

UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO

MÁRIO ALCÂNTARA ROCHA

A EFICÁCIA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS VINCULANTES FIXADOS
PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

FORTALEZA

2011

MÁRIO ALCÂNTARA ROCHA

**A EFICÁCIA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS VINCULANTES FIXADOS
PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Trabalho de conclusão do curso de Direito da Universidade Federal do Ceará apresentado como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Márcio Augusto de Vasconcelos
Diniz

FORTALEZA

2011

MÁRIO ALCÂNTARA ROCHA

A EFICÁCIA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS VINCULANTES
FIXADOS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Trabalho de Conclusão de Curso, aprovado como requisito parcial
para a obtenção do grau de Bacharel em Direito no Curso de Direito
da Universidade Federal do Ceará

Data da aprovação:

___/___/___

Banca examinadora:

Prof. Dr. Márcio Augusto de Vasconcelos Diniz
Orientador

Tibério Carlos Soares Pinto
Mestrando em Direito (UFC)

RESUMO

O presente trabalho procura mostrar a situação paradoxal em que se enredou o Supremo Tribunal Federal com a possibilidade constitucional de atribuição de efeitos vinculantes a seus precedentes. Para isso, percorreremos a História do Direito para construir panorama universal, destacando também a história do precedente no Brasil, das diversas formas e funções que o precedente assumiu ao longo do tempo. Discorreremos sobre a teoria da argumentação jurídica, em sua busca para identificar as fontes do direito, incluindo nestas as decisões judiciais. Estudaremos, a seguir, os mecanismos de aplicação do precedente no direito norte-americano, como paradigma comparativo no presente estudo. Analisaremos, após, exposição das modernas técnicas hermenêuticas usadas pelos tribunais, aí incluindo as Cortes Supremas, em sua tarefa de “criar” o direito. Por fim, subsidiados por tudo que exposto, provaremos que os precedentes vinculatórios fixados pelo Supremo Tribunal Federal representam retrocesso na missão interpretativa de fixar os parâmetros constitucionais.

Palavras-chave: Precedentes vinculantes. Decisões Judiciais. Teoria da argumentação.

SUMÁRIO

- 1. Introdução, 6**
- 2. Precedente: antecedentes históricos, 8**
 - 2.1- Direito Romano, 8**
 - 2.1.1. A Época de Justiniano, 9**
 - 2.2- O Direito Comum, 10**
 - 2.3- Direito lusitano, 11**
 - 2.4-Common Law, 12**
 - 2.5 – Direito Moderno, 13**
- 3. As origens do efeito vinculante no Brasil, 14**
- 4. A argumentação jurídica como fonte de direito, 15**
- 5- A Common Law em ação, 21**
 - 5.1. O Realismo Jurídico, 29**
- 6. A ponderação, a criação judicial do direito e o efeito vinculante, 32**
- 7. Conclusão, 43**
- Referências Bibliográficas, 44**

1. INTRODUÇÃO

As decisões judiciais têm cumprido importante papel dentro da história do Direito. O fato de constituírem guia das ações sociais, seja de juízes ou de cidadãos, na compreensão do conteúdo normativo dos ordenamentos jurídicos fortaleceu sua adesão a eles e propiciou, de certa forma, a realização da paz social.

Falar de precedente remete-nos, também, aos dois grandes sistemas decisórios nos quais se divide o mundo jurídico: A *Common Law* e a *Civil Law*. O primeiro resultou de lento processo de judicialização dos costumes. A preponderância da força dos repositórios de decisões judiciais sobre a disciplina dos textos legais representa a característica fundamental desta técnica decisória.

Ao contrário, o segundo sistema decisório, seguido pelos países do continente europeu, e por aqueles que, em sua colonização, são tributários de sua cultura jurídica, como nosso país, aderiu às codificações escritas cujo papel normatizador sobrepujou o método casuístico, oriundo do direito romano clássico.

O precedente, contudo, encontra-se presente em ambos os sistemas. Compõe-se de duas partes: a) as circunstâncias de fato que envolvem a controvérsia; e b) a tese jurídica assentada no provimento jurisdicional. A diferença repousa, dependendo do sistema ao qual se vincula, na força normativa das decisões jurídicas. No sistema da *Common Law*, o precedente adquire força vinculante (*binding precedent*) enquanto que, na *Civil Law*, ele reveste-se de força moral e persuasiva (*persuasive authority*).

A despeito das distinções, vivenciamos a progressiva aproximação dos referidos sistemas. Tanto em um quanto em outro, o uso do texto legal e das decisões vinculantes, respectivamente, na *Common Law* e na *Civil Law*, tem como objetivo aumentar a eficácia dos mecanismos decisórios.

Nesse contexto, particularmente no Brasil, a adoção do efeito vinculante vem tentando resolver as dificuldades estruturais do Poder Judiciário, agravadas pelo processo de redemocratização, que tem como marco histórico a edição da Carta da República de 1988.

O texto debruça-se, assim, sobre a avaliação da eficácia das decisões vinculantes editadas pela Suprema Corte do Brasil em alcançar a resolução dos conflitos

trazidos à apreciação do Judiciário em confronto com a experiência, mais antiga, da vinculação do direito norte-americano. Em primeiro lugar, para situar as origens de ambos os sistemas no mundo jurídico, e entender melhor as dificuldades, que procuraremos demonstrar, vividas pela aproximação do nosso direito da sistemática anglo - saxã, façamos incursão histórica do precedente a partir do Direito Romano.

2. PRECEDENTE: ANTECEDENTES HISTÓRICOS.

2.1- Direito Romano.

A rotina jurídica na *civitas* romana, cuja organização, em seu período formativo, de índole arcaica, influenciou-se pela religião. O misticismo atribue aos pontífices a incumbência de resolver, através de pareceres, as questões do *ius civile*.

A jurisdição, exclusividade dos pontífices, atuava na emissão fórmulas negociais e na disciplina da autotutela dos litígios.

O desenvolvimento do império, acompanhado da complexificação da vida produtiva e comercial, e de outras áreas da convivência humana, conduziu ao correspondente intrincamento das disputas privadas e a criação de magistraturas de atribuições específicas. Dessa forma, o fim do período da realeza via surgirem os magistrados públicos (*magistratus publice populi romani*).

Com o surgimento do direito escrito, as fórmulas deixam de ter privilégio da magistratura e dá-se início ao processo de secularização do conhecimento jurisprudencial. Acrescenta-se a instituição de pretores e esquemas jurídicos abstratos, de influência platônico-aristotélica, distinguindo-se a separação *genus-species*. Formula-se, assim, esquema tópico de conceitos abstratos, estruturado pelo método diairético.

O processo inicia-se diante do pretor, detentor da *iurisdictio*, responsável pela organização e limites da controvérsia, para, em sequência, diante do *iudex unus*, que julgava o caso em nome do povo romano. A sentença exarada, sem fundamentação, circunscrevia-se aos termos da fórmula do pretor. Acumulam-se, a partir daí, os editos dos pretores, os quais supriam e auxiliavam o direito civil em virtude do interesse público. Diga-se de passagem, que o direito romano, em toda sua história, jamais emprestou efeito vinculante às sentenças proferidas em casos concretos. Sua função era antes persuasiva e orientadora.

Desta forma, o *exemplum* põe-se como meio de conveniência do juiz, elencando os elementos de fato e de direito presentes no caso. A técnica retórica de menção aos precedentes, subsidiava os *iudex*, não versados em direito, mostrando ao julgador como, em ocasiões anteriores, litígio assemelhado havia sido resolvido.

A vastidão do império, na transmissão da República para o principado conduzia a reformas políticas que enfeixaram nas mãos do *princeps*, considerável poder,

inclusive de produção legislativa, unificando as fontes do direito, as instâncias judiciárias, cujos processos, a partir daí, se desenvolvem sob uma única autoridade estatal (“magistrado – funcionário”). O *princeps*, por solicitação do Juiz, e consultando o seu *consilium*, emitia *rescriptum*, que orientava o magistrado encarregado da controvérsia. Este rito, que visava interferir na esfera processual, subtraindo-a do controle do juiz natural, refletia o grau de centralização do poder atingido pelo Estado Romano.

O *princeps*, ao elaborar os *decreta principum*, emitia sentenças, em grau recursal ou originário, que, paulatinamente, consolidaram jurisprudência, criadora de novos institutos jurídicos. Essa atividade jurisprudencial fazia-se com o apóio de juristas destacados, cujos pareceres gozavam de prerrogativa vinculante para os juízes, em razão de sua *ex auctoritate principis*. Destaca-se que na atuação, tanto de Juízes e imperadores, quanto da *interpretatio iuris*, a construção do direito caso a caso.

Com o fim do principado, e anarquia militar que o acompanha, o imperador é visto como senhor pela vontade de Deus.

O período do *dominato* instaura outra relação com a antiga jurisprudência, que perde em criatividade, em nome de uma legislação influenciada pela moral cristã. A pluralidade das fontes do direito, vigente no período anterior, cede lugar a uma única fonte: a lei imperial. Em benefício da centralização impôs-se a restrição dos amplos poderes dos juízes.

Hostilizaram-se os *rescripta casuistas*, para salvar a generalização, então instaurada, para salvá-la das mãos dos Juízes e manter a unicidade do direito. O soberano reservou para si a qualificação de intérprete único do direito e de Juiz Supremo em qualquer grau de jurisdição.

A lei das citações, preocupada em harmonizar a aplicação das *rescripta* e das leis gerais, instituiu, para revestir de maior certeza, a utilização da jurisprudência os juristas que gozariam de autoridade: Papiniano, Paulo, Gaio, Ulpiano e Modestino fixaram regras sobre a aplicação de suas opiniões, critério que ficou conhecido como “o Tribunal dos Mortos”. Normatizou-se, portanto, a jurisprudência. Os pareceres configuraram-se em fontes suplementares das leis, resolvendo-se a tensão entre *leges* e *iura*.

2.1.1. A Época de Justiniano.

Com a sobrevivência do império do oriente, e a ascensão do imperador Justiniano, a única forma de manter-se a unidade política, conforme defendido pelo próprio monarca, centrava-se na coesão militar e jurídica. A continuidade imperial torna-se possível, apenas, em razão da estabilidade do exército e das leis. Retoma o princípio da origem divina do poder real, resultante das atuais exigências de reforçar a autoridade imperial.

Aprova-se, em seu reinado, o Digesto consolidação dos fragmentos recolhidos dos textos dos juristas de outrora, agora com status de lei vigente. Os princípios e soluções jurídicas são corporificados em leis gerais, num sistema fechado, cuja interpretação cabia ao próprio imperador. No surgimento de dúvida quanto à interpretação das normas, reporta-se ao imperador, detentor exclusivo do poder de ditar e interpretar a lei.

2.2- O Direito Comum

A expressão utilizada neste tópico diz respeito ao sistema jurídico originado em Bolonha, a qual confere, adequadamente, a idéia de unidade do trabalho realizado. O estudo, assim empreendido, unifica as várias fontes do direito, constitui em objeto único toda a ciência jurídica européia, num ensino universitário do direito sob uma língua comum (o latim). A matriz do conhecimento, de cunho romano-canônica, preservou os princípios do direito romano, guardados pelos clérigos da Igreja, que os preservaram no ordenamento jurídico canônico. O ressurgimento da idéia de uma sociedade regida por regras mais refinadas deveu-se ao momento vivido, de extraordinário florescimento do comércio e das cidades.

Os legistas, através da exegese do *corpus iuris civilis*, feita em forma de glosa, solucionavam questões de ordem prática em discussões eruditas, adaptando os textos de Justiniano às exigências da nova dinâmica social. Bolonha inaugura não apenas a aplicação do direito, mas difunde-a a outros centros de estudo. Cabe notar, nesse período, a interação mútua havida entre as ordens jurídicas romanas e canônicas na solução dos respectivos litígios.

Durante o século XIII, o método da glosa é substituído pelos comentários mais amplos e minuciosos, cuja opinião repercutiu-se em vários países europeus,

criando-se a Escola dos Comentadores. Conforme o entendimento dessas correntes de pensamento, um posicionamento pretoriano constituía-se em exemplum iudicatur, com a formação de “precedente uniforme”, similiter, com a confirmação de vários julgados, uma vez que um julgamento isolado poderia ser considerado errôneo, merecendo a sua consolidação por meio de várias decisões similares. Quanto à formação de costume inter alios, isto é, vinculante, exigiam-se dois ou três julgadores no período de dez anos.

2.3- Direito lusitano

Embora com atraso, a nova metodologia científica, desenvolvida a partir da Universidade de Bolonha, chega a Portugal, em face da centralização do poder Real, recebendo os postulados oriundos da legislação justiniana.

A integração das normas jurídicas, com o respectivo preenchimento das lacunas, autênticas e não-autênticas, atraiu as preocupações do legislador português que procurou fixar critérios de determinação de fontes subsidiárias. Outorgou-se, então, primazia absoluta à glosa de Acúrsio e aos comentários de Bártolo.

Prevaleceu no direito português a prerrogativa exclusiva do monarca de, usando de leis interpretativas, realizar a interpretação autêntica das leis ou “em relação”, quando proferia julgamento sob a presidência da Casa da Suplicação. Tal capacidade de criar direito surgiu quando o legislador (Rei) deteve em torno de si o poder de titular absoluto e exclusivo do direito. Essa vocação veio a se repetir ao longo da história, como resultado da disputa entre Tribunais e o legislador, pelo poder de constituir o direito.

Os julgamentos efetivados, fundados nessa lei e devidamente lançados, por registro, “em livro”, denominaram-se “assentos”, caracterizavam-se pelo valor idêntico a lei autêntica e projetavam efeitos vinculativos para os casos futuros semelhantes. Os registros tinham o claro objetivo de garantir a uniformidade e a segurança jurídicas, além de uma única aplicação do direito. O livro passou a ser chamado *Livro dos Assentos* ou *Livro verde* e, posteriormente, *Livro dos Assentos da Relação*.

Quando havia controvérsia quanto à aplicação da Lei recorria-se ao Tribunal Pleno que fixava, por meio de assento, de estilo, jurisprudência constante e uniforme, da Casa de Suplicação. Nesse caso, ressalta-se, o assento apresentava efeito vinculante.

2.4-Common Law

Com a queda do Império Romano do Ocidente, durante séculos, nos ordenamentos jurídicos europeus inexistiam grandes diferenças. Predominavam leis não escritas, observadas na prática negocial e nos tribunais locais. A difusão do estudo do *corpus iuris civilis* sobrepujou a antiga ordem jurídica. Na Inglaterra, ao contrário, a centralização das fontes jurídicas antecedeu à difusão do direito romano-canônico.

O direito que germinou na anteriormente denominada “Britania” era outocone, fundado em regras conhecidas e em práticas cotidianas e com pouca influência do direito romano. Quando, nos séculos XII e XIII, o *ius romanorum* ganha força nos Tribunais canônicos e locais, o direito da forma como se produziu tornou-se – infenso às influências continentais.

A rejeição ao direito Justiniano devia-se ao conteúdo “imperial” do direito romano pós-clássico, característica que além do temor de sujeição dos senhores feudais ao poder absoluto do rei, atraía a desconfiança dos súditos e poderia fomentar sublevações populares.

No direito anglo-saxão, assim firmado, as decisões do rei e de juízes, catalogavam-se, com o passar do tempo, nos *statute books*. A *interpretatio*, no início, não se submetia a qualquer critério rígido. O rei era o natural intérprete da lei. Aos juízes competia encontrar *a ratio* aplicável ao caso concreto. Começa a delinear-se a necessidade de ater-se aos julgados anteriormente esboçados de forma similar, como forma de garantir a certeza do direito, considerando-se perigosa a atitude de Juízes que desprezavam os julgamentos antigos.

No século XVI, as compilações reúnem-se nos *Law Reports*, repertórios jurídicos que continham a transcrição textual do caso e do respectivo julgado. Amadurecida a regra do precedente, entendeu-se que o caso julgado por si próprio não era o fator mais importante, mas a *ratio decidendi* nele contida. Os precedentes servem para iluminar princípios e conferir-lhes certeza. Somente a partir do século XIV, contudo, reconheceu-se a eficácia vinculante dos precedentes judiciais. Dessa maneira, a importância da manutenção desse princípio de julgamento repousa não na solução do litígio particular, mas na razão jurídica dele extraída, importante para a ciência do direito.

2.5- Direito Moderno.

Com a consolidação do princípio da separação de poderes, trazido pelas revoluções libertárias que sepultaram o antigo regime, a vontade popular passa a ser como a única portadora de legitimidade. Os antigos dogmas do “direito divino” e da tradição, como fontes legitimadoras do poder deviam curvar-se à força democrática da “vontade geral”, remetida à condição de fonte, primeira e única, do direito. A primazia da Lei irrompe com grande pujança no direito positivo, para o qual não havia além do direito posto (*ius positum*), em vigor por determinação popular, através das Casas Legislativas. Era consagração plena e total do império da lei como expressão da “vontade soberana” popular e importante postulado das Revoluções Burguesas.

Acreditava-se resolver as questões jurídicas por meio de uma operação lógica de subsunção da hipótese concreta à norma abstrata. Neste ponto, a história consagra o modelo do Juiz como a “*bouche de La loi*”, formulado pela Escola da Exegese Francesa.

Contudo, a dinâmica da vida social demonstrava que o ordenamento da vida moderna possuía lacunas e insuficiências para solucionar questões não projetadas pelo legislador. Urgia aqui a atuação do intérprete para integrar texto que na prática revelava sua incompletude.

Na própria França surge com François Geny, a idéia de que a neutralidade da Escola da Exegese era questionável. A ciência jurídica deveria operar integração concreta dos textos legais, mais especificamente, do código de Napoleão, formulando a necessidade do esforço interpretativo iniciar-se pelo código mas além dele. A despeito da consideração da lei fonte formal primária, a decisão jurídica deveria recorrer a outras fontes de caráter suplementar: o costume, a jurisprudência, a doutrina e, ainda, a livre pesquisa científica.

É nesse contexto que retorna à cena jurídica a figura do Juiz como descobridor do direito que tem consciência de que as regras são gerais e abstratas, que legislado não esgota no texto todas as possibilidades e circunstâncias de incidência da norma, que as disposições legais são contraditórias ou silenciam, e que a função jurisdicional é de colmatar lacunas, debelar antinomias, ampliar ou restringir o sentido da norma.

Savigny, criador da Escola Histórica do Direito, pugnava contra as codificações, ao criticar sua criação conceitual, despida das formulações jurídicas

oriundas da dinâmica social, daí, sua defesa do direito romano. A Lei deveria refletir esse espírito criador, o “espírito do povo”, e não impor codificação deslocada desse sentido histórico.

Os precedentes adquirem, novamente nos quadros da Civil Law, o status de, senão fonte primária, pelo menos de guia e de orientador das relações sociais, ao desvendá-las nos meandros dos sistemas jurídicos escritos, assegurando, no plano concreto a plena eficácia da Lei. De fato, nessas condições, é conveniente e recomendável acatar a orientação dos Tribunais, pela autoridade que adquirem de tornar o direito exequível.

Ihering, ao sustentar também o papel fundamental do Judiciário na criação da Lei, afasta-se da Escola do Direito Livre, ao adotar a jurisprudência de interesses. Reconhecia, da mesma forma que Geny, as lacunas e inconsistências da Lei Escrita. No entanto, ao contrário, resolve encontrar no próprio ordenamento os elementos para preenchê-lo e integrá-lo.

Chega-se ao século XX com o precedente judicial, fruto da ação criadora dos Juízes, e mesmo na ausência de efeitos vinculantes, pela força interpretativa de seus preceitos, adquirindo grande prestígio na solução de casos semelhantes.

3. AS ORIGENS DO EFEITO VINCULANTE NO BRASIL.

A partir de 1850, com o regulamento nº 737, o Brasil passou a ter leis próprias de organização judicial e de processo civil, embora não dispusesse sobre a existência de precedentes judiciais para suprir lacunas ou resolver antinomias.

Como não contávamos com acervo jurisprudencial próprio, os assentos à época existentes foram implementados com força de Lei, pelo Decreto nº 2.684, de 23 de outubro de 1875.

O regime de assentos, dotados de eficácia vinculante, vigorou até a proclamação da República. Naquele momento, introduziu-se o Recurso Extraordinário, baseado no modelo da *writ of error* norte-americano, cuja principal finalidade de garantir a uniformidade de aplicação da Constituição Federal e das leis federais, a cargo do seu guardião, o Supremo Tribunal Federal.

Sobre o precedente, Clóvis Beviláqua afirmava que sentença correspondia à idéia de justiça das pessoas esclarecidas gera direito novo que constituirá o germe que

se reproduzirá em outros julgados que por sentirem os Juízes que a expressão do direito latente foi revelada pela ação de Juiz.

A Lei nº 319, de 25 de novembro de 1936, criou a técnica processual do prejudgado, cuja eficácia vinculante restringia-se ao próprio Tribunal, de caráter horizontal, portanto. De qualquer forma, a tradição histórica de nosso direito repelia o sistema de precedentes vinculantes, não podendo o Poder Judiciário, salvo expressa autorização constitucional, fixá-lo.

A Emenda Constitucional de 28 de agosto de 1963, possibilitou que o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal instituísse as súmulas de jurisprudência dominante, destinadas a simplificar, como instrumento flexível, o trabalho da justiça em todos os graus hierárquicos, modificável porque o regime que a regula prevê o procedimento pelo qual pode ser alterada.

A inclusão do efeito vinculante no plano constitucional ocorreu, por força da Emenda Constitucional nº 3/93, com o nascimento da Ação Declaratória de Constitucionalidade. O parágrafo único do art. 28 da Lei nº 9868/99 estendeu o efeito vinculante para a ADI. Por fim, devemos citar a Lei nº 9882/99, cujo objeto foi a procedimentalização da ADPF, instrumento semelhante ao recurso constitucional alemão ou ao de amparo espanhol, foi incluída dentre os mecanismos de controle de constitucionalidade vertical, ao estipular no art. 10, § 3º, da referida Lei, o mesmo efeito.

O Supremo Tribunal Federal passou, no controle incidental de constitucionalidade, e por meio de aplicação do princípio da mutação constitucional do art. 52, X, da CF/88, a adotar também o efeito vinculante. A Corte entendeu que a função do Senado Federal, estabelecida naquele dispositivo, é de mera publicidade de decisão já adotada pelo Pretório Excelso.

Para finalizar, a Emenda Constitucional nº 45/2004, acrescentou o art. 103 - A, que regulamenta a decisão de súmulas, as quais, providas de caráter geral, vinculam os demais órgãos do poder judiciário e toda Administração Pública em suas esferas Federal, Estadual e Municipal.

4. A ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA COMO FONTE DE DIREITO.

Destacamos, anteriormente, a maneira pela qual, na história do direito, os Tribunais, sempre em tensão dialética com o legislador, conquistaram a prerrogativa de

participar da “construção” do direito. É incontestável que em sua ação hermenêutica os Juízes extraíam dos textos legislativos as significações que tornam a Lei mais completa, operacionalizável e capaz de fazer a vida social fluir.

Desse ponto em diante, lidaremos com a matéria prima usada pelos Tribunais em sua ação interpretativa. Procuraremos identificar as regras e os princípios jurídicos utilizados na formulação da norma aplicável ao caso concreto e de que maneira é construída a argumentação jurídica nos Tribunais.

O positivismo, na concepção desenvolvida por Hart, distinguiu a existência de regras primárias e secundárias. Aquelas concedem direitos ou impõem obrigações aos membros da comunidade. Estas estipulam como e por quem as regras primárias podem ser estabelecidas, modificadas ou abolidas. Dentre as secundárias destaca-se regra fundamental, a qual estipula como as regras devem ser identificadas, nascendo deste trabalho identificador um dado conjunto de regras jurídicas, e daí, a idéia de direito. Hart chamou tal regra fundamental de “regra de reconhecimento”. A operação que reconhece uma regra como juridicamente válida exige que se remonte a um complexo encadeamento que vai da regra particular à regra fundamental. De todas as regras, a de reconhecimento é a única no sistema jurídico cuja obrigatoriedade encontra-se na dependência da aceitação social.

O seu domínio de aplicação circunscreve-se ao funcionamento do aparato governamental, composto pelo Legislativo, Judiciário e pelos demais órgãos públicos. Trabalha, também, no plano constitucional, cujos padrões são previamente aceitos pela comunidade que por eles é governada. Hart reconhece que as sociedades utilizam diferentes testes jurídicos de última instância, mencionando que elas identificam as práticas costumeiras e as regras judiciais como integrantes do ordenamento jurídico.

Os atores jurídicos, contudo, ao debaterem a respeito de direitos e obrigações, notadamente nos casos mais difíceis, recorrem a padrões argumentativos que não funcionam como regras, mas, ao contrário, operam como princípios, políticas e outras formas padronizadas. O modelo de regras não basta para a identificação do direito em todas as suas manifestações. Deve ir além, acrescentando os princípios que são abstratos e constituem a substância das regras.

As regras são aplicáveis à maneira do tudo - ou- nada. Acontecido um fato, sobre ele atua a regra, caso a sua formulação hipotética encontre no mundo real a devida correspondência. Caso contrário, não fornecerá a resposta procurada para a solução do caso. Os princípios não funcionam dessa forma: eles fazem pender a decisão em uma

direção, embora, não conclusivamente. Eles possuem uma dimensão inexistente nas regras, aquela do peso e da importância. Remeter-se a princípios é ‘uma exigência da justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade’.

A argumentação positivista, como trabalha no plano das regras, encontra deficiência no uso desse critério identificador do direito quando se vê diante de situações não alcançadas pela sua rigidez. As regras atuam do ponto de vista da funcionalidade, sendo assim consideradas importantes ou desimportantes, conforme satisfaçam ou não as necessidades do caso concreto. Quando duas regras entram em conflito, uma delas não pode ser válida, em decisão que apela para considerações que estão além delas, nos princípios.

Diante da incapacidade de resolver este impasse, somente recorrendo-se à regras os positivistas apelam para o conceito de poder discricionário, o qual pode ser tomado em seus dois sentidos, o forte no qual o juiz é senhor total da decisão e das regras formuladas para o litígio, e o fraco, quando sua atuação é ainda discricionária mas seu poder delimita-se dentro dos contornos fornecidos pelo sistema jurídico.

Dentro deste contexto, o que fazem os juristas diante dos instrumentos à sua disposição na busca do deslinde das questões a eles apresentadas. Desenvolvem uma atitude interpretativa perante objeto específico do mundo cultural, o direito, procurando extrair dos textos os propósitos históricos do autor, mas também, em uma postura criativa, preocupando-se com os seus propósitos, enquanto intérprete, de fornecer a solução que torne o objeto o melhor possível procurando adaptá-lo e atualizá-lo às novas exigências e necessidades da sociedade na qual está inserido.

Nesse sentido, onde encontra no ordenamento jurídico os meios para realizar a leitura interpretativa apropriada. A chave interpretativa encontrar-se-á na compreensão moral do texto constitucional. A leitura moral propõe que se interprete e aplique seus dispositivos abstratos “considerando que eles fazem referência a princípios morais de decência e justiça”¹. Ela insere a moralidade política no próprio âmago do direito constitucional.

Em seu trabalho diário, os Juízes partem do princípio de que a constituição expressa exigências morais abstratas, aplicáveis aos casos concretos por meio de visões

¹ DWORKIN, Ronald. **O Direito da Liberdade. A Leitura Moral da Constituição Americana**. Martins Fontes, 2006, pág. 2.

morais específicas. É clara aqui a influência das opiniões dos Juízes sobre a moralidade política em suas decisões constitucionais. Ela parece pôr o direito sob a ingerência dos preceitos morais adotados pelos Juízes de certa época. Critica-se a ação judicial, não em termos morais, mas em torno de tema mais simples: até que ponto a interpretação constitucional constitui verdadeira manifestação de “ativismo judicial”, com a invasão do Poder Judiciário sobre a esfera legislativa ou se perfaz em necessária atualização do texto constitucional para fazer frente a novas circunstâncias.

Em razão dessa exigência moral da constituição, muitos políticos que indicam Juízes frustram-se pois não compreendem como essa leitura está inserida na vivência do direito constitucional nas Cortes Supremas, da qual a nossa não foge à regra. Inserido na prática política, o ideal do governo sujeito não apenas às leis mas também à Constituição, visto aqui como grande contribuição jurídica norte – americana, vem, aos poucos, sendo difundido e adotado em diversas regiões do globo, inclusive em nosso país.

Conforme a leitura moral, os dispositivos constitucionais devem ser entendidos tal qual sua linguagem sugere: dizem respeito a princípios morais abstratos que consubstanciam limites aos poderes dos Estados. A abordagem aqui explicitada não se adéqua, entretanto a interpretar todos os dispositivos constitucionais. Muitos dispositivos não dispõem da abstração requerida por ela.

Os dispositivos morais abstratos expressam um juízo moral particular, não porque em si esse juízo seja correto. O seu conteúdo só poderá derivar-se dessa forma se coerente com a estrutura da constituição como um todo e com o trabalho desenvolvido pelos Juízes no passado. Devemos vê-los, os intérpretes, como uma equipe que elabora junto uma moralidade coerente. A constituição é uma lei, e como tal está ancorada “na história, na prática e na integridade”².

A jurisdição constitucional ao generalizar o debate público, que precede toda decisão judicial, garante a qualidade da discussão, torna-a mais cuidadosa e mais autenticamente movida pelo bem público do que a guerra política travada no parlamento ou na condução de um plebiscito. Não quer dizer que somente os Juízes são os responsáveis por discutir os mais elevados princípios morais e políticos. O Legislativo também os guarda, inclusive os princípios constitucionais.

² DWORKIN, Ronald. Idem. Pág. 17

As teorias do direito podem ser testadas em relação às suas implicações referentes à teoria da argumentação jurídica. No caso positivista, nas hipóteses para as quais há orientação inequívoca, os Juízes detêm o arbítrio forte, na medida em que, de forma quase legislativa, escolherão a resposta que lhes parecer melhor, configura-se inegável limitação do raciocínio jurídico na compreensão do modo como se produz o direito.

O direito, como afirma Dworkin, não pode ser banalizado, como o faz o positivismo ao afirmar que o vitorioso em caso exemplar beneficiou-se de arbítrio forte exercido em seu favor. Para ela, argumentos produzidos a partir de princípios, desempenham papel fundamental na argumentação jurídica. A interpretação das normas revela-se muito afetada por considerações de princípios.

As normas, apesar da “qualidade de tudo ou nada”, quando se trata de interpretação, não perdem sua disputa para os princípios. Na verdade, entre norma de reconhecimento e princípio de direito há relação indireta. As normas ostentam o status que possuem graças à sua linhagem, devedoras que são dos princípios. Os Princípios de direito demonstram esta condição por sua relação de racionalização em relação às normas.

O sistema jurídico incorpora não apenas uma ordem social, mas esta ordem, tal qual estabelecida, recebe valores, pelos detentores dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário ou é, pelo menos, uma colcha de retalhos de valores rivais que participam desse processo. Não se trata do fato que a lei nem sempre seja neutra, ela nunca será neutra, pois reflete interesses em conflito, na sociedade. A lei, portanto, encarna valores, expressos nos enunciados de princípios de determinado ordenamento jurídico. A formulação de princípios é forma de tornar os valores informativos mais explícitos, mesmo que o seja feita de maneira vacilante e sujeita a aperfeiçoamento. Explicitá-los representa fazer com que a lei tenha sentido, como, igualmente, extrair o sentido ali contido.

Pode parecer que colocamos os princípios adiante das normas e não o contrário. A relação entre princípios e normas válidas, pertencendo os primeiros ao sistema jurídico por sua vinculação às normas, não poria a realidade às avessas. “Na verdade o direito não é hermeticamente isolado da moral e da política”³. Dessa forma,

³ MACCORMICK, Neil. **Argumentação Jurídica e Teoria do Direito**. Martins Fontes, 2006, pág. 308.

sem a intermediação da criação legislativa, novos princípios incorporam-se à legislação por meio da atividade decisória judicial. O direito evolui a partir de pequenos acréscimos, feitos através de novos princípios que toma por base princípios e analogias antigos.

Em resumo, quando se pergunta o que dá ao princípio a qualificação jurídica, a resposta virá como resultado de sua real ou potencial explicação diante da Lei posta, ou seja, em relação às normas estabelecidas do direito por sua identificação pelas normas de reconhecimento. Os princípios, além de jurídicos, também o são políticos por dizerem respeito às formas de bom governo social. Nenhum sistema jurídico em particular, e suas normas correspondentes, pode ser captado a menos que eu mergulhe nele para compreender suas concepções de justiça e de bem em que se apóia.

A norma de reconhecimento, para cumprir a contento seu papel, deve conter em si o compromisso explícito de exercer os valores políticos que a amparam e de apoiar os princípios relevantes a uma ordem jurídica dada. Deverá haver estreita concordância entre os Juízes quanto ao que deve ser considerado norma de direito, sob pena de não existir sistema jurídico, mas apenas caos. O critério de reconhecimento aceito por cada Juiz deverá ter cunho social. Dessa forma, não se pode descartar norma de reconhecimento e, para tanto, precisamos construí-la da melhor maneira possível. A distinção entre um árbitro e um Juiz repousa em sua posição institucional bem fixada, numa instituição bem específica, um “Tribunal”. Situado assim, assume como autoridade o dever de julgar a lei, perfeitamente identificável através de critérios valorativos. Aplicará ele teste, ou testes, de caráter social para discriminar das normas citadas no pedido, as que são leis e as tidas situadas fora da ordem jurídica.

Quando questionado, ele pode explicar razões de princípios que identifiquem as normas como jurídicas de modo a serem aplicadas como leis. Os conceitos de “lei” e “sistema jurídico”, como conceituados não se esgotam quando referidos ao conjunto das normas jurídicas. Isso porque os princípios também fazem parte do gênero “Lei”, compreendendo os sistemas jurídicos e tudo mais assim considerado, além das Leis. “E de todas as maneiras examinadas neste livro, os princípios interagem com as normas, fornecem sustentação, protegem seu território, delimitam sua aplicação, justificam a enunciação de novas deliberações”⁴.

⁴ MACCORMICK, Neil. *Idem*, pág. 319.

Ao encarmos a lei em ação, o que se vê é uma permanente dialética entre o que ocorreu e está consumado e o contínuo devir de novos processos e questões, nos quais se procuram resolver novos problemas de maneira aceitável e velhos litígios de forma mais consistente.

A compreensão plena da lei faz-se ao tomarmos o enunciado bruto de todas as normas e de todos os precedentes nas coletâneas jurisprudenciais, para, em seguida, investigar os valores e princípios que os motivam. Sob a luz desse novo entendimento inicial das normas reproduzidas verbalmente, retornamos novamente aos princípios e valores até chegar-se ao estado de “equilíbrio reflexivo”. Ao modificar-se a legislação existente, retoma-se novamente o ciclo.

Os Juízes não dispõem de arbítrio forte nos casos exemplares porque neles, mesmo assim, surge a obrigação de descobrir direitos já existentes no sistema, não inventará retroativamente respostas a questões jurídicas que, beneficiem uma parte sortuda em detrimento de outra. Em suma, o dever de julgar consiste em atividade de caráter complexo. É obrigação de decidir casos por meio justificativos cujas argumentações sejam satisfatórias. É preciso também que a deliberação judicial não contradiga nenhuma norma estabelecida pelo direito vigente, interpretando-se preceito legal à luz de princípios e políticas informativos do ordenamento.

O arbítrio de proferir uma decisão é limitado. Circunscreve-se aos requisitos acima destacados. A teoria da argumentação agora definida, portanto, confere amplo peso à operação de princípios e outras normas sobre o processo jurídico e mostra que o juiz detém arbítrio definido pelos contornos definidos pelo sistema jurídico.

5. A COMMON LAW EM AÇÃO.

Tendo já falado da Common Law nas considerações históricas do precedente passemos a considerá-la em detalhes. O sistema decisório em questão, como dito, originou-se na Inglaterra medieval, mais precisamente no direito inglês como vigorava na época da magna carta. Não se restringiu apenas ao território anglo-saxão. Pelo contrário, sua influência se espalhou pela ação colonizadora do Império Britânico e, hoje, sua influência se estende aos países que estiveram sobre o domínio colonial inglês: Estados Unidos, Austrália, Nova Zelândia, Canadá, com exceção do sistema legal provincial do Quebec, dentre outros.

Falar da regra da Commom Law, portanto, é referir-se a uma regra extraída de uma coleção de decisões. Primordialmente, o direito é feito pelos juízes. O direito criado no processo decisório específico ocupa papel central. Os Tribunais, no futuro se voltam para aproveitar o que foi decidido pelas cortes do passado. Contudo, apesar de nascer das decisões, o direito configura-se revogável, alterando-se na medida em que novas situações vão surgindo. A Commom Law não fixa a lista de possíveis senões. Os Juízes tem o poder de alterar as regras no contexto dos casos até então não previstos. As regras da Commom Law são alteradas para fazer frente a novas realidades.

A fluidez e capacidade de aperfeiçoamento fazem com que as regras quase nunca gerem resultados deficientes. Não se pode ver este sistema como uma compilação de decisões judiciais tomadas ao alvitre dos Juízes. Mesmo em épocas mais remotas códigos, com formulações verbais fixas, exerciam ampla influência. Hoje em dia, os países industrializados da Commom Law baseiam-se, também, em precisos, detalhados e extensos códigos, mostrando, claramente, que os Juízes não fazem o direito do nada.

A parte da existência de codificações, com o passar do tempo, as doutrinas da Commom Law persistem tornado-se mais consolidadas e ossificadas. Seus contornos estabeleceram-se de maneira amplamente compreendida e significativamente menos maleáveis, mas, ao mesmo tempo, menos capazes de lidar com as exigências de novos casos particulares. Vê-se, mesmo diante dos estatutos legais, o quão importante constituiu-se a interpretação detalhada dos códigos. De fato, o espírito da Commom Law é mais aquele centrado no incrementalismo das decisões judiciais no qual as disputas concretas informam o gradual desenvolvimento do direito.

Em contraste, o sistema da Civil Law, cuja versão caricatural afirma que o direito está contido em série de compêndios de regras, denominadas códigos. Nesta visão padrão, o direito constitui-se pelo Legislativo e não pelos Juízes. Os códigos são compreensíveis e regulam, por sua clareza, toda atividade humana. Esta imagem fica muito longe, entretanto, da realidade desse sistema. A história demonstrou a falibilidade da crença na complete e inteligibilidade do direito codificado. Os Juízes desse sistema, em função do papel interpretativo que acabaram por exercer, possuem um poder considerável. O precedente é uma idéia mais amplamente aceita e o Judiciário exerce papel importante na cognição da Lei. As distinções permanecem, todavia, apesar da maior aproximação. A civil Law continua centrada nos códigos enquanto que, na Commom Law, a atuação judicial prepondera.

Adotaremos, no entanto, como paradigma de nossa análise, o sistema jurídico norte-americano. Nele, as escolas jurídicas utilizam-se dos *case books*, repertórios de decisões jurídicas além das codificações e leis escritas. Nesse país, a *Commom Law*, por gerações, comprometeu-se com a visão de que criar regras jurídicas no cadinho da experiência é uma boa maneira de fazer desenvolver o direito. Na verdade, na sistemática precedencial da *Commom Law*, os juízes não fazem o direito. Eles o acham preexistentes nos caos concretos. A *Commom Law* faz o direito observando as disputas do mundo real. Ao contrário da *Civil Law*, cuja base da atuação encontra-se na especulação abstrata dos conceitos legais, a *Commom Law* acredita que os fenômenos anteriores mais visíveis constituem tipos representativos de uma ampla gama de acontecimentos. A corte, então, adota a melhor resolução para o caso particular no caso típico anterior tomado como exemplo.

A *Commom Law* opera com um caso de cada vez e possui a habilidade de não apenas analisar o primeiro caso sobre determinado assunto mas as conseqüências deste sobre os subseqüentes. Se a primeira decisão foi adequada para o caso em particular, mas não para as demais, os Tribunais realizam os ajustes necessários. Além de corrigir seus próprios erros, a *Commom Law* adapta-se às mudanças sociais. O principal veículo é a habilidade de mudar as regras que estão sendo aplicadas, como por exemplo, citamos o caso *Henninser V. Bloom Field Motors*. A regra precedencial dizia que as partes estavam vinculadas nos termos aprazados, exceto nos casos de fraude ou incapacidade contratual. Existia uma regra moderadamente aplicável à maioria das situações. No entanto, a Suprema Corte de Nova Jersey mudou a aplicação do direito para os casos onde o poder de barganhar dos consumidores era desigual.

Na sua forma simples, de exclusivo governo dos precedentes, a *Commom Law* aparenta ser resistente a resultados errôneos. No entanto, se a regra passada não atende aos reclamos do caso, o Tribunal aplica outro precedente ou constrói nova regra específica. Nesse ponto, a relação de tensão entre formular regras e fazer a coisa certa para o caso não é uma invenção moderna. Aristóteles defendia a equidade fazer a coisa certa sem referência a regras. Para o filósofo grego, a equidade era uma retificação da lei, incapaz de dar conta de todos os casos do mundo concreto por conta de sua generalidade. Aristóteles disse pouco a respeito de como o sistema legal deveria tratar nos casos nos quais as regras gerais produzem maus resultados, mesmo quando fielmente seguidas. O direito romano era extremamente rígido e técnico na aplicação de suas regras escritas mas usava a *aequitas* para mitigar a sua inflexibilidade. Idéias

semelhantes informaram o desenvolvimento do direito inglês. Dos séculos XIII ao XVI, o *Chief Minister* do Rei concedia assistência àqueles que não a encontravam na lei escrita. A equidade foi desenvolvida simplesmente porque a *Common Law* era extremamente incompleta em seu início e a equidade era o método pelo qual o *Chancellor* podia conceder reparação quando os aspectos intrínsecos da controvérsia o demandavam.

Com o tempo, a *Common Law* realizava a ponderação entre a flexibilidade e a rigidez, adotabilidade e a certeza e entre encontrar a resposta, mesmo que às vezes imperfeita, sobre a qual tanto Juízes quanto pessoas possam confiar.

Analisamos, em seguida, alguns aspectos importantes do precedente no direito norte americano. Vejamos os efeitos prospectivos do precedente, a sua caracterização não acaba com sua primeira formulação. Nós, necessariamente e continuamente, reinterpretemos à medida que avançamos no futuro. Não existe uma caracterização autorizada para aquilo que escolhemos criar. Na formulação de uma decisão, devemos reconhecer suas muitas possíveis recharacterizações e, portanto, as várias direções nas quais ela foi estendida. Dessa forma, somente os precedentes do passado, e não os que se projetam para o futuro, postam-se diante de nós cobertos de gerações de caracterizações e recharacterizações.

O precedente limita? Em que medida? As restrições do precedente dependem do caso trazido a julgamento. Dois eventos nunca são exatamente semelhantes. Para uma decisão ser precedente para outra no futuro não se requer que os fatos do caso pretérito e do caso sob julgamento sejam absolutamente idênticos. Se isso fosse necessário, nada poderia ser precedente para qualquer outra coisa. Fica claro que somente a intervenção de organização teórica, de modo a identificar regras de relevância, que nos permitam identificar a forma precedencial do irrelevante. Dessa maneira, regras de relevância assim conceituadas, e usadas na análise de decisões atuais, podem trazer preocupação quanto ao impacto destas no futuro. Raramente, ao tempo da primeira decisão, alguém pensa que exatamente os mesmos fatos surgirão de novo. Antes, a idéia é de que o precedente estabeleça a um determinado conjunto de fatos, alguns pontos de identidade com o caso presente. Essa questão deveria estar sempre presente na mente dos Juízes.

Uma regra de relevância pode também ser explicada como uma escolha entre caracterizações alternativas. A maneira como uma relação é caracterizada determinará se casos futuros serão caracterizados como similares. Este assunto é o da assimilação,

de como agruparemos os fatos e eventos de nosso mundo. O poder do precedente repousa sobre a assimilação entre o evento sob análise e outro. O objetivo da teoria do precedente é explicar, em um mundo no qual um único evento pode ser classificado em várias diferentes categorias, como e porque algumas similitudes são plausíveis e outras não.

Somente localizando a origem das normas habilitamos a dizer que algo é semelhante a outra coisa. Somente ao olhar para a origem (fonte) nós poderemos dizer se ela restringe. Nesse passo deve-se distinguir entre decisões que contenham ou não linguagem canônica. Às vezes, uma decisão será acompanhada por articulação bem caracterizada tanto dela quanto dos fatos. Assim, os precedentes restringirão as caracterizações quando, no futuro, forem argüidos. Se a caracterização é tratada como regra ou como mera dicta, esta linguagem não pode, absolutamente, prevenir subsequente recharacterização.

Então a articulada caracterização age como norma especificamente articulada, que, para ser quebrada, deve receber uma justificação para tal, por aplicar-se outro precedente ou por não haver nenhum grau em que uma decisão com autoridade restringe aqueles que procuram interpretá-la difere da pergunta relativa a significativa pressão que ela exerce sobre os Juízes. Neste caso, parece provável que um Juiz, analisando um caso futuro, adote qualquer regra de relevância ou várias regras de relevância que o precedente parece não restringir. Na verdade, nenhuma caracterização autorizada mostra o caminho a tomar-se com ela. Antes no texto, as categorias podem se estender em diferentes direções.

Surge, então, problema central: na ausência de caracterização articulada, existem restrições à avaliação de eventos semelhantes? Quando não existe nenhuma decisão oficial, seria então ilusório pensar no precedente, de alguma forma restringindo? O problema é determinar o que restringe o controle do Juiz sobre as categorias de assimilação. Sobre rígida concepção formalista de precedente as regras de relevância seguem modelos que não deixam escolha tanto para o criador quanto para o seguidor do precedente. Para os nominalistas, o mundo é dividido em categorias por pessoas, culturas ou linguagens específicas. As categorias gerais são impostas por pessoas e sua linguagem. No realismo jurídico, a face jurídica do nominalismo, os precedentes estão sujeitos a qualquer caracterização que os Juízes lhes imponham de acordo com o que querem atingir. Seguindo as regras do realismo, o passado seria muito maleável nas mãos dos aplicadores dos precedentes.

Para Jerome Frank, os Juizes devem elaborar suas decisões somente para o dia de hoje. O que parece o melhor neste caso, considerando todos os fatores pertinentes com relação a estas partes é aquilo que deveria ser feito, sem nenhuma obrigação com o passado ou o futuro.

Nosso estudo fornecerá um panorama sobre a origem das diversas categorias, como mudam e como resistem sob a manipulação dos indivíduos. O debate gira em torno do controle do Juiz sobre as categorias, se ele é total ou elas resistem a ele. Muitas de nossas categorias antigas variam conforme o tempo e o lugar em que foram criadas pelo homem. Não há controvérsia sobre a contingência cultural e temporal das regras. A mudança, no longo prazo, na visão social não implica que no curto prazo o Judiciário possa mudá-la. Assim, a decisão judicial dentro de uma estrutura jurídica é restrita por categorias sociais e lingüísticas amplas. Existe uma diferença entre contingência absoluta e relativa dentro dos marcos culturais, nos quais os conceitos largamente usados influenciam a decisão dos Tribunais. O direito, falando de forma ampla, sofre a influência das grandes categorias extraídas do entorno social. Por mais contingentes que estas categorias possam ser nessa cultura, um Tribunal deve suportar um peso argumentativo se quiser abandoná-las.

Regras de relevância vem do vasto mundo e, na proporção em que se confia nelas em conceder o precedente, o direito é inevitavelmente limitado em sua habilidade de, no curto-prazo, alternar seus próprios pontos de partida. Precedente apóia-se em similaridade, e algumas determinações de semelhança são incontestáveis dentro de culturas e subculturas. O conceito de precedente depende do modo como as categorizações do mundo concreto afetam categorias e comparações trabalhadas com um propósito particular. O mundo das grandes categorias lingüísticas restringe as regras substantivas.

Analisemos o preço que se assume ao adotar-se um precedente. O formulador de decisão de hoje é julgador de amanhã. O Juiz ao aplicar a lei ao caso particular, terá nessa situação, ao ter de decidir questões futuras baseando-se na semelhança do precedente acaba se vinculando ao que decidir. O Juiz ou Tribunal tem consciência de que sua decisão do presente será aquela do futuro. A decisão para uma gama de casos o restringe no futuro. Os Juizes conscienciosos devem decidir não pelo caso atual mas pelo futuro, sob pena de se vincularem a decisões que não resolvam a contento os problemas futuros.

Se as restrições do precedente se aplicam a um conjunto abrangente de analogias, diz-se que a sua restrição é ampla. A extensão do precedente depende do tamanho das categorias. Uma distinção teórica, justificável, entre dois eventos depende da riqueza de distinções relevantes permitida. Se os Juízes ao olharem para a rica divisão do mundo real que vem do pensar-se sobre ele em largos e amplos grupamentos, então as restrições do precedente serão substanciais. Porque os limites do precedente não podem ser “tudo ou nada”, nós devemos considerar o modo pelo qual o tamanho das categorias de assimilação pode amplamente determinar a força do precedente. Um precedente relevante importa mesmo se ele tem um peso menor. Para um precedente importar de um modo não absoluto, o tratamento histórico de X como Y poderia prover uma razão para tratar X como Y agora. Pode haver outras razões para tratar X como Y. Mais importante, deve haver outras razões para tratar X como não Y ou Z. Dizer que o precedente fornece uma razão para decidir em um caso particular, não significa dizer que seguir o precedente é o que deveríamos sempre fazer.

O precedente vinculante deve ser tanto decidido quanto distinguido. O valor do precedente deve ser ponderado por outros fatores. Ele, nesse sentido, deve ser tomado como apenas presumível. Deve-se distinguir o “precedente como restrição” do “precedente como restrição absoluta”. As restrições do precedente se apegam, nestas circunstâncias, pela similitude das coisas. Qualquer separação deve ser expressa sob a forma de ausência de similitude. Nós nunca decidimos não seguir um precedente somente porque não queremos fazê-lo, mas porque algo no caso presente é diferente do caso precedencial. Dessa forma, as condições de satisfação do precedente ou de criação jurídica nova são medidas ao longo do mesmo plano, semelhança e diferença. De certa forma, a despeito do peso que se aplica ao precedente, na proporção em que o aceitamos ao aplicar o critério da semelhança, nós acabamos por segui-lo. Do contrário, as diferenças serão tais que ele será abandonado.

A amplitude da descrição do precedente limita as possibilidades de distinção nos casos subseqüentes. A questão da força se converte assim em questão de tamanho. A inaplicabilidade expressa-se em termos de diferença categórica entre o caso presente e algum precedente imputável. A força do precedente, destarte, se refletirá na generalidade das categorias presentes nas decisões. As regras do precedente assemelham-se a regras de linguagem a uma série de práticas não redutíveis a especificidade.

Averiguemos as virtudes da limitação precedencial. Porque uma decisão judicial incorporaria nela as restrições do precedente. Argumenta-se, em favor do precedente, a necessidade de realização da justiça, que se expressa melhor nesta simples estrutura: “tratar caso igual de forma igual”. Falhar em aplicar a casos iguais a mesma resposta é injusto. Quando a consistência entre indivíduos é a mesma, a decisão judicial aplicável a ambos expressa-se como igualdade. A justiça, vista como consistência nas decisões, fundamenta a moralidade. O princípio de que iguais devem ser tratados como iguais parece-nos um argumento inatacável. A afirmação, entretanto, é tão ampla e vaga que somos forçados a oferecer resposta sobre o que significa “igualdade”. A matéria diz respeito à extensão das categorias decisórias: se deveriam ser amplas ou restritas.

Se categorias amplas agrupam muitos casos particulares, o princípio torna a confiança no precedente numa restrição significativa. A solução repousa na escolha da amplitude das categorias usadas. Se devemos nos basear em conceitos amplos ou extensos de semelhança. Devemos, então, razões importantes para justificar a utilização, nos precedentes, de categorias amplas.

Outro argumento em favor do precedente vinculante é a previsibilidade. Uma razão forte é propiciar às partes maior aptidão para prever o futuro, evitando-se a paralisia de vislumbrar, em relação a eles, apenas o desconhecido. A previsibilidade não está livre do conflito com outros valores. Em que extensão (medida) um ambiente de decisão tolera resultados abaixo do ideal de forma a preservar o princípio da previsibilidade? A resposta requer a observação dos fatores envolvidos, dos vários tipos de decisões tomadas, do tamanho das categorias relevantes, das semelhanças ou variações significativas. Dado importante para avaliar este sopesamento de valores encontra-se na frequência das decisões ineficientes, variando a relação custo-benefício conforme o tipo de decisão. Num exemplo extremo, a aplicação estrita do precedente levaria a muitas mortes que, do contrário, seriam evitadas. É conveniente acrescentar variabilidade ao valor do princípio em exame.

O valor da previsibilidade dependerá, portanto, da ponderação entre perdas e ganhos. Este cálculo depende dos tipos de decisões que se espera verem proferidas pelos Juízes.

Um fator que impulsiona o uso do precedente reside na eficiência que esta forma decisória causa no ambiente jurídico. Quando a regra do precedente impera, reduzem-se os esforços do Juiz, cujo tempo liberado permite que se volte a assuntos mais complexos. O precedente permite que não se reexamine matérias já tratadas. O

sistema de precedente permite que da similaridade emergja o mesmo resultado. A consistência interna fortalece a credibilidade externa do precedente como instituição. É evidente que possa conduzir a resultados abaixo do esperado. Contudo, a força institucional, para compensar, depende dos fatores envolvidos.

Os argumentos já explicitados a despeito de sua justificação própria, aglutinam-se em torno da estabilidade. A estabilidade é função do tamanho das categorias de assimilação, de quais categorias de eventos desejamos tratar de modo semelhante. O tamanho das categorias reflete as valorações envolvidas. Outras vezes, define-se a limitação por nossa linguagem e seu correspondente aparato conceitual. A extensão das categorias de semelhança depende do que pretendemos realizar ao fixarmos uma decisão. A persecução daquilo que é justo pode, entretanto, fazer o precedente curvar-se diante deste valor, reduzindo a força das decisões passadas. No plano concreto, portanto, paga-se o preço da desistência de investigar-se os fatos em detalhe. A extensão da confiança no precedente não é fixa, mas sujeita-se a mudanças como as normas que governam qualquer instituição decisória. Decisões não sujeitas ao precedente não são estranhas aos Tribunais. Ao contrário, ambas estruturas, precedencial e equitativa, convivem lado a lado.

5.1. O Realismo Jurídico

A argumentação jurídica decide casos? Quão representativos são os exemplos de uso da argumentação jurídica? Em que medida a argumentação jurídica importa ou não no julgamento de um caso? Essas questões foram postas pela perspectiva crítica do Realismo Jurídico. As raízes do moderno realismo jurídico americano encontram-se nos escritos do Juiz da Suprema Corte Oliver Wendel Holmes. Para ele, “a vida do direito não era lógica; era experiência.”

À época, os atores jurídicos, entendiam que mudanças na Common Law era descoberta e não criação do direito, junto da marcha lógica e dedutiva de um caso para o próximo. Holmes, contudo, não estava convencido. Ele concluiu que mudanças baseavam-se na experiência e determinação empírica dos Juizes. Os julgadores, quando decidiam, faziam escolhas políticas e não lógicas. Hoje, muitos não discordariam que as decisões jurídicas representam uma mistura de política e lógica argumentativa. Holme, contudo, era mais um antepassado do realismo. Ele ainda acreditava, a despeito de suas opiniões sobre a experiência judicial, na doutrina legal como o principal determinante

das decisões jurídicas. A estabilidade era, principalmente, função da doutrina. Se a doutrina não era responsável pela resolução dos litígios, que outros fatores contribuíam para a sua solução?

O mais destacado dos realistas jurídicos, Jerome Frank, proeminente advogado novaiorquino e, mais tarde, famoso Juiz Federal, entendia que os Juízes não olham para o direito para decidir um caso. Então, convencionalmente, acreditava-se que os Juízes consultavam as fontes jurídicas. Frank, inversamente, afirmava que, antes, os julgadores intuía ou decidiam como queriam regular as situações concretas e, somente após, consultavam o direito. Os Juízes primeiro viam os casos e, então, buscavam a justificação dos resultados pretendidos. De qualquer forma, intuição fundava-se no conhecimento jurídico.

Igualmente, um Juiz pode ter internalizado de tal forma as regras do direito que, intuitivamente, as descobria. Frank entendia que as decisões se fundavam menos na lei e no direito que em outros fatores. Para ele, os atributos pessoais importavam. Não negava, ainda, que o mau humor, seja pelo calor ou pelo café da manhã, teriam efeito sobre resultados jurídicos. Outros fatores não jurídicos, menos frívolos, tais como preferências jurídicas, suas posições raciais em relação aos litigantes, sua religião ou sua percepção dos advogados, importavam para a decisão judicial. Acreditava que a maioria desses fatores era particular, extremamente ligada a um caso específico. Duvidava da habilidade das pessoas, incluindo os Juízes, de tomar decisões baseadas em regras, princípios e categorias. Frank punha mais peso na personalidade dos Juízes e formação psíquica do que nos demais fatores não jurídicos.

A correção da insight (intuição) de que os resultados precedem o direito, oferecida por Frank, receberia muito pouca discordância dos Juízes de então e atuais. Haveria desentendimento quanto às motivações do resultado e à extensão das decisões jurídicas guiaram a decisão. Ao lado de Frank, Llewellym dizia que as regras escritas tinham pouca influência sobre o que o Juiz fazia. Os Juízes aplicavam regras gerais, mas elas não se encontravam nos livros de direito. Uma mineradora ganhava uma causa por ser uma mineradora, como regra geral que seria aplicada em todos os casos semelhantes.

Os critérios do realismo, portanto, baseiam-se em falsas dicotomias. Mesmo seus opositores concordam que, para se aplicar o direito, se deve conhecer os fatos do caso. A diferença dizia respeito, na verdade, aos que acreditavam que os Juízes olham para as regras e escolhem os fatos e resultados relevantes e de outro os que defendem

que os Juízes se baseiam em outras regras, que não as dos livros, para determinar os fatos e resultados relevantes. Quais regras e princípios os Juízes realmente aplicam? Ao invés de baseadas em princípios, focavam-se em regras de políticas de significativa sofisticação, tais como “maximizar eficiência” ou “produzir a decisão que traga as melhores conseqüências econômicas de longo prazo?”

Llewellyn sugeriu pesquisa empírica para determinar tais regras. Assim vemos que o realismo jurídico é mais do que a pergunta caricata sobre “o que o Juiz tomou no café da manhã”. Antes se deve prever resultados jurídicos, melhor complementados através da descoberta, por meio do sistema de estudo empírico, e externo, o que faz a diferença na decisão de casos. Os realistas acreditavam em uma fraca relação entre doutrina e resultados jurídicos e que tal relação hipotética poderia ser testada através de métodos estatísticos do que simplesmente aceita como profissão de fé.

Contudo, se a relação entre direito e decisão é fraca, cabe-nos perguntar se o direito realmente limita a ação judicial. De fato, uma decisão exige motivação baseada em regras e em princípios aceitos pelo sistema. As justificações legais eram usadas para fundar respostas jurídicas, influenciadas por razões não jurídicas. Qualquer resultado que os Juízes queiram atingir pode ser suportado pelas fontes tradicionais do direito. O realismo reclama que há casos nos quais máximas e princípios justificam decisões a favor de ambas as partes. O direito, em si, não resolve as disputas judiciais. Os cânones jurídicos orientadores das decisões judiciais compõem-se de códigos vagos e ambíguos. Há cânones que sustentam os argumentos de uma parte. Há outros que apóiam as teses de outra.

A doutrina realista defende posição jurídica sobre a decisão judicial em duas partes. A primeira idéia reclama que a maioria dos Juízes tem um resultado preferido, seja ele influenciado pelo perfil dos litigantes, do Juiz, concepções de juristas, ideologia ou avaliação de políticas públicas, que precede à consulta do direito formal. A segunda prega a procura da justificação jurídica para um resultado pinçado em outras sedes.

No entanto, quando se olha para os resultados (conclusões) das pesquisas empíricas, vê-se que a doutrina jurídica exerce papel considerável na formulação de julgados que o mais radical dos realistas supôs. O direito constitucional continha amplamente discutido, argumentado e organizado em significativo desacordo com o que os realistas defenderam obstinadamente. Apesar do forte apelo estatístico, o realismo exalta uma característica ocasional da formação das decisões jurídicas além do que ela

realmente demonstra ser. É inegável o conteúdo político das decisões jurídicas, mas esta substância moral e política que permeia as decisões não se encontra nas mentes e corações dos Juizes. Se as decisões jurídicas tem este caráter é porque ele foi incorporado ao texto constitucional e a todo ordenamento jurídico. Esses valores não estão fora do direito. Ao inverso, foram trazidos para dentro dele como consequência de evolução institucional. O direito fixado assim, em vagos e amplos conceitos, circunscreve os Juizes aos limites intransponíveis do referencial lingüístico que, se ultrapassado, trará para o Judiciário o mal do “ativismo jurídico” que solapa o equilíbrio e divisão de poderes republicanos.

6. A PONDERAÇÃO, A CRIAÇÃO JUDICIAL DO DIREITO E O EFEITO VINCULANTE.

Há no sistema jurídico, na resolução da maioria dos seus conflitos, a necessidade de manifestar-se quanto a dois ou mais resultados. Neste caso, o balanceamento efetua-se quando um julgamento adota a decisão que maximiza benefícios com os menores custos.

A ponderação surgiu e se alastrou como um método de interpretação da constituição. Ela, ao refletir a atual visão do direito, tornou-se incontroversa, refletindo-se na maior liberdade do Juiz para interpretar o conteúdo das normas jurídicas. A interpretação ponderada fixa regra de direito constitucional demarcando os valores ou interesses em jogo. Ponderação é, portanto, método para a solução de valores em conflito.

Não é o único. É possível fazerem-se escolhas entre valores que não se baseiam na pesagem. Há fórmulas alternativas à ponderação, testes multi-dimensionais, abordagens do tipo “totalidade das circunstâncias” envolvem perguntas, cujas respostas caracterizam eventos particulares, recorrendo-se por meio de raciocínio analógico, aos eventos do passado. Na ponderação, cada interesse busca reconhecimento disputando espaço com outros. Nenhum interesse se sobrepõe a outro. Todos sobrevivem e recebem a atenção que merecem no caso em particular. Geralmente se pensa na ponderação como se somente ocorresse apenas nos caos em que os interesses individuais e os estatais se digladiam. Vê-se o interesse do estado, em alguns momentos, como o de seu funcionamento. Em outros, como o interesse do público. Contudo, pode-se ponderar nos

litígios nos quais o Estado não é parte ou quando há conflito entre dois órgãos estatais. Os interesses podem ou não ser constitucionais.

Distinguem-se dois tipos de ponderação. A definicional corresponde a princípio fixado em ponderação particular que se estabelece como princípio de aplicável a casos posteriores. A ad hoc produz princípio, resultante de operação ponderativa realizada em caso particular. A ponderação definicional, que não constitui a sopesagem em si, mas mera aplicação do princípio resultante, pode minar o desenvolvimento de princípios reconhecíveis.

A ponderação rompeu com o passado jurisdicional formalista, respondendo ao fracasso das posições conceitualistas do século XIX. Constituiu-se a partir do trabalho dos juristas e Juízes da Suprema Corte Americana. Holmes, Dewey e Cardozo, e dos realistas jurídicos, defendendo o pragmatismo, o instrumentalismo e a ciência. O Judiciário poderia refugar o mecanicismo jurídico sem se afastar do direito.

A Suprema Corte mesmo reconhecendo o conflito de valores e de sua repercussão nas decisões não utilizava, em seu início, a linguagem ponderada. Conduzia seus julgados por meio de análises categóricas, formulando perguntas a respeito das finalidades da lei, se eram atendidas ou não. O que se evidencia é que as formas de pensar o direito constitucional e seus reflexos mudaram e esta transformação se refletiu no modo como os julgados se expressavam.

Nos anos 30, muitos pensavam que a constituição não era o maior problema, mas sim o anacronismo dos juízes e de suas técnicas de interpretação, as quais criaram dificuldades para o *new deal*. A virada de 1937 atendeu a estes reclamos. A Suprema Corte questionou antigos conceitos constitucionais, fazendo-o com olho na experiência e nos fatos sociais, criticando a interpretação mecânica, longínqua da realidade, que não atendia aos anseios da sociedade americana. O realismo constitucional corresponde, assim, às necessidades interpretativas dos novos tempos, dirigindo a atenção ao entorno social do mundo jurídico, para compreendê-lo e refleti-lo nas decisões jurídicas.

A mudança, mais do que estilística, transformou a maneira de pensar o direito constitucional, resultante dos avanços na filosofia do direito. Holmes afirmava que o direito reúne em si os dotes da argumentação jurídica, mas alertava para os perigos da manipulação formal das palavras sem atentar-se à reflexão do mundo real. Mesmo assim, reconhecia o papel da lógica argumentativa na ciência jurídica.

Nota-se, portanto, um pouco de transição do conceitualismo para a instrumentalidade jurídica que concebia o direito como realização de metas sociais. A

nova abordagem pragmática possibilitou não uma atitude iconoclasta, em relação às verdades lógico-dedutivas dos textos, mas a libertação das ferramentas argumentativas para mergulhar na vida social e captar delas substrato à formação de regras novas e atualizadas.

Criou-se nova interpretação. Os princípios devem ser trabalhados através das conseqüências que pretendem atingir. Não são um fim em si, mas instrumentos do jurista na busca de soluções atuais para problemas atuais e realização dos fins perseguidos pelo direito, extraindo-se, dessa forma, todas as possibilidades dos textos. Neste novo mundo, Juiz e legislador continuavam separados, mas não por uma distância tão grande.

A ponderação aplica uma nova perspectiva doutrinária. Ela reconheceu que o direito não está desconectado do mundo real, mas deve servir aos objetivos sociais, realizando, para isso, pesquisa do contexto social no qual o direito é aplicado.

O processo judicial, então, resume-se num complexo de elementos. Misturando lógica, história, costume, utilidade e padrões de conduta, que, juntos, coordenados pelos interesses sociais, contribuíam para a formação da decisão jurídica. Para Pound, numa clara definição da arte de ponderar, afirma que o direito é instrumento, usado para realizar interesses, adotando, assim, a mesma idéia de Ihering, de que a ciência jurídica deve atender um conjunto de demandas, satisfeitas da melhor maneira possível.

A ponderação respaldava as necessidades de adaptação do direito às mudanças do fluxo social. Não representava interesses liberais ou conservadores. Sua balança poderia levar as decisões judiciais numa ou noutra direção. Ela auxiliava nos períodos de transição enquanto a Corte Suprema não assumia novo entendimento, substituto das antigas convicções. Acomodou-se aos mecanismos da Common Law, que analisavam as controvérsias caso a caso sem recorrerem a absolutos.

Os casos seriam abordados segundo os interesses envolvidos, sem sacrifícios à legitimidade. Refletiu nova abordagem das ciências sociais, das verdades culturalmente baseadas, demandando estudos empíricos do mundo social. Enfim, repercutia o desenvolvimento, nas demais ciências, dos mecanismos de ponderação.

Se o formalismo tornou-se indesejável, com sua tese de mera descoberta do direito, e envolvendo as decisões judiciais, escolha e não mera dedução, como a ponderação poderia evitar, no âmbito do direito constitucional, as preferências pessoais do juiz? A solução reside em se buscar as referências nos interesses vigentes na

sociedade. O método ponderativo instruiu-nos a procurar a verdade “lá fora”, realizando ponderação sem caráter valorativo, adotando-se, desse modo, solução externa.

Tal alternativa, afastava-se do formalismo defasado e ao mesmo tempo, evitava o realismo jurídico, bem como seu relativismo e indeterminação. A ponderação surgiu no direito constitucional, a princípio discutindo, logo após, espalhou-se por todo este ramo jurídico. Não era, contudo, o único método interpretativo. As formas tradicionais de análise ainda continuavam vivas. Alcançou, dessa maneira, grande parte dos temas constitucionais.

Argumenta-se freqüentemente, em desfavor da ponderação, que os julgadores não possuem critério para medir os valores em conflito. Não há como mensurar aquilo que não é passível de avaliação. Reduzimos, nessa operação, diferentes opções valorativas a uma única moeda. Em princípio, interesses conflitantes não são incomparáveis. Qual a escala necessária à realização da mensuração? Não poderá calcar-se em valores pessoais, nem o direito constitucional será objeto de arbítrio individual. A ponderação reclama o recurso à parâmetros externos de comparação. A Suprema Corte Americana tem lançado mão de algumas fontes: nas condições históricas ou na verificação de consenso social sobre a valoração de interesse determinado.

No meio desses critérios conflituosos, os defensores da ponderação não encontraram a que deve prevalecer. Mesmo que um deles fosse escolhido como critério único, aplicando a todos os casos, nos traria à questão da comparação entre “maçãs e bananas”. Nas questões constitucionais decididas pela Corte Americana, nas decisões majoritárias percebe-se que entre votos vencedores e vencidos há resultados díspares nessa avaliação. Em alguns casos utiliza-se do critério custo/benefício. Em outros depaupera um dos interesses conflitantes. Por fim, chega a ponderar e não revela o cálculo ponderativo. No último caso, apela-se a maquinações obscuras que revelam os temores dos realistas, os quais a ponderação pretende afastar.

Configura-se, também, em entrave à aplicação da teoria da ponderação o fato de, em julgamentos envolvendo temas constitucionais, uma quantidade significativa de valores fazer parte, por decorrência lógica, do julgamento da lide e, na realidade não ser incluída na apreciação da Corte Suprema Americana simplificando de maneira perigosa, e de forma conveniente, matérias importantes para a sociedade.

Nos julgamentos de casos de ampla repercussão, a solução da contenda judicial não se restringe apenas aos litigantes em si. Faz-se necessária a inclusão daqueles potencialmente envolvidos pela decisão. A mensuração ponderativa terá de

acrescentar a avaliação dos interesses impactados pelo deslinde da causa. A levar-se em conta tais fatores não só os custos da prestação jurisdicional mas a dificuldade na entrega desta mesma prestação aumentaria significativamente.

A ponderação definicional traz, em seu uso, a possibilidade de criar injustiça. De modo diferente da ponderação ad hoc, que deriva o princípio sintetizante caso a caso, a definicional, em nome da segurança jurídica estende sua aplicação a casos diversos se considerar suas especificidades. Os aplicadores deste tipo de ponderação são atingidos, portanto, na sua tentativa de aplicar justiça pelo surgimento de novos interesses pelos mesmos com peso diverso.

As questões relativas à ponderação englobam, na maioria das vezes, a dicotomia entre os interesses público e privado. Falsa dicotomia. Aspectos privados tem nuances que extrapolam os limites da individualidade e alcançam as necessidades coletivas. Da mesma forma, valores que interessam a todos tem significativa repercussão no campo individual. Diante do conflito de princípios, postos dessa maneira, dificulta-se bastante a metodologia da ponderação.

Feita a crítica interna do princípio da ponderação, passemos às considerações de sua análise externa. No plano constitucional, como defender, sob o ponto de vista da ponderação, a atuação da Suprema Corte no papel de conferente das atividades do legislativo. A Corte em julgamento dos valores envolvidos na escolha de políticas públicas pelo legislador, pode em revisão judicial revogar a decisão legislativa aplicando sopesamento diverso. Em que medida isso pode acontecer? A estrutura bicameral não é suficiente para evitar erros de cálculo? Os defensores da ponderação justificariam a decisão afirmando que no processo judicial os valores das minorias, não consideradas no legislativo, seriam respeitadas na decisão restabelecendo-se o equilíbrio de forças. Acrescentariam os mesmos defensores que atos judiciais alteram decisões legislativas visam salvaguardar a integridade constitucional. O Tribunal compara os interesses constitucional e legislativo e verifica se o primeiro pode ser ou não abrandado.

Como já dito, a ponderação avalia e pesa interesses em jogo. Estes podem repousar na constituição ou permear o restante do ordenamento. Apesar da importância de si trazer maior realismo para a análise do texto constitucional, o método arrisca-se a empobrecer a compreensão do direito constitucional em toda sua riqueza. Considerar princípios apenas como interesses significa limitar toda extensão do que poderia indicar a palavra “direito”. A discussão constitucional transformou-se em apelo à razoabilidade

em detrimento da comum investigação interpretativa. A operação ponderativa, dessa forma, nem sempre é recomendável em todas as situações. Ao contrário, ela acaba por restringir direitos, de forma inconveniente, ou até negá-los, pela inclusão de fatos de ponderação inadequado. Atente-se para o fato de que, em prejuízo da clareza do julgamento, nem todas as decisões realizarem expresso (explícito) balanço dos valores ponderados ou, quando o fazem, identifica alguns, mas não todos aqueles que deveriam estar presentes na decisão.

A depauperação resume-se, portanto, na abordagem mecanicista da ponderação que em sua versão pura, transforma a constituição em mero depósito de interesses, aos quais se recorrem nos julgamentos. Colocam-se os parâmetros constitucionais na vala comum dos demais direitos, na qual o dispositivo constitucional é carta de maior peso, cujo conteúdo acaba por ser insuficientemente explorado. Há, também, o risco, em prol da maior objetividade, abandonarem-se as discussões eminentemente jurídicas e apelar-se para a linguagem e o aparato das demais ciências humanas, como a economia e a política, frustrando a expectativa das partes de verem sua questão efetivamente resolvida do ponto de vista jurídico. Perdeu-se a vivacidade dos inícios da ponderação, em troca do uso de testes e análises custo/benefício, que petrificaram o cenário do direito constitucional.

O avanço que representa o uso de métodos ponderativos, pelo maior diálogo que possibilita, com a realidade concreta, razão de ser e material sobre o qual age a força reguladora do direito, não deve transformar a ponderação em absoluto. Ela não é um fenômeno inexorável indispensável em todas as situações da vida concreta. A Suprema Corte Americana, quando não se falava em ponderar valores, limitou a cláusula de aplicação de contratos sem fazer uso da ponderação, e a despeito da expressão constitucional “nenhuma lei”. É inegável o avanço trazido pela ponderação. Não se pode transformá-la, contudo, em valor imponderável, para se dizer que ela deve apresentar-se em toda contenda judicial. Devemos agir orientados, na empreitada interpretativa, por princípios, mas estes não se extraem do balanceamento apenas, mas da investigação textual da constituição que empregando outros métodos e dela revele à luz os preceitos que devem estruturar e nortear a vida em sociedade.

Discutamos agora o papel da sentença como criadora do direito. Ela aplica a lei ou, antes, a cria? Ao especificar, em sua parte dispositiva as diretrizes específicas de determinada norma geral, sim, o Judiciário, ao detalhar aspectos genéricos da lei, ela a “cria”. A “criação”, contudo, não é mera transposição do arcabouço legal para a

realidade concreta. Faz-se, imperioso, além de interpretar a norma adequá-la aos valores e à totalidade do ordenamento jurídico. Não é uma atividade simples. A significação não se antepõe à interpretação, de tal sorte que as normas judiciais configuram-se em produtos da atividade interpretativa dos Juízes.

Legisladores e Juízes criam normas. A diferença encontra-se no grau. A margem de manobra dos Juízes vincula-se a todo o ordenamento. O legislador exerce sua atividade normatizadora adistrito às normas hierarquicamente superiores (Constituição e Leis complementares). O Juiz navega nas disposições vagas e ambíguas das normas, produzindo significações concretas, esclarecendo dúvidas e instrumentalizando os dispositivos de ordem abstrata. Constitui-se em, simultaneamente, criação e aplicação do direito. O Poder Judiciário extrai dos conceitos abstratos e gerais do texto legal, conceitos plenos em compreensão e de alcance limitado, restrito às partes envolvidas na demanda.

Mudou-se contudo a forma de pensar os conceitos, ao longo da história do direito. A abstração conceitual, característica da essência das coisas cedeu lugar à análise da linguagem. Abandonam-se conceitos para aderirem-se a tipos de característica mais aberta. Os tipos ligam-se a categorias do mundo social, trabalham sobre a concretude dos fatos sociais.

Lembremos que no auge da Escola da Exegese Francesa, a lei bastava-se em sua função reguladora da vida em sociedade. Seus conceitos eram perfeitamente claros e dispensavam a interpretação judicial, veículo somente das determinações legais. A realidade fluida e complexa mostrou a incapacidade dos conceitos, não só no direito mas em todos os demais ramos científico, em apreendê-la e traduzi-la de forma mais precisa. Assim, a lingüística e a filosofia da linguagem tornaram-se áreas auxiliares e responsáveis pela construção de nova abordagem hermenêutica, fundada na utilização de tipos.

Conforme esta nova abordagem, encontramos no texto legal o signo, texto escrito, sobre o qual se debruça o intérprete, a significação, a procura da expressão textual, e a construção mental resultante da significação, ou seja, a norma. A língua identifica-se com a totalidade do real, local onde os objetos do mundo sensível são apreendidos e compreendidos. A língua cria a realidade.

A fluidez do mundo material implodiu a lógica conceitual aristotélica e, como resposta a esse desafio trouxe para o campo jurídico a ferramenta dos tipos. A forma latina *typus*, representava a forma oca, o relevo, o contorno ou molde a partir do

qual se derivavam uma série de objetos. Significava exemplo ou modelo concebido como protótipo de um conjunto de coisas. Contudo, o conceito atual de tipo, como utilizado nas ciências humanas, deve, em suas origens, aos avanços da botânica e da zoologia, que abandona a classificação rígida de gênero e espécies e admite as transições contínuas e ininterruptas entre espécies e a relação com formas comparativas menos “destacadas” transformaram o conceito da palavra tipo.

Essa constatação de fluidez fez surgir no campo das ciências sociais, e em especial na ciência jurídica, os sentidos de tipo médio, padrão ou forma plena, como ponto referencial, a partir do qual se espalham suas diversas gradações e diferenças que as afastam do modelo “ideal”. Aparece a figura do tipo não como um ponto fixo, cravado na realidade, mas como um espectro conceitual, tão amplo quanto à realidade concreta o mostra, impossibilitando sua redução à realidade.

Esse novo significado para a palavra tipo, nas ciências sociais, ajusta-se a suas novas peculiaridades que rejeitavam a identidade, mas apreciavam a identificação da multiplicidade dos fenômenos sociais caracteres comuns às semelhanças e analogias. O tipo, dessa maneira, reúne em si as virtudes da maior concreção, como verdadeiro molde espectral que se encaixa de forma melhor, as diversas nuances da realidade “viva” das relações sociais, mas continua a construir-se em modelo teórico, operacionalizável e manipulável, adaptável às diversas circunstâncias sobre as quais se debruça o Juiz.

O tipo, como ressalta Larenz, é realidade, conecta notas, partes ou funções de maneira recíproca. A sociologia utiliza, além do tipo médio, a categoria do tipo ideal, instrumento de apreensão da realidade, guia paramétrico do conhecimento das coisas. A nova conceituação tipológica converte-se em ferramenta hermenêutica, reveladora dos múltiplos sentidos textuais do direito. Ele funciona como catalisador do resultado interpretativo, possibilitando a extração do conteúdo das normas em toda a sua riqueza e vivacidade.

Em verdade, hoje é consensual a idéia do papel criador do Juiz. Perdeu sentido a velha crença da aplicação silogística da Lei. Cumpre notar, entretanto, o tipo não é categoria fossilizada distante da realidade de história, na qual está inserido, mas ao inverso é conceito adaptável e atualizável às mudanças históricas e sociais das quais o julgador deve ter plena consciência sem descuidar da observação, também, do sentido dos textos jurídicos.

Delineamos, previamente, os caminhos pelos precedentes judiciais na história do direito, destacando sua função e efeitos nos sistemas jurídicos onde se inseriram. Em seguida traçamos o percurso dos precedentes no Brasil, até seu processo de vinculação recente no Supremo Tribunal Federal. Depois, discorremos sobre a argumentação jurídica e suas relações com a teoria geral do direito, na tentativa de indicar as fontes do direito, nas quais encontramos os provimentos judiciais. Por fim, explicitamos os desenvolvimentos da hermenêutica jurídica, que contribuíram sobremaneira no aperfeiçoamento do processo decisório judicial.

Desse ponto em diante, analisaremos os resultados produzidos pela vinculação das decisões do Pretório Excelso na resolução da crise do Poder Judiciário, qual seja, o congestionamento de processos nos diversos órgãos que o compõem. Esta crise, contudo, não é apenas numérica. É de credibilidade. Judiciário que não entrega a prestação jurisdicional em prazo razoável, como o prevê o art. 5º, LXXVIII, da Carta da República, não inspira confiança em seus cidadãos, nem norteia sua conduta ao deixar insolúveis as controvérsias interpretativas surgidas dentro do sistema jurídico.

Que significa vincular decisão judicial? Resulta em tornar texto de decisão judiciária numa obrigação geral imposta a todos os demais órgãos do Poder judiciário e a toda Administração Pública, nas esferas Federal, Estadual e Municipal. Referidos textos decisórios, sejam exarados nas ações de competência originária que o prevêm (ADI, ADC e ADPF) ou em súmula vinculante, instituto criado pela EC nº 45/2004, tem como escopo impedir a continuação ou o surgimento de litígios em seu nascedouro. Esperava-se, com isso, realizar depuração de processos “repetitivos” que, segundo os defensores da vinculação, contassem com manifestação “definitiva” de nossa Corte Suprema.

O tempo mostrou o engano dessas posições. Tudo porque os defensores da solução vinculativa “resolveram” o problema atacando sua contradição secundária. A redução processual não se concretizou uma vez que, pelas razões que apresentaremos a seguir, o Supremo viu-se invadido por uma avalanche de Reclamações Constitucionais. Este tipo de ação objetiva dar cumprimento às decisões em caráter definitivo do Tribunal. O recurso à reclamação encontra-se previsto também em relação à Súmula Vinculante.

Voltemos, então, aos motivos do insucesso das medidas vinculantes. Seus textos são alçados à categoria de regra geral, condensando em si toda a essência das coisas e reduzindo-se em fórmula conceitual a decisão Pretoriana. Desta feita,

retrocedemos à metafísica clássica e, ao invés de solucionarmos a controvérsia, criamos novo “objeto” passível de interpretação.

Na hipótese da Súmula Vinculante, pretende-se criar ponte entre as situações concretas que a originaram e a decisão abstrata resultante. A essência da súmula representa-se por forma condensada de regra, que caracteriza-se em forma de transposição da realidade concreta das regulações para o nível abstrato - geral da normatização. Os detalhes dos casos, que deflagaram sua edição, são descartados para se ter efeito *erga omnes*. As decisões reiteradas, motivo da edição de súmula, teriam sua origem em apreciações de demandas concretas. Mas o STF já editou súmula que derivou de Ações Diretas de Inconstitucionalidade, que já possuem efeito vinculante.

Note-se que a transformação mencionada no parágrafo anterior também se aplica às ações de controle concentrado (ADI, ADC, ADPF) uma vez que seus dispositivos adquirem o caráter metafísico e abstrato conferido pela generalização dos textos vinculantes. Cumpre lembrar, além disso, que as decisões, fundadas em controle abstrato, seja por meio de verbetes ou de acórdãos, careceriam dos imprescindíveis suportes fáticos, a orientar a ação dos jurisdicionados, decorrendo-se daí a formação de perigo eclético, com o estabelecimento de forma híbrida, intermediária da *Common Law* e da *Civil Law*. Ocorreria, portanto, a “dispositivação da *Common Law*”.

Paradoxalmente, pelos mecanismos vinculativos, o sistema tornou-se mais fechado, mas como as decisões vinculantes são novos textos, ele se abre novamente. Novos textos emergem, assim, passíveis de novas interpretações. No plano hermenêutico, no qual se trabalha com a produção de sentido e não de reprodução, a cada nova interpretação será atribuído novo significado. As decisões vinculantes e aquelas que as confirmarem passivamente deverão ser interpretadas. Portanto, como as leis, textos de cunho universalizantes, não são claros, abrindo margem à ação hermenêutica.

De forma diversa, na *Common Law*, não se aplicam os precedentes de forma dedutivista, como se o precedente constituísse premissa maior. Sua aplicação exige profundo exame das características intrínsecas, razões de fato e de direito, do caso produtor do precedente. Em suma, os precedentes não são significantes primordiais fundantes (de matriz aristotélico - tomista), que conteriam todas as universalidades de cada caso jurídico.

No direito norte - americano, modelo que inspirou as inovações de nosso sistema, as decisões não são firmadas intencionalmente para servir como precedentes.

Decidem controvérsias que demandam respostas do Judiciário. Contudo, incidentalmente, por força das razões e categorias nele contidas, poderá vir a ser usado como precedente.

Enfim, as decisões vinculantes ignoram os elementos da realidade concreta, circunstanciais e temporais, da mesma forma que fazem as leis, abdicando de toda a riqueza carregada pelas decisões incidentais.

Conforme preceitua André Ramos Tavares, “um modelo de controle de constitucionalidade que não fosse uma verdadeira ‘colcha de retalhos’(históricos e de Direito Comparado), um STF com elevada quantidade e capacidade decisórias (apesar da massificante atividade, tem sido este o perfil verificável com certa constância no STF) e uma cultura jurídica que abandone os ‘modelitos’ de protelação incessante dispensariam a necessidade do instituto da Súmula Vinculante”⁵.

⁵ TAVARES, André Ramos. **Nova Lei da Súmula Vinculante: Estudos e Comentários à lei n.º 11.417, de 19.12.2006**. Editora Método, 2007, pág. 115.

7. CONCLUSÃO.

O Judiciário brasileiro vive grave momento de descrédito. A pesada carga processual suportada por seus órgãos, forçou-o a valer-se de soluções que atacam as conseqüências da crise e não suas raízes. As respostas intentadas, portanto, visavam reduzir estatísticas e números processuais. Adota decisões vinculantes, regras de caráter geral veiculadas em julgados não resolve litígios nem dissipa as dúvidas ou lacunas porventura encontradas no direito posto.

Antes, o Judiciário as devolve, sob a forma de provimentos jurisdicionais que se tornam objeto de novas interpretações. O caminho escolhido para a resolução de conflitos em massa, de forma diversa, repõe a discussão, mantém as inseguranças e não estanca o “ímpeto hermenêutico”. Decisões com perfil semelhante ao de Leis, são objetos culturais que reclamam ação interpretativa. Abdicar de sua função julgadora não o livra da torrente de ações cuja fonte de controvérsia não se encontra mais na lei mas em decisão por ele próprio produzida.

A aproximação com a Common Law não da forma que foi feita, mas com o transplante da sistemática precedencial tal qual aplicada no direito americano, não se coadunaria com a nossa tradição fundada no direito continental europeu. A eliminação de recursos repetitivos, melhor aparelhamento do Poder Judiciário, elevação da qualidade do ensino jurídico e utilização dos modernos recursos hermenêuticos, discutidos nesse trabalho em outra passagem, são alternativas plausíveis à desobstrução do congestionamento processual. E mais do que nunca, jamais sufocar a atitude interpretativa, intrínseca à racionalidade humana, diante dos bens culturais, e o direito é um deles.

Interpretação essa, que nas palavras de Dworkin, na qual os propósitos em jogo não são (fundamentalmente) os de algum autor, mas os do intérprete. Deve ser criativa, na qual, além de se procurar entender as intenções do autor, o intérprete deve atualizá-las às necessidades históricas da sociedade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEINIKOFF, T. Alexander. O Direito Constitucional na Era da Ponderação. **Revista Internacional de Direito Tributário**, Belo Horizonte, v.5, p. 285-358. Del Rey Editora. 2006.

DERZI, Misabel Abreu Machado. **Modificações na Jurisprudência no Direito Tributário**. São Paulo. Noeses, 2009.

DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. Martins Fontes, 1999.

_____. **O Direito da Liberdade**. A Leitura Moral da Constituição Americana. Martins Fontes, 2006.

_____. **Levando os direitos a sério**. Martins Fontes, 2010.

FINE, Toni. O Uso do Stare Decisis no Sistema Legal Norte-Americano. *Revista dos Tribunais*. V.782, p. 90-96.

MACCORMICK, Neil. **Argumentação Jurídica e Teoria do Direito**. Martins Fontes, 2006.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente Judicial Como Fonte do Direito**. *Revista dos Tribunais*, 2004.

SCHAUER, Frederick. Precedent. **Stanford Law Review**. Vol. 39, n.3, fev. 1987.

_____. **Thinking Like a Lawyer**. Harvard University Press. 2009.

STRECK, Lênio Luiz, A Súmulas Vinculantes e o Controle Panóptico da Justiça Brasileira. *Argumentum. Revista de Direito da Universidade de Marília*. v.4, p. 13-34, 2004

TAVARES, André Ramos. **Nova Lei da Súmula Vinculante: Estudos e Comentários à lei n.º 11.417, de 19.12.2006**. Editora Método, 2007.