

O PAPEL DOS PRECEDENTES JUDICIAIS DIANTE DA (IN)CERTEZA E DA (IN) SEGURANÇA JURÍDICAS: UMA ANÁLISE ARGUMENTATIVA DA JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE

*THE ROLE OF COURT'S PRECEDENT BEFORE THE (LACK OF)
CERTAINTY AND THE (LACK OF)LEGAL PREDICTABILITY:
AN ARGUMENTATIVE ANALYSIS OF THE PREVAILING RULING*

Murilo Strätz

*Advogado da União lotado na Procuradoria Regional da União da 2. Região -RJ
Pós-graduado (lato sensu) em Direito Público pela UnB e Mestre em "Teorias
Jurídicas Contemporâneas", na linha "Teorias da Decisão e Desenhos
Institucionais", pela UFRJ.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 O papel da jurisprudência para evitar-se o risco de soluções jurídicas contraditórias para casos idênticos e a ameaça à segurança jurídica; 2 As peculiaridades do Stare Decisis Norte-Americano; 3 Breve nota sobre a contribuição kelseniana; 4 O approach argumentativo de Neil MacCormick; 5 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente trabalho destaca o papel da jurisprudência na interpretação / aplicação do Direito, tanto no sistema da *Common Law*, onde o precedente judicial sempre ostentou função primordial na resolução dos casos concretos, quanto no *Civil Law*, em que este fenômeno, embora não tivesse o menor prestígio na formação da tradição romanista, vem gradativamente assumindo um maior protagonismo, sobretudo após a proliferação, observada a partir da Segunda Guerra Mundial, do modelo kelseniano de Corte Constitucional. propõe-se, para tanto, uma reconciliação entre o “caráter argumentativo” do Direito - que explora a “derrotabilidade” (*defeasibility*) e as “certezas provisórias” do Direito -, de um lado, e o ideal colimado pelo Estado de Direito (*Rule of Law*), a exigir, de outro lado, previsibilidade e certeza do fenômeno jurídico. A jurisprudência servirá, por conseguinte, como instrumento prático e vivo, à disposição da Teoria da Argumentação Jurídica (TAJ), para atenuar os inconvenientes que decorrem da falta de certeza e de previsibilidade do Direito, bem como para assegurar a “universalizabilidade” da *ratio* que constitui os precedentes.

PALAVRAS-CHAVE: Precedente. Certeza. Previsibilidade. Jurisprudência Dominante. Universalizabilidade. Derrotabilidade.

ABSTRACT: This paper highlights the role of precedent in the interpretation / application of Law, both in the system of Common Law, where judicial precedent always boasted major role in the resolution of specific cases, as in the Civil Law, in which this phenomenon, although it had the less prestige in the formation of the Roman Catholic tradition, is gradually assuming a greater role, especially after the proliferation, observed since World War II, of Kelsen’s Constitutional Court model. It is proposed to this goal a reconciliation between the “argumentative nature” of Law - that explores the “defeasibility” and the “provisional certainty” of the Law -, on the one hand, and the ideal collimated by the Rule of Law, that requires, on the other hand, predictability and certainty of the legal phenomenon. The precedent will be used, therefore, as a practical and alive tool, available to the Legal Reasoning Theory, to reduce the difficulties arising from the lack of certainty and of predictability in the Law and to ensure the “universalizability” of the precedent’s constitutive *ratio*.

KEYWORDS: Precedent. Certainty. Predictability. Prevailing Ruling. Universalizability. Defeasibility.

INTRODUÇÃO

O ideal político do Direito moderno exige a certeza e a previsibilidade das decisões jurídicas, o que, em uma primeira abordagem, revela-se teoricamente contraditório à postura argumentativa do Direito, pois, se tudo está sujeito, em alguma medida, à argumentação, não se poderia, em tese, alcançar a pretendida certeza sobre o resultado da aplicação das normas jurídicas.

Todavia, Neil MacCormick, na obra *“Retórica e o Estado de Direito”*, demonstra que o ideal do Estado de Direito é dinâmico, e não estático, de modo que a certeza jurídica pode existir dentro de alguns limites, embora seja relativa e esteja sempre sujeita a exceções (*defeasance*) vindouras, as quais, por sua vez, também serão excepcionadas no futuro (“certezas provisórias”). Assim, propõe-se, na concepção “maccormickiana”, que o caráter argumentativo seja um ingrediente do Estado de Direito (*Rule of Law*), e não a sua antítese.

Sustentar-se-á, ademais, que, apesar de eventuais defeitos dessa concepção, ela é melhor que as alternativas (as formas extremadas de formalismo e realismo, por exemplo), podendo mesmo ser caracterizada como um marco distintivo das sociedades civilizadas, a aplicar-se tanto no âmbito da *Common Law*, quanto no âmbito da *Civil Law*.

E, para tanto, focar-se-á o nobre papel desempenhado pela jurisprudência ao proporcionar segurança jurídica na aplicação do Direito, seja ao solucionar o caso concreto, seja ao fornecer, com base em razões universalizáveis, critérios para a resolução dos casos vindouros que guardem similitude com aquele que inspirou a formação do precedente.

Ver-se-á, neste sentido, que, conquanto a jurisprudência não possa ser tecnicamente considerada fonte formal de direito nos sistemas jurídicos da *Civil Law*, observa-se uma inegável tendência no sentido de se difundir a jurisprudência dominante enquanto um privilegiado vetor interpretativo a serviço da aplicação do Direito, mesmo no tronco romano-germânico, haja vista que a certeza e a segurança jurídica são consideradas valores caríssimos a qualquer sistema jurídico que logre subsumir-se à noção de Estado de Direito.

1 O PAPEL DA JURISPRUDÊNCIA PARA EVITAR-SE O RISCO DE SOLUÇÕES JURÍDICAS CONTRADITÓRIAS PARA CASOS IDÊNTICOS E A AMEAÇA À SEGURANÇA JURÍDICA

O autor espanhol José Luis Vásquez Sotelo¹ ensina que, em comunidades pequenas e sociedades muito primitivas, se o juiz é o único, cabe imaginar que os casos idênticos receberão a mesma solução, de modo que restará preservado o princípio da segurança jurídica.

Não obstante, quando se trata de sociedades nas quais haja muitos juízes e tribunais, o problema então passa a ser o de assegurar que sobre todo o território se estenda a mesma jurisdição, a qual deverá dar o mesmo tratamento jurídico a casos iguais ou análogos. Tal papel, na visão daquele doutrinador ibérico, é atribuído à Jurisprudência² e, sobretudo, à Jurisprudência do Tribunal de mais alta instância, normalmente denominado Supremo Tribunal, do qual deve emanar a jurisprudência dominante, tendente a uniformizar a dicção do Direito dentro do território sobre o qual o povo exerce sua soberania.

Além disso, ensina o autor espanhol que essa jurisprudência dominante tem dois papéis:

Las decisiones de los más altos Tribunales no sirven solo para resolver el caso sometido a exámen sino para suministrar critérios que necesariamente van a influir em la solución de casos futuros que presenten analogia con el resuelto. Una vieja y repetida frase de los Jueces alude a que la resolución acertada de un caso no interessa solo para el caso en sí sino para los diez mil casos iguales que no han llegado al Tribunal.³

1 SOTELO, José Luiz Vasquez. A jurisprudência vinculante na “common law” e na “civil law”. In: *Temas Atuais de Direito Processual Ibero-Americano*: compêndio de relatórios e conferências apresentados nas XVI Jornadas Ibero-americanas de Direito Processual; organizado por Petrônio Calmon Filho e Adriana Beltrame. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1998. p. 334-335.

2 “En general y em sentido histórico por Jurisprudência se entiende el conocimiento y la aplicación del Derecho. [...] Pero desde hace al menos dos siglos el término Jurisprudencia se reserva para aludir a los critérios de interpretación, aplicación y actualización de la ley establecidos por los Tribunales y más concretamente por el Tribunal Supremo o Corte de Casación de cada Estado, cuyas enseñanzas o “censuras” acaban integrando un cuerpo de doctrina que puede denominarse doctrina legal o Jurisprudencia y que acaba resumiéndose em maximas de jurisprudencia.” Ibidem, p. 335-336.

3 Ibidem, p. 336.

Malgrado este papel orientador para a solução dos casos futuros, papel este que toca aos pronunciamentos dos Tribunais mais altos, pode-se fazer um questionamento crítico sobre se é suficiente, para a resolução de um caso concreto, que o juiz simplesmente siga o balizamento / norteamento genérico fornecido pela jurisprudência dominante, tal como se esta desempenhasse, de um modo heterodoxo, o papel reservado às leis.

O próprio Sotelo adverte que toda lei, por mais perfeita que seja, deve ser “individualizada” em sua aplicação concreta. E em nota de rodapé cita, em prol deste argumento, passagem atribuída a RADBRUCH (*Filosofía del Derecho*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1933, pág. 160): “*El caso jurídico singular no es solo una aplicación de la ley general sino justamente lo contrario: la ley existe en ese momento solo en mérito o fallo sobre el caso singular.*”⁴

Assim, considerando que a orientação jurisprudencial dominante tem um caráter uniformizador e genérico, corre-se o risco de que ela seja equiparada, funcionalmente, à própria lei, que, sendo norma geral e abstrata, é, por excelência, a fonte formal do Direito nos países de tradição romanística. Tal risco pode ser engendrado pelo fato de a jurisprudência destinar-se a fornecer juridicamente pistas à resolução de futuros casos semelhantes, os quais, ainda que ligados por similitude à *fattispecie* tratada no precedente, não foram efetiva e concretamente apreciados pelo Tribunal irradiador da jurisprudência.

Nesse sentido, a própria jurisprudência dominante, que serve de bússola aos juízes singulares e tribunais inferiores, deveria, assim como acontece com a lei, ser por estes “individualizada” ou “concretizada”. E assim se afirma porque sempre caberá ao juiz processante o mister de analisar o caso que lhe é submetido singularmente, para, em um segundo “discurso de aplicação”⁵, dizer o Direito que o deve reger concretamente, individualizando no caso concreto, assim, aquela jurisprudência dominante.

4 SOTELO, op. cit., p. 336.

5 Sobre a dicotomia “discursos de fundamentação – discursos de aplicação”, ver: GÜNTHER, Klaus. Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação. Tradução Cláudio Molz. São Paulo: Landy, 2004. STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 158-165.

Em analogia, pode-se afirmar, com Eros Grau⁶, que aplicação do Direito, nesses casos, é alográfica, tal como ocorre na interpretação artística da música e do teatro, pois, nestas formas de arte, a obra apenas se completa através do concurso de dois personagens (o autor e o intérprete), o que exige compreensão + reprodução. Diferentemente disso, nas artes *autográficas* (pintura e literatura), o autor contribui sozinho para a realização da obra, o que não se observa nas artes *alográficas* (música e teatro), em que a obra pode se completar com a interpretação que será dada pelo artista que no futuro reproduzirá a obra.

Dessa forma, nas artes alográficas, assim como no Direito, o primeiro intérprete (criador / autor original da obra) compreende e reproduz sua criação, ao passo que o segundo intérprete compreende e reproduz esta obra mediante a compreensão e a reprodução realizadas pelo primeiro intérprete, mas não fica adstrito à criação primeira. Ele mesmo, o intérprete secundário, passa a ser co-autor da obra ao reproduzi-la, adicionando-lhe significado a cada interpretação / reprodução, uma vez que as obras alográficas só podem existir quando executadas (interpretadas e reproduzidas), ao revés do que ocorre com as artes autográficas, nas quais o autor contribui sozinho para a realização da obra.

Desse modo, o juiz, ainda que se oriente pela jurisprudência dominante, jamais poderá furtar-se a exercitar um “discurso de aplicação” quando instado a decidir um caso concreto, ainda que tal “discurso de aplicação” em tese já tenha sido elaborado pelo Tribunal Superior, haja vista que o discurso de aplicação já operado pela Corte Superior quando da elaboração do precedente norteador não tem o condão de exonerar o juiz processante de examinar, pelo menos, se se revela correta a aplicação daquele precedente ao caso concreto, ou, ao contrário, se se trata de caso singular apto a “excepcionar / derrotar”⁷ o precedente.

Sabe-se que a jurisprudência exerce um papel muito mais pronunciado nos países de tradição anglo-saxã (*judge made law*), nos quais vigora a doutrina do *stare decisis*, que, significando, literalmente,

6 GRAU, Eros Roberto. Interpretação do Direito. In: BARRETO, Vicente de Paulo (coord.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 470-473.

7 A noção de excepcionalidade / derrotabilidade, também chamada defeasibility, será tratada mais adiante, sobretudo com supedâneo na obra: MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito*. Tradução de Conrado Hübner. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

“estar como já decidido”, corresponde à força vinculante que possuem os precedentes cuja *ratio decidendi* se ajusta ao caso a ser resolvido⁸.

Segundo Tercio Sampaio Ferraz Júnior⁹, a doutrina do *stare decisis* caracteriza-se pelo fato de os tribunais inferiores estarem obrigados a respeitar as decisões dos superiores, os quais se obrigam, por sua vez, a respeitar suas próprias decisões, notadamente no que diz respeito à *ratio decidendi*, que, nunca perdendo sua vigência, é “o princípio geral de direito que temos de colocar como premissa para fundar a decisão, podendo o juiz que a invoca interpretá-la conforme sua própria razão”. Além disso, toda decisão relevante de qualquer tribunal é um argumento forte para que seja levada em consideração pelos juízes.

Tercio ensina que, desde o século XIII, era costume citarem-se as decisões (*case law*), embora tal uso geral não implicasse vinculação dos juízes a decidirem conforme os precedentes. A configuração doutrinária que passou a reconhecer tal vinculação foi se dando gradualmente até assumir uma forma mais definida nos séculos XVII e XVIII, para consagrar-se, definitivamente, no século XIX, com o aperfeiçoamento dos repertórios de casos (*reports*) e o aparecimento de uma hierarquia judiciária homogênea.

Sotelo lembra que foi o jurista Willian Blackstone - destacado magistrado inglês do século XVIII - quem estabeleceu claramente o princípio de que o juiz deve decidir conforme o precedente, em homenagem à segurança jurídica. Mas Sotelo adverte que este próprio jurista inglês, depois de formular tal doutrina de vinculação ao precedente, passou a excepcionar que o precedente a aplicar conduza a uma solução injusta ou irracional, o que muito contribuiu para o desenvolvimento das modernas técnicas norte-americanas do *overruling* (anulação formal de um precedente equivocado) e do *overstatement* (reformulação / redefinição do precedente sem sua anulação formal, para aplicação a casos futuros), bem como para a compreensão do *Practice Statement* de 1966, ato solene pelo qual a Câmara dos Lordes expressamente reconheceu o seu poder de corrigir os próprios precedentes, a fim de conciliar o seu valor histórico com a necessidade de progresso jurisprudencial.¹⁰

8 SOTELO, José Luiz Vasquez. A jurisprudência vinculante na “common law” e na “civil law”. In: *Temas Atuais de Direito Processual Ibero-Americano*: compêndio de relatórios e conferências apresentados nas XVI Jornadas Ibero-americanas de Direito Processual. Organizado por Petrônio Calmon Filho e Adriana Beltrame. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1998. p. 367.

9 FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 244.

10 *Ibidem*, p. 355-365.

O multirreferido autor espanhol assim situa historicamente o *judge made law*:

Common law es el sistema jurídico inicialmente formado en Inglaterra (a partir de la conquista normanda, en el año 1.066) y que pasó después a los Estados Unidos de América y a otros territorios que pertenecieron al dominio británico (Canadá anglófona, Australia, India, Nueva Zelanda etc.) aunque a veces con algunas diferencias importantes.¹¹

Já nos países que comungam da tradição do direito codificado, como o Brasil, Tercio entende afastado o poder vinculante do precedente:

Já a tradição romanística, própria dos povos do continente europeu, e que passou para o Brasil, é distinta. Encontramos desde Justiniano uma expressa proibição de se decidir conforme o precedente (“*non exemplis, sed legibus judicandum est*” – *Codex*, 7, 45, 13). E, nas grandes codificações que ocorreram na Era Moderna, repetiram-se preceitos semelhantes (por exemplo, o Código Prussiano – *Allgemeines Landrecht* – de 1794). Assim, ao contrário do sistema anglo-saxônico, em que, desde os primórdios, reconhecia-se que o juiz podia julgar conforme a *equity* mesmo em oposição ao *common law* (o direito costumeiro, comum a toda a Inglaterra), no Continente as decisões deviam ser subordinadas à lei de modo geral. Esta adquire desde cedo uma preeminência que nem mesmo as leis anglo-saxônicas (os *statutes*), não obstante sua publicação nos tempos atuais, chegam a alcançar (guardando uma função auxiliar, de complementação e esclarecimento do direito comum – o *common law*).¹²

Diante dessas razões, a doutrina costuma negar à jurisprudência o caráter de fonte do Direito, ao contrário do que sucede no mundo anglo-saxônico, embora a jurisprudência possa ser considerada uma rica fonte para a interpretação da lei nos sistemas codificados, conforme preleciona Tercio:

Em suma, a jurisprudência, no sistema romanístico, é, sem dúvida, “fonte” interpretativa da lei, mas não chega a ser fonte do direito. No caso da criação normativa *praeter legem*, quando se suprem lacunas e se constituem normas gerais, temos antes um caso especial de

11 FERRAZ JÚNIOR, , op. cit., p. 341.

12 Ibidem, p. 244-245.

costume. Restariam, talvez, como exemplos de fonte genuinamente jurisprudencial, alguns casos de decisões *contra legem* que existem, sobretudo na área do Direito do Trabalho; este, por sua natureza específica, voltada não tanto à regulação de conflitos, mas a uma verdadeira proteção ao trabalhador, permite a constituição de normas gerais com base na *equidade*.¹³

De qualquer sorte, ainda que a jurisprudência não possa ser considerada fonte formal de direito em nosso sistema jurídico (*civil law*), observa-se uma inegável tendência no sentido de uniformizar a jurisprudência dominante mesmo no tronco romano-germânico.

Neste sentido, Tercio considera a certeza e a segurança como valores imprescindíveis ao direito contemporâneo:

A certeza diz respeito à coerente e delineada apreensão das situações de fato, de modo a evitar ao máximo as ambiguidades e vaguidade de sentido. [...] Já segurança tem a ver com os destinatários das normas. É preciso encontrar critérios para um decidibilidade uniforme para todos os sujeitos. Princípios como o da igualdade de todos perante a lei garantem a segurança. Para isso, porém, é preciso identificar as situações dos próprios sujeitos, se são, por exemplo, entes públicos ou privados. Portanto, a que princípios teóricos estão, no caso, submetidos.¹⁴

Caudatária deste raciocínio é a posição de Sotelo, para quem “la jurisprudencia en los países de *civil law* suministra seguridad jurídica en la aplicación de la ley, al deber seguir todos los órganos jurisdiccionales el punto de vista del órgano supremo”¹⁵. E isso deve se dar porque um juiz ou tribunal não pode alterar arbitrariamente um critério já estabelecido pela jurisprudência (à qual cabe proporcionar a segurança jurídica na aplicação da lei), a menos que motive, fundamentadamente, tal mudança, fornecendo as razões jurídicas para tanto.

Para Sotelo, o poder da jurisprudência no common law deriva *ratione imperii* (por força ou em razão do império jurisprudencial), ao passo que, no civil law, aquele poder, salvo no caso de súmula vinculante, pode ser considerado *imperio rationis* (em razão da força persuasiva do

13 FERRAZ JÚNIOR, p. 246.

14 Ibidem, p. 140-141.

15 SOTELO, , op. cit., p. 349.

precedente, que se impõe racionalmente, e não hierarquicamente), daí serem mais comuns as variações / trocas jurisprudenciais nos sistemas codificados. Outra diferença observada entre os dois sistemas é que, no civil law, é típico se acudir primeiramente aos precedentes mais recentes e atuais, porque refletem a posição mais contemporânea da Corte, partindo-se posteriormente para os mais antigos se houve alguma mudança radical; enquanto que no common law os precedentes mais valorizados são os mais antigos e decantados.¹⁶

Referindo-se a LIEBMAN, Sotelo¹⁷ explica que a tendência de acompanhar precedentes decorre de várias razões, entre as quais se podem citar: a preferência do espírito humano em reproduzir critérios já enunciados; a força da inércia representada pela comodidade de se seguir uma via já aberta; a autoridade e a hierarquia do órgão superior de onde emana a jurisprudência, que lhe capacitam anular ou reformar as sentenças proferidas por órgãos inferiores.

O autor ibérico explica, também, que, nos países de *civil law*, o órgão regulador da jurisprudência pode ser uma Corte de Cassação (como ocorre na França e na Itália), ou um Tribunal Supremo, que é o caso da Espanha (que nunca adotou o típico modelo puro do recurso de cassação nos moldes franco-italianos), de Portugal e da Alemanha¹⁸, aqui se podendo incluir o Brasil.

E elenca os requisitos para que uma jurisprudência seja considerada dominante e, por conseguinte, aplicável aos casos vindouros:

- 1) deve provir do Tribunal Supremo ou a mais alta Corte de Justiça do país, e não de órgãos consultivos do Estado;
- 2) deve resultar de vários acórdãos idênticos / semelhantes, ou, no mínimo, de mais de uma decisão;
- 3) deve haver identidade ou semelhança entre o caso resolvido pelo precedente e o a resolver, para que se mantenha a mesma *ratio decidendi*, afinal, “*like cases must be decided alike*” (casos parecidos devem ser julgados de forma igualmente parecida); e

16 SOTELO, op. cit., p. 350-351.

17 Ibidem, p. 338-339.

18 Ibidem, p. 348.

- 4) devem-se excluir da vinculação jurisprudencial as afirmações incidentais, colaterais ou de passagem (razões *obiter dicta*).¹⁹

Tais características fornecem a segurança desejável para que os pronunciamentos proferidos em determinados casos concretos, os quais passam a ser considerados precedentes, possam fornecer os norteamentos adequados para os casos futuros. A jurisprudência pode ser considerada, assim, uma forma de vivificar o direito latente que está na legislação em geral, sobretudo no *civil law*, já que os pronunciamentos dos tribunais são o direito vivo, prático.

Tercio sustenta que a ciência do Direito contemporâneo é essencialmente prática, pois o seu problema central, e ponto de partida, é a decidibilidade dos conflitos. E tal ciência, além de prática, é considerada dogmática, uma vez que se baseia na aceitação incontroversa de determinados pontos de partida, que são os dogmas jurídicos (Direito posto e positivado), sem os quais não se pode alcançar a decidibilidade jurídica dos conflitos.²⁰

Daí a importância que Tercio atribui à dogmática jurídica, a qual classifica em três modelos: dogmática analítica, dogmática hermenêutica e dogmática da decisão. A *analítica* volta-se a identificar o Direito, extremando-o do “não-Direito”. Considerando que a *dogmática analítica*, apesar de identificar o Direito, deixa em aberto o problema de como entender este Direito que fora identificado, entra em ação, neste momento, a *dogmática hermenêutica*, cujo objetivo é o de entender o Direito na perspectiva da teoria da interpretação. Por último, após devidamente identificado e entendido o Direito, chega-se à terceira modalidade de dogmática, a *dogmática da decisão*, que se subdivide em “dogmática da aplicação do direito (aspecto interno)” e “teoria dogmática da argumentação jurídica (aspecto externo)”.²¹

A dogmática da decisão, por tratar de como se obtém a “decisão prevalecte”, é, portanto, a que apresenta maior interesse no presente trabalho.

19 SOTELO, , op. cit., p. 350.

20 SAMPAIO, op. cit., p. 83-89.

21 *Ibidem*, p. 88-92.

Deveras, segundo Tercio, que a finalidade última da decisão é absorver a *insegurança*, o que não significa eliminar o conflito, mas sim transformá-lo, impedindo sua continuação:

Absorção de insegurança significa, pois, que o ato de decidir transforma incompatibilidades indecidíveis em alternativas decidíveis, ainda que, num momento subsequente, venha a gerar novas situações de incompatibilidade eventualmente até mais complexas que as anteriores. Absorção de insegurança, portanto, nada tem a ver com a ideia mais tradicional de obtenção de harmonia e consenso, como se em toda decisão estivesse em jogo a possibilidade de *eliminar-se* o conflito. Ao contrário, se o conflito é incompatibilidade que exige decisão é porque ele não pode ser dissolvido, não pode acabar, pois então não precisaríamos de decisão, mas de simples opção que já estava, desde sempre, implícita entre as alternativas. Decisões, portanto, absorvem insegurança, não porque eliminem o conflito, mas porque o *transformam*.²²

E, para transformar o conflito, o órgão decisório vale-se, muitas vezes, da argumentação jurídica, a qual, por envolver um “pensar problemático”, pode paradoxalmente gerar certa insegurança, à primeira vista, nos seus destinatários. Tal insegurança deve ceder, contudo, ao traço de racionalidade que deve orientar a argumentação jurídica:

Argumentar significa, em sentido lato, fornecer motivos e razões dentro de uma forma específica. Captando o pensamento jurídico em sua operacionalidade, Viehweg assinala, pois, que a decisão jurídica aparece, nesse sentido, como uma discussão racional, isto é, com um operar racional do discurso, cujo terreno imediato é um problema ou um conjunto deles. O pensamento jurídico de onde emerge a decisão deve ser, assim, entendido basicamente como “discussão de problemas”.²³

É exatamente essa abordagem – acerca da racionalidade da argumentação – o ponto que será melhor explorado no capítulo final do presente ensaio.

²² SOTELO, , op. cit., p. 327.

²³ Ibidem, p. 338.

2 AS PECULIARIDADES DO STARE DECISIS NORTE-AMERICANO

A marca do constitucionalismo norte-americano é a “*Rule of Law*” e o republicanismo (forma republicana de governo), que são os dois pilares básicos do modelo político que vigora nos EUA até os dias atuais.²⁴

A “*Rule of Law*” tem origem em Aristóteles e Cícero, passando pela Magna Carta. Os fundadores norte-americanos a consideravam um dogma essencial. Revolucionários como Thomas Paine e John Adams insistiam, em seus escritos pró Declaração de Independência, que a *Rule of Law* era a condição *sine qua non* do auto-governo. O Juiz Scalia afirmou, no caso *Morrison v. Olson*, 487 U.S. 654, 697 (1988): “*It is the proud boast of our democracy that we have ‘a government of laws and not of men.’*”²⁵

Tal princípio inspirou diversos dispositivos constitucionais que desaprovam leis que não têm aplicabilidade geral ou leis que não são prospectivas, como, por exemplo, as cláusulas do devido processo legal na quinta e décima quarta emendas, a cláusula de igual proteção na décima quarta emenda, e as proibições de imposição de pena sem julgamento, de criação de leis com efeitos retroativos (*ex post facto*), leis de exceção (*Bill of attainders*) ou que alterem obrigações previstas em contratos, conforme consta do artigo I, seção 10, da Constituição.²⁶

Já o segundo pilar do constitucionalismo norte-americano, a forma republicana de governo, é “a filosofia política fundamental da Constituição” (Baker, 2003, p. 6). Segundo consta da presente obra, quando o patriarca Benjamin Franklin foi perguntado por um espectador o que a Constituição havia trazido ao povo norte-americano, ele respondeu: “*a Republic, if you can keep it*”. Afastada a possibilidade de se instaurar uma monarquia, a Constituição, uma vez redigida na Convenção Constitucional de 1787, realizada na Filadélfia, e posteriormente ratificada por cada um dos Estados-membros, inicia afirmando, em seu preâmbulo: “Nós, o povo dos Estados Unidos [...]”. Tudo a reforçar a proposta de um autogoverno, ou seja, um governo pelo povo e para o povo, a dar-se mediante uma democracia representativa

24 BAKER, Thomas E.; WILLIAMS, Jerre S. *Constitutional Analysis in a Nutshell*. 2. ed. Thomson West: 2003. p. 3.

25 *Ibid.*, p. 4.

26 *Ibid.*, p. 5.

(mediante representantes, e não, como na Grécia Antiga, diretamente pelo povo).

De acordo com a 10ª Emenda, as competências atribuídas à União estão expressamente previstas na Constituição, cabendo aos Estados as competências residuais, salvo aquelas consideradas pela Suprema Corte como decorrentes dos “poderes implícitos” que tocam à União a partir da “*Supremacy Clause*” e do “*Grant of judicial Power*”.

Eis a redação da 10ª Emenda: “*The powers not delegated to the United States by the Constitution, nor prohibited by it to the States, are reserved to the States respectively, or to the people.*”.

Disputas acerca do federalismo são constantes desde o início da Convenção da Filadélfia até os dias atuais. Aliás, foi a principal razão da Guerra Civil Americana (1860/1865). Nas palavras ditas pelo Juiz Chase três anos após o armistício, “*The Constitution, in all its provisions, looks to an indestructible Union, composed of indestructible States*” (Texas v. White, 74, U.S. (7 Wall.) 700, 725 (1868)).²⁷

O surgimento da própria Constituição traz em si notas da tensão que os Estados temiam vivenciar em relação à União. Como exemplo disso, o art. VI da Constituição prevê que a União deveria garantir débitos estaduais contraídos em momento anterior à promulgação da Carta, o que demonstra ter havido um pacto entre os Estados e o Poder Central, por meio do qual este assumiria certos encargos estaduais em troca da parcela de poder que lhe seria outorgada pelos Estados.

A própria possibilidade de a Suprema Corte rever atos dos Estados que contrariem a Constituição ou Leis Federais, o chamado *judicial review*, é manifestação dos “poderes implícitos” que são conferidos, à União e seus tribunais em detrimento dos Estados, pela *Supremacy Clause*, prevista no art. VI, seção 2, que prevê:

This Constitution, and the Laws of the United States which shall be made in pursuance thereof; and all treaties made, or which shall be made, under the authority of the United States, shall be the supreme law of the land; and the judges in every state shall be bound thereby, anything in the constitution or laws of any state to the contrary notwithstanding.

²⁷ Ibid., p. 11.

Com base nestes “poderes implícitos”, a Suprema Corte decidiu, em 1819, que era constitucional a lei que havia criado o *Central Bank* (Banco dos Estados Unidos) norte-americano. Conforme relata o Professor Godoy²⁸, o caso *McCulloch v. Maryland*, de 1819, fundamentou a teoria dos poderes implícitos no constitucionalismo norte-americano. O Estado de Maryland tributou em US\$ 15.000 os bancos que funcionavam no Estado sem alvará específico de funcionamento do próprio Estado. Era o caso do Banco dos Estados Unidos, que, sem o recolhimento de tais valores, funcionava no Estado de Maryland. O gerente da agência de Baltimore, James McCulloch, recusou-se a pagar o tributo. A Suprema Corte de Maryland manteve a imposição. McCulloch apelou para a Suprema Corte. O Juiz Marshall observou que, além dos poderes enumerados na Constituição, havia outros implícitos no próprio texto, de competência do Congresso. Se o governo federal tem objetivos e responsabilidades, deve deter os meios para realizar seus fins. Tratava-se do princípio da supremacia nacional, que justificaria a teoria dos poderes implícitos, também chamada “teoria dos poderes resultantes”. Embora não houvesse autorização expressa para que a União criasse bancos, implícita estava sua necessidade, por imperativo de ordem pública. O Congresso detém competência implícita para criar bancos e qualquer lei estadual que direta ou indiretamente limitasse tal competência seria inconstitucional. O Estado de Maryland, cobrando impostos, não poderia restringir aplicação de lei federal. O Estado não poderia tributar instrumentos do governo federal, concepção que justificará a teoria tributária da imunidade fiscal. Anulou-se, assim a lei estadual de Maryland que tributava o Banco Federal. O caso, portanto, estabeleceu e firmou limitação implícita na autoridade dos Estados.

Também o caso *Gibbons v. Ogden*, de 1824, dá os contornos do conceito norte-americano indicativo de supremacia de lei federal. Em 1815, Aaron Ogden, ex-governador do Estado de Nova Jersey, comprou direitos de explorar a navegação comercial entre os portos de Nova Iorque (no estado de Nova Iorque) e Elisabeth Town (no Estado de Nova Jersey). Quatro anos depois, processou seu ex-sócio Thomas Gibbons porque este passou a explorar linha com o mesmo itinerário, desrespeitando os direitos que Ogden comprara, garantidos pelas leis do Estado de Nova Iorque. Gibbons argumentou que licença federal lhe autorizava a operar com barcos em qualquer lugar nos Estados Unidos. A Corte de Nova Iorque, por decisão do Juiz Kent, rejeitou a tese de

28 GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Notas sobre o Direito Constitucional Norte-Americano*. Disponível em: <http://www.arnaldogodoy.adv.br/publica/notas_sobre_o_direito_constitucional_norte_americano.html>.

Gibbons, que apelou para Suprema Corte. Esta reconheceu a supremacia da lei federal em face da lei estadual, garantindo a Gibbons o direito de operar com seus barcos, na linha Nova Iorque/Elisabethtown. Segundo Marshall, era claro o texto constitucional: o Congresso teria poderes para regular o comércio com nações estrangeiras, entre os Estados e com as tribos indígenas (Constituição, Seção 8, inciso 3). Aos Estados eram reservados poderes para legislar em tema de comércio interno. A Linha Nova Iorque/Elisabethtown ligava dois estados (Nova Iorque e Nova Jersey), exigindo competência normativa federal. Trata-se de mais uma aplicação da já citada cláusula de comércio interestadual (*interstate commerce clause*).

Portanto, desde a introdução do *judicial review* no sistema estadunidense, que tem por função assegurar a supremacia da Constituição, verifica-se que os precedentes no *stare decisis* Norte-Americano não têm a mesma força vinculante que se observa nos precedentes britânicos, além de outras razões apontadas por Sotelo, das quais se destacam:

En ese contexto resultó más fácil admitir tempranamente el poder de *overruling* para poder revocar una precedente decisión, anulándolo como precedente por considerarlo erróneo, o incluso el poder de redefinirlo o formularlo mejor sin anularlo formalmente (*overstatement*).

[...]

Como ya se ha dicho antes, no debe olvidarse la influencia del factor universitário. La formación universitaria de los juristas norteamericanos, a diferencia de Inglaterra, milito en contra de la aceptación mecánica de todo precedente, que supone en definitiva aceptar la imposición de una regla burocrática.²⁹

Mas, tanto os norte-americanos, quanto os ingleses, quando interpretam a lei, não se valem da analogia nem interpretação extensiva, as quais têm lugar apenas na interpretação dos precedentes (*case law*). Tal postura se deve, historicamente, à desconfiança com que os juízes viam os atos emanados do Legislativo, os quais, no entender dos magistrados, limitariam seu poder de criar o Direito para o caso concreto.³⁰

29 SOTELO, , op. cit., p. 364.

30 Palestra ministrada pelo Professor Thomas Golden no Curso de Introdução ao Direito Americano, promovido pela Thomas Jefferson School of Law em parceria com a Escola da Advocacia-Geral da União,

Considerando que a Constituição Norte-Americana é sintética, pouco ou nada estabelecendo a respeito de uma plêiade de importantes assuntos que diuturnamente batem às portas do Judiciário, à Suprema Corte tem sido reservado o papel de construir o arcabouço jurídico a partir do qual a interpretação constitucional deve ser norteada. Assim se deu, por exemplo, no julgamento, em 1973, do caso em que se reconheceu às mulheres o direito ao aborto (*Roe v. Wade*, 410 U.S. 113), pois não havia qualquer dispositivo constitucional expresso neste sentido. A Suprema Corte aplicou ao caso a proteção à intimidade e a cláusula do devido processo legal, entendendo, assim, que a penalização do aborto feria tais postulados constitucionais.

Conforme alertam Thomas E. Baker e Jerre S. Willians³¹, os tribunais federais em geral, e a Suprema Corte em particular, contribuíram muito para o robustecimento do esquelético art. III da Constituição, ao crescer-lhe um extenso corpo de precedentes e anotações bem fundamentadas que passaram a servir de norte aos intérpretes constitucionais. Na verdade, a Constituição é tão enxuta, que a Suprema Corte é o único tribunal criado diretamente por ela, cabendo ao Congresso a criação das demais Cortes Federais. Entretanto, em que pese o laconismo da Constituição Norte-Americana, qualquer interpretação deve partir de um texto, ainda que este seja sucinto.

É isso o que defendem os citados autores e o próprio Neil MacCormick (conforme se verá mais adiante). Afirmam Thomas E. Baker e Jerre S. Willians:

Constitutional analysis ought and does begin with the text. Every student and every interpreter of the Constitution is a documentarian. [...] Always start with the text. But our study of constitutional law requires some appreciation for the historical and philosophical context of the Constitution.³²

As formas mais comuns de interpretação constitucional na tradição estadunidense são, em livre tradução, construídas sobre as seguintes bases: literal (*text*), original (*original understanding*), histórica (*history and*

no período de 07 a 28 de janeiro de 2012, na cidade de San Diego, Estado da Califórnia, Estados Unidos da América.

31 BAJER; WILLIANS, , op. cit., p. 28.

32 Ibid., p. 1.

tradition), estrutural (*structure*), jurisprudencial (*precedent or doctrine*) e moral (*philosophy or moral reasoning*).³³

Historicamente pode se falar de duas correntes hermenêuticas no constitucionalismo norte-americano. Um certo ativismo, próprio dos adeptos da corrente denominada *living breathing view*, marcou a atitude de juízes construtivistas, mais identificados com o partido democrata e divorciados de correntes originalistas (*original intent*). Os construtivistas pretendem leitura contemporânea do texto constitucional norte-americano, subsumindo-o à realidade, que exigiria a intervenção do judiciário, na consecução da justiça social. Em contrapartida emerge corrente mais identificada com o pensamento republicano, de feição conservadora, e que defende uma leitura minimalista do texto constitucional, originalista ao extremo, supostamente fiel à vontade do legislador que detinha o poder constituinte originário e empiricamente marcada por interpretação literal da constituição norte-americana.

Não se enquadrando em nenhuma dessas correntes mais extremadas (originalismo e ativismo), Herbert Wechsler³⁴ defende que a *judicial review* de atos legislativos somente se dê em casos nos quais as exigências procedimentais e jurisdicionais se façam presentes, de modo que, nestes casos, os tribunais têm não só o poder, mas também o dever, de decidir os casos constitucionais com base em raciocínios e análises que transcendam o resultado imediato. Vale dizer, Herbert Wechsler sustenta uma teoria principiológica que não seja casuística (*ad hoc*), nem consequencialista.

Para tanto, Wechsler critica a posição do juiz americano Learned Hand³⁵, segundo a qual os Tribunais só deveriam exercer a autoridade suprema sobre a interpretação constitucional quando isso fosse necessário para a sobrevivência do Estado, ocasião em que o Judiciário serviria de árbitro entre os outros poderes.

Segundo Wechsler³⁶, Learned Hand teria afirmado, em tradução livre:

33 BAKER; WILLIAMS, op. cit., p. 334-335.

34 WECHSLER, Herbert. *Toward Neutral Principles of Constitutional Law*. Harvard Law Review, v. 73, nº 1, nov., 1959. p. 1-35.

35 Como exemplo da posição de Learned Hand, cita-se a decisão proferida pela Suprema Corte no famoso caso Brown, de 1954, ao interpretar a cláusula constitucional da igualdade de proteção como abrangente da proscrição da segregação racial nas escolas públicas.

36 *Ibid.*, p. 3.

Quando a Constituição emergiu da Convenção em setembro de 1787, a estrutura do governo proposto, se se olhar para o texto, não permitiu inferir-se que as decisões da Suprema Corte e, por conseguinte, das cortes inferiores, fossem impositivas em relação ao Executivo e ao Legislativo”; e “de outro lado, era provável – se de fato não fosse certo –, que, sem algum árbitro cuja decisão deveria ser final, o sistema como um todo colapsaria, por ser extremamente improvável que o Executivo ou o Legislativo, uma vez tendo decidido, se submetessem ao posicionamento contrário de outro departamento, mesmo das cortes.

Wechsler afirma, porém, que sua discordância em relação ao Juiz Learned Hand não é insolúvel, pois a cláusula da supremacia, constante do art. VI, § 2º, da Constituição Norte-Americana, pode ser aplicada para, ao invés de limitar o poder jurisdicional, ampliá-lo. Assim, os condicionamentos impostos pela posição de Hand para manter íntegra a referida cláusula de supremacia, tais como a exigência de que a Constituição Federal prevaleça sobre as demais normas, podem, ao revés, ser utilizados como cláusula aberta para o alargamento da jurisdição, a qual poderia acabar exercendo um papel político, o que Wechsler condena.

A busca de um método jurídico de objetividade tão plena quanto possível e a neutralidade do intérprete é o que motiva as críticas feitas por Wechsler a algumas decisões proferidas pela Suprema Corte e ao ativismo judicial, procurando, assim, diferenciar a atuação do Judiciário e a dos outros dois poderes, pois o que caracteriza as decisões judiciais é a necessidade de que sejam fundadas em princípios coerentes e constantes, e não em atos de vontade ou sentimento pessoal.

Discorda de que a interpretação das leis esteja sujeita a um “teste de virtude”, para verificar se o resultado imediato limita ou promove seus próprios valores e crenças, pois quem julga com os olhos no resultado imediato e em função das próprias simpatias ou preconceitos regride ao governo dos homens e se afasta do governo das leis.

As decisões constitucionais devem ser motivadas, cabendo aos tribunais expor os autênticos fundamentos (princípios neutros) de seus julgados e desenvolver claramente cada fase do raciocínio que conduziu ao resultado produzido. A impossibilidade de se chegar a uma objetividade plena não minimiza a necessidade de uma objetividade possível, de modo que a interpretação não seja uma atividade discricionária (tal como a

criação de direitos pelo ativismo) ou mecânica (de viés originalista), mas um produto da interação entre o intérprete e o texto. A neutralidade se dilui em muitos aspectos, entre os quais a imparcialidade (ausência de interesse imediato na questão) e a impessoalidade (atuação pelo bem comum).

Mas a neutralidade exige, ainda, que o intérprete não seja influenciado por questões consequencialistas, tais como o resultado que pretende obter com a interpretação. Para tanto, o juiz deve manter-se vinculado não só ao texto, mas especialmente à história da Constituição, sem legitimação para erigir direitos novos, não autorizados nos mandamentos constitucionais, porquanto, se os constituintes de Filadélfia realmente quisessem delegar aos juízes essa função criativa, tal como na prática efetivamente se fez pelo trabalho da Suprema Corte, na trilha de John Marshall, teriam conferido à Nona Emenda redação autorizativa, que expressamente outorgasse à Suprema Corte o poder de acrescentar direitos ao texto constitucional, considerando a filosofia, a ética e a moral ou, ainda, as ideias dominantes do governo republicano. Entretanto, como isso não foi feito, nos casos em que a Constituição não contém uma opção moral ou ética, o juiz não pode utilizar seus próprios princípios ideológicos para rechaçar a decisão da coletividade expressa na lei, fruto da política, com a qual não se confunde a jurisdição. Daqui se poderia extrair dura crítica a Dworkin.

Concluindo a visão de Wechsler, o que caracteriza as decisões judiciais, diferenciando-as dos atos praticados pelos outros dois poderes, é a necessidade de que sejam fundadas em princípios coerentes e constantes, e não em atos de política ou de mera vontade pessoal. Daí por que Wechsler discorda, com veemência, daqueles que sujeitam a interpretação da Constituição e das leis ao referido ‘teste de virtude’, haja vista que, se alguém toma decisões levando em conta o fato de que a parte envolvida é um sindicalista ou um contribuinte, um negro ou um separatista, uma empresa ou um comunista, terá que admitir que pessoas de outras crenças ou simpatias possam, diante dos mesmos fatos, julgar diferentemente, o que é o mais profundo problema do constitucionalismo, o chamado julgamento *ad hoc*.

O sistema da *Common Law*, que vigora nos países de origem anglo-saxônica, é caracterizado por privilegiar a força dos usos e costumes em sua tradição jurídica, formando complexas regras consuetudinárias e deixando a lei como vetor norteador de segundo plano, ao contrário do que se observa nos países que, como o Brasil, seguiram o legado

deixado pelo Direito Romano e que integram o sistema da *Civil Law*, ou Romano-Germânico.

Aquele sistema, que se orienta pelo direito consuetudinário, revela-se, por um lado, mais dinâmico na criação do Direito, já que se inspira, para tanto, primordialmente nas orientações emanadas das decisões concretas proferidas pelos Tribunais nos casos que se apresentam diariamente.

Neste sentido escreve Luís Kietzmann, verbis:

Historicamente, pode-se afirmar que o sistema da *common law* decorre da atividade prática dos tribunais de justiça na Inglaterra durante o século XIX, de modo que a experiência, consolidada nos reiterados julgamentos, é que se firmou como fonte elementar do Direito naquele país. Deste modo, por razões sociais e históricas, houve a formação de um sistema jurídico dinâmico, em que o ordenamento normativo decorre de uma imediata resposta dos julgadores à realidade social, deixando em segundo plano, portanto, o processo legislativo formal.³⁷

Esse caráter dinâmico pode ser atribuído ao fato de inexistir, desde logo, um repositório normativo pelo qual as questões devam ser apreciadas. Dessa forma, o direito material define-se empiricamente, na medida em que as questões são levadas à apreciação dos julgadores, que constroem a solução valendo-se de um método indutivo (partindo do particular para o geral), ao contrário do que se dá no sistema romano, em que a solução é engendrada a partir da norma geral em direção ao caso específico (método dedutivo).

Por outro lado, contudo, se não houver uma constante atenção por parte dos julgadores no que tange às especificidades dos casos que lhe são rotineiramente submetidos à apreciação, esse sistema pode acabar deixando de ser assim tão dinâmico, dado o risco de que não se faça a devida distinção (*distinguishing*) entre o precedente norteador e o caso que está sob julgamento. Afora isto, tal sistema, para que se mantenha dinâmico, deve também sempre estar aberto à possibilidade de superação (*overruling*) dos seus precedentes, sempre que estes passem a se mostrar inadequados face às mudanças pelas quais passa a sociedade.

37 KIETZMANN, Luís Felipe de Freitas. Da uniformização de jurisprudência no direito brasileiro. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 1124, 30 jul. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8701>>. Acesso em: 10 jun. 2010.

Aliás, a própria doutrina que embasa o Sistema Comum – denominada *stare decisis* (forma abreviada da expressão latina *stare decisis et non quieta movere*³⁸ – ficar como foi decidido e não mover o que está em repouso) – reflete, por sua origem semântica, o mencionado risco de empedernimento do sistema jurídico.

Michael J. Gerhardt, no capítulo VI da obra *The Power of Precedent* (Oxford University Press, 2008), faz menção a chamados “súper precedentes”, entendidos estes como as decisões, judiciais ou não, que, por terem sido citadas com tanta frequência pelas Cortes e outras autoridades, acabaram se incorporando ao Direito e à cultura jurídica em geral, ainda que não previstas expressamente em lei ou em algum precedente específico. Exemplos de “súper precedentes”, dados por Gerhardt, são as práticas fundantes (como o judicial review, pelo Judiciário, e o poder de veto, pelo Presidente da República, das leis por ele reputadas inconstitucionais) e a doutrina sobre a fundação (incorporação).

Várias são, entretanto, as críticas que se fazem à vinculação que o *stare decisis* representa para o sistema constitucional.

Lawrence B. Solum³⁹ destaca, no cenário jurídico estadunidense, dois conjuntos de críticas que se apresentam no debate alusivo à constitucionalidade do *stare decisis*: o primeiro conjunto circunscreve-se à visão realista / instrumentalista que se pode ter do precedente; o segundo abarca a doutrina da Suprema Corte Norte-Americana segundo a qual esta teria poderes ilimitados para superar (overrule) a sua própria decisão anterior.

De acordo com o Realismo / Instrumentalismo⁴⁰ – o qual, sendo avesso a qualquer tipo de amarras, prega a resolução dos casos de forma casuística, ou seja, com base em argumentos de política / economia⁴¹ ou em ponderação de interesses –, o *stare decisis* seria uma forma de Positivismo (“legal formalism”), e por isso deveria ser rejeitado, eis que inimigo da Constituição viva (“living constitution”).

38 SEIGLER, Timothy John. *Understanding Original Intent and Stare Decisis: Two Methods of Interpreting the Establishment Clause*. *Educational Administration Quarterly* 2003; 39: 208. downloaded from: <http://eaq.sagepub.com> at CAPES on September 30, 2008. p. 224.

39 SOLUM, Lawrence B. *The Supreme Court in Bondage: Constitutional Stare Decisis, Legal Formalism, and the Future of Unenumerated Rights*. Illinois Public Law and Legal Theory Research Papers Series. Research Paper n° 06-12, november 30, 2006. p. 155-160.

40 Livre tradução de Realism / Instrumentalism.

41 Poder-se-ia citar como exemplo de doutrina instrumentalista a “Análise Econômica do Direito”.

Já de acordo com a segunda corrente de críticas, o *stare decisis* é questionado diante da fragilidade de sua vinculação quando o tema seja de natureza constitucional. Assim, o precedente representaria nada mais que uma mera presunção de que o entendimento originalmente adotado é o correto, presunção esta que poderia ser afastada caso a Suprema Corte superasse o entendimento anterior. O precedente, dessa forma, vincularia apenas as instâncias inferiores, porém não a própria Suprema Corte, a qual somente estaria vinculada à Constituição e ao seu significado, de sorte que o precedente que contrariasse uma norma constitucional deveria ser desconsiderado.

Tais críticas, contudo, sofreram recente revés. De acordo com Thomas Healy⁴², uma Turma do Tribunal Federal de Apelação da 8ª Região dos Estados Unidos entendeu, no caso *Anastasoff v. United States* (julgamento realizado no ano de 2000, Relator o Juiz Richard S. Arnold), que a doutrina do *stare decisis* está tão incrustada no *common law* que os fundadores deste sequer poderiam conceber um poder judicial que não estivesse balizado por aquela doutrina. Assim, a Turma assentou ser contrária ao art. III da Constituição, que institui o Poder Judiciário, a prática forense de prolatar decisões que não venham a gerar efeitos vinculantes para o futuro, bem como a de deixar de publicar os fundamentos de suas decisões, pois tais práticas contornariam a exigência formulada pelos fundadores da Constituição no sentido de impor limites à discricionariedade judicial, de diferenciá-la da atividade legislativa e de inibir o abuso do poder conferido à magistratura federal.

Nos termos do voto-condutor, “when the Constitution vested the judicial Power of the United States in the federal courts, it necessarily limited them to a decision-making process in which precedent is binding”. O Relator entendeu, porém, que é até possível que os Tribunais superem alguns precedentes, desde que, ao fazê-lo, justifiquem publicamente tal superação mediante fundamentos que sejam convincentemente claros.

Thomas Healy afirma que este entendimento teve a virtude de trazer à tona uma discussão até então pouco agitada, tanto no meio acadêmico, quanto nos Tribunais, os quais, aliás, quase em sua totalidade, incorrem naquelas práticas condenadas pelo referido julgamento proferido no caso *Anastasoff v. United States*. Todavia, no mérito, o autor discorda deste posicionamento, colocando em dúvida o argumento, utilizado

42 HEALY, Thomas. *Stare Decisis as a constitutional requirement*. *West Virginia Law Review*. Morgantow. v. 104, 2001. p. 43-122.

neste julgamento, de que o *stare decisis* fora concebido originalmente pelos fundadores da Constituição e de que seja parte inarredável desta, servindo-lhe como mecanismo do sistema de checks and balances. Não nega que o *stare decisis* possa, teoricamente, até ser considerado uma exigência constitucional, mas afasta a inconstitucionalidade das decisões que não gerem efeitos vinculantes prospectivos⁴³, já que o *stare decisis* não pode ser visto como um fim em si mesmo, senão como meio para resguardar importantes valores no ordenamento jurídico.

Como se vê, a doutrina do precedente judicial, conquanto possa ser academicamente questionada como mecanismo absoluto que estrutura o sistema judiciário norte-americano e o diferencia do civil law, é, sem sobra de dúvida, um importantíssimo vetor voltado a preservar princípios como a estabilidade, a previsibilidade e a certeza. Tal como observa Lawrence B. Solum, a adoção dessa doutrina não significa renúncia, pelos juízes, ao seu dever de analisar criticamente as particularidades de cada caso, pois tal comportamento equivaleria a estabelecer-se uma “jurisprudência mecânica” (*mechanical jurisprudence*), segundo a qual os precedentes seriam dotados de um poder mágico para, por si sós, solucionar os casos sem a necessidade de que o juiz procedesse a uma análise crítica e procurasse dar a solução racionalmente correta que é exigida. A fundamentação racional que deve estar presente em qualquer julgado, bem como o forçoso cotejo que deve haver entre o precedente utilizado e a Constituição, são exigências inafastáveis do ponto de vista do devido processo legal, ainda que se adote um sistema no qual os órgãos judiciários devem prestar deferência (nunca absoluta) à doutrina do *stare decisis*.

H. P. Monaghan⁴⁴ afirma que, quando em uma sociedade, como a norte-americana, certas decisões judiciais lhe são centrais, a sua revisão / superação provavelmente implicará ameaça à legitimidade do próprio sistema de controle judicial (*judicial review*).

Não obstante o relevo com que é tratado o Direito Judicial nos EUA, também lá as fontes formais e primordiais do Direito são a Constituição,

43 O autor adverte que, mais importante do que garantir que uma decisão forme oficialmente um precedente - e assim tenha efeitos prospectivos -, é garantir que ela seja bem fundamentada e amparada na *rule of law*, o que preserva o ordenamento e poupa o tempo dos Tribunais na publicação de decisões que formam precedentes. Propõe, na p. 114, que só seja atribuído efeito de precedente às decisões que se enquadrem em pelo menos uma das treze tipologias elencadas (por exemplo, que reveja um entendimento da própria Corte ou que reforme uma decisão inferior já publicada).

44 Apud SIEGLER, op. cit, p. 224.

leis e tratados, ficando em terceiro lugar, no plano hierárquico, as “decisões judiciais”, que podem ser divididas em “meramente interpretativas” (*case Law interpreting enacted Law*) e “integrativas” (*common Law caselaw*).

Por fim, há pensadores, como Daniel Farber e Suzanna Sherry⁴⁵, que contestam qualquer tentativa de se unificar teorias ou de se criar uma “*foundational idea*” que se aplique a todo o Direito Constitucional. Tais autores sustentam que nenhuma uma grande teoria pode abarcar integralmente a história constitucional norte-americana e nem garantir segurança jurídica. Preferem, ao revés de se filiar a teorizações jusfilosóficas, ater-se ao modo pelo qual a Constituição é concretamente implementada pelas autoridades estatais, no melhor estilo *pragmático*.

Todavia, a perspectiva de Neil MacCormick, como se verá mais adiante, no capítulo final deste trabalho, volta-se a fornecer caminhos tendentes a minimizar as incertezas que rondam a interpretação e o fenômeno decisório.

3 BREVE NOTA SOBRE A CONTRIBUIÇÃO KELSENIANA

Segundo Kelsen⁴⁶, se a ordem jurídica conferisse a qualquer pessoa competência para decidir uma questão jurídica, dificilmente se formaria uma decisão judicial que vinculasse as partes envolvidas. Por isso, a questão somente pode ser decidida pelo próprio tribunal competente ou por um tribunal superior.

Para Kelsen, no que tange à sindicabilidade dos atos legislativos, o grande inconveniente do sistema norte-americano de controle constitucionalidade é que este não está atribuído exclusivamente a uma Corte Constitucional, de modo que a revisão judicial da legislação só se torna possível em um processo subjetivo, ou seja, em um processo no qual a constitucionalidade da lei não é o seu objeto, senão apenas questão prejudicial.

Por isso, Kelsen entende que o controle exercido pelo Judiciário estadunidense é falho na tentativa de assegurar, de modo uniforme e concentrado, a constitucionalidade da legislação, ainda que o *stare decisis* possa contribuir na vinculação dos tribunais inferiores:

45 FARBER, Daniel A.; SHERRY, Suzanna. *Desperately seeking certainty: the misguided quest for constitutional foundations*. The University of Chicago Press, Ltd, 2002.

46 KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1987. p. 284.

De acordo com a Constituição dos Estados Unidos, a revisão judicial da legislação só é possível dentro de um processo cujo objetivo principal não seja estabelecer se uma lei é ou não constitucional. Essa questão pode surgir apenas incidentalmente, quando uma das partes sustentar que a aplicação de uma lei num caso concreto viola de modo ilegal os seus interesses porque a lei é inconstitucional. Assim, em princípio, apenas a violação de um interesse de uma parte pode colocar em movimento o procedimento de revisão judicial da legislação. O interesse na constitucionalidade da legislação, contudo, é um interesse público que não necessariamente coincide com o interesse privado das partes envolvidas; trata-se de um interesse público que merece ser protegido por um processo correspondente à sua condição especial.⁴⁷

Assim, Kelsen atribui o controle de constitucionalidade de forma exclusiva a um só tribunal, de modo que não caiba aos juízes singulares apreciar a constitucionalidade das leis, mas sim remeter tal apreciação ao Tribunal Constitucional (consoante a reforma de 1929⁴⁸), a quem caberá pronunciar-se com eficácia erga omnes e efeito vinculante.

Segundo Luís Roberto Barroso, este modelo se expandiu notavelmente após a 2ª Guerra Mundial, com a instalação de tribunais constitucionais em inúmeros países da Europa continental.⁴⁹

Porém, Kelsen provoca celeuma quando afirma:

47 KELSEN, Hans. O controle judicial de constitucionalidade: um estudo comparativo das Constituições austríaca e americana. In: *Jurisdição Constitucional*. Tradução do alemão de Alexandre Krug, Tradução do italiano de Eduard Brandão, Tradução do Francês de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 311-312.

48 Esclarece Binenbojm que “o sistema austríaco, nos seus primórdios, era inteiramente desvinculado dos casos concretos, uma vez que os juízes e tribunais não apenas não tinham competência para decidir, incidentalmente, as questões de constitucionalidade surgidas nos processos de sua alçada, como também não estavam legitimados a submetê-las à Corte Constitucional para que esta exercesse o controle que lhes era vedado.” No entanto, “Com a reforma constitucional de 1929, o art. 140 da Constituição austríaca é alterado para ampliar o elenco de legitimados para a deflagração do controle perante a Corte Constitucional, nele incluindo os tribunais de segunda instância (a Corte Suprema para causas civis e penais e a Corte Suprema para causas administrativas). Tais órgãos jurisdicionais, no entanto, não podem arguir a questão de constitucionalidade mediante ação direta – como os outros legitimados – mas apenas em via incidental, isto é, no curso de um processo que se esteja desenvolvendo e para cuja decisão seja relevante o deslinde da controvérsia sobre a constitucionalidade da lei federal ou estadual.” (BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumento de realização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 38).

49 BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 44.

O fato de a ordem jurídica conferir força de caso julgado a uma decisão judicial de última instância significa que está em vigor não só uma norma geral que predetermina o conteúdo da decisão judicial, mas também uma norma geral segundo a qual o tribunal pode, ele próprio, determinar o conteúdo da norma individual que há de produzir. Estas duas normas formam uma unidade. Tanto assim que o tribunal de última instância tem poder para criar, quer uma norma jurídica individual cujo conteúdo se encontre predeterminado numa norma geral criada por via legislativa ou consuetudinária, quer uma norma jurídica individual cujo conteúdo não se ache deste jeito predeterminado mas que vai ser fixado pelo próprio tribunal de última instância.⁵⁰

E, em arremate, aduz que “Uma decisão judicial não pode – enquanto for válida – ser contrária ao Direito (legal)”⁵¹, porquanto:

Se o controle da constitucionalidade das leis é reservado a um único tribunal, este pode deter competência para anular a validade da lei reconhecida como “inconstitucional” não só em relação a um caso concreto, mas em relação a todos os casos a que a lei se refira – quer dizer, para anular a lei como tal. Até esse momento, porém, a lei é válida e deve ser aplicada por todos os órgãos aplicadores do Direito.⁵²

Com base nisso, Kelsen reconhece que é consideravelmente limitada a possibilidade de predeterminar, através de normas gerais criadas por via legislativa ou consuetudinária, as normas individuais que hão de ser produzidas pelos tribunais. Porém, na sua visão, este fato não justifica a concepção segundo a qual, antes da decisão judicial, não haveria Direito algum, a ideia de que todo Direito é Direito dos tribunais, de que não haveria sequer normas jurídicas gerais, mas apenas normas jurídicas individuais.⁵³

Como se vê, apesar de Kelsen negar que as normas jurídicas individuais possam existir independentemente das normas jurídicas gerais, ele não consegue descrever, de modo convincente, o mecanismo pelo qual as normas jurídicas gerais logram, de modo racional,

50 KELSEN, , op. cit., p. 285.

51 Ibid., p. 286.

52 Ibid., p. 290.

53 Ibid., p. 297.

predeterminar o conteúdo das primeiras, sem que o julgador incorra em decisionismos. Aliás, para Kelsen, as decisões são atos de vontade, e não inferências ou atos de cognição, o que o levou a negar qualquer tipo de lógica das normas ou do pensamento normativo.

A doutrina neoconstitucional se levanta contra a afirmação de que “o conteúdo da norma jurídica individual está predeterminado pela norma jurídica geral”, pois, segundo o neoconstitucionalismo, a lei geral e abstrata não tem o poder de determinar, de antemão, o conteúdo da norma que regerá o caso concreto, especialmente no que tange às peculiaridades que o podem excepcionar do âmbito de aplicação daquela previsão geral.

Insurge-se, outrossim, contra as afirmações de que o “o tribunal pode criar uma norma individual cujo conteúdo não esteja predeterminado pela norma geral”, pois o reconhecimento deste decisionismo implicaria afronta ao devido processo legal e à segurança jurídica.

Para o Neoconstitucionalismo, uma das missões da Teoria da Argumentação Jurídica (TAJ) consiste em analisar a racionalidade que inspira o raciocínio jurídico, a racionalidade que deve presidir o trânsito desde uma disposição legal à interpretação resultante em um caso concreto por parte de um juiz. Este trânsito é denominado por Peczenik como “salto” ou “transformação”, já que a passagem de um enunciado normativo para a sua interpretação / aplicação ao caso concreto não tem um caráter abertamente lógico, já que não é uma simples consequência lógico-dedutiva. Quanto mais difícil for um caso, maior será este “salto” ou “transformação”. Há quem sustente que todos os casos são difíceis, porque todos os casos são, pelo menos teoricamente, capazes de provocar controvérsia. Todos os casos são problematizáveis teoricamente. No entanto, a realidade é que na prática do Direito todos temos a sensação de que há casos que provocam discrepâncias sérias, enquanto que outros se resolvem de forma rotineira, como se não houvesse a menor sombra de dúvida acerca de como se teria que decidir. Do que foi dito, caberia deduzir que teoricamente todos os casos são difíceis, mas na prática se deve distinguir entre casos fáceis e casos difíceis. Em outras palavras, a distinção entre casos fáceis e casos difíceis se mantém em um nível pragmático.

As modernas teorias da argumentação jurídica pretendem reforçar o papel da razão em sentido forte no campo da argumentação jurídica. A TAJ atual é uma aposta na racionalidade no discurso jurídico frente

às correntes irracionistas. As circunstâncias que favoreceram o auge da TAJ moderna são muitas, entre as quais o majoritarismo cínico, o libertarismo inadequado, o relativismo ético, o pseudo-freudianismo, o dedutivismo inapropriado, o determinismo ideológico e o cientificismo.

A proposição de MacCormick⁵⁴ finca suas raízes na realidade das decisões judiciais, para construir a partir de sua análise, uma teoria da argumentação. Certamente são muitos os traços que singularizam a teoria standard da argumentação jurídica em relação às antigas teorias da argumentação jurídica às quais já me referi. No entanto, caberia insistir em dois aspectos fundamentais nos quais a teoria atual pretende superar as proposições prévias a fim de reforçar a racionalidade da argumentação jurídica. O primeiro aspecto relevante é constituído pela assunção por parte da teoria *standard* da distinção entre contexto de descoberta e contexto de justificação. O segundo elemento a ressaltar vem aqui representado pela delimitação da justificação interna e a justificação externa.

O realismo jurídico baseou grande parte de sua análise do Direito na concepção do raciocínio judicial como um processo psicológico. A argumentação realista chegou a essa concepção a partir de uma desvalorização da capacidade justificadora do sistema jurídico, depreciação baseada em uma atitude profundamente contrária à idéia de sistema jurídico do positivismo. A ideia de sistema jurídico pressupõe a existência de um conjunto de normas vinculadas entre si por algum tipo de relação, especialmente por relações lógicas.

A distinção entre contexto de descoberta e contexto de justificação resgata, historicamente, aquela outra contraposição entre *inventio* e *iudicium* que oferecera Cícero. Como vimos no contexto da descoberta aparecem as motivações de ordem psicológica ou sociológica que condicionaram um conhecimento científico ou, em nosso caso, uma determinada resolução judicial ou argumentação jurídica. Partindo do contexto de justificação se prescinde do processo mental que conduziu à decisão. Em outras palavras, no contexto da descoberta encontramos *causas*, enquanto que no contexto de justificação encontramos *razões*.

Portanto, a questão não é como se chega a uma decisão jurídica, mas apenas se essa decisão é justificável juridicamente.

54 Com base em sua principal obra: MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito*. Tradução de Conrado Hübner. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MacCormick faz distinção entre uma “justificação de primeira ordem” e uma “justificação de segunda ordem” (*second order justification*). A justificação de primeira ordem reproduz a interna e a de segunda ordem a externa. A justificação externa pretende cobrir a lacuna de racionalidade que se verifica nos “saltos” ou “transformações”. Por isso, “o próprio campo da interpretação é a justificação externa”. O critério da dificuldade dos casos na realidade se refere ao problema da aplicação da lógica ao Direito e a seus limites. O critério do caráter externo das premissas evoca o problema dos limites entre Direito e moral e a questão da discricção judicial. Vejamos estes problemas separadamente.

Segundo este critério, é justificação interna a justificação lógico-dedutiva de um raciocínio jurídico e é justificação externa a parte do raciocínio jurídico que não apresenta caráter lógico-dedutivo. O problema básico se origina no fato de que a lógica trata com proposições, isto é, orações às quais cabe predicar verdade ou falsidade. No entanto, as normas não são verdadeiras nem falsas. A norma expressa mediante o enunciado: “Abra a porta!” não é verdadeira nem falsa. Podemos dizer dela que é: *eficaz* se se cumpre, *válida* se a emite uma autoridade competente mediante procedimento apropriado, ou *justa* se é moralmente correta. Consequentemente, a lógica, vinculada aos valores de verdade ou falsidade, não poderia ser aplicada às normas.

A lógica, ciência formal por excelência, não pode pretender abarcar a totalidade dos problemas que estuda a filosofia jurídica, pela razão trivial de que só nos pode oferecer respostas de caráter formal e não de caráter substantivo. Isto significa que as questões substantivas requerem algo mais do que o mero recurso aos métodos da lógica. A lógica é uma ferramenta útil, mas insuficiente. Isto não diz nada contra essa disciplina, mas somente confirma seu caráter formal. Se se olhar para o passado, sua importância foi notavelmente incrementada com o auge da filosofia analítica; se se olhar para o futuro, sua importância será crescente com o desenvolvimento de sistemas expertos. Neste sentido, a aversão para com a lógica jurídica é injustificada, como também o seria a pretensão de reduzir a questões puramente lógico-formais todas aquelas que ocupam a teoria da interpretação.

4 O APPROACH ARGUMENTATIVO DE NEIL MACCORMICK

O professor Donald Neil MacCormick ocupa a cátedra de filosofia do Direito em Edimburgo (Escócia) e é um seguidor do legado intelectual de H.L.A. Pertence à cultura jurídica da *common law*, é seguidor de Hart

e da filosofia de Hume. Parte das decisões dos tribunais para induzir os princípios gerais de sua teoria.

O autor escocês destaca quatro grandes problemas que concernem a uma justificação meramente interna, dois deles se situam na premissa normativa e os outros dois na premissa fática. Reitero esta questão para introduzir os critérios de resolução que propõe e para destacar alguma particularidade que adquirem estes problemas na cultura jurídica anglo-americana. Os problemas da premissa normativa são os problemas de relevância e interpretação. Os problemas da premissa fática são de prova e de qualificação dos fatos.

MacCormick, para dar conta dos problemas interpretativos, com exclusão das questões de fato, propõe como critérios gerais de resolução uma exigência de racionalidade geral, que é a coerência, um princípio da tradição utilitarista, que é o consequencialismo, e, finalmente, um princípio fundamental da razão prática kantiana, que é o princípio da universalidade.

Quando passa a tratar do valor-verdade, MacCormick refuta a visão kelseniana de que, sendo as normas atos de vontade, estas não poderiam servir de premissas para um raciocínio lógico em qualquer sentido forte ou estrito. E a refuta argumentando que as formas assertivas e descritivas de vocalizar algo, ao contrário do que se dá com as formas imperativas de vocalização, têm, sim, valor-verdade, podendo, portanto, ser objeto de juízos de verdade ou falsidade. Há distinção entre os atos que são praticados ou que ocorrem em determinado momento – que não podem ser taxados de verdadeiros ou falsos – e as afirmações que se fazem sobre os estados de coisas que resultam desses atos e que perduram por algum tempo, já que essas afirmações podem ser verdadeiras ou não, tal como o marcador de combustível que não retrata o verdadeiro estágio em que se encontra o nível da gasolina, por exemplo.

Da mesma forma repele a “teoria da verdade-correspondência”, a qual chama de ingênua por estabelecer que somente é possível atribuir-se valor-verdade a elementos que possuam algum tipo de correspondência exata a um estado de coisas encontrável no mundo fenomenológico. MacCormick socorre-se, para tanto, da noção de “fatos institucionais”, os quais são *“aqueles que dependem não apenas de certos eventos ou ocorrências físicas que supostamente devem ter ocorrido, mas também de uma interpretação desses (e/ou de outros) eventos ou ocorrências em termos de algum conjunto*

estável de normas (tanto institucionais ou convencionais) de conduta ou de discurso”⁵⁵.

Assim, a teoria dos fatos institucionais, embora condizente com a noção de que as normas jurídicas não possuem valor-verdade, possibilita que se atribua valor-verdade às afirmações descritivo-interpretativas do Direito. E, na transformação de fatos brutos em fatos institucionais, o estabelecimento de uma determinada proposição jurídica no processo será tão mais verdadeira quanto mais coincidir efetivamente com aquilo que o mundo real apresenta, de sorte que a verdade jurídica (convencional por excelência, já que é verdadeira para os fins de um processo judicial) possa se aproximar de uma verdade para todos os propósitos.⁵⁶

MacCormick esclarece que a argumentação jurídica não fornece toda a informação requerida para a justificação de pretensões ou decisões judiciais, mas apenas utiliza um processo dedutivo a partir de premissas, de modo que, sendo o raciocínio jurídico uma modalidade da lógica predicativa ordinária, tanto as premissas, quanto as conclusões dela extraídas, devem ser justificadas por argumentos práticos ou retóricos, conforme se exija, em cada caso, uma argumentação prática (que exige virtudes como sabedoria, humanidade e bom-senso), ou uma argumentação dedutiva.

Embora MacCormick não seja um formalista, ele busca encontrar um método que proveja segurança à tomada de decisão judicial, um critério racional que demonstre, a partir da interpretação argumentativa do texto escrito, ter o juiz prolatado a melhor decisão para o caso concreto, sem que incida, com isso, no chamado pragmatismo jurídico.

Ensina Alfonso García Figueroa⁵⁷ que o pensamento de MacCormick se insere em um universo de ideias que surge em 1978, ano de publicação das duas obras capitais da teoria da argumentação jurídica europeia continental e anglo-americana, respectivamente: *Teoría de La argumentación jurídica*, de Robert Alexy, e *Legal Reasoning and Legal Theory*, de Neil MacCormick. Consoante o referenciado autor espanhol, ambas as obras superaram todo um corpo de teorias precursoras dos anos cinquenta e influíram poderosamente sobre os trabalhos posteriores

⁵⁵ MAKCORMIC, op. cit., p. 87.

⁵⁶ Ibid., p. 96.

⁵⁷ FIGUEROA, Alfonso García. Uma Primeira Aproximação da Teoria da Argumentação Jurídica. In: *Argumentación en el Derecho*. 2. ed. Peru: Paletra, 2005. p. 49-101.

de autores como Aarnio, Peczenik e Atienza. Estas teorias insistiram sobre a insuficiência que representa tanto uma concepção puramente formalista da argumentação jurídica, quanto uma concepção realista que reduz a aplicação do Direito a simples expressões de emoções.

A teoria da argumentação tenta situar-se em um ponto médio que parte da possibilidade de uma análise racional dos processos argumentativos, mas também reconhece as limitações que esta análise apresenta no mundo do Direito. Em todo caso, parece inquestionável que a justificação das decisões jurídicas, sua racionalidade, representa uma peça chave de todo discurso prático.

Mas o próprio MacCormick confessa que reviu alguns aspectos do pensamento que orientara a sua obra “Argumentação Jurídica e Teoria do Direito”, escrita em 1978, sobretudo por agora estar mais afastado do positivismo apresentado por Herbert Hart e do ceticismo moral ou não-cognitivismo derivado de David Hume. A argumentação tem caráter *persuasivo*, e não *demonstrativo*, o que revela uma verdadeira contribuição à “Nova Retórica” de Chaim Perelman, devendo-se entender por retórica “o estudo dos bons e maus argumentos”⁵⁸.

E a revisão de seu pensamento operou-se na obra *Retórica e o Estado de Direito* (a edição original em língua inglesa é de 1995), que serve de fio condutor ao presente trabalho.

O capítulo I desta sua principal obra⁵⁹ é iniciado com uma citação de parte da argumentação utilizada pelo Juiz Lord Nicholls no chamado “Caso dos Suspeitos de Terrorismo”, para que se traga à baila a importância dos argumentos jurídicos na discussão, por exemplo, sobre até que ponto o Estado de Direito deve ser mantido diante dos perigos contemporâneos do terrorismo.

A “Teoria Institucional do Direito” é a diretriz que norteia a visão pós-positivista pressuposta na obra de MacCormick, baseada na ideia de ordem normativa institucional, que tenta “*garantir a existência de julgamentos imparciais e respeitados em casos que envolvam disputa ou controvérsia acerca do significado de uma norma em um dado contexto*”

58 MACKORMICK; , op. cit., p. 7.

59 MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito*. Tradução de Conrado Hübner. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

*prático, ou que envolvam sua aplicação justa em um determinado caso*⁶⁰. Os critérios para tanto exigidos são a definição de: quais indivíduos, com quais qualificações, são competentes para agir como julgadores; quais as circunstâncias que os autorizam a exercer essa competência; e quais as formalidades de tipo processual que devem ser observadas para dar início ao processo de julgamento, para levá-lo adiante isento de quaisquer vícios e para chegar a uma conclusão na forma de decisão vinculante em relação àqueles a quem é endereçada.

Com a formação dessa versão institucional de ordem normativa, dois problemas surgem: o problema da *identidade* e o da *mudança*. O primeiro diz respeito à possibilidade de determinar, em qualquer momento, se uma norma particular ou disposição normativa é relevante e vinculante para os órgãos judicantes, para o que Hart sugere as “regras de reconhecimento” como critério de distinção das normas reconhecidas como de aplicação obrigatória. Já o problema da *mudança* surge da necessidade sentida pelos seres humanos de ajustar suas expectativas a um ambiente natural, tecnológico e social em mudança, o que exige a definição de quais indivíduos, com quais qualificações, são competentes para atuar de modo a alterar as normas em vigor, bem como quais as circunstâncias que os autorizam a exercer essa competência e quais as formalidades de tipo processual que devem ser observadas para dar início ao processo de criação de normas, para levá-lo adiante isento de quaisquer vícios e para chegar a uma conclusão.

Já no capítulo II da sua principal obra, que, como visto acima, será explorada ao longo do presente ensaio, MacCormick desenvolve a Retórica como a disciplina por meio da qual se deve tentar uma reconciliação convincente ou um reequilíbrio entre os dois lugares-comuns (caráter argumentativo do Direito e o *Rule of the Law*) em aparente contradição.

Como já se disse anteriormente, MacCormick, revendo significativamente seus posicionamentos anteriores, aproxima-se de Dworkin, principalmente porque ambos refutam o caráter demonstrativo dos argumentos jurídicos, em que pese entenderem que isso não seja empecilho para que tais argumentos possam ser considerados sólidos, em um contexto no qual um argumento sólido consiga genuinamente derrotar outro. Além disso, ambos encontram no Direito um aspecto moral, “já que é moralmente relevante que as pessoas tenham um corpo de regras comuns disponível para propósitos tais como regular a alocação

60 Ibid., p. 4.

de riquezas entre as pessoas e lidar com problemas de coordenação complexos (como é o tráfico (sic) de veículos automotores nas estradas e ruas atuais)” (p. 18).

A retórica não é uma ciência exata, mas sim uma habilidade prática, que depende, entretanto, de conhecimento e aprendizado, já que o Direito é uma “profissão erudita” (p. 20). E, como um “freio fundamental” (p. 23) para o processo de reconciliação dos dois lugares-comuns, MacCormick, seguindo a tese sugerida por Alexy, concebe a argumentação jurídica como um tipo especial do raciocínio prático geral, de modo que aquela, assim como este, precisa, por conseguinte, conformar-se às condições de racionalidade e razoabilidade que se aplicam a todas as espécies de razão prática, de modo que não haja asserções desprovidas de razões. Esta é, portanto, uma vertente limitada do caráter argumentativo do Direito, pois confinada à consideração daquilo que é racionalmente defensável.

Por isso, do ponto de vista da razão prática, a persuasão imediata e concreta de um argumento não é necessariamente a mesma coisa que sua efetiva adequação, visto que se exige a persuasão de uma instância decisória racional (“auditório universal”, na expressão de Chaim Perelman), e não apenas de um júri em particular. De outro lado, MacCormick também aponta para a significativa contribuição de Theodor Viehweg, que, inspirando-se em Aristóteles, prestigiou a importância dos *topoi*, ou lugares-comuns, nos argumentos retóricos, que funcionam como ponto de partida para a argumentação.

O caráter dinâmico do Estado de Direito exige que o seu ideal não seja tomado isoladamente enquanto mera promessa de certeza e segurança jurídicas, mas que seja também ilustrado pelo direito de defesa e pela importância de “deixar tudo aquilo que é contestável ser contestado” (p. 42). Esse caráter dinâmico não impede, porém, que a argumentação jurídica seja em algum sentido “silogística”, ainda que isso possa causar arrepios a autores realistas como Dewey, Holmes Jr. e Llewellyn.

Daí Thomas Bustamante delinear, com precisão, os traços distintivos entre a postura positivista em geral e a de MacCormick no que tange ao papel da certeza jurídica:

Unlike the positivists who place legal certainty as the only value secured by the Rule of the Law, MacCormick believes that the proclaimed “argumentative character of law” is something to be

celebrated in democratic societies, for it is deeply entrenched in the ideal of the Rule of Law. The recognition of the Rule of Law as a political ideal implies the recognition of law's domain as the "*locus of argumentation*". Although the principle of the Rule of Law is oriented towards the value of legal certainty, this value is not only one. Rationality and justice also figure among the basic values which form the basic ideal of the Rule of Law.⁶¹

Com efeito, qualquer petição jurídica é uma tentativa de construir um silogismo jurídico, quer em sistemas de *civil law*, quer na *common law*, uma vez que sempre se parte, por coerência, de uma premissa maior e universal, limitando-se, assim, o horizonte de uso de argumentos em princípio não-dedutivos (retóricos). No *common law*, as premissas para o silogismo são mais fracas e provisórias do que as argumentações formuladas a partir de leis escritas, o que não impede, porém, que os argumentos utilizados a partir de fontes não-codificadas busquem estar amparados em silogismos derivados de premissas, porquanto "a retórica mais eficiente será provavelmente aquela que se fundamenta em uma clara compreensão das implicações lógicas desse processo" (p. 57).

Concluindo-se, qualquer pretensão jurídica (acusação ou ação civil) pressupõe alguma concepção de "universalizabilidade" (p. 63).

Além de defender a "universalizabilidade", MacCormick também exalta o silogismo, pontuando que este se aplica caso a caso, e não de modo a pressupor que o Direito seja um sistema axiomático, ou governado por regras estritas, como no xadrez⁶², no qual todas as possibilidades estariam predefinidas necessariamente nas regras. As fontes de Direito irão quase sempre conter alguns elementos explicitamente contraditórios, cabendo às decisões judiciais tentar resolver tais contradições à medida que elas surgem, e não pressupor que elas não existam ou que sejam meramente aparentes. Neste sentido o recurso aos silogismos é uma parte necessária da retórica da justificação do Direito, já que o respeito ao princípio do Estado de Direito exige observância às regras do Direito.

61 BUSTAMANTE, Thomas. Comment on Petroski – On MacCormick's Post-Positivism. In: *German Law Journal: Review of Developments in German, European and International Jurisprudence*. v. 12, n. 02, p. 713, 2011.

62 ATRIA, Fernando diferencia "instituições autônomas", que constituem certas atividades, como os jogos, e se aplicam necessariamente de forma absoluta, e "instituições regulatórias", tais como o Direito, que, sendo intrinsecamente excepcionáveis (defeasible), regulam atividades que, de outro modo, ficariam sem sentido. Nota de rodapé da p. 70.

Em defesa do deducionismo, MacCormick repele as objeções que lhe são aventadas. A primeira delas é a objeção kelseniana, segundo a qual as decisões são atos de vontade, e não inferências ou atos de cognição, o que levou Kelsen a negar qualquer tipo de lógica das normas ou do pensamento normativo que pudesse assegurar justiça no caso concreto.

MacCormick sustenta que, embora não haja relação de dedução ou inferência entre a decisão e a razão justificadora, esta razão deve derivar argumentativamente de premissas apropriadas, em homenagem à concepção de Estado de Direito.

No capítulo 5 (“Universais e Particulares”), o autor escocês deixa claro que, conquanto defenda enfaticamente a universalização como algo essencial à justificação no campo da argumentação prática (da qual a argumentação jurídica é uma espécie), não nega que as razões particulares devam sempre existir para decisões particulares, sem que se sobrevalorize, contudo, o caráter particularista do julgamento. A jurisprudência não necessita ser mecânica.

As razões têm que ser universalizáveis, de modo a que correspondam a uma resposta racional em um sentido objetivo. Isso não significa, porém, que tais razões tenham caráter absoluto, até porque sempre estarão sujeitas a exceções e qualificações até então não cogitadas. Mas, mesmo os casos singularíssimos, tais como aquele das gêmeas siamesas Jodie e Mary (p. 119), que dificilmente (para não dizer nunca) se repetirão, devem ser vistos pelo Direito como um caso típico, como uma situação afirmada de modo universal, pois, se não for possível, para outros casos idênticos, afirmar a razão que justificou a resolução daquele caso único, também essa razão não poderia ter sido afirmada neste caso. Características relevantes que aparecem em outro caso podem alterar a solução dada, mas a exceção é válida apenas se tiver também a mesma qualidade universal.

Distinção relevante que se faz é entre “universalização” e “generalização”. Quando uma universalidade excepcional ocorre, ela dá lugar a generalizações descritivas sobre o Direito, do tipo “nas disputas sobre guarda, a custódia é quase sempre entregue à mãe” (p. 124). Entretanto, essas generalizações são muito pouco úteis, pois, ao contrário da universalidade, não podem ser utilizadas como uma condição de justificação na argumentação. Assim, “universal” contrasta com “particular”, pois são propriedades lógicas, enquanto que “geral” contrasta com “particular”, por serem propriedades quantitativas

(admitem diferenças de grau). Conclui-se que não há justificação sem universalização, já que fatos particulares, para que possam ser razões justificadoras, têm que ser universalizados, ainda que a proposição universal respectiva seja reconhecidamente excepcionável (*defeasible*).

Retomando o exemplo dado no capítulo 4, relativo ao caso *R. v Dudley*, evocado para ilustrar o ditado antigo segundo o qual “casos difíceis produzem um mau Direito”, que retrata a exortação no sentido de que os juízes se abstivessem de “distorcer” o Direito em face de situações individuais excepcionalmente duras, MacCormick adverte que a única forma plausível de estabelecer uma exceção adequada à tipificação do homicídio seria uma sentença judicial, ou, segundo o termo utilizado por Coleridge, a declaração de um princípio jurídico que autorizasse as pessoas cujas vidas estivessem em perigo imediato a julgarem se deveriam matar outra vítima inocente desse mesmo perigo de modo a salvarem suas vidas. O exemplo dado é aquele em que as pessoas que mataram o membro mais fraco de um grupo de náufragos para beber seu sangue, na suposição equivocada de que não seriam resgatadas, tiveram posteriormente sua pena de morte por homicídio convertida em prisão perpétua, ficando presas por apenas uns seis meses depois de seu julgamento. Neste caso, para abrandar o rigor da punição e, ao mesmo tempo, não distorcer o Direito e também não *criar um precedente que pudesse no futuro ser usado por certas pessoas acusadas de homicídio*, o Juiz Presidente da Inglaterra entendeu por se valer de benesses como o indulto e a graça.

O que assusta nesse princípio universalista é a possibilidade lógica de que ele se transforme em norma capaz de governar casos futuros, pois a adoção daquele princípio criaria uma regra segundo a qual a defesa daqueles acusados pudesse também ser admitida em qualquer outro caso similar de extrema necessidade. De forma semelhante, no caso das gêmeas siamesas, a operação para separá-las não poderia ser justificada sem uma regra segundo a qual tal operação fosse possível sempre que circunstâncias raras se colocassem justificando uma cirurgia capaz de salvar a vida de uma irmã à custa da vida da outra.

O Capítulo 8 (“Usando Precedentes”) foca-se na importância dos precedentes como razão (1) para promover um tratamento igual a casos iguais e um desigual a casos desiguais, bem como (2) para assegurar um sistema jurídico imparcial que faz a mesma justiça a todos, independentemente de quem forem as partes do caso e de quem o esteja julgando. Uma terceira razão para aderir-se a precedentes seria

a economia de esforço por parte de juízes e de advogados, os quais não teriam de realizar novo esforço argumentativo sobre as mesmas circunstâncias, visto que tal esforço é considerado como já realizado anteriormente, a menos que surjam elementos especiais a demandarem reconsideração.

O direito jurisprudencial (*case Law*) – sistema no qual não apenas o Legislativo, mas também o Judiciário produz o Direito –, mesmo nos países do *common law*, não é em regra puro, pelo menos atualmente, pois acaba tomando a forma de interpretações explicativas da lei (glosas ou comentários). E, mesmo nos sistemas em que o precedente é vinculante, há partes na decisão que não são vinculantes, mas apenas persuasivas. Estas, conhecidas como *obiter dicta*, são “opiniões que vão além dos pontos necessários para a decisão do caso particular” (p. 193). Já o elemento forte de um precedente é chamado *ratio decidendi*, definido por MacCormick (*Legal Reasoning*, p. 215) como “*uma justificação formal explícita ou implicitamente formulada por um juiz, e suficiente para decidir uma questão jurídica suscitada pelos argumentos das partes, questão sobre qual uma resolução era necessária para a justificação da decisão no caso*” (p. 203).

Para uma teoria mais formalista do precedente, este somente pode ser afastado se se mostrar que a nova decisão é mais coerente com a linha central do desenvolvimento jurídico, que seria a mais justa do que a decisão do precedente ou que produziria consequências preferíveis àquelas que seriam geradas pela adoção do precedente.

E, para mitigar a abertura excessiva da justificação jurídica, MacCormick propõe o atrelamento da justificação às regras jurídicas como forma de reduzir o campo de argumentação entre as partes e da deliberação judicial. Assim, filia-se a Kant, ao propor a sujeição a um sistema jurídico comum a todos para, só assim, poder universalizar racionalmente máximas de ação. E, da mesma forma, filia-se a Alexy, ao buscar combater a indeterminação onipresente da razão prática geral através da busca de modos mais determinados de argumentação interpessoal sobre questões práticas, como o recurso ao Direito e às preocupações específicas da argumentação jurídica. Assim, demonstra-se que a exigência de universalizabilidade tem o condão de conectar a justificação jurídica com a justificação em geral.

A lei não é a *ratio*. Esta é o que a Corte afirma como interpretação correta da lei, ou seja, é a solução do juiz, e não qualquer regra da qual sua conclusão dependa. Na aplicação da *ratio*, o processo de justificação

deve ser visto como implicação, e não como afirmação, da proposição jurídica universal, o que denota que, se determinados fatos ocorrem, então determinada decisão deve ser tomada, levando-se em consideração, para tanto, apenas os fatos considerados juridicamente relevantes, e não todos os fatos que subjazem à *quaestio juris*. E são assim considerados relevantes aqueles fatos que o juiz representa como fatos em razão dos quais ele chega à sua decisão, de modo que o que é universalizado é a máxima da decisão tomada pelo juiz, e não apenas a máxima que poderia emergir dos fatos comprovados. Os fatos, portanto, nem sempre são tomados pelo juiz tais como são, mas sim “*vistos pelo prisma de certas descrições fáticas padronizadas*” (p. 210), segundo o que se denominou “método de Goodhart”, o qual é um corolário importante da teoria de MacCormick, segundo ele mesmo admite. Isso significa que outros fatos, não levados em conta pelo juiz, teriam o condão de modificar a solução proposta ou, até mesmo, de redesenhar a *ratio* anteriormente estabelecida, já que se trata de “*regras dotadas de exceções incapazes de serem previstas de forma exaustiva*”⁶³, conforme citação que MacCormick faz de Herbert Hart.

A primazia de princípios e valores sobre regras expressas é uma questão de julgamento, de sorte que algum grau de discricionariedade está envolvido na subjetividade judicial, embora MacCormick defenda, para arrepio dos realistas e dos particularistas, que há fatores objetivos envolvidos na tomada da decisão judicial, ainda que esta seja “determinada”, e não “deduzida”.

No embate entre particularistas e universalistas, MacCormick fica ao lado destes últimos, porque há de haver uma razão, pelo menos *prima facie*, que sirva de norte às expectativas que as pessoas possuem sobre determinada disposição jurídica ou contratual, como no exemplo da promessa, dado na pág. 323. Para os particularistas, como Jonathan Dancy, o fato de alguém ter feito uma promessa não é sempre uma razão para executar o ato prometido, porquanto, em sua visão, não haveria nenhuma regra universal segundo a qual promessas devem ser cumpridas, de sorte que uma promessa particular somente poderia ser uma razão para executar o ato prometido se certas condições habilitadoras estivessem presentes e se algumas desabilitadoras estivessem ausentes.

Não obstante, para os universalistas, como MacCormick, uma promessa particular é uma razão para executar o ato prometido, até porque não é possível que se enumerem exaustivamente todas as

63 MacCormick, *Ibid.*, p. 328.

exceções possíveis para cada regra ou cada promessa. Amparando-se em Hart, afirma-se que uma regra que termina com “*a menos que...*” é, ainda, uma regra (ver nota de rodapé da p. 327). O que é universal e excepcionável (*defeasible*) não deixa, por causa da sua excepcionabilidade, de ser universal.

No mesmo sentido se posiciona Thomas Bustamante ao defender que:

O requisito da universalidade das normas jurídicas não é, em absoluto, incompatível com a superabilidade das regras. Quando se introduz uma exceção em uma norma jurídica, esta exceção deverá constituir a hipótese de incidência de uma nova norma introduzida pelo julgador no caso concreto. Essa norma deverá ser enunciada em termos universais e aplicada a todos os casos semelhantes, a menos que haja fortes razões em sentido contrário. [...] Se uma exceção a uma determinada regra jurídica não puder ser universalmente estabelecida, essa exceção não poderá ser justificada de forma correta.⁶⁴

Verifica-se, a partir dessa noção, que a razão inspiradora de determinado precedente, seja no *Common Law*, seja no sistema codificado, não perde sua densidade argumentativa e seu caráter de universalidade pelo simples fato de ser superada por uma exceção vindoura, haja vista aquela *ratio* continuará sendo válida nos casos em que tal exceção não se faça presente. E o mesmo deve ser dito da própria exceção que impôs a superabilidade daquela razão universal, já que tal exceção também deverá, ela mesma, ser universalmente estabelecida, sem prejuízo do fato de que venha a aplicar-se apenas a algumas situações específicas, ditas excepcionais, por serem capazes de superar / excepcionar uma razão universal. Com essa abordagem, afasta-se em definitivo qualquer tipo de particularismo.

Ao tratar “sobre questões de opinião”, MacCormick rejeita a visão cognitivista, no seu entender ingênua, acerca da qualidade intrinsecamente melhor ou pior dos argumentos. Entende, ao revés, que a filiação a uma corrente ou outra na tomada de decisão em casos difíceis é uma mera questão de opinião ou de julgamento, não uma questão do que o julgador vê simplesmente porque tal decisão está ou não diante dos

64 BUSTAMANTE, Thomas. Conflitos Normativos e Decisões Contra Legem: Uma Nota sobre a Superabilidade das Regras Jurídicas. In: AS NOVAS FACES DO ATIVISMO JUDICIAL. *JusPODIVM*, 2011. p. 120-121.

seus olhos. Isso é assim porque o Direito não é a única disciplina ou arte prática na qual os especialistas mais altamente qualificados podem ter diferentes opiniões sobre os casos difíceis, pois o mesmo se observa na medicina, na engenharia, na contabilidade etc.

O desacordo sobre um caso concreto, longe de ser abrangente e universal de todo o sistema jurídico, é focado, episódico e local. Para resolver tais desacordos interpessoais, a única solução apropriada é a adoção de um procedimento decisório razoável, seja por maioria, seja por unanimidade⁶⁵ dos membros de um Tribunal.

Ao abordar os precedentes, MacCormick ensina que, para a “teoria declaratória”, a tarefa dos juízes não é produzir o Direito, mas sim apenas declarar o que ele é, e aplicá-lo como ele é. Como única alternativa para contornar tal teoria, a “visão decisionista” propõe que o que a Corte decidiu é correto porque a Corte assim decidiu, e não porque ela teria declarado ou descoberto o que já era o direito aplicável ao caso concreto.

MacCormick opõe-se ao modelo decisionista, o qual foi fortemente adotado por Kelsen. Em contrapartida, enaltece a teoria de Dworkin, a qual, na década de 1970, desafiou a tese de que “não há resposta certa”, tese esta que chegou a ter como adeptos juristas como Hart e o próprio MacCormick.

MacCormick, revendo seu posicionamento anterior, agora se filia à tese, também seguida por John Finnis, de acordo com a qual “desenvolver o Direito é diferente de criar o Direito no sentido legislativo, e está sujeito a argumentos racionalmente persuasivos que usam materiais do Direito estabelecido” (nota de rodapé da p. 358).

Isso não significa, porém, que não haja casos em que a razoabilidade não determinará finalmente a solução da controvérsia. Em tais casos, não haverá outro recurso senão atribuir o poder de decidir definitivamente a alguma pessoa dotada de autoridade, cujo pronunciamento deverá ser aceito por todos, ainda que esta solução não seja autocertificadora e racionalmente indefectível.

Por tratar-se de uma questão de julgamento, algum grau de discricionariedade está envolvido na subjetividade judicial, embora

⁶⁵ Na França, por exemplo, as cortes colegiadas (p. 331) não permitem a prolação de votos dissidentes, para que não se prejudique a confiança da população na clareza e na certeza da lei.

MacCormick defenda, para arripio dos realistas jurídicos, que há fatores objetivos envolvidos na tomada da decisão judicial, ainda que esta seja “determinada”, e não “deduzida”. E, como visto no capítulo 12, no embate entre particularistas e universalistas, MacCormick fica ao lado destes últimos, porque há de haver uma razão, pelo menos *prima facie*, que sirva de norte às expectativas que as pessoas possuem sobre determinada disposição jurídica ou contratual. Para os particularistas, o fato de alguém ter feito uma promessa não é sempre uma razão para executar o ato prometido, porquanto, em sua visão, não haveria nenhuma regra universal segundo a qual promessas devem ser cumpridas, de sorte que uma promessa particular somente poderia ser uma razão para executar o ato prometido se certas condições habilitadoras estivessem presentes e se algumas desabilitadoras estivessem ausentes.

E, para que a decisão não seja arbitrariamente “determinada”, lança-se mão da argumentação jurídica, a dar-se de modo racional.

Robert Alexy⁶⁶ cita uma decisão do Tribunal Constitucional alemão na qual este enfatizou a necessidade de que se clarifique o que se deve entender por “argumentação racional”, ao decidir que “*o Direito... não se identifica com o conjunto de leis escritas*”, de sorte que o juiz não está constrangido pela Lei Fundamental a aplicar ao caso concreto as indicações do legislador dentro dos limites do sentido literal possível. Deve o juiz, ao contrário, decidir fundamentado em uma argumentação racional, já que a lei escrita não cumpre a função de resolver um problema jurídico de forma justa, carecendo que o seu aplicador preencha tal lacuna de modo não-arbitrário.

Como se vê, as teorias de Alexy e MacCormick têm uma considerável semelhança.

Não obstante, há uma importante distinção, conforme afirma Manuel Atienza⁶⁷, no sentido de que “(a)mbos percorreram o mesmo caminho, porém em sentidos opostos”. Isso significa que a distinção se dá em virtude de Alexy partir da generalidade do discurso prático para posteriormente introduzir-se no mundo do Direito, enquanto que a proposição de MacCormick finca suas raízes na realidade das

66 ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. 2. ed. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2005. p. 53.

67 ATIENZA, Manuel. O Direito como Argumentação. Traduzido por Eduardo Moreira e extraído da *Revista Jurídica da Faculdade Nacional de Direito da UFRJ*, v. 1, n. 4, maio de 2010.

decisões judiciais, para construir, a partir de sua análise, uma teoria da argumentação racionalmente atrelada aos precedentes.

5 CONCLUSÃO

O caráter dinâmico do Estado de Direito exige que seu ideal não seja tomado isoladamente enquanto mera promessa de certeza e segurança supostamente ditadas por um silogismo jurídico, mas que seja também ilustrado pelo direito de defesa e pela importância dinâmica de deixar tudo aquilo que é contestável ser contestado, o que evidencia a insuficiência dos critérios declaradamente amparados no deducionismo lógico do texto legal como ferramentas idôneas a, por si sós, subsidiar a prolação da decisão judicial no caso concreto.

Esse caráter dinâmico não impede, porém, que a argumentação jurídica seja em algum sentido “silogística”, ainda que isso possa causar arrepios a autores realistas, os quais não acreditam que a jurisprudência possa ser pautada por critérios de racionalidade que, servindo de precedentes, devam ser seguidos pelo aplicador do Direito no momento de decidir um conflito.

No *Common Law*, as premissas para o silogismo são mais fracas e provisórias do que as argumentações formuladas a partir de leis escritas, o que não impede, porém, que os argumentos utilizados a partir de fontes não-codificadas busquem estar amparados em silogismos derivados de premissas, até porque “a retórica mais eficiente será provavelmente aquela que se fundamenta em uma clara compreensão das implicações lógicas desse processo”⁶⁸. MacCormick sustenta que, embora não haja relação de dedução ou inferência entre a decisão e a razão justificadora, esta razão deve derivar argumentativamente de premissas apropriadas, em homenagem à concepção de Estado de Direito.

Embora a jurisprudência não possa ser considerada fonte formal de direito nos sistemas jurídicos da *Civil Law*, observa-se uma inegável tendência no sentido de uniformizar a jurisprudência dominante mesmo no tronco romano-germânico, haja vista que a certeza e a segurança jurídica são consideradas vetores interpretativos caríssimos a qualquer dos sistemas de Direito contemporâneo.

68 MacCormick, op. cit., p. 57.

Um juiz ou tribunal não pode alterar arbitrariamente um critério já estabelecido pela jurisprudência (à qual cabe proporcionar a segurança jurídica na aplicação da lei), a menos que exponha, de modo racional e fundamentado, as razões jurídicas que animam a alteração daquele critério.

Viu-se que o poder da jurisprudência no *common law* deriva *ratione imperii* (por força ou em razão do império jurisprudencial), ao passo que, no *civil law*, aquele poder, salvo no caso de súmula vinculante, decorre da *imperio rationis* (em razão da força persuasiva do precedente, que se impõe racionalmente, e não hierarquicamente), motivo pelo qual são mais comuns as variações / trocas jurisprudenciais nos sistemas codificados. Outra diferença observada entre os dois sistemas é que, no *civil law*, é típico se acudir primeiramente aos precedentes mais recentes e atuais, porque refletem a posição mais contemporânea da Corte, partindo-se posteriormente para os mais antigos se houve alguma mudança radical; enquanto que no *common law* os precedentes mais valorizados são os mais antigos e decantados.

Apontou-se também que a tendência de acompanhar precedentes decorre de várias razões, entre as quais: a preferência do espírito humano em reproduzir critérios já enunciados; a força da inércia representada pela comodidade de se seguir uma via já aberta; a autoridade e a hierarquia exercida pelo órgão superior de onde emana a jurisprudência; e o princípio da igualdade, afinal, casos semelhantes devem ser decididos de modo semelhante (*like cases must be decided alike*).

Neil MacCormick, para dar conta dos problemas interpretativos que assolam a atividade jurisdicional, propõe aos juízes os seguintes critérios gerais de norteamento: uma exigência de racionalidade geral, que é a coerência; um princípio da tradição utilitarista, que é o consequencialismo; e, finalmente, um princípio fundamental da razão prática kantiana, que é o princípio da universalidade, de modo que as razões que orientam uma decisão judicial sejam universalizáveis, o que não significa, porém, que tais razões tenham caráter absoluto, uma vez que sempre estarão sujeitas a exceções e qualificações até então não cogitadas.

Assim, mesmo os casos singularíssimos devem ser vistos pelo Judiciário como um caso típico, como uma situação afirmada de modo universal, pois, se não for possível, para outros casos idênticos, afirmar a razão que justificou a resolução daquele caso único, também essa razão não poderia ter sido afirmada neste caso.

Defendeu-se que os precedentes – que ostentam papel de destaque nos EUA – fornecem razões para promover tratamento igual a casos iguais, e desigual a casos desiguais, bem como para assegurar um sistema jurídico imparcial que faz a mesma justiça a todos, independentemente de quem forem as partes do caso e de quem for o juiz que o esteja julgando. Além disso, verificou-se a economia de esforço na utilização de precedentes por parte de juízes e de advogados, os quais não teriam de realizar novo esforço argumentativo sobre as mesmas circunstâncias, visto que tal esforço é considerado como já realizado anteriormente, a menos que surjam elementos especiais a demandarem reconsideração.

Ao abordar os precedentes, MacCormick ensinou que, para a “teoria declaratória”, a tarefa dos juízes não é produzir o Direito, mas sim apenas declarar o que ele é, e aplicá-lo como ele é. Como alternativa para contornar tal teoria, Kelsen propôs que o que a Corte decidiu é correto porque a Corte assim decidiu (“visão decisionista”), e não porque ela teria declarado ou descoberto o que já era o direito aplicável ao caso concreto.

MacCormick, superando ambas tais teorias e revendo seu posicionamento anterior, agora se filia à tese segundo a qual desenvolver o Direito é diferente de criar o Direito no sentido legislativo, pois o desenvolvimento da solução jurídica está sujeito ao influxo de argumentos racionalmente persuasivos que usam, por sua vez, materiais do próprio Direito estabelecido.

Por fim, em defesa da universalizabilidade, viu-se que o que é excepcionável (*defeasible*) não deixa, por causa de sua excepcionabilidade, de ser universal e, portanto, passível de servir de *ratio* para os futuros casos semelhantes. Com efeito, o que se universaliza é justamente a *máxima* da decisão tomada pelo juiz no caso concreto. Em outros casos, porém, que possam apresentar peculiaridades significativas, caberá ao juiz levá-las em conta no momento da formulação da *ratio* que orientará a decisão para o novo caso, até porque as regras, a partir das quais a *ratio* universalizante é formada, são, como disse Hart, “*dotadas de exceções incapazes de serem previstas de forma exaustiva*”.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. 2. ed. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2005.

ATIENZA, Manuel. O Direito como Argumentação. Traduzido por Eduardo Moreira. *Revista Jurídica da Faculdade Nacional de Direito da UFRJ*, v. 1, n. 4, maio de 2010.

BAKER, Thomas E.; WILLIAMS, Jerre S. *Constitutional Analysis in a Nutshell*. 2. ed. Thomson West: 2003.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumento de realização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BUSTAMANTE, Thomas. Comment on Petroski – On MacCormick’s Post-Positivism. In: *German Law Journal: Review of Developments in German, European and International Jurisprudence*. v. 12, n. 02, 2011.

_____. Conflitos Normativos e Decisões Contra Legem: uma nota sobre a superabilidade das regras jurídicas. In: *As Novas Faces do Ativismo Judicial. JusPODIVM*, 2011.

FARBER, Daniel A.; SHERRY, Suzanna. *Desperately seeking certainty: the misguided quest for constitutional foundations*. The University of Chicago Press, Ltd, 2002.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2007.

FIGUEROA, Alfonso García. Uma Primeira Aproximação da Teoria da Argumentação Jurídica. Em: *Argumentación en el Derecho*. 2. ed. Palestra, Peru: 2005.

GERHARDT, Michael J. *The Power of Precedent*. Oxford University Press, 2008.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Notas sobre o Direito Constitucional Norte-Americano*. Disponível em: <http://www.arnaldogodoy.adv.br/publica/notas_sobre_o_direito_constitucional_norte_americano.html>.

GRAU, Eros Roberto. Interpretação do Direito. In: BARRETO, Vicente de Paulo (coord.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. Tradução de Cláudio Molz. São Paulo: Landy, 2004.

HEALY, Thomas. *Stare Decisis as a constitutional requirement*. West Virginia Law Review. Morgantow. v. 104, 2001.

KELSEN, Hans. O controle judicial de constitucionalidade: um estudo comparativo das Constituições austríaca e americana. In: *Jurisdição Constitucional*. Tradução do alemão de Alexandre Krug, Tradução do italiano de Eduard Brandão, Tradução do Francês de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. *Teoria Pura do Direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1987.

KIETZMANN, Luís Felipe de Freitas. Da uniformização de jurisprudência no direito brasileiro. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 1124, 30 jul. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8701>>. Acesso em: 10 jun. 2010.

MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito*. Tradução de Conrado Hübner. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. O constitucionalismo inglês. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 452, 2 out. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5768>>. Acesso em: 02 maio 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

SEIGLER, Timothy John. Understanding Original Intent and Stare Decisis: Two Methods of Interpreting the Establishment Clause. *Educational Administration Quarterly* 2003; 39; 208. downloaded from <<http://eaq.sagepub.com>> at CAPES on September 30, 2008.

SHELDON, Charles H. *Essentials of the American Constitution*. Albany: Westview, 2002.

SOLUM, Lawrence B. *The Supreme Court in Bondage: Constitutional Stare Decisis, Legal Formalism, and the Future of Unenumerated Rights*. Illinois Public Law and Legal Theory Research Papers Series. Research Paper n. 06-12, november 30, 2006.

SOTELO, José Luiz Vasquez. A jurisprudência vinculante na “common law” e na “civil law”. In: *Temas Atuais de Direito Processual Ibero-Americano*: compêndio de relatórios e conferências apresentados nas XVI Jornadas Ibero-americanas de Direito Processual. Organizado por Petrônio Calmon Filho e Adriana Beltrame. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1998.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

WECHSLER, Herbert. Toward Neutral Principles of Constitutional Law. *Harvard Law Review*, v. 73, n. 1, nov. 1959.

