendeu o tribunal que não, uma vez que exigir curso especial, aprovação em prova especial ou ser comerciante há muito, não garante que se alcance, nem fomenta a proteção do consumidor, dado que o dano à saúde dos consumidores não decorre disto, e sim do uso do próprio tabaco, tratando-se, assim, de meio inadequado para o fim objetivado.

4.7.2. O exame da necessidade

Superado o exame da adequação, alcança-se o da necessidade.

O exame da necessidade, *fático*, cuida de verificar se existe outra medida que fomenta o alcance do fim almejado com tamanha intensidade e que, por outro lado, faça-o sem restringir tão intensamente um dos princípios que se encontra em colisão. Isso quer dizer que, em se tratando de uma colisão entre dois princípios, deve haver, além da medida tomada, outra que, ao dar prioridade a um dos princípios, não limite com tamanha intensidade o princípio preterido³⁴¹. Em síntese, busca-se que de *dos medios igualmente idóneos sea escogido el más benigno con el derecho fundamental afectado*³⁴².

Trata-se de exame que exige uma comparação entre possíveis medidas que fomentem o alcance do fim almejado com a mesma intensidade, e, assim, que esse meio seja o

³⁴¹SILVA, Virgílio Afonso da. *O Proporcional e o razoável*. Revista dos Tribunais, São Paulo: RT, v. 798, abr. 2002, p. 38-39: Excelente a definição do autor para quem “um ato estatal que limita um direito fundamental é somente necessário caso a realização do objetivo perseguido não possa ser promovida, com a mesma intensidade, por meio de outro ato que limite, em menor medida, o direito, para promover o objetivo *O*, o Estado adote a medida *M1*, que limita o direito *D*. Se houver uma medida *M2* que, tanto quanto *M1*, seja adequada para promover com igual eficiência o objetivo *O*, mas limite o direito fundamental *D* em menor intensidade, então a medida *M1*, utilizada pelo Estado, não é necessária. A diferença entre o exame da necessidade e o da adequação é clara: o exame da necessidade é um exame imprescindivelmente comparativo, enquanto o da adequação é um exame absoluto.

³⁴²ALEXY, Robert. *Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales*, Revista Española de Derecho Constitucional, n. 66. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, set./dez. 2002, p. 28.

mais *suave*³⁴³. Pode ocorrer, entretanto, que não disponha aquele que decide a colisão de princípios de conhecimento científico suficiente para optar por uma ou outra medida possível, caso em que, havendo previsão legislativa sobre a questão, deve a medida previamente escolhida, e sob análise, ser privilegiada³⁴⁴, se não se configurar excessivamente restritiva³⁴⁵. Trata-se de *expressar la idea del óptimo de Pareto: una posición puede ser mejorada, sin que otra empeore*³⁴⁶.

O exame da necessidade decorre, de acordo com Alexy, do caráter principiológico das normas de direitos fundamentais. Desse subexame podemos depreender que mesmo a medida adotada seja a melhor possível, ela ainda irá restringir alguma forma, a realização de um dos princípios colidentes. É por isso que ao exame da necessidade deve se seguir sempre o exame da proporcionalidade em sentido estrito, isto é, a exigência de ponderação ou sopesamento.

4.7.3. O exame da ponderação/proporcionalidade em sentido estrito³⁴⁷

Este exame depende, como dito anteriormente, do fato de se ter atendido, na edição do ato, ou medida em análise, aos dois anteriores exames: *adequação* e *necesidade*. Ultrapassados aqueles, chega-se ao exame *jurídico* da ponderação ou da proporcionalidade em sentido estrito.

A ponderação exige que se verifiquem os custos da restrição de um direito fundamental veiculado a partir de princípio em favor da garantia ou preferência dada a outro princípio com este em colisão. Por isso, estrutura-se *la ponderación* a *obligar a formular y fundamentar enunciados sobre el grado de no realización y afectación como así también enunciados sobre el grado de importancia; aquí interesa todo argumento posible en la argumentación jurídica*. Trata-se de estruturar os argumentos em favor e contrários a cada princípio em colisão, de forma que se verifique, ante o sistema jurídico, se a restrição de um dos princípios em favor de outro é admitida pelo próprio sistema. Para isso, deve-se verificar

³⁴³ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria Processual da Constituição*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002, p. 85.

³⁴⁴ ALEXY, Robert. *Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales*. Revista Española de Derecho Constitucional, n. 66, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, set./dez., 2002, p. 29-30.

³⁴⁵ Aqui se coloca, por exemplo, a discussão em torno da utilização das células-tronco.

³⁴⁶ ALEXY, Robert. *Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales*. Revista Española de Derecho Constitucional, n. 66, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, set./dez. 2002, p. 28.

³⁴⁷ O princípio da proporcionalidade em sentido estrito corresponde à própria verificação do núcleo essencial dos direitos fundamentais, ou seja, é o exame jurídico que fixa o limite das restrições dos direitos fundamentais, cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 290-291.

que *cuantomayoresel grado de incumplimiento o de afectación de un principio, tanto maior tiene que ser la importância delcumplimientodelotro*³⁴⁸. Todavia, a importância do cumprimento do outro deve ser verificada a partir da própria importância que o sistema jurídico dá aos princípios em colisão, e não ser direcionada àquele que foi favorecido ou preterido na própria colisão.

É de se analisar, a partir do direito positivo, se a medida verificada e o fim buscado respeitam o sentido que decorre do sistema jurídico para privilegiar um dos princípios em detrimento de outro no caso concreto³⁴⁹.

Assim, podemos dividir o processo ponderativo em três passos, verificando: a) o grau de afetação de um dos princípios; b) a importância da satisfação do princípio em colisão com o primeiro; c) se a importância da afetação a um dos princípios justifica a satisfação do outro³⁵⁰. Para estruturar esse processo construtivo propõe-se que se formule uma escala de três graus para cada princípio em colisão, no sentido de satisfação/não satisfação de cada um deles³⁵¹.

Para isso, Alexy cria a necessidade de que, além de se verificar o grau de satisfação/não satisfação de cada princípio, se imponha a classificação deste grau em: a) leve; b) média; e c) grave a satisfação/não satisfação de cada qual³⁵².

³⁴⁸ ALEXY, Robert. Conceito e Validade do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 206.

³⁴⁹ ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del Derecho*. 2ª ed. Barcelona: Gedisa, 1997, p. 171: “Las condiciones de precedencia establecidas en un sistema jurídico, es decir, las reglas que se corresponden con la ley de colisión, proporcionan información acerca del peso relativo de los principios. Desde luego, a causa de la posibilidad de nuevos casos con nuevas combinaciones de características que deben ser evaluadas, no es posible construir con su ayuda ningún orden que establezca en cada caso justamente una decisión. Pero, con todo, se abre la posibilidad de un procedimiento de argumentación que no existiría sin los principios”. Grifamos da edição em espanhol.

³⁵⁰ ALEXY, Robert. *Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales*, Revista Española de Derecho Constitucional, n. 66, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, set./dez. 2002, p. 32.

³⁵¹ *Idem*, p. 33.

³⁵² Nesse sentido, utiliza-se do caso *Titanic* para expor sua tese tripartite de graus de satisfação/insatisfação que se inserem no subexame da proporcionalidade em sentido estrito. Trata-se de caso em que a revista satírica *Titanic* chamou de “assassino nato” e, posteriormente, de “aleijado” um oficial da reserva que era paraplégico e que havia sido convocado novamente à ativa para participar de um exercício militar. O tribunal de Düsseldorf condenou a revista a uma indenização de 12.000 marcos levando em conta as duas assertivas. Após isso, a revista recorreu ao Tribunal Constitucional Federal, que conduziu uma *ponderação relativa às circunstâncias do caso concreto*. Assim, a decisão analisada sob o prisma da regra da proporcionalidade é a decisão do Tribunal de Düsseldorf. Para chegar ao resultado final, o TCF, primeiramente, ponderou sobre a intensidade ou peso da intervenção sobre os direitos envolvidos (liberdade de expressão e honra), veiculados a partir de princípios. Após seu exame a partir da regra da proporcionalidade, a condenação ao pagamento da indenização decorrente do julgado do Tribunal de Düsseldorf foi considerada como uma intervenção dura, *grave*, na liberdade de expressão, pois ter chamado o autor da ação de “assassino nato” estava dentro das sátiras realizadas costumeiramente pela publicação, é dizer, seria costumeiro que uma revista satírica assim se manifeste sobre

A conexão entre a teoria dos princípios e a *máxima da proporcionalidade* não poderia ser mais estreita: ela decorre da própria aceitação da natureza dos princípios. É dizer, afirmar que a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade significa que a proporcionalidade, com suas três máximas parciais – sejam *regras*, ou com natureza semelhante às regras – vale dizer, a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em

peças. Com isso, acabou por rever a decisão anteriormente referida, e considerou uma lesão *leve* ao direito à honra, sendo que o TCF entendeu que, a condenação ao pagamento da indenização, que é uma intervenção *grave* ao direito fundamental da liberdade de expressão, estaria justificada, somente, se fosse configurada uma lesão igualmente *grave* ao direito à honra. Porém, quanto ao apelido de “aleijado”, o tribunal entendeu que castiga *gravemente* o direito à honra do oficial da reserva, que era paraplégico, vez que chamar de aleijado a uma pessoa portadora de deficiência física deve ser entendido como uma humilhação e uma grande falta de respeito. Desse modo, temos, à nossa frente, uma intervenção *grave*, decorrente da indenização decidida com o fim de limitar o direito à livre expressão, que se faz relevante dada a extrema importância de se proteger o direito à honra no caso concreto. Nesse sentido, no recurso interposto pela revista *Titanic*, foi dado provimento somente em relação à indenização pelo uso do adjetivo “assassino nato”, indeferindo o recurso quanto a injúria de “aleijado”, mantendo-se a condenação somente quanto a essa última expressão. Alexy admite ser discutível se o apelido “assassino nato” representa apenas uma intervenção *leve* ou *média* ao direito à honra. Porém, o que interessa discutir é de que forma chamar alguém de “aleijado” afeta de uma maneira intensa os princípios da liberdade de expressão e a honra. Ou seja, é a ponderação de quão grave é a lesão. “Uma humilhação pública e uma falta de respeito semelhantes afetam a dignidade do ex-militar. Não se trata então de uma lesão *grave*, mas de uma lesão *muito grave* ou *extraordinariamente grave*”. Alexy diz que, embora os direitos fundamentais, interpretados como princípios, possuam gradações de limites no ato de ponderar, tais limites não podem ser concebidos como “imóveis e livres da *ponderação*”, mas, sim, como pautas *fixas e claras*, pois existem razões *plausíveis* que os corroboram.

Nesse momento de exame jurídico a partir da ponderação deve o sistema jurídico oferecer um norte para a decisão, pois se trata, a nosso ver, de aplicar método parecido com o sistemático, tão conhecido e antigo, ainda que desprestigiado pelos defensores da “nova interpretação constitucional”, que, a nosso ver, não é nova nem, muito menos, especificamente constitucional, vez que raras vezes é utilizada sem que seu objeto seja a legislação infraconstitucional, além de não enfrentar o problema da alteração do Direito como um todo e da própria dogmática jurídica cambiante (Há críticas interessantes em SILVA, Virgílio Afonso da. *Interpretação Constitucional e Sincretismo Metodológico*. In: SILVA, Virgílio Afonso da (org.). *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 141, principalmente quanto ao conceito de sincretismo metodológico. Não concordamos com o autor quando esse diz que há uma diferenciação entre a interpretação constitucional e de outros ramos do Direito. Isso porque acreditamos que o que foi alterado, principalmente, no século passado, foi toda a dogmática do direito e não somente a da constituição. Trata-se, ao nosso ver, de observação parcial de um fenômeno global no Direito).

No mais, a ponderação carrega consigo a necessidade de um intérprete que participe mais do processo de construção do Direito e, quanto ao próprio Direito, um avanço quanto à sua adaptabilidade. Isso porque nem sempre é possível que o legislador tutele expressamente a resolução de todos os problemas, e nem deveria sê-lo, vez que não dispõe mais do monopólio na construção do Direito. A análise jurídica da ponderação exige que se tome como premissa que o Direito positivo não oferece como um dado toda e qualquer decisão, mas se trata de uma construção que se renova a caso concreto que se decide.

Transparente se torna após uma reflexão sobre o juízo de ponderação que este não oferece a mesma certeza de resultado que os métodos hierárquico ou cronológico, do raciocínio subsuntivo, por exemplo. Não se trata de um escudo à infalibilidade. Mas, com isso, não se admite o chame de vazio. Trata-se de verificar que são as conjugações jurídicas do caso concreto, quanto à colisão de princípios, assimiladas ao papel construtivo do intérprete (decisor), que fazem com que se a imponha como um método que atribui alguma contenção ao intérprete, que deve disponibilizar àquele que se debruça para verificar sua decisão uma argumentação a mais consistente possível. Ou, ainda, de oxigenar o direito com a realidade, em um movimento pendular que oferece às duas partes (princípios) elementos de retroalimentação. (*Idem*, p. 34 e ss).

Isso será analisado também um pouco mais adiante, à medida que a obra de Alexy se desdobra.

sentido estrito/ponderação, decorre logicamente na natureza dos princípios, ou seja, que a proporcionalidade é dedutível dessa natureza³⁵³.

Cumprе advertir aqui também que a *ponderação*, ou *proporcionalidade em sentido estrito*, como denominam alguns juristas, decorre da relativização em face das possibilidades *jurídicas*. Já os subexames da *necessidade* e da *adequação* decorrem da natureza dos princípios como mandamentos de otimização em face das possibilidades *fáticas*. Ademais, não há que se confundir aqui *proporcionalidade* com *razoabilidade*: o conceito de razoabilidade corresponde apenas ao primeiro dos três subexames da proporcionalidade, isto é, apenas a exigência da adequação³⁵⁴.

Finalmente, cumpre ressaltar que a dedução acima exposta é uma fundamentação da máxima da proporcionalidade a partir das normas de direitos fundamentais, à medida que tenham caráter de princípio. Não são excluídas, entretanto, outras fundamentações, como as que se baseiam no princípio do Estado de Direito, na prática jurisprudencial ou no conceito de justiça³⁵⁵. À medida que forem relevantes, são eles reforços bem-vindos à fundamentação a partir dos direitos fundamentais, afirma Alexy em sua obra³⁵⁶. Tais questões acerca destas fundamentações serão exploradas mais adiante, no momento da análise dos modelos de normatividade dos direitos.

4.8. Três modelos para a concepção dos direitos

Alexy conclui que a análise até esse ponto demonstra que as normas de direitos fundamentais podem ser classificadas como princípios. Aduz neste momento ainda que, com a utilização da máxima da proporcionalidade – a lei de colisão –, fica estabelecida a ligação entre as normas de direitos fundamentais enquanto princípios e as regras de direitos

³⁵³ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p.116-117

³⁵⁴SILVA, Virgílio Afonso da. *O Proporcional e o Razoável*, Revista dos Tribunais, São Paulo: RT, v. 798, abr. 2002, p. 32-33: a exigência de razoabilidade, baseada no devido processo legal substancial, traduz-se na exigência de “compatibilidade entre o meio empregado pelo legislador e os fins visados, bem como a aferição da legitimidade dos fins”. Barroso chama a primeira exigência – compatibilidade entre meio e fim -de razoabilidade interna, e a segunda – legitimidade dos fins –, de razoabilidade externa. Essa configuração da regra da razoabilidade faz com que fique nítida sua não-identidade com a regra da proporcionalidade. O motivo é bastante simples: o conceito de razoabilidade, na forma como exposto, corresponde apenas à primeira das três sub-regras da proporcionalidade, isto é, apenas a exigência de adequação. A regra da proporcionalidade é, portanto, mais ampla do que a regra da razoabilidade, pois não se esgota no exame da compatibilidade entre meios e fins, conforme ficará claro mais adiante.

³⁵⁵ É dizer, fundamentar a viabilidade da existência da máxima da proporcionalidade dentro de um ordenamento por meio da ideia do Estado de Direito, da necessidade de se prolatar decisões satisfatórias para a sociedade como um todo e/ou da justiça.

³⁵⁶ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p.120

fundamentais consubstanciadas na decisão: *as condições sob as quais um princípio prevalece sobre outro constituem o suporte fático de uma regra, a qual expressa as consequências jurídicas do princípio prevalente*³⁵⁷. Isso leva à seguinte discussão, que será adiante analisada: os direitos fundamentais podem ser compreendidos em um modelo puro de princípios, de regras ou de ambos? Há, na dogmática jurídica, diversos autores que constroem modelos puros de regras ou de princípios, que serão aqui abordados de uma perspectiva crítica. Alexy, desconstruindo esses modelos, propõe a construção de *um modelo misto de regras e princípios*, como se passará a ver.

As observações acima desenvolvidas sugerem um modelo simples de normas de direitos fundamentais, que seria de duas espécies: princípios e regras. As garantias estabelecidas diretamente pelas disposições de direitos fundamentais devem ser compreendidas como princípio, enquanto as regras, por sua vez, surgem da *fixação de relações de precedência como resultados de sopesamentos*³⁵⁸. A partir da constatação de que, neste modelo, as regras são inteiramente dependentes dos princípios, é possível denomina-lo como um *modelo puro de princípios*³⁵⁹.

Esse modelo tem por argumento principal a ideia da autodeterminação individual dos princípios enquanto direitos fundamentais. Essa ideia, contudo, é ilusória, visto que parte da crença ingênua de que todas as colisões dos inúmeros casos podem ser resolvidas com a ajuda somente das disposições sobre reservas e restrições contidas no texto constitucional, afirma Alexy. É mais prudente, diz, partir da ideia, por ele desenvolvida em sua teoria, de que toda norma de direito fundamental – e jurídica, como acreditamos – vale somente se a um interesse de liberdade protegido não forem contrapostos interesses (bens jurídicos/valores) de maior valor.

As objeções contra tal modelo puro de princípios são óbvias. A principal delas sustenta que esse modelo não levaria a sério a Constituição escrita. Essa objeção baseia-se sobretudo no fato de que um modelo puro de princípios passaria ao largo da regulação diferenciada sobre as restrições a direitos fundamentais, presente na Constituição alemã. O constituinte rejeitou expressamente uma cláusula geral de restrição e dotou cada garantia de direito fundamental de regras muito distintas acerca de possíveis restrições. À medida que um

³⁵⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p.121

³⁵⁸ Os precedentes, mais uma vez, são *regras* para Alexy.

³⁵⁹ A respeito, verificar o posicionamento de Eike von Hippel apud ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p.121

modelo puro de princípios não leva a sério essa regulação, é possível criticá-lo por ser contrário ao texto constitucional³⁶⁰, substituindo vinculação por sopesamento.

Visando à construção de um panorama radicalmente diferente das consequências do modelo anterior, aquele que ora se passa a analisar busca construir uma prática que preze pela vinculação ao texto constitucional, segurança jurídica e previsibilidade. Um modelo puro de regras é, sem dúvida, a alternativa mais atraente para consagrar tais objetivos. Aqueles que defendem um modelo puro de regras, quando analisam a estrutura da norma jurídica, são os que consideram que as normas de direitos fundamentais – jurídicas em geral –, por mais que possam ser carentes de complementação, são sempre aplicáveis sem o recurso a ponderações e são, nesse sentido, livres de sopesamentos, portanto³⁶¹. Mesmo que no modelo puro de regras permaneça a complexa tarefa de interpretar as disposições de direitos fundamentais – ou seja, ainda aqui neste modelo, admite-se o viés semântico da norma –, nele se renuncia ao sopesamento, sobre o qual pesa a principal crítica de subjetivismo, psicologismo e insegurança, relegando a interpretação apenas aos métodos tradicionais³⁶².

Somente esta pretensão já seria razão suficiente para perceber que não seria possível sustentar um *modelo puro de regras*. Esta percepção se sustenta na base da análise

³⁶⁰ As normas de direitos fundamentais são comumente qualificadas como princípios. Isso ocorre em face da forte carga axiológica dos direitos por elas consagrados, de sua elevada posição na hierarquia do ordenamento jurídico, e do fato de sua aplicação, na maioria dos casos, entrar em conflito com a aplicação de outras normas, casos que são resolvidos quase sempre pelo método da ponderação. Esse modelo puro de princípios, apesar de conseguir expressar melhor as características dessas normas – generalidade, abstração, fundamentalidade formal e material etc. – é criticado por relegar a natureza peremptória dos direitos fundamentais, ao considerar como imprescindível a realização de ponderações prévias que definam o seu conteúdo normativo vinculante para o caso concreto. As teorias que identificam nessas normas uma estrutura de princípios acabam negando a existência de normas de direitos fundamentais estabelecem determinações precisas e que, em princípio, não se submetem a ponderações. PEÑA FREIRE, Antonio M. *La garantía en el Estado Constitucional de Derecho*. Madrid: Trotta; 1997, p.117 apud VALE, André Rufino do. *A estrutura das normas de direitos fundamentais: repensando a distinção entre regras, princípios e valores*. Dissertação de Mestrado. Universidade de Brasília: 2006 p.142.

³⁶¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p.123

³⁶² As doutrinas que levam a sério as críticas ao modelo de princípios elaboram propostas teóricas que caracterizam as normas de direitos fundamentais como verdadeiras regras. O intuito primordial desse modelo puro de regras é propiciar a segurança jurídica e o respeito pelo conteúdo prescriptivo dessas normas, tomando em consideração sua inegável natureza peremptória. As objeções ao modelo de regras são óbvias, pois, apesar de sua vantagem em proporcionar maior previsibilidade quanto ao conteúdo normativo vinculante dos direitos fundamentais, ele se mostra incapaz de compreender certas funções que as normas de direitos fundamentais desempenham na sistematização do ordenamento e no raciocínio jurídico. Esse modelo insiste na aplicação técnica e silogística das normas de direitos fundamentais, utilizando-se para tanto dos vetustos métodos da hermenêutica jurídica, desconhecendo que, na maioria dos casos, a ponderação é inevitável. PEÑA FREIRE, Antonio M. *La garantía en el Estado Constitucional de Derecho*. Madrid: Trotta; 1997, p.116 apud VALE, André Rufino do. *A estrutura das normas de direitos fundamentais: repensando a distinção entre regras, princípios e valores*. Dissertação de Mestrado. Universidade de Brasília: 2006, p.143.

detrês submodelos – chamado também de *modelo triádico da reserva legal*³⁶³: *sem reserva*, *reserva simples* e *reserva qualificada*, que são as maneiras pelas quais direitos são normatizados. Bastaria, segundo Alexy, verificar a incompatibilidade destes submodelos com o modelo puro de regras para se concluir que este último é insustentável³⁶⁴.

A primeira constatação nesse submodelo é a de que não é possível falar em restrições aos direitos fundamentais. Contudo, há que se convir que *nem tudo aquilo que puder, de alguma forma, ser incluído no suporte fático de uma norma garantida sem reservas será, ao final, protegido pelo direito fundamental em questão*³⁶⁵. Isso por si só já derruba a possibilidade de uma elaboração de direitos garantidos sem reserva. Um modelo puro de regras, entretanto, não precisa ser pensado somente desta maneira radical³⁶⁶. É possível justificar uma não abrangência ou não proteção de um determinado direito por força da presença de uma *cláusula restritiva não escrita*, obtida por meio de uma análise geral e sistemática do texto legal. O que interessa aqui, porém, é somente a possibilidade, no âmbito deste submodelo, de estabelecer *critérios* que possibilitem decisões acerca da extensão da proteção de um direito fundamental sem o recurso a qualquer forma de sopesamento³⁶⁷.

³⁶³ No debate jurídico de outros países – como Alemanha e Portugal, por exemplo –, a possibilidade de restrição a direitos fundamentais é as vezes associada à idéia de reserva legal. Isso, entre outras razões, porque as constituições desses países, em seus catálogos de direitos fundamentais, contêm diversas disposições sobre a restringibilidade dos direitos fundamentais. Com base nesse material, a doutrina desenvolveu uma teoria triádica sobre a chamada *reserva legal*, composta por (1) direitos fundamentais submetidos a reserva legal simples; (2) direitos fundamentais submetidos a reserva legal qualificada e (3) direitos fundamentais não submetidos a reserva legal. SILVA, Virgílio Afonso da. *Os direitos fundamentais e a lei: a constituição brasileira tem um sistema de reserva legal?* In NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (orgs.). *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.605-606.

³⁶⁴ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p.124

³⁶⁵ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p.124

³⁶⁶ Direitos fundamentais não submetidos a reserva legal seriam aqueles garantidos por dispositivos constitucionais que não fazem menção a nenhuma possibilidade de intervenção legal em seu âmbito. No caso da constituição brasileira, um exemplo de direito não submetido a reserva legal seria, segundo Edilson Pereira de Farias, o direito garantido pelo art.5º, IX (liberdade intelectual, artística e científica). A principal consequência da existência de direitos fundamentais não submetidos a reserva legal seria, segundo alguns autores, a sua não-restringibilidade. Nesse sentido, por exemplo, Friedrich Müller sustenta não somente que um “direito fundamental garantido sem reserva legal não pode ser restringido nem por uma lei nem com base em uma lei”, mas também que nem o Judiciário poderia restringir um direito fundamental não submetido a uma previsão expressa de restringibilidade. SILVA, Virgílio Afonso da. *Os direitos fundamentais e a lei: a constituição brasileira tem um sistema de reserva legal?* In NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (orgs.). *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.607.

³⁶⁷ Quando dois princípios entram em colisão, um deles deve ceder ante o outro, mas isso não significa que se tenha de declarar a invalidez do princípios afastado ou nele inserir uma cláusula de exceção. O que ocorre é que, de acordo com as circunstâncias de determinado caso, um dos princípios deve prevalecer ante o outro. Sob outras circunstâncias, observadas em caso distinto, o princípio antes rechaçado poderá ter prevalência. A solução dependerá, portanto, do contexto fático e jurídico de cada caso. VALE, André Rufino do. *A estrutura das normas de direitos fundamentais: repensando a distinção entre regras, princípios e valores*. Dissertação de Mestrado. Universidade de Brasília: 2006, p.84.

De acordo com Alexy, não existem critérios aptos a solucionar conflitos entre direitos – fundamentais, no que tange a sua teoria – que não se utilizem de alguma forma de sopesamento. Os conflitos que surgem nesse âmbito, como demonstra inclusive a jurisprudência dos Tribunais responsáveis pela jurisdição constitucional, só podem ser resolvidos – continua Alexy – a partir do exame de qual dispositivo constitucional tem um maior peso para a questão concreta e posta para ser decidida. A norma mais fraca só pode ser deixada em segundo plano na medida do necessário, do ponto de vista lógico e sistemático; em qualquer caso, o seu conteúdo axiológico fundamental – o seu núcleo essencial/mínimo existencial – deve ser respeitado³⁶⁸.

Alexy dá como exemplo de uma teoria que, à primeira vista, parece prescindir de sopesamentos – e que, com isso, corresponderia ao modelo de regras –, vale dizer, a *teoria das restrições imanentes de não perturbação*, de Dürig, construída a partir de uma tríade de restrições contidas em uma disposição do texto constitucional alemão. Ali, as restrições originárias de não perturbação são: a) a *restrição imanente lógico-jurídica*; b) a *restrição socialmente imanente*; e c) a *restrição eticamente imanente*³⁶⁹. Elas possuem rastro nos *direitos de terceiros, ordem constitucional e lei moral*, respectivamente³⁷⁰.

A *restrição imanente lógico-jurídica* refere-se, prossegue Alexy, a direitos de terceiros, inclusive os de caráter privado. É perceptível de plano que tal restrição, em verdade, não constitui um critério livre de sopesamento. Isso porque a alternativa culminaria no absurdo de que as normas de direitos fundamentais poderiam ser restringidas por quaisquer

³⁶⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p.125.

³⁶⁹ Os direitos fundamentais se relacionam com normas restritivas e conformadoras, sendo que as primeiras restringem ou limitam posições que estão inseridas no *âmbito de proteção* do direito, enquanto que as normas conformadoras, em sentido oposto, têm o objetivo de densificar e concretizar o direito fundamental. A admissão das normas restritivas não é circunscrita aos casos em que as próprias normas constitucionais expressamente as autorizam, mas igualmente às hipóteses de restrição imanente, que ocorre quando há colisão entre direitos fundamentais. Tal forma de restrição (imanente) decorre da necessidade de concordância entre os direitos fundamentais. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2002, p. 1240 e seguintes.

³⁷⁰ A norma restritiva, embora possa afetar uma posição jurídica situada no âmbito de proteção do direito fundamental, não pode violar o seu núcleo essencial. Para se verificar se uma norma atenta contra o núcleo essencial de um direito admite-se apenas uma análise objetiva e abstrata entre a norma restritiva e o direito fundamental por ela atingido. Ainda que esta análise possa ser feita pelo juiz singular – ou no controle difuso da constitucionalidade –, jamais será possível considerar as circunstâncias do caso concreto para afrouxar os limites do núcleo essencial de um direito fundamental. MARINONI, Luiz Guilherme. *Da teoria da relação jurídica processual ao processo civil do Estado Constitucional*. Artigo publicado no website da Academia Brasileira de Direito Processual Civil. Disponível em [http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Luiz%20G%20Marinoni\(8\)%20-%20formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Luiz%20G%20Marinoni(8)%20-%20formatado.pdf), Acesso em 23.03.2011.

direitos garantidos por normas de direito privado. É dizer, portanto, que *sopesamentos são inevitáveis quando todos são igualmente titulares de direitos fundamentais*³⁷¹.

Nas *restrições socialmente imanentes* há uma complexidade maior, onde as restrições aos direitos fundamentais decorrem de, por exemplo, normas proibitivas de direito penal. A fim de se coibir o eventual arbítrio do legislador para que não seja possível criar restrições arbitrárias a direitos fundamentais por meio de normas proibitivas de direito penal, os adeptos dessa teoria se veem obrigados, segundo Alexy, a restringir o critério das normas proibitivas de direito penal. Restringindo o critério, defendem que devem ser abarcadas somente aquelas normas proibitivas que tratem de um ilícito penal jurídico *material*, as quais, por isso, dizem respeito a uma *perturbação óbvia*³⁷².

Há que se convir, entretanto, que é perfeitamente possível imaginar situações nos quais se coloca em dúvida se a criminalização de uma conduta é justificável do ponto de vista dos direitos fundamentais, como alerta Alexy. Em tais casos duvidosos, pertencentes à zona de penumbra, mesmo aquele critério (do restrito do ilícito penal material) perde seu caráter definitivo, transformando-se, inequivocamente, na expressão do resultado de um sopesamento³⁷³. É dizer, a partir do momento em que se admite a possibilidade de que algo possa vir a ser um ilícito penal material em um grau tão pequeno que uma restrição a direitos fundamentais não seria justificada, há a perda de seu caráter definitivo. E partindo-se da admissibilidade da norma restritiva nos casos de ilícito penal material, houvesse uma decisão sobre a ocorrência de tal ilícito que ficasse submetida a um juízo sobre a importância daquilo que é protegido pela norma restritiva, para se saber se essa importância justifica a restrição ao direito fundamental, há que se falar necessariamente, portanto, o sopesamento³⁷⁴.

³⁷¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p.126

³⁷² Espécie de restrição de direitos, o limite imaneente é aquele não escrito. Seria o limite que não possui expressa correlação com um dispositivo de texto. Os limites imanentes justificam-se-iam em virtude da existência de limites originários ou primitivos que se imporiam a todos os direitos (i) limites constituídos por direitos dos outros; (ii) limites imanentes da ordem social; (iii) limites eticamente imanentes. Haveria, pois, uma cláusula da comunidade nos termos da qual os direitos, liberdades e garantias estariam sempre limitados desde que colocassem em perigo bens jurídicos necessários à existência da comunidade. [...] Esta posição merece sérias reticências. Transferindo a possibilidade de restrições para os direitos, liberdade e garantias constitucionalmente consagrados sem qualquer reserva de restrição, correr-se-ia o risco [...] de se colocar de novo os direitos, liberdade e garantias na disposição limitativa do legislador. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2002, p. 1280ss.

³⁷³ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p.127

³⁷⁴ Reitero que à subsunção seguiu-se um sopesamento desnecessário, haja vista a existência de uma regra penal que já consubstanciava o resultado de um sopesamento entre os direitos fundamentais envolvidos no caso concreto. Nesse sentido, seria admissível invocá-los tão somente para a interpretação da própria regra, com a consequente produção de efeitos indiretos, quando da análise da configuração do ilícito penal. O Ministro Gilmar

Finalmente, em relação às *restrições eticamente iminentes*, provenientes da lei moral, cabe ressaltar apenas o seguinte: essa lei moral – independente do que se possa entender acerca do conceito –, enquanto fator de restrição a direitos fundamentais, nunca poderá ser uma cláusula totalmente independente de sopesamentos. Isso porque, prossegue Alexy, os próprios direitos fundamentais a serem restringidos tem seu conteúdo muitas vezes proveniente da moral, e também porque a chamada lei moral, para que seja juridicamente relevante, neste conteúdo de direitos fundamentais, tem de se referir respeito a relações entre indivíduos ou entre indivíduos e coletividade, o que já indica que, para sua aplicação, os sopesamentos são inevitáveis³⁷⁵. Esse argumento também é aplicável, segundo Alexy, às tentativas de solucionar o problema dos direitos fundamentais garantidos sem reserva por meio não do estabelecimento de restrições, mas de limitações ao suporte fático³⁷⁶ – como na teoria de Müller, já analisada aqui. A conclusão a que se chega aqui, contudo, é a de que o critério da intercambialidade não consegue substituir o sopesamento³⁷⁷.

Esse submodelo de direitos, enquanto regras com reservas simples, pode ser entendido como a extração de uma definição de conteúdo por meio de lei ordinária, prevista pela Constituição quando esta se refere a expressões tais como “nos termos da lei”, regulamentando os direitos e por isso, resolvendo os conflitos sem a necessidade de sopesamento. O problema desse pensamento, diz Alexy, é que se garante como direito apenas uma carga pequena de normatividade. Levando-se em conta apenas o texto constitucional, os direitos fundamentais garantidos com reserva simples ficam esvaziados na parte que está além de seu conteúdo essencial, com esperança de alguma ampliação somente com a edição de lei

Mendes, entretanto, afasta-se dessa orientação, ignorando a regra penal ao tratar da colisão entre direitos fundamentais presente no caso concreto. Tem-se, por conseguinte, uma produção direta de efeitos, através do recurso à regra da proporcionalidade. Crítica realizada por Ariella Toyama Shiraki, em monografia apresentada na Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público: SHIRAKI, Ariella Toyama. *A configuração do ilícito penal na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: muito além da mera subsunção?* São Paulo: SBDP, 2007, p.60-61.

³⁷⁵ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p.129

³⁷⁶ Alguns direitos fundamentais são enunciados de forma extremamente genérica [...] Em tais casos, a lei infraconstitucional deve concretizar o direito fundamental, isto é, indicar seu conteúdo e função, tal como faz o Código Civil em relação ao direito de propriedade. Aqui o constituinte oferece ao legislador comum um amplo *poder de definição*. [...] Isso cria um problema. Qualquer concretização de um direito pode significar sua limitação. [...] Por isso, deve ser sempre verificada a eventualidade de a lei concretizadora, sob o pretexto da operacionalização, estar limitando o direito de forma inconstitucional (intervenção e não simples concretização). Destarte, não é possível estabelecer uma linha de demarcação clara entre a concretização e a limitação mediante reserva legal que analisaremos em seguida. Em ambos os casos, o aplicador deve realizar um exame de constitucionalidade antes de aplicar norma que regulamente direitos fundamentais. DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 2ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.152-153.

³⁷⁷ Critérios livres de sopesamentos são, na verdade, sempre o resultado de um sopesamento que os sustenta e, na melhor das hipóteses podem resumi-lo de maneira geral. ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p.130.

infraconstitucional. A impossibilidade de se admitir apenas o núcleo intangível dos direitos fundamentais – e o afastamento deste submodelo – é, de acordo com Alexy, uma consequência da vinculação do próprio legislador aos direitos fundamentais³⁷⁸. É dizer, também: *se o legislador puder restringir livremente um direito fundamental, não se pode dizer que está a ele vinculado*³⁷⁹.

Esse esvaziamento – a redução ao núcleo essencial – poderia ser evitado de duas formas: a) por meio do estabelecimento de uma *garantia do conteúdo essencial* que se aplica a toda intervenção em um direito fundamental, ou b) por meio da introdução, para além da garantia do conteúdo essencial, de um *critério adicional não escrito* que limite a competência do legislador para impor restrições³⁸⁰. A *garantia do conteúdo essencial* é conferida a todos os direitos fundamentais: esse conceito estabelece que uma restrição atinge o conteúdo essencial de um direito fundamental se ela for desproporcional ou irracional, ou seja, se for inadequada, desnecessária ou desproporcional em sentido estrito³⁸¹: um desequilíbrio numa relação apropriada com o peso e a importância do direito fundamental. Isso nos remete diretamente ao sopesamento. Da mesma forma, pensando na base de uma teoria de direitos como regras e que possuem um conteúdo essencial absoluto e, para além deste núcleo, a existência do *critério adicional não escrito*, que tem o condão de analisar se a restrição ao direito é legítima ou não: esse critério não é outro senão o sopesamento e a proporcionalidade³⁸². Alexy finaliza a desconstrução deste submodelo argumentando que o observatório da jurisprudência produzida pela jurisdição constitucional permite constatar que, para todos os casos de restrição a direitos fundamentais, há a exigência de que sejam atendidas as máximas da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido

³⁷⁸ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p.130

³⁷⁹Muitas disposições da Constituição garantem os direitos fundamentais, mas o fazem com uma importante ressalva ou, tecnicamente falando, com uma reserva legal (ou reserva de lei). Essa última permite ao legislador comum introduzir limitações, restringindo a área de proteção do direito. A reserva de lei pode ser de várias espécies. Está presente uma reserva legal simples (também denominada de plena, absoluta ou ordinária) quando a Constituição indica que o exercício do direito será feito na “forma da lei” ou nos “termos da lei” (exemplos art. 5º, XV, XVIII, da CF). Tem-se uma reserva legal qualificada (também denominada de limitada ou relativa) quando a Constituição indica pelo menos um dos seguintes elementos: o tipo, a finalidade ou o meio de intervenção autorizada, dos quais o legislador poderá se valer quando de sua concretização da limitação constitucional do direito fundamental consubstanciado na reserva legal qualificada (Exemplos: art. 5º, XII, da CF). DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 2ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.153.

³⁸⁰ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p.130

³⁸¹Verificar tópico anterior acerca da máxima da proporcionalidade.

³⁸²ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p.131

estrito: é dizer, portanto, que a jurisdição constitucional está *alinhada com as perspectivas teórico-normativas e de fundamentação da teoria dos princípios*³⁸³.

Por derradeiro, criticando a estruturação teórica dos submodelos pertencentes ao modelo puro de regras, Alexy argumenta também ser insuficiente nos casos onde as chances de êxito seriam maiores: nos casos de direitos fundamentais garantidos com reserva qualificada³⁸⁴. Tentar solucionar casos difíceis ou trágicos – *hard cases* – de forma racional somente por meio da subsunção – isenta de sopesamentos – aos conceitos constitucionais (ele se utiliza do exemplo *escassez de moradia*) é algo fadado ao fracasso³⁸⁵.

As dificuldades com que o modelo puro de regras pode se defrontar nos casos de direitos fundamentais com reserva qualificada – onde os aspectos de restrição são definidos pelo próprio texto constitucional – podem ser contornadas por meio da aceitação do *caráter principiológico dos direitos fundamentais*, conclui³⁸⁶.

Isso porque a expansão da garantia do suporte fático para além do texto constitucional, a fim de fixar o sentido dos conceitos constitucionais em jogo, também conduz a dificuldades no plano das restrições. Do ponto de vista da teoria dos princípios, por outro lado, é possível uma construção na qual a extensão dos denominados conceitos abrangentes da constituição não crie os mencionados problemas no plano das restrições aos direitos

³⁸³ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p.131. Direitos fundamentais submetidos a reserva legal simples são aqueles direitos garantidos por dispositivos constitucionais que mencionam de forma genérica a possibilidade de intervenção legal em seu âmbito. O que se quer dizer com isso é que a Constituição não impõe parâmetros para a lei interventora, apenas menciona a possibilidade dessa intervenção. Segundo alguns autores que defendem a existência de um sistema de reserva legal na Constituição brasileira, seriam exemplos de direitos garantidos com reserva legal simples aqueles garantidos pelo art. 5º, VI (liberdade de consciência e de crença), VII (assistência religiosa), XV (liberdade de locomoção), XLVI (individualização da pena), dentre outros. SILVA, Virgílio Afonso da. *Os direitos fundamentais e a lei: a constituição brasileira tem um sistema de reserva legal?* In NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (orgs.). *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.606.

³⁸⁴ Segundo Canotilho e Moreira, nos casos de direitos fundamentais submetidos a reserva legal qualificada, “a Constituição remete para a lei *apenas* a delimitação de *um aspecto* específico do âmbito de um determinado direito fundamental, cabendo então à lei *executar* essa delimitação. [...] No caso da constituição brasileira, Gilmar Ferreira Mendes menciona os seguintes dispositivos constitucionais como garantidores de direitos fundamentais submetidos a reserva legal qualificada: art.5º, XII (sigilo de correspondência), XIII (liberdade profissional) e LX (restrição da publicidade processual). SILVA, Virgílio Afonso da. *Os direitos fundamentais e a lei: a constituição brasileira tem um sistema de reserva legal?* In NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (orgs.). *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.606-607.

³⁸⁵ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p.132

³⁸⁶ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p.133

fundamentais³⁸⁷. O Tribunal alemão fala, nesse contexto, do *escopo* da proteção do direito fundamental, diz Alexy – obtido no caso concreto por meio do sopesamento.

Partindo deste sopesamento Alexy passa a elaborar uma série de condições para a admissibilidade da restrição de um direito fundamental em favor de outro. Essas condições podem ser formuladas como uma regra, que, segundo a lei de colisão, expressa a relevância dos princípios em jogo – uma *regra de precedência condicionada*, cujo conteúdo normativo se faz na estrutura: *diante das condições z, o direito_x tem precedência em relação ao direito_y*. Os textos das disposições dessas regras se referem, alerta Alexy, somente àquilo que se inclui no teor do suporte fático – condições z – da garantia constitucional. No submodelo da reserva qualificada, se essa garantia é estendida para além do seu teor literal, por meio da aposição de uma regra que estenda a proteção do direito fundamental, então, o alcance dessa regra não está vinculado ao teor das cláusulas de restrição dos dispositivos constitucionais, porque estas se referem somente àquilo que se inclui no teor literal do suporte fático. Finaliza Alexy, desta forma, dizendo que somente com apoio na teoria dos princípios é possível alcançar, sem problemas construtivos, a mesma proteção de um direito fundamental em extensão maior ao do texto por via da jurisdição constitucional³⁸⁸.

Uma última informação se faz importante neste momento: há quem conteste a possibilidade de *empréstimo constitucional*³⁸⁹ do modelo puro de regras, em sua divisão triádica, aqui proposto. Isso porque tal modelo teórico teria sido desenvolvido com justificativa em uma previsão no texto constitucional: a de que o legislador só pode restringir ou regular um direito fundamental quando há autorização expressa pela constituição. Uma vez que a constituição brasileira não encontra esse modelo, não há que se falar em empréstimo constitucional ou adequação que justifique o uso desta teoria na construção brasileira de uma teoria da norma jurídica³⁹⁰.

³⁸⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p.134.

³⁸⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p.135.

³⁸⁹ Como definição básica do conceito, disse que ele, de maneira geral, refere-se às *influências constitucionais entre diversos países* e, mais especificamente – para usar os termos de Friedman e Saunders – “inclui transplantes e adaptações, reconhecidos ou não, em qualquer estágio da criação de um sistema constitucional ou em seus desenvolvimentos e usos subsequentes”. SILVA, Virgílio Afonso da. *Os direitos fundamentais e a lei: a constituição brasileira tem um sistema de reserva legal?* In NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (orgs.). *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.607-608. Do inglês *constitutional borrowing*.

³⁹⁰ À primeira vista, poder-se-ia pensar que os exemplos extraídos da constituição brasileira e elencados pela doutrina e pela jurisprudência acerca da chamada “reserva legal” enquadram-se perfeitamente nas três categorias dogmáticas utilizadas, entre outros, pelo direito constitucional alemão e pelo direito constitucional português.

Superada a questão da possibilidade de aceitação destas duas formas puras e antagônicas, é necessário ser considerada a possibilidade de uma forma mista ou combinada, é dizer, a construção de um modelo *combinado*. Esse é o modelo de regras e princípios, que surge, segundo Alexy, da ligação entre um nível de princípios e um nível de regras³⁹¹.

Segundo Alexy, um princípio é relevante para uma decisão que envolve direitos fundamentais quando ele pode ser utilizado corretamente a favor ou contra uma

Em alguns dos dispositivos de seu catálogo de direitos fundamentais, a constituição brasileira, de fato, faz menção genérica à lei. Em outros, essa referência à lei é acompanhada de diretrizes ao legislador ordinário sobre a finalidade dessa legislação. Por fim, há um sem número de dispositivos que não fazem menção a lei nenhuma. Essa semelhança entre o texto de alguns dispositivos da constituição brasileira e alguns dispositivos de outras constituições não é suficiente, contudo, para justificar o empréstimo teórico. Há algo de decisivo nas constituições que servem de parâmetro para o empréstimo que não está presente na constituição brasileira: a previsão de que *somente quanto autorizado expressamente pela constituição* pode o legislador restringir ou regular algum direito fundamental. [...] Ora, a combinação de três fatores – (1) a existência desses dispositivos acima transcritos; (2) a existência de disposições de direitos fundamentais sem referência a uma possível restrição, ou seja, de disposições de direitos fundamentais sem reserva legal; e (3) a premissa de que não há liberdade absoluta – foi a razão da necessidade de se recorrer, seja no caso alemão, seja no caso português, seja em outros casos, à categoria denominada “limites imanentes”. Mais do que isso: é a combinação desses fatores que fornece algum argumento a favor de um suporte fático restrito, como forma de tentar evitar o enfrentamento do problema das restrições a direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição, já que, quanto mais restrito o suporte fático, menos restrições seriam necessárias. Por fim, é também a combinação desses três fatores que poderia dar uma certa força extra à teoria interna, já que ela seria, também, uma forma de evitar o reconhecimento de que as restrições a direitos fundamentais, sejam autorizadas ou não são constitutivas e não meramente declaratórias de limites imanentes já existentes. [...] De uma certa forma, pode-se dizer que, diante disso, temos um problema a menos, já que a constituição brasileira *parte de outro modelo*. Tentar incorporar o modelo triádico de reserva legal desenvolvido na Alemanha é, assim me parece em vista do exposto até aqui, criar problemas onde eles não existem (Na verdade, mesmo na Alemanha é altamente questionável a aplicabilidade do modelo triádico. O que aqui é chamado de *modelo* é, muitas vezes, considerado como algo extremamente confuso e de pouca aplicação prática). SILVA, Virgílio Afonso da. *Os direitos fundamentais e a lei: a constituição brasileira tem um sistema de reserva legal?* In NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (orgs.). *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.609-612.

³⁹¹ Existem, ainda, os *modelos conciliadores ou mistos*, que constroem um tipo de estrutura dupla – regras e princípios – para as normas de direitos fundamentais. Esse modelo “combinado” compreende que as normas de direitos fundamentais muitas vezes contêm determinações em relação com os princípios que jogam em sentido contrário e que, por isso, afastam qualquer ponderação prévia; ao mesmo tempo, aceita que em outros casos essas determinações podem resultar incompletas, de forma que a ponderação é necessária. Assim, como bem pontua Alexy, o modelo regras/princípios leva a sério as determinações contidas nas normas de direitos fundamentais e, portanto, o texto da Constituição; ao mesmo tempo, considera a necessidade da ponderação. Nesse sentido reconhece que as normas de direitos fundamentais podem ter a estrutura de regras ou de princípios. Uma mesma disposição de direito fundamental contém esses dois tipos de normas e, dessa forma, possui um caráter duplo. O modelo regras/princípios de Alexy é vantajoso, em comparação com o modelo puro de regras e com o modelo puro de princípios, à medida que compreende melhor a complexidade estrutural das normas de direitos fundamentais, estabelecendo, dessa forma, um modelo conciliador que abarca tanto regras como princípios. Sem embargo, esse modelo baseia-se numa distinção estrutural forte entre regras e princípios, de tal forma que Alexy chega a defender que o fato de uma disposição de direito fundamental ter um caráter duplo não significa que as normas de direitos fundamentais dela derivadas também possuam tal característica. Para Alexy, as normas de direitos fundamentais ou são regras ou são princípios, em consonância com a distinção qualitativa estabelecida por sua teoria. VALE, André Rufino do. *A estrutura das normas de direitos fundamentais: repensando a distinção entre regras, princípios e valores*. Dissertação de Mestrado. Universidade de Brasília: 2006, p.143-144.

escolha nesse âmbito³⁹². É dizer, também, que ele é válido se puder ser utilizado de maneira correta. Ainda que seja possível discutir quais princípios são válidos, é muito mais comum, conforme já visto anteriormente, a discussão acerca do peso de cada princípio, seja no plano abstrato ou concreto.

É possível, ainda, classificar as atribuições de princípios às disposições de direitos na Constituição entre formais e materiais. Tais atribuições tem relevância principalmente na discussão acerca da hierarquia constitucional. No entanto, distingui-las não está, por si só, vinculada à distinção entre dois tipos de princípios estruturalmente diferentes. Princípios substanciais de estrutura idêntica podem ser atribuídos material e/ou formalmente. Mas essa distinção aponta, lembra Alexy³⁹³, para uma relevante diferenciação entre dois tipos fundamentalmente distintos de princípios: os *princípios substanciais ou materiais* e os *princípios formais ou procedimentais*.

A reflexão apresentada brevemente neste tópico visa meramente demonstrar a amplitude da materialidade jurídica contida no nível dos princípios. Mais importante que a referência a essa diversidade, contudo, é a constatação acerca de sua *indeterminação*. No nível dos princípios existe um maior grau de direitos no plano abstrato, do *dever ser* ideal. Colisões ou, para empregar algumas expressões usadas na praxe, tensões, conflitos e antinomias surgem com a transição deste nível do *dever ser* ideal para o nível mais estreito do *dever ser* definitivo ou real³⁹⁴.

³⁹² Os níveis da regra e dos princípios devem certamente complementar-se com um terceiro, a saber, com uma teoria da argumentação jurídica, que diz como, sobre a base de ambos os níveis, é possível uma decisão racionalmente fundamentada. ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p.149. Vale consignar que Robert Alexy tratou com minúcias da mencionada *teoria da argumentação jurídica* em obra com esse título.

³⁹³ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p.138.

³⁹⁴ Importante observar que a adoção de um modelo de ordem jurídica que combina regra e princípio, vinculando os dois níveis normativos, é preferível a um modelo puro de princípios, ou a um modelo puro de regras. Na verdade, um modelo puro de princípios tem o inconveniente de substituir completamente a vinculação ao texto legal pela ponderação, de acordo com o jogo de prós e contras. No outro extremo, um modelo puro de regras, a par da segurança jurídica e da previsibilidade dele decorrentes, não apresenta elementos suficientes para enfrentar o grau de complexidade da ordem jurídica dos Estados contemporâneos. Essa complexidade diz respeito à necessidade de considerar as condições e circunstâncias relativas ao caso concreto para que se possa definir a norma jurídica que vai ser aplicada. Somente considerando a norma jurídica como princípio torna-se possível ponderar as circunstâncias reais e jurídicas (outras normas *prima facie* aplicáveis ao caso), aplicando-se a determinação daí resultante. Pelo modelo combinado, consegue-se coordenar um certo grau de flexibilidade normativa, necessário para a ponderação das normas *prima facie* aplicáveis, com uma medida necessária de segurança jurídica, garantida pelo caráter de regra das normas e manifestada pela vinculação do discurso de aplicação do Direito ao texto legal. PRADO, David Wilson de Abreu. *A racionalidade da decisão judicial na teoria dos princípios*. In: Revista do Tribunal Regional Federal 1ª Região. Brasília, v. 14, n. 11, novembro de 2002, p. 56.

As disposições de direitos na Constituição podem – segundo o modelo semântico sobre o qual se discorreu anteriormente e aqui adotado – não ser uma positivação que traz um princípio, mas também uma determinação em face de uma colisão de princípios contrapostos. Quando, por meio de uma disposição de direito fundamental, é fixada alguma determinação em relação às exigências de princípios colidentes, então, por meio dela não é estabelecido somente um *princípio*, mas também uma *regra*³⁹⁵. Se tal regra não é aplicável independente de sopesamento, então, ela é, enquanto norma jurídica regra, incompleta. À medida que é incompleta, a decisão constitucional pressupõe um recurso ao nível dos princípios, com todas as incertezas que estão a ele vinculadas. Isso traz à tona a questão da hierarquia entre os dois níveis³⁹⁶. A resposta a essa pergunta somente pode sustentar que, do ponto de vista da vinculação à Constituição, há uma primazia do nível das regras³⁹⁷. Vale dizer, quando há determinações em nível de regras há uma maior segurança do que uma decisão tida apenas no nível dos princípios. É por isso que as determinações estabelecidas no nível das regras tem primazia em relação a determinadas alternativas baseadas em princípios³⁹⁸. Nesse momento é preciso perguntar o quão rígida é essa relação de primazia. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, por exemplo, demonstra claramente que não há uma primazia inafastável – em presunção absoluta – das determinações fixadas pelo texto constitucional. Isso porque observar de forma irrestrita as restrições e determinações impostas pelo legislador, rejeitando-se qualquer possibilidade de intervenção judicial, não

³⁹⁵ Porém, se uma norma jurídica é criada na decisão sobre uma colisão de princípios, entendemos que há aí não uma regra, mas sim um precedente. Isso seria explicado mais adiante, nas reflexões. As situações, no entanto, são distintas.

³⁹⁶ A visão de Geraldo Ataliba, por exemplo: mesmo no nível constitucional, há uma ordem que faz com que as regras tenham sua interpretação e eficácia condicionadas pelos princípios. Estes se harmonizam, em função da hierarquia entre eles estabelecida, de modo a assegurar plena coerência interna ao sistema. ATALIBA, Geraldo. República e constituição. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 38.

³⁹⁷ Having Said that, I intend to face a new problem that has been created more recently, which is the *fetish for the weighing of principles*, that is, the conclusion that any problem may lead to a decision making process based on the weighing of principles without identifying a serious issue in such conclusion: an unreasonable increase in the role of Judiciary to the detriment of the decisions of Legislative, whose democratic legitimacy prevails and, for that reason, holds the primacy of conforming fundamental rights. CONCI, LuizGuilherme Arcaro. *Proportionality based on two concrete cases of the Brazilian Legal System – seeking to define certain limits for its use*. México: Congresso Mundial de Direito Constitucional, p. 14. Disponível em: <http://www.juridicas.unam.mx/wccl/ponencias/9/328.pdf>

³⁹⁸ Thus, it can be Said that there is a decision making process based on a number of possibilities and that the person who makes the decision is not totally free to choose its method from that plethora of possibilities, because if there are clear decisions from the legislator, as in the case at hand, they must take precedence because even though we understand the need to face a more fluid Law that the Law we observe at the moment, we must not forget that there is a kind of democratic legitimacy deposited in the legislator that must not be suppressed in detriment of democracy, corollary of all contemporary constitutions. CONCI, LuizGuilherme Arcaro. *Proportionality based on two concrete cases of the Brazilian Legal System – seeking to define certain limits for its use*. México: Congresso Mundial de Direito Constitucional, p. 14. Disponível em: <http://www.juridicas.unam.mx/wccl/ponencias/9/328.pdf>

corresponderia, segundo Alexy³⁹⁹, à realidade social e, por conseguinte, não conduziria a resultados jurídicos plausíveis. Isso pode ser entendido de forma a que um desvio do teor literal do texto constitucional seja justificado caso se esteja diante de condições sob as quais os princípios colidentes tenham um peso muito maior que as determinações – regras – instaladas pelo legislador, ainda que em seu âmbito de validade. A relação de primazia entre os dois níveis não é, portanto, absoluta. Resumindo, entendemos que é aplicável a regra de precedência, que estabelece o nível das regras como primordial em relação ao nível dos princípios, a não ser que as razões para outras determinações que não aquelas definidas no nível das regras sejam tão fortes que também o teor literal da Constituição possa ser afastado⁴⁰⁰. A verificação sobre a força dessas razões é nada mais do que a argumentação jurídica, sobre a qual se debruça o tópico seguinte.

4.9. O duplo caráter das normas de direitos fundamentais

O fato de que, por meio das disposições de direitos fundamentais, sejam estatuídas duas espécies de normas – as regras e os princípios – é o fundamento do caráter duplo das disposições de direitos. Mas isso não se confunde ainda com que as normas também detenham esse caráter dúplice. Inicialmente, elas são ou regras – normalmente incompletas, alerta Alexy – ou princípios. O caráter duplo das normas jurídicas é adquirido se for desenvolvida uma construção para que ambos os níveis sejam nelas reunidos⁴⁰¹.

Essa construção consiste na inserção de cláusulas restritivas com formato de princípios nas normas jurídicas com a estrutura de regras – que são incompletas, lembrando o que foi dito anteriormente. Tomando por exemplo, Alexy sugere a liberdade artística, invocando o respectivo dispositivo constitucional da Constituição Alemã: *a arte é livre*. Essa disposição garante, é razoável afirmar, que a liberdade de ação no âmbito artístico é assegurada de forma ampla. Isso acarreta a constatação de que qualquer intervenção em uma atividade que se inclua no âmbito artístico é, *prima facie*, proibida. Nesse sentido, a norma é que são proibidas intervenções estatais em atividades que façam parte do campo artístico. Se isso fosse compreendido como uma regra completa, teríamos um direito irrestringível, que

³⁹⁹ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p.140.

⁴⁰⁰Alexy fala aqui em *princípio da vinculação à Constituição*, que consiste, entendemos, na preferência pela interpretação literal quando esta por si só é suficiente para uma resposta corretamente fundamentada à Constituição. ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p.141.

⁴⁰¹É dizer, de início que as normas jurídicas podem ser regras ou princípios, mas podem ser construídas de forma a que ambos os níveis sejam nelas reunidos. Tal vinculação de ambos os níveis surge quando na formulação da norma constitucional é incluída uma cláusula restritiva com a estrutura de princípios, que, por isso, está sujeita a sopesamentos.

não pode ser admitido, diante da existência de casos nos quais princípios colidentes tem preferência – *precedência condicionada*, em sentido mais técnico – sobre o princípio da liberdade artística⁴⁰². É necessário, portanto, que seja incluída uma cláusula de restrição que dê vazão a essa realidade, para que seja possível atender a demanda da complexidade das relações sociais e jurídicas: *são proibidas intervenções estatais em atividades que façam parte do campo artístico se tais intervenções não forem necessárias para a satisfação de princípios colidentes que tenham hierarquia constitucional (que podem se referir a direitos fundamentais de terceiros ou a interesses coletivos), os quais, devido às circunstâncias do caso, tem primazia em face do princípio da liberdade artística*⁴⁰³.

Elevando a termos abstratos, a cláusula introduzida exige, em primeiro lugar, que os princípios colidentes – que podem ser designados por *Princípio₂*, *Princípio₃*, *Princípio_N* –, sejam também normas constitucionais e, em segundo lugar, que a intervenção destinada a *fomentar* a realização dos princípios contrapostos seja *necessária, adequada* e, finalmente, que os princípios contrapostos – *Princípio_N* – sob as condições do caso, tenham primazia diante do princípio da liberdade artística – designado por *Princípio₁*; o que, no fim, significa que vale a fórmula (*Princípios_N > Princípio₁*) *Condições_C*. Torna-se claro dizer, neste momento, que a construção da cláusula nada mais é do que a realização de todas as etapas da *máxima da proporcionalidade*. O não cumprimento dessa cláusula *S* torna a intervenção no direito *T* proibida constitucionalmente *R*. Gerando uma fórmula, Alexy sugere: $T \cdot \neg S \rightarrow R$

O mau uso da máxima da proporcionalidade, então, acarreta a proibição constitucional da intervenção/restrrição das normas. Essa norma jurídica tem a estrutura de regra, pois é aplicável sem necessidade de sopesamento contra outra norma e a ela é possível se subsumir⁴⁰⁴. Aquilo que é abarcado pelo suporte fático mas não satisfaz a cláusula restritiva

⁴⁰² Porém, Alexy vai mais adiante e sustenta que, embora as regras sejam, no mais das vezes, razões definitivas por serem positivadas com a determinação da extensão de seu conteúdo e já analisadas as possibilidades, podem não ter sempre caráter definitivo, quando uma exceção for posta a ela por um princípio, pelo que também as regras podem ter um caráter *prima facie*. Assim, em que pese admitir hierarquização entre os níveis do princípio e da regra, pois que, pelo postulado da vinculação à Constituição, há primazia do nível das regras sobre o nível dos princípios que deixa muitas questões em aberto, Alexy lembra que a jurisprudência demonstra que o Tribunal Constitucional Federal alemão não pressupõe sempre e em todo caso a primazia das regras, pois também o postulado da vinculação ao teor literal da Constituição pode ser afastado. LEITE, Danielle Vignoli Guzella. *A contribuição da teoria de Robert Alexy à eficácia dos direitos fundamentais no Brasil e ao controle jurisdicional das políticas públicas sociais*. Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Belo Horizonte: imprensa oficial, n.14, jan-jun. 2010, p.320.

⁴⁰³ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p.141-142.

⁴⁰⁴ É necessário ressaltar a distinção entre a máxima da proporcionalidade e a norma que proíbe a intervenção nos princípios se não forem cumpridas as condições estabelecidas. Humberto Ávila discorre no seguinte sentido: o dever de proporcionalidade também não é uma regra jurídica. O dever de proporcionalidade não estabelece tal

é proibido⁴⁰⁵. Mas, por outro lado, ela não tem o caráter de uma regra, à medida que faz, na cláusula de restrição, explícita referência a princípios e a seu sopesamento. Normas com essa forma podem ser denominadas como normas constitucionais de caráter duplo.

Tais normas são encontradas sempre que aquilo que a norma trazida diretamente por uma análise semântica superficial de uma disposição de direito fundamental é *transformada*, com a construção de cláusulas que se referem a um sopesamento, em normas subsumíveis⁴⁰⁶. Uma vez construída a norma, o que é feito no processo e na decisão judicial, tem-se o enunciado que ostenta o duplo caráter, de regra e princípio: *são proibidas intervenções estatais na liberdade pessoa se elas não estiverem baseadas em uma lei ou não forem necessárias para a satisfação de princípios colidentes que, devido às circunstâncias do caso, tenham primazia em face do princípio da liberdade pessoal*⁴⁰⁷.

A não necessidade de se enfrentar a questão da hierarquia constitucional quando da colisão de princípios decorre do próprio modelo estabelecido na Constitucional de direitos dotados reservas não qualificadas⁴⁰⁸. Mesmo normas dotadas de reserva qualificada necessitam, para Alexy, de uma *transformação complementadora*, o que faz com que nelas seja incorporada a máxima da proporcionalidade – inserindo-se cláusulas de restrição com auxílio de sopesamentos – e, com isso, uma parte da teoria dos princípios⁴⁰⁹. Sua peculiaridade consiste na limitação do espectro dos princípios colidentes por meio de determinações no nível das regras⁴¹⁰.

ou qual conteúdo relativamente à conduta humana ou à aplicação de outras normas. É por intermédio das condições que ele estabelece que da interpretação de outras normas envolvidas será estabelecido o que é devido, permitido ou proibido diante de determinado ordenamento jurídico. O dever de proporcionalidade não funciona, em hipótese alguma, sem a complementação material de outras normas. O dever de agir proporcionalmente depende da determinação do meio e do fim, sobre os quais dizem outras normas jurídicas (princípios e regras), e não o dever de proporcionalidade, algo diverso de uma norma de conduta ou mesmo de estrutura. ÁVILA, Humberto. *A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade*. Revista diálogo jurídico. Salvador: CAJ, ano I, vol. 01, n° 4, junho/2001, p.25.

⁴⁰⁵ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p.143.

⁴⁰⁶ A partir deste raciocínio, será construída a norma jurídica do precedente, consubstanciada em norma de adjudicação.

⁴⁰⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p.143.

⁴⁰⁸ Tal estrutura foi analisada anteriormente, vide tópico do modelo puro de regras.

⁴⁰⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p.143-144.

⁴¹⁰ Embora não se possa falar propriamente de uma teoria de princípios, há uma ordenação entre eles, orientada por uma regra de estrutura (quanto mais alto for o grau de desconsideração de um princípio, tanto maior deverá ser a importância do cumprimento do outro), que estabelece uma ponderação de prioridades. As partes podem modificar essa ordem, assumindo, então, o ônus da prova da inversão. SOUZA, Luiz Sergio Fernandes de. *Abuso de direito processual: uma teoria pragmática*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 370.

A conclusão parcial que pode ser obtida até o momento é a noção de que compreender as normas jurídicas apenas como regras ou apenas como princípios não é, de fato, suficiente. Um modelo adequado é obtido somente quando às disposições de direitos são atribuídos tanto regras quanto princípios. Sendo ambos reunidos em uma norma constitucional de caráter duplo, sintetizada.

Ainda sobre a teoria integrada da norma jurídica criada por Alexy e Dworkin, cumpre discorrer acerca da objeção fundamental de que a teoria dos princípios implica sopesamentos e insuportáveis dilapidações à segurança jurídica devido ao uso dos *valores*.

Duas considerações fazem com que seja facilmente perceptível que princípios e valores estão intimamente relacionados: de um lado, é possível falar tanto de uma colisão e de um sopesamento entre princípios quanto de uma colisão e de um sopesamento entre valores; de outro lado, a realização gradual dos princípios corresponde à realização gradual dos valores. Há, então, uma aproximação semântica entre esses conceitos.

A despeito de visíveis semelhanças, entretanto, existe uma diferença fundamental entre esses conceitos, que possibilita, a nosso ver, a possibilidade de classificar como *jurídica* a teoria de Alexy mesmo nos moldes do positivismo. Essa diferença é mais bem explicada com a utilização dos conceitos práticos proposta por Von Wright: os conceitos práticos pertencem a três categorias: os *deontológicos*, os *axiológicos* e os *antropológicos*. Os *deontológicos* podem ser reduzidos a um conceito deôntico básico, que é o conceito de dever ou de *dever ser*. Já os conceitos *axiológicos* são caracterizados pelo fato de que seu conceito básico não é o de dever ou de dever ser, mas o conceito de *bom*. Conceitos *antropológicos*, por fim, são os conceitos de *vontade*, *interesse*, *necessidade*, *decisão* e *ação*⁴¹¹.

Com a tripartição realizada por Von Wright se torna explícita a diferença entre *princípio* e *valor*. Princípios são *mandamentos* de um determinado tipo, a saber, mandamentos de otimização. Sendo isso, eles pertencem ao âmbito *deontológico*, até porque foram *positivados* pelo legislador constituinte ou ordinário. Valores, por sua vez, fazem parte do

⁴¹¹ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p.144-146. Esses conceitos também serão interessantes mais adiante, quando da elaboração da crítica das teorias denominadas de *padrão* da argumentação jurídica.

nível *axiológico*, ainda que isto possa ser apenas uma primeira e rudimentar caracterização do conceito de *valor*⁴¹².

Valores não são possuídos pelos objetos: seu valor será distinto dependendo de qual dos critérios contrapostos a valoração toma como ponto de partida. Alexy neste ponto adverte que não são os objetos, mas os critérios da valoração que devem ser designados como valor. As coisas são objetos de valoração, e não possuem um valor ostensivo em si⁴¹³. Essas valorações se apoiam, via de regra, em uma multiplicidade de critérios que, por sua vez, competem entre si. Alexy entende, em razão disso, que a valoração final de algo como *bom* é resultado de uma totalidade global de sopesamentos, equiparando as valorações com o momento de aplicação de princípios, portanto. Critérios de valoração, portanto, são somente aqueles critérios que passíveis de sopesamento, em contraponto com os critérios de valoração que, como as regras, são aplicáveis independentemente de sopesamento – chamados por Alexy de regras de valoração. Com base nisso, o preenchimento de um critério de valoração em um grau determinado é um motivo suficiente para a classificação definitiva como *bom*. É dizer, a diferença estrutural entre regras e princípios também se verifica, portanto, no nível *axiológico*⁴¹⁴.

Os critérios de valoração podem ser utilizados para fundamentar métricas de valores. Se um determinado produto, por exemplo, tem no critério qualidade uma nota 06 do total de 10 é possível compreender o quão bem posicionado em um padrão de excelência ele se encontra. No Direito – e especialmente na interpretação e aplicação das normas –, contudo, metrificações não surtem quaisquer efeitos práticos, como ainda será analisado mais adiante. Para resolver uma colisão de princípios se utilizando de uma metrificação demandaria uma atribuição de valores numéricos comparáveis às alternativas de decisão para que, com isso, fossem calculáveis. Isso por si só, arrisca-se dizer – concordando-se com Alexy – já permite concluir que tal metrificação não é possível no campo do Direito.

Segundo Alexy, os juízos comparativos – que são uma espécie de juízo de valor – detêm a maior importância para o direito e a aplicação das normas. A relação entre

⁴¹² Transcrevendo Kelsen, Nalini contribui para o entendimento dessa separação: a justiça é uma qualidade ou atributo que pode ser afirmado de diferentes objetos. Em primeiro lugar, de um indivíduo. Diz-se que um indivíduo, especialmente um legislador ou um juiz, é justo ou injusto. Nesse sentido, a justiça é representada como uma virtude dos indivíduos. Como todas as virtudes, também a virtude da justiça é uma qualidade moral; e, nessa medida, a justiça pertence ao domínio da moral. NALINI, José Renato. *Por que filosofia?* 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.63.

⁴¹³ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p.149-150.

⁴¹⁴ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p.150-151.

eles e os critérios de valoração conduz à definição da relação entre princípio e valor, já dita anteriormente. Partindo do critério de valoração *liberdade*, uma *Situação₁*, na qual a liberdade – o critério – é realizada em maior grau do que na *Situação₂*, deve ser valorada como *melhor* do que esta. Essa melhor *performance* não precisa ser transformada em um *quantum* numérico. É possível que *Situação₁* possa realizar a liberdade em maior medida que *Situação₂* porque aquela é caracterizada por circunstâncias que não estão presentes em *Situação₂*. Como não se pode renunciar a nenhum dos dois critérios de valoração (circunstâncias de cada situação), e como não é possível sobre eles um cálculo baseado em uma metrificação, restaria apenas, conforme Alexy, o sopesamento⁴¹⁵. Isso significa, contudo, que uma situação que, segundo o critério de valoração liberdade, é melhor que outra, ou é a melhor de todas, é melhor apenas *prima facie*. A decisão acerca da situação definitivamente melhor é obtida somente após uma valoração global, na qual todos os critérios válidos de valoração sejam levados em consideração⁴¹⁶.

O exposto neste tópico corresponde exatamente ao modelo de princípios. A diferença entre princípios e valores é reduzida, assim, a um ponto. Aquilo que, no modelo de valores, é *prima facie* o *melhor* é, no modelo de princípios, *prima facie devido*; e aquilo que é, no modelo de valores, definitivamente melhor é, no modelo de princípios definitivamente devido. Princípios e valores diferenciam-se, portanto, somente em virtude de seu caráter *deontológico*, no primeiro caso, e *axiológico*, no segundo.

No direito o que importa é o que deve ser. Mantendo-se a teoria da norma jurídica dentro do plano deontológico, notadamente aquilo que foi inserido no direito por meio de um texto posto pelo legislador constituinte ou ordinário, fica satisfeito o caráter científico que o positivismo entende necessário.

Sobre a teoria dos princípios em relação à teoria dos valores era o que cumpria informar, sob o risco de se aprofundar em estudo não relacionado com a proposta do presente trabalho.

⁴¹⁵ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p.152-153.

⁴¹⁶ Há uma observação importante a ser feita, no tocante à ideia de normas com conteúdo *prima facie*. Ainda que o conteúdo normativo seja delimitado somente com o desvendamento das circunstâncias do caso em concreto, penso que não se pode pensar em um direito assegurado ao infinito e indefinidamente. Há uma medida em todas as coisas: existem, afinal, limites. Sátias, de Horácio, 1.1. *apud* SOUZA, Luiz Sergio Fernandes de. *Abuso de direito processual: uma teoria pragmática*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.11. Entendo ser possível a delimitação de critérios objetivos de limitação a direitos contidos em normas princípio. Tal empreitada, todavia, vai além do pretendido neste projeto.

4.10. Objeções levantadas na própria obra de Robert Alexy

Como afirmado anteriormente, o modelo de princípios e o modelo de valores são, na sua essência, iguais, exceto pelo fato de que o primeiro se situa no âmbito deontológico – *sollen* –, e o segundo, no âmbito do axiológico – *gut*.

A Constituição Federal, embora nunca tendo a proposta de ser um documento neutro no sentido axiológico, notadamente não estabeleceu, a nosso ver, uma ordem hierarquizada de valores. Nessa carga semântica valorativa se encontra, em um papel central, arrisca-se dizer, o livre desenvolvimento da personalidade humana e de sua dignidade no seio da comunidade social, que deve valer como decisão constitucional fundamental para todos os ramos do direito⁴¹⁷.

O nervo central das críticas levantadas pelo próprio Alexy consiste no argumento de que a teoria dos valores – essencialmente igual a dos princípios – levaria à dissolução da clareza conceitual em falatório, uma perda não apenas de racionalidade, mas também de nível científico⁴¹⁸. A genialidade do pensamento constitucional seria, então, construção de uma ordem de valores feita pelo Tribunal⁴¹⁹. As objeções à teoria dos princípios/valores, ainda segundo Alexy, podem ser classificadas em três grupos: filosóficas, metodológicas e dogmáticas.

As objeções filosóficas dirigem-se, sobretudo, contra o conceito de objetividade da teoria dos valores. Isso porque valores não somente valem, mas também possuem um *ser* independente, um *ser* valores. Assim sendo, os valores podem ser qualificados como fatos – independentes da moral. Ao enunciado valorativo, continua Alexy, deve corresponder um fato moral, da mesma forma que um enunciado descritivo deve

⁴¹⁷ Neste sentido, verificar SILVA, Roberto Baptista Dias da. *Uma visão constitucional da eutanásia*. Tese de Doutorado. São Paulo, PUCSP, 2007.

⁴¹⁸ Em contexto distinto, mas ainda esclarecendo a tendência inóspita do direito em dissolver-se em um fenômeno alvo das relações de poder e política e a dificuldade de, então, estabelecer os limites do jurídico, SOUZA, Luiz Sérgio Fernandes de. *Abuso de direito processual: uma teoria pragmática*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.132: Os estudiosos do direito sempre tiveram muita dificuldade em estremar os diversos níveis do conhecimento jurídico. Fala-se, com frequência, de uma ciência descritiva, que se limita à elaboração e sistematização de conceitos, em plano distinto da atividade prática e política do direito, esta sim voltada à produção de resultados. Em uma terceira dimensão encontra-se a reflexão filosófica do direito, que se ocupa não só da descrição da linguagem científica, mas também da revisão lógica, metodológica e epistemológica do trabalho do cientista do direito.

⁴¹⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p.154-155.

corresponder um fato empírico. Existindo correspondência com os fatos, ambos os enunciados são verdadeiros⁴²⁰.

Obviamente que, em primeiro lugar, um pensamento que pressupõe que há qualidades valorativas que representam um âmbito próprio de objetos e, também, que supõe que esses objetos são acessíveis a um conhecimento direto, destituído de caráter empírico, nem analítico, e que podem ser mais bem descritos como um sentimento de valores ou experiência de evidências, deve ser classificada como, no mínimo, *intuicionista*⁴²¹. O intuicionismo não tem, entendemos, mínimas condições de fornecer nenhum critério definitivo para evidências corretas ou equivocadas, verdadeiras ou falsas – separando-se de vez de uma tentativa de postura ou rigor científico. Na falta de um critério melhor, é possível equiparar o intuicionismo a uma posição subjetivista. Esse argumento epistemológico tem consequências para as teses ontológicas do ser dos valores. É dizer, ainda que impossibilidade de que algo seja conhecido com certeza intersubjetiva não constitui ainda um argumento contra a sua existência, tal impossibilidade tem o condão de negar a possibilidade de fundamentar uma teoria científica a partir de sua existência⁴²².

A teoria dos princípios de Alexy almeja que, a partir da interpretação das teses valorativas do tribunal que sugerem uma teoria valorativa menos marcada e, assim, menos vulnerável, É possível aduzir quer uma tal teoria é obtida quando se pressupõe que valores são critérios de valoração, os quais, como as normas em geral, ou são válidos, ou não são. Tanto a validade desses critérios quanto as valorações que a partir deles são possíveis não são objetos de alguma forma de evidência, mas uma questão de fundamentação. A fundamentação depende do tipo de validade de que se trata: jurídica, social ou ética. Desta forma, descartando-se as suposições ontológicas e epistemológicas questionáveis, Alexy se vê livre das objeções filosóficas discurridas⁴²³.

⁴²⁰ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p.156.

⁴²¹ Se expressões como *bom* ou *devido* não podem ser definidas mediante expressões empíricas, pode-se supor que expressam outras propriedades ou relações não empíricas. Essa é a tese do intuicionismo. ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. 2ª edição. São Paulo: Landy, 2005, p.61.

⁴²² Corroborando neste sentido: a sede definitiva de todo valor *a priori* (e também do moral) é o *conhecimento valorativo* ou respectivamente a *percepção valorativa* que é elaborada através do sentimento, da preferência, e por último, do amor e do ódio. SCHELER, Max. *O formalismo na ética e no pensamento material*. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p.87.

⁴²³ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p.157. Há muitos argumentos contra o intuicionismo. É provável que o mais forte seja este: dado que diferentes pessoas respondem de modos diferentes à mesma evidência, a teoria falha ao não fornecer nenhum critério para

As objeções metodológicas são mais perigosas. Isso porque quando o julgador faz referências a valores e a uma ordem deles, ele se afasta dos postulados da fundamentação racional. Tomar o direito por valores destruiria, então, a transparência da decisão judicial e conduziria a tomada do direito ao que Alexy sintetizou como as mãos de arcanos da interpretação constitucional⁴²⁴, sendo que as decisões sobre colisões com sopesamentos, intimamente decididas por convicções e outros fatores extrajurídicos, seriam camufladas com um revestimento de uma aparência racional e carentes de uma real fundamentação. É dizer, na prática, que o a utilização de valores e de sopesamentos seria uma fórmula de ocultar o decisionismo judicial e interpretativo.

As objeções metodológicas visam derrubar principalmente duas concepções: a da existência de uma ordem hierárquica de valores e a do sopesamento. As objeções contra a possibilidade de uma ordem hierarquizada de valores são procedentes até mesmo na opinião de Alexy, simplesmente porque a tentativa de conceber tal ordem esbarra, de plano, no problema de quais valores deverão ser ordenados com base nessa hierarquia e como deve ser delimitada a classe desses valores. Somente a impossibilidade de se estabelecer uma correção ou até mesmo um consenso sobre os valores já impede a concepção desta ordem. Ainda, é impossível extrair, empiricamente, quais valores são relevantes ao direito ou que estejam presentes na Constituição, de maneira completa e fechada. Tal lista de valores, segundo Alexy, acerca das quais todos estejam de acordo, seria praticamente impossível de estabelecer. Isso já é suficiente para colocar em dificuldades o conceito de ordem hierarquizada de valores e maiores explorações neste sentido foge do escopo do presente trabalho⁴²⁵.

Isso basta para afirmar que é impossível uma ordenação dos valores ou princípios que, em todos os casos e de forma intersubjetivamente cogente, defina a decisão no

distinguir as corretas das falsas, as autênticas das não-autênticas. Mas a teoria tem de prover esses critérios se desejar que sua proposição tenha estabelecido a possibilidade do conhecimento objetivo e da verdade moral no campo da ética. Na ausência desses critérios para escolher entre as alternativas, o intuicionismo chega ao mesmo resultado do subjetivismo ético. Por mais bem fundamentadas que as objeções do intuicionismo contra o naturalismo possam ser, ele é uma teoria igualmente insustentável. ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. 2ª edição. São Paulo: Landy, 2005, p.62.

⁴²⁴ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p.158.

⁴²⁵ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p.159 Ainda mais difícil que o problema da identificação daquilo que deve ser ordenado são os problemas relativos à ordenação em si mesma. É fácil perceber que uma ordenação abstrata de valores constitucionais, não importa se cardinal ou ordinal, é inaceitável. (...)Uma tal hierarquia não apenas contradiria a correta constatação do Tribunal, segundo a qual nenhum dos dois valores pode ter pretensão a uma precedência abstrata, ela teria também consequências fatais. Carl Schmitt chama tal desdobramento de tirania dos valores: a partir da lógica dos valores, é sempre correto que o maior preço nunca é demasiadamente alto para o valor máximo, e tem que ser pago. ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p.160.

âmbito do direito. A impossibilidade de tal ordenação *rígida*, entretanto, não implica a impossibilidade de uma ordenação *flexível* e, sobretudo, não diz nada contra o conceito de *sopesamento*, um dos nervos centrais da teoria de Alexy e decorrente da própria ideia de Dworkin da dimensão do peso. Uma ordenação flexível por meio de uma rede de decisões concretas sobre preferências é obtida por meio da jurisprudência, intimamente ligada com o conceito de *sopesamento*⁴²⁶. Essa ordenação mesma é fator corroborante para a concepção da norma jurídica contida no precedente como uma norma de adjudicação, o que será feito mais adiante.

Contra a ideia de *sopesamento* é muitas vezes levantada a objeção de que ela não é um modelo aberto a um *controle racional*. O *sopesamento*, desta monta, ficaria sujeito ao arbítrio daquele que *sopesa*. Onde começa o *sopesamento* terminaria o controle por meio de normas e métodos. Ele abriria espaço para o subjetivismo e o decisionismo dos juízes. Essas objeções são procedentes se com elas se quiser dizer que o *sopesamento* não é um procedimento que conduza, em todo e qualquer caso, a um resultado único e inequívoco. Mas elas não são procedentes quando daí se conclui que o *sopesamento* é um procedimento não racional ou irracional.

Se o *sopesamento* se resumisse à formulação de tal enunciado de preferências e, com isso, à determinação das regras relacionada ao caso – que decorre desse enunciado, o *sopesamento*, de fato, não representaria um procedimento racional. O intérprete teria tão somente a possibilidade de seguir suas concepções subjetivas. Não seria possível em falar em *sopesamentos* corretos ou equivocados.

No entanto, a tal modelo *decisionista* de *sopesamento* pode ser contraposto um modelo *fundamentado*. Em ambos os modelos *o resultado do sopesamento é um enunciado de preferência condicionada*. No modelo *decisionista* a definição do enunciado de preferência é resultado de um processo psíquico não controlável racionalmente. O modelo *fundamentado*, por sua vez, distingue entre o processo psíquico que conduz à definição do enunciado de preferência e sua fundamentação. Isso equivale à frequentemente citada diferenciação entre o processo de descoberta e o processo de justificação. Com isso, segundo Alexy, o problema da racionalidade do *sopesamento* leva-nos à questão da possibilidade de fundamentação racional de enunciados que estabeleçam preferências condicionadas entre princípios colidentes.

⁴²⁶ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p.162-163

Contudo, cabe ainda a ressalva de que, mesmo com a fundamentação, o sopesamento admite uma fundamentação racional em ambos os sentidos, o que ainda mutila parcialmente sua capacidade de objetividade. Alexy não consegue se furtar, portanto, à crítica do subjetivismo⁴²⁷.

De acordo com a lei de colisão, dos enunciados de preferências condicionadas decorrem regras que, diante de determinadas condições, cominam a consequência jurídica do princípio prevalente. Tais regras são chamadas de regras de decisão e são os precedentes. Nesse sentido, a fundamentação de enunciados de preferências é uma fundamentação de regras relativamente concretas, que devem ser atribuídas às disposições de direitos fundamentais. Tais regras de decisão, ainda, são normas de direitos fundamentais atribuídas, conforme visto anteriormente.

Para sua fundamentação podem ser utilizados todos os argumentos possíveis na argumentação constitucional. Dentre eles, destaca Alexy, estão os cânones da interpretação e argumentos dogmáticos, precedentes, argumentos práticos e empíricos em geral, além de formas específicas de argumentação jurídica⁴²⁸. Nesses termos, a fundamentação de um enunciado de preferências condicionadas não é diferente da fundamentação de regras semânticas criadas para tornar conceitos vagos mais precisos.

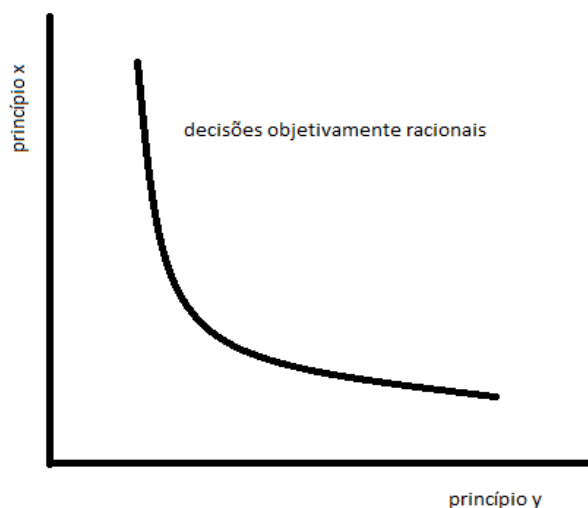
Resta claro, portanto, que, para Alexy, o *precedente* fica relegado a mero instrumento de argumentação: seria o modo mais apropriado de enxergá-lo hoje, levando-se em consideração as premissas da atual jurisdição constitucional? O que foi dito acerca da utilização de argumentos jurídicos gerais ainda não diz respeito ao que há de específico na fundamentação de enunciados de preferências. A existência de argumentos relacionados especificamente ao sopesamento é sugerida por formulações do Tribunal, tais como quanto mais a intervenção legal afetar as manifestações elementares da liberdade da ação humana, tanto mais cuidadoso deve ser o sopesamento das razões contrárias à pretensão elementar de liberdade dos cidadãos. Essas manifestações fazem referência a uma regra que é constitutiva para os sopesamentos do Tribunal, que pode ser formulada da seguinte forma: quanto maior for o grau de não satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro. O sopesamento decorre, é dizer, da própria natureza dos princípios.

⁴²⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p.164-165.

⁴²⁸ Essa lista será melhor demonstrada ao final do próximo capítulo.

Segundo a lei do sopesamento, a medida permitida de não satisfação ou de afetação de um princípio depende do grau de importância da satisfação do outro. Na própria definição do conceito de princípio, com a cláusula dentro das possibilidades jurídicas, aquilo que é exigido por um princípio foi inserido em uma relação com aquilo que é exigido pelo princípio colidente. A lei de colisão expressa em que essa relação consiste. Ela faz com que fique claro que o peso dos princípios não é determinado em si mesmo ou de forma absoluta e que só é possível falar em pesos relativos a um determinado caso concreto – condições⁴²⁹.

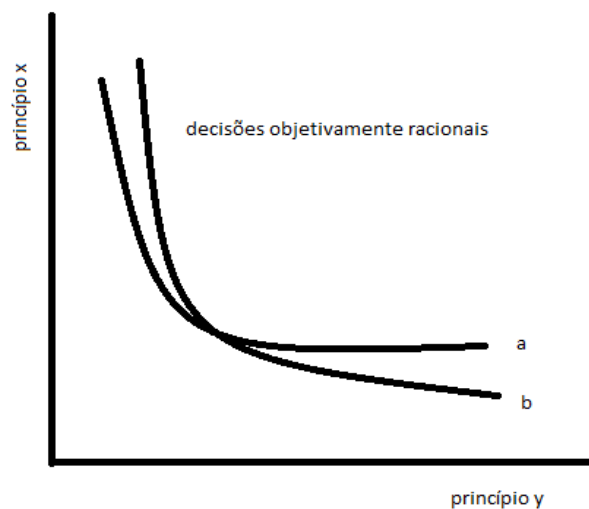
As ideias que estão por trás da lei do sopesamento podem ser ilustradas com o auxílio de curvas de indiferença, como aquelas que são utilizadas nas ciências econômicas. Uma curva de indiferença é um meio para representar a relação de substituição de bens.



Mas curvas de indiferença como essa não são diretamente equivalentes à lei do sopesamento. A lei do sopesamento aponta, em primeiro lugar, para a importância da satisfação do princípio colidente e formula, em segundo lugar, um dever. A curva apresentada, por sua vez, apenas descreve as substituições que são indiferentes para um determinado intérprete. O traço da curva expressa o quão importante é, para ele, o *Princípio₁* em relação ao *Princípio₂*. Outro intérprete pode ter outra concepção acerca dessa importância relativa⁴³⁰.

⁴²⁹ALEXANDER, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p.168.

⁴³⁰ALEXANDER, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p.169.



O sopesamento constitucional não diz respeito à importância que alguém confere ao *Princípio₁* ou *Princípio₂*, mas à definição de qual deve ser a importância que se deve conferir a ambas. O sopesamento diz respeito a uma regra que prescreve como se deve sopesar. Portanto, a lei do sopesamento é formulada como uma *regra*, que prescreve a definição de curvas de indiferença corretas – ou importâncias relativas corretas. Nesse sentido, diante das curvas de indiferença dos tipos apresentados acima, a lei do sopesamento deve ser inserida em um *metanível*, representada pela curva de indiferença de segundo nível.

Curvas de indiferença fazem com que fiquem claras as ideias que estão por trás da lei do sopesamento, ainda que não ofereçam um procedimento decisório definitivo⁴³¹. Aqui interessam apenas sopesamentos no sentido de atribuições de pesos a princípios, ou seja, interessa apenas aquilo que é exigido pela máxima da proporcionalidade em sentido estrito. No âmbito de um enfoque indiferente, a estrutura do exame da necessidade pode ser representada como o auxílio do *critério de eficiência de Pareto*. De acordo com esse critério – o *ótimo de Pareto* –, *Princípios₁* são preferíveis a *Princípios₂* se, com a passagem de um para o outro, nenhum dos envolvidos teriam sua situação piorada em relação à situação anterior e ao menos um dos envolvidos teria sua situação melhorada. De acordo com a lei do sopesamento – que corresponde à curva de indiferença de segundo nível, a decisão acerca da correção

⁴³¹ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p.170.

desses sopesamentos deve ser tomada com base nos graus de importância da satisfação de um princípio e de satisfação/não satisfação do outro⁴³².

O modelo *fundamentado* apresentado aqui evita uma série de dificuldades que estão frequentemente associadas ao conceito de *sopesamento*. Seu resultado é um enunciado de preferências condicionadas, ao qual, de acordo com a lei de colisão, corresponde uma regra de decisão diferenciada. Do próprio conceito de princípio decorre a constatação de que os sopesamentos não são uma questão de tudo ou nada, mas uma tarefa de otimização. Nesse sentido, o modelo de sopesamento aqui defendido é equivalente ao assim chamado princípio da concordância prática. Ainda que o sopesamento em si não estabeleça um parâmetro com auxílio do qual os casos possam ser decididos de forma definitiva, o modelo de sopesamento como um todo oferece um critério, ao associar a lei de colisão à teoria da argumentação jurídica racional. A recorrente objeção do irracionalismo já foi refutada. Já a tese segundo a qual os sopesamentos conduziriam a decisões particulares é, no mínimo, equivocada. À medida que as decisões de sopesamentos são decisões judiciais, torna-se claro que elas são proferidas, em geral, para a solução de casos particulares. Mas, com base nessas decisões e nos termos da lei do sopesamento, é sempre possível formular uma regra. Por conseguinte, nada há de inconciliável entre o sopesamento no caso particular e sua universalidade. No modelo aqui defendido, ambos estão associados. Também não é procedente a objeção segundo a qual, no limite, o sopesamento nada mais é que uma palavra contra a outra. Um princípio contraposto a outro princípio, e a consequência é aquilo que é previsto na lei de colisão e de sopesamento. Alexy responde, portanto, às críticas metodológicas⁴³³.

No âmbito da fundamentação dos enunciados sobre intensidades de afetação e sobre a importância da realização de princípios colidentes, tornam-se relevantes argumentos empíricos que digam respeito às peculiaridades do objeto da decisão, bem como às consequências das possíveis decisões. E a lei de colisão demonstra que o sopesamento conduz a uma dogmática diferenciada dos diferentes direitos fundamentais: nos casos de colisão é necessário definir uma relação condicionada de preferência. A ela corresponde uma regra de grau de concretude relativamente alto. Por meio dos sopesamentos da jurisprudência e de propostas de sopesamento aceitas pela ciência do direito, surge, com o passar do tempo, uma

⁴³²ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p.171.

⁴³³ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p.172.

rede de regras concretas atribuídas às diferentes disposições de direitos fundamentais, as quais representam uma importante base e um objeto central da dogmática⁴³⁴.

Permanece a objeção ligada à *segurança jurídica*. Também aqui é necessário fazer referência à carência de alternativas aceitáveis, que poderiam garantir uma maior medida de segurança jurídica que o modelo de regras e princípios⁴³⁵. (Uma alternativa seria o reconhecimento do precedente como norma jurídica e a visão do Direito enquanto sedimentação). O modelo de regras e princípios não tem apenas o nível dos princípios, mas também o nível das regras. Mais adiante será demonstrado que a segurança jurídica que pode ser criada no nível das regras tem como base não somente a exigência elementar de respeito ao teor literal do texto constitucional e à vontade do legislador constituinte, mas sobre também à força dos precedentes do Tribunal⁴³⁶.

Passamos nesse momento a abordar a objeção relacionada à segurança jurídica, usando primeiramente a figura dworkiniana do *juiz Hércules*, enfrentando novamente o paradigma por meio da reconstrução habermasiana do direito.

⁴³⁴ALEX, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p.177.

⁴³⁵ Uma alternativa seria o reconhecimento do precedente como norma jurídica e a visão do direito enquanto sedimentação.

⁴³⁶ALEX, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p.178-179.

Capítulo V

5. A crítica: a indeterminação do direito e a racionalidade da jurisprudência – a mudança de paradigma realizada por Jürgen Habermas. O precedente enquanto norma jurídica a partir das concepções de Dworkin, Alexy, Habermas e MacCormick.

Introduzimos, de forma detalhada, uma das concepções mais aceitas da filosofia constitucional contemporânea acerca da estruturação das normas jurídicas, que parte do pensamento e das teorias de Ronald Dworkin e Robert Alexy. Iniciamos expondo, por assim dizer, o sistema dos direitos e os princípios do Estado de Direito sob o enfoque racional, alterando o paradigma jurídico de uma visão contratualista para uma visão com enfoque no discurso⁴³⁷.

O paradigma jurídico, entretanto, não consegue explicar o modo como os princípios de direito e os direitos fundamentais preenchem contextualmente as funções que lhes são atribuídas normativamente, a não ser que estas noções sejam trabalhadas no contexto da sociedade contemporânea: um sistema jurídico se constrói, portanto, sobre seu ambiente social. Somente a partir daqui que as normas jurídicas – notadamente os direitos fundamentais, objeto da teoria de Alexy – devem ser entendidas por completo e realizadas. O direito formal liberal burguês e o direito materializado do Estado social de massas constituem, hoje, os dois paradigmas mais comuns do direito. Interpretando o direito à luz do discurso, a crítica a ser feita é uma releitura destes paradigmas, com o intuito de se formar um terceiro, que englobe os outros dois. O sistema jurídico que se apresentou ao final do século XX – no

⁴³⁷ A segunda metamorfose do positivismo jurídico consiste em alargar as fronteiras de uma ordem jurídica positiva: esta será composta tanto pelas regras emitidas pelo legislador competente quanto pelos princípios de justiça cuja designação pela autoridade de aplicação não depende de seu poder discricionário absoluto. Esses princípios são parte integrante de toda ordem jurídica. Por conseguinte, o princípio de *autonomia* de um sistema jurídico sobre o qual se apoiou o positivismo jurídico, mesmo na versão de Hart, é aqui profundamente modificado: as questões éticas – questões de justiça propriamente ditas ou mesmo aquelas relativas à organização da *boa vida* – não se colocam unicamente a montante do trabalho legislativo, mas também em favor deste, já que toda decisão de aplicação do direito nos *hard cases* também deverá ser *justificada*. Essa é uma das teses fortes do pós-positivismo (neo institucionalistas, Aarnio, Peczenik, Alexy, K. Günther). Esta é também uma das teses fortes da concepção de Ronald Dworkin [...] Em suma, a dificuldade de distinguir entre criação e aplicação do direito em conformidade com o princípio da *separação dos poderes*, que está no fundamento de toda ordem jurídica democrática, está no centro dos debates da filosofia do direito contemporâneo. BILLIER, Jean-Cassien; MARYIOLI, Aglaé. *História da filosofia do direito*. São Paulo: Manole, 2005, p. 419.

Brasil, com a promulgação e a construção doutrinária da Constituição Federal de 1988 – denota ou até mesmo precisa, uma tentativa de superar as inseguranças sobre as quais se discorreu anteriormente, de uma concepção *procedimentalista* do direito. Antes disso, é interessante demonstrar um pensamento de Jürgen Habermas que, ao preparar um *princípio da filosofia do direito*, introduziu o sistema do direito na linha de uma teoria do discurso, a fim de torna-lo mais plausível sob pontos de vista da teoria do direito, em um sentido mais estrito⁴³⁸.

O Direito, enquanto sistema de ação, pode subordinar todas as condutas à regulação de normas. Luhmann, por exemplo, define o direito, neste *sentido mais amplo*, como o sistema social parcial, especializado na estabilização de expectativas de comportamento⁴³⁹. Ele se compõe de todas as comunicações sociais formuladas tendo como referência o direito. Ora, o sistema de direitos *em sentido mais estrito* ultrapassa essa concepção. Ele abrange todas as interações, também as que não se orientam pelo direito, podendo produzir direito novo e reproduzi-lo enquanto tal. Para a institucionalização desta forma, é necessária a auto aplicação do direito por meio de regras denominadas secundárias, que constituem e transmitem as competências da normatização, da aplicação e da imposição do direito⁴⁴⁰.

Se considerarmos as coisas pelo lado empírico, constataremos que há várias instituições envolvidas nessa produção e reprodução do direito em sociedades como a nossa, que preenchem simultânea e respectivamente várias funções. No Estado democrático de direito, compete à legislação política a função central. Dela participam, não somente partidos, eleitorado, corporações parlamentares e governo, mas também a prática de decisão dos

⁴³⁸ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol. 01. 2ª edição. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010, p.242.

⁴³⁹ Podemos de início colocar que a teoria da *autopoiese*, como teoria da formação e do funcionamento do social, substitui a diferenciação das funções durkheimianas quanto à *divisão do trabalho social* por uma diferenciação dos sistemas sociais – tais como o direito, a economia, a política e a moral – que asseguram, cada um deles e segundo sua lógica interna, a *redução da complexidade social* que nas sociedades modernas segue de maneira crescente. BILLIER, Jean-Cassien; MARYIOLI, Aglaé. *História da filosofia do direito*. São Paulo: Manole, 2005, p. 440.

⁴⁴⁰ A noção de normas secundárias neste sentido também se dá no pensamento de Paulo de Barros Carvalho: agora, em abono desse matiz e considerado a feição dúplice de toda norma completa, depararemos-nos, no plano semântico, com dois diferentes tipos gerais e abstratos: a norma geral e abstrata primária e a norma geral e abstrata secundária. Na primeira, acomoda-se um enunciado que prescreve um dever: *se ocorrer o fato F, então dever-se a conduta Q*. Na segunda, instala-se um enunciado que prescreve uma providência sancionatória hipotética: *se ocorrido o fato F e descumprido o dever da conduta Q, então dever-ser a relação sancionatória Sn entre o sujeito do dever e o Estado-Juiz*. Ambas estruturas guardaram homogeneidade sintática, abrindo-se para receber apenas o plano dos conteúdos. Comprova-se, mais uma vez, a heterogeneidade semântica invariavelmente presente no domínio das estruturas normativas. CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário, linguagem e método*. 3ª edição. São Paulo: Noeses, 2009, p. 141.

tribunais e das administrações, à medida que estes se autoprogramam⁴⁴¹. A função da aplicação de leis não é assumida apenas por instâncias da jurisdição no horizonte da dogmática jurídica e da esfera pública jurídica, mas também, implicitamente, por administrações. A função de execução das leis é exercida pelo governo e pela administração, indiretamente também por tribunais. Uma parte dessas funções jurídicas é delegada pelos órgãos do Estado a corporações privadas ou semipúblicas.

O sistema jurídico em sentido amplo é, portanto, o conjunto de todos os sistemas de contenham ações reguladas juridicamente, no interior do qual surge uma esfera nuclear de produção privada, reflexiva, composta por normas secundárias e estruturais, sendo estas de encontro de ações dirigidas por normas jurídicas materiais⁴⁴².

Isso já é suficiente para uma primeira definição de sistema jurídico em sentido estrito. Uma teoria discursiva precisa ser demonstrada nesse nível. Ora, a teoria do direito, ao contrário das teorias filosóficas da justiça, movimenta-se nos limites de ordens jurídicas concretas. Extrai os seus dados do direito vigente, de leis e casos precedentes, de doutrinas dogmáticas, de contextos políticos da legislação, de fontes históricas do direito, etc. A teoria do direito não pode desprezar a articulação entre direito e poder, principalmente no que tange à força do poder do Estado para justificar o direito. Por outro lado, a teoria do direito, emparelhando-se à dogmática jurídica, possui uma perspectiva eminentemente jurídica. Uma vez que todas as comunicações no direito apontam para pretensões reclamáveis judicialmente, o processo judicial constitui o ponto de fuga para a análise do sistema jurídico. A teoria do direito abrange não somente os sistemas parciais que se ocupam reflexivamente da produção e reprodução do direito, mas também o sistema jurídico em sentido mais amplo, distinguindo-se, então, da dogmática jurídica, por ter a pretensão de produzir uma teoria da ordem jurídica em sua totalidade⁴⁴³. E, nisso, ela leva em conta as perspectivas dos outros participantes, ao

⁴⁴¹ Ronald Dworkin criticou a definição do direito como fato constitucional. O direito é, segundo ele, um fato *interpretativo*. BILLIER, Jean-Cassien; MARYIOLI, Aglaé. *História da filosofia do direito*. São Paulo: Manole, 2005, p. 419-420.

⁴⁴² O direito, antes de ser um exemplo de regras que se aplicam ora de maneira mecânica (*easy cases*), ora de maneira “refletida” nos casos difíceis, é mais a *atitude interpretativa* de uma comunidade que realiza justiça. Antes do direito como sistema de regras existe a ideia de direito, o direito como justiça. BILLIER, Jean-Cassien; MARYIOLI, Aglaé. *História da filosofia do direito*. São Paulo: Manole, 2005, p. 421.

⁴⁴³ A aplicação de toda regra a uma situação concreta não se faz jamais de maneira irrefletida. Uma regra jurídica a aplicar fará sentido tanto à luz da situação no presente quanto à luz da história de uma prática social que, com o passar do tempo, forjou uma certa concepção da justiça. O *conceito de direito*, afirmará Dworkin, nunca é independente de uma *concepção do direito* e da justiça. [...] A doutrina do filósofo americano se liga ao enfoque hermenêutico que, com relação à aplicação do direito, considera a dimensão da história (as decisões judiciais

introduzir na própria perspectiva de esclarecimento, que é a do jurista especializado, do legislador político, da administração pública e dos membros do direito⁴⁴⁴.

A tensão entre facticidade e validade, imanente ao direito, manifesta-se na jurisdição como tensão entre o princípio da segurança jurídica e a pretensão de tomar decisões corretas. Daqui, é possível mapear quatro correntes ou escolas que preveem diferentes soluções para o problema da racionalidade da jurisdição, sendo que, a partir de então, será apresentada uma visão crítica da teoria de Alexy/Dworkin (a quarta) que visa, com sua nova leitura da norma jurídica, a uma reconstrução racional do direito vigente com base nas suposições de racionalidade da prática da decisão judicial.

5.1. O positivismo, o realismo e a visão hermenêutica e da interpretação.

O direito vigente visa garantir, de um lado, a inserção de expectativas de comportamento sancionadas pelo Estado e, com isso, segurança jurídica; de outro, os processos racionais da normatização e da aplicação do direito prometem a legitimidade das expectativas de comportamento assim estabilizadas – é dizer, as normas *merecem* obediência jurídica e *deveriam* ser seguidas a qualquer momento, inclusive por respeito à lei⁴⁴⁵. No nível da prática da decisão judicial, as duas garantias precisam ser resgatadas simultaneamente. Não basta transformar as pretensões conflitantes em pretensões jurídicas e decidi-las obrigatoriamente perante o tribunal, pelo caminho da ação. Para preencher a função socialmente integradora da ordem jurídica e da pretensão de legitimidade do direito, os juízos emitidos têm que satisfazer *simultaneamente* às condições da aceitabilidade racional e da decisão consistente. Uma vez que ambas nunca se encontram de acordo, é necessário introduzir duas séries de critérios na prática da decisão judicial.

anteriores, os trabalhos preparatórios de legislação) para aplicá-la no presente, uma vez que isso serve de guia para melhor compreender e até mesmo melhor se apropriar do passado. Segundo ele, trata-se aliás de uma *hermenêutica crítica* [...]. A aplicação do direito consiste em um empreendimento bem particular: a interpretação da história jurídica passada se dá ao mesmo tempo que sua reconstrução (crítica) de forma que, como observa Dworkin, chega-se a mostrá-la “sob uma luz bem melhor do que anteriormente”. BILLIER, Jean-Cassien; MARYIOLI, Aglaé. *História da filosofia do direito*. São Paulo: Manole, 2005, p. 422.

⁴⁴⁴ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol. 01. 2ª edição. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010, p. 244.

⁴⁴⁵ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol. 01. 2ª edição. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010, p. 245-246.

Isso porque, de um lado, a segurança jurídica exige decisões tomadas consistentemente, no quadro da ordem jurídica estabelecida (e aí o direito vigente aparece como um emaranhado opaco de decisões pretéritas do legislador e da justiça ou de tradições do direito consuetudinário, formando o pano de fundo de toda a prática de decisão atual, uma positividade na qual se reflete também as contingências desse contexto de surgimento). Por outro lado, a pretensão à legitimidade da ordem jurídica implica decisões, as quais não podem se limitar a concordar com o tratamento de casos semelhantes no passado e com o sistema jurídico vigente, pois devem ser fundamentadas racionalmente, a fim de que possam ser aceitas como decisões racionais pelos membros do direito. As decisões judiciais, do mesmo modo que as leis, são *criaturas da história e da moral*: o direito subjetivo de um indivíduo não depende somente de sua prática, mas também de da justiça de suas instituições políticas⁴⁴⁶.

O problema da racionalidade da jurisprudência consiste, pois, em saber como a aplicação de um direito contingente pode ser feita internamente e fundamentada racionalmente no plano externo, a fim de garantir simultaneamente a *segurança jurídica* e a *correção*. Quando se parte da ideia de que a opção do direito natural, que simplesmente subordinava o direito vigente a padrões supra positivos, não pode mais ser adotada, oferecem-se três alternativas para o tratamento dessa questão central da teoria do direito, a saber: o positivismo jurídico; o realismo jurídico e a hermenêutica jurídica.

O positivismo jurídico pretende fazer *jus* à função da estabilização de expectativas, sem ser obrigado a apoiar a legitimidade da decisão jurídica na autoridade impugnável de tradições éticas. Nomes como Kelsen e Hart buscaram elaborar o sentido normativo próprio das proposições jurídicas e a construção sistemática de um sistema de regras destinado a garantir a consistência de decisões ligadas a regras e tornar o direito livre da contaminação política. O positivismo sublinha, então, o fechamento e a autonomia de um sistema de direitos, opaco em relação a princípios não jurídicos. Com isso, o problema da racionalidade é decidido a favor da primazia de uma história institucional reduzida, purificada de todos os fundamentos de validade supra positivos. Ora, uma norma hipotética fundamental,

⁴⁴⁶ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol. 01. 2ª edição. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010, p.246-247.

ou uma regra de reconhecimento, são instrumentos com os quais é possível delimitar quais normas pertencem ou não ao direito vigente de maneira precisa⁴⁴⁷.

Isso significa dizer que a legitimação da ordem jurídica em sua totalidade é levada para o início, isto é, para a norma hipotética fundamental ou regra de reconhecimento, a qual legitima tudo, sem ser, porém, passível de uma justificação racional: ela deve ser assimilada faticamente como produto histórico ou costumeiro. Um diferente *jogo de linguagem*, para utilizar um conceito de Wittgenstein. Fora do direito, porém aceita como auto evidência cultural e pressuposta como válida pelos participantes.

Tal ligação não permite uma solução simétrica do problema da racionalidade. A razão ou a moral são, de certo modo, subordinadas à história. Por isso, a interpretação positivista da prática de decisão judicial faz com que, no final das contas, a garantia da segurança jurídica obscureça a garantia da correção ou justiça⁴⁴⁸. A precedência da segurança jurídica revela-se no modo como o positivismo trata os *hard cases*: como fundamentar a adequação de decisões seletivas inevitáveis? Hart entende tais casos como exemplos de carência interpretacional das normas jurídicas, sendo um resultado da estrutura aberta das linguagens naturais e chega a uma conclusão decisionista, permitindo que o juiz decida conforme sua própria opinião, não amparada por padrões pertencentes ao direito.

O realismo, por sua vez, possui outra pré-compreensão da interpretação. Nos processos de seleção da prática da jurisprudência, aparecem determinantes extrajurídicos, que podem ser explicados por meio de análises empíricas. Tais fatores externos explicam como os juízes preenchem o seu espaço de decisão, permitindo-se prever histórica, psicológica ou sociologicamente as decisões judiciais. Considerando que a reprodução do direito é embasada por interesses, ideologias, constelações de poder e muitos outros elementos de fora do direito, sua prática não é mais determinada internamente por meio da seletividade de procedimentos, do caso da matéria de direito. A lógica própria do direito, desta forma, desaparece completamente, sob uma descrição realista do processo de sua aplicação⁴⁴⁹.

⁴⁴⁷ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol. 01. 2ª edição. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010, p.250.

⁴⁴⁸ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol. 01. 2ª edição. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010, p.251.

⁴⁴⁹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol. 01. 2ª edição. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010, p.248-249.

Na visão do realismo jurídico, portanto, não é possível fazer uma distinção clara entre direito e política lançando mão de características estruturais. O direito passa a valer, então, como um instrumento do controle do comportamento a ser acionado para fins racionais, isto é, fins políticos fundamentados de maneira utilitarista de acordo com o bem estar econômico. As escolas realistas submeteram a representação idealista dos participantes do processo, segundo a qual todos (ou maioria) dos casos podem ser decididos correta e consistentemente na base do direito vigente, a uma crítica dissuasiva, na perspectiva do observador. De outro lado, porém, a prática da decisão judicial não tem como operar sem suposições idealizadoras. A revogação não dissimulada da segurança jurídica do direito significa que a jurisdição precisa renunciar, em última instância, à pretensão de estabilizar as expectativas de comportamento, que é a função do direito. Os realistas, ainda, não conseguem explicar como é possível combinar a capacidade funcional do sistema jurídico com a consciência dos especialistas participantes, a qual é radicalmente cética em termos de direito⁴⁵⁰.

A hermenêutica jurídica, por sua vez, teve o mérito de contrapor ao modelo convencional da decisão jurídica, que a entende como resultado de uma subsunção, à ideia aristotélica de que nenhuma regra pode regular sua própria aplicação.

A hermenêutica propõe um modelo processual de interpretação. A interpretação tem início numa pré-compreensão valorativa que estabelece uma relação preliminar difusa entre norma e estado de coisas no nível abstrato, sendo que ela se torna precisa uma vez concretizadas reciprocamente. Em última instância, a racionalidade de uma decisão deve medir-se pelos *Standards* dos costumes que ainda não se coagularam em *normas*, pelas *sabedorias jurisprudências que antecedem a lei*. A hermenêutica, desdobrada em teoria do direito, mantém a pretensão de legitimidade da decisão judicial.

O recurso a um *ethos* dominante, aprimorado por interpretações, não oferece, é verdade, uma base convincente para a validade de decisões jurídicas em meio a uma sociedade pluralista, na qual diferentes situações de interesses e de forças religiosas concorrem entre si⁴⁵¹.

⁴⁵⁰ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol. 01. 2ª edição. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010, p.249-250.

⁴⁵¹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol. 01. 2ª edição. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010, p.248.

A teoria do direito elaborada por Dworkin – e desenvolvida, principalmente no tocante a sua adaptação à tradição romano germânica, por Alexy –, pode ser entendida como tentativa de evitar as falhas das propostas de solução realistas, positivistas e hermenêuticas, bem como de esclarecer, através da adoção de direitos concebidos deontologicamente, como a prática da decisão judicial pode satisfazer simultaneamente às exigências da segurança do direito e da aceitabilidade racional. Contra o realismo, Dworkin sustenta a possibilidade e a necessidade de decisões consistentes ligadas a regras, as quais garantem uma medida suficiente de segurança do direito. Contra o positivismo, ele afirma a possibilidade e a necessidade de decisões *corretas*, cujo conteúdo é legitimado à luz de princípios (e não apenas formalmente, através de procedimentos). A referência hermenêutica a uma pré-compreensão não deve levar o juiz à tradições autoritárias mas, ao contrário, o obriga a uma visão crítica da própria instituição do direito, guiada por uma razão prática. Dworkin tem em mente os direitos que gozam de validade positiva e que merecem ser guardados do ponto de vista da justiça.

A razão prática incorporada emerge no ponto de vista moral e se articula, ela mesma, numa norma fundamental, consubstanciada, arrisca-se a dizer, num estado de mesma consideração e respeito por cada um, nos moldes do princípio de direito de Kant e da justiça de Rawls, é dizer, liberdades de ações subjetivas. Em Dworkin, a norma fundamental goza de um *status* de um direito natural, inerentes aos homens e mulheres simplesmente por serem humanos e dotados da capacidade de fazer *justiça*⁴⁵².

A teoria dos direitos de Dworkin, analisada aqui na versão desenvolvida de Alexy apoia-se, num primeiro momento, na premissa segundo a qual há pontos de vista morais relevantes na jurisprudência, porque o direito positivo assimilou inevitavelmente conteúdos morais⁴⁵³. Essa premissa não causa nenhuma surpresa para uma teoria discursiva do direito, a qual parte da ideia de que argumentos morais entram no direito por meio do processo democrático da legislação – e das condições de equidade da formação do compromisso⁴⁵⁴.

O significado jurídico de conteúdos morais e o campo de variação de seus pesos específicos surgem no âmbito das normas de comportamento, tendo por indícios para o

⁴⁵² DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 169.

⁴⁵³ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol. 01. 2ª edição. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010, p. 252-253.

⁴⁵⁴ Vale lembrar que a diferença entre moral e direito, ou entre valores e princípios, já foi abordada mais detalhadamente anteriormente. Verificar nota 411.

peso relativo do conteúdo moral as forças de reação dos membros do direito contra as infrações àquelas normas. Habermas, discorrendo sobre os conteúdos morais do direito, defende que as normas podem se diluir até um mínimo consistente na expectativa geral de que se obedeça as normas do direito, mesmo sem levar em conta o conteúdo da norma⁴⁵⁵. Ainda, divide essas normas de comportamento, de caráter não procedimental, em mandamentos e proibições, de um lado, e em prêmios e transferências, de outro. Os suportes fáticos elementares do direito penal, por exemplo, são moralmente reprováveis, ao passo que em relação aos prêmios ou transferências – no direito tributário, por exemplo – não são repreensíveis.

Isso significa que o sentido de validade de normas jurídicas que contêm prêmios ou transferências é, de certo modo, *desmoralizado*. Todavia, tais normas jurídicas são partes integrantes de programas legais moralmente justificados. As medidas morais, que servem ao legislador para o julgamento de políticas correspondentes, impregnam o conteúdo do direito, em cujas formas essas políticas são executadas.

É interessante notar que tais prescrições em relação à forma e ao procedimento não conseguem explicitar completamente nem recolher numa forma jurídica a substância moral, notadamente a capacidade moral de julgar, que deve, de alguma forma, acompanhar a competência para produzir e aplicar normas do direito⁴⁵⁷.

De qualquer forma, os exemplos apresentados para uma moral *no direito* significam apenas que certos conteúdos morais são traduzidos para o código do direito e revestidos com um outro modo de validade. Uma sobreposição de conteúdos não modifica a diferenciação entre direito e moral: enquanto for mantida a diferença das linguagens, a imigração de conteúdos morais para o direito não significa uma moralização de direito. O

⁴⁵⁵ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol. 01. 2ª edição. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010, p.255-256. Para o exercício dessas competências, existem procedimentos e prescrições que às vezes incluem também comportamentos moralmente relevantes, tais como deveres de informação e de cuidado, exclusão de meios de luta não permitidos, etc.

⁴⁵⁶ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol. 01. 2ª edição. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010, p.254: A categorização das penas (que vão do crime até a simples oposição à ordem), bem como a divisão em suportes fáticos do direito penal e do direito civil (que fundamentam pretensões de indenização), podem ser entendidas como escalonamento jurídico-dogmático do conteúdo moral.

⁴⁵⁷ Igual respeito e igual atenção, esta é a norma fundamental da moral política dworkiniana. Assim, situando-se inteiramente no quadro institucional do liberalismo tradicional que é o da separação dos dois poderes – de um lado, o poder legislativo de criação do direito, de outro, o poder jurisdicional de aplicação do direito –, Dworkin efetua as retificações que lhe parecem necessárias, afim de responder às novas demandas de *legitimação do direito* que são colocadas ao Estado de direito pós-moderno. BILLIER, Jean-Cassien; MARYIOLI, Aglaé. *História da filosofia do direito*. São Paulo: Manole, 2005, p. 426.

conteúdo moral de direitos fundamentais e de princípios de Estado de direito se explica pelo fato de que *os conteúdos* dessas normas jurídicas e preceitos morais se cruzam, simplesmente porque submetidas ao mesmo – como denominado por Habermas – princípio do discurso⁴⁵⁸.

Em verdade, pouco importa como se dá a relação entre direito e moral: a teoria da norma jurídica exposta anteriormente exige uma compreensão deontológica de pretensões de validade jurídicas. Com isso é rompida a ligação com a hermenêutica tradicional, que se socorre a um *ethos* carregado de *topoi* comprovados por tradição histórica. Dworkin, ao dar início a nossa teoria base, por assim dizer, interpreta o pensamento hermenêutico de modo construtivista. A partir de uma crítica ao positivismo no direito, especialmente a sua tese da neutralidade e a à assunção de um sistema jurídico autônomo fechado, ele desenvolve suas idéias metódicas acerca desta interpretação construtivista.

A jurisprudência está configurada segundo a aplicação de normas jurídicas estabilizadoras de expectativas; ela leva em conta determinações de objetivos legislativos à luz de princípios. Além disso, Dworkin explica a insuficiência da concepção jurídica que está na base da tese da autonomia de Hart – e do positivismo jurídico, portanto – com a distinção entre *regra* e *princípio*: o positivismo, segundo a primeira crítica feita por Dworkin, chega a uma falsa tese de autonomia porque entendendo o direito como um sistema fechado de regras específicas de aplicação, que, em face de um *hard case*, delega a resposta do direito ao arbítrio judicial extrajurídico – uma solução *decisionista*, portanto⁴⁵⁹. É dizer, uma solução em um sistema composto somente por regras geram uma indeterminação da situação jurídica que só pode ser superada de forma decisionista, enquanto quando se admite princípios – e sua justificação – não há mais tal problema⁴⁶⁰.

De qualquer forma, é com a análise do papel desempenhado pelo nível dos princípios no sistema jurídico e pelos argumentos de colocação de fins e pesos na prática da decisão judicial que Dworkin e Alexy captam o nível de fundamentação pós-tradicional do

⁴⁵⁸ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol. 01. 2ª edição. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010, p.256.

⁴⁵⁹ That doctrine argues that if a case is not controlled by an established rule, the judge must decide it by exercising discretion. We want to examine this doctrine and to test its bearing on our treatment of principles. DWORKIN, Ronald. *The model of rules*. In *Arguing about law*. New York: Routledge, 2009, p.83.

⁴⁶⁰ Essa crítica, no entanto, compõe apenas a primeira discussão em algo que ficou conhecido nos Estados Unidos como *Hart-Dworkin debate*. Esse debate evoluiu e até hoje ocorre, e alguns dos argumentos lá desenvolvidos serão aqui apresentados no que houver pertinência. Para um roteiro de leitura: SHAPIRO, Scott J. *The Hart-Dworkin debate: a short guide for the perplexed*. Public law and legal theory working paper series n.77. Michigan: SSRN, 2007. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=968657>.

qual o direito positivo depende. Essa fundamentação, que superou os fundamentos sagrados do jusnaturalismo, que também não é simplesmente válida como o positivismo defende, e que também não se encontra a mercê do poder político como entende o realismo, aponta, no sentido de validade deontológica dos direitos, para uma *averiguação racional das decisões corretas*, que Dworkin entende haver só uma⁴⁶¹. Porém como esses princípios não são meramente *topoi* extraídos da ética, como era o paradigma hermeneuta, a prática da interpretação – denominada doravante *interpretivismo* – necessita de um paradigma que ultrapasse a concepção tradicional costumeira, no caso do direito norte americano, de onde vem Dworkin⁴⁶². Para tanto, Dworkin esclarece sua razão prática em dois pontos: *metodicamente*, lançando mão do processo da interpretação construtiva; e *conteudisticamente*, através do postulado de uma teoria do direito que reconstrói racionalmente e conceitualiza o direito vigente⁴⁶³.

Habermas explica que na história institucional de um sistema jurídico é possível separar os aspectos externos dos que são acessíveis apenas internamente e que, neste acessados internamente, colocações de problemas que são reconstruídos trazem a crítica sobre as argumentações realizadas historicamente, sendo que a partir disso seria possível distinguir entre as tentativas produtivas e improdutivas, colocando-as em teste perante as evidências contemporâneas – nada menos, no ordenamento jurídico brasileiro, do que os precedentes judiciais. Dependendo do paradigma tomado, cuja escolha não é arbitrária, uma vez que depende da situação indisponível a escolha do intérprete, a retrospectiva – a reconstrução – revela outras linhas de argumentação. Tal pré-compreensão do paradigma é, desta forma, corrigível, pois é testada e modificada no decorrer do próprio processo interpretativo⁴⁶⁴. O modelo da teoria base aqui adotada pelo autor do presente trabalho tem precisamente esse

⁴⁶¹*The right answer thesis*: One of Dworkin's most interesting and controversial theses states that the law as properly interpreted will give an answer. This is not to say that everyone will have the same answer (a consensus of what is "right"), or if it did, the answer would not be justified exactly in the same way for every person; rather it means that there will be a necessary answer for each individual if he applies himself correctly to the legal question. For the correct method is that encapsulated by the metaphor of Hercules J. This metaphor of Judge Hercules, an ideal judge, immensely wise and with full knowledge of legal sources. Hercules (the name comes from a classical mythological hero) would also have plenty of time to decide. Acting on the premise that the law is a seamless web, Hercules is required to construct the theory that best fits and justifies the law as a whole (law as integrity) in order to decide any particular case. Hercules, Dworkin argues, would always come to the one right answer. Fonte: Wikipedia, critério de procura: Dworkin. Acesso em 21.03.2011.

⁴⁶²HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol. 01. 2ª edição. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010, p.258-260.

⁴⁶³ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol. 01. 2ª edição. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010, p.260.

⁴⁶⁴HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol. 01. 2ª edição. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010, p.260-261

sentido: um direito positivo, composto de regras e princípios, que assegura, por meio de uma jurisprudência discursiva, a integridade de condições de reconhecimento que garantem para cada membro da comunidade do direito *igual respeito e consideração*⁴⁶⁵.

Com esse procedimento o juiz teria o condão de, então, chegar a uma decisão idealmente válida para cada caso, a medida que a indeterminação do direito é corrigida pela fundamentação teórica de seu raciocínio. Essa fundamentação teórica – uma teoria em si – deve reconstruir racionalmente a ordem jurídica dada de tal modo que o direito vigente – o direito *vivo* do momento de aplicação – possa ser justificado a partir do nível dos princípios e se consubstanciar, de modo amplo, na encarnação exemplar do direito geral⁴⁶⁶. É por esta possibilidade que se adota a teoria de Dworkin/Alexy como a base para nossa sugestão para a compreensão do precedente na ordem jurídica brasileira atual.

Isto posto, cabe indagar: de que modo a prática da decisão judicial pode satisfazer, simultaneamente, ao princípio da segurança jurídica e a pretensão da legitimidade democrática do direito? Dworkin entrega a solução do problema a uma teoria pretensiosa, a qual permite, especialmente em casos difíceis, fundamentar as decisões singulares a partir do contexto coerente do direito vigente racionalmente reconstruído. Aqui a noção de validade – uma validade *habermasiana* – se aproxima da noção de *coerência*, sendo que a existência de coerência entre enunciados é causada por meio de argumentos substanciais que teriam o condão de revelar a qualidade pragmática de produzir um acordo racionalmente motivado na argumentação⁴⁶⁷.

⁴⁶⁵ Constructive interpretation is a matter of imposing purpose on an object or practice in order to make of it the best possible example of the form or genre to which it is taken to belong. We would say, that all interpretation strives to make an object the best it can be, as an instance of some assumed enterprise, and that interpretation takes different forms in different standards of value or success. DWORKIN, Ronald. *Law's empire*. London: Cambridge, 2004, p.419

⁴⁶⁶ Essa é a conclusão de Habermas. HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol. 01. 2ª edição. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010, p.261.

⁴⁶⁷ Aqui cabe ressaltar o sentido de argumento substantivo cunhado por Toulmin. Sua intenção é radical e consiste em se opor a uma tradição que parte de Aristóteles e pretende fazer da lógica uma ciência formal, comparável à geometria. Toulmin, ao contrário, propõe-se a deslocar o centro de atenção da teoria lógica para a prática lógica; a ele não interessa uma *lógica idealizada*, e sim uma lógica eficaz ou aplicada – *working logic*; e, para produzir essa eficácia, ele escolhe como modelo não a geometria, mas a jurisprudência: A lógica, podemos dizer, é jurisprudência generalizada. Os argumentos podem ser comparados a litígios jurídicos e as pretensões que fazemos e a favor das quais argumentamos em contextos extrajurídicos, a pretensões feitas diante dos tribunais; ao passo que os casos que apresentamos ao tornar bom cada tipo de pretensão podem ser comparados entre si. Uma tarefa fundamental da jurisprudência é caracterizar o essencial do processo jurídico: os procedimentos pelos quais se propõem, se questionam e se determinam as pretensões jurídicas, e as categorias em cujos termos se faz isso. ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. 3ª edição. São Paulo: Landy, 2003, p.94.

O discurso jurídico contém argumentos normativos, os quais, na hipótese de conflito entre regras, justificam a escolha da norma adequada a cada caso em um nível de princípios⁴⁶⁸. São esses princípios que iniciaram a concepção desta nova teoria, pois eles possuem caráter deontológico até então ignorado pela ciência do direito, e esses princípios teriam o condão de remover o traço de arbítrio das decisões judiciais. Ainda que esses princípios não possam ser classificados como fatos morais, sua força deontológica garante um *status* na argumentação que explica por que os recursos de justificação disponíveis no discurso jurídico permitem ir além da justificação interna ao passo que também fundamenta suas próprias premissas.

Essa teoria da norma jurídica, então, exige a construção de uma noção de direito, e não de justiça. Não se trata, teleologicamente, de uma busca filosófica pela justiça, mas sim do descobrimento de princípios e objetivos aptos a fundamentar uma ordem jurídica concreta em seus elementos essenciais, cujas decisões nos casos concretos sejam coerentes com o sistema como um todo.

Neste momento, surge uma noção de teoria de Dworkin: a figura do juiz Hércules. Para ele, uma construção do sistema jurídico só é possível caso pressuposta a existência de um juiz intelectualmente forte como Hércules, com dois traços do conhecimento ideal: ele conhece todos os princípios e objetivos existentes para justificação e possui uma visão ‘ampla e completa de todos os argumentos que compõem a rede do direito. Com isso, Hércules consegue variar a hierarquia dos princípios e objetivos e, ainda, consegue classificar criticamente o ordenamento e corrigir seus erros. Habermas diz que Hércules tem a missão de definir a sequência coerente de princípios que justifique a história institucional de um determinado sistema, tudo isso sob o manto da equidade⁴⁶⁹.

Há que se atentar que Hércules não é um teórico do direito e também não se equipara ao legislador: partindo da moldura constitucional e passando pelas normas particulares da própria constituição, normas infraconstitucionais e precedentes, cresce a contingência dos contextos de surgimento e, com isso, o espaço para uma avaliação

⁴⁶⁸ Luiz Sérgio Fernandes de Souza aponta, com maestria, que os princípios são um aporte no campo semântico, e não pragmático. Realmente, a passagem para o campo pragmático ocorre quando, em discurso de aplicação, o juiz determina o sentido da decisão pelo critério mais ou menos secreto do melhor para a comunidade, o que seria possível pelo caráter objetivo da fundamentação de racionalidade das decisões oriundas de um sopesamento, por exemplo. Essa relação com a postura adotada pelo pragmatismo será abordada com mais detalhe mais adiante, nos tópicos finais.

⁴⁶⁹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol. 01. 2ª edição. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010, p.263.

retrospectiva modificada. Com essa noção, Dworkin procurar reconciliar as decisões do passado reconstruídas racionalmente com a aceitação de sua racionalidade no presente, é dizer, visa a conciliar história com justiça⁴⁷⁰.

Essa teoria do direito, que pretendeu conciliar, então, a positividade da ordem jurídica com a legitimidade das pretensões reclamáveis judicialmente, se apoia amplamente em idealizações. A máxima da proporcionalidade a ser utilizada na decisão de um *hard case* por um juiz Hércules presume a melhor das intenções e a melhor noção de imparcialidade do juiz, alheio à realidade a sua volta, bem como a própria ideia do juiz Hércules. A partir daqui fica uma séria objeção: ou essas idealidades são expressões apenas de uma ideia reguladora, a servir de fio condutor para o processo, ou todo este ideal de condições e procedimentos a ser aplicado no processo judicial é falso.

Os direitos indisponíveis manifestam um sentido deontológico, porque eles formam um peso maior do que os bens coletivos e determinações de objetivos políticos. E, para prepara-los, é preciso entrar em argumentações dirigidas pela teoria do direito. E pode dar-se o caso de que alguns elementos de direito vigente, especialmente decisões judiciais do passado, venham a ser desmascarados como erros. Somente um direito positivo justificado por princípios permite decisões corretas.

Uma vez que os juízes, seres de carne e osso, estão aquém da figura ideal de Hércules, a recomendação de orientar-se por eles no trabalho diário nada mais é do que o reflexo do desejo de uma confirmação da prática de decisão, que sempre é determinada através de interesses, jogos de poder e dinheiro. Juízes escolhem princípios e objetivos, construindo a partir daí teorias jurídicas próprias, a fim de racionalizar decisões, isto é, dissimular preconceitos com os quais eles compensam a indeterminação do direito⁴⁷¹.

⁴⁷⁰ It dissolves the tension between judicial originality and institutional history [...] Judges must make fresh judgments about the rights of the parties who come before them, but these political rights reflect, rather than oppose, political decisions of the past. DWORKIN, Ronald. *A matter of principle*. Cambridge: Mass, 1985, p.153.

⁴⁷¹ I want to ask, however, whether judges should decide cases on political grounds [...] There is a conventional answer to my question, at least in Britain. Judges should not reach their decisions on political grounds. [...] in a polemical book called *the politics of the Judiciary*, argued that several recent decisions of the House of Lords were political decisions, even though that court was at pains to make it appear that the decisions were reached on technical legal rather than political grounds. Aqui há a questão da fundamentação da decisão judicial da decisão judicial. Dworkin acredita que uma explicitação do caráter político da fundamentação auxiliaria o avanço da consolidação do Estado democrático de direito, e não o contrário. DWORKIN, Ronald. *Political judges and the rule of law*. In *Arguing about law*. New York: Routledge, 2009, p.207-208. Political stability, however, is not the main reason – apart from reasons of accuracy – why most people want decisions about rights

Esse problema, de fato, existe⁴⁷². À medida que é possível realmente provar, por meio de um estudo empírico, que precedentes foram criados com base em fatores extralegais, os fatos enfraquecem a teoria. Ocorre que tal indeterminação, segundo Dworkin, não resulta de um problema estrutural do direito, mas sim na própria recusa dos juízes em desenvolver a melhor teoria possível, bem como na própria história institucional que, no decorrer dos anos, tanto demonstrou ser avessa a uma reconstrução racional. Esse é um problema melhor esclarecido talvez com a noção de *autopoiese* da teoria dos sistemas. Fato é que, não obstante, uma ordem jurídica deve sedimentar algum fragmento de razão existente. Mesmo em uma ordem jurídica onde há grande desconfiança como a nossa, não seria preciso renegar as idealidades postas por esta teoria à medida que são encontradas decisões e acontecimentos históricos no direito que permitem uma reconstrução racional⁴⁷³.

Essa situação defendida é sintetizada por Dworkin com o conceito de *integridade*. As ordens jurídicas modernas apontam para o ideal do Estado do direito, o que proporciona uma fundação legítima para a hermenêutica crítica⁴⁷⁴. O princípio da *integridade* caracteriza o ideal político de uma comunidade, na qual os parceiros associados do direito se reconhecem reciprocamente como livres e iguais. É um princípio que obriga tanto

to be made by legislatures. The reason is one of fairness. Democracy supposes equality of political power, and if genuine political decisions are taken from the legislature and given to courts, then the political power of individual citizens, who elect legislators but not judges, is weakened, which is unfair. [...] If all political power were transferred to judges, democracy and equality of political power would be destroyed. But we are now considering only a small and special class of political decisions. It is not easy to see how we are to test whether and how much individual citizens lose, in political power, if courts are assigned some of these decisions. [...] Access to courts may be expensive, so that the right of access is in that way more valuable to the rich than the poor. But since, all else equal, the rich have more power over the legislature than the poor, at least in the long run, transferring some decisions from the legislature may for that reason be more valuable to the poor. Members of entrenched minorities have in theory most to gain from the transfer, for the majoritarian bias of the legislature works most harshly against them, and it is their rights that are for that reason most likely to be ignored in that forum. [...] there is no reason to think, in the abstract, that the transfer of decisions about rights from the legislatures to courts will retard the democratic ideal of equality of political power. It may well advance that ideal. *Idem, ibidem*.

⁴⁷²Political decisions, according to this argument, should be made by officials elected by the community as a whole, who can be replaced from time to time in the same way. That principle applies to all political decisions, including the decision what rights individuals have, and which of these should be enforceable in court. Judges are not elected or reelected, and that is wise because the decisions they make *applying* the rule book as it stands to particular cases are decisions that should be immune from popular control. But it follows that they should not make independent decisions about changing or expanding the rule book, because these decisions should be made in no way *other* than under popular control. DWORKIN, Ronald. *Political judges and the rule of law*. In *Arguing about law*. New York: Routledge, 2009, p.200.

⁴⁷³HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol. 01. 2ª edição. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010, p.266.

⁴⁷⁴⁴⁷⁴ It is understood that different judges will give different answers to these semantic questions; no one answer will be so plainly right that everyone will agree. Nevertheless each judge will be trying, in good faith, to follow the rule-book ideal of the rule of law, because he will be trying, in good faith, to discover what the words in the rule book really mean. DWORKIN, Ronald. *Political judges and the rule of law*. In *Arguing about law*. New York: Routledge, 2009, p.197.

os cidadãos como órgãos da legislação e da jurisdição a realizar a norma básica da *equalconsiderationandrespect* da pluralidade e complexidade social⁴⁷⁵. Essas situações ideais, segundo Dworkin, devem apenas servir como noção reguladora, que pode ser concretamente encontrada em uma ordem jurídica, na Constituição e na atribuição recíproca dos cidadãos como participantes no processo político⁴⁷⁶.

As primeiras tentativas de se derrubar a teoria padrão aqui adotada e elaborada por Dworkin – a saber, a adoção do modelo semântico, da divisão qualitativa entre regras e princípios e a aceitação da dimensão do peso e da máxima da proporcionalidade – fracassam. A teoria permanece firme se as idealizações são compreendidas como mera decorrência de uma autocompreensão normativa das ordens do Estado de direito, encontradas na realidade constitucional. O próprio reconhecimento do modelo de princípios é decorrente da obrigação da decisão judicial ser justificada pelo direito vigente como um todo, reflexo, por sua vez, de uma obrigação dos cidadãos – anterior – de proteger a integridade de sua convivência no ato de fundação da Constituição orientada por princípios e pela *equalconsiderationandrespect*.

Contudo, uma nova crítica realizada à teoria de Dworkin busca demonstrar que a noção de Hércules demanda uma missão irrealizável. Citando a corrente do *Critical Legal Studies* – CLS, Habermas demonstra que o direito vigente – a ser racionalmente reconstruído por juízes Hércules – é permeado por princípios e objetivos *opostos*, sendo por isso fadada ao fracasso qualquer tentativa de reconstrução racional. O direito, enquanto indeterminação constatada por um dado empírico, possui uma estrutura na qual não pode haver uma prática de decisão, nem mesmo idealizada, que possa garantir o tratamento de igualdade e justiça como pensado por Dworkin.

Tal observação é, no entanto, afastada. Isso porque ela não leva em conta a diferença entre a colisão de princípios no caso em concreto com a colisão institucionalizada: a

⁴⁷⁵ It insists that people are members of a genuine political community only when they accept that their fates are linked in the following strong way: they accept that they are governed by common principles, not just by rules hammered out in political compromise. DWORKIN, Ronald. *Political judges and the rule of law*. In *Arguing about law*. New York: Routledge, 2009, p.211

⁴⁷⁶ It is a theater of debate about which principles the community should accept as a system. [...] an association of principle is not automatically a just community; its conception of equal concern may be defective or it may violate rights of its citizens or citizens of other nations... but the model of principle satisfies the conditions of a true community better than any other model of community that is possible for people who disagree about justice and fairness to adopt. DWORKIN, Ronald. *Political judges and the rule of law*. In *Arguing about law*. New York: Routledge, 2009, p. 213 e HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol. 01. 2ª edição. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010, 267.

distinção entre discurso de fundamentação e aplicação feita na lógica da argumentação, segundo Habermas⁴⁷⁷.

Não há de se falar em incoerência crônica do sistema jurídico, ainda que ele seja permeado integralmente por conflitos entre regras e colisões entre princípios, inclusive sobrepostos. Isso porque todas as normas vigentes são naturalmente indeterminadas, até mesmo aquelas cujo componente *se* explicita a tal ponto as condições de aplicação, que elas somente podem encontrar aplicação em poucas situações típicas padronizadas e muito bem descritas. Para Dworkin, só haveria que se considerar um ordenamento contraditório se as regras contiverem prescrições contraditórias de uma maneira sistemática, visto que sua aplicação se dá nos termos de *tudo ou nada*⁴⁷⁸. Todas as demais normas continuam, segundo ele, indeterminadas com relação a sua situação, necessitando de interligações ao caso concreto. Repetindo-se o exposto da teoria, são normas aplicáveis *prima facie*, de tal modo que em um discurso de aplicação é preciso examinar se podem encontrar aplicação numa solução concreta, ainda não prevista no processo de fundamentação, ou se retrocedem diante de outra norma mais apropriada, ainda que sem prejuízo de sua validade. É dizer, que uma norma valha *prima facie* significa apenas que ela foi *fundamentada* de modo imparcial; para que se chegue à decisão válida de um caso, é necessária a *aplicação* imparcial. A validade da norma não garante por si só a justiça no caso singular: a aplicação imparcial de uma norma fecha o espaço deixado em aberto quando da sua fundamentação⁴⁷⁹. Assim, em sede de discursos de aplicação não se trata da *validade* e sim da *relação adequada* da norma à *situação*⁴⁸⁰. E essa adequação só pode ser aferida quando trazidas à baila todas as características relevantes de uma descrição da situação a normas aplicáveis.

Desta forma, pensar em contradição quando da colisão entre normas a ser trabalhada pela interpretação é confundir a noção de *validade* – justificada no processo de

⁴⁷⁷ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol. 01. 2ª edição. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010, p.269.

⁴⁷⁸ Cumpre ressaltar que a discussão acerca de normas *contraditórias* se encontra superada. Há, sim, *conflitos* entre normas, à medida que, a partir do uso dos critérios de antinomia (ou mesmo a inserção de uma hipótese de exceção), nunca houve contradição, senão *aparente*.

⁴⁷⁹ Esse espaço em aberto pode ser compreendido como uma *lacuna*. É possível, em tese, a passagem de *contradição* para *lacuna*, notadamente na hipótese em que, após analisada a incidência de normas conflitantes, nenhuma delas consiga se adequar à situação satisfatoriamente.

⁴⁸⁰ O processo hermenêutico da aplicação de normas pode ser entendido como cruzamento entre descrição da situação e concretização da norma geral; em última instância, a equivalência de significado decide entre a descrição do estado de coisas que é um elemento da interpretação da situação, e a descrição do estado de coisas que fixa os componentes descritivos, portanto as condições de aplicação da norma. HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol. 01. 2ª edição. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010, p.271.

fundamentação –, com a noção de *peso* – já no processo de aplicação –, apresentada anteriormente. Se esta indeterminação for encarada do ponto de vista da argumentação, analisar as normas como candidatas para a aplicação cria um bom ponto de vista metodológico, segundo Habermas⁴⁸¹.

Portanto, a teoria aqui adotada mantém sua tarefa de reconstruir racionalmente o direito vigente, ainda que o sentido de coerência tenha mudado de sentido. A coerência, agora, se dá na tarefa de inserir uma quantidade flexível de princípios e regras em um discurso de aplicação numa ordem transitiva e referida ao caso concreto. Sendo assim, então, uma norma válida depende de uma complementação coerente por meio de todas as outras que se encontram como normas aplicáveis, então seu significado se modifica em cada situação: passa-se, portanto, a depender da história, uma vez que é ela que produz as situações imprevisíveis que nos obrigam a uma interpretação respectivamente diferente da quantidade de todas as normas válidas, adjudicando a melhor solução – que se solidifica em um *precedente*. É aqui, neste contexto, que se enxerga a norma do precedente como uma terceira espécie, distinta das regras e princípios, como uma norma de *adjudicação*. Os critérios para esta distinção, que é o próprio cerne da inovação proposta neste trabalho, serão discutidos mais adiante.

Por ora, cabe enfrentar as alegações concernentes a segurança jurídica. Habermas alega que esta teoria, para evitar a indeterminação resultante da estrutura do direito vigente, acaba se tornando ela mesma indeterminável, e que uma reconstrução racional das decisões passadas acarreta uma interpretação retroativa do direito, um engessamento denominado por Habermas de *rippleeffectargument*⁴⁸². Isso porque o direito seria regido por um movimento ondulatório de casos, onde os precedentes são transferidos para a interpretação posterior coerente.

A defesa da teoria responde a esta crítica por meio da problematização do conceito de segurança jurídica: a segurança jurídica, apoiada sobre o conhecimento de

⁴⁸¹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol. 01. 2ª edição. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010, p.271. The collision of norms cannot be reconstructed as a conflict of validity claims because colliding norms or competing semantic variants enter a relation with one another only in a concrete situation. A discourse of justification would have to abstract from just this situational dependency of collision problems. What other norms or semantic variants are possibly applicable can only be known in the particular situation itself. HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy*. Studies in contemporary German social thought. Cambridge: MIT Press, 1998, p. 218.

⁴⁸² HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol. 01. 2ª edição. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010, p.273.

expectativas de comportamento inequivocamente condicionadas, representa ela mesma uma norma jurídica no formato de princípio que pode ser contraposto a outros princípios. Uma vez contrapostas as normas e realizada a reconstrução racional por Hércules, seria alcançada a adjudicação consistente na *única decisão correta* que teria o condão de garantir a segurança jurídica *em outro nível*. Uma vez que os direitos processuais garantem a cada sujeito de direito a pretensão a um processo equitativo, ou seja, uma clarificação discursiva das respectivas questões de direito e de fato. Deste modo, os atingidos pela decisão, que adjudica a melhor norma jurídica – em sua concepção semântica – podem ter a segurança e a certeza de que os argumentos relevantes despendidos serão decisivos para o resultado⁴⁸³.

Ainda sobre a questão da retroatividade, é interessante notar o seguinte: uma decisão de caso alcançada por meio da reconstrução racional do direito vigente é a melhor possível dentro de um sistema que se encontra em constante movimento. Uma vez aceita tal premissa, que comporta um ideal tão pretensioso, será necessário uma jurisprudência profissionalizada, que terá de enfrentar um sistema cada vez mais complexo. Dworkin defende que tal complexidade pode ser reduzida por meio da compreensão jurídica paradigmática que prevalece num determinado contexto, substituindo os ideais pelos paradigmas⁴⁸⁴. Tais paradigmas aliviam Hércules da supercomplexa tarefa de colocar a olho uma quantidade desordenada de princípios *aplicáveis prima facie* em relação com as características relevantes de uma situação apreendida do modo mais completo possível. A partir disso, as próprias partes podem prognosticar o desenvolver do processo, a medida que o respectivo paradigma determina um pano de fundo de compreensão, que os especialistas em direito *compartilham* com todos os demais operadores.

Tais paradigmas, contudo, tendem a se coagular em ideologias, a medida que se fecham sistematicamente contra novas interpretações da situação e contra outras interpretações de direitos e princípios, necessárias à luz de novas experiências históricas. Isso traz à tona as antigas constatações do realismo jurídico: ao contrário da exigida coerência ideal do direito vigente, as interpretações coerentes permanecem atadas a um sistema não

⁴⁸³ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol. 01. 2ª edição. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010, p.274.

⁴⁸⁴ Os paradigmas seriam descrições generalizadas de situações de um determinado tipo, que trariam ordens mais ou menos sistematizadas, que facilitariam a busca do contexto dos sistemas em torno da questão a ser decidida. Eles formam, então, um pano de fundo contextual no qual nossas avaliações da situação e os correspondentes juízos morais *prima facie* estão embutidos. Juntamente com outro saber de orientação cultural, esses paradigmas fazem parte da forma de vida na qual nós nos encontramos. Verificar HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol. 01. 2ª edição. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010, p.275.

mais em movimento, mas fixo. Tal situação, por si só, já é suficiente para se abandonar a noção monológica do juiz Hércules, confiando-se a uma *concepção procedimentalista do direito* a delineação dos paradigmas jurídicos, que, agora reflexivos, se comuniquem na pluralidade de interpretações da situação⁴⁸⁵. É essa postura, agora intersubjetiva, que torna possível medir a força normativa da norma jurídica do precedente judicial.

5.2. O acoplamento do discurso: o alcance da intersubjetividade

As críticas realizadas até aqui tiveram por objeto principal a derrubada do caráter monológico deste único ator: o juiz Hércules, sendo que Dworkin e sua defesa não lograram êxito em manter tal caráter, pois há uma oscilação entre a legitimidade da jurisdição e a perspectiva de um juiz privilegiadocognitivamente, sem apoio algum, e se espera que a integridade do sistema jurídico seja preservada por decisões cujas razões não dependem de quaisquer identidades de suas razões ou convicções pessoais⁴⁸⁶. A teoria até aqui demonstrada pressupõe um juiz altamente qualificado em seus conhecimentos e habilidades profissionais e que detenha um alto grau de virtudes pessoais, apto – enfim – a proteger e garantir a integridade de todo o sistema jurídico, chegando a sua *única decisão correta*.

Em verdade, a própria ideia de *integridade* deveria afastar a noção monológica do juiz Hércules. Isso porque esta teoria, à semelhança do pensamento das teorias sistêmico-funcionalistas, contempla o fenômeno jurídico como um meio de integração social, permitindo sua auto compreensão. Nas sociedades complexas, as comunicações que estabelecem relações concretas de reconhecimento mútuo em um ambiente de agir comunicativo só podem ser generalizadas por meio do sistema do direito. Habermas defende, entretanto, que é possível ampliar as condições concretas de reconhecimento através da ideia de agir comunicativo, ou seja, a prática da argumentação, onde de todo participante é exigido o ouvir das perspectivas e argumentos dos outros⁴⁸⁷. Alexy e até mesmo Dworkin reconhecem esse núcleo procedimental da integridade garantida juridicamente quando veem o igual direito às liberdades subjetivas de ação fundadas no direito às mesmas liberdades comunicativas. Isso

⁴⁸⁵ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol. 01. 2ª edição. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010, p. 276.

⁴⁸⁶ Habermas, colacionando Dworkin: we want our officials to treat us as tied together in an association of principle, and we want this for reasons that do not depend on any identity of conviction among these officials [...] The judge represents integrity – self-government – to the community, not of it. HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol. 01. 2ª edição. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010, p.276-277.

⁴⁸⁷ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol. 01. 2ª edição. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010, p.277.

sugere que se fundamente a teoria adotada na concepção de uma *sociedade aberta dos intérpretes da constituição* e não na personalidade utópica do juiz Hércules, com acesso privilegiado à verdade⁴⁸⁸.

A visão monológica é, portanto, insustentável. A pré-compreensão paradigmática do direito em geral só pode colocar limites à indeterminação do processo de decisão iniciado teoricamente e garantir uma medida suficiente de segurança jurídica por meio de duas condições: (a) se for compartilhada intersubjetivamente por *todos* os parceiros do direito; e (b) se expressar uma auto compreensão constitutiva para a identidade da comunidade jurídica⁴⁸⁹. Isso vale também, guardadas as devidas proporções, para uma compreensão procedimentalista do direito, que conta antecipadamente com uma concorrência discursivamente regulada entre diferentes paradigmas. Desta forma, é necessário, para que se supere a questão do subjetivismo e da arbitrariedade levantada, que se empreenda um esforço cooperativo, no sentido de que o juiz deve conceber sua interpretação construtiva como um empreendimento comum, sustentado pela comunicação das partes.

Hércules poderia imaginar-se como parte de uma comunidade de interpretação de especialistas em direito e, neste caso, teria que orientar suas interpretações pelos *standards* da prática de interpretação reconhecidos na profissão⁴⁹⁰. Os *standards* comprovados na profissão devem garantir a objetividade e a controlabilidade intersubjetiva do juízo. Ainda que a concepção dessas regras seja, de certa forma, problemática, fato é que, por um lado, elas auxiliam na justificação procedimental da prática judicial, fundamentando a validade de seus juízos, ao passo que a validade dos princípios do processo e das máximas de interpretação é legitimada através da referência a práticas e tradições comprovadas de uma cultura de

⁴⁸⁸O constitucionalismo é, do meu ponto de vista, uma criação da humanidade como um todo (ainda que o vosso poeta F. Pessoa tenha olhado criticamente a humanidade como um “substituto da religião”. HÄBERLE, Peter. Novos horizontes e novos desafios do constitucionalismo. Revista de Direito Público, n. 13, jul-ago-set/2006, p.103.

⁴⁸⁹O que está faltando é, então, diálogo. Hércules é um solitário, uma pessoa por demais heróica. Suas narrativas são monólogos, e ele não se comunica com ninguém exceto por meio de livros. Ele não frequenta reuniões e não se encontra com outros. Nada o abala. Nenhum interlocutor viola a situação insular inevitável de sua experiência e pontos de vista. Hércules é apenas um homem, e nenhum homem ou mulher pode ser isso. HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol. 01. 2ª edição. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010, p.278.

⁴⁹⁰He is disciplined by a set of rules that specify the relevance and weight to be assigned to the material (e.g. words, history, intention, consequence), as well as by those that define basic concepts and that establish the procedural circumstances under which the interpretation must occur. HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol. 01. 2ª edição. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010, p.279.

especialistas, tributária da racionalidade e dos princípios de um Estado de Direito⁴⁹¹. Um enfoque externo aponta regras de uma ética profissional que se auto justifica, enquanto uma visão interna possibilita vislumbrar um conflito das correntes de entendimento pelos *standards* corretos.

Para Habermas, no que foi seguido por Alexy, apenas uma reconstrução da prática de interpretação se utilizando de uma teoria do direito e não mera dogmática é capaz de romper esse círculo posto. É dizer, foi preciso retirar dos ombros de Hércules o fardo das exigências idealizadoras e entrega-las a uma teoria da argumentação jurídica, a ser posta em prática por uma pluralidade de participantes.

Para tanto, esta teoria do direito não consegue se limitar apenas a uma visão lógico-semântica do direito e seu discurso. É necessária uma concepção pragmática. Isso porque argumentos são razões que resgatam, sob condições do discurso, uma pretensão de validade levantada por meio de atos de fala constataativos ou regulativos, movendo racionalmente os participantes da argumentação a aceitar como válida a proposição – normativa ou descritiva. Esclarecer o papel e a estrutura de argumentos que comporão a decisão judicial oferece, no mínimo, uma fundamentação inicial da argumentação, ultrapassando a justificação interna dos juízos.

O pensamento de Dworkin exigia esforços por demais solipsistas dos juízes, ao passo que Habermas e Alexy, seguidos pelo autor, confia tal esforço num processo cooperativo – um discurso jurídico – que satisfaz o ideal regulativo da correção das decisões e

⁴⁹¹ Legal interpretations are constrained by rules that derive their authority from an interpretive community that is itself held together by the commitment to the rule of law. Uma observação importante verificada em Dworkin: what is the rule of law? Lawyers (and almost everyone else) think that there is a distinct and important political ideal called the rule of law. But they disagree about what that ideal is. There are, in fact, two very different conceptions of the rule of law, each of which has its partisans. The first I shall call the “rule-book” conception. It insists that, so far as possible, the power of the state should never be exercised against individual citizens except in accordance with rules explicitly set out in a public rule book available to all (...) The rule-book conception is, in one sense, very narrow, because it does not stipulate anything about the content of the rules that may be put in the rule book. It insists only that whatever rules are put in the book must be followed until changed. Those who have this conception of the rule of law do care about the content of the rules in the rule book, but they say that this is a matter of substantive justice, and that substantive justice is an independent ideal, in no sense part of the ideal of the rule of law. I shall call the second conception of the rule of law the “rights” conception. (...) It assumes that citizens have moral rights and duties with respect to one another, and political rights against the state as a whole. It insists that these moral and political rights be recognized in positive law, so that they may be enforced upon the demand of individual citizens through courts of other judicial institutions of the familiar type, so far as this is practicable. (...) It does not distinguish, as the rule-book conception does, between the rule of law and substantive justice; on the contrary it requires, as part of the ideal of law, that the rules in the rule book capture and enforce moral rights. DWORKIN, Ronald. *Political judges and the rule of law*. In *Arguing about law*. New York: Routledge, 2009, p.194-195.

o da falibilidade das decisões judiciais, ainda que não resolva esse último. O que importa aqui, contudo, é que existe uma análise da aceitabilidade racional dos juízos feitos pelos juízes sob o enfoque da qualidade dos argumentos e da estrutura do processo argumentativo, apoiado no conceito procedimental de racionalidade, que leva em conta as qualidades constitutivas de sua validade não apenas no aspecto lógico e semântico, mas também na dimensão pragmática em seu processo de fundamentação⁴⁹².

Aqui vale ressaltar, então, que correção ou verdade de argumentos normativos não se dá no sentido de correspondência com o mundo fenomênico, pois o direito em si é uma construção social contrafactual. Alexy aceita para si a *teoria consensual da verdade* de Habermas e fixa como *correção* a *aceitabilidade racional apoiada em argumentos*⁴⁹³. A validade aqui, portanto, passa a ser canalizada pelo discurso, o que possibilita dizer que a norma jurídica do precedente tem sua força normativa diretamente ligada ao cumprimento das exigências racionais do procedimento.

Os argumentos substanciais, por não serem cogentes, não possuem um fim natural em seu encadeamento: não se pode excluir, portanto, a possibilidade de novas informações e melhores argumentos ainda a serem aduzidos⁴⁹⁴. Uma teoria do direito, independentemente de ser construída por um Hércules ou por participantes do espaço ideal do discurso, é realizada apenas provisoriamente, e exposta à crítica ininterruptamente. A ideia de um processo interminável de argumentação, que se dirige em direção a uma linha-limite, implica, por sua vez, a especificação de condições sob as quais pode se visar uma meta, ainda que em longo prazo, e tornar possível o progresso cumulativo de um processo de aprendizagem. Tais condições procedimentais e pragmáticas garantem de modo ideal que

⁴⁹² HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol. 01. 2ª edição. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010, p.281.

⁴⁹³ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol. 01. 2ª edição. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010, p.282

⁴⁹⁴ É preciso que alguém tenha a última palavra. Senão, a toda razão pode opor-se outra: nunca mais se acabava. A força, pelo contrário, resolve tudo. Levou tempo, mas conseguimos compreendê-lo. Por exemplo, deve tê-lo noado a nossa velha Europa filósofa, enfim, da melhor maneira. Já não dizemos, como nos tempos ingênuos: *Eu penso assim. Quais são suas objeções?* Tornamo-nos lúcidos. Substituímos o diálogo pelo comunicado. *Esta é a verdade*, dizemos. *Podem ainda discuti-la, isso não nos interessa. Mas, dentro de alguns anos lá estará a polícia para lhes mostrar que tenho razão.* Albert Camus via o homem como um sol diferente daquele que aparece na fábula de Esopo. Violento, o sol vai projetando na terra o esplendor da luz. Mas sua trajetória deixa também na paisagem uma geografia de sombras. Como no *Mito de Sísifo*, onde Camus expõe a contradição entre o homem e sua situação irracional no mundo, é preciso enfrentar a tragédia, romper o dilema entre uma razão comunicativa aparente e uma razão abertamente estratégica, na qual a ação orientada para o êxito acena sempre com a ameaça de sanção. Enfrentar o dilema não significa resolvê-lo, mas apenas não ser devorado por ele. SOUZA, Luiz Sérgio Fernandes de. *Abuso de direito processual: uma teoria pragmática*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.379.

todos os argumentos e informações relevantes sobre um tema, disponíveis numa determinada época, possam vir completamente à tona, isto é, possam desenvolver a *força de motivação racional* a eles inerente. O conceito de argumento é de natureza pragmática: um bom argumento é constatado pelo papel que ele desempenha em um processo de argumentação, ou seja, até que ponto ele, seguindo as regras do jogo, pode contribuir para a solução do problema da aceitabilidade de uma pretensão de validade controversa, objeto do discurso.

O vazio de racionalidade existente entre a força plausível de um único argumento substancial ou de uma sequência incompleta de argumentos e a incondicionalidade da pretensão à única decisão correta, é fechada, ainda que idealmente, por meio do procedimento da busca cooperativa da verdade.

Uma vez que a validade dos juízos normativos se liga ao procedimento discursivo, é necessária uma preservação no sentido de manter condições ideais de situação de fala que seja especialmente imunizada contra a repressão e a desigualdade⁴⁹⁵ – uma situação de fala que possibilite a busca cooperativa da verdade. Para tal assunção ideal de papéis, praticada em comum e generalizada, entende-se que a prática da argumentação deve ser inserida em um contexto de *agir comunicativo*, o que possibilita a liberação da intersubjetividade da coletividade deliberativa em seu mais alto nível, liberando-adentro de uma estrutura comunicativa purificada de todos os elementos substanciais⁴⁹⁶. A coerência, utilizada para interpretações construtivas, é alheia a caracterizações semânticas, apontando, então, para pressupostos pragmáticos da argumentação⁴⁹⁷.

Uma vez aceita a teoria da norma jurídica proposta e a necessidade de praticá-la por meio de uma compreensão procedimentalista do discurso, é necessário admitir o

⁴⁹⁵ A única “coerção” permitida é a obrigação da busca cooperativa da verdade. HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol. 01. 2ª edição. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010, p.286. Isso será exposto mais adiante quando da breve análise da teoria da argumentação de Alexy e Habermas. Contudo, já convém demonstrar lição de Luiz Sérgio Fernandes de Souza: a indagação que orienta as reflexões finais do presente trabalho prende-se precisamente à possibilidade de conciliar o princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição com a garantia da efetividade do processo de um ponto de vista ético. Em outras palavras, trata-se de saber se ainda existe na sociedade pragmática orientada por um procedimentalismo que faz o respeito às próprias regras o critério último de aplicação da justiça, espaço para um significado que não se revele apenas na dimensão da sua utilidade, lugar para um processo judicial que longe de ser a expressão de um instrumentalismo orientado pela relação meio-fim, seja ele próprio um momento de integração entre os diversos atores sociais, interagindo comunicativamente. [...] Fala-se aqui de um agir comunicativo, em contraste com uma razão instrumental. SOUZA, Luiz Sérgio Fernandes de. *Abuso de direito processual: uma teoria pragmática*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.317-318.

⁴⁹⁶ Com isso, a ética do discurso recupera, de certa forma, a norma fundamental de Dworkin, ou seja, a do igual respeito e consideração.

⁴⁹⁷ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol. 01. 2ª edição. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010, p.284-285.

seguinte: em primeiro, que o discurso jurídico não se mover de maneira autossuficiente num universo hermeticamente fechado do direito vigente: precisa manter-se aberto a argumentos de outras procedências, especialmente pragmáticos, advindos de outras esferas sociais que transparecem no processo de legislação e são enfeixados na pretensão de legitimidade das normas jurídicas; em segundo lugar, a correção das decisões judiciais – dos precedentes – mede-se pelo preenchimento de condições comunicativas da argumentação, que tornam possível uma formação imparcial do juízo⁴⁹⁸. Daqui emergem algumas objeções relevantes, que serão tratadas a seguir.

A primeira objeção se ocupa das limitações específicas existentes no agir forense das partes ante o Tribunal ou Juiz, que não permitem que o evento do processo seja medido pelo discurso racional – o *agir comunicativo*. Isso porque as partes não estão obrigadas à busca cooperativa da verdade, uma vez que também podem perseguir seu interesse numa solução em seu favor do processo ao introduzir estrategicamente argumentos capazes de consenso⁴⁹⁹. Os participantes do processo, contudo, por mais escusas que sejam suas intenções, são forçados a ao menos fingir que defendam pretensões passíveis de correção em um ambiente de discurso, servindo para o juiz as condições de um espaço ideal onde se dará a formação imparcial da decisão – a ideia é, portanto, de validade *objetiva*⁵⁰⁰. Isso será analisado também mais adiante.

A segunda objeção se refere à indeterminação do processo do discurso: as condições dos procedimentos necessários às argumentações num agir comunicativo em geral não permitem uma única decisão correta. No que tange aos discursos jurídicos, será

⁴⁹⁸ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol. 01. 2ª edição. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010, p.287.

⁴⁹⁹ No discurso processual o agir estratégico é quase sempre latente. As partes nunca dizem tudo até o fim, o que lhes permite voltar atrás quando pilhadas em alguma situação que possa comprometer as pretensões de validade inicialmente invocadas. Os sujeitos processuais, além disto, utilizam-se de *palavras ocas* como se elas tivessem uma dimensão cognitiva. A disputa em torno de uma *verdade subjetiva* ou de uma *verdade objetiva*, como limite ético da conduta processual das partes, levanta pretensões de validade que não se sustentam senão na base da ocultação do uso performativo da linguagem processual, vale dizer, do seu contexto pragmático. SOUZA, Luiz Sérgio Fernandes de. *Abuso de direito processual: uma teoria pragmática*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.350-351.

⁵⁰⁰ Todavia, essas dificuldades, segundo Robert Alexy, não desqualificam a teoria do discurso jurídico como argumentação racional. O que importa é assinalar limites para o universo de respostas possíveis – e racionalmente fundamentadas – diante de uma determinada pretensão normativa. Os três níveis de argumentação (legislativo, dogmático e judicial) visam a tornar factível o discurso racional, tanto quanto possível também no campo valorativo. Cumprem uma ideia reguladora, permitindo cobrir lacunas de justificação segundo o modelo do Estado Democrático de Direito. Há, nas elaborações de Alexy, uma relação necessária entre a teoria do direito e a teoria do Estado, a qual também se pode identificar nas reflexões de Habermas, que estabelece um nexo conceitual intrínseco entre Estado de Direito e democracia. SOUZA, Luiz Sérgio Fernandes de. *Abuso de direito processual: uma teoria pragmática*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.372.

demonstrado mais adiante que existem outras condições especiais de argumentações, notadamente a lei, os precedentes e a dogmática. É o que basta para o momento.

A terceira objeção foca na questão da validade por meio da coerência do discurso: diferentemente dos juízos morais, o fenômeno jurídico possui uma validade codificada de modo binário, não permitindo outras tonalidades. Entende-se procedente esta objeção em um primeiro momento, ou talvez, em um nível de regras. Porém, com a adoção do modelo semântico de norma jurídica, não é errado afirmar que a reconstrução racional do direito vigente só pode considerar uma norma jurídica válida quando ela se encaixa num sistema jurídico coerente.

Quando se tem por base uma teoria de cunho procedimental, a legitimidade de normas jurídicas – pode ser dito – mede-se pela racionalidade do processo democrático da legislação política. É verdade que discursos jurídicos podem ser analisados seguindo o modelo de discurso ético ou moral, pois ambos se ocupam de aplicação de normas. Ocorre que uma percepção mais acertada acerca da validade, noção bem mais complexa em relação a outros discursos práticos, proíbe equiparar a correção de decisões jurídicas à validade de juízos morais.

Dworkin e Alexy defendem que a norma jurídica é complementar ao universo da moral: tal subordinação, a nosso ver, é falsa, porque esta afirmação pode ser superada a partir do momento em que constatamos a diferenciação paralela entre direito e moral, a qual surge, segundo Habermas, no nível pós-convencional de fundamentação. O sistema de direitos, é dizer, assegura ao mesmo tempo tanto a autonomia privada quanto à liberdade pública de cidadania de seus membros, que é configurada tanto no processo democrático de produção legislativa quanto no processo de aplicação imparcial do direito – em dois momentos distintos, portanto⁵⁰¹. Uma construção teórica capaz de assimilar ambos os momentos, no entanto, teria por exigência passar da teoria do discurso prático racional para uma teoria normativa da própria sociedade.

⁵⁰¹ Pelo mesmo raciocínio, entendemos que a melhor solução não consiste em limitar os discursos jurídicos por meio de uma restrição lógica dos conteúdos morais. Eles não constituem casos especiais de argumentações morais, ligados ao direito vigente, limitados, por isso, a uma parte daquilo que é moralmente permitido ou necessário. Eles são, ao contrário, referidos naturalmente ao direito gerado democraticamente e institucionalizados juridicamente, a medida que não se trata do trabalho de reflexão da dogmática jurídica, mas de mera positividade.

A própria tensão entre a legitimidade e a positividade do direito é controlada na jurisdição como um problema da decisão *correta* e, ao mesmo tempo, *consistente*. Tal tensão se renova, porém, no próprio nível *pragmático* da prática da decisão judicial, porque as exigências ideais feitas ao processo de argumentação devem ser harmonizadas com as restrições impostas pela necessidade de regulamentação fática, no sentido de que é preciso estabilizar os conflitos sociais, com alguém detendo a última palavra. As ordens dos processos judiciais institucionalizam a prática de decisão judicial de tal modo que o juízo e a fundamentação do juízo podem ser entendidos como um jogo de argumentação programado de uma maneira especial – o processo. Assim, os processos judiciais absorvem os processos de argumentação, sendo que a instauração jurídica e processual do discurso jurídico não pode intervir no disposto pela lógica da argumentação. O direito processual, assim, não regula a argumentação jurídica e normativa enquanto tal, porém assegura, numa linha temporal, social e material, o quadro institucional para decorrências comunicativas, que obedecem à lógica de discursos de aplicação⁵⁰².

Aqui, Habermas defende que o ponto mais interessante de todo o processo consiste nas restrições materiais às quais o desenvolvimento do processo está submetido, pois é aqui que a delimitação institucional de um espaço interno para o livre evoluir de argumentos em discursos de aplicação. O discurso jurídico – continua – ocupa-se de julgar normativamente fatos provados ou tidos como verdadeiros, e só é abrangido, numa perspectiva objetiva, pelo direito processual, à medida que o tribunal tem de expor suas razões e fundamentar seu juízo perante os participantes do processo e da esfera pública⁵⁰³. Não há uma regulação, portanto, dos argumentos permitidos por parte do processo e suas regras, e somente o desfecho dos argumentos, ou seja, o resultado, é que será integrado ao processo e submetido a reexame pelas instâncias.

Esse reexame, que institucionaliza uma espécie de autorreflexão no direito, tem por propósito notadamente aguardar da justiça sob um duplo ponto de vista dentro do direito e a uniformidade da aplicação do direito e seu aperfeiçoamento, pois a finalidade dos meios jurídicos consiste inicialmente em conseguir decisões corretas e, por isso, justas, no interesse das partes por meio da revisão das decisões promulgadas. Ainda, o galgar das instâncias, com

⁵⁰² HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol. 01. 2ª edição. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010, p.293-294.

⁵⁰³ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol. 01. 2ª edição. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010, p.294.

sua concentração da jurisdição em tribunais cada vez mais altos até o Supremo Tribunal Federal, leva à uniformização necessária e ao aperfeiçoamento do direito, que é um interesse público, segundo Habermas. Esse interesse público na uniformização do direito destaca uma característica marcante da jurisprudência: o tribunal tem de decidir cada caso particular ao mesmo tempo em que mantém a coerência da ordem jurídica como um todo⁵⁰⁴. São com essas considerações que faremos a primeira sugestão inovadora: uma terceira espécie de norma jurídica, distinta, portanto, das regras e princípios, que melhor possa compreender todo esse aspecto teórico e suas diferenças na prática jurisprudencial. Vejamos.

5.3. O precedente enquanto norma jurídica

As razões expostas na primeira parte deste trabalho, que tinham a intenção de firmar algumas premissas para pensar em precedentes bem como sedimentar o reconhecimento do precedente como fonte primária do direito. O modelo semântico de norma jurídica nos mostrou que das disposições textuais do ordenamento jurídico e, principalmente, da Constituição são extraídas duas espécies de normas: *regras e princípios*⁵⁰⁵.

A norma jurídica contida em um precedente seriam, então, regras de decisão que, uma vez sendo classificadas, seriam denominadas como *regras*. Ocorre que a própria concepção pragmática da norma não permite tal enquadramento. O precedente não pode ser concebido apenas com a lógica ou a semântica, no sentido de que contém uma determinação a

⁵⁰⁴ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol. 01. 2ª edição. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010, p.295.

⁵⁰⁵ Estou a falar, sim, de uma relação qualitativa, é dizer, há uma diferença quanto à estrutura e aplicação para diferenciar as normas-princípios das normas-regras. Sendo assim, não há, aqui, nenhuma opção por tratar os princípios como elementos mais importantes do sistema jurídico. Assim, “princípios são normas que determinam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas reais existentes”. É dizer que, por isso, os princípios são “mandamentos de otimização”, na medida em que para que seja otimizada sua aplicação dependem da realidade fática e jurídica atinentes ao caso concreto posto diante daquele que deve proferir uma decisão jurídica, sendo os princípios e regras com aqueles outros colidentes elementos essenciais para a construção de uma decisão jurídica. A partir dessa realidade jurídica se constrói a partir da colisão de princípios ou regras, ou seja, são os princípios (a) ou regras (b) que colidem com o princípio (c) sob o qual se debruça o intérprete para decidir, construindo seu conteúdo jurídico, que conformam as possibilidades jurídicas do princípio (c). Todavia, a característica mais marcante das normas veiculadas a partir de princípios está no modo como são aplicados, ou seja, é neste ponto que reside a grande diferença para com as regras, que será mais à frente enfrentada. Isso porque a aplicação dos princípios exige a utilização de um meio distinto, qual seja, o da ponderação, em que se estabelecem relações de preferência entre princípios, ou seja, ao aplicar princípios, o intérprete passa a construir o conteúdo jurídico do princípio a ser aplicado ao caso concreto, que se pretende ver resolvido. CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. *Colisões de Direitos Fundamentais nas Relações Jurídicas Travadas entre Particulares e a Regra da Proporcionalidade: Potencialidades e Limites da sua Utilização a Partir da Análise de Dois Casos*. Versão brasileira do texto publicado no Congresso Mundial de Direito Constitucional, inédito, p.13.

ser aplicável sob a forma de tudo ou nada e fundamentado por apenas uma dimensão de validade jurídica e positiva, mas também incorpora o aspecto pragmático de sua construção.

A partir de agora será empreendido um esforço para demonstrar como é acertada a sugestão de se criar uma terceira espécie de norma jurídica para acomodar aquelas oriundas de precedentes judiciais. Para tanto, foi pensado em três diferenças fundamentais, que não deixam de, em algum ponto, de se trançarem: (a) as normas jurídicas dos precedentes são judicadas e não legisladas; (b) as normas jurídicas dos precedentes são construídas segundo outro rito procedimental; e (c) as normas jurídicas dos precedentes possuem sua força normativa não necessariamente vinculante, mas também persuasivas ou meramente impeditivas de recurso – talvez não seja correto nem ao menos se utilizar desta expressão: *vinculante*. A partir destas diferenças, será realizada a tentativa de demonstrar, a partir desta releitura habermasiana, a principal inovação, que é a existência de *um segundo nível de validade da norma jurídica do precedente, de caráter discursivo*. É dizer, *sua força normativa é diretamente ligada na validade enquanto coerência discursiva*, o que nada mais é do que o atendimento às condições de discurso, previstas nas teorias da argumentação desenvolvidas por Alexy e Habermas⁵⁰⁶, por exemplo, ou ainda por outra teoria da argumentação jurídica, a ser construída no futuro⁵⁰⁷.

As normas judicadas são as contidas nos precedentes judiciais, diferenciadas das normas legisladas, o que por si só não acarreta nenhuma polêmica. Embora as normas presentes no ordenamento jurídico sejam oriundas do texto legal posto pelo legislador, a jurisprudência cada vez mais se credencia, por meio do exercício de interpretação ali contido, como fonte de normas do direito vigente. A norma judicada rompe, então, com a clássica concepção de legalidade, associada outrora à atividade parlamentar. É necessário firmar uma nova compreensão da legalidade, compreendida a partir do pensar por precedentes.

Primeiramente, a atividade legiferante e judicial não são substancialmente apartadas. Ambas se submetem ao crivo da Constituição e da justiça constitucional para delimitar, não apenas negativamente, mas também positivamente o conteúdo da norma jurídica. Ambas constituem processos de criação do direito.

⁵⁰⁶ Entende o autor, todavia, que é necessária a construção de uma teoria de argumentação que melhor se ocupe desta nova racionalidade da jurisdição e, ainda, da questão do agir estratégico parasitário do agir comunicativo presente no processo judicial. Isso será pensado mais adiante.

⁵⁰⁷ Nosso projeto para o Doutorado.

Suas diferenças são encontradas na fonte, procedimento de formação e estrutura semântica. Gravitando nesses planos, a norma judicada assumiria a função de confirmar, declarar, aditar, substituir, criar, revogar e distinguir normas legisladas e normas judicadas anteriormente. É dizer, portanto, que há uma simbiose e completude entre as normas legisladas e judicadas responsável pela *coerência e racionalidade* do direito vigente.

5.4. A construção dos precedentes: procedimento identificado pela doutrina acerca da criação do direito pela jurisdição

A formação do precedente judicial no Brasil, principalmente no que tange à jurisdição constitucional, possui cinco etapas, que são: (a) a provocação do jurisdicionado; (b) a atuação accidental do *amicus curiae*⁵⁰⁸; (c) a decisão e o juízo revisor; (d) a objetivação; e (e) a aplicação em decisão posterior⁵⁰⁹. O mapeamento dessas etapas auxilia na resposta à questão da legitimidade democrática da jurisdição⁵¹⁰ – questão esta analisada anteriormente –, bem como contribui para a consolidação dialética do resultado final da norma judicada.

5.4.1. A primeira etapa: provocação do jurisdicionado

A primeira etapa da construção de um precedente, por força do princípio da inércia da jurisdição, é o ajuizamento da ação vertida em linguagem jurídica e processual. Isso desde já leva à questão da legitimidade democrática, pois à medida que o jurisdicionado foi conquistando garantias tais como o direito de ação, a ampla defesa e o contraditório, o acesso à justiça conferiu a iniciativa da construção de precedentes ao jurisdicionado e, por mais esta razão, está firmada sua legitimidade democrática⁵¹¹.

⁵⁰⁸ Na jurisdição ordinária, da praxe judiciária, a atuação do *amicus curiae* é reduzida.

⁵⁰⁹ TARANTO, Caio Márcio Gutterres. *Precedente judicial: autoridade e aplicação na jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p.65.

⁵¹⁰ Zaffaroni (1995:53), por sua vez, é também totalmente contrário à ideia de que o que não é eleito não é democrático: “uma instituição é democrática quando seja funcional para o sistema democrático, quer dizer, quando seja necessária para sua continuidade, como ocorre com o Judiciário”. Em parcial concordância encontra-se Moreira Neto (1992:37), ao tratar da democracia e da participação política: “é mais importante que a *decisão* seja democraticamente tomada do que o órgão decisório haja sido democraticamente provido”. TAVARES, André Ramos. *Reforma do Judiciário no Brasil pós-88: (des) estruturando a Justiça – comentários completos à Emenda Constitucional nº 45/04*. São Paulo: Saraiva, 2005, p.19.

⁵¹¹ A crescente influência do direito constitucional sobre o processo pontificou a evolução desenvolvida especialmente nas últimas décadas do século XX, colocando o jurisdicionado como centro do cenário processual. A ele foram conferidas inúmeras garantias constitucionais, tais como o devido processo legal, a ampla defesa, o contraditório, assim como o princípio da coisa julgada. HILL, Flávia Pereira. *O jurisdicionado e a aparente crise do princípio da coisa julgada*. Revista Brasileira de Direito Constitucional, n. 06, jul-dez, 2005, p.10-22.

A pretensão jurídica em si é uma razão para a busca da tutela jurisdicional. É a dor que impulsiona a provocação, atraída pela vontade de poder, riqueza, sucesso ou até mesmo destruição e violência. O jurisdicionado tem, então, intenção de submeter interesses alheios ao próprio, com a expectativa de que o Judiciário cumpra seu papel instrumental⁵¹². Rudolf von Jhering, em sua *A luta pelo direito*, já lembrava que o direito é decorrente de processo de luta. Essa expectativa leva o Judiciário a um dilema: a partir do momento em que não possa garantir os interesses do provocador da jurisdição – aqui travestido de justiça –, corre o risco de ser destruído pelo próprio jurisdicionado, sendo a Revolução Francesa talvez a confirmação dessa premissa⁵¹³. A jurisdição, então, é instrumento de controle social principalmente pela sua força prestativa de satisfação de interesses e o direito vigente se transforma no repertório de adjudicações judiciais realizadas na prática social⁵¹⁴.

Desta forma, o provocador da gênese do precedente é o direito de ação que obriga o Judiciário a se posicionar sobre o interesse lastreado em direito e, em última análise, sobre a crença da força normativa da Constituição⁵¹⁵. É por esta razão também que se acolhe a virada habermasiana, no sentido de que uma teoria contemporânea do direito e da democracia utiliza como ponto de partida uma força social integradora de processos de entendimento não violentos, racionalmente motivadores, capazes de salvaguardar distâncias e diferenças⁵¹⁶.

⁵¹² Ao gerar expectativa para a solução de interesses antes carentes de amparo, a atividade jurisdicional é equiparável, em seu âmbito material, à religiosidade. O juiz é sacerdote das ansiedades dos interesses. Nesse sentido gira a obra de Luiz Alberto Warat, *Introdução geral ao direito*.

⁵¹³ TARANTO, Caio Márcio Gutterres. *Precedente judicial: autoridade e aplicação na jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p.69.

⁵¹⁴ Tanto numa como na outra direção o direito encontra resistência,; tanto numa como noutra deve domina-la, isto é, conquistar ou manter a sua existência lutando sempre. É a luta pelo direito subjetivo que escolhi como verdadeiro objeto do meu estudo, mas não posso deixar de demonstrar também para o direito objetivo a exatidão da asserção por mim feita de que a luta é a própria essência do direito [...] a paz é o fim que o direito tem em vista, a luta é o meio de que se serve para o conseguir. [...] todos os direitos da humanidade foram conquistado na luta; todas as regras importantes do direito devem ter sido, na sua origem, arrancadas àquelas que a elas se opunham, e todo o direito, direito de um povo ou direito de um particular, faz presumir que se esteja decidido a mante-lo com firmeza. JHERING, Rudolf Von. *A luta pelo direito*. 12ª edição. Rio de Janeiro: forense, 1992, p.01-04.

⁵¹⁵ [...] em síntese, pode-se afirmar: a Constituição jurídica está condicionada pela realidade histórica. Ela não pode ser separada da realidade concreta de seu tempo. A pretensão de eficácia da Constituição somente pode ser realizada se se levar em conta essa realidade. A Constituição jurídica não configura apenas a expressão de uma dada realidade. Graças ao elemento normativo, ela ordena e conforma a realidade política e social. As possibilidades, mas também os limites da força normativa da Constituição, resultam da correlação entre *sein* e *sollen*. HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991, p.24.

⁵¹⁶ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol. 01. 2ª edição. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010, p. 22. Também TARANTO, Caio Márcio Gutterres. *Precedente judicial: autoridade e aplicação na jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p.71.

5.4.2. A segunda etapa: a atuação do *amicus curiae* e a participação de setores da sociedade

O jurisdicionado não é o único que atua no procedimento de criação do precedente: o Ministério Público e terceiros – aqui no sentido da linguagem processual – também militam na formação do precedente. O processo, na sua crescente qualidade de instrumento de pacificação criado pela jurisdição em uma ordem democrática, admite a abertura do *debate* inserindo a manifestação desses entes, denominados *amicus curiae*. Eles colaboram, em última análise, para a dinamização das tensões existentes entre facticidade e validade⁵¹⁷.

Na seara do controle concentrado de constitucionalidade, o instituto do *amicus curiae* foi inserido pela Lei nº 9.868/99⁵¹⁸, dispondo em seu artigo 7º, §2º⁵¹⁹, que o relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir a manifestação de outros órgãos ou entidades. No que tange ao

⁵¹⁷ A inserção de diversos agentes perante um contexto de agir comunicativo é tratado em diversas passagens das obras de Habermas, sobretudo para a exposição da tensão existente entre facticidade e validade. Nesse sentido, HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol. 01. 2ª edição. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010, p.34: Tal *projeção* faz a tensão entre facticidade e validade imigrar para pressupostos comunicativos, os quais, apesar de seu conteúdo *ideal*, que só pode ser preenchido aproximativamente, tem de ser admitidos *factualmente* por todos os participantes, todas as vezes que desejarem afirmar ou contestar a verdade de uma proposição ou entrar numa argumentação para justificar tal pretensão de validade. [...] O modo como esse espectro alargado de validade está situado no mundo da vida impõe uma generalização do conceito peirceano da comunidade de comunicação ilimitada e da busca cooperativa da verdade entre cientistas: a tensão entre facticidade e validade, que Peirce descobriu nos pressupostos ineludíveis da argumentação que permeia a prática científica, pode ser detectada também nos pressupostos de diferentes tipos de argumentação e, inclusive, nos pressupostos pragmáticos dos atos de fala singulares e dos contextos interacionais por eles conectados.

⁵¹⁸ Segundo Caio Taranto, referida lei se inspirou na *rule 37* do regimento interno da Suprema Corte dos Estados Unidos: *Rule 37. Brief na Amicus Curiae*. 1. *An amicus curiae brief that brings to the attention of the Court relevant matter not already brought to its attention by the parties may be of considerable help to the Court. An amicus curiae brief that does not serve this purpose burdens the Court, and its filing is not favored*. 2. (a) *An amicus curiae brief submitted before the Court's consideration of a petition for a writ of certiorari, motion for leave to file a bill of complaint, jurisdictional statement, or petition for an extraordinary writ, may be filed if accompanied by the written consent of all parties, or if the Court grants leave to file under subparagraph 2(b) of this rule. The brief shall be submitted within the time allowed for filing a brief in opposition or for filing a motion to dismiss or affirm. The amicus curiae brief shall specify whether consent was granted, and its cover shall identify the party supported*. TARANTO, Caio Márcio Gutterres. *Precedente judicial: autoridade e aplicação na jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p.73.

⁵¹⁹ Art.7º. Não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade. [...] §2º. O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades.

controle difuso, a mesma lei inseriu o §3º no artigo 482 do Código de Processo Civil⁵²⁰, prevendo a figura do *amicus curiae* no incidente de inconstitucionalidade⁵²¹.

O *amicus curiae* é também, como a provocação do jurisdicionado, manifestação de caráter democrático, uma vez que permite a entrada de terceiros para discutir a adjudicação a ser feita, que comporá o direito vigente que regerá a sociedade. Sua função é trazer ao processo elementos que possam ser considerados relevantes para a adjudicação sobre a matéria discutida, a ser reforçada pelo direito⁵²².

Já no âmbito da teoria do direito, a dogmática tende a classificar o *amicus curiae* como uma espécie de intervenção de terceiros⁵²³. Há aqui uma relação com o chamado *princípio da cooperação*, à medida que se reconhece como necessária a relação dialógica do juiz com as partes e/ou outros sujeitos, em busca da melhor aproximação e definição dos temas a serem enfrentados pelo magistrado, em muito lembrando a concepção de *agir comunicativo* de Habermas.

É de se notar, contudo, que o ingresso na qualidade de *amicus curiae* não pode ser considerado ainda direito subjetivo, visto que o despacho que autoriza sua entrada é irrecorrível. O ente que pretender a inserção na qualidade de *amicus curiae* deverá, ainda, demonstrar representatividade em face da *pertinência temática* em juízo que incluirá, também, o elemento *relevância* da intervenção.

⁵²⁰ Art.482. Remetida a cópia do acórdão a todos os juízes, o presidente do tribunal designará a sessão de julgamento. [...] §3º. O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá admitir, por despacho irrecorrível, a manifestação de outros órgãos ou entidades.

⁵²¹ Mesmo antes da vigência da Lei nº 9.868/99, o Supremo Tribunal Federal já havia admitido a figura do *amicus curiae*, confirmando decisão monocrática do Ministro Celso de Mello, que determinou a juntada por linha de peças documentais apresentadas por órgão estatal que não integrava a relação processual de ação direta de inconstitucionalidade, no Agravo Regimental da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 748-5. TARANTO, Caio Márcio Gutterres. *Precedente judicial: autoridade e aplicação na jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p.73.

⁵²² A admissão de terceiro, na condição de *amicus curiae*, no processo objetivo de controle normativo abstrato, qualifica-se como fator de legitimação social das decisões da Suprema Corte, enquanto Tribunal Constitucional, pois viabiliza, em obséquio ao postulado democrático, a abertura do processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade, em ordem a permitir que nele se realize, sempre sob uma perspectiva eminentemente pluralística, a possibilidade de participação formal de entidades e de instituições que efetivamente representem os interesses gerais da coletividade ou que expressem os valores essenciais e relevantes de grupos, classes ou extratos sociais. Em suma: a regra inscrita no artigo 7º, §2º, da Lei nº 9.868/99 – que contém a base normativa legitimadora da intervenção processual do *amicus curiae* – tem por precípua finalidade pluralizar o debate constitucional. ADIn nº 2130, voto do Ministro Celso de Mello.

⁵²³ Verificar BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. São Paulo: Saraiva, 2006, p.56-57.

Essa figura, portanto, é importante inovação no direito brasileiro, e sua existência atesta a legitimidade democrática da jurisdição e sustenta a diferença estabelecida entre a norma legislada e julgada. Ainda, a fase infraconstitucional da Reforma do Poder Judiciário, já exposta anteriormente, ampliando os limites de sua manifestação⁵²⁴: (a) poderá defender a repercussão geral de dada matéria pertinente a sua representatividade, apontando relevância econômica, política, social ou jurídica que ultrapassem os interesses subjetivos da demanda; (b) poderá se manifestar na discussão de edição ou revogação de súmula vinculante, democratizando o processo de edição dessa modalidade de precedente pluriprocessual, sendo que também há previsão expressa da utilização dessa faculdade para os tribunais de segundo grau; (c) poderá contribuir, em incidente de admissibilidade dos recursos especiais repetitivos, para fixar orientação para uma dada demanda multitudinária⁵²⁵.

O *amicus curiae* é instituto que reflete a concepção filosófica de Peter Häberle⁵²⁶ da *sociedade aberta dos intérpretes da Constituição*⁵²⁷, não podendo ser restringido a um rol taxativo. Propõe-se, neste escopo, que em processos aptos a ensejara criação de precedentes de grande repercussão, o magistrado e demais órgãos jurisdicionais de instâncias ordinárias, uma vez mais próximos dos conflitos judiciais e do cotidiano social⁵²⁸, possam ser ouvidos como *amicus curiae*.

⁵²⁴ Essa abertura procedimental prevista na Lei nº 11.417/2006 deve ser entendida às outras modalidades de precedentes, especialmente em caso de repercussão da orientação a ser emanada. Com essa finalidade, foi editada a Lei nº 11.672/2008, que acrescentou o artigo 543-C ao Código de Processo civil, com o fim de estabelecer procedimento para o julgamento de recursos especiais repetitivos, prevendo no §3º a figura do *amicus curiae* judicial, ao dispor que o relator poderá solicitar informações a serem prestadas aos tribunais federais e estaduais a respeito da controvérsia. TARANTO, Caio Márcio Gutterres. *Precedente judicial: autoridade e aplicação na jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p.83.

⁵²⁵ TARANTO, Caio Márcio Gutterres. *Precedente judicial: autoridade e aplicação na jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p.79.

⁵²⁶ Diante da objeção de que a unidade da Constituição perderia com a adoção desse entendimento, deve-se observar que as regras básicas de interpretação remetem ao concerto que resulta da conjugação desses diferentes intérpretes da Constituição no exercício de suas funções específicas. A própria abertura da Constituição surge da conjugação do processo e das funções de diferentes intérpretes. HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p.32.

⁵²⁷ Essa Concepção exige uma radical revisão da metodologia jurídica tradicional, que, como assinala Häberle, esteve muito vinculada ao modelo de uma sociedade fechada. A interpretação constitucional dos juizes, ainda que relevante, não é [nem deve ser] a única. Ao revés, cidadãos e grupos de interesse, órgãos estatais, o sistema público e a opinião pública constituiriam forças produtivas de interpretação, atuando, pelo menos, como pré-intérpretes [*vorinterpretieren*] do complexo normativo constitucional. HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p.09. Trata-se de texto extraído da apresentação do livro, escrito por Gilmar Mendes.

⁵²⁸ Estando mais próximo do caso concreto, o magistrado de instâncias ordinárias mostra-se capaz de contribuir para, partindo da lei positiva, transcender aos postulados da norma infraconstitucional a fim de atribuir efetividade aos ditames constitucionais. O juiz coloca-se *superet inter partes*, pois atua na qualidade de sujeito

Essa nova leitura reformou o significado do contraditório. Cabe apontar, entretanto, um dilema, pois a introdução desta *dialética democratizante* no processo deve também – e cada vez mais – suportar o desejo de *celeridade e economia*, a fim de prover a tutela jurisdicional apta a satisfazer a crescente complexidade de uma sociedade pós-moderna e de consumo⁵²⁹.

O magistrado e demais órgãos jurisdicionais podem expor, também na qualidade de *amicus curiae*, a repercussão social das teses adotadas para provocar o Supremo Tribunal Federal. Assim, a manifestação do *amicus curiae* não é alcançada pela força normativa dos precedentes, vale dizer, não está adstrita à orientação quando da prolação de sentenças. Posteriormente, caberá ao Judiciário das instâncias inferiores a aplicação do precedente estabelecido, ainda que por aplicação negativa – vale dizer, *distinguishing*⁵³⁰.

Ao ter acesso a essa pluralidade de visões que estabelecem uma complexa teia de interlocução, o Supremo Tribunal Federal passa a ter por arsenal – e a responsabilidade de enfrentá-lo como um todo – os benefícios decorrentes dos subsídios técnicos, implicações político-jurídicas, sociais e econômicas apresentados pelos *amicus curiae*. Isso contribui para o aumento de qualidade do conteúdo material do precedente, compensando-se o prejuízo à celeridade e economia processual, superando-se o dilema e ainda legitimando os julgamentos do Tribunal perante aos outros sistemas.

5.4.3. A terceira etapa: a decisão e o juízo revisor

As duas primeiras etapas se referem à atuação de agentes provocadores e comunicativos. Essas etapas servem de palco para um diálogo livre de dominação, coação e violência, onde estão garantidas as condições ideais do discurso e a ideia de submissão perante o melhor argumento. E aqui será atribuído o mais importante fator distintivo do precedente: sua *validade discursiva*. A atuação desses entes se mantém ao longo de toda a criação do precedente judicial, até o momento da decisão, que *adjudica com a força normativa o melhor argumento*.

imparcial, assumindo o *status* de terceiro estranho ao conflito, condição essencial de atuação no processo para a defesa do que entende ser o direito objetivo constitucionalmente qualificado. TARANTO, Caio Márcio Gutterres. *Precedente judicial: autoridade e aplicação na jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p.81.

⁵²⁹ O magistrado não constitui mero serviçal do legislador, sendo este último quem fornece a matriz (texto) a partir do qual o juiz forma a regra aplicável ao caso concreto. MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. *As argumentações nas decisões judiciais*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p.14.

⁵³⁰ Isso será analisado mais adiante.

A decisão é exposta com suas razões de decidir. Como um ator dotado da palavra e do momento final sobre o discurso realizado, o juiz utilizará os recursos argumentativos necessários para demonstrar que o interesse, tese ou direito vencedor é o correto para se adjudicar a força normativa do direito vigente. Essa é a noção de resposta de Dworkin, outrora confiada ao juiz Hércules, posteriormente derrubado para dar lugar ao espaço de discurso intersubjetivo – vale dizer, no formato do pensamento de Habermas⁵³¹.

Porém, caso as partes não se satisfaçam com a decisão, o processo não terá terminado e a matéria de direito poderá ser revista em sede de recurso. Há uma discussão interessante sobre até que ponto o juízo revisor é condição necessária do precedente⁵³², com a tendência majoritária de se afirmar que apenas as decisões em segundo grau ou de tribunais superiores é que formam precedentes judiciais, sendo que a produção jurisprudencial da primeira instância possui baixíssima força persuasiva ou vinculante, representando mero exemplo ou opinião, sendo que considera-las precedente, portanto, seria uma contradição ou impossibilidade⁵³³.

⁵³¹ O primeiro objetivo consiste em acreditar na ideia de uma Razão (crítica) face ao relativismo do historicismo. [...] Jürgen Habermas situa o fundamento das normas morais em uma *ética da discussão*. Ao critério formal do imperativo categórico kantiano, Habermas substitui um princípio processual de discussão [D] segundo o qual “só podem pretender à validade as normas que são aceitas [ou que poderiam sê-lo] por todas as pessoas concernentes, desde que participem de uma discussão prática”. No curso da discussão, as pessoas concernentes decidem sobre a validade das normas a aceitar, tendo como guia uma regra de argumentação que se enuncia assim: “Toda norma válida deve satisfazer a condição de que as consequências e os efeitos secundários, que [de maneira previsível] provem do fato de a norma ter sido *universalmente* observada na intenção de satisfazer os interesses de cada um, podem ser aceitos por todas as pessoas concernentes [e preferidos às repercussões das outras possibilidades conhecidas de regulamento]”. É o princípio da universalidade [U] em que baseia a ética da discussão que Habermas desenvolveu na sequência de K. O. Apel. A ética da discussão é, assim, uma ética processual e universalista. BILLIER, Jean-Cassien; MARYIOLI, Aglaé. *História da filosofia do direito*. São Paulo: Manole, 2005, p. 430-431.

⁵³² No sentido de que o precedente é criado por um órgão colegiado – revisor – verificar: um precedente persuasivo pode se formar a partir de órgãos judiciais de mesmo grau de jurisdição, Varas Judiciais, os quais possuem, em princípio, força apenas persuasiva, sem caráter vinculante. DIAS, João Luis Fischer. *O efeito vinculante: dos precedentes jurisprudenciais, das súmulas dos tribunais*. São Paulo: IOB Thomson, 2004, p.32. Em sentido contrário: toda sentença cria, por sua vez, um precedente. A própria lei do mínimo esforço leva o juiz, ou o aparelho Judiciário como um todo, a julgar do mesmo modo lide que tenha características iguais de outra causa já julgada. SAMPAIO, Nelson de Souza. *O Supremo Tribunal Federal e a nova fisionomia do judiciário*. Revista de Direito Público, n.75, p.09, jul-set 1985.

⁵³³ TARANTO, Caio Márcio Guterres. *Precedente judicial: autoridade e aplicação na jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p.86-87. No mesmo sentido: um precedente judicial que permita a reiteração de “jurisprudência do próprio juízo”, expressão que redigem com o uso de aspas, ainda que contrária à orientação fixada por tribunais superiores, não coaduna com valores aptos a ensejar a adoção da súmula com efeito vinculante, ou seja, a segurança e a previsibilidade. WAMBIER, Luiz Rodrigues, et.al. *Breves comentários à nova sistemática processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, v.2, p.65-67.

Contudo, a inserção do juízo revisor como elemento do precedente⁵³⁴, na forma da dogmática majoritária, não implica desvalorização ou desconsideração ao magistrado de primeiro grau, porque as etapas da criação de precedentes estabelecem instrumentos pelos quais é firmado um espaço dialético para o debate para a formação de sua orientação.

Para o presente trabalho basta, contudo, a consideração de que não é o juiz individual ou da turma quem editam precedentes, mas sim o Poder Judiciário como um todo, ou seja, como um dos ramos do Poder tripartido, porque expressamente previsto na Constituição. Isso porque, como será demonstrado mais adiante, não é útil classificar os precedentes em *vinculantes* ou *persuasivos*, ou algo parecido. O que se pretende demonstrar nos próximos tópicos é que o precedente é uma terceira espécie de norma jurídica, a par das regras e princípios, dotada de validade discursiva: sua força normativa é aferida pela coerência que, por sua vez, é alcançada pelo atendimento das condições ideais do discurso, a serem estabelecidas por uma teoria da argumentação jurídica.

Uma vez posta a decisão, sua orientação substitui a linguagem num processo de objetivação, a ser visto a seguir.

5.4.4. A quarta etapa: a objetivação do precedente

Enquanto nas regras e princípios o caminho interpretativo parte da literalidade do texto para a extração do conteúdo semântico, proferindo-se a decisão em um nível pragmático do sopesamento – onde entram argumentos de outros sistemas –, aqui se tem uma espécie de volta às raízes: a partir da diluição semântico-pragmática da argumentação jurídica se chega a uma decisão, solidificada estruturalmente. Há, por isso, um traçado às avessas.

A objetivação ou abstrativização consiste, então, na transmutação normativa do precedente. A instituição judiciária *adjudica* a orientação a ser acolhida e, uma vez, fixada, ela transcende a aplicação no caso concreto e passa a ser um standard para referência em casos futuros⁵³⁵.

⁵³⁴ Um dos argumentos: a coincidência entre a orientação adotada pelo juízo de primeiro grau e o entendimento manifestado por tribunal que lhe seja hierarquicamente superior é, assim, pressuposto fundamental para a incidência do art. 285-A. WAMBIER, Luiz Rodrigues, et.al. *Breves comentários à nova sistemática processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, v.2, p.68.

⁵³⁵ Os precedentes, perante a teoria determinativa, com a abstrativização assumem, simultaneamente, caráter normativo e declaratório de normas supremas. TARANTO, Caio Márcio Gutterres. *Precedente judicial: autoridade e aplicação na jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p.89-90.

Taranto, em obra recente, entende que a objetivação torna toda edição de precedentes judiciais ato típico da jurisdição constitucional no exercício do múnus de defesa do *jus in thesi* constitucionalmente qualificado, com o que é de se discordar. Vale dizer, neste momento apenas, que não há de se falar apenas em precedentes que versem sobre matéria constitucional ou que se ocupem de demandas que tangenciem assuntos da jurisdição constitucional.

Essa objetivação dos precedentes tem por origem no Brasil julgados do Supremo Tribunal Federal que versavam sobre o recurso extraordinário ainda na égide da Constituição de 1946, que culminaram na concepção de súmula na qualidade de precedente pluriprocessual⁵³⁶.

Na experiência constitucional de 1988, a objetivação das orientações passou a assumir crescente relevância, sobretudo por força da militância do Supremo Tribunal Federal que, dentre outras medidas, revogou a orientação contida na antiga Súmula nº 400, admitindo a admissão de recurso extraordinário por razoável interpretação⁵³⁷. Isso demonstra, portanto, que tanto a evolução legislativa quanto a jurisprudencial vinha, antes da Reforma do Judiciário da Emenda Constitucional nº 45/04, demonstrando o caráter objetivo emprestado ao recurso extraordinário como medida racionalizadora de efetiva prestação jurisdicional⁵³⁸.

A objetivação era proposta pelo jurisdicionado à medida que defende a transcendência da repercussão meramente subjetiva, permitindo ao Judiciário atribuir linguagem normativa ao precedente fruto de decisões em sede de recurso extraordinário, podendo ser utilizado em processos posteriores como paradigma. Essa tendência foi finalmente oficializada pela introdução da súmula vinculante e pela possibilidade de inadmissão do recurso pela não demonstração da repercussão das questões constitucionais

⁵³⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 1999, p.131.

⁵³⁷ Súmula nº 400: Interpretação que deu razoável interpretação à lei, ainda que não seja a melhor, não autoriza recurso extraordinário pela letra *a* do artigo 101, III, da Constituição Federal.

⁵³⁸ Deixa de ter caráter marcadamente subjetivo ou de defesa de interesse das partes, para assumir, de forma decisiva, a função de defesa da ordem constitucional objetiva. Trata-se de orientação que os modernos sistemas de Corte Constitucional vêm conferindo ao recurso de amparo e ao recurso constitucional (*Verfassungsbeschwerde*). Nesse sentido, destaca-se a observação de Häberle segundo a qual “a função da Constituição na proteção dos direitos individuais (subjetivos) é apenas uma faceta do recurso de amparo”, dotado de uma “dupla função”, subjetiva e objetiva, “consistindo esta última em assegurar o Direito Constitucional objetivo” (Peter Häberle. O recurso de amparo no sistema germânico. Sub judice, 20/21, 2001, p.33-49). Essa orientação há muito mostra-se dominante também no direito americano. Já no primeiro quartel do século passado, afirmava Triepel que os processos de controle de normas deveriam ser concebidos como processos objetivos. RE 376.852.

relevantes, bem como, no Código de Processo Civil, com a criação do artigo 543-A, §1º, que trouxe norma expressa quanto à transcendência dos interesses subjetivos, atingindo-se, por lógico, objetivos. Essa transmutação do interesse em juízo consubstancia, então, uma fase da formação dos precedentes.

5.5.5. A quinta etapa: a incidência do precedente em um processo posterior

Quando a matéria de direito orienta uma decisão posterior, há, então, a incidência de um precedente⁵³⁹.

A argumentação das partes, realizada em um ambiente pautado por condições teóricas ideais, fornece ao Poder Judiciário as razões que fundamentarão a decisão – sua chamada *ratiodecidenti* – que, por sua vez, consolida orientação normativa e se inserirá na ordem jurídica: a adjudicação da força normativa à tese vencedora. Ao demandar, é dizer, os litigantes não obtêm apenas uma decisão, mas sim direito criado.

Tucci sustenta, neste momento, que *bastará, no futuro, para justificar uma decisão, referir-se aos precedentes, devendo aqueles que lutam por uma reforma de jurisprudência fornecer as razões que deveriam, em sua opinião, prevalecer sobre aquelas que foram admitidas anteriormente*⁵⁴⁰. Referido autor, com a concordância de Caio Taranto, sustenta então que o precedente nasce como uma regra de um caso e, em seguida, terá ou não o destino de tornar-se a regra de uma série de casos análogos⁵⁴¹.

Até aqui constatamos que os precedentes são vistos como normas no formato de *regras*, a serem aplicadas por dedução/subsunção, nos moldes de um normativismo formalista, formatados em ementas e súmulas, presos a uma concepção de silogismo jurídico. Esse é o grande erro que este trabalho busca superar: demonstrar que a melhor maneira de se debruçar nos precedentes é em torno da concepção de *razões argumentadas* e não da relação chave-fechadura, próprio das *regras*.

⁵³⁹ Precedent is a case decided at time 1 that is meaningfully analogous to a case that arises at time 2. STRANG, Lee J. *An originalist theory of precedent: originalism, nonoriginalist precedent and the common good*. In New Mexico Law Review. Legal Scholar Network, 2006, p.35.

⁵⁴⁰ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.11.

⁵⁴¹ TARANTO, Caio Márcio Gutterres. *Precedente judicial: autoridade e aplicação na jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p.96.

Não só a doutrina tem essa visão equivocada. O artigo 102, §4º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, por exemplo, dispensa referência a outros precedentes em caso de citação de *súmula*⁵⁴². Tal dispositivo, se não admitida sua interpretação conforme a Constituição, é inconstitucional, visto que a força normativa do precedente exige a análise de sua *ratione decidendi*, implicando a análise da argumentação realizada nos processos que serviram de referência para sua formação, até por força da possibilidade de *distinguishing*⁵⁴³. A reiteração para a edição de uma súmula é garantia dos cidadãos, sob pena de se editar um precedente sem força normativa alguma. O julgador aqui, afirma Taranto, também deverá exercer um juízo de validade, sendo nula qualquer sentença (aí incluídas as que têm base no artigo 285-A do Código de Processo Civil) que apenas reproduza o texto do enunciado objetivado do precedente, por lesão à garantia constitucional da fundamentação das decisões judiciais. Qualquer outra postura em relação a isso é uma violência ao sistema social do direito.

É de se concordar com Lênio Streck quando se diz que o poder de *violência simbólica*⁵⁴⁴ exercido pelas súmulas sobre os juristas em sua prática cotidiana é resultado de uma situação que pode ser chamada de *controlabilidade difusa do sistema jurídico sobre os operadores do Direito*⁵⁴⁵. Aqui reside a dimensão pragmática do pensar por precedentes, a operacionalização desta violência chamada *vinculante* por meio de um controlabilidade difusa do Judiciário, hierarquicamente inferior, através dos instrumentos processuais de aplicação dos precedentes⁵⁴⁶. Aqui será necessário, sempre, por parte do magistrado, o exercício do

⁵⁴² Art. 102. A jurisprudência assentada pelo Tribunal será compendiada na Súmula do Supremo Tribunal Federal. [...] § 4º A citação da Súmula, pelo número correspondente, dispensará, perante o Tribunal, a referência a outros julgados no mesmo sentido. Esse dispositivo exige interpretação conforme para que a garantia constitucional da fundamentação das decisões jurisdicionais seja preservada, exigindo, sim, do magistrado que exponha, com clareza, as reais razões do convencimento. É necessário que o julgador empenhe-se em um juízo de facticidade perante a súmula aplicada como paradigma.

⁵⁴³ TARANTO, Caio Márcio Gutterres. *Precedente judicial: autoridade e aplicação na jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 96-97.

⁵⁴⁴ Sobre a noção emprestada de violência simbólica, verificar FARIA, José Eduardo. *Eficácia jurídica e violência simbólica*. São Paulo: Edusp, 1988, p.29.

⁵⁴⁵ STRECK, Lênio. *Súmulas no direito brasileiro. Eficácia, poder e função. A ilegitimidade constitucional do efeito vinculante*. 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do advogado, 1998, p.227.

⁵⁴⁶ Bourdieu sees symbolic capital (e.g., prestige, honor, attention) as a crucial source of power. Symbolic capital is any species of capital that is perceived through socially inculcated classificatory schemes. When a holder of symbolic capital uses the power this confers against an agent who holds less, and seeks thereby to alter their actions, they exercise symbolic violence. We might see this when a daughter brings home a boyfriend considered unsuitable by her parents. She is met with disapproving looks and gestures, symbols which serve to convey the message that she will not be permitted to continue this relationship, but which never make this coercive fact explicit. People come to experience symbolic power and systems of meaning (culture) as legitimate. Hence, the daughter will often feel a duty to obey her parents' unspoken demand, regardless of her suitor's actual merits. She has been made to misunderstand or misrecognize his nature. Moreover, by perceiving her parents' symbolic

juízo de facticidade e validade – nos moldes da teoria de Habermas, como será demonstrado a partir de agora.

5.5. A força normativa dos precedentes

Qualquer estudo básico em sede de direito comparado induz a ideia de que o direito na tradição da *civil law* é tido como o direito dos códigos, ao passo que a tradição da *common law* é tida como o direito dos casos. Essa concepção significa que os precedentes possuem, na tradição anglo-saxônica, maior valor e eficácia normativa sob uma perspectiva histórica. É dizer, constitui *error in judicando* não seguir precedentes de cortes superiores e tal falha geralmente será corrigida em grau de recurso, e mesmo nessas cortes superiores o precedente continua tendo força normativa, ainda que não seja possível interpor recurso. Nos países de tradição continental, os precedentes, de acordo com uma visão geral, não possuem eficácia vinculante, mas é fato que eles são regularmente seguidos pelas cortes. Isso pode levar ao pensamento de que seria útil uma distinção entre força normativa de direito (talvez eficácia vinculante) e força normativa de fato. Tal pensamento é equivocado, passando a demonstrar-se o porquê.

Os precedentes do Supremo Tribunal Federal⁵⁴⁷ – em especial as súmulas vinculantes – são tidos, pelo menos cada vez mais, como vinculantes sobre os tribunais abaixo, na hierarquia do Judiciário – *binding de jure*. Os precedentes do Superior Tribunal de Justiça e outros, em controle difuso do Supremo Tribunal Federal, por sua vez, não seriam vinculantes, apenas devendo ser seguidos, exceto na presença de razões que justificassem o contrário – *binding de facto*.

violence as legitimate, she is complicit in her own subordination - her sense of duty has coerced her more effectively than explicit reprimands could have done.

Symbolic violence is fundamentally the imposition of categories of thought and perception upon dominated social agents who then take the social order to be just. It is the incorporation of unconscious structures that tend to perpetuate the structures of action of the dominant. The dominated then take their position to be "right." Symbolic violence is in some senses much more powerful than physical violence in that it is embedded in the very modes of action and structures of cognition of individuals, and imposes the specter of legitimacy of the social order. Fonte: Wikipédia, acesso em 29.08.2011. Essas ideias estão presentes na obra *O poder simbólico*. Verificar BORDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. 13ª edição. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010.

⁵⁴⁷ O Supremo Tribunal Federal produz, em relação ao restante do Judiciário, precedentes de eficácia vinculante vertical e, em relação a si próprio, de eficácia vinculante horizontal, porém com a possibilidade de mudar o entendimento ou revogar os mediante condições de argumentação, sendo obrigado a seguir o precedente quando ausentes tais condições. Emsentidoamplo, PECZENIK, Aleksander. *The binding force of precedent*. In MacCORMICK, Neil. SUMMERS, Robert [orgs.]. *Interpreting precedents: a comparative study*. Lincolnshire: Dartmouth, 1997, p.462.

A partir dessa distinção, a doutrina estrangeira, capitaneada por MacCormick, suscita uma classificação da força normativa do precedente nos seguintes termos: vinculação formal, força normativa, suporte posterior e mera ilustratividade, sendo que (1) *vinculação formal* consiste em afirmar que uma decisão que a desrespeita é antijurídica e deve necessariamente ser revertida em grau de recurso, que ainda se divide em (a) não sujeita a revogação e (b) sujeita a revogação. A (2) *força normativa*, por sua vez, implica que uma decisão diferente, ainda que aceitável no sistema jurídico, fica sujeita a críticas e pode ser reformada em grau de recurso, sendo dividida em (a) força *derrotável*⁵⁴⁸, quando cabível inserir exceções em sua aplicação – mais ou menos definidas –; e (b) força *sopesável*⁵⁴⁹, quando existentes razões que vençam sua aplicação. Os precedentes que oferecem apenas (3) *suporte posterior* não possuem força normativa, pois a decisão que não os observa tem juridicidade, opondo-se lhe apenas o fato de que poderia ser mais bem justificada se observasse a existência do precedente, ainda que contrariamente. Finalmente, a (4) *mera ilustratividade* serve apenas como um exercício de retórica, não ensejando responsabilidade argumentativa de afastá-la⁵⁵⁰.

Embora MacCormick defenda o uso desta classificação como uma ferramenta útil para entender a reconstrução racional das práticas de decisão⁵⁵¹, sendo por isso uma metalinguagem apta a compreendê-las – ainda que tais termos não sejam presentes na praxe judiciária –, entendemos que não há razão para se adotar tal classificação, principalmente porque a força normativa dos precedentes tem por fundamento sua coerência⁵⁵², de cunho discursivo, o que será demonstrado adiante.

⁵⁴⁸ Do inglês *defeasible*, que, segundo o dicionário, significa algo que é capaz de ser anulado ou invalidado. Essa foi a melhor tradução, visto que lembra a noção de *conflito*, própria das regras e de sua única dimensão de *validade*.

⁵⁴⁹ Do inglês *outweighable*. Essa tradução, da mesma forma, melhor se harmoniza com a noção de *colisão*, própria dos princípios e de sua dupla dimensão de validade e *peso*.

⁵⁵⁰ PECZENIK, Aleksander. *The binding force of precedent*. In MacCORMICK, Neil. SUMMERS, Robert [orgs.]. *Interpreting precedents: a comparative study*. Lincolnshire: Dartmouth, 1997, p.463.

⁵⁵¹ Even though they clearly transcend judicial or other self-understanding in any single system, they are a valuable tool for rationally reconstructing practices of decision making. [...] A useful language of comparison has to be kind of 'metalanguage', containing terms and distinctions not present, or not articulated, in any of the particular object languages of judicial practice and scholarly doctrine internal to particular systems in their ordinary functioning. Thus some such rational reconstruction of practices, in some such concepts, is a necessity. PECZENIK, Aleksander. *The binding force of precedent*. In MacCORMICK, Neil. SUMMERS, Robert [orgs.]. *Interpreting precedents: a comparative study*. Lincolnshire: Dartmouth, 1997, p.464.

⁵⁵² Há, contudo, uma exceção: a declaração de inconstitucionalidade ou de não recepção de uma lei ou ato normativo em controle concentrado abstrato não está sujeita a uma verificação de coerência, pois ela retira a validade do ato em questão, impossibilitando seu uso. Essas razões serão pormenorizadas mais adiante.

Outro erro é classificar os precedentes como *vinculantes de fato*⁵⁵³ e *vinculantes de direito*⁵⁵⁴. Isso porque *vinculante de fato* implica uma força que, não normativa, sem justificativa, apenas é observada por ser de fato seguida, o que leva a crer que a força realizada pelos precedentes possui caráter psicológico, visto que não se compadece com a ideia defendida aqui. Ainda, a ideia de vinculação de fato é contraditória ou, ao menos, teoricamente desinteressante, porque os tribunais superiores produzem linhas de decisão a serem seguidas pelos tribunais subsequentes, com autorização da própria legislação positiva – como é o caso do Brasil. Desta forma, a força normativa é prospectiva, com referido tribunal superior tentando afetar a prática judicial futura, sendo que somente uma concepção *normativa* sobre a força dos precedentes é possível. Não há que se falar em critérios psicológicos ou estatísticos⁵⁵⁵.

Essa força normativa deriva de vários motivos, tais como: a prática de produzir o precedente; a prática de aplicar o precedente; a opinião dos juristas – dogmática/teoria –, tudo isso corroborado pela instituição constitucional do *stare decisis*.

Isso porque, no Brasil, a instituição da prática de pensar por precedentes é atualmente explícita. A súmula vinculante, a razoável duração do processo e o requisito de admissibilidade da repercussão geral em recurso extraordinário, são figuras que permitem afirmar com tranquilidade o desejo constitucional de se instaurar o *stare decisis*, ainda que não de uma forma importada de outros sistemas.

A expressão vinculante de fato é, portanto, errônea e, caso citada, deve ser interpretada de maneira não literal. Qualquer análise permite constatar a presença de normatividade, sendo que as razões dessa normatividade são *diferentes* das razões que atribuem normatividade às normas postas, vale dizer, legisladas.

⁵⁵³ *Binding de facto*, no inglês.

⁵⁵⁴ *Binding de jure*, também no inglês.

⁵⁵⁵ The non-normative conception of bindingness de facto is also theoretically uninteresting because it leaves out the reasons for following precedents. If a practice is followed for certain reasons, these reasons must have some normative character. And surely courts that follow precedents must be presumed to have some reason for doing so. Otherwise, the practice of following precedents would appear to be irrational in incomprehensible. No doubt, the judges often follow precedents and feel motivated to do so, but it is difficult to believe that they do not also consider this motivation, explicitly or implicitly, to be right on account of some statable, even if not stated, normative grounds. If so, precedents have a kind of normative force. PECZENIK, Aleksander. *The binding force of precedent*. In MacCORMICK, Neil. SUMMERS, Robert [orgs.]. *Interpreting precedents: a comparative study*. Lincolnshire: Dartmouth, 1997, p.466.

MacCormick – e outros juristas, coautores nos diversos artigos da obra em questão – entendem, com base na classificação acima exposta, que os precedentes formalmente vinculantes devem ser tidos como razões de autoridade numa decisão dentro da argumentação jurídica. Precedentes não formalmente vinculantes, porém com força normativa ou suporte posterior, por sua vez, devem ser tidos como razões de autoridade – omitindo-se a decisão – na argumentação jurídica. A principal diferença entre os precedentes da primeira espécie e estes consistiria em considerar a decisão antijurídica ou não, devendo ser ou apenas podendo ser revertida em grau de recurso. Para MacCormick, a maioria dos precedentes da *civil law* são deste segundo tipo. Então, o autor conclui que os precedentes vinculantes de uma forma mais fraca do que a formal devem ser compreendidos com o caráter de razões de autoridade na argumentação jurídica⁵⁵⁶.

Essa distinção de camadas de vinculação adotada por MacCormick acaba por concluir que as razões provenientes de precedentes formalmente vinculantes são mais importantes do que as razões provenientes de precedentes não formalmente vinculantes e demais espécies, o que traz as seguintes consequências: (a) uma fonte mais importante é juridicamente mais forte que a menos importante; (b) a hierarquia das fontes do direito é meramente provisional, *prima facie*, sendo que na hipótese de colisão a mais importante deve preferir a outra, exceto se razões sopesáveis sejam suficientes para afastá-la, mediante ônus argumentativo; (c) a necessidade de existir ou não mecanismos de sanção/coerção na hipótese de desobediência dessas fontes: para MacCormick e demais autores, a concepção da autonomia funcional do juiz descarta qualquer possibilidade de sanções de natureza civil ou criminal, ainda que o erro tenha sido grosseiro; (d) a ausência de hierarquia entre normas legisladas – regras e princípios – e normas judicadas, vale dizer, precedentes. Algumas decisões judiciais podem ter peso maior do que uma norma em sentido literal⁵⁵⁷; e (e) a força

⁵⁵⁶ In my view, one simple way to express the various kinds of normativity involved in formal ‘bindingness’, ‘force’ and ‘further support’ is this: precedents that are formally binding, or binding de jure, must be regarded as authoritative reasons for decision in legal argumentation. Precedents which are not formally binding but which have force or provide further support are still ones which should be used as authoritative reasons in legal argumentation. Reasons which merely generate force, or provide support, are important, but they are not formally binding. That is, failure to decide in accord with such precedent-based reasons will not usually yield decisions that are unlawful and which, if appealed, will be reversed. Indeed, most precedents in continental systems are of this kind. [...] The precedents which are binding in a weaker sense than formal or de jure should still be regarded as having the character of legally authoritative reasons. PECZENIK, Aleksander. *The binding force of precedent*. In MacCORMICK, Neil. SUMMERS, Robert [orgs.]. *Interpreting precedents: a comparative study*. Lincolnshire: Dartmouth, 1997, p.467.

⁵⁵⁷ This point deserves further elaboration. It is possible to say that the sound interpretation of the statute is that which has already taken fully into account the bearing of precedents on it. The statute so interpreted then retains its priority over precedents. However, this way of interpreting the situation leads to a number of problems which cannot be discussed in this chapter. PECZENIK, Aleksander. *The binding force of precedent*. In MacCORMICK,

normativa dos precedentes está diretamente relacionada com a argumentação. Esta última consequência deve ser deixada para análise em um outro trabalho, oportunamente.

5.5.1. A adjudicação e a força normativa decorrente das razões: a dimensão da coerência

Rechaçada a concepção de vinculação formal de precedente, pela simples razão de hierarquia, prefere-se uma concepção discursiva, firmada pela argumentação vencedora da decisão. O sistema jurisdicional do Brasil não confere – por razões das mais variadas espécies –, a um único juízo o poder de resolver por definitivo as demandas, pressupondo a necessidade do juízo revisor, é dizer, uma dupla análise do mérito em duplo grau de jurisdição. A lógica do sistema atribui aos tribunais a resolução dos conflitos, sendo de mero cunho técnico-didático a explicação que a ação se exaure com a sentença.

No entanto, também não entendemos correto dizer que o juiz prolata apenas um projeto de decisão. Uma corrente da dogmática processualista, aqui bem representada por Luiz Guilherme Marinoni, defende que o sistema espera que em alguns dos casos o conflito cesse com a sentença de primeiro grau, ou seja, que a parte vencida se conforme com a sentença e não interponha recurso. Não haveria lógica na estrutura juiz/tribunal se em todas as demandas o tribunal tivesse que ser mobilizado, pois isso acarreta na inutilidade de todo custeio da administração do primeiro grau da justiça⁵⁵⁸.

Destarte, a racionalidade do sistema jurisdicional desenhado na Constituição exige inevitavelmente uma nova camada de normas jurídicas estabilizada pelo exercício da jurisprudência e – principalmente – respeitadas pelos juízes de primeiro grau. O *stare decisis*, que cuida desta segunda parte, fundamenta-se também na própria lógica do sistema jurisdicional brasileiro.

Neil.SUMMERS, Robert [orgs.]. *Interpreting precedents: a comparative study*. Lincolnshire: Dartmouth, 1997, p.469.

⁵⁵⁸ Num sistema como o descrito, todo e qualquer litigante sabe que, para sagra-se vencedor, terá de receber decisão favorável do tribunal. Portanto, a princípio seria possível admitir que pouco importa, especialmente quando as decisões não tem execução na pendência dos recursos, quem ganha ou perde a causa em primeiro grau de jurisdição. mas é exatamente aí que o problema se torna visível. Note-se que a idéia de que o que importa é a decisão do tribunal é verdadeira apenas em parte. Ela é verdadeira para as partes, pois estas apenas terão uma “decisão” – no sentido de final e efetiva – no tribunal. Resta falsa, contudo, para o Poder Judiciário e diante da própria lógica que estrutura o sistema judicial. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.167.

De igual forma se dá na relação dos tribunais de justiça estaduais e regionais federais e os tribunais superiores. Permitir o processamento de um pedido por um tribunal que não respeite as decisões dos tribunais superiores é, além de um desperdício de energia, permanecer inerte sobre um conflito interno no Poder Judiciário, ou mesmo sobre sua hierarquia. Quando se está em uma busca por uma compreensão racional dos precedentes, não se pode desconsiderar por completo a existência de hierarquia e sua observância. Marinoni aqui diz que, uma vez em mente o respeito à hierarquia, a criação de uma cultura de precedentes⁵⁵⁹ nos tribunais superiores tornarão suas decisões obrigatórias para os demais juízes⁵⁶⁰. Referido autor sustenta, ainda, que ao não seguir precedentes ditados pelos tribunais hierarquicamente superiores, o julgador incorre em insubordinação⁵⁶¹.

Essa última afirmação, a nosso ver, não procede⁵⁶². E quando o precedente for produzido, em grau superior, mediante interesses partidários ou até mesmo escusos? É dizer, quando o precedente for um *inimigo*. Uma vez que está se tratando aqui de se praticar uma ordem legal *weberianamente* racional, é certo que a *coerência* na interpretação das disposições específicas sobre muitos casos, bem como suas práticas interpretativas que visam garanti-laglobalmente no sistema jurídico, é absolutamente fundamental para ela. Coerência em ambos os sentidos é da própria essência da ordem jurídica racional, assim como é crucial para a ideia de um discurso jurídico racional. Não é surpresa que, em todos os sistemas legais abordados na pesquisa deste trabalho, o valor da coerência da lei é um dos elementos chave na compreensão da prática dos precedentes como vinculante em qualquer que seja o sentido de sua impositividade ou, mais geralmente, sua força normativa.

⁵⁵⁹ O *stare decisis* no common law possui raiz iminentemente cultural. Calmon de Passos, ao se ocupar da súmula vinculante, disse acerca da força vinculante das decisões: [elas existem] independentemente de previsão legal expressa, e vinculam como decorrência necessária do próprio sistema e do seu modo constitucional de operar. PASSOS, J. J. Calmon de. *Súmula Vinculante*. In: Revista do TRF 1ª Região, 1997, vol.09, p.171.

⁵⁶⁰ Portanto, as suas decisões devem ser respeitadas pelos tribunais ordinários e ser impostas, de forma a se fazerem respeitar, quando necessário for. De maneira que, formada uma cultura precedentalista nos tribunais superiores, não haverá como deixar de seguir os precedentes então fixados. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010I, p. 169.

⁵⁶¹ Não obstante, ainda existe, nas entranhas da doutrina e da vida dos operadores do direito, a ideia de que, por não haver hierarquia entre os juízes, estes não devem respeito às decisões dos tribunais que estão sobre eles. Na verdade, o equívoco se encontra no significado que se retira da palavra hierarquia, misturando-se independência e autonomia com inexistência de respeito às decisões ou, nesta dimensão, com insubordinação. É evidente que, quando se fala, no sentido antes exposto, em hierarquia, não se pretende negar a independência e a autonomia dos juízes. Pretende-se apenas evidenciar que, por uma razão lógica derivada da função e do lugar de inserção conferidos aos tribunais pela Constituição Federal, a hierarquia justifica uma inquestionável necessidade de respeito às decisões judiciais. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.169.

⁵⁶² A concepção da autonomia funcional do juiz descarta qualquer possibilidade de sanções de natureza civil ou criminal, ainda que o erro tenha sido grosseiro. PECZENIK, Aleksander. *The binding force of precedent*. In MacCORMICK, Neil. SUMMERS, Robert [orgs.]. *Interpreting precedents: a comparative study*. Lincolnshire: Dartmouth, 1997, p.468.

A coerência afirmada no exercício de jurisprudência é, contudo, diferente da coerência do ordenamento jurídico. Cada dispositivo posto pelo legislador deve ser compatível com o restante do ordenamento para que ele seja coerente. Na jurisprudência, diferentemente, uma decisão não exclui ou retira a validade de outra. Como o direito vigente produzido pelo Judiciário pode, em várias decisões, afirmar significado sobre um mesmo texto legal, o direito produzido pelo judiciário constitui um problema de *coerência* e não de compatibilidade⁵⁶³. Precedentes são, portanto, normas jurídicas distintas *qualitativamente* das regras e princípios, pois detêm esta terceira dimensão de coerência, com sua normatividade diretamente ligada às suas razões.

O Estado de direito não pode expressar ordem destituída de coerência. Uma discussão interessante para este momento é relembrada por Marinoni, quando se refere à coerência da jurisprudência: a expressão dinâmica do direito, tomada no contexto do estado liberal, aludia à ideia de boca dos juízes ou juiz boca-da-lei, onde o Judiciário não deveria fazer outra coisa que não a mera aplicação da lei⁵⁶⁴. Tal pretensão, utópica desde seu nascimento, fica demonstrada impossível quando se constata que a norma elaborada pelo legislador é apenas um texto legal ou um dispositivo, que necessariamente se transforma em outra coisa quando, depois de compreendido, tem um significado expresso pelo intérprete ou pelo juiz. Tal significado, afirmado mediante o exercício do poder estatal, constitui uma norma que exprime o *direito* por meio do juiz, e não mais a mera lei.

Desta forma, o Judiciário torna-se o principal responsável pela *coerência* do direito, daí advindo a necessidade de se construir um Estado de Direito por meio de um direito coerente. Isso fatalmente leva à questão de se há coerência em um sistema jurídico onde decisões judiciais atribuem a um mesmo texto legal diferentes significados. É dizer, há coerência em um discurso formado por decisões díspares a um único dispositivo?

⁵⁶³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.171.

⁵⁶⁴ O temor encontra origem no absolutismo medieval, máxime da baixa Idade média, em que tudo se encontrava centralizado nas mãos do Rei, soberano máximo. Como mencionado anteriormente, a “função jurisdicional” (e o magistrado) nada mais eram do que a extensão do braço real. Com a quebra deste paradigma, especialmente pela Revolução Francesa, a burguesia (os novos detentores do poder) passou a questionar a magistratura, composta, em suas fileiras, por nobres e homens de confiança da realeza deposta. Com efeito, todo o arcabouço jurídico pós-revolucionário foi construído de forma que o Judiciário se encontrasse atado, restrito a um mero atuar mecânico, em que suas decisões expressassem apenas as próprias leis, como sustentou Robespierre. A codificação e o formalismo, forjando a exigência positivista do Direito escrito, reafirmam essa pretensão. TAVARES, André Ramos. *Reforma do Judiciário no Brasil pós-88: (des) estruturando a Justiça – comentários completos à Emenda Constitucional nº 45/04*. São Paulo: Saraiva, 2005, p.19.

Para Marinoni, inexistia coerência num direito que se expressa mediante decisões que tratam de casos iguais de maneira desigual⁵⁶⁵. Se há divergência nos sentidos das decisões, não há como se falar em discurso do Judiciário, pois este é desconhecido⁵⁶⁶. No *common law*, há a noção de que num estado moderno, em decorrência de um número elevado de juízes, muitas cortes e uma hierarquia estruturada de recursos, as mesmas regras e soluções devem orientar a decisão independente do juiz que preside o processo⁵⁶⁷. Fidelidade ao Estado de Direito requer a prevenção de qualquer variação frívola no padrão decisório de um juiz ou corte para o outro⁵⁶⁸. Entendemos não ser tão simples assim e que é possível, sim, existir coerência num sistema como este.

Isso remete à questão discorrida anteriormente sobre a superação do paradigma juiz *boca-da-lei*. Retomando brevemente, a superada convicção de que o poder de julgar deveria ser exercido por uma atividade puramente intelectual e cognitiva, incapaz de produzir direito novo, ficando então limitado a afirmar o que já havia sido dito pelo legislativo, devendo o julgamento ser apenas *um texto exato da lei*⁵⁶⁹. O Poder Judiciário era, então, um poder nulo⁵⁷⁰. Isso porque o direito sofreria com uma grave falta de legitimidade democrática caso fosse interpretado pelos magistrados⁵⁷¹.

⁵⁶⁵ Num sistema que, ao expurgar os dogmas, depara-se com a realidade inafastável de que a lei é interpretada de diversos modos, não há alternativa [a necessidade de se render respeito aos precedentes no direito brasileiro] para se preservar a igualdade perante a lei e a segurança jurídica, elementos indispensáveis a um Estado de Direito. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 24.

⁵⁶⁶ One of the most widely shared values in the American political system is that principles governing society should be ‘rule of law and not merely the opinions of a small group of men who temporally occupy high office’.

⁵⁶⁷ Se você deve tratar igualmente casos iguais e diferentemente casos distintos, então novos casos que tenham semelhanças relevantes com decisões anteriores devem [*prima facie*, pelo menos] ser decididos de maneira igual ou análoga aos casos passados. Conectada a essa razão está a ideia de um sistema jurídico imparcial que faz a mesma justiça a todos, independentemente de quem forem as partes do caso e de quem está julgando.

⁵⁶⁸ MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p.178.

⁵⁶⁹ O julgamento não poderia ser mais do que um texto exato da lei; o juiz deveria ser apenas a *bouche de la loi*, ou seja, um juiz passivo e sem qualquer poder criativo ou de *imperium*. MONTESQUIEU. *O Espírito das leis*. Tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. Brasília: UnB, 1982, p. 158.

⁵⁷⁰ Poderia acontecer que a lei, que é ao mesmo tempo clarividente e cega, fosse em certos casos muito rigorosa. Porém, os juízes de uma nação não são, como dissemos, *mais que a boca que pronuncia as sentenças da lei*, seres inanimados que não podem moderar nem sua força nem seu rigor. MONTESQUIEU. *O Espírito das leis*. Tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. Brasília: UnB, 1982, p. 160.

⁵⁷¹ A teoria do direito na égide do código napoleônico era ensinada nos moldes da Escola da Exegese, cujas principais teses afirmavam que o texto e o direito eram idênticos, e as outras fontes do direito – a saber: costume, doutrina, jurisprudência e direito natural – tinham apenas importância secundária. Para compreender o significado exato dos códigos, era necessário partir do texto, apenas dos textos, e não de suas fontes. A erudição e a jurisprudência tiveram, portanto, de resistir e retroceder em um estágio anterior aos códigos, pois isso conduziria inexoravelmente à incerteza. O legislador escolhera entre diferentes possibilidades antigas e modernas e, se sua escolha não fosse seguida, o direito afundaria na diversidade e na incerteza das velhas fontes e, desse modo, nos mesmos erros pelos quais o antigo direito fora criticado. Essa abordagem, muito bem descrita como um *fetichismo do estatuto escrito*, também eliminava qualquer recurso ao direito natural ou aos princípios gerais do direito. Demolombe afirmava que o *direito claro* não requeria comentário e que a lei devia ser aplicada

A Lei Revolucionária de 1790, como bem lembra Marinoni, não só afirmou que os *tribunais judiciais não tomarão parte, direta ou indiretamente, no exercício do poder legislativo, nem impedirão ou suspenderão a execução das decisões do poder legislativo*, mas também que eles deveriam se reportar ao legislativo sempre que considerar necessário interpretar ou editar uma nova lei⁵⁷². O objetivo era a criação de um direito *à prova de juizes*. Mas essa própria consulta ao legislativo demandou a criação de um órgão que, com relativamente breve intervalo de tempo, se mostrou necessário não somente interpretar a lei como também como a lei deveria ser interpretada, passando não apenas anular a interpretação errada, mas também definir a interpretação correta. Assim, chegou-se a um estágio em que não há mais controle não jurisdicional das interpretações judiciais. A preocupação em fixar a unidade do direito agora é do próprio judiciário, adquirindo-se a consciência de que a leitura do texto da norma implica um ato de compreensão que, assim, abre oportunidade para várias definições e interpretações: passa a se admitir, também, a possibilidade de que o Judiciário exprime, em um mesmo espaço de tempo, várias interpretações para a mesma lei. O Superior Tribunal de Justiça teria a função de enfrentar essa questão⁵⁷³.

Hoje – de forma uníssona – a dogmática derruba a concepção original da revolução francesa, demonstrando que a mutação ocorrida não é mais compatível com a primária separação de poderes. No entanto, quando trata do advento dos precedentes e da questão da eficácia vinculante, ela adota o mesmo paradigma utópico para a compreensão dos precedentes: da mesma forma que Montesquieu defendeu uma segurança jurídica fundada na estrita aplicação da lei, pois, se os julgamentos fossem uma opinião particular do juiz, estaríamos numa sociedade onde se desconhece com precisão quais os deveres nela assumidos. A liberdade política, defendeu Montesquieu, era realizada por meio da *certeza do direito*. Tal certeza era assegurada pela impossibilidade de o juiz interpretar a lei. O pensamento revolucionário foi utópico no sentido de que se esperava do juiz atuar apenas a vontade da lei, supondo também que, a partir desta decorrente certeza, o povo desfrutaria de segurança e previsibilidade dos direitos e deveres.

O problema da concepção revolucionária está em confiar à lei a garantia da igualdade e segurança dos cidadãos. Nos países do *common law*, onde os juizes não foram

mesmo quando não parecesse conformar-se aos princípios gerais do direito ou da equidade. VAN CAENEGEM, Raoul Charles. Uma introdução histórica ao direito privado. 2ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p.211-212.

⁵⁷²MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.59.

⁵⁷³MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.60-62.

proibidos de interpretar a lei, naturalmente aceitou-se que a segurança e a previsibilidade teriam de ser buscadas em outro lugar: nos precedentes, sob a ideologia do *stare decisis*.

A segurança e a previsibilidade obviamente são valores almejados por ambos os sistemas. Porém, supôs-se no civil law que tais valores seriam realizados por meio da lei e da sua estrita aplicação pelos juízes, enquanto no common law, por nunca ter existido dúvida que os juízes interpretam a lei e, por isso, podem proferir decisões diferentes, enxergou-se na força vinculante dos precedentes o instrumento capaz de garantir a segurança e a previsibilidade de que a sociedade precisa para se desenvolver⁵⁷⁴.

Entretanto, no *civil law*, mesmo após a admissão da obviedade de que o juiz interpreta a lei e mesmo após ser constatado na prática jurisprudencial que as decisões divergem sobre a mesma situação de fato e/ou direito, continuou-se numa ilusão de que a lei seria suficiente para garantir a segurança e a previsibilidade. A doutrina pátria tradicional, por sua vez, se limitou apenas a justificar que a interpretação jurídica não implica uma negação da separação dos poderes⁵⁷⁵, não tomando consciência de que, diante da variedade das decisões e das interpretações da lei, seria necessária uma elaboração dogmática capaz de garantir a segurança, a previsibilidade e a igualdade. A doutrina tradicional, portanto, ignorou a necessidade de um instrumento capaz de garantir a igualdade diante das decisões – conforme salientou Marinoni –, preferindo defender a idéia de que a lei seria bastante para garantir tais atributos, preservando o dogma em detrimento da realidade, com as graves conseqüências citadas⁵⁷⁶.

⁵⁷⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.62.

⁵⁷⁵ O simples fato de um tribunal constitucional agir no âmbito da legislação quando constata, por razões ligadas aos direitos fundamentais, um não cumprimento de um dever ou uma violação de competência por parte do legislador não justifica uma objeção de uma transferência inconstitucional das competências do legislador para o tribunal. Se a Constituição confere ao indivíduo direitos contra o legislador e prevê um tribunal constitucional para garantir esses direitos, então, a atividade do tribunal constitucional no âmbito da legislação que seja necessária à garantia desses direitos não é uma usurpação inconstitucional de competências legislativas, mas algo que não apenas é permitido, mas também exigido pela Constituição. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p.556.

⁵⁷⁶ Não há como ignorar, tanto no *common law* como no *civil law*, que uma mesma norma jurídica pode gerar diversas interpretações e, por conseqüência, variadas decisões judiciais. Todavia, o *common law*, certamente com a colaboração de um ambiente político e cultural propício, rapidamente intuiu que o juiz não poderia ser visto como mero revelador do direito costumeiro, chegando atribuir-lhe a função de criador do direito, enquanto o *civil law* permanece preso à ideia de que o juiz simplesmente atua a vontade do direito. De modo que o *common law* pôde facilmente vislumbrar que a certeza jurídica apenas poderia ser obtida mediante o *stare decisis*, ao passo que o *civil law*, por ainda estar encoberto a realidade, nos livros fala e ouve sobre a certeza jurídica na aplicação da lei, mas, em outro lugar, sente-se atordoado diante da desconfiança da população, além de envolto num emaranhado de regras que, de forma não sistemática, tentam dar alguma segurança e previsibilidade ao jurisdicionado. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.64.

A doutrina contemporânea tomou a ideia do pensamento do common law e afirmou: a certeza, segurança e/ou previsibilidade deve ser fornecida também por uma rede de precedentes, regida pelo *stare decisis*. Isso porque as decisões no direito brasileiro variam constantemente, trocando de sentido muitas vezes devido à convicções pessoais dos julgadores, que não devem qualquer respeito às decisões passadas, sob a justificativa de que isso interferiria em seu livre convencimento e em sua liberdade de julgar⁵⁷⁷.

A tutela jurisdicional é, de fato, um serviço ao jurisdicionado. Deve ser de pouca importância, por isso, a posição pessoal do juiz acerca da questão de direito – Marinoni acrescenta aqui: que difere da dos tribunais que lhe são superiores –, devendo ter real importância a diminuição de contradições de decisões divergentes a título de convicções. O julgador que deixa de prestar respeito à precedentes fere de forma ampla os pilares do *stare decisis*, emprestando a seu ato o caráter de arbitrário – que desconsidera os usuários do serviço jurisdicional –, e não um exercício de liberdade de convencimento e decisão.

Ademais, a doutrina contemporânea acerta em dizer que o juiz, junto ao poder de julgar que detém, possui o dever para com a instituição do Poder Judiciário e, sobretudo, ao cidadão. Esse dever consiste em manter a coerência do ordenamento, e não impor obstáculos contornáveis por diversos tipos de recursos, conduta esta violadora de diversos direitos fundamentais. Concordamos com tal assertiva. A doutrina contemporânea, nesse ponto, continua importando a sistemática da common law, defendendo que o juiz, em casos distintos, deve realizar o chamado *distinguished*, ou seja, diferenciar o caso atual daquele analisado pelo precedente. Existe outra situação que a doutrina contemporânea admite o afastamento do precedente, porém incorrendo, a nosso ver, em grave inconsistência: a hipótese de que o juiz pode deixar de decidir de acordo com seu próprio precedente⁵⁷⁸, quando detém justificativa para tanto – notadamente mediante fundamentação expondo os motivos de sua mudança⁵⁷⁹.

⁵⁷⁷ Trata-se de grosseiro mal entendido, decorrente da falta de compreensão de que a decisão é o resultado de um sistema e não algo construído de forma individualizada por um sujeito que pode fazer valer a sua vontade sobre todos que o rodeiam, e, assim, sobre o próprio sistema de que faz parte. Imaginar que o juiz tem o direito de julgar sem se submeter às suas próprias decisões e às dos tribunais superiores é não enxergar que o magistrado é uma peça no sistema de distribuição de justiça, e, mais do que isso, que este sistema não serve a ele, porém ao povo. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.64-65.

⁵⁷⁸ Não fica claro que essa possibilidade se dá apenas em relação aos precedentes horizontais ou se aplica também em relação aos precedentes verticais. Nossa interpretação é a de que Marinoni se referiu apenas aos precedentes horizontais, isto é, precedentes da própria instância julgadora.

⁵⁷⁹ Essa regra derivaria, Segundo Marinoni, do próprio texto constitucional, em seu artigo 93, inciso IX. Como é evidente, diante de casos distintos o juiz não precisa decidir de acordo com o tribunal superior ou em

A inconsistência reside primeiramente na questão do controle do poder do juiz e na garantia de imparcialidade⁵⁸⁰. Marinoni afirma ser ingênuo pensar que a fundamentação pode garantir imparcialidade, defendendo que esta deve ser garantida pela soma da fundamentação com a proibição de negar o seu passado⁵⁸¹. Como o juiz pode afastar o precedente se a ele é proibido nega-lo? A fundamentação teria pouco ou nenhum valor para a justificativa e legitimação das decisões, ao mesmo tempo em que poderiam ensejar a derrubada de precedentes. Ainda que isso forçasse o juiz a ter maior cautela em analisar as alegações antes de firmar a norma jurídica posta como precedente, há evidente contradição⁵⁸².

A doutrina contemporânea, entretanto, vai além nessa inconsistência, alegando ser impossível, por todas as razões discorridas até aqui, que um juiz ou tribunal estadual ou regional possa afastar precedente de tribunal superior⁵⁸³. Trata-se de uma nova pretensão de

conformidade com decisão que anteriormente proferiu. Cabe-lhe, nesta situação, realizar o que o *common law* conhece por *distinguished*, isto é, a diferenciação do caso que está para julgamento. Da mesma maneira, o juiz pode deixar de decidir de acordo com decisão que já prolatou, ainda que diante de caso similar, quando tem justificativa para tanto e desde que procedendo à devida fundamentação do motivo pelo qual está alterando a sua primitiva decisão. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.65-66.

⁵⁸⁰ Para que a parte possa ter garantia contra a parcialidade, pouco importa a fundamentação. Esta apenas pode constituir garantia de imparcialidade quando atrelada ao dever de o juiz manter coerência com o que já decidiu. Para se ter garantia, não basta obrigar o juiz a justificar as suas decisões – há que se impedir o juiz de decidir de forma arbitrária, o que significa impedi-lo de decidir casos iguais de forma diferente. A parte terá garantia de imparcialidade se o juiz for proibido de negar o seu passado; porém, pouco terá se ao juiz for imposto apenas o dever de fundamentação, abrindo-se a ele a oportunidade de justificar toda e qualquer decisão. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.175

⁵⁸¹ Se o juiz pode atribuir significados distintos à mesma norma, o juiz parcial está livre para decidir como lhe convier, bastando justificar as suas opções arbitrárias. Porém, quando está sujeito ao seu passado, isto é, ao que já decidiu, o juiz não pode, ainda que deseje, ser parcial ou arbitrário. Fica-lhe vedado decidir casos iguais segundo o rosto das partes. [...] Perceba-se que, com a proibição de negação das decisões passadas, garante-se a racionalidade da função jurisdicional e não somente a racionalidade interna da decisão. A imparcialidade do juiz, em outras palavras, não pode ser garantida pela racionalidade interna das decisões, mas apenas mediante a racionalidade do modo como o juiz exerce o poder jurisdicional. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.175.

⁵⁸² Justificativas várias para atribuições de diversos significados a uma mesma norma jurídica, muito longe de poderem legitimar o exercício da jurisdição, exclamam um poder incapaz de responder à sua própria razão de ser, que é a de, atribuindo significado, fazer valer o ordenamento jurídico de modo uniforme e coerente. Ademais, a ciência de que o precedente guiará as decisões futuras dá ao juiz maior responsabilidade ao firmá-lo. Nesta perspectiva, importa a maneira como o precedente poderá ser utilizado e manipulado, especialmente pelas partes. Para evitar injustiças futuras, o juiz deve refletir sobre as repercussões do precedente, o que, evidentemente, atribui-lhe maior responsabilidade ao decidir. Todavia, a necessidade de cautela em relação ao futuro faz com o que o juiz fique inibido de tratar o caso que no presente lhe é submetido de forma arbitrariamente diferenciada. Nesse sentido, o respeito aos precedentes também colabora para a garantia da imparcialidade. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.176.

⁵⁸³ Nesse sentido, Marinoni: o tribunal de origem apenas pode deixar de se retratar quando pode demonstrar que o precedente firmado não se aplica ao caso que deu origem ao acórdão recorrido. Portanto, o tribunal de origem não pode manter a sua posição após o Superior Tribunal de Justiça ter fixado entendimento diverso, pois os seus precedentes são obrigatórios em relação aos tribunais de justiça e regionais federais, cabendo apenas à Corte incumbida da uniformização da interpretação da lei federal o poder de revoga-los. Ou seja, a única possibilidade

cunho utópico, pois apenas transfere o paradigma, antes sobre o legislador burguês revolucionário, sobre os ministros do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça. A crença superada de que somente a lei seria suficiente para garantir a segurança e a certeza do direito é substituída por outra crença – superada a partir de agora – de que os precedentes dos tribunais superiores vistos como paradigmas absolutos de coerência, vedando os tribunais inferiores e juízes de interpreta-lo ou enfrenta-lo discursivamente, é um passo em direção ao retrocesso. O juiz, antes tido como um *boca-da-lei*, passa a ser um *boca-do-tribunal*. Ambas as visões levam, em última análise, a um sistema destituído de coerência, que acaba trazendo outras consequências funestas apontadas pela própria dogmática – mas presumidamente rechaçadas com as alegações de costume –, tais como: (a) obstáculo ao desenvolvimento do direito e ao surgimento de decisões adequadas às novas realidades sociais; (b) óbice à realização da isonomia substancial; (c) violação à separação dos poderes; (d) violação à independência dos juízes; (e) violação ao juiz natural; e (f) violação ao acesso à justiça, embora isso seja negado pelos eminentes juristas⁵⁸⁴.

Deve existir um fino equilíbrio entre a força dos precedentes e a força normativa de outras normas jurídicas, a saber, regras e princípios. Este fino equilíbrio pode ser alcançado – e aí está a nossa contribuição – por meio da eleição de um critério de medição da força normativa dos precedentes: (a) as *razões* presentes no discurso e a noção de *coerência*. Isso, somada à (b) nova compreensão do *stare decisis*, a (c) um novo desenho sobre a compreensão da norma jurídica do precedente e de (d) uma postura pragmática no campo de sua aplicação permite a construção de uma teoria sólida o suficiente para embasar um *pensar por precedentes*. Vejamos.

5.5.2. Considerações acerca de uma proposta de compreensão: as razões e a coerência

Coerência, na expressão dinâmica do direito, se relaciona à força do melhor argumento, das melhores razões. Essas razões contidas no precedente, talvez simplesmente por virtude da prática judicial dentro do sistema, são embutidas de autoridade de justificação da decisão: elas atribuem justificativas à decisão para compor o sistema. Uma segunda visão acerca da força normativa dos precedentes seria considerar como os precedentes ocupam um

de o tribunal de origem não se retratar é mediante o *distinguishing* do caso. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.499.

⁵⁸⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 190-212.

espaço importante na argumentação jurídica, notadamente quando eles ajudam a excluir certos argumentos do universo da determinabilidade jurídica. É óbvio que um precedente formalmente vinculante, tomando esta expressão já rechaçada, retira do arsenal algumas razões contrárias, porque reconhecidamente tido como norma jurídica. Mas mesmo os precedentes não formalmente vinculantes também compartilham desta mesma característica, vale dizer, sua força normativa amarrada à argumentação adjudicada, também tem o condão de retirar razões contrárias do *arsenal argumentativo*⁵⁸⁵. Daqui podemos tirar uma importante conclusão: precedentes são normas jurídicas de *adjudicação*, no sentido de que elas imbuem de força normativa as razões da tese vencedora. É possível também chamar tais normas de normas de *síntese*, na acepção dialética, visto que a adjudicação nem sempre é uma escolha binária, entre teses A e B, mas sim multicomplexa, com fusões e construções híbridas de vários argumentos que se entrelaçam.

Como podemos encontrar em passagens das obras de Habermas, Alexy e MacCormick, todas as espécies de razão prática, jurídicas ou morais, envolvem sopesamento e ponderação de uma série de fatores ao mesmo tempo. O direito, entretanto, impõe – e deve, até para amenizar as críticas expostas anteriormente – algumas restrições ao processo de sopesamento. Um modo de realizar tais imposições é postar – positivar – regras. A regra, *a priori*, impossibilita o recurso a certas ferramentas de argumentação, incluindo as próprias razões que justificaram sua inserção no ordenamento. Uma regra, portanto, pode funcionar como uma razão de um escalão superior que teria a capacidade de justificar o porquê de em alguns casos não fazer o que deveria ser feito à luz da totalidade de todas as razões, incluindo as de caráter moral⁵⁸⁶.

⁵⁸⁵ First and foremost, such precedent-based reasons, simply by virtue of judicial and other practices within the system, come to be taken as authoritative reasons for decision: as having justificatory status within the system. A second way to grasp the legal character of the normative bearing of precedents share an important property of all legal reasons, namely that they help to exclude some reasons from the universe of legal determinativeness. It is obvious that a formally binding, and so undoubtedly legal, precedent excludes at least some conflicting reasons for decision. Thus it excludes contrary substantive reasons, for example. But even non-formally binding precedent, such as a precedent in a civil law country that merely has force or provides further support, also shares the characteristic of legal reasons generally, namely that such precedent operates to exclude contrary reasons from consideration by the decision maker. PECZENIK, Aleksander. *The binding force of precedent*. In MacCORMICK, Neil. SUMMERS, Robert [orgs.]. *Interpreting precedents: a comparative study*. Lincolnshire: Dartmouth, 1997, p.469-470

⁵⁸⁶ All kinds of practical reasoning, legal and moral, involve weighing and balancing of several factors at the same time. Yet the law imposes some restrictions on this process of weighing. One way to achieve this result is to enact rules. The existence of a rule precludes recourse to certain kinds of relevant background reasons, including (usually) the very reasons that led to the introduction of the rule itself. A legal rule may thus work as a second-order reason which may justify in some cases not doing what ought to be done in the light of the totality of all moral reasons. PECZENIK, Aleksander. *The binding force of precedent*. In MacCORMICK,

O mesmo ocorre com os precedentes. Precedentes podem ser tidos como razões em outro patamar que excluem outras razões do arsenal da argumentação jurídica. Indo além, os precedentes não apenas excluem outras razões do processo de sopesamento e/ou ponderação, mas também adiciona novas razões a este processo, ou ao menos altera os *pesos* das razões envolvidas. Na aplicação de um precedente, ponderar e sopesar faz parte do esforço em encontrar um equilíbrio refletido entre o precedente, tido como marco inicial da argumentação e as outras razões aduzidas para a decisão presente. Este equilíbrio é a *coerência*, segundo MacCormick, e um aspecto dela, em nossa visão. Um aspecto dela porque a coerência também se constrói no momento da produção do precedente, talvez se respeitando – ao menos aproximadamente – as *condições ideais de discurso* de Habermas. Sem este ambiente de *agir comunicativo*, ao menos aproximado ou até mesmo fingido⁵⁸⁷, não se pode atribuir coerência ao precedente, o que, para Habermas, é retirar sua validade, ao passo que para nós é retirar sua força normativa. Não há também, como já é de se esperar, um regramento concreto que permita dizer o que é mais ou menos coerente⁵⁸⁸.

É difícil explicar, com precisão exata, o que é essa coerência. MacCormick, neste momento, defende uma *teoria da coerência normativa*, onde os princípios teriam o papel de amarrar as normas do ordenamento em um todo coerente. Princípios, por sua vez – e até pelo modelo de norma jurídica adotado, o semântico –, podem ser implícitos ou acessíveis apenas por resultado de um sopesamento ou ponderação. Da mesma forma, MacCormick defende que a descoberta e justificação – conceitos estes habermasianos – da norma jurídica do precedente consistem em uma atividade intelectual que envolve o sopesamento e

Neil.SUMMERS, Robert [orgs.]. *Interpreting precedents: a comparative study*. Lincolnshire: Dartmouth, 1997, p.472.

⁵⁸⁷ O ponto decisivo é que os interessados exijam argumentar de forma racional. Ao menos devem fingir que seus argumentos são constituídos de tal forma, que se encontram em condições ideais para obter o acordo de todos. As partes têm de sustentar suas pretensões de correção, ainda que por outras razões entendam necessária e conveniente uma decisão que lhes seja favorável. Se não o fizerem, não terão observado a *condição do jogo*. [...] Assim, convencendo-se o juiz dos argumentos que as partes simulam, adrede combinadas para ludibriá-lo, estará consumado o logro, o embuste. Por isso, Habermas inicialmente sugeria a possibilidade de um *agir estratégico parasitário do agir comunicativo*, do que o abuso de direito processual parece ser um bom exemplo. SOUZA, Luiz Sérgio Fernandes de. *Abuso de direito processual: uma teoria pragmática*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.376-383.

⁵⁸⁸ Precedents can be regarded as prima facie reasons for excluding many other reasons from legal argumentation. This point may be difficult to grasp, because the use of precedents not only excludes some reasons from the process of weighing and balancing, but also adds some new reasons to it, or at least shifts the weight of the reasons involved. In the application of a precedent, weighing and balancing implies and effort to achieve a 'reflective equilibrium' between the precedent norm taken as the starting point for argumentation and the other admissible reasons bearing on one's decision. This reflective equilibrium is a kind of coherence. PECZENIK, Aleksander. *The binding force of precedent*. In MacCORMICK, Neil.SUMMERS, Robert [orgs.]. *Interpreting precedents: a comparative study*. Lincolnshire: Dartmouth, 1997, p.470

ponderação de uma série de critérios de coerência⁵⁸⁹. Consolidando esta visão com a nossa, pode-se afirmar que os princípios trazem *coerência* em um momento anterior, ao passo que os precedentes o fazem posteriormente. Anterior e posterior aqui, vale dizer, ao momento da aplicação do direito.

Essa *coerência*, como pode ser depreendida do momento de aplicação do precedente, é uma *coerência diacrônica* do direito. O direito vigente, enquanto sistema vivo, muda continuamente, e uma interpretação nova, partindo ou não de um precedente, deve possuir respaldo no ordenamento e/ou em conceitos jurídicos – certa tradição jurídica –, ao mesmo tempo em que traz uma mudança nesta mesma tradição. Essa ideia é inspirada principalmente na *teoria da integridade* de Ronald Dworkin que, com sua noção de *narrativa*, descreve a funcionalidade da coerência no tempo⁵⁹⁰. Desta forma, o grau de coerência alcançado se dá na dependência de como a argumentação, a partir de materiais normativos (regras e princípios – que também compõem a dimensão de validade dos precedentes, como será defendido adiante –, dados fáticos, teorias, etc.), é justificada e explicada pelo ordenamento e pelo direito vigente, por quanto tempo tal justificativa ocorre e até onde esta justificativa contida na decisão é a que mais se aproxima ao *melhor direito* – critério também contido nesta *coerência*, agora chamada de *sincronizada*⁵⁹¹.

O que traz força normativa ao precedente, repetimos então, é sua força normativa, e esta está diretamente ligada à força da argumentação. A força dos precedentes, portanto, possui um caráter eminentemente *discursivo*.

As razões adjudicadas pelos precedentes são tidas pelo juízo aplicador como mais forte do que as outras, ainda que novas em relação aos precedentes. É dizer, o juiz segue o precedente produzido por uma Corte superior mesmo quando ele acredita que uma decisão

⁵⁸⁹ According to MacCormick's theory of normative coherence (a984, pp.235 ff), legal principles support and explain a number of legal rules and make them coherent. But such legal principles are often implicit, accessible as a result of weighing and balancing of other principles and particular judgements. Moreover, discovery and justification of an implicit precedent-based rule is an intellectual activity involving the weighing and balancing of several criteria of coherence. PECZENIK, Aleksander. *The binding force of precedent*. In MacCORMICK, Neil.SUMMERS, Robert [orgs.]. *Interpreting precedents: a comparative study*. Lincolnshire: Dartmouth, 1997, p.470.

⁵⁹⁰ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 2ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p.259-260.

⁵⁹¹ *Ceteris paribus*, the degree of diachronic coherence achieved through the practice of following precedent depends on how many of its actual components (rules, principles, particular judgments, data, theories and so on) are justified and explained by the legal tradition, how long a time the tradition covers and how much this justification approximates to the best balance of the criteria of synchronic coherence. PECZENIK, Aleksander. *The binding force of precedent*. In MacCORMICK, Neil.SUMMERS, Robert [orgs.]. *Interpreting precedents: a comparative study*. Lincolnshire: Dartmouth, 1997, p.471.

diferente seria mais pertinente levando-se em conta as razões em um universo global se a Corte superior não tivesse decidido da maneira que decidiu. Apenas razões especialmente mais fortes, entende MacCormick, teriam o condão de fazer o juiz aplicador levantar a questão sobre a possibilidade de desviar ou deixar de aplicar o precedente⁵⁹².

Como já se discorreu anteriormente, o grupo de estudos liderado por MacCormick, que produziu a clássica obra *Interpreting precedents: a comparative study* em 1997, entende interessante estudar e definir uma classificação dos *graus de normatividade* dos precedentes. A principal diferença que sustenta tal classificação, segundo nos parece, é a de que uma decisão que não segue os precedentes não formalmente vinculantes é objeto de críticas e pode ser revertida em grau de recurso, ao passo que a decisão que descumpre precedente formalmente vinculante é antijurídica – *unlawful* – e será revertida em grau de recurso. Existem, ainda, outras classificações com diferenças menores, como precedentes que *proven suporte*, por exemplo⁵⁹³.

Tais diferenças, então, suportariam a classificação de graus de normatividade que um precedente pode ostentar. Existe também, naquela concepção, a ideia de que uma decisão que não leva em conta a existência de precedentes vinculantes em sua fundamentação produz o chamado precedente *per incuriam*, que não possui qualquer valor como precedente propriamente dito, devendo ser eliminado do sistema⁵⁹⁴.

Retomando agora a classificação de MacCormick das razões derrotáveis e sopesáveis, cabe a questão: o que possui força normativa no precedente que é derrotável ou sopesável? Três situações devem ser de imediato levadas em consideração: (a) o caso contido no precedente em si; (b) a regra oriunda do precedente; e (c) o princípio oriundo do precedente.

Um importante ponto neste contexto, seguem MacCormick e os outros, é o que considera a força normativa e a racionalidade inserida no sistema de precedentes se pautam

⁵⁹² Following the precedents involves weighing and balancing, too, but it is simpler than weighing all the moral reasons would be. Only if there are particularly strong reasons indicating that the judge ought to give judgment in a way different from that indicated by the precedent(s) does the question arise of deviating from the precedent.

⁵⁹³ A diferença é que uma decisão que não segue essa espécie de precedente apenas poderia ter sido melhor justificada se o precedente fosse ao menos invocado.

⁵⁹⁴ One type of such exception recognizes in some common law systems is that, when a precedent-setting court decides a case *per incuriam*, that is in ignorance of relevant binding authority, the case has no normative bearing as a precedent whatsoever. In a sense, it is eliminated from the system and thus is defeasible in this more drastic sense. PECZENIK, Aleksander. *The binding force of precedent*. In MacCORMICK, Neil. SUMMERS, Robert [orgs.]. *Interpreting precedents: a comparative study*. Lincolnshire: Dartmouth, 1997, p.473.

pela analogia entre os casos. Casos análogos, é dizer, devem ser decididos da mesma maneira. Ainda que plausível, tal pensamento acarreta dificuldades teóricas. MacCormick e os outros afirmam neste momento que a analogia entre casos demanda a identificação da norma jurídica precedente, que pode ser, na opinião deles, *uma regra ou um princípio*. É correto afirmar, portanto, que MacCormick entende os precedentes como normas jurídicas, que podem ser tanto regras quanto princípios, diferentemente de Alexy que, ao que parece, entendia os precedentes apenas como regras.

Analogia entre casos requer uma conexão que não é senão a norma jurídica sob a qual se subsumam⁵⁹⁵. Tal norma deve existir previamente ou ser criada pelo intérprete, devendo apenas ser discernível. Ainda, a analogia aqui discurrida não seria transitiva, ou seja, ainda que um *Caso₁* seja similar ao *Caso₂*, e o *Caso₂* similar ao *Caso₃*, não quer dizer que o *Caso₁* tenha qualquer semelhança com o *Caso₃*⁵⁹⁶. Porém, ainda que esta norma fosse discernível, o escopo dela é fatalmente incerto. Então, é forçoso concluir que precedentes seriam aplicáveis por analogia apenas em casos cristalinamente semelhantes. Mas o que seria esta semelhança relevante? Sendo que até nestes casos é demandado um juízo de sopesamento de razões, os precedentes não são aplicados por analogia⁵⁹⁷.

Destarte, seguir precedentes, na opinião de juristas da *common law*, raramente consiste em um processo mecânico de subsunção de regras pré-existentes. Tem muito mais relação com sopesar e ponderar razões aliadas às regras ou princípios pré-existentes contidos em precedentes para a criação de novas regras ao caso de aplicação. Uma razão que reforça a necessidade de se decidir conforme o precedente é de ser considerada. Argumentos contrários a tanto podem prevalecer as vezes, e não é possível saber *a priori* quais são, mas que o resultado certamente não servirá apenas para resolver o caso mas também para confirmar ou modificar a norma jurídica precedente⁵⁹⁸.

⁵⁹⁵ PECZENIK, Aleksander. *The binding force of precedent*. In MacCORMICK, Neil. SUMMERS, Robert [orgs.]. *Interpreting precedents: a comparative study*. Lincolnshire: Dartmouth, 1997, p.474.

⁵⁹⁶ The logical side of this fact is the following: the relation of analogy between cases is not transitive; a Case, C₁, can be analogous to the case C in question, another case, C₂, analogous to C₁, without C₂ necessarily being analogous to C. Frändberg, 1973, p.150.

⁵⁹⁷ A incidência do precedente, então, não se dá por meio da analogia.

⁵⁹⁸ Following precedents is seldom a mechanical process of following pre-existent rules. It is rather like weighing and balancing of reasons, *inter alia* pre-existent precedent rules (or principles) in order to make new rules. A reason for deciding the new case like the old one is to be considered. Counter-arguments can prevail in some cases, and it is not known in advance which ones, albeit the result will almost always be not only to solve the case, but also to confirm or modify the precedent rule. PECZENIK, Aleksander. *The binding force of*

As relações entre os conceitos *derrotável* e *sopesável* podem ser, então, discorridas desta forma: (a) uma norma jurídica contida em um precedente – doravante *um precedente* – pode ser apenas *derrotável* e não *sopesável*. Nesta hipótese, o precedente é eliminado do direito vigente por um processo que não o sopesamento de razões; isso decorre na maioria das vezes por um aspecto formal e não substancial, como, por exemplo, a forma pela qual o precedente foi criado; (b) um precedente pode não ser nem *sopesável* e tampouco *derrotável*, o que significa que não pode ser derrubado nem por melhores razões nem por uma prática subsequente qualquer, cabendo apenas a saída de uma nova legislação. Aqui entram, notadamente, as decisões do Supremo Tribunal Federal que se posicionam pela inconstitucionalidade ou de não-recepção de determinado ato normativo, pois aqui há a retirada de validade do referido ato e, portanto, não há espaço para se aferir o peso ou a coerência da decisão. MacCormick e os outros entendem que tais decisões não constituem *precedentes*, justamente por não serem aplicáveis tais conceitos⁵⁹⁹.

Discordamos desta última assertiva. Isso porque ainda que não haja prática ou razões que possam trazer o ato normativo expurgado, o advento de uma nova legislação fatalmente traria à tona a questão da *transcendência dos motivos determinantes*, e tal decisão serviria como parâmetro argumentativo, é dizer, precedente.

Também, (c) o precedente pode conter norma jurídica não *derrotável*, mas apenas *sopesável*. Dependendo das circunstâncias de fato e de direito, mesmo que cedida diante de outras razões, o precedente não é eliminado do sistema e, então, poderá ser seguido em outro caso posterior, a não ser que novamente ocorram outras razões para não fazê-lo. No Brasil e em outros países da *civil law*, os tribunais inferiores exerciam a liberdade de se afastar do precedente posto por instância superior com a justificativa de que razões relevantes demandavam isso no caso concreto. Mesmo que preterido, os precedentes continuavam no direito vigente, a serem aplicados em casos posteriores, sendo privativo do tribunal que o produziu derrota-lo e retira-lo do sistema⁶⁰⁰.

precedent. In MacCORMICK, Neil. SUMMERS, Robert [orgs.]. *Interpreting precedents: a comparative study*. Lincolnshire: Dartmouth, 1997, p.475.

⁵⁹⁹ A judgment of a constitutional court setting aside a statute because of contrast with a constitutional provision is neither outweighable nor defeasible. But it is not a precedent in a proper sense, if this 'formal' effect is considered. PECZENIK, Aleksander. *The binding force of precedent*. In MacCORMICK, Neil. SUMMERS, Robert [orgs.]. *Interpreting precedents: a comparative study*. Lincolnshire: Dartmouth, 1997, p. 477

⁶⁰⁰ Depending on the circumstances, even if it has been outweighed in a case, it may not be eliminated from the system and, if so, should be followed in a still later case, unless outweighed by counter-arguments which occur in

Finalmente, (d) combinando esses conceitos com a aproximação dos níveis de regras e princípios referidos na teoria de Alexy, uma norma jurídica contida em um precedente pode ser tanto *derrotável* quanto *sopesável*. É dizer, um precedente deve ser aplicável nos casos futuros a não ser que seja sopesado em face de razões contrárias ou que seja derrotado por exceções reconhecidas ou ainda a serem reconhecidas, ou ainda, mais drasticamente, removido do sistema por se tratar de precedente *per incuriam*⁶⁰¹. Um caso novo em que se ocorre uma exceção ou restrição ao precedente, alega Peczenik, modifica a situação jurídica. Após a ponderação e a deliberação sobre a matéria em questão, o resultado de afastar o *precedenteregra* ou *princípio* constituirá, ele mesmo, outro precedente *regra* ou *princípio*, que incluirá uma exceção ao antigo. Na terminologia de Dworkin e Alexy, apenas princípios possuem a dimensão do peso. Então, os precedentes possuem uma dimensão do peso e uma dimensão da validade, princípios por detrás de regras. Aqui, Peczenik e MacCormick afirmam que as melhores razões são, portanto, princípios e, agora somado ao coro Alexy, que o resultado de um sopesamento é sempre uma regra, uma exceção posta em uma norma jurídica contida em um precedente que derroga o escopo do precedente antigo⁶⁰².

Alguns fatores tidos como relevantes para determinar o grau de normatividade/vinculação dos precedentes são, segundo doutrina do *common law*, em rol exemplificativo: a hierarquia do tribunal; a decisão foi tomada por uma das turmas ou do plenário; a *reputação* – e isso é muito interessante – do tribunal ou do membro que redigiu o voto; mudanças de cunho político, econômico ou social desde a criação do precedente; robustez da argumentação; idade do precedente; presença ou ausência de dissenso; ramo do

that case. PECZENIK, Aleksander. *The binding force of precedent*. In MacCORMICK, Neil. SUMMERS, Robert [orgs.]. *Interpreting precedents: a comparative study*. Lincolnshire: Dartmouth, 1997, p.477.

⁶⁰¹ O melhor seria dizer que tal precedente nunca teve coerência e, portanto, força normativa.

⁶⁰² A new case which brings about an ordinary exception or restriction to an existing precedent-based rule or principle changes the legal situation. After judicial weighing and deliberation about the matter and eventual decision, the result of the departure from precedent will be the creation of a new rule or principle which includes an exception to the old one. In the terminology proposed by Dworkin and Alexy, only principles [hence not cases and not rules] have the dimension of weight. In their terminology, therefore, that which outweighs and that which is outweighed is strictly the principle behind, respectively, the defeating and the defeated rule. An 'outweighing reason' has thus to be conceptualized as being like a principle, not like a rule. The result of outweighing is, on the other hand, always a rule, that is, an exception laid down in a new precedent-based rule that derogates from the scope of the old precedent-rule. Thus the creation of the exception is the same as the creation of a rule. PECZENIK, Aleksander. *The binding force of precedent*. In MacCORMICK, Neil. SUMMERS, Robert [orgs.]. *Interpreting precedents: a comparative study*. Lincolnshire: Dartmouth, 1997, p.476.

direito envolvido; como o precedente foi *aceito* em escritos acadêmicos; e os efeitos da mudança jurídica causados⁶⁰³.

É preciso voltar ao conceito de *coerência*. Se existe a noção comum de que há variações na vinculação⁶⁰⁴ dos precedentes e que o *stare decisis*, na verdade, visa fixar a supremacia dos precedentes – como um mandado de otimização ou princípio – mediante a adjudicação de melhores razões, deve-se concluir a seguinte afirmação, perigosa no atual contexto da doutrina brasileira: não há que se falar em efeito *vinculante* em precedentes, porque a força normativa dessas normas possui caráter discursivo, que estabelece a *coerência* e a validade do precedente no sentido habermasiano. A única exceção – a que estabelece efeito absolutamente vinculante – são as decisões do Supremo Tribunal Federal que, por inconstitucionalidade ou não recepção, retiram do ordenamento – e, por isso, sua validade – os atos normativos objetos daquelas ações, porém somente no que tange à discussão daqueles mesmos atos normativos. É dizer, uma vez retirado do ordenamento, não há como reinseri-lo pelo mesmo instrumento (não é possível ressuscitar ato normativo inconstitucional).

Coerência, destarte, é uma dimensão ostentada por algumas normas jurídicas, tendo uma composição *diacrônica*, é dizer, construída e alcançada em dois momentos distintos: o de sua *criação* e o de sua *aplicação*, sendo, portanto, cronologicamente manipulativa, pois o . A coerência, por derradeiro, é o rótulo que atesta a existência de força normativa destas normas, e é composta, sobretudo, por *razões*.

Partindo de uma análise sobre a concepção de *razões*, a própria noção de certeza e segurança deve ser modificada.

5.5.3. Considerações acerca de uma proposta de compreensão: stare decisis; certeza e segurança; responsabilidade argumentativa; precedentes como normas de adjudicação e uma filosofia dos precedentes.

A iniciativa de não se realizar a mera importação da produção estrangeira sobre temas jurídicos e jurídico-filosóficos, a importância de se contextualizarem criticamente as

⁶⁰³ PECZENIK, Aleksander. *The binding force of precedent*. In MacCORMICK, Neil. SUMMERS, Robert [orgs.]. *Interpreting precedents: a comparative study*. Lincolnshire: Dartmouth, 1997, p.477-478.

⁶⁰⁴ No doubt, formal bindingness may be regarded as a non-graded concept, like *pregnant*: a precedent is a formally binding or not, and it cannot be binding to a degree. However, in the common conceptual framework of our study, formal bindingness is treated, not as one side of a dichotomy, but as merely one type of bindingness. PECZENIK, Aleksander. *The binding force of precedent*. In MacCORMICK, Neil. SUMMERS, Robert [orgs.]. *Interpreting precedents: a comparative study*. Lincolnshire: Dartmouth, 1997, p.478.

ideias tratadas pelos juristas da *common law* nas atuais discussões afins existentes no direito brasileiro.

Apesar de ser contestável a utilidade de um estudo dos precedentes por meio de uma abordagem de cunho discursivo em um país periférico, que ainda não amadureceram Estados Democráticos de Direito por completo, é pela observância de critérios e objetivação de metas que podem tais Estados se pautarem para a persecução dos ideais institucionais da democracia, notadamente o das razões e dos procedimentos argumentativos dos níveis de debate (intersubjetivo e público).

A busca de um interesse comum – ou ao menos majoritário – de correção nas ações judiciais, normas, instituições, etc. caracteriza e fundamenta a validade das regras do discurso no estabelecimento de um Estado em que se tente fazer prevalecer o Direito. Embora a teoria adotada como base tenha sido desenvolvida no contexto europeu, as regras mais básicas de racionalidade e argumentação aplicam-se universalmente.

O discurso é o melhor critério para se aferir a força normativa dos precedentes. Não há sequer forma de vida humana sem que se formule uma afirmação seguida por uma justificação, ainda que esta seja decorrente apenas de uma tradição irrefletida – embora esta um dia fosse formulada discursivamente pela razão e determinada pela vontade humana.

Se há compreensão da afirmação, são compartilhadas regras lógicas pelos membros da sociedade, seja da lógica formal seja da lógica do discurso. Isso é então universal, o que, por si só, justifica o tratamento científico de teorias que busquem explicar e explicitar as regras da argumentação que se desenvolvem nos discursos práticos.

Evidentemente, os *consensos* tem conteúdo substancial em que se adentra a esfera semântica das assertivas, mas seus critérios são formais, onde a relevância das razões e da argumentação como ideia reguladora do discurso normativo real, em que não há sempre consensos, mas também incontáveis dissensos, justamente em virtude de o resultado do discurso pertencer apenas à esfera do *discursivamente possível* e não do *necessariamente correto*.

A segurança jurídica abandona a meta de garantir uma previsibilidade própria das ciências exatas – porém inexistente nas ciências humanas –, para dar lugar à relação de confiança e expectativa singular de que a tutela jurisdicional se dará pelo *melhor direito*, um

direito *racional* em sua acepção discursiva – uma concepção, portanto, de certo viés pragmático⁶⁰⁵. Isso porque a *verdade* – a adjudicação da tese vencedora pela decisão judicial – é historicamente construída, ou seja, é produção cultural contextualizada temporalmente. Não existe, mesmo nas ciências naturais há verdade inequívoca e incontestável, geradora de *segurança* a partir de uma única resposta que garanta a verdade, a qual dotaria de *cientificidade* o resultado. Também elas não são formadas segundo uma correspondência com a realidade, mas sim resultado de um *consenso fundado* mediante o cumprimento de *regras e critérios* que possibilitam a *justificação e comprovação* da premissa de que se parte. É isso que lhe confere *racionalidade, objetividade e universalidade*, e o predica de *status* de verdade e a cerca de *segurança*.

Esse caráter racional da argumentação pode ser alcançado por meio da construção de um procedimento pelo qual se ateste tal predicado. São imprescindíveis em um Estado Democrático de Direito as teorias da argumentação jurídica, de modo que – repetimos – possam estabelecer regramentos que permitam o trâmite legítimo do discurso especificamente jurídico e a que possam delimitar a força normativa dos precedentes, ou seja, a possibilidade e a validade de uma fundamentação racional do discurso jurídico⁶⁰⁶. Então, eleger as razões como critério de força normativa dos precedentes tem relevância para a solidez de um Estado Democrático de Direito, pois obriga tanto o magistrado produtor do precedente quanto o aplicador deste a utilizarem seu poder de forma racional, ou seja, mediante *responsabilidade argumentativa*. É o mais eficaz para se garantir a supremacia do *melhor direito*, com as decisões tanto políticas quanto jurídicas expressando o acordo que melhor satisfaz os interesses dos participantes do discurso, com a formação comum dos juízos mediante a ponderação daqueles interesses expressos em argumentos, respeitando-se a autonomia do outro.

Mas que regramentos são esses? A teoria estrutural das normas jurídicas de Alexy e Dworkin e Alexy e a teoria da argumentação deste último e de Habermas trazem

⁶⁰⁵ Enquanto concepção do direito, o pragmatismo não estipula quais, dentre essas diversas noções de uma boa comunidade, são bem fundadas ou atraentes. Estimula os juízes a decidir e a agir segundo seus próprios pontos de vista. Pressupõe que essa prática servirá melhor à comunidade – aproximando-a daquilo que realmente é uma sociedade imparcial, justa e feliz – do que qualquer outro programa alternativo que exija coerência com decisões já tomadas por outros juízes ou pela legislatura. DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 2ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p.186.

⁶⁰⁶ Esta é questão de primacial relevância para a cientificidade do direito, a qual é imprescindível para a solidez de um Estado Democrático de Direito. Apenas se caracterizam consensos racionais [e, dentro deles, o jurídico] aqueles passíveis de uma justificação discursiva segundo regras de argumentação. ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. 2ª edição. São Paulo: Landy, 2005, p.17

várias ideias, dentre elas a de *correção* das proposições, que pesquisam sobre a racionalidade do discurso jurídico e dos argumentos que o compõem em dois ângulos que se complementam: (a) formal, pelo qual se verifica a racionalidade procedimental discursiva, aferida pelo cumprimento de regras da lógica do discurso que, como pragmáticas, são argumentativamente desenvolvidas com vistas à correção; (b) material, através da análise crítica do *ethos*, adentrando-se, destarte, no *conteúdo* das normas direcionadoras do agir social⁶⁰⁷. É a asserção desse *conteúdo* que se apresentará como a *premissa material* de que parte a *procedimentalidade* da lógica do discurso. Daí a complementaridade do aspecto formal e material existente nele.

Como já dito, não é pela questão da materialidade ou da semântica do discurso que se interessa as teorias da argumentação em voga e o critério das razões, mas pela pergunta, sob o ponto de vista procedimental, de como pode ser o discurso prático e especificamente o jurídico fundamentado racionalmente, buscando-se a correção de seus enunciados regulativos. As teorias da argumentação jurídica de hoje contém em suas premissas as principais conquistas das teorias do discurso prático do século XX, quais sejam: a ética analítica de Stevenson; as regras do discurso de Wittgenstein, Austin, Hare, Toulmin e Baier; a teoria consensual da verdade de Habermas; a teoria da deliberação prática de Erlangen; e a teoria da argumentação de Perelman. A partir de uma crítica destas teorias hoje clássicas, notadamente a habermasiana, discriminam os regramentos que pautam esse discurso, ressaltando não serem taxativos nem conclusivos, podendo não ser suficientes ou, ao contrário, excessivas ou repetitivas. São elas as regras fundamentais; de razão; de carga de argumentação; de fundamentação; de transição; e o delineamento das formas de argumento do discurso prático, cuja uma das espécies é o jurídico.

Esse discurso é prático porque é voltado para o agir humano, sendo também normativo porque se busca sua orientação. Para que seja racional e não mera opinião, não é a determinação de meios para que se atinjam fins desejados – normas técnicas –, mas, do ponto de vista procedimental, a sua construção argumentativa de modo que se encontre o resultado correto. Isso foi visto no acoplamento do discurso de Habermas. Sua teoria mesmo defende que o discurso prático deve obedecer a regras que buscam a correção dos argumentos, é dizer, é correto o que é discursivamente racional – e essa é a concepção da teoria consensual da

⁶⁰⁷ LIMA VAZ, Henrique Claudio de. *Ética e direito*. São Paulo: Landy, 2002; e LIMA VAZ, Henrique Cláudio de. *Escritos de filosofia*. São Paulo: Loyola, 2000. Essas obras estudam a racionalidade do *ethos*, que não será trabalhada aqui.

verdade habermasiana, adotada por Alexy. O cumprimento dessas regras proporciona a racionalidade do discurso e é precisamente a racionalidade o que confere universalidade às conclusões obtidas consensualmente, e foi essa a ideia que este trabalho visa defender como critério apto a mensurar a força normativa de um precedente, pois a conclusão obtida consensualmente é, *mutatis mutandis*, obtida com a decisão judicial.

Com isso é que se refuta a concepção do positivismo tradicionalista de não cientificidade ou arbitrariedade das ciências normativas. Os juízos de valor são *positivados* pelo *deonthos* quando são inseridos no ordenamento através das normas princípio e tem sua verdade atingida argumentativamente, que nada mais é do que a validade para Habermas. É um equívoco, destarte, deduzir da existência e necessidade de *sopesamento* uma abertura indiscriminada para convicções morais subjetivas. Isso só ocorreria se não houvesse qualquer maneira de *objetivar* esses sopesamentos, o que não procede. A objetivação é possível numa apresentação sistemática de uma série de *condições, critérios* ou *regras*, a maioria das quais explicitadas por Habermas e Alexy no tocante à teoria do discurso prático geral e do discurso jurídico.

É dizer, a objetivação de consensos se dá argumentativamente, segundo regras do discurso, tornando-os corretos ou verdadeiros porque racionalmente fundados. Uma vez discursivamente fundamentados num espaço de discussão aceitável, o consenso, transplantado aqui como uma decisão judicial, possui força normativa e deve ser seguido pelo Judiciário. Os critérios criados pelas teorias da argumentação que analisam a correção das razões devem ser também utilizados – ao menos inicialmente – para se aferir a coerência e a força normativa dos precedentes⁶⁰⁸.

A produção científica brasileira no direito hoje propõe entusiasmada uma aceitação cega dos precedentes com a chamada eficácia vinculante, hoje globalmente espalhada sobre as decisões do Supremo Tribunal Federal, sem uma análise de como se deve produzir corretamente uma decisão judicial que será utilizada como paradigma para o futuro.

⁶⁰⁸ A vantagem da teoria do discurso está no fato de que suas regras, enquanto regras de argumentação prática racional, são substancialmente mais fáceis de serem fundamentadas que as regras morais materiais. Mas é necessário pagar um preço por isso: em si, o procedimento discursivo é compatível com resultados os mais variados. Embora haja resultados discursivamente impossíveis e discursivamente necessários, sempre sobra um amplo espaço para o discursivamente possível. Essa deficiência não pode ser sanada no nível da teoria moral. Para sana-la é necessário associar a teoria moral com a teoria do direito. Essa associação é possível no âmbito de um modelo procedimental em quatro níveis. Os quatro níveis do modelo são: o discurso prático geral; o processo legislativo; o discurso jurídico; e o processo judicial. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p.543.

A verdade judicial defendida pela dogmática é de cunho aristotélico, considerando a verdade como a correspondência da decisão ao Supremo, fundada em hierarquia e outros motivos já expressos. Desconsidera que o próprio conceito filosófico de verdade consiste em algo *construído discursivamente*, uma *produção cultural* humana. É subordinada, assim, à *refutabilidade*, conforme o pensamento de Karl Popper, a qual é necessariamente inerente à ciência, sob pena de suas conclusões tornarem-se dogmas e, portanto, inquestionáveis.

Isso quer dizer que a verdade assumida em dado momento pode ser negada ou superada em seguida, com a elaboração de uma nova verdade sobre aquele tema, o que lhe confere caráter de *provisoriedade*. Essa posição filosófica, somada à postura pragmática desenvolvida neste trabalho, é o que embasa nossa contribuição para uma teoria sobre a força normativa dos precedentes.

É claro que não há uma crença ingênua na concepção da existência da racionalidade apenas quando do cumprimento de todas as regras do discurso por todos os participantes. Essa é a situação ideal de fala, o espaço ideal de discurso que, já por ser ideal, não é real. Além de nem todos serem os participantes do discurso, da intelecção da norma não decorre necessariamente sua *observância*, em virtude mesmo da *liberdade* humana de pensar e agir. A pretensão com uma abordagem pragmática-discursiva sobre um pensar por precedentes, com formulação de regras e de uma lógica do discurso, é a *objetivação de critérios de racionalidade*, e somente esses obtidos por uma busca de *condições ideais de correção*. Para ser *racional* ou *correto*, não se faz necessário que o enunciado normativo preencha de forma exata e integral todos os regramentos do discurso, mesmo porque algumas delas apenas são possíveis se aproximadamente cumpridas, mas é com o estabelecimento dessas regras que se fornecem critérios pelos quais se é possível pautar a fundamentação do *discurso práticojurídico* que, quanto melhor cumpridos, mais *racional* ou *correta* será o discurso da decisão judicial.

É ilusória a ideia de que os precedentes postos pelos tribunais superiores são absolutamente vinculantes, pois tal noção se ampara numa relação estéril e empobrecida que mistura autoridade/hierarquia com uma visão da tutela jurisdicional como um bem de consumo – um direito dos consumidores –, com os precedentes servindo como instrumentos de padronização rápida e atendimento ao cliente – uma *única resposta correta*⁶⁰⁹. Por mais

⁶⁰⁹ Já discorremos anteriormente sobre esta ideia, presente em Dworkin.

que existam direitos fundamentais que garantam a celeridade e a razoável duração do processo, não se permite pensar em um sistema de precedentes que potencialmente detém o poder de estratificar o direito baseado somente nesta noção deficiente. Não obstante ilusória, entretanto, a ideia de uma única resposta correta avançou ao excluir ao menos os argumentos irracionais do discurso – ou discursivamente impossíveis – por serem contrários às regras do discurso, bem como determinar os argumentos discursivamente necessários por exigências desses regramentos. O amplo espaço restante permanece como discursivamente possível, ou seja, podem ocorrer – e reiteradamente ocorre – resultados diferentes. A abordagem procedimental não se ocupa do conteúdo das premissas de que se parte, seara esta já da materialidade do discurso, faticamente elaboradas a partir do *ethos* social. Entretanto, o que a ótica discursiva almeja é que a discussão, independente do material normativo – ou enunciados normativos – seja formalmente ou procedimentalmente racional, fornecendo, para isso, critérios de correção, que viabilizam a exclusão de fundamentações destituídas de racionalidade e a aproximação ao ideal que funciona como parâmetro para a facticidade⁶¹⁰.

Vale dizer que as fundamentações em geral devem ser justificadas até serem aceitas pelos demais – nos moldes do princípio da inércia de Perelman – sendo os participantes do discurso obrigados a darem mais argumentos para sua afirmativa à medida que venham contra-argumentos, um dos regramentos da carga de argumentação. Permitir o contrário seria admitir uma fundamentação *ad infinitum* que inviabiliza o discurso e pressupõe que nenhum conhecimento já é consolidado, que nenhum enunciado no âmbito de um discurso prático já foi consensualmente determinado como verdadeiro ou correto⁶¹¹. No caso específico do discurso jurídico, os enunciados são as decisões judiciais, os precedentes.

⁶¹⁰ Apesar da inumerabilidade dos argumentos que podem ser trazidos para o discurso, para que obedeçam as regras do discurso, suas afirmações devem ser fundamentadas de modo a se demonstrar argumentativamente sua racionalidade. Para que se obtenha o máximo de racionalidade no resultado consensualmente estabelecido, são necessárias, dentre outras as seguintes regras: 1) qualquer um pode tomar parte no discurso, introduzir e problematizar qualquer asserção (Habermas, princípio da concreção); 2) se o falante aplicar um predicado a determinado objeto, deve aplica-lo também a qualquer outro objeto semelhante nos aspectos essenciais (Habermas, princípio da universalidade, expresso no direito tanto pelo princípio da isonomia quanto pela analogia como método de integração do ordenamento jurídico); 3) o falante não pode se contradizer (princípio da não-contradição tanto da lógica formal – envolvendo então o princípio da identidade e do terceiro excluído – quanto da lógica do discurso, determinando a não-contradição performativa); 4) o falante só pode afirmar aquilo que ele mesmo acredita (Habermas, pretensão de veracidade); 5) o falante não pode usar a mesma expressão que outros falantes com significados diferentes (Habermas, pretensão de inteligibilidade); o falante deve fundamentar o que afirma se lhe for pedido (regra geral da fundamentação). ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. 2ª edição. São Paulo: Landy, 2005, p.20-21.

⁶¹¹ ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. 3ª edição. São Paulo: Landy, 2003, p.164-165

Em outro ângulo, a teoria consensual da verdade, sendo pragmática-discursiva, irá levantar as condições de possibilidade e validade das assertivas, sob pena de não haver fundamentação e, outra vez, dogma. E em razão da pretensão de concreção, percebe-se que essa tem como condição de possibilidade os princípios da igualdade e da liberdade, que não são princípios lógicos, isto é, procedimentais, mas materiais, reconhecendo todos os participantes como seres iguais em um espaço de liberdade. Se eles possuem conteúdo, então são argumentos que precisam ser validados por si só, recaindo na circularidade de uma argumentação *ad infinitum*: no discurso se fundamentam argumentos, mas o próprio discurso deve ter sua possibilidade fundamentada por argumentos que se pretende validar. A teoria consensual da verdade, contida dentro das teorias da argumentação, tem sua condição tanto de possibilidade quanto de validade. Daí poder ela ser utilizada para se firmar a dimensão da coerência nos precedentes.

É claro que, repetimos, a institucionalização da liberdade e igualdade não precisa ser perfeita para que se possa criar um espaço de discurso e introduzir ou contestar assertivas, até porque a democracia é um regime que se desenvolve e se consolida em seu exercício – por instrução formal ou formação ética⁶¹² –, e não apenas quando alcançado um patamar ou na atribuição de um rótulo⁶¹³.

A proposta do presente trabalho é propor como podem os precedentes ser fundamentados racionalmente, satisfazendo a pretensão de correção indispensável à validade do discurso. O caminho, entendemos, passa por uma abordagem pragmática-discursiva dos momentos de produção e aplicação dessas normas jurídicas: o discurso jurídico é *prático* por ser constituído de enunciados normativos; é *racional* por estar submetida à pretensão de correção discursivamente obtida; é especial por se subordinar a condições limitadoras ausentes no discurso prático racional geral – notadamente a lei, a dogmática e os precedentes. Tais condições reduzem o campo do *discursivamente possível* à medida que delimitam mais precisamente de quais premissas devem partir os participantes do discurso, fixando ainda

⁶¹² TOLEDO, Cláudia. *Direito adquirido e estado democrático de direito*. São Paulo: Landy, 2003; e BROCHADO, Mariá. *Consciência moral, consciência jurídica*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

⁶¹³ A relação entre a capacidade intelectual do cidadão e sua participação no discurso público não é exigida por normas constitucionais, mas é necessariamente existente por ser condição de possibilidade do Estado Democrático de Direito, Estado que eles mesmos construíram mediante a elaboração de sua Constituição e cujo aperfeiçoamento a eles cabe através do discurso que, com a busca de um controle racional, aproxima-o da correção. [...] O que há é um processo de implementação crescente da democracia, através do direito, e, portanto, da liberdade e da igualdade, porque foi esse próprio povo “não-instruído” ou alienado (no sentido filosófico) que teve a capacidade de criar e iniciar a formação do Estado Democrático de Direito. ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. 2ª edição. São Paulo: Landy, 2005, p.22.

todas as *etapas* da argumentação jurídica mediante as formas e regramentos dos argumentos jurídicos.

A força normativa dos precedentes regulada pelo discurso jurídico é consequência da existência do próprio Estado de Direito. A racionalidade e a universalidade proporcionam, no discurso jurídico, a legitimidade da legislação e a controlabilidade das decisões judiciais, o que favorece também a *imparcialidade* do discurso, e não meramente seguir precedentes de tribunais superiores apenas por razões de hierarquia. Isso é indispensável para a *democracia* e solidez do Estado de Direito, garantindo que o uso do poder jurisdicional, fortíssimo por sua natureza, seja realizado apenas mediante a utilização de razões, seja na produção ou na aplicação do precedente, o que reduz a corrupção sistêmica e a ocorrência de decisões amparadas por interesses extrajurídicos. É dizer, portanto, que a abordagem discursiva garante a supremacia do *melhor direito*, satisfazendo-se a exigência de consistência da decisão jurídica e promovendo sua *controlabilidade*, indispensável à legalidade e legitimidade esperadas de um Estado de Democrático de Direito.

Assim, esta exposição pauta a demonstração da viabilidade de um *discurso racional na fundamentação jurídica*, critério apto a atribuir os precedentes judiciais de eficaz força normativa, fundada na *procedimentalidade* com a formulação de regramentos discursivos. Essa postura contém sentidos dados pela filosofia da linguagem, ou seja, um sentido linguístico-pragmático.

Cabe aqui discorrer agora sobre o pragmatismo. Se levarmos em conta apenas o aspecto semântico demonstrado, teremos em mãos apenas uma caricatura da prática do direito. O pragmatismo em sua completa desenvoltura deixa o destino das decisões nas mãos das convicções interpretativas do juiz ou corpo de juízes que julgará o caso. Se existir, no caso concreto, um juiz que ainda não refletiu sobre a questão da interpretação, ele deverá exercer tal juízo, com o auxílio das partes, estas que apresentarão razões que, por sua vez, lutarão pela adjudicação como tese vencedora pela decisão judicial. De qualquer forma, contudo, o pragmatismo defende que as interpretações dos juízes são fundadas em suas próprias convicções, e essas convicções são inevitavelmente diferentes entre os juízes, pelo menos quanto aos detalhes⁶¹⁴.

⁶¹⁴ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 2ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p.109.

Apesar disso, entretanto, existe uma variada gama de forças nos sistemas sociais que visam atenuar essas diferenças, almejando – ou até conspirando – para uma convergência. Todo meio social tem seus paradigmas de direito, paradigmas que se contestados acarretam em uma indesejável suspeita de corrupção ou ignorância sobre o contestador⁶¹⁵. Uma dessas forças sociais é a prática de respeitar precedentes. Dworkin por exemplo retrata corretamente que nenhum juiz pode ignorá-la totalmente em sua interpretação, e é convergente. As interpretações de cada juiz sobre o que realmente significa o julgar irão incorporar por referência os entendimentos adjudicados nos precedentes, ou seja, a confirmação das suas ou outras interpretações correntes naquele dado espaço e tempo. Realmente, os juízes se encontram imersos em um meio social, e todos esses fatores, conservadores por natureza, exercem uma força exaustiva de vácuo pela uniformidade⁶¹⁶.

Especificamente em relação à prática de seguir precedentes, o direito brasileiro clássico errou em ignorá-la como um fator de unificação e socialização ao lado da lei, esta sim legitimada pelo povo a prover segurança e certeza *per se*. Admitir força ao direito produzido pelos juízes seria violar a clássica tripartição dos poderes e apenas uma interpretação seria paulatinamente admitida. No entanto, é erro tão ou mais perigoso quanto este último adotar a postura da dogmática processual e constitucional contemporânea, que exagera sua força. A interpretação é um instrumento que paradoxalmente promove e ao mesmo tempo resiste à convergência e, especialmente nos *hard cases*, as forças combatentes são particularmente fortes, recheada de interpretações e ideologias. E isso não é *indesejável*. O direito ganha em legitimidade e poder quando se sensibiliza perante choques intelectuais. É óbvio que sequer haveria um direito que pudesse ser levado a sério se os milhares de interpretações divergissem excessivamente em um dado espaço e tempo, mas pregar tais moldes de vinculação ao precedente fatalmente ensejaria o engessamento do pensamento e do próprio fenômeno

⁶¹⁵ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 2ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p.110. Exemplos interessantes encontrados na mídia: o entendimento pela inconstitucionalidade da Lei Maria da Penha porque “Jesus Cristo era homem” e a rejeição da queixa-crime proposta pelo jogador Richarlysson, alvo de xingamentos de índole sexual, pela razão de “futebol ser jogo viril, varonil”.

⁶¹⁶ Contudo, as influências que levam mais poderosamente à convergência são inerentes à natureza da interpretação. A prática do precedente, que nenhum juiz pode ignorar totalmente em sua interpretação, pressiona pelo acordo; as teorias de cada juiz sobre o que realmente significa julgar vão incorporar por referência, mediante qualquer explicação e reelaboração do precedente em que ele se fundamente, aspectos de outras interpretações correntes na época. Além disso, os juízes refletem sobre o direito no âmbito da sociedade, e não fora dela; o meio intelectual de modo geral, assim como a linguagem comum que reflete e protege esse meio, exerce restrições práticas sobre a idiossincrasia e restrições conceituais sobre a imaginação. O inevitável conservadorismo do ensino jurídico formal, e do processo de selecionar juristas para as tarefas judiciais e administrativas, aumenta a pressão centrípeta. ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. 2ª edição. São Paulo: Landy, 2005, p.110.

jurídico, transformando os juízes em *bocas-de-Ministros*, meros prestadores de homenagens⁶¹⁷.

Isso porque o direito e sua cultura – talvez todo fenômeno social – se desenvolve por crises e estabilizações ou inércia da produção intelectual. Algumas ideias, soluções e interpretações são fortemente incorporadas em determinadas épocas, chegando muitas vezes a serem tidas como estabelecidas, ao passo que outras são alvo de intenso debate. Tal caminhar se dá por padrões de acordo e desacordo, sempre temporários. O que é incontestável em um lugar e tempo passa a ser contestado: novas teses ou mutações de teses são desenvolvidas, e são logo absorvidas por minorias ditas progressivas⁶¹⁸. Paradigmas são rompidos, surgindo outros em seu lugar, numa relação de canibalismo. Esse é o retrato da história do conhecimento⁶¹⁹.

O pragmatismo nega– enquanto concepção cética que é – a existência de segurança ao se seguir precedentes com base em uma suposta coerência com outras decisões políticas tomadas no passado. Para esta concepção, os juízes devem decidir da melhor forma que lhes pareçam melhor para a sociedade, desconsiderando a coerência. Assim, o pragmatismo em sua escala completa não admite a ideia de direitos e pretensões juridicamente tutelados, admitindo-se tão somente que os juízes fingem que as pessoas detêm alguns direitos⁶²⁰.

⁶¹⁷ Seria um erro ignorar esses diversos fatores de unificação e socialização, mas um erro ainda mais insidioso e perigoso exagerar sua força. A dinâmica da interpretação resiste à convergência ao mesmo tempo em que a promove, e as forças centrípetas são particularmente fortes ali onde as comunidades profissional e leiga se dividem com relação à justiça. Juízes diferentes pertencem a tradições políticas diferentes e antagônicas, e a lâmina das interpretações de diferentes juízes será afiada por diferentes ideologias. Tampouco isso é deplorável. Ao contrário, o direito ganha em poder quando se mostra sensível às fricções e tensões de suas fontes intelectuais. O direito naufragaria se as várias teorias interpretativas em jogo no tribunal e na sala de aula divergissem excessivamente em qualquer geração. Talvez um senso coletivo desse perigo proporcione ainda outra razão para que assim não seja. Mas o direito estagnaria, acabaria naufragando de um modo diferente, se caísse no tradicionalismo que imaginei como o destino último da cortesia. ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. 2ª edição. São Paulo: Landy, 2005, p.110-111.

⁶¹⁸ Contudo, esse padrão de acordo e desacordo é temporário. De repente, o que parecia incontestável é contestado; uma nova interpretação – ou mesmo uma interpretação radical – de uma parte importante da aplicação do direito é desenvolvida por alguém em seu gabinete de trabalho, vendo-se logo aceita por uma minoria “progressista”. Os paradigmas são rompidos, e surgem novos paradigmas. São esses os diversos elementos de nossa nova imagem da jurisdição, em corte transversal e ao longo do tempo. DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 2ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p.112.

⁶¹⁹ Verificar nota de rodapé n. 143.

⁶²⁰ Nessa perspectiva, o direito de uma comunidade é o sistema de direitos e responsabilidade que respondem a esse complexo padrão: autorizam a coerção porque decorre de decisões anteriores do tipo adequado. São, portanto, direitos e responsabilidades “jurídicas” [...] As concepções do direito aprimoram a interpretação inicial e consensual que, como sugeri há pouco, proporciona nosso conceito de direito. Cada concepção oferece as

A coerção é justificada apenas pela justiça, ou ao menos em alguma outra virtude a ser contida na própria decisão, e não por uma suposta coerência pela coerência com o passado. A postura pragmática defende que as decisões judiciais tomadas neste sentido serão as melhores para o futuro da comunidade.

O pragmatismo não estipula o que é algo melhor para o futuro da comunidade, nem denota qualquer alternativa de um espaço de variadas noções. Simplesmente defende que o critério de decisão *o que for melhor para o futuro* é mais forte do que qualquer observância de decisões políticas do passado. O pragmatismo, conforme já dito, nega que as pessoas tenham quaisquer direitos, nunca será admitido que uma pessoa possa ter direito a algo que seria pior para o coletivo apenas porque uma legislação foi posta ou porque vários juízes no passado decidiram que outras pessoas tinham esse direito.

Mas será que os operadores do direito podem reconhecer abertamente essa postura pragmática? O pragmatismo em sua sofisticação admite que os juízes finjam que as pessoas tenham de fato algum direito, tentando encontrar algum equilíbrio entre a previsibilidade necessária para proteger as valiosas instituições do Estado de Direito e a flexibilidade necessária a si mesmo para aperfeiçoar o direito através de suas atividades de judicatura. Qualquer estratégia para aplicar o *ótimo pragmaticista* é válida, ampliando ou reduzindo o alcance de direitos à medida que a experiência aperfeiçoasse essas estratégias. Nesta situação, os juízes listam direitos *como se* eles de fato existissem, tipicamente os direitos conferidos pela legislação e os direitos postos por precedentes, mas, certamente, não incluiria todos eles. No ideal pragmaticista os juízes mantem o poder de rejeitar decisões judiciais do passado se estas fossem irrefletidas. Desta forma, o pragmatismo adota uma

respostas relacionadas a três perguntas colocadas pelo conceito. Primeiro, justifica-se o suposto elo entre o direito e a coerção? Faz algum sentido exigir que a força pública seja usada somente em conformidade com os direitos e responsabilidades que “decorrem” de decisões políticas anteriores? Segundo, se tal sentido existe, qual é ele? Terceiro, que leitura de “decorrer” – que noção de coerência com decisões precedentes – é a mais apropriada? A resposta que uma concepção dá a essa terceira pergunta determina os direitos e responsabilidades jurídicos concretos que reconhece. [...] Do ponto de vista da minha sugestão conceitual, o pragmatismo jurídico é uma concepção cética do direito. Responde negativamente à primeira pergunta que coloquei: nega que uma comunidade assegure alguma vantagem real ao exigir que as decisões de um juiz sejam verificadas por qualquer suposto direito dos litigantes à coerência com outras decisões políticas tomadas no passado. Oferece uma interpretação muito diferente de nossa prática jurídica: que os juízes tomam e devem tomar quaisquer decisões que lhes pareçam melhores para o futuro da comunidade, ignorando qualquer forma de coerência com o passado como algo que tenha valor por si mesmo. Assim, estritamente falando, o pragmatismo rejeita a ideia de direito e de pretensões juridicamente protegidas por mim desenvolvida em minha apresentação do conceito de direito, ainda que, como veremos, insista em que as razões de estratégia exigem que os juízes às vezes atuem “como se” as pessoas tivessem alguns direitos. DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 2ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p.117-119.

natural composição mitigada de respeito à lei e aos precedentes⁶²¹, ousando até onde a comunidade não esteja totalmente preparada para aceitar sua doutrina da obsolescência⁶²².

A postura pragmática não é completamente acatada por nossa concepção. Isso porque nossa concepção é *favorável* aos precedentes, reconhecendo-os como fontes do direito, i.e. normas jurídicas, e os efeitos benéficos ao sistema jurídico trazidos pela concepção do *stare decisis*. Esta concepção, é verdade, foi reformulada, abarcando a ideia de que certeza e segurança jurídica não é previsibilidade de resultados, mas sim a expectativa de que o melhor direito será adjudicado. Diante disso, é fácil perceber que nossa concepção de *stare decisis* conota a ideia de *responsabilidade argumentativa*. Pauta-se, como afirmado anteriormente, na demonstração de viabilidade de se conceber a força normativa dos precedentes por um discurso racional na fundamentação jurídica, ou seja, é fundada na procedimentalidade com a formulação lógica das regras discursivas, numa simbiose semelhante à dada pela filosofia da linguagem em sua revolução linguístico-pragmática.

Linguístico-pragmática porque as razões tem índole prática, voltada para a ação prescritiva *a posteriori* – e não *a priori*, como sustentava Kant – numa dimensão pragmática da linguagem dos atos de fala em seu aspecto ilocucionário. A razão prática ou comunicativa representa a racionalidade para o *agir*, e tal racionalidade se desenvolve procedimentalmente no discurso, abrangendo deste modo tanto a esfera das relações intersubjetivas quanto do sujeito. Por isso nossa abordagem pode ostentar uma postura dita pragmática-discursiva.

⁶²¹ Não obstante, um pragmático sofisticado poderia ser tentado, por razões que consideraria totalmente respeitáveis, a disfarçar essas atenuantes. Poderia achar melhor, às vezes, simular a aplicação de uma lei antiga ou obsoleta, ou de um precedente malicioso e tolo, quando na verdade os estaria ignorando. Nesse caso, poderia apresentar sua decisão como uma surpreendente “interpretação” da lei ou do precedente, quando na verdade não se trata disso. Um pragmático consumado consideraria a questão de disfarçar ou não (e em que medida) sua decisão real desse modo, simplesmente como mais uma questão de estratégia. Estará a comunidade tão ansiosa de que seus juízes não se comportem como pragmáticos, que essa “nobre mentira” o ajudará a melhor servir a seus verdadeiros interesses a longo prazo: ou as pessoas descobrirão a mentira e ficarão menos dispostas a aceitar suas decisões e deixar-se conduzir-se por elas do que se ele tivesse se mostrado mais franco já desde o início? DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 2ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p.189.

⁶²² Será que os juízes e juristas reconhecem os direitos principalmente em circunstâncias que poderiam ser explicadas em bases pragmáticas? Devemos nos perguntar qual estratégia adotaria um juiz conscientemente pragmático e sofisticado ao fingir que as pessoas tem direitos legais. Ele tentaria encontrar o exato equilíbrio entre a previsibilidade necessária para proteger as valiosas instituições da legislação e do precedente e a flexibilidade necessária a si mesmo, e a outros juízes, para aperfeiçoar o direito através do que fazem no tribunal. [...] Em termos gerais, reconheceria como direitos do tipo *como se* aqueles declarados por outros juízes em decisões anteriores, mas, de novo, não incluiria todas essas decisões. Pensaria que os juízes devem manter o poder de rejeitar decisões judiciais do passado, se estas fossem especialmente irrefletidas, mesmo que suficientemente claras para fornecer uma linha de conduta aos litigantes. Assim, uma bem fundada estratégia *como se* produziria uma doutrina atenuada de respeito às leis e aos precedentes. DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 2ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 188-189.

Assim, a pretensão de correção no discurso jurídico não diz respeito à exigência de racionalidade do ponto de vista material, conteudístico das asserções jurídicas tomadas como razões e premissas, limitando-se à análise do caráter racional do ordenamento jurídico vigente sob o prisma discursivo, com controle *procedimental* das regras da argumentação prática racional. A dimensão da *coerência* é composta, portanto, de razões jurídicas enunciadas formalmente racionais e também racionais no contexto do direito vigente – precisamente a teoria do discurso jurídico –, que é adotada neste momento, não obstante não isenta de críticas⁶²³.

É com base nesta postura que se adotou a teoria da estrutura das normas jurídicas de Dworkin/Alexy como premissa teórica de nossa contribuição, pois as regras de interpretação e justificação ali contidas corroboram que as decisões judiciais visam determinar direitos *definitivos* a partir dos *prima facie* assegurados muitas vezes por normas jurídicas estruturadas em princípios que, por sua vez, são apresentadas como *mandamentos de otimização* que podem ser concretizados em diferentes graus de acordo com o *peso* atribuídos pelas circunstâncias fáticas e jurídicas em um determinado caso concreto, pelo que terá *precedência condicionada* e nunca *absoluta*. Essa precedência sempre se dará mediante a utilização da máxima da proporcionalidade, analisando-se as circunstâncias fáticas e jurídicas por meio dos exames da *adequação, necessidade e ponderação*⁶²⁴. Os precedentes são normas

⁶²³ Apesar de existirem críticas interessantes, não trataremos disto neste trabalho. Contudo, registra-se um trecho de Alexy: há a crítica de que a teoria da argumentação jurídica não se aplicaria ao Direito no momento do *processo judicial*, pois os falantes não se encontram em posição homóloga, já que cabe ao juiz a decisão sobre o que é justo (correto) a partir dos argumentos trazidos por cada uma das partes. Contudo, a homologia *factual* entre os participantes não é *condição de possibilidade do discurso*. A posição de igualdade *fática* entre os participantes do discurso não possui relevância para a teoriada argumentação ou para a teoria do discurso. O que se exige é que se possa *argumentar racionalmente* e a situação concreta de uma *hierarquia* empírica (o fato de ser juridicamente determinada não retira a empiria do direito vigente) entre os falantes não afeta a racionalidade do discurso no sentido do alcance da *verdade* ou da *correção*. Caso contrário, não seria possível haver argumentação entre empregadores e empregados, professores e alunos, etc.

Outra crítica é a de que o *agir estratégico* invalida a teoria da argumentação, que é fundada no argumento pragmático-transcendental. Ocorre que no *campo da fala*, há a distinção entre a validade *subjética* da ação (motivação) e validade *objetiva* (conduta externa). Esta objeção refere-se apenas à força *motivacional* do argumento pragmático-transcendental e o simples fato de o indivíduo poder agir *como se* aceitasse as regras do discurso evidencia que o argumento pragmático transcendental está em condição de fundamentar a validade *objetiva* ou *institucional* das regras do discurso, o que é uma conquista no sentido da *democracia*, do Direito e da controlabilidade das decisões. Isso torna as regras do discurso *factuais, efetivas* e não meras divagações acadêmicas sem qualquer possibilidade de realização ou relevância para além do reduzido círculo dos debates filosóficos, afastados dos problemas presentes e prementes da concretude da vida social. A *ciência* dessas regras gera a *cobrança* pelo seu cumprimento, tornando possível a *legitimidade do direito* e a *retidão do poder público* em suas três esferas. ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. 2ª edição. São Paulo: Landy, 2005, p.28-29.

⁶²⁴ É com base neste direito posto que a argumentação jusfundamental, especialmente com as formas e regras da interpretação na justificação externa, chega ao seu objetivo: a determinação de direitos definitivos a partir dos direitos *prima facie* assegurados pela declaração *principiológica* dos direitos fundamentais. Isso porque os princípios jurídicos apresentam-se como mandamentos de otimização passíveis de cumprimento em diferentes

jurídicas que, portanto, trazem uma *adjudicação* das normas vencedoras, e esta *adjudicação* deve ter sido realizada mediante regras do discurso que, se corretamente – por um viés procedimental – realizadas, atribuem à decisão, enquanto precedente a partir do momento posterior à decisão, *força normativa*. Tal força normativa será atribuída, então, às melhores razões, pois a decisão é controlável pelo exame do procedimento racional de justificação efetivado, afastando a possibilidade de se produzir precedentes por interesses alheios ao ideal pragmático do *melhor para a comunidade*, ou seja, a arbitrariedade de um *decisionismo* realizado pelos tribunais superiores, notadamente o Supremo Tribunal Federal.

Enquanto normas de *adjudicação* dotadas de racionalidade procedimental que firmam o precedente como *coerente*, esta nova dimensão possibilita a distinção desta espécie de norma jurídica das regras e princípios. Destarte, propõe-se a classificação tripartite das normas jurídicas:

Regras	Princípios	Precedentes
Validade	Validade	Validade
	Peso	Peso
		Coerência

Consolidando esta distinção, as *regras* são *determinações*, aplicáveis por *subsunção*, é dizer, por uma aplicação de *tudo-ou-nada* e, em hipótese de conflito, são utilizados os critérios de antinomias para sua superação. As regras, portanto, só detêm uma dimensão, a de validade, entendida na simples acepção positivista de norma *posta*. Quando solucionado o conflito, uma das regras será expurgada do ordenamento, pois, por deter somente a dimensão da validade, esta fica retirada da norma prejudicada. Os princípios, por sua vez, são *mandamentos de otimização*, normas que detêm conteúdo que deve ser aplicado em seu máximo possível no caso concreto, ou seja, cujo grau de aplicação se dará mediante a

graus, sendo a determinação de certo direito fundamental como direito definitivo somente possível na realização do caso concreto. Para aquela determinação, é necessário considerar então as condições fáticas e jurídicas sob as quais um princípio precede o outro, pelo que toda precedência principiológica é condicionada, não havendo então princípio dotado de prevalência absoluta. A estipulação da precedência de um princípio sobre outro apenas pode ser realizada mediante a utilização do princípio da proporcionalidade, com suas máximas de adequação e necessidade (que tratam das condições fáticas do caso em análise) e de ponderação (relativa às condições jurídicas do caso – solução da colisão dos princípios adequados e necessários). ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. 2ª edição. São Paulo: Landy, 2005, p.30. Trata-se de introdução à edição brasileira, de autoria da tradutora da obra, Cláudia Toledo.

constatação das circunstâncias fáticas e jurídicas do caso. São aplicáveis, então, mediante *sopesamento* e, quando princípios se colidem, estes se submetem à máxima da proporcionalidade que, com seus subexames da *necessidade*, *adequação* e *ponderação*, realizará *procedimento* pelo qual sairá um deles com a precedência *condicionada*, sem que o princípio preterido no caso, contudo, seja expurgado do ordenamento, pois sua dimensão de *validade* não fora afetada, mas tão somente seu *peso*.

E os precedentes? Precedentes, em nossa opinião, podem ser tidas como *adjudicações*, normas que reforçam um conjunto de argumentos ou razões ao mesmo tempo em que exclui outros, constituindo-os vencedores – *peso* –, sendo que, se tal adjudicação se deu mediante as regras ideais do discurso, firma-se sua *coerência*. Essa terceira dimensão, como já exposto, é *diacrônica*, sendo composto por dois momentos, o da produção e o da aplicação do precedente. O tribunal que produz o precedente deve fazê-lo mediante o alcance das condições e satisfação das regras do discurso, prolatando a decisão juntamente com a demonstração das razões adjudicadas e as razões excluídas. Isso forma a força normativa *a priori* do precedente, congelando as razões adjudicadas no tempo, intitulando-as de *melhor direito*. Não por menos se justifica a atuação dos *amici curiae*: o auxílio para trazer à baila o maior número de razões possíveis, até mesmo as oriundas de outros sistemas sociais, como a política, a economia, etc⁶²⁵.

O momento de aplicação do precedente é regido pelo *stare decisis*, que, além de princípio, traz em seu conteúdo uma máxima, em moldes semelhantes à *proporcionalidade* de Alexy, que será demonstrada agora. No momento de aplicação do precedente, verifica-se sua *coerência*: as razões adjudicadas e as preteridas contidas no acórdão ou sentença. Essas razões são as deduzidas e as dedutíveis, nos moldes do pensamento de MacCormick exposto anteriormente. Vale dizer também que razões aqui não se confundem com *ratio decidendi*, visto que não se propõe uma análise cansativa, como propõe a doutrina do *common law*, sobre o que o tribunal quis dizer para valer o direito e o que ele disse só por dizer, sem

⁶²⁵ Em suma, a súmula vinculante é a inscrição de um enunciado a partir da *ratio decidendi* de precedentes – ou, excepcionalmente, de precedente – que versaram uma mesma questão constitucional. Assim, é indesculpável pensar em adota-la, revisa-la ou cancela-la como se fosse um enunciado geral e abstrato, ou mesmo tentar entendê-la considerando-se apenas as ementas ou a parte dispositiva dos acórdãos que lhe deram origem. Lembre-se que a *ratio decidendi* nada mais é do que o fundamento determinante ou o motivo essencial da decisão. Ora, se a elaboração da *súmula vinculante* depende da adequada percepção dos fundamentos determinantes do precedente – ou dos precedentes –, é pouco mais do que evidente a impossibilidade de aplicá-la, revisá-la ou cancelá-la sem se considerar os fundamentos determinantes dos precedentes que deram origem a sua edição. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 489-490.

compromisso⁶²⁶. Uma vez resgatadas as razões analisadas no precedente, verifica-se a existência de *novas razões* (ou apenas uma): é somente com a existência de *novas razões* é que se permite um novo balanço de argumentos – sendo tais razões trazidas pelas partes.

Essa nova batalha de argumentos – que denota a dimensão do *peso* nos precedentes – consiste em sopesar se as *novas razões* tem o condão de mudar o sentido do precedente firmado, é dizer, se tais razões desconstituem a relação jurídica estabelecida no precedente. Em caso positivo, a decisão é firmada sem observar o sentido firmado no precedente, porém mediante *responsabilidade argumentativa*. Caso contrário, mantém-se o precedente, a que se permanece vinculado. Em sede recursal – ou por via da ação de Reclamação –, órgão judicial que produziu o precedente realiza novo trabalho incluindo tais *novas e supostamente melhores razões* no sopesamento, confirmando a mudança ou mantendo sua posição, o que também se requer *responsabilidade argumentativa*. Os juízes, tanto os que produzem quanto os que aplicam precedentes, ficam adstritos, portanto, à responsabilidade de usar seu poder jurisdicional somente por meio de argumentação, sendo que, do contrário, não conseguem produzir precedentes dotados de força normativa e decisões que não mereçam ser reformadas, respectivamente.

O precedente é norma jurídica que contem a adjudicação objetivada e suas razões, até mesmo a transcrição dos debates entre as partes e entre julgadores. Contém então todos os argumentos analisados, aqueles que foram selecionados para adjudicação e os excluídos. Formalmente, a estrutura do precedente fica assim sugerida:

$$\text{Precedente} = [(argumento_1 + argumento_2 + (...) + argumento_n) > (argumento_x + argumento_y + (...) + argumento_z)] = \text{adjudicação objetivada}.$$

Assim, o precedente, ao ser produzido mediante regras de discurso, tem atribuído a dimensão da *coerência*, que reforça com força normativa o melhor direito adjudicado na decisão judicial. Seu conteúdo mostra tanto as razões selecionadas para serem vinculantes quanto as não selecionadas, congelando o direito naquele momento, numa ficção

⁶²⁶ Marinoni demonstra com maestria a existência e a evolução deste secular debate doutrinário que, ao que parece, pouco evoluiu. Neste sentido, conferir MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.221-253. Não obstante demonstrar o imbróglio que domina nesta questão, ele elabora um conceito aplicável ao direito brasileiro (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.253-288). Basicamente, existe a distinção entre as noções de *ratio decidendi* e *obiterdictum*, sendo a primeira referente ao que é vinculante no precedente. A partir desta distinção, existe numerosas questões sobre como se identificar a *ratio* nos precedentes. Nossa visão prescinde, pelo menos em um primeiro momento, deste complexo debate.

jurídico-temporal, como aquele entendimento. Os juízes que decidirão um novo caso onde existe precedente a respeito deverá aplica-lo se inexistentes *novas razões*, nos moldes do *stare decisis*. Não importa, assim, a opinião do juiz sobre se os argumentos adjudicados são de fato melhores do que os preteridos – evitando seu afastamento por convicções pessoais –: se não há *novas razões*, a ele é vedado afastar o precedente, sob pena de ter sua decisão reformada em grau de recurso ou por via da Reclamação. Se existentes, contudo, *novas razões*, é possível a realização de um novo sopesamento, a fim de se constatar se tais *novas razões* são também *melhores razões*. Somente a reunião destes dois atributos – a saber, *novas e melhores* –, é que se pode afastar a norma julgada anteriormente, sendo ainda a existência destes dois atributos deve somente ser aceita se demonstrada *racionalmente*, é dizer, mediante *fundamentação*.

De igual forma, o tribunal que produziu o precedente, ao receber a demanda – seja por via de recurso, seja por via da Reclamação –, deve analisar se de fato tais razões são *novas* e, mais importante ainda, *melhores*. O tribunal *ad quem* deve trazer à baila do jogo de razões as novas razões aduzidas, demonstrando racionalmente que (a) as razões nem ao menos novas são; (b) que são novas porém não melhores do que as adjudicadas no precedente; ou (c) que realmente são *novas e melhores* do que as razões adjudicadas, reformando o sentido dado pela jurisdição naquela questão como o melhor direito. Até nas hipóteses (a) e (b) acima é necessário que o tribunal se manifeste de forma racional, expondo razões que fundamentem sua posição sobre a decisão anterior que afastou o precedente.

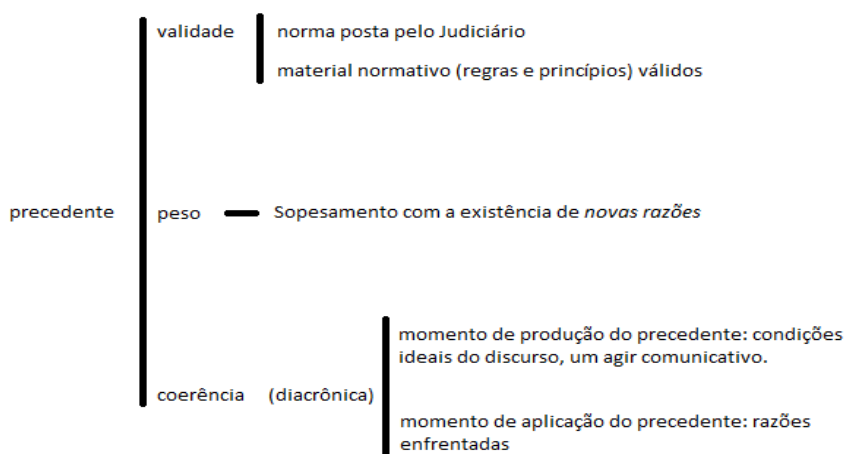
Isso torna possíveis conclusões importantíssimas e certamente polêmicas. Primeiro, que a chamada *vinculação* dos precedentes não se dá pela via da hierarquia administrativa: ela é, de fato, uma força normativa de índole discursiva que obriga o Judiciário a somente afastar precedentes – que são firmados pelo princípio do *stare decisis* e seus pilares, a saber, *legalidade, igualdade, segurança*, etc. – quando presentes *novas e melhores* razões para tanto, dando supremacia aos argumentos baseados no melhor direito no sistema jurisdicional. Segundo, por também exigir a responsabilidade argumentativa do tribunal *ad quem*, cai por terra a noção de que precedentes são vinculantes somente por terem sido produzidos por tribunais hierarquicamente superiores, sendo possível a vinculação à decisão de primeiro grau por parte de um tribunal superior, que certamente não poderá afastá-la por mera conveniência de interesses ou opiniões. É dizer, portanto, que não há que se classificarem os precedentes entre *vinculantes* ou *não*, sendo um erro epistemológico a

acepção atual das *súmulas vinculantes* no direito brasileiro. Finalmente, em terceiro lugar, o *stare decisis* em nossa abordagem pragmática-discursiva fica como um mandamento de otimização do seguinte teor: *devem ser aplicados os sentidos adjudicados pelos precedentes, a não ser que presentes novas e melhores razões para seu afastamento, o que deve ser feito somente mediante argumentação racional*. Este conteúdo também traz a máxima – decorrendo sua aceitação, portanto, à própria aceitação da estrutura proposta – de como se dá a incidência de precedentes no sistema jurídico, bem como certamente permite ao direito vigente a fluência necessária da cadência *crise e estabilidade* inerentes às ciências.

A dimensão da *validade* dos precedentes é, também, *binária*: refere-se tanto ao fato de ter sido posta por autoridade judiciária vertical ou horizontal quanto ao fato do material normativo utilizado nas razões de decidir tenham sido postos no ordenamento. Enquanto não surgirem novas razões, portanto, o precedente só pode ser derrubado por legislação, que retira sua validade ao revogar as normas jurídicas que lhe serviram de material normativo, ou por decisão em controle concentrado que torna inconstitucional ou não-recepcionada norma jurídica que serviu de material normativo para a decisão.

E, por fim, é presente a dimensão do *peso* nos precedentes quando há conflitos entre precedentes. Já é possível constatar isso na sistemática anteriormente proposta, onde vemos a existência de sopesamentos de razões. Na hipótese de conflito entre precedentes, cujas formas e possibilidades serão relegadas a outro momento, sopesar argumentos contidos nas normas de adjudicação denotam a existência de referida dimensão, o que também corrobora nossa proposta de distinção e classificação tripartite das normas jurídicas.

O precedente e sua estrutura ficam, destarte, sintetizados da seguinte forma:



Óbvio que surgem questões problemáticas sobre esta primeira contribuição. A própria abertura *semântica* dos termos *responsabilidade argumentativa*, *novas e melhores* razões ensejam diversos outros debates que certamente deverão ser enfrentados a partir desta contribuição, mas que, por mais variadas razões, desde prazos acadêmicos à impossibilidade de um alargamento do objeto científico, não serão realizadas aqui.

Uma última questão é a que se ocupa sobre a teoria da argumentação serou não suficiente para entender a complexidade atual dos precedentes enquanto fenômeno jurídico no sistema brasileiro. O que se defende aqui é apenas que as razões são o critério correto para se aferir a força normativa dos precedentes, cuja dimensão de *coerência* que elas formam justifica a compreensão destes como uma terceira espécie de norma jurídica. Uma análise detalhada da capacidade das teorias da argumentação jurídica atuais de compreenderem os precedentes e a eventual construção de outra que consiga fazê-lo é, como já dito, objeto de um trabalho por si só, o que será feito em uma próxima oportunidade⁶²⁷.

⁶²⁷ Não obstante, fica resumido aqui as principais considerações da teoria da argumentação de Alexy: em face da especificidade do discurso jurídico, além das regras práticas gerais, faz-se necessária a formulação de outras que lhe são próprias. São elas as formas e regras de justificação *interna* e de justificação *externa* do discurso jurídico. As regras de *justificação interna* verificam se a decisão é deduzida logicamente (lógica do discurso) das assertivas expostas na *fundamentação*, valendo-se do princípio da universalidade que compõe a estrutura básica do discurso prático racional geral, exigindo que se desenvolva o máximo de etapas possíveis na argumentação jurídica de modo a se formularem *expressões* cuja aplicação ao caso concreto obtenha o maior consenso fundado. O modelo clássico de *silogismo jurídico* não se efetiva mediante a utilização apenas dos princípios da *lógica deôntica* (com a cópula hipotético-condicional *deve ser*, diferentemente da *lógica apofântica*, que tem como cópula *é*) e seus modalizadores deônticos *obrigatório*, *proibido*, *permitido*. Soma-se à tradicional lógica deôntica a *lógica do discurso*, que, embora formal, como toda lógica, adentra o aspecto *pragmático* do enunciado jurídico apresentado como argumento na discussão. Aquele silogismo jurídico, com o enquadramento quase mecânico e blindado de críticas do caso concreto à norma jurídica, não se efetiva com tal simplicidade, mas, dentre outras exigências, requer a complexa *ponderação do conteúdo valorativo* das proposições jurídicas. Para a solução dessa ponderação oferece a lógica do discurso alguns recursos. Na *justificação externa* é averiguada a correção das próprias *premissas*, mediante as regras (a) da argumentação prática geral; (b) da argumentação *empírica*; (c) da *interpretação*; (d) da argumentação *dogmática*; (e) do *uso dos precedentes*; e (f) das *formas especiais* de argumentação jurídica. As *regras da argumentação prática geral*, que integram as regras do discurso jurídico, são as já mencionadas regras *fundamentais*, de *razão*, de *carga de argumentação*, de *fundamentação*, de *transição*, além das *formas de argumento* do discurso prático racional geral. As regras da *argumentação empírica* verificam a *correção* do que deve ser considerado como *fato* na fundamentação jurídica, a partir do *enunciado empírico*. Na teoria da argumentação jurídica, assim como na do discurso prático geral, a importância do conhecimento empírico é destacada pela *regra de transição* segundo a qual todo faltante pode passar para um discurso sobre a empiria (chamado, por Alexy, de discurso *teórico*) a qualquer momento do discurso prático. Porém, como a *certeza* sobre os fatos que compõem a argumentação empírica dificilmente é obtida de modo absoluto, faz-se sempre presente a regra da *presunção racional*. As regras da *interpretação* são precisamente os *cânones hermenêuticos*, que se apresentam sob diversas *formas de argumento*, proporcionando a interpretação *gramatical* (semântica), *autêntica* (genética), *teleológica*, *histórica*, *comparada*, *sistemática*. Assim, a *hermenêutica jurídica* contribui sensivelmente para a justificação do discurso jurídico, mas, na busca da *correção* do resultado da interpretação, com a demonstração do campo do discursivamente impossível e a maior delimitação do discursivamente possível, devem-se aliar à hermenêutica jurídica as *regras pragmáticas da argumentação* desenvolvidas para esse fim, dentre as quais merece destaque a de que “a determinação do peso de argumentos de diferentes formas deve ocorrer segundo regras de ponderação”. As regras da *argumentação*

Conclusão

Todos que estudam o direito possuem ao menos uma noção intuitiva do que seja precedente ou até mesmo *stare decisis*. Precedentes são definidos tipicamente como *um caso decidido que dá base a decisões posteriores que envolvem fatos ou circunstâncias similares* e, agora também no Brasil sugerem alguns, são divididos entre vinculantes – o julgador *deve* segui-lo – e persuasivos – são dignos de respeito e cuidadosa consideração.

Não obstante o uso da expressão *vinculante* para descrever os precedentes, o *stare decisis* é, na *common law*, uma espécie de norma informal que os juízes acolhem por razões de prudência. É dizer, ainda que lá não exista uma teoria sedimentada dominante que responda o porquê os juízes seguem os precedentes, existe uma noção – um lugar comum – de decidir casos conforme precedentes⁶²⁸. Os juízes seguem precedentes para evitar disparidades improdutivas.

Nunca foi tão urgente a necessidade de preservar a confiança do jurisdicionado nas normas jurídicas produzidas pelo Estado no Brasil. Uma vez que o aumento do poder normativo da Constituição, com o fenômeno da constitucionalização do direito, demanda das normas infraconstitucionais o resguardo e a realização dos direitos fundamentais e de uma organização social justa, tal projeto só poderia ser desenvolvido mediante a confiança numa

dogmática têm como tarefa assinalar, sob o ângulo pragmático, tanto a *legitimidade* quanto os *limites* da argumentação *sistemático-conceitual* da Ciência do Direito. Aliam-se assim às já conhecidas dimensões *empírico-descritiva* (descrição do Direito vigente), *analítico-lógica* (sua análise sistemática e conceitual) e *prático-normativa* (elaboração de propostas para a solução de questões jurídicas) da ciência do direito. A *institucionalização* da dogmática possibilita *comprovar* e *estabilizar* (função de estabilização) seus enunciados sistematicamente, fazendo *progredir* (função de progresso) a discussão em maior medida do que ocorre nos discursos pontuais. A dogmática jurídica, seguindo sua *função de controle*, permite a organização de uma série de modelos de solução e distinções que geram o *efeito de descarga* na argumentação, cumprindo o princípio de *inércia*. Os precedentes apresentam tanto relevância *fática* quanto contribuição *teórica* ao Direito, embora não possam ser classificados propriamente como *fontes* deste, mas *aplicação* do direito objetivo ao *caso concreto*. As regras do uso argumentativo de precedentes determinam, para a formulação de sua *pretensão de correção*, que se deve citar, sempre que houver, precedente a favor ou contra uma decisão (*princípio da universalidade*, com o mesmo tratamento para iguais ou semelhantes), assumindo a *carga da argumentação* quem dele quiser se afastar (*conjugando os aparente contraditórios princípio da inércia e abertura para novas decisões*, abertura esta sempre *qualificada*, não-arbitrária, porque vinculada às regras e critérios do discurso jurídico. Por último, as formas de justificação externa do discurso jurídico são os *argumentos jurídicos especiais* da *analogia*, *argumento a contrario*, *argumentum a fortiori* e *argumentum ad absurdum*. Todos eles são argumentos de *inferência* logicamente válida, estritamente dependentes da fundamentação da *interpretação* das premissas segundo a regra da *saturação*. ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. 2ª edição. São Paulo: Landy, 2005, p.23-25 (g.n.).

⁶²⁸ Judges agree to follow each other's precedents to avoid nonproductive competition. LINDQUIST, Stefanie; CROSS, Frank B. *Empirically testing Dworkin's chain novel*. In New York University Law Review, 2005, p.04.

existência de *coerência* no direito⁶²⁹. Isso, aliado ao exame da *repercussão geral*, à aproximação dos modelos de controle de constitucionalidade e ao novo papel do Supremo Tribunal Federal, como um medicamento paliativo de uma grave crise democrática e existencial do Legislativo e Executivo, fatalmente exige um fortalecimento do princípio democrático no Judiciário, o que envolve por si só a noção de *controle da atividade jurisdicional*.

No Brasil, a Emenda Constitucional nº 45/04 trouxe um esboço de um modelo de precedentes obrigatórios por meio da figura da *súmula vinculante*. Aprovada por um *quórum* qualificado, o enunciado seria vinculante às demais instâncias judiciais e à administração, havendo quem defenda até mesmo a violação de dever funcional por parte dos magistrados que porventura se afastem da orientação consolidada nas súmulas.

Não se pode concordar com tal modelo. Os moldes propostos pela *súmula vinculante* não resguardam a preocupação com os ditos pilares do *stare decisis*, não colaborando eficazmente pela *coerência* na ordem jurídica. As súmulas não foram compreendidas como normas jurídicas estabilizadoras de conflitos, uma adjudicação, na acepção de um retrato do melhor direito naquele espaço e tempo, sempre suscetíveis de transformação. Ignorou-se não somente o passado dos tribunais como também a potencialidade de sua aplicação mediante instalação de raciocínio judicial aos casos futuros. Tanto é verdade que, em relação às súmulas, os tribunais acabaram por encosta-las como algo com menos importante, simplesmente deixando-as obsoletas em virtude de o texto perder sua *coerência* – a ser entendido como o *certo* – com os casos concretos, pois ausentes quaisquer esforços de análise de suas *razões*⁶³⁰. Um esforço teórico e filosófico é exigido, portanto, para uma correta compreensão.

⁶²⁹ Se não pode acreditar que as normas serão voluntariamente cumpridas, resta-lhe confiar que o poder incumbido de aplicá-las e atuá-las sempre agirá de modo racional, sem frustrar o que a sociedade pode e deve esperar do Estado: um direito coerente. Deixe-se claro que, por direito coerente, entende-se também e principalmente direito judicial coerente. É absurdo desejar legislação clara e coerente e não prestar atenção ao local em que a coerência é mais importante. O direito produzido pelos juízes, quando fragmentado, constitui sinal aberto à insegurança jurídica e obstáculo ao desenvolvimento do homem na sociedade. Coerência do direito e segurança jurídica, assim, são aspectos que se completam. Porém, a coerência do direito e a segurança jurídica não convivem num sistema em que o Estado pode produzir normas jurídicas desiguais para situações iguais. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.491.

⁶³⁰ Como já dito, ao considerar os fundamentos e valores que basearam os precedentes, seria possível ao juiz realizar o *distinguishing*, tomando em conta situação não prevista quando da promulgação dos precedentes e da edição da súmula. Bastaria que entre esta nova situação e a súmula houvesse congruência social, ou seja, que os valores sociais que estão na base da súmula justificassem a sua aplicação diante da nova situação concreta. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.482.

Tal esforço começa com uma diferente e correta compreensão de *stare decisis* para o Brasil. Os textos, as teorias e a *praxis* constituem a *trias* dos caminhos da criação da recepção do Estado constitucional, o qual vai se desenvolvendo em círculos de crescimento. À ciência e a filosofia cabe aí, não apenas desbravando o caminho para a *comparação constitucional* enquanto *comparação cultural*, mas sim um papel criativo e de intermediário⁶³¹. Aqui, pela tradição da legislação escrita e pela nossa história que seguiu os ideais revolucionários franceses e, em um momento atual de nossa teoria constitucional, pela adoção do modelo de norma jurídica de Dworkin e Alexy, *stare decisis* é uma norma constitucional com estrutura de *princípio*. É dizer, sendo um mandamento de otimização, consubstancia a materialidade de uma norma que prevê que devemos seguir precedentes, a não ser que presentes *novas e melhores razões* para não fazê-lo.

A teoria de Alexy foi adotada, como já dito, para o início dessa construção. Contudo, ela por si só não consegue estabilizar a incerteza da compreensão do *precedente*, pois sua divisão dicotômica da estrutura das normas jurídicas – *regras* e *princípios* –, não é apta a alçar uma visão crítica da figura, seja porque ou o considera como *regra* – o que é por demais simplificado –, seja porque o encaixa apenas como uma *ferramenta* de argumentação – o que afasta de certa forma seu caráter de *norma jurídica*.

O Legislativo e o Judiciário colaboram mutuamente para a construção do sistema jurídico. Ambos já são reconhecidamente *criadores do direito e de direitos*, o que se traduz em inserir normas jurídicas no sistema. Partindo da constatação de que a teoria adotada – teoria esta tão entusiasmadamente adotada por adeptos de um dito *neoconstitucionalismo* – não esclarece isso de forma suficiente, propomos a reformulação do *precedente*: norma jurídica, com perfil de *adjudicação*, dotadas de três dimensões: *validade*, *peso* e *coerência*. Melhor reafirmando, uma *terceira espécie de norma jurídica*, cuja força normativa é intrinsecamente ligada às razões contidas em seu arquétipo⁶³².

Diante disso, é fácil perceber que nossa concepção de *stare decisis* conota a ideia de *responsabilidade argumentativa*. Pauta-se, como afirmado anteriormente, na demonstração de viabilidade de se conceber a força normativa dos precedentes por um discurso racional na fundamentação jurídica, ou seja, é fundada na procedimentalidade com a

⁶³¹ HÄBERLE, Peter. *Novos horizontes e novos desafios do constitucionalismo*, in Revista Direito Público, nº 13, jul.-set. 2006, p. 99-120.

⁶³² Explicamos detalhadamente no item 5.5.3. a partir da página 214.

formulação lógica das regras discursivas, numa simbiose semelhante à dada pela filosofia da linguagem em sua revolução linguístico-pragmática. Essa é nossa concepção de *abordagem pragmática-discursiva* dos precedentes, o que acarreta fatalmente no rechaço à concepção do *precedente* como algo binário e *vinculante* pela mera razão de ter sido posto por um tribunal superior, como nos moldes da reforma – não devemos nos enganar, contudo, sobre essa abordagem: ela é favorável a um sistema de precedentes, pois um sistema funcional, fundado em tais premissas, possibilita a perseguição de direitos fundamentais previstos na Constituição.

O que não podemos ter é a ilusão de que juízes de instâncias superiores não são melhores do que as instâncias de entrada, e que *segurança jurídica* é mera previsibilidade do resultado esperado da tutela jurisdicional, esquecendo-se da expectativa de se ver adjudicado o melhor direito, reaproximando-se a *segurança* do ideal de *justiça*. Preferimos então a postura que favoreça a supremacia do *melhor direito*, o que também contribui para a vedação de interesses partidários e convicções pessoais do julgador. Não atentar para isso acaba em uma triste retomada de um paradigma natimorto da Revolução Francesa, ainda que sob uma nova roupagem: abandonamos os juízes *boca-da-lei*, ainda que apenas para passarmos a chama-los de *boca-do-tribunal*.

Bibliografia

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. *Conceito e Validade do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

_____. *El concepto y la validez del Derecho*. 2ª ed. Barcelona: Gedisa, 1997.

_____. *Epílogo a la Teoria de los Derechos Fundamentales*. Revista Española de Derecho Constitucional, n. 66, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, set./dez. 2002.

_____. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. 2ª edição. São Paulo: Landy, 2005.

ATALIBA, Geraldo. *República e constituição*. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2007.

ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. 3ª edição. São Paulo: Landy, 2003.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 5ª edição. São Paulo: Malheiros, 2006.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luis Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. *O começo da história: nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro*. In *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. [org]. *Anova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 1999.

BILLIER, Jean-Cassien; MARYIOLI, Aglaé. *História da filosofia do direito*. São Paulo: Manole, 2005.

BLACKSTONE, William. *Commentaries on the law of England*. Chicago: University Press, 1979.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*. São Paulo: Ícone, 1995

BOCKENFORDE, Ernst Wolfgang. *Escritos sobre Derechos Fundamentales*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993.

BORDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. 13ª edição. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010.

BOROWSKI, Martin. *La Estructura de los Derechos Fundamentales*. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2003.

BROCHADO, Mariá. *Consciência moral, consciência jurídica*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

BUENO, Cassio Scarpinella. *A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil*. v. 2. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. *Curso sistematizado de direito processual civil*. v.4. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. São Paulo: Saraiva, 2006.

CAMPILONGO, Celso. *O direito da sociedade complexa*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2002.

CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de direito constitucional tributário*. 24ª edição. São Paulo: Malheiros, 2008.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência*. 8ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Direito tributário, linguagem e método*. 3ª edição. São Paulo: Noeses, 2009.

COELHO, Luis Fernando. *Introdução histórica à filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

CONCI, LuizGuilherme Arcaro. *Proportionality based on two concrete cases of the Brazilian Legal System – seeking to define certain limits for its use*. México: Congresso Mundial de Direito Constitucional, p. 14. Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx/wcccl/ponencias/9/328.pdf>>. Acessado em .

_____. *Colisões de direitos fundamentais nas relações jurídicas travadas entre particulares: problemas de intensidade e a regra da proporcionalidade*. Dissertação de Mestrado. São Paulo: PUC-SP, 2006.

COSTELLO, George. The Supreme Court's overruling of constitutional precedent: an overview. CRS Report for Congress, 2005.

DIAS, João Luis Fischer. *O efeito vinculante: dos precedentes jurisprudenciais, das súmulas dos tribunais*. São Paulo: IOB Thomson, 2004.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Eduardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

DUARTE, Ecio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição*. São Paulo: Landy, 2006.

DWORKIN, Ronald. *Political Judges and the Rule of Law*. In *Arguing about Law*. New York: Routledge, 2009.

_____. *Taking rights seriously*. London: Cambridge, 1978.

_____. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. *Le positivisme*. In *Droitetsociété*, n.01, 1985, p. 36 apud BILLIER, Jean-Cassien; MARYIOLI, Aglaé. *História da filosofia do direito*. São Paulo: Manole, 2005.

_____. *The model of rules*. In *Arguing about law*. New York: Routledge, 2009.

_____. *Law's empire*. London: Cambridge, 2004.

_____. *O império do direito*. 2ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. *A matter of principle*. Cambridge: Mass, 1985.

EMILIOU, Nicholas. *The Principle of proportionality in European Law – A comparative study*. London: Kluwer Law International, 1996.

FARIA, José Eduardo. *Eficácia jurídica e violência simbólica*. São Paulo: Edusp, 1988.

FERRAZ, Sergio [org.]. *A norma jurídica*. São Paulo: Freitas Bastos, 1980.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria da ciência jurídica*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. v. 01. 2ª edição. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010.

_____. *Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy. Studies in contemporary German social thought*. Cambridge: MIT Press, 1998.

HÄBERLE, Peter. *Novos horizontes e novos desafios do constitucionalismo*. Revista de Direito Público, n. 13, jul-ago-set/2006.

_____. *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991.

HILL, Flávia Pereira. *O jurisdicionado e a aparente crise do princípio da coisa julgada*. Revista Brasileira de Direito Constitucional, n. 06, jul-dez, 2005.

JHERING, Rudolf Von. *A luta pelo direito*. 12ª edição. Rio de Janeiro: forense, 1992.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. *Teoria geral das normas*. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1986

_____. KLUG, Ulrich. *Normas jurídicas e análise lógica: correspondências 1959-1965*. Tradução de Paulo Bonavides. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

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

LEAL, Roger Stiefelmann. *O efeito vinculante na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006.

LEAL, Victor Nunes. *Passado e futuro da súmula do Supremo Tribunal Federal*. Revista de direito administrativo. Rio de Janeiro: FGV, jul/set, 1981.v.145.

LEITE, Danielle Vignoli Guzella. *A contribuição da teoria de Robert Alexy à eficácia dos direitos fundamentais no Brasil e ao controle jurisdicional das políticas públicas sociais*. Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Belo Horizonte: imprensa oficial, n.14, jan-jun. 2010.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 13ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009.

LIMA VAZ, Henrique Claudio de. *Ética e direito*. São Paulo: Landy, 2002;

_____. *Escritos de filosofia*. São Paulo: Loyola, 2000.

LINDQUIST, Stefanie; CROSS, Frank B. *Empirically testing Dworkin's chain novel*. In New York University Law Review, 2005.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da Decisão Judicial: Fundamentos de Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MacCORMICK, Neil. SUMMERS, Robert [orgs.]. *Interpreting precedents: a comparative study*. Lincolnshire: Dartmouth, 1997.

_____. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MANCUSO, Rodolfo Camargo de. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. *Recurso Extraordinário e Recurso Especial. Recurso no processo civil*. 7ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. v.3.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil. Processo de conhecimento*. 7ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.v.2.

_____. Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v.1.

_____. Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Repercussão geral no recurso extraordinário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. [org]. *A força dos precedentes: estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR*. Salvador: Juspodivm, 2010.

_____. *Da teoria da relação jurídica processual ao processo civil do Estado Constitucional*. Artigo publicado no website da Academia Brasileira de Direito Processual Civil. Disponível em <[http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Luiz%20G%20Marinoni\(8\)%20-%20formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Luiz%20G%20Marinoni(8)%20-%20formatado.pdf)>. Acessado em 23.03.2011.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 24ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 22ª edição. São Paulo: Malheiros, 2007.

MENDES, Conrado Hübner. *Carta aos alunos da SBDP*. Disponível em <<http://www.sbdp.org.br/extramuros.php>>. Acessado em: 23.05.2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 1999.

MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. *As argumentações nas decisões judiciais*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MONTESQUIEU. *O Espírito das leis*. Tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. Brasília: UnB, 1982.

MUSCARI, Marco Antonio Botto. *Súmula Vinculante*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

NALINI, José Renato. *Por que filosofia?* 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na constituição federal*. 10ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (orgs.). *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

NIETO, Alejandro. *Crítica de la razón jurídica*. Madrid: Trotta, 2007.

PECZENIK, Aleksander. *The binding force of precedent*. In MacCORMICK, Neil. SUMMERS, Robert [orgs.]. *Interpreting precedents: a comparative study*. Lincolnshire: Dartmouth, 1997.

PEÑA FREIRE, Antonio M. *La garantía en el Estado Constitucional de Derecho*. Madrid: Trotta, 1997.

PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução*. Coimbra: Coimbra, 1989.

PRADO, David Wilson de Abreu. A racionalidade da decisão judicial na teoria dos princípios. In: Revista do Tribunal Regional Federal 1ª Região. Brasília, v. 14, n. 11, novembro de 2002.

PUGIESI, Márcio. Teoria do direito. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009.

PULIDO, Carlos Bernal. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. Madrid: Centros de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.

Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF_Julho_2011.pdf>. Acessado em: 14.06.2011.

SAMPAIO, Nelson de Souza. O Supremo Tribunal Federal e a nova fisionomia do judiciário. Revista de Direito Público, n.75, p.09, jul-set 1985.

SCHULER, Max. O formalismo na ética e no pensamento material. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

SHAPIRO, Scott J. The Hart-Dworkin debate: a short guide for the perplexed. Public law and legal theory working paper series n.77. Michigan: SSRN, 2007. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=968657>>. Acessado em 18.10.2010.

SHIRAKI, Ariella Toyama. A configuração do ilícito penal na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: muito além da mera subsunção? São Paulo: SBDP, 2007.

SILVA, Roberto Baptista Dias da. Uma visão constitucional da eutanásia. Tese de Doutorado. São Paulo, PUCSP, 2007.

SILVA, Virgílio Afonso da. O Proporcional e o razoável. Revista dos Tribunais, São Paulo: RT, v. 798, abr. 2002.

_____. Interpretação Constitucional e Sincretismo Metodológico. In: SILVA, Virgílio Afonso da (org.). Interpretação Constitucional. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. Os direitos fundamentais e a lei: a constituição brasileira tem um sistema de reserva legal? In NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (orgs.). Vinte anos da Constituição Federal de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SOUZA, Luiz Sergio Fernandes de. Abuso de direito processual: uma teoria pragmática. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. O papel da ideologia no preenchimento das lacunas no direito. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005

STEINMETZ, Wilson. A Vinculação dos particulares a direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2005.

STRANG, Lee J. An originalist theory of precedent: originalism, nonoriginalist precedent and the common good. In New Mexico Law Review. Legal Scholar Network, 2006.

STRECK, Lênio Luiz. Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. Súmulas do direito brasileiro: eficácia, poder e função. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

TARANTO, Caio Márcio Gutterres. Precedente judicial: autoridade e aplicação na jurisdição constitucional. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

_____. O incidente de repercussão geral como instrumento de aplicação de precedente jurisdicional. Novas hipóteses de efeito vinculante e impeditivo de recurso em sede de controle incidental de constitucionalidade. In Revista de Seção Judiciária do Rio de Janeiro, n.19, abr, 2007.

TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCON, Pietro de Jesus Lora. Reforma do Judiciário analisada e comentada. São Paulo: Método, 2005.

_____. André Ramos. Reforma do judiciário no Brasil pós 88: (des) estruturando a justiça: comentários completos à EC n.45/04. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. Curso de direito constitucional. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. Teoria da justiça constitucional. São Paulo: Saraiva, 2005.

TOLEDO, Cláudia. Direito adquirido e estado democrático de direito. São Paulo: Landy, 2003.

TRIBE, Laurence H. American Constitutional Law. 2ª edição. Mineola: The Foundation Press, 1988.

TRIDIMAS, Tarkis. Proportionality in Community Law: Searching for the Appropriate Standard of Scrutiny. In: ELLIS, Evelin (org.). The principle of proportionality in the laws of Europe. Oxford: Hart, 1999.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Precedente judicial como fonte do direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

VALE, André Rufino do. A estrutura das normas de direitos fundamentais: repensando a distinção entre regras, princípios e valores. Dissertação de Mestrado. Universidade de Brasília: 2006.

VAN CAENEGEM, Raoul Charles. Uma introdução histórica ao direito privado. 2ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. Breves comentários à nova sistemática processual civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006